

**LA PRESENCIA DEL SOFT LAW EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO
COLOMBIANO**

Los documentos Conpes como manifestación del soft law en Colombia

**PRESENTADO POR:
KAREN ADRIANA MEDINA GONZÁLEZ**

**MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
TRABAJO DE GRADO**

**DIRECTOR
MANUEL ALBERTO RESTREPO MEDINA**

**COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Bogotá D.C.**

2016

Contenido

Introducción

Capítulo I

Del *hard law* al *soft law*: la transformación del derecho administrativo

1.1. Aproximación a la teoría clásica de las fuentes del derecho en el derecho administrativo

1.1.1. Las fuentes del derecho administrativo en Colombia

1.2. El derecho internacional como modelo de normatividad relativa

1.3. El fenómeno del *soft law*: formas, características y consecuencias del instrumento

Capítulo II

La inserción del *soft law* en el derecho administrativo colombiano: efectos de la internacionalización de lo público y lo social

2.1. Cambios normativos internacionales: el derecho internacional y el nuevo orden mundial

2.2. Manifestaciones del *soft law* en el derecho público de Iberoamérica y Colombia

2.2.1. El *soft law* en el derecho público español

2.2.2. El *soft law* en el derecho público latinoamericano

2.2.2.1. El caso de la “declaración” de los derechos indígenas

2.2.2.2. La irrupción del *soft law* en la protección ambiental en Latinoamérica

2.2.3. Ejemplos de las modificaciones registradas por la forma como se desarrolla la función administrativa en Colombia

2.2.3.1. Las guías ambientales

2.2.3.2. Los permisos o cupos negociables de emisión

2.2.3.3. Los acuerdos informales

2.2.3.4. La información al público

2.2.3.5. La remisión del derecho a la técnica

2.2.3.6. La responsabilidad social empresarial (RSE) como instrumento *soft law* en Colombia

2.3. Apreciaciones generales de la transformación del derecho administrativo colombiano por la irrupción del *soft law*

Capítulo III

Los documentos Conpes como manifestación del *soft law* en el derecho administrativo colombiano

3.1. Los consejos superiores de la Administración en Colombia y el Conpes

3.2. Características de los documentos generados por el Conpes

3.3. ¿Son los documentos Conpes expresión del *soft law* en el derecho administrativo colombiano?

Conclusiones

Bibliografía

Anexo A. Relación de los documentos Conpes y sus recomendaciones

Introducción

La globalización de los asuntos humanos (sociedad, economía, derechos humanos, medio ambiente, tecnología y comunicación) obliga a los Estados contemporáneos a la búsqueda de mejores respuestas a las limitaciones de su soberanía¹ frente a los efectos que entraña dicho fenómeno, lo cual da como resultado la imposición de un orden interestatal que hace que la administración de los asuntos internos de un país se encuentre cada vez más supeditada a los principios, normas y regulaciones vinculantes del derecho internacional².

Es evidente que el derecho internacional, como el derecho administrativo de cada Estado, se encuentra vinculado a la finalidad universal del derecho³. A nivel internacional, este objetivo parece claro y evidente: reglamentar las relaciones entre los sujetos de la comunidad internacional que sean susceptibles de una normatividad de carácter jurídico universal, procurando que sus relaciones, si bien deben ser garantizables, no necesariamente surjan de la obligación o la vinculación tradicional al poder de las leyes, como si lo están los sujetos políticos dentro de la estructura interna de cada Estado⁴.

La influencia de la comunidad internacional en los asuntos jurídicos de los Estados está generando, sin embargo, desde las últimas décadas, con el auge de la globalización⁵, mecanismos o instrumentos que de forma no impositiva pero sí persuasiva, vienen delimitando las competencias estatales. Dicho de otro modo, estos instrumentos ejercen la función de ordenar los ámbitos de validez de dichas competencias jurídicas y administrativas internas, a través de formas declaratorias de carácter internacional, mediante normas jurídicas blandas denominadas *soft law*⁶.

El amplio y variado uso del *soft law* en temas como los derechos humanos y el medio ambiente plantea una dificultad para la teoría tradicional de fuentes,

¹ Cfr. ALARCÓN García, Gloria. *El soft law y nuestro sistema de fuentes*. Universidad de Murcia, España, 2010, p. 7. Consultado el 12 de marzo del 2015 en: <http://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/10423/1/EI%20soft%20law%20y%20nuestro%20Sistema%20de%20fuente%20%20Homenaje%20RodriguezBereijo%20%20pre-print%2017%2002%202010.pdf>.

² Cfr. Del TORO HUERTA, Mauricio Iván. El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. México: UNAM, Facultad de Derecho, 2006, p. 514.

³ Cfr. FONSECA Ramos, Marco. Las fuentes formales del derecho colombiano a partir de la nueva Constitución. *Revista de Derecho*. Medellín: Universidad del Norte, 1992, p. 32.

⁴ Cfr. GARCÍA de Enterría, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, 16ª ed., tomo I, Madrid: Thomson Civitas, 2013.

⁵ Cfr. ALLI ARANGUREN, Juan Cruz. *Derecho administrativo y globalización*. Aranzadi Civitas, 2009, p. 394.

⁶ Cfr. SARMIENTO Ramírez, Daniel. La autoridad del derecho y la naturaleza del *soft law*. *Cuadernos de Derecho Público*, nº 28, Universidad Complutense de Madrid, España mayo-agosto del 2006. Consultado el 14 de febrero del 2015 en: <http://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/788/843>, p. 223.

inspirada en la voluntad de los Estados, los cuales se constituyen a partir de su soberanía estatal (*hard law*). A este respecto surge una dicotomía jurídica, en donde el *soft law* se puede reconocer porque contrasta con las reglas legales que definen obligaciones específicas de *hard law*,⁷ es decir, “son normas o principios más abiertos o generales en su contenido y significado, comprendiéndose como suaves. En tal caso, el *Soft Law* no está lejos de controversias jurídicas y administrativas, porque significa la pérdida de la soberanía de los Estados, pero también una irremediable apertura a la internacionalización y democratización del derecho administrativo⁸.

La creciente adopción de instrumentos de *soft law* de influencia internacional o global⁹ permite la participación de actores no estatales, tales como las organizaciones no gubernamentales (ONG), y de carácter civil en la construcción de políticas e instrumentos que en ocasiones adquieren más legitimidad que las leyes creadas para atender tales asuntos. De esta forma, en ciertos casos, debido a la falta de obligatoriedad directa se contraponen la legitimidad y el amplio consenso del *soft law*, pero con esto se disuelven los límites formales del derecho interno, con lo cual se puede incurrir en una grave crisis de control por parte del Estado.

En la medida en que se utilizan estos criterios “blandos” se llega a interpretar las obligaciones de los Estados, pero en función de normas internacionales que, en su mayoría, los Estados no han participado en su elaboración o no han concedido su voluntad para obligarse¹⁰. Esto significa, por una parte, que los Estados no se obligan a adoptar principios o normas suaves, pero no pueden desentenderse del contenido o de los alcances que dichos instrumentos poseen con respecto a temas y/o problemas de gran trascendencia para la comunidad internacional y la sociedad global.

El presente trabajo constituye un esfuerzo por comprender la aparición e inserción que tiene el fenómeno del *soft law*, propio del derecho internacional, en el contexto del derecho administrativo colombiano, dentro del cual los documentos Conpes son una clara manifestación. La presencia del *soft law* en dichos documentos permite evidenciar la permeabilidad jurídica y administrativa del Estado contemporáneo cuando se atienden asuntos públicos y sociales a través de fuentes blandas, que desplazan el sistema de fuentes tradicionales del derecho o *hard law*.

⁷ Cfr. GARCIA M., Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa, 1980, p. 51.

⁸ Cfr. COLMEGNA, Pablo Damián. Impacto de las normas de *soft law* en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, año VI, n° 8, Universidad de Buenos Aires, Argentina, Facultad de Derecho, 2012, p. 29. Consultado el 15 de octubre del 2014 en: http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0008A006_0004_investigacion.pdf.

⁹ *Ibíd.*, p. 30.

¹⁰ Cfr. PENAGOS, Gustavo. *Nuevas tendencias del derecho administrativo a principios del siglo XXI*. *Vniversitas*, Bogotá: Universidad Javeriana, Editorial Ciencia y Derecho, 2003, p. 388. Consultado el 22 de abril del 2015 en: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/12Penagos.pdf.

En este sentido, el carácter blando, dúctil y suave del *soft law* ofrece al derecho administrativo colombiano la posibilidad de ajustarse a las demandas del entorno internacional¹¹, de manera que la estructura administrativa se adapta en su quehacer a los requerimientos externos de asuntos globales como el medio ambiente, los derechos humanos, la transnacionalidad empresarial, el derecho penal internacional, entre otros, todos del más vigente interés tanto para la comunidad internacional como para el Estado colombiano.

Problema

La globalización afecta la legalidad del derecho administrativo del Estado colombiano¹², pues asuntos como la economía transnacional, los medios de comunicación, los derechos humanos o el medio ambiente, todos ellos objetos globales, se hacen cada vez más temas locales, cuyo tratamiento jurídico se aborda desde el derecho blando, pero cuya instrumentación termina en todo caso comprometiendo la soberanía, de la cual han emanado las fuentes tradicionales del derecho administrativo. Así, se va produciendo un desplazamiento de los instrumentos jurídicos tradicionales por otras herramientas que, inicialmente concebidas con un carácter voluntario, terminan erigiéndose en mecanismos de obligatorio cumplimiento para la sociedad y las instituciones, sin haber pasado por el filtro de los controles democráticos inherentes a la creación de aquellos.

El aumento de este fenómeno en la legislación colombiana se puede observar en los denominados instrumentos Conpes, los cuales revelan el panorama actual de tensiones y contradicciones entre el interés público global y la necesidad interna del Estado colombiano de administrar de manera local y nacional asuntos públicos, a través del sistema tradicional de fuentes del derecho como la Constitución y las leyes.

En este sentido, la paulatina inserción del fenómeno del *soft law* en el derecho administrativo colombiano, tal y como se puede encontrar en los documentos

¹¹ Cfr. SÁNCHEZ Pérez, Alexander. *Las normas de derecho blando: un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial*, Serie Derecho Administrativo, n° 17, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 22. Consultado el 14 de febrero del 2015 en: <http://books.google.com.co/books?id=avLgurSV6M4C&printsec=frontcover&dq=inauthor:%22Alexander+S%C3%A1nchez+P%C3%A9rez%22&hl=es&sa=X&ei=TyGuUuD3FtDksASGpoGACA&ved=0CC0Q6AEwAA#v=onepage&q&f=false>.

¹² Cfr. De acuerdo con Flórez, la globalización exige de parte de los Estados una capacidad de gobernanza mucho mayor que la necesaria en un modelo tradicional del estado, especialmente en el campo jurídico, donde la normativa internacional se evidencia en el desarrollo de redes transnacionales que son empleadas por las organizaciones internacionales para velar por su cumplimiento, reclamando que reclaman de los Estados mayores responsabilidades en el cumplimiento de normas internacionales. En: FLÓREZ R, José Fernando. "De Maquiavelo al Estado postmoderno. Paradigmas políticos de aproximación al fenómeno estatal". En: *Revista Derecho del Estado* n.º 29, julio-diciembre del 2012, pp. 107-144. Bogotá, Colombia. Disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3294>. Disponible el: 12 de septiembre de 2016.

Conpes, pone en evidencia la crisis del paradigma vigente del derecho administrativo y, de manera específica, señala los límites jurídicos de los instrumentos formales con los que cuenta el Estado para atender demandas sociales e institucionales influidas por la globalización, en donde como sostiene Huntington “la política global es a la vez multipolar y multicivilizacional”¹³, es decir, la modernización económica y social no conduce a una civilización universal en sentido significativo, ni a la occidentalización de las sociedades no occidentales, sino a una dispersión diaspórica del poder político con las consecuentes fragmentaciones de los modelos tradicionales de poder y soberanía asociados a la legitimidad del Estado. Situación que se refleja en el surgimiento de relaciones internacionales abiertamente fragmentadas y en proceso de reacomodación.

Pregunta de investigación

Con base en el argumento expuesto, surge el siguiente interrogante: ¿De qué manera se inserta el fenómeno del *soft law* en el derecho administrativo colombiano, del cual los documentos Conpes son una manifestación?

De la misma manera, y como consecuencia del problema principal, surgen otros interrogantes que exigen un debido tratamiento:

- ¿Qué es el *soft law*, cómo se inserta en el derecho administrativo y qué transformaciones genera en esta disciplina?
- ¿De qué manera instrumentos consultivos como los documentos Conpes permiten vislumbrar la pérdida del valor formal de las fuentes tradicionales del derecho administrativo?
- ¿Cuáles son las consecuencias de la inserción del *soft law* en el derecho administrativo colombiano, visto a la luz de los documentos Conpes?

Las anteriores preguntas permiten identificar los nuevos desafíos que impone la inserción del *soft law* y otros instrumentos provenientes del derecho internacional contemporáneo en la administración de temas y problemas públicos. Estos instrumentos, como los derechos humanos, el medioambiente y la tecnología comunicacional, tienen una clara procedencia del contexto global y afectan de manera directa la capacidad del Estado para responder a demandas institucionales y sociales que exceden el orden local y se instalan en el ámbito internacional.

Justificación

Para el derecho administrativo colombiano, la inserción de los instrumentos de *soft law* significa una transformación en el manejo de las fuentes tradicionales del derecho, y a la vez un paso importante hacia la globalización de asuntos vitales

¹³ HUNTINGTON, Samuel P. El choque de las civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial. 1ª ed. 4ª reimp.- Buenos Aires: Paidós, 2001. p. 15.

para la administración estatal. En este sentido, el reconocimiento de los documentos Conpes como instrumentos de *soft law* permite analizar las condiciones que impone el contexto jurídico internacional a la soberanía y legitimidad de los procesos administrativos internos.

La importancia del análisis de esta transformación del derecho administrativo, a la luz de los documentos Conpes, reside en que estos permiten reflexionar sobre la presencia del *soft law* en el derecho administrativo colombiano y establecer analíticamente las situaciones en las que el *soft law* se inserta en la estructura jurídica nacional. En los escenarios públicos, los documentos Conpes han adquirido mayor peso jurídico, en comparación con el tradicional sistema de fuentes o *hard law*, puesto que las competencias y atribuciones de estos instrumentos tienen una influencia vinculante que desborda el carácter que tradicionalmente se había atribuido a los mecanismos de derecho blando en el derecho internacional, y en no pocas ocasiones desplazan y se superponen a las fuentes tradicionales.

Esta investigación se considera de importancia jurídica, no solo por la ausencia de reflexiones académicas desde la perspectiva colombiana sobre los efectos de la inserción del *soft law* en el derecho administrativo, sino también por las consecuencias que podría generar la internacionalización del derecho administrativo, lo cual podría conllevar, desde esta perspectiva, la pérdida de legitimidad de las fuentes tradicionales.

Objetivo general

Analizar la presencia del fenómeno del *soft law* en el derecho administrativo colombiano, teniendo como ejemplo los documentos Conpes, y establecer las consecuencias que se derivan para el paradigma tradicional del derecho administrativo.

Objetivos específicos

- Delimitar el sistema clásico de fuentes del derecho administrativo (*hard law*), con respecto al fenómeno del *soft law*, caracterizando este último según sus formas e influencia en el derecho administrativo colombiano.
- Analizar la inserción del *soft law* en el derecho administrativo colombiano como resultado de la globalización del sector público y de la sociedad.
- Demostrar si los documentos Conpes son una manifestación directa de la inserción del *soft law* en el derecho administrativo colombiano.

Metodología

En este acápite se presenta la metodología empleada en la elaboración de la presente tesis. De forma específica, se muestran las herramientas metodológicas mediante las cuales se construyó cada componente del informe final de

investigación, de manera que en cada fase se pudieran presentar los resultados parciales de conformidad con los objetivos planteados.

A continuación se presenta el esquema metodológico:

Fase	Objetivo	Estructura del capítulo	Herramientas
Estado del arte	Delimitar el sistema clásico de fuentes del derecho administrativo (<i>hard law</i>) frente al fenómeno del <i>soft law</i> , caracterizando este último según sus formas y proyección en el derecho administrativo colombiano.	Etapas hermenéutica exploratoria	Bibliografía relacionada con el sistema tradicional de fuentes o <i>hard law</i> y con el fenómeno del <i>soft law</i> y su influencia en el derecho administrativo.
Marco teórico-conceptual	Analizar la inserción del <i>soft law</i> en el derecho administrativo colombiano como el resultado de la globalización e internacionalización del sector público y de la sociedad.	Etapas hermenéutica descriptiva	Análisis del proceso de inserción del <i>soft law</i> en el derecho administrativo colombiano a causa de la internacionalización del derecho administrativo.
Validación del marco teórico y del estado del arte	Determinar si los documentos Conpes son la manifestación directa de la inserción del <i>soft law</i> en el derecho administrativo colombiano.	Etapas explicativa y analítica	Demostración de las consecuencias e impacto del <i>soft law</i> en el derecho administrativo, mediante el análisis teórico y la fundamentación documental disponible.

Fase 1. Estado del arte. La investigación basada en la exploración, constituye una investigación preliminar y provisional, que se realiza para recoger mayor información con respecto a un problema que se desea investigar y sirve principalmente para aclarar conceptos y conocer las dimensiones centrales del problema. Por ello, la forma que se emplea en el presente trabajo es de aproximación documental, pues depende fundamentalmente de “la información que se obtiene o se consulta de fuentes textuales, entendiendo por estas, todo material al que se puede acudir como fuente de referencia, sin que se altere su sentido”¹⁴.

Este tipo de investigación, siguiendo a Rojas, “es la que utiliza materiales provenientes de libros, revistas, periódicos, documentos públicos, incluidos textos

¹⁴ CAZARES Hernández, Laura. Técnicas actuales de investigación documental. En: BERNAL, Cesar A. *Metodología de la investigación para administración, economía, humanidades y ciencias sociales*, 2ª ed., Bogotá: Universidad de la Sabana, 2006, p. 110. Consultado el 20 de noviembre del 2014 en: http://books.google.com.co/books?id=h4X_eFai59oC&pg=PA110&dq=que+es+una+investigacion+documental&hl=es&sa=X&ei=5DJDUamHG8S80QHry4GoDw&ved=0CD8Q6AEwAw#v=onepage&q=que%20es%20una%20investigacion%20documental&f=false.

jurídicos y privados o de otras fuentes para realizar una investigación teórica, permitiendo apoyar una investigación directa, redactar una monografía o un informe¹⁵. En este sentido, la exploración permite ampliar el espectro documental que sirve para construir un marco teórico conceptual basado en una revisión profunda de las fuentes existentes alrededor del tema.

Fase 2. Marco teórico-conceptual. En esta fase la investigación se presenta como descriptiva, debido a que intenta analizar los aspectos que conforman el objeto de investigación¹⁶. Al emplear la estrategia del marco teórico, se logra realizar un análisis sistemático y una valoración del conocimiento en torno a un campo de la investigación, durante un periodo determinado. Este trabajo permite identificar los objetos de estudio y sus referentes conceptuales, las principales perspectivas teórico-metodológicas, las tendencias y temas abordados, el tipo de producción generada por el problema de investigación, así como el impacto y sus condiciones¹⁷.

Fase 3. Validación del marco teórico y del estado del arte. De acuerdo con Hernández Sampieri, “Los estudios explicativos van más allá de la descripción de conceptos o fenómenos o del establecimiento de relaciones entre conceptos; están dirigidos a responder a las causas de los eventos físicos o sociales. Como su nombre lo indica, su interés se centra en explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se da éste, o por qué dos o más variables están relacionadas”¹⁸. En este sentido, a nivel explicativo, existen tres elementos que permiten validar los resultados en las dos fases anteriores: 1) se quiere explicar la presencia del *soft law* en los documentos Conpes; 2) se explica o se deduce una serie de generalizaciones que demuestran su impacto; y 3) se establecen las consecuencias que se derivan de la presencia de dicho fenómeno en el derecho administrativo. En este sentido, la explicación es siempre una deducción de una teoría que contiene afirmaciones que explican hechos particulares.

Estructura del trabajo

El desarrollo temático de este escrito se compone de tres apartados que responden a cada uno de los objetivos específicos trazados.

En el primer capítulo, que constituye un estado del arte, se busca delimitar el sistema clásico de fuentes del derecho administrativo (*hard law*) frente al fenómeno del *soft law*, caracterizando este último según sus formas y proyección en el derecho administrativo colombiano. Se reconoce el paradigma clásico del

¹⁵ ROJAS, Raúl. *Investigación social: teoría y praxis*, México, 2002, pp. 156-157.

¹⁶ TAYLOR, S.J. y BOGDAN, R. *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*, Barcelona: Paidós, 1987, p. 152.

¹⁷ Cfr. VÉLEZ, Amparo y CALVO, Gloria. *La investigación documental. Estado del arte y del conocimiento, análisis de la investigación en la formación de investigadores*, Bogotá: Universidad de la Sabana, 1992, p. 36. Consultado el 12 de abril del 2015 en: file:///C:/Users/SALOMONIUS/Downloads/Dialnet-EstadoDelArteDeLa/InvestigacionEnLaEscuelaDelDomas-3324318%20(1).pdf.

¹⁸ HERNÁNDEZ Sampieri, Roberto. *Metodología de la investigación*, México: McGraw-Hill, 2010.

derecho administrativo, basado en la legalidad de las fuentes o *hard law*, en tanto que de manera complementaria se caracteriza el sistema de fuentes del derecho administrativo colombiano. Seguidamente, se muestra cómo el derecho internacional y la globalización son un modelo de la normatividad relativa. En tal sentido, se caracteriza el contexto en el que surge el *soft law* y, finalmente, se identifican sus formas, características y proyecciones en el derecho administrativo.

En el segundo capítulo, basado en un análisis teórico-conceptual, se aborda la inserción del *soft law* en el derecho administrativo colombiano como resultado de la globalización e internacionalización del sector público y de la sociedad. En este apartado se establecen el tipo de transformaciones y crisis de la estructura del derecho administrativo y del sector público en Colombia, por el efecto de la globalización e internacionalización de las instituciones y de la sociedad, reconociendo este efecto en la creación de instrumentos de carácter *soft law* en el derecho administrativo colombiano.

En el tercer y último capítulo se procura validar, mediante la explicación hipotética, cómo los documentos Conpes representan una clara manifestación del fenómeno del *soft law* en el derecho administrativo colombiano, entendidos como instrumentos de adaptación a las rápidas transformaciones y crisis que surgen del contexto global a las fuentes tradicionales del derecho y la estructura del Estado.

Capítulo I

Del *hard law* al *soft law*: la transformación del derecho administrativo

En este primer apartado se construye un estado del arte que delimita el sistema clásico de fuentes del derecho administrativo (*hard law*) frente al fenómeno del *soft law*, caracterizando este último según sus formas y proyección en el derecho administrativo colombiano. Se reconoce el paradigma clásico del derecho administrativo basado en la legalidad de las fuentes o *hard law*, en tanto que de manera complementaria se caracteriza el sistema de fuentes del derecho administrativo colombiano. Seguidamente, se muestra cómo el derecho internacional y la globalización son el modelo de la normatividad relativa. En tal sentido, se caracteriza el contexto en el que surge el *soft law* y finalmente se identifican sus formas, características y proyecciones en el derecho administrativo.

1.1. Aproximación a la teoría clásica de las fuentes del derecho en el derecho administrativo

De acuerdo con García y Fernández, la definición del derecho administrativo separa la realidad de la administración pública de la realidad de las administraciones privadas. Desde el punto de vista jurídico, esta diferenciación conduce a la comprensión de que “el objeto del derecho administrativo es la administración pública en todas sus manifestaciones, sean estas externas o internas, vale decir, jurídicas o no jurídicas”¹⁹. A partir del enfoque moderno, el objeto del derecho administrativo constituye “el encuadre jurídico de la organización administrativa y de las funciones de la administración pública, como también la actividad administrativa de los órganos judicial y legislativo”²⁰. Tal definición se apoya en el aserto de que la Administración Pública constituye una dimensión de la actividad estatal. Esta última, como sostiene Alfredo Puig, es:

Un conjunto organizado de hombres que extiende su poder sobre un territorio determinado y reconocido como unidad en el concierto internacional. De ello se desprende que los elementos constitutivos esenciales del Estado son: dos de carácter externo —el pueblo y el territorio—y uno interno —el poder ordenador: el “imperium”.²¹

El establecimiento del Estado en el contexto del mundo occidental antiguo y moderno ha significado la presencia de un determinado orden normativo, y este fenómeno hace imprescindible la existencia de una relación directa entre el Estado

¹⁹ GARCÍA de Enterría, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, 16ª ed., tomo I, Madrid: Thomson Civitas, 2013.

²⁰ *Ibíd.*

²¹ PUIG, Alfredo Gustavo. *Derecho administrativo para ciencias económicas*, Provincia de Salta, Argentina: Universidad Nacional de Salta, Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales, 2003, p. 17. Consultado el 2 de mayo del 2015 en: http://www.economicas.unsa.edu.ar/web/archivo/otros/Derecho_administrativo.pdf.

y el derecho. Como sostiene Puig²², suele considerarse que el derecho es una creación estatal, por lo que parece aceptable que el orden normativo obedece a la voluntad estatal; es decir, hay una jerarquía del Estado sobre el derecho que es creado por aquel, y por consiguiente lo puede cambiar. En consecuencia, se entiende que “no todo lo estatal es jurídico, y por ende, surgen aspectos excluidos de la posibilidad de ser regulados por el orden jurídico”.

Sin embargo, existe otra tradición que defiende justamente lo contrario. Según la doctrina del Estado de derecho, que surge con la Revolución Francesa (1789), existe una relación entre Estado y derecho en donde el ente estatal, si bien es el origen y la fuente de las normas jurídicas, se encuentra sometido de manera necesaria al derecho que ha creado. Tal sometimiento no es arbitrario ni condicionado, dado que “el orden normativo reconoce la existencia de ciertos derechos fundamentales que no es posible ignorar ni alterar, existiendo para el caso tribunales independientes que juzgarán las contiendas que al respecto puedan suscitarse”²³. Según esto, y con referencia a la Administración Pública, el derecho es preexistente a la actividad de la administración, y dichas actividades participan de un orden jurídico que subordina la administración, convirtiéndose en una única causa que predetermina el accionar administrativo.

De conformidad con este razonamiento, el Estado de derecho, o el derecho al que está sometido jurídicamente el Estado, supone la presencia de elementos que caracterizan la administración de lo público²⁴, a saber:

- 1) La separación del poder constituyente del poder legislativo común.
- 2) La existencia de una Constitución escrita.
- 3) La separación del poder del Estado entre órganos distintos, controlados y limitados entre sí.
- 4) La existencia de medios de sustancia procesal que sean eficaces para hacer valer los derechos y pretensiones jurídicas de los individuos frente al Estado, y que estén constitucionalmente reconocidos.

Estos aspectos conllevan la comprensión de que en el derecho público existe una relación de subordinación entre el Estado y los particulares, en tanto se confiere a aquel una superioridad jurídica, es decir, atribuciones superiores a las de los individuos y diferentes de las del derecho privado, en donde los sujetos están en paridad de condiciones y por lo tanto son frecuentes las relaciones de coordinación entre ellos²⁵.

En estas circunstancias, el derecho administrativo se vincula a satisfacer el interés público o colectivo, abarcando toda la función administrativa: los contratos

²² *Ibíd*, p. 18.

²³ *Ibíd*, p. 20.

²⁴ *Ibíd*, p. 20.

²⁵ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, tomo 1, parte general, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1997, p. V-23.

administrativos, la responsabilidad del Estado, el dominio público, los servicios públicos, etc. De este modo, siguiendo a Gordillo, el derecho administrativo se puede definir como: “La rama del Derecho Público, que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra esta”²⁶.

Teniendo como horizonte la función esencial del derecho administrativo y su relación con el Estado, es importante destacar cuáles son las fuentes tradicionales del derecho administrativo; son estas aquella fuerza obligante y sólida de la ley, entendida como: “[...] aquellos instrumentos o prácticas generales con carácter obligatorio cuyo incumplimiento puede ser exigido por las vías institucionales de solución de conflictos y derivar en la responsabilidad internacional del Estado”²⁷.

De acuerdo con Marienhoff²⁸, etimológicamente la palabra fuente (del latín *fons*, *fontis*) hace referencia al “manantial de agua que brota de la tierra”, y figurativamente al “principio, fundamento u origen de una cosa”. Según esta última acepción, se hace posible el estudio científico para determinar el origen del derecho administrativo.

En complemento, cuando se hace referencia a las fuentes formales del derecho se habla de la forma como el ordenamiento jurídico se manifiesta mediante normas jurídicas generales, impersonales y abstractas²⁹.

Según García Máñez: “Por fuente formal entendemos los procesos de creación de las normas jurídicas”³⁰, en tanto que para Bobbio, fuentes del derecho “son aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas”³¹. En términos amplios, la fuente formal del derecho es sinónimo de norma jurídica de contenido general, impersonal y abstracto, aplicable a todas las situaciones de hecho que puedan enmarcarse en el supuesto de la norma, pues el derecho tiene forma de norma³².

Por fuentes del derecho administrativo se comprenden la Constitución y la ley, incluidos los reglamentos administrativos, actos y contratos administrativos³³. De acuerdo con los argumentos de Puig³⁴, las fuentes de esta disciplina serán todas las normas y principios que integran dicho régimen jurídico administrativo; es

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ Del TORO HUERTA, Mauricio Iván. El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México: UNAM, Facultad de Derecho, 2006, p. 528. Consultado el 21 de febrero del 2014 en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/6/art/art12.pdf>.

²⁸ MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de derecho administrativo*, tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995.

²⁹ FONSECA Ramos, Marco. Las fuentes formales del derecho colombiano a partir de la nueva Constitución. *Revista de Derecho*, Medellín: Universidad del Norte, 1992, p. 32. Consultado el 3 de marzo del 2015 en: <http://cientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewFile/2435/1584>.

³⁰ GARCIA M., Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*, México: Porrúa, 2000, p. 51.

³¹ BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*, Bogotá: Temis, 1987, p. 158.

³² FONSECA Ramos, Marco. *Las fuentes formales del derecho colombiano...*, cit., p. 32.

³³ Cfr. PUIG, Alfredo Gustavo. *Derecho administrativo para ciencias económicas*, cit.

³⁴ *Ibíd.*

decir, reglas y principios que sean imperativos y que forman parte del orden jurídico positivo.

De manera general, existen en este orden positivo las fuentes formales y las materiales. Las formales son los hechos sociales imperativos emanados de autoridades (derecho positivo), tales como las antes mencionadas Constitución, ley y reglamentos. Por su parte, las fuentes materiales (o científicas) son reglas que surgen de la naturaleza de las cosas y son investigadas por los estudiosos del derecho (la doctrina, la jurisprudencia, la analogía, los principios generales del derecho, la costumbre, la buena fe).

De acuerdo con Marienhoff³⁵, las fuentes son: directas o indirectas (la jurisprudencia o la doctrina), en cuanto sirven como antecedentes para la resolución de casos propuestos; inmediatas o mediatas, según la manera como influyan en el ordenamiento del derecho positivo. Las fuentes directas, que nacen de normas jurídicas positivas, pueden ser a la vez inmediatas (Constitución Política, leyes, reglamentos) o mediatas (la analogía, la jurisprudencia, los principios generales del derecho, etc.).

Dentro del marco jurídico del derecho administrativo colombiano, los tratados internacionales suscritos por Colombia “hacen parte del bloque de constitucionalidad y que, por tanto, tienen jerarquía constitucional y carácter prevalente respecto de la legislación interna”³⁶. Esto permite suponer que los principios fijados en estos instrumentos sirven como criterios interpretativos y a la vez como criterios de aplicación de las normas internas.

En tal caso, los tratados internacionales suscritos por Colombia “no sólo sirven de referencia frente a los vacíos legales del régimen disciplinario sino que ilustran toda la aplicación del último”³⁷. No obstante, como lo advierte el concepto del procurador general, los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad son aquellos que incorporan mecanismos de protección de derechos humanos.

1.1.1. Las fuentes del derecho administrativo en Colombia

En Colombia, las fuentes directas y normativas del derecho son, en general la Constitución y la ley, así como los decretos del presidente de la República; los actos de los consejos superiores de la Administración Pública; los actos administrativos de los ministros y los directores de departamentos administrativos;

³⁵ COMBARIZA Camargo, Óscar Fabián. *Las fuentes formales del derecho colombiano*. Bogotá: Corporación Universitaria Empresarial Alexander von Humboldt. Consultado el 20 de marzo del 2015 en: <http://www.tribunaladministrativodelquindío.com/relatoria/publicaciones/EMPLEADOS/LAS%20FUENTES%20FORMALES%20DEL%20DERECHO%20COLOMBIANO.doc>.

³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia nº C-067/03 del 4 de febrero del 2003*. Consultado el 26 de mayo del 2015 en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-067-03.htm>.

³⁷ *Ibíd.*

los actos administrativos de los consejos superiores o directivos de las entidades descentralizadas; los decretos de los gobernadores y las ordenanzas departamentales; los actos administrativos de los secretarios del despacho departamental y de los jefes de los organismos descentralizados seccionales; los decretos de los alcaldes y los acuerdos de los concejos distritales y municipales, según el caso; los decretos de los alcaldes locales y los acuerdos de las juntas administradoras locales.

Las fuentes indirectas no normativas, por su parte, son la jurisprudencia, la doctrina, los principios generales del derecho y la costumbre, siempre y cuando no sea contraria a la ley; también se añade el bloque de constitucionalidad, que atiende al derecho internacional.

En este orden de ideas y con base en la pirámide planteada por Hans Kelsen, en la figura 1⁽³⁸⁾ se presenta la jerarquía de las normas en Colombia, diferenciando aquellas que son proferidas por las ramas del Estado a escala nacional (principalmente la rama legislativa —leyes— y la ejecutiva —decretos y resoluciones—) y las que expiden las entidades territoriales (departamentos y municipios) que hacen parte de la rama ejecutiva o administrativa del poder público.

En la pirámide destaca el hecho de que en su base se encuentra la norma de mayor relevancia para el Estado y la sociedad, como lo es la Constitución Política, a partir de la cual se dan los demás desarrollos normativos por parte de las autoridades estatales (desde las leyes expedidas por el Congreso de la República hasta las resoluciones que elaboran algunas dependencias de las alcaldías municipales).

El derecho administrativo contempla en el mismo orden expuesto, según el artículo 4º de la Constitución Política³⁹, una prelación normativa y hermenéutica al establecer que la Carta Magna es norma de normas. De acuerdo con Combariza⁴⁰, la disposición constitucional no deja dudas en cuanto a la jerarquía de las normas en el derecho colombiano, al establecer que cualquier contradicción entre una norma de carácter legal (artículo 4º de la Constitución Política) y una constitucional, primará en su aplicación la segunda sobre la primera, esto es, la norma constitucional habrá de encontrar efectividad en perjuicio de la regla legal.

³⁸ DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN (DNP). *Elementos básicos sobre el Estado colombiano*. Bogotá, 2010, p. 22. Consultado el 18 de octubre del 2015 en: www.dnp.gov.co.

³⁹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Constitución Política*, artículo 4º: La Constitución es norma de normas. Bogotá: Presidencia de la República, Editorial Legis, 1991.

⁴⁰ COMBARIZA. *Las fuentes formales del derecho colombiano*, cit.

La Corte Constitucional tuvo ocasión de ratificarse en la postura expuesta, y así en la Sentencia C-131 de 1993⁴¹, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, afirmó:

[...] La Constitución es la primera de las normas. Es por ello que cualquiera otra norma jurídica, así sea expedida por el operador jurídico más modesto de la República, debe sujetarse en primer lugar a la Constitución.



Figura 1. Jerarquía normativa de Colombia

Fuente: adaptación del informe del DNP-DDTS-GGPT del 2009.

Así mismo, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-037 del 2000, con ponencia del magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, para reiterar que

[...] El ordenamiento jurídico colombiano supone una jerarquía normativa que emana de la propia Constitución. Si bien ella no contiene disposición expresa que determine dicho orden, de su articulado puede deducirse su existencia, así no siempre resulte sencilla esta tarea [...] Así las cosas, la supremacía de las normas constitucionales es indiscutible [...] La jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta Fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las que les siguen en dicha escala jerárquica. Las de inferior categoría, deben resultar acordes con las superiores, y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de grado más particular. En esto consiste la connotación de sistema de que se reviste el ordenamiento, que establece su coherencia interna.

⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sala Plena. *Sentencia n° C-003 de enero 14 de 1993*. Consultado el 21 de mayo del 2015 en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-131-93.htm>.

Con base en lo expuesto, es evidente que en Colombia la Constitución expresa y recoge de manera positiva lo que Bobbio llama *poder originario*, el cual subyace en la Carta Magna, entendida como *norma de normas* o norma fundamental, tal y como lo expresa el artículo 4º de la misma Carta política.

Dentro de la estructura normativa colombiana sobresale el llamado *bloque de constitucionalidad*, el cual, según Arango, tuvo su primer acercamiento por parte de la Corte Constitucional en la aplicación de normas supranacionales al orden interno colombiano, a través de la sentencias T-409 de 1992 (M.P's: Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz) y C-574-92 (MP: Ciro Angarita Barón). A partir de este momento se logró establecer que “los convenios sobre derecho internacional humanitario tienen carácter prevalente sobre la legislación nacional”⁴².

Con base en la jurisprudencia mencionada, la Corte Constitucional empezó a interpretar el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política de 1991 como “la norma que disponía la prevalencia de los tratados o convenios internacionales en el orden jurídico interno, siempre y cuando dichas normas hubiesen sido integradas en la normatividad colombiana a través de la ratificación del Estado, previo análisis de constitucionalidad”⁴³. Tal disposición establece la preeminencia, superioridad o supremacía de los tratados y convenios internacionales en nuestro orden jurídico interno. Del mismo modo, se estableció que es condición indispensable para que los tratados o convenios internacionales prevalezcan, que sus normas no contraríen o vulneren los preceptos consagrados en la Constitución, pues en el caso de que tal cosa ocurriera las cláusulas transgresoras serían inaplicables.

La interpretación del inciso primero del artículo 93 de la Constitución, por parte de la Corte Constitucional, como “el dispositivo integrador de las normas supranacionales en el bloque de constitucionalidad”⁴⁴, condujo al establecimiento de dos supuestos para que se diera la integración de las normas en el bloque: 1) el reconocimiento de un derecho humano; y 2) que se trate de un derecho cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción. Ejemplo de estos derechos de carácter intangible son el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la libertad de conciencia y el derecho al *habeas corpus*, entre otros.

⁴² ARANGO Olaya, Mónica. El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Revista Precedente*. Cali: Universidad ICESI, 2004, p. 81. Consultado el 30 de septiembre del 2014 en: <http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf>.

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ Nota: “Para que tenga lugar la prevalencia o superioridad de los tratados y convenios internacionales en el orden interno, es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción”. *Ibíd.*, p. 82.

En consecuencia, con base en la interpretación anterior, en Colombia se “dio carácter vinculante a los tratados de Derecho Internacional Humanitario con prevalencia en el orden interno y surgió la protección a la dignidad humana en el derecho internacional a través de las normas *ius cogens*, ya que tanto los tratados de derechos humanos en sentido estricto como los convenios de Derecho Internacional Humanitario son normas de esta naturaleza”⁴⁵.

Con respecto a la ley, el artículo 230 de la Constitución Política establece que los jueces en sus providencias sólo están sometidos a la ley. A esto se agrega que a efectos de su interpretación cuentan con criterios auxiliares: la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina. El artículo en comento asimismo dice que “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”⁴⁶. Una interpretación restrictiva del artículo 230 sostiene que en Colombia la única y a la vez principal fuente del sistema normativo es la ley y que todas las demás fuentes tienen un carácter simplemente auxiliar.

En orden jerárquico, luego se encuentran los decretos, clasificables en: a) reglamentarios: expedidos por el presidente de la República con fundamento en la potestad reglamentaria del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, b) ejecutivos: expedidos por el presidente de la República con fundamento en el numeral 1 del artículo 189 de la Carta y, c) de inspección y vigilancia: expedidos por el presidente de la República con fundamento en los numerales 21 y 22 del artículo 189 de la Carta.

Por otra parte, existe la inquietud sobre la vigencia de las fuentes indirectas mediatas y no normativas, como la costumbre. En este sentido, el artículo 13 de la Ley 153 de 1887⁴⁷ establece que “La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, se constituye en un derecho, a falta de legislación positiva”, y en complemento, el artículo 4º de esa misma ley⁴⁸ dispone que “Los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina Constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes”. Así mismo, el artículo 5º de la mencionada ley señala que “dentro de la equidad natural y la doctrina Constitucional, la Crítica y la Hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras ó incongruentes”. Con base en lo expuesto, es evidente que este tipo de fuentes indirectas han servido hasta la Constitución de 1991 para ilustrar o para referir al sentido general de la ley, así como a la manera como el Estado debe o

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 83.

⁴⁶ REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Constitución Política*, artículo 230º: Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. Bogotá: Presidencia de la República, Legis, 1991.

⁴⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Ley 153 de 1887*, parte primera, Reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes. *Diarios Oficiales* n^{os} 7.151 y 7.152, del 28 de agosto de 1887. Bogotá. Consultado el 24 de enero del 2015 en: http://avancejuridico.sic.gov.co/sic/docs/ley_0153_1887.htm.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 43.

debería comportarse con relación a temas y/o problemas que requieren planeación y gestión administrativa.

Se entiende que la Constitución de 1991 no afectó la costumbre ni la doctrina constitucional como fuentes formales del derecho colombiano, como tampoco las normas legales que así lo consagran (artículos 8 y 13 de la Ley 153 de 1887), es decir, para el derecho ellas continúan vigentes, dado que no entran en conflicto con la Carta Magna⁴⁹.

Sin embargo, como sostiene López, en el derecho administrativo “la costumbre no es fuente de derecho, ya que la administración no puede en consecuencia crearse a sí misma derechos frente a los particulares por observar habitualmente una determinada conducta”⁵⁰. En tal sentido, para que una costumbre adquiera relevancia jurídica, es necesario que una norma legislativa la autorice o reconozca como tal.

Otra fuente del derecho administrativo colombiano es la doctrina constitucional, la cual muestra la flexibilidad del principio de legalidad en la configuración de las fuentes en el derecho administrativo colombiano, al aparecer el precedente constitucional y luego el precedente administrativo como fuentes reconocidas con ese carácter, la una por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la otra por el legislador.

Por principio, la doctrina constitucional es considerada: “Fuente de derecho, obligatoria para los jueces y demás autoridades en sus providencias y actuaciones administrativas”⁵¹. En complemento, autores como Bernal Pulido afirman que la doctrina constitucional “se atribuye a sí misma la propiedad de fuerza de ley”⁵². De modo que se acepta que para la cultura jurídica colombiana las decisiones de la Corte Constitucional constituyen fuente de derecho obligatorio. En tal sentido, la Corte Constitucional, como órgano supremo de la jurisdicción constitucional y protector de la Carta Política, se abrogó para sí la posibilidad de realizar interpretación auténtica a los textos constitucionales.

La noción de doctrina constitucional hace pues referencia a las decisiones emitidas por la Corte Constitucional en relación con fallos de tutela o sentencias SU o de unificación, que acogen el sistema de precedente constitucional como

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 43.

⁵⁰ LÓPEZ Olvera, Miguel A. *Las fuentes del derecho administrativo*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, 1995. Consultado el 23 de junio del 2015 en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/239/art/art4.pdf>.

⁵¹ RAMÍREZ Torrado, María Lourdes y HERNÁNDEZ Meza, Nelson. El desconocimiento de la doctrina constitucional frente al principio de legalidad que opera en derecho disciplinario. *Opinión Jurídica*, vol. 10, n° 20, julio-diciembre, 2011, pp. 35-46, Universidad de Medellín, p. 37. Consultado el 23 de octubre del 2015 en: <http://www.redalyc.org/pdf/945/94522275003.pdf>.

⁵² BERNAL, C. La fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional en el orden jurídico colombiano. En: Alexei, J. (Dir.), *Teoría constitucional y políticas públicas. Bases críticas para una discusión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 391.

norma jurisprudencial de carácter obligatorio. De acuerdo con la Sentencia C-836 del 2001, en la medida que el respeto al precedente implica seguridad jurídica y aplicación de la confianza legítima en la administración de justicia, esto implica que la jurisprudencia es fuente principal de derecho.

En el caso concreto del derecho administrativo, la Sentencia C-816/11⁵³ de la Corte Constitucional reconoce la preeminencia de la ley como fuente de derecho para los Estados democráticos y constitucionales, como lo es Colombia. A este respecto, la Corporación sostiene:

5.2.2. La primacía de la Legislación como fuente del ordenamiento jurídico, es regla de los estados democráticos y constitucionales que dan prevalencia a las reglas de conducta dictadas por los representantes del Pueblo o el propio Pueblo soberano para regular el poder y la libertad, a través de los procesos legislativos ordinarios o constituyentes, esto es, de *la Legislación como principal fuente formal del Derecho*.

5.2.3. El poder vinculante de la Legislación, como fuente primaria del derecho, es indiscutible. De este modo, la actuación de las autoridades —para el caso administrativas y judiciales—, se ha de regir por lo dispuesto en las reglas constitucionales, legales o reglamentarias que conforman el sistema jurídico (CP 121 y 123), a cuya cabeza la Constitución ostenta supremacía normativa, goza de eficacia directa y es principio de interpretación de todo el ordenamiento. La Constitución dispone que “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley” (CP, 121).⁵⁴

En este sentido, las autoridades administrativas, al igual que los servidores públicos, sin excepción, deben cumplir y defender la Constitución, así como ejercer sus funciones según la Constitución y la ley (artículos 122 y 123.2 de la Constitución). De esta forma, el concepto de un Estado de derecho se evidencia en la administración mediante el principio de legalidad, según el cual:

[...] la actividad administrativa se halla sometida a las normas superiores del ordenamiento jurídico, no pudiendo hacer u omitir sino aquello que le está permitido por la Constitución, la Ley y los Reglamentos pertinentes. La efectividad de tal principio, como deber ser, busca asegurarse a través del control de legalidad, en prevención

⁵³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sala plena. *Sentencia C-816/11. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades*. Bogotá, 1^o de noviembre del 2011. Consultado el 12 de junio del 2015 en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-816-11.htm>.

⁵⁴ *Ibíd.*

de actuaciones ilegales o arbitrarias del Poder Ejecutivo o de las autoridades que realizan la función administrativa.⁵⁵

En síntesis, el derecho legislado junto con la Constitución Política, como norma de normas dentro del orden jurídico interno, constituye la fuente formal primaria de nuestro sistema de derecho.

Mediante la Ley 1437 del 2011, tanto en la primera parte —procedimiento administrativo— como en la segunda —procedimiento contencioso administrativo—, se logra establecer la naturaleza vinculante que tiene la jurisprudencia del Consejo de Estado para las autoridades administrativas, así como para jueces y magistrados. La obligatoriedad de esta jurisprudencia para dichas autoridades se encuentra prevista en las diferentes disposiciones de la ley en comento.

En primer lugar, la Ley 1437 del 2001 establece en su artículo 3º unos principios que orientan la actuación administrativa, al señalar lo siguiente:

Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad [...]⁵⁶

Esta primera parte de la ley abarca las normas que tienen como finalidad proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, así como la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales y el funcionamiento eficiente y democrático de la administración.

Para este fin, se incluye de manera precisa en el artículo 10 que las autoridades atenderán de modo preferente y a la par de las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado, las decisiones de la Corte Constitucional que permitan interpretar las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. En otras palabras, la Ley 1437, declarada exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-634 del 2011, impone el deber de adoptar decisiones teniendo en cuenta las sentencias de

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Ley 1437 del 2001 del 18 de enero del 2011. “por la cual se expide el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo”*. República de Colombia. Consultado el 12 de junio del 2015 en: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/ley143718012011.pdf>. Consultado el: junio 12 de 2015.

unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas. A este respecto el artículo 10 dispone:

Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.⁵⁷

En suma, existe un paradigma clásico del derecho administrativo que se basa en la legalidad de las fuentes, reconocidas como *hard law*, y que en Colombia la jerarquía normativa se fundamenta en y la preside la Constitución Política, tanto a nivel nacional como a nivel territorial. Para el derecho administrativo, según su jerarquía, la Constitución está primero; le siguen las leyes orgánicas y ordinarias y las disposiciones del Gobierno con valor de ley; luego, los reglamentos y disposiciones administrativas.

Hasta aquí se ha podido apreciar el modo en que se delimita el sistema clásico de fuentes del derecho administrativo (*hard law*) frente al fenómeno del *soft law*, lo cual permitirá realizar una lectura, por una parte, de cómo el derecho internacional y la globalización⁵⁸ han influido en el derecho administrativo nacional, proceso identificable tanto en leyes anteriores a la Constitución de 1991 como posteriores a ella, entre las que se incluyen los documentos Conpes.⁵⁹ Y por la otra parte, de la forma en que tienden estos documentos consultivos y asesores a imponer su carácter de normatividad relativa, que si bien se fundamenta en la ley, en muchos aspectos suele desplazar a las fuentes tradicionales y crear un escenario en el que los asuntos internos de un país se encuentran cada vez más supeditados a los principios, normas y regulaciones vinculantes del derecho internacional.

Como veremos más adelante, dentro de la jerarquía normativa colombiana han empezado a cobrar mayor relevancia para la Administración Pública, los actos del Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes). Este es el organismo asesor principal del Gobierno Nacional en temas de desarrollo social y económico. Es la máxima autoridad de planeación y opera como ente coordinador,

⁵⁷ *Ibíd.*, artículo 10º.

⁵⁸ Cfr. HUNTINGTON, al respecto señala que las organizaciones colectividades sociales, políticas y culturales han reemplazado la bipolaridad del poder que creó la guerra fría (capitalismo vs comunismo), y se están gestando otras líneas centrales que generan tensiones y conflictos en la política global; aspectos como la religión, la tecnología, el medio ambiente, entre otros, pesan hoy de manera significativa en la configuración jurídica del Estado y sus relaciones internacionales. Ver: Samuel P. El choque de las civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial. 1ª ed. 4ª reimp.- Buenos Aires: Paidós, 2001. p. 121.

⁵⁹ El Conpes fue creado mediante la Ley 19 de 1958 —Ley sobre reforma administrativa— y reformado a través del Decreto 627 de 1974, por el cual se reestructura el Consejo Nacional de Política Económica y Social y el Departamento Nacional de Planeación.

direccionador, articulador y toma de decisiones de política pública⁶⁰. El valor jurídico que tienen los actos del Conpes reside en su carácter consultivo y su capacidad para dar orientaciones en materia económica, social y de planeación, emitir recomendaciones de política económica y social que sirvan de base en la elaboración de planes y programas por parte de entidades ejecutoras, así como dar conceptos de favorabilidad sobre crédito público y declaraciones de importancia estratégica en el marco de la ley. Por esto, al no ser una fuente tradicional del derecho administrativo, se puede considerar como el resultado de la inserción del *soft law*, por su capacidad de dar orientación al Ejecutivo desde una visión científica, técnica y social.

1.2. El derecho internacional como modelo de normatividad relativa

Según Alarcón⁶¹, debido a la dinámica que impone el derecho internacional es difícil observar un concepto tradicional de ordenamiento jurídico en el que únicamente las normas producidas por las fuentes jurídicas tradicionales (*hard law*) sean válidas para regular fenómenos complejos y supranacionales, tales como el cambio climático, la protección de los derechos humanos o el internet en las transacciones económicas y sociales. Esto ha significado una reestructuración del derecho de orden supranacional para poder analizar y asumir fenómenos que podrían quedar sin regulación, o en su defecto, se haría de forma superficial e incompleta.

Dichos elementos provienen de lo que se había mencionado en páginas anteriores, es decir, la creciente participación de actores sociales que demandan más espacio jurídico para tratar temas relacionados con los derechos humanos y su impacto en el ámbito tradicional de la soberanía de los Estados, a través de las intervenciones humanitarias y las comisiones internacionales de reparación de derechos vulnerados; así mismo, en la creación de instituciones supranacionales de carácter político o económico que tienen claros rasgos de orden jurídico, como es el caso de la Corte Penal Internacional.

No son desconocidos en este proceso de transformación del derecho Internacional, la crisis por el acceso al agua potable, los avances de la biotecnología y los recursos genómicos, la presencia ineludible de las comunicaciones digitales y las tecnologías de la comunicación.

⁶⁰ DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN (DNP). *Guía metodológica para la elaboración de documentos Conpes*, Bogotá: DNP, 2013. Consultado el 12 de abril del 2015 en: <http://file:///D:/papa%20CONPES%20SOFTLAW%202013/TESIS%20FINAL%202014/GUIA%20ELABORACION%20CONPES.pdf>.

⁶¹ ALARCÓN García, Gloria. *El soft law y nuestro sistema de fuentes*. Universidad de Murcia, España, 2010, p. 7. Consultado el 12 de marzo del 2016 en: <http://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/10423/1/EI%20soft%20law%20y%20nuestro%20Sistema%20de%20fuente%20%20Homenaje%20RodriguezBereijo%20%20preprint%2017%20002%202010.pdf>.

En retrospectiva, los profundos cambios que moldearon el siglo XX, acaecidos en la posguerra, como la implantación de modelos de desarrollo capitalista, la fundación de la Organización de las Naciones Unidas y la creación de otros organismos y agencias internacionales de cooperación, así como la consolidación de nuevos frentes de poder hegemónico planetario que condujeron a la polarización entre países desarrollados y en vías de desarrollo, sirvieron para transformar de manera definitiva el derecho internacional.

Más recientemente, los procesos de descolonización en África, América Latina y Asia, con la consecuencia jurídica de la necesidad de autodeterminación de los pueblos, el fin de la Guerra Fría y la caída del Muro de Berlín, al igual que la globalización tecnológica, científica, humanitaria y financiera prepararon un clima internacional de emergencia de nuevos actores sociales, económicos y no gubernamentales que terminaron por convertir al derecho internacional en la fuente ampliada de la inclusión de nuevas dinámicas y situaciones que exceden el campo de la soberanía de los Estados nacionales. Esta ampliación significó por demás extender las funciones del derecho hacia ámbitos considerados domésticos, pero que ahora adquirirían rasgos públicos y comunes a escala planetaria.

De acuerdo con Chevallier, retomado por Flórez⁶², el fenómeno estatal envuelve una gran ambigüedad; pues por una parte, constituye una “realidad *banal* por omnipresente en la vida social cotidiana, como encarnación impersonal de la fuerza, el poder y la autoridad”; y por otra parte, es “un objeto extremadamente *complejo* y difícil de observar en la medida en que se concreta analíticamente en un concepto abstracto históricamente dinámico que engloba una pluralidad de significados a lo largo del proceso de construcción del imaginario estatal”. Situación que indica que la figura del Estado tienen una fuerte tradición y arraigo colonial como eje central del poder occidental, pero a la vez, es un elemento dinámico que oscila entre varias formas particulares de organizar los asuntos sociales, económicos y políticos, lo que le permite ser una estructura relativamente estable en contextos totalmente ajenos a los países centrales de Europa occidental. En consecuencia, para Chevallier, el “Estado posmoderno” de la sociedad globalizada en el que estamos inmersos es “...una forma ambigua, incierta y por esencia misma evolutiva”⁶³, que se encuentra en transición y crisis.

En términos generales, al hablar del derecho Internacional como un modelo de normatividad internacional relativa, se reconoce que existe un orden internacional actual que no constituye un sistema cerrado, determinado y limitado mediante los modos tradicionales de creación de normas jurídicas estatales tradicionales, y que

⁶² CHEVALLIER, Jacques. L'État post-moderne, 2ª ed., Paris, LGDJ, 2004. Citado por: FLÓREZ R, José Fernando. “De Maquiavelo al Estado postmoderno. Paradigmas políticos de aproximación al fenómeno estatal”. En: Revista Derecho del Estado n.º 29, julio-diciembre del 2012, pp. 107-144. Bogotá, Colombia. Disponible en: <http://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3294>. Disponible el: 12 de septiembre de 2016

⁶³ CHEVALLIER, Jacques. L'État post-moderne, 2ª ed., Paris, LGDJ, 2004, p. 208.

en estos nuevos instrumentos se encuentran representados las voluntades de los miembros de la comunidad internacional y de organismos de diverso índole que ponen de manifiesto la necesidad de que se atiendan sus perspectivas como estrategias de acción.

De esta manera, se da paso a la presencia de expresiones jurídicas que comienzan a hacer visible la existencia de fenómenos caracterizados por carecer de fuerza vinculante, aunque no de efectos jurídicos o de cierta relevancia jurídica para los Estados contemporáneos. Es el caso de la expresión *soft law*, que se impuso en el contexto jurídico internacional descrito y sobre el cual se engloban los actos o instrumentos jurídicos sin carácter obligatorio, pero que de una u otra manera afectan el sistema tradicional de fuentes o *hard law*.

La crisis global también afectó la naturaleza del Estado contemporáneo. De acuerdo con Sarmiento, son varios los aspectos que definen la crisis del Estado y su capacidad para responder a las demandas globales que impone la crisis del derecho Internacional. En sus palabras:

Los mitos y las leyendas del constitucionalismo han caído uno a uno. El Estado-nación se ha atomizado en varias direcciones, abriendo las puertas de su soberanía a las organizaciones supranacionales de integración, al mismo tiempo que los escalones regionales y locales de decisión han asumido protagonismo incluso en los Estados más centralizados [...] Las fronteras físicas y la territorialidad que circunscribe la actuación de los Estados ha chocado con la libertad de movimientos de los capitales, bienes y servicios, pero también de la delincuencia organizada, la corrupción o la contaminación. Transformada la estructura territorial e institucional del Estado, se transforma con ella el papel que desempeña el Derecho, y muy especialmente, el sector del ordenamiento llamado a regular y habilitar la actuación de los poderes públicos.⁶⁴

Como se observa, el derecho público no ha logrado adaptarse al nuevo contexto de la globalización y sus efectos sociales, económicos, culturales y políticos en plena transformación⁶⁵, lo que ha permitido la “irrupción del Derecho de integración supranacional”⁶⁶, entendido como el trastocamiento de la concepción tradicional del sistema de fuentes del derecho basado en la norma constitucional y el consecuente desmonte de la Administración Pública, que ha tenido que sacrificar el principio legislativo de las libertades ciudadanas tradicionalmente democráticas e internas, por procedimientos flexibles y de adaptación al intenso ritmo que impone la realidad internacional.

⁶⁴ SARMIENTO Ramírez, Daniel. La autoridad del derecho y la naturaleza del *soft law*. *Cuadernos de Derecho Público*, n° 28, mayo-agosto del 2006, Universidad Complutense de Madrid, 2006. Consultado el 14 de febrero del 2016 en: <http://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/788/843>, p. 222.

⁶⁵ CHEVALLIER, Jacques. L'État, Paris, Dalloz, 2001.

⁶⁶ SARMIENTO Ramírez, Daniel. La autoridad del derecho y la naturaleza del *soft law*. Op. Cit., p. 223.

Así pues, el derecho público se ha convertido en testigo directo de la influencia del *soft law*, con efectos jurídicos no del todo claros, pero que sin lugar a dudas, representa una lenta pero progresiva rebelión contra la autoridad del derecho. En palabras de Sarmiento: “Una rebelión protagonizada por una fuente alternativa, caracterizada por su falta de normatividad y desapego a la rigidez del principio de legalidad. Una fuente tan indeterminada en su contenido, que ha recibido el genérico y ambiguo nombre de *Soft Law*”⁶⁷, y que se expresa en: instrucciones, planes, circulares, normas técnicas, cartas de servicios, códigos de buen gobierno, acuerdos, convenios, entre otros instrumentos sin regulación propia que causan importantes dificultades al intérprete del derecho.

A continuación, se reconstruye la naturaleza del *soft law* como un fenómeno que se desprende de la flexibilidad jurídica que ofrece el derecho internacional, y que afecta no solo al sistema tradicional de fuentes, sino también a la estructura del Estado contemporáneo.

1.3. El fenómeno del *soft law*: formas, características y consecuencias del instrumento

El contexto de existencia de las normas *soft law* suele plantearse en oposición al anteriormente descrito *hard law*. Así pues, con base en esta diferencia, es posible advertir que el derecho internacional y el nacional han sido producidos de forma exclusiva por aquellas fuentes tradicionales propias del derecho, como lo son los tratados y la costumbre, dejando al margen del ámbito jurídico otras manifestaciones de voluntad de los sujetos de derecho internacional.

Es importante reconocer que el derecho administrativo está vinculado a la noción de administración del Estado, y que el estudio de la estructura y de la actividad de la administración es la temática principal del derecho administrativo. Por dicho objeto se entiende, entonces, “el conjunto de órganos encargados de cumplir las múltiples intervenciones del estado moderno y de atender los servicios que él presta”⁶⁸.

Sin embargo, en la medida que Colombia se involucra en temas y asuntos internacionales como el medio ambiente, el desarrollo latinoamericano, el cumplimiento de los derechos humanos, entre otros, se observa cómo se trastocan las fuentes formales del derecho y se apropian normas blandas que sirven como plataforma para la ejecución de políticas y planes de desarrollo interno.

En tal sentido, el *soft law* es un punto de reflexión sobre la validez de las fuentes tradicionales del derecho administrativo, y al mismo tiempo se constituye en un instrumento que trae consigo la globalización e internacionalización de los asuntos

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 223.

⁶⁸ VIDAL, Jaime. *Derecho administrativo*. Bogotá: Legis, 2008, p. 2.

sociales y económicos de los Estados. Al respecto, es pertinente indicar que la globalización es un fenómeno que afecta la trama o el tejido de las relaciones políticas y jurídicas a nivel internacional, entretejiendo nuevas y conflictivas relaciones a nivel transnacional y supranacional, esto es, afectando “las relaciones entre los Estados y las organizaciones internacionales, y entre ellos y las poblaciones”⁶⁹. De esta forma, se presencia el desvanecimiento de la nacionalidad como un concepto asociado directamente a la soberanía estatal, pues se libera de su molde tradicional y se difumina en otros fenómenos que son de orden internacional, como los mercados mundiales, las redes transnacionales, las normas y los valores internacionales, que disminuyen el rol principal de los Estados y su ámbito jurídico de control. No obstante, al mismo tiempo, el mundo globalizado requiere de los Estados para funcionar, pues el orden internacional requiere de la delimitación de las fronteras y las acciones internacionales descansan sobre los cimientos del sistema de soberanía y el Hard Law.

A este respecto, la presencia de las normas *soft law*, tanto en el derecho internacional como en el administrativo, tiene que ver con su tentativa definición:

[...] se trataba de describir enunciados formulados como principios abstractos, presentes en todo ordenamiento jurídico, que devenían operativos a través de su aplicación judicial. Así, 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 tradicional.⁷⁰

Según lo expresado, la acepción de *soft law* genera una polémica que aún no se resuelve. Al parecer, no existe evidencia constatable de que dicha práctica internacional o nacional sea una forma autónoma y tradicional de legislar entre los Estados, pero al mismo tiempo, dado que a este tipo de normatividad subyace una dicotomía entre lo obligatorio y lo no obligatoria, o entre derecho y no derecho, se presume que en la noción de *soft law* se reconoce, en el orden jurídico internacional y nacional, la existencia de normas más importantes que otras, pero nunca más o menos obligatorias, por lo que la expresión *soft law* resulta ambigua y redundante⁷¹.

De conformidad con Colmegna⁷², la normatividad *soft law* apunta a distintas denominaciones, que pueden reconocerse como: resoluciones, recomendaciones,

⁶⁹ FLÓREZ R, José Fernando. “De Maquiavelo al Estado postmoderno. Paradigmas políticos de aproximación al fenómeno estatal”. Op. Cit.

⁷⁰ Del TORO HUERTA, Mauricio Iván. *El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*, cit., p. 518.

⁷¹ *Ibíd.*, p. 519.

⁷² COLMEGNA, Pablo Damián. “Impacto de las normas de soft law...”, cit., p. 29.

guías, códigos o estándares de conducta. Basado en Guzmán y Meyer⁷³, sostiene que en el contexto internacional de los Estados contemporáneos, el *soft law* es el soporte de toda la Administración Pública. Esta normatividad, según Penagos:

[...] es constitutiv[a] a las reformas administrativas del Estado en el siglo XXI, en donde éste se va orientando por un derecho administrativo que busca estabilizar las desigualdades sociales y políticas, en busca de una administración más ágil y eficiente; equilibrando las leyes internas de cada país con las normas supranacionales en temas comunes, como los derechos humanos y el medio ambiente, así como en asuntos en los que ya no se considera conveniente la existencia de poderes ilimitados por parte del Estado en un mundo globalizado.⁷⁴

De acuerdo con lo expuesto, se puede advertir un tránsito del *soft law*, como regulación flexible y vinculante entre los Estados a nivel internacional, hacia un tipo de norma consultiva y asesora para el desarrollo interno de un país, pero que resulta de la adopción de normas blandas dentro del derecho administrativo contemporáneo.

Como códigos o estándares de conducta, Barberis destaca tres acepciones del término *soft law*⁷⁵:

- a) las normas que se encuentran en proceso de formación y aún no han adquirido validez jurídica;
- b) las normas jurídicas de contenido difuso o vago en las que resulta difícil precisar si sus disposiciones han sido o no cumplidas debidamente; y
- c) las normas que se hallan en las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y de algunas organizaciones regionales, en los acuerdos políticos entre los gobiernos, en los “gentlemen’s agreements”.

Según lo anterior, estos códigos de conducta representan la confirmación conjunta de voluntades que declaran a través de los presidentes o de ministros de Relaciones Exteriores, directivas que se adoptan por consenso en espacios de encuentro de carácter internacional, conformando un tipo de gobierno que define un “orden jurídico intermedio”⁷⁶. En efecto, los códigos de conducta no tienen carácter jurídico vinculante u obligatoriedad, sino que son declaraciones voluntarias que reflejan compromisos políticos y sirven para establecer pautas de comportamiento en relaciones internaciones concretas.

⁷³ GUZMAN A. y MEYER T. “International common law: The soft law of international tribunals. *Chicago Journal of International Law*, agosto del 2009, Simposio de Jueces Internacionales, p. 2. Consultado el 23 de octubre del 2015 en: http://works.bepress.com/andrew_guzman/37.

⁷⁴ PENAGOS, Gustavo. “Nuevas tendencias del derecho administrativo...”, cit., pp. 8-10.

⁷⁵ BARBERIS, Julio. *Formación de derecho internacional*, Buenos Aires: Abaco, 1994, pp. 282-288.

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 283.

Con el carácter de recomendaciones y dictámenes de tipo comunitario, el *soft law* se manifiesta de manera directa en la Unión Europea. De acuerdo con Alarcón, “Uno de los rasgos distintivos de la Comunidad Europea es la posibilidad de producir normas jurídicas, habida cuenta del propio aparato político con el que cuenta, el cual está dotado de la capacidad y competencia para ello”⁷⁷. En tal sentido, el sistema de normas de la Unión Europea articula normas originarias y derivadas y añade el derecho complementario (principios generales, la costumbre y la jurisprudencia).

De acuerdo con Alarcón, el derecho derivado es un derecho legislado y no un derecho convencional, en la medida en que procede de las instituciones comunitarias y está regulado en el artículo 249 del TCE, el cual establece:

Para el cumplimiento de su misión, el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, tomarán decisiones y formularán recomendaciones o emitirán dictámenes, en las condiciones previstas en el presente Tratado.

El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

La decisión será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios. Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes.⁷⁸

Del precepto en cuestión se deduce que las fuentes del ordenamiento comunitario derivado dejan al margen el derecho originario o primario, pero adquieren fuerza vinculante a través de reglamentos, directivas y decisiones conjuntas. No obstante, la ausencia de efectos vinculantes de este tipo recomendaciones y dictámenes no impide que sean considerados instrumentos jurídicos integrantes del ordenamiento comunitario⁷⁹.

Por otra parte, en los actos que emanan de las instituciones comunitarias, existen instrumentos a los que el propio Tratado les atribuye el carácter de no vinculantes, sin que esto impida su inclusión en el ordenamiento comunitario, ni en la producción de efectos jurídicos. Lo que en términos prácticos significa que el *soft law* comunitario se convierte en fuente del derecho comunitario.

Desde otra perspectiva de análisis, según Bodansky⁸⁰ y Colmegna⁸¹, el *soft law* puede distinguirse de los tratados internacionales, al contar con características propias como:

⁷⁷ ALARCÓN García, Gloria. *El soft law y nuestro sistema de fuentes*, cit., p. 17.

⁷⁸ *Ibíd.*, p. 17.

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 18.

⁸⁰ BODANSKY, D. *The art and craft of international environmental law*. Harvard University Press, 2010, p. 156.

⁸¹ COLMEGNA, Pablo Damián. “Impacto de las normas de soft law...”, cit., p. 29.

- a) Estar formulado en términos exhortatorios; no cuenta con disposiciones finales relativas, por ejemplo, a la ratificación o a la entrada en vigor;
- b) Tampoco cuenta con un cuerpo de normas que regulen su creación, aplicación, interpretación, modificación, terminación y validez; y
- c) No tiene 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 ella.

Estas características revelan que el *soft law* posee cualidades especiales frente al *hard law*, que pueden emplearse de manera flexible dentro de la administración interna de un Estado, sin que se conviertan en una fuente obligatoria o formal para su cumplimiento; incluso, puede tener atributos de consentimiento entre varios Estados, lo que demuestra su carácter globalizador en temas y problemas comunes⁸².

Para Sarmiento y Esteve⁸³, en las últimas décadas, el derecho administrativo ha sido objeto de nuevas figuras jurídicas, conocidas por su falta de certeza y seguridad jurídica en el sistema tradicional legal o *hard law*, basado en fuentes como las constituciones o los códigos, entre otras, lo que permite el reconocimiento de formas de regulación blandas o *soft law* que han sido empleadas intensamente en el derecho administrativo internacional, pero en donde los Estados al recurrir a dichas técnicas, ya sea para ganar eficacia, transparencia o agilidad en los procesos públicos internacionales, también pueden ver afectada de forma negativa su seguridad jurídica, lesionando el principio de legalidad o la protección de los derechos fundamentales de sus ciudadanos.

En este sentido, es posible señalar, con base en argumentos de Aranguren⁸⁴, que la globalización se encuentra en la base de todas las transformaciones en las estructuras económicas, culturales y políticas del Estado contemporáneo, y está presente en las decisiones administrativas que condicionan y limitan la capacidad estatal en asuntos que tienen amplio reconocimiento internacional y como parte de las políticas de desarrollo.

Hoy es claro el hecho de que el Estado no controla el campo de los derechos humanos, lo comercial, lo medioambiental, lo tecnológico y lo financiero, puesto que estos asuntos se realizan a nivel mundial, y su poder legislativo solo se encuentra sometido a ámbitos nacionales y regionales supraestatales y, además, al arbitrio de fuentes del derecho procedentes de la sociedad tanto internacional

⁸² RAMÍREZ, Gonzalo (ed.). *El derecho en el contexto de la globalización*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

⁸³ SARMIENTO Ramírez, Daniel. *El soft law administrativo*, Madrid: Aranzadi, Civitas, 2008, p. 238.

⁸⁴ ALLI ARANGUREN, Juan Cruz. *Derecho administrativo y globalización*, cit., p. 394.

como nacional, que no controla (ONG, organizaciones civiles, incluidas organizaciones de género, étnicas o religiosas, medioambientales, etc.).

En consecuencia, el derecho administrativo se ve afectado en sus principios, instituciones y técnicas por los cambios políticos, ideológicos y culturales a nivel mundial, los cuales asimismo afectan la estructura administrativa del Estado, de modo que en el nuevo paradigma global, se tiende a que desaparezcan antiguas concepciones de un derecho rígido y certero, pero, por otra parte, se permite que los Estados adopten y renueven sus estructuras de poder, lo que repercute directamente en los ordenamientos jurídicos internos, fortaleciendo su carácter de control del poder para garantizar los derechos ciudadanos.

Lo expresado hasta este punto indica que no parece destacarse una postura dominante sobre el término *soft law*, sino que la misma noción varía dependiendo de la capacidad del Estado para flexibilizar y adecuar su estructura administrativa al tenor de la emergencia de los asuntos sociales y económicos, según el contexto globalizado en el que se encuentren dichos asuntos. De acuerdo con Ramírez, en el campo jurídico el fortalecimiento de la normativa internacional potencia el desarrollo de redes transnacionales en las que operan organizaciones internacionales que reclaman a los estados que sean actores responsables en el cumplimiento de obligaciones y normas internacionales, como ejemplo, el cumplimiento de tratados de economía de mercados y procesos de privatización que conducen hacia una crisis del Estado soberano que lo obligan a la reducción del aparato estatal y a perder sus prerrogativas tradicionales como la seguridad. En suma, el *Soft Law* no sólo representa una media transitoria, sino una media para un Estado en crisis y un modelo de soberanía transitorio⁸⁵.

El proceso de creación de derechos y obligaciones internacionales con base en el *soft law* se basa en el consentimiento o en el consenso de los Estados y no en su obligación. El *soft law* se genera entonces como una solución de compromiso entre aquellos Estados que buscan que ciertas cuestiones sean reguladas de forma definitiva, pero entre quienes sin estar en desacuerdo con respecto a los aspectos sustanciales de la regulación, tampoco quieren estar sujetos o limitados de forma rígida a reglas obligatorias. De esta forma, es probable que se pueda obtener una aprobación por parte de la legislación interna de cada administración estatal para su implementación, sin que ello represente una amenaza a su autonomía jurídica.

En tal sentido, el *soft law* refiere a expectativas de conducta compartidas que surgen de redes políticas globales o alianzas informales entre agencias gubernamentales, organizaciones internacionales, empresas transnacionales, organizaciones de la sociedad civil, corporaciones profesionales, grupos religiosos u ONG, que consideran que tienen temas o problemas en común que

⁸⁵ Cfr. RAMÍREZ, Gonzalo (ed.). El derecho en el contexto de la globalización, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

requieren ser atendidos de forma distinta a los canales tradicionales jurídicos de sus Estados, a través de los cuales han sido atendidos con poco o escaso éxito interno.

Cada uno de los aspectos mencionados, y que han logrado posicionarse durante las últimas décadas en la agenda jurídica del derecho administrativo, son a su vez temas que han adquirido notoriedad en la agenda de organizaciones no gubernamentales, en movimientos sociales mundiales y en los medios masivos de comunicación. Por esa razón, la inclusión del debate en torno al *soft law* debe hacerse desde una perspectiva global que tenga presente la influencia del derecho internacional en los Estados contemporáneos, pues ello, entre otros aspectos, enriquece la concepción de los procesos de formación de derechos y obligaciones internacionales de los Estados para con sus ciudadanos.

El *soft law* pone de manifiesto el papel de los diferentes actores de la sociedad internacional y sus estrategias de acción, aportando luces sobre la posible mecánica del derecho internacional en los próximos años. De esta forma, como sugiere Del Toro Huerta, es posible un análisis más detallado sobre la pertinencia y validez del término, de si su aparición es apropiada y en cuáles contextos jurídicos es pertinente, así como si carece de certezas o abunda en imprecisiones, o, si por el contrario, refiere de forma exclusiva a una práctica nacional o internacional, o si amenaza el futuro del derecho internacional o lo complementa. En todo caso, el término *soft law* remite a cuestiones que seguirán en el debate⁸⁶.

⁸⁶ Del TORO HUERTA, Mauricio Iván. *El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*, cit., p. 538.

Capítulo II

La inserción del *soft law* en el derecho administrativo colombiano: efectos de la internacionalización de lo público y lo social

En este capítulo se propone un análisis teórico-conceptual sobre la inserción del *soft law* en el derecho administrativo de los Estados, como el resultado de la globalización e internacionalización del sector público y de la sociedad. En este apartado se identifica la crisis de la estructura del derecho administrativo y las consecuentes transformaciones del Estado en España, América Latina y Colombia. De esta forma, se perciben los efectos directos de la inserción de los instrumentos *soft law* en el derecho administrativo colombiano, a través de algunos ejemplos.

2.1. Cambios normativos internacionales: el derecho internacional y el nuevo orden mundial

Con base en lo expuesto hasta este punto, es admisible que una de las características que identifican a todo orden estatal moderno occidental es que este constituye el resultado de un proceso legislativo coherente con arreglo a principios constitucionales. No obstante, como sostiene Sarmiento, el modelo moderno del Estado-nación que sustenta dichos principios se ha atomizado, de manera que abre “las puertas de su soberanía a las organizaciones supranacionales de integración”⁸⁷, al tiempo que son los órdenes administrativos locales y regionales quienes han asumido protagonismo, incluso dentro de Estados centralizados.

A este respecto, Sarmiento afirma que “las instituciones que han sostenido el andamiaje del poder público han perdido su capacidad para articular la voluntad del soberano, con ejecutivos desafortunados, poderes judiciales lentos y politizados, y legisladores dependientes de la decisión de los partidos políticos y no de sus ciudadanos”, a lo que añade que las tradicionales barreras físicas y territoriales que definen la actuación de los Estados están siendo confrontadas y rebasadas por “la libertad de movimientos de los capitales, bienes y servicios, pero también de la delincuencia organizada, la corrupción o la contaminación”⁸⁸. Esto demuestra la transformación de la estructura Estatal, y una lenta, pero progresiva rebelión contra la autoridad del derecho.

Por otra parte, como sostiene Pérez-Prat⁸⁹, el derecho internacional no se encuentra sometido a “excesivas tensiones formales acerca de su concreción”⁹⁰, lo que significa que el derecho internacional contemporáneo se base en procesos,

⁸⁷ SARMIENTO, Daniel. La autoridad del derecho y la naturaleza del *soft law*. *Cuadernos de Derecho Público*, n° 28, 2006, pp. 221-266. Consultado el 12 de abril del 2015 en: <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%5D=788&path%5B%5D=843>.

⁸⁸ *Ibíd.*, p. 223.

⁸⁹ PÉREZ-PRAT D., Luis. *Estado actual, tendencias y desafíos del proceso de formación, aplicación y solución de controversias del derecho internacional*. Sevilla, España: Universidad Pablo De Olavide, 2014, p. 2.

⁹⁰ *Ibíd.*

instrumentos y normas que incrementan la incertidumbre de su aplicación para los Estados. Ejemplo de esta incertidumbre es la precaria adaptación del derecho al nuevo contexto legislativo internacional, es decir:

La irrupción del Derecho de integración supranacional, como el Derecho comunitario europeo, ha trastocado la concepción tradicional de la pirámide kelseniana del sistema de fuentes, presidida por la norma constitucional; el legislador motorizado, junto con una administración igualmente motorizada, ha sacrificado la virtualidad de las garantías democráticas tradicionales, como el procedimiento legislativo y la reserva de ley, en aras de la inmediatez y la adaptabilidad al intenso ritmo de la realidad; la huida del poder público de algunos ámbitos de actuación ha desembocado en una proliferación de normas privadas de carácter obligacional, pero de dudosa naturaleza jurídica; la distribución competencial entre poderes territoriales, anclada en categorías y conceptos, no ha logrado sostenerse en su pureza distributiva, forzando la irrupción de técnicas de colaboración y coordinación que invierten y desvirtúan los diseños constitucionales originarios; el ámbito territorial de actuación de las Administraciones no se ha compaginado con la libertad de movimientos transnacionales de operadores privados, poniendo en evidencia la eficacia de las normas y de su ejecución; la irrupción de las sociedades multiculturales ha transfigurado el mito del legislador democrático, cuyos sistemas de representación no siempre integran a las minorías y dejan al descubierto la fuerza legitimadora de las normas parlamentarias.⁹¹

Tal incertidumbre apunta, como señala Sarmiento, a la reconstrucción del ordenamiento de los Estados con base en normas surgidas del ordenamiento internacional, pero que también incluyen crisis inherentes al sistema democrático y al seguimiento ortodoxo al sistema tradicional de fuentes del derecho. Aquí se observan entonces algunos de los actuales desafíos transnacionales y transgubernamentales que enfrentan los Estados para adherirse y darle validez a las normas jurídicas internacionales.

Si bien existen múltiples manifestaciones de estos desafíos, es pertinente centrarse en uno en particular: el incremento desmesurado de la regulación internacional en la competencia doméstica o interna de los Estados, con el riesgo de que el Estado desfallezca ante las presiones políticas internas que resultan de la emergencia de nuevas realidades sociales, como por ejemplo las demandas transnacionales de reconocimiento jurídico por parte de grupos étnicos minoritarios, grupos religiosos, medioambientalistas y de género, que reclaman un mayor acompañamiento de estamentos e instrumentos internacionales para presionar que se cumplan principios constitucionales internos o para ganar notoriedad internacional como actores políticos⁹².

⁹¹ *Ibíd.*

⁹² RUBIO Castro, Ana. Los efectos jurídicos del *soft law* en materia de igualdad efectiva. La experiencia española. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (XXX), 2014, pp. 37-68. Universidad de Granada. Consultado el 23 de abril del 2015 en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4809914>.

En este caso, el Estado se ve en la necesidad de reconocer dichas realidades y sus protagonistas, ya no exclusivamente como actores domésticos, sino como asuntos que demandan la presencia e injerencia del derecho internacional y de delegaciones oficiales que reconozcan y acojan a tales facciones de la sociedad civil, a través de organismos internacionales. Un ejemplo concreto de ello es lo señalado por la Comisión de Estudios del Consejo de Estado español, en sesión celebrada el 14 de febrero del 2008, sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español. En dicho informe se declara:

La entrada de nuestro país (España) en las Comunidades Europeas en el año 1986 ocasionó cambios profundos en la estructura de nuestro ordenamiento. Tras la incorporación inicial del “acervo comunitario” entonces vigente, el cuerpo de normas que forman parte del Derecho comunitario ha seguido creciendo hasta la actualidad, no sólo a través de un derecho secundario cada vez más amplio y con nuevos desarrollos en materia de acción internacional de la Unión Europea o de nuevas formas de actuación normativa, como el método abierto de coordinación, sino también con las sucesivas modificaciones del derecho primario, muy señaladamente con la creación de la Unión Europea, en la que han venido a insertarse las Comunidades originarias.⁹³

En consecuencia, y no solo para España, las transformaciones que implican en el caso de la Unión Europea la adhesión a un derecho comunitario europeo, iniciado por el Tratado de Lisboa (13 de diciembre del 2007)⁹⁴, significaron en la historia reciente de los Estados miembros del continente la reforma de sus constituciones para adecuarlas a la nueva realidad de la Unión, con los consecuentes cambios en las decisiones en cuanto a “organización, procedimientos, medios personales y financieros puestos a disposición de la maquinaria administrativa que desempeña esas funciones”⁹⁵.

Por iguales circunstancias debió pasar el Estado francés, como lo señaló el Consejo de Estado en el 2013, al indicar que los instrumentos de legislación internacional de la Unión Europea habían consolidado procesos flexibles para las políticas de Estado. Ejemplo de ello es la adopción de normas técnicas para la excelencia en la estandarización de procesos que brindan confianza a los consumidores, en la reducción de los costos de transacción y permitiendo

⁹³ CONSEJO DE ESTADO (ESPAÑA), Comisión de Estudios. *Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español*, 14 de febrero del 2008. Consultado el 18 de mayo del 2015 en: <http://www.consejo-estado.es/pdf/Europa.pdf>.

⁹⁴ Nota: “De acuerdo con lo previsto en el Tratado de Lisboa (apartado tercero del artículo 1 del Tratado de la Unión), la Unión ‘sucederá y sustituirá a la Comunidad Europea’ cuyo Tratado constitutivo pasa a denominarse ‘Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea’. El texto del Tratado de Lisboa puede verse en Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) C 306 de 17 diciembre 2007. En este informe, y de no hacerse salvedad, se consideran equivalentes las expresiones ‘Derecho comunitario’, ‘Derecho europeo’ y ‘Derecho de la UE’”. *Ibid.*, p. 22.

⁹⁵ *Ibid.*

economías de escala para la producción de diversos artículos manufacturados. Observaciones similares se pueden hacer a los contratos estándar definidos por la Cámara de Comercio Internacional (Incoterms: cláusulas para facilitar el comercio exterior, por ejemplo: FOB —*free on board*— o CIF —*cost insurance and freight*—, etc.); también Cuadernos de Condiciones Generales del Contrato (CGC) en la contratación o impuesto convención del modelo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)⁹⁶.

En esencia, la introducción de un “derecho secundario”, por así decirlo, que desplaza al derecho primario de los Estados, señala la entrada en vigor de una ley blanda (*soft law*) que, como se había señalado en apartes anteriores, se basa en la adhesión voluntaria de sus destinatarios, en este caso los Estados miembros de la Unión Europea. A este respecto, el mismo documento del Consejo de Estado francés destaca que la legitimidad de dichas “leyes blandas” depende en gran medida de la participación de los interesados en su desarrollo. La legitimidad de los acuerdos y memorandos de entendimiento en el servicio público internacional se ha visto reforzada por la definición de las reglas de representación de las organizaciones firmantes⁹⁷.

Así mismo, y de manera inversa, la legitimidad del derecho blando se debilita por la insuficiente participación de los interesados en su desarrollo. La inseguridad jurídica del instrumento surge principalmente de la incertidumbre que representa la posición de los Estados en el contexto global; se desconoce el alcance del instrumento y sus destinatarios, y si al ser una ley que no es dura, puede sin embargo crear y conservar derechos y obligaciones.

En complemento, es notorio cómo cada vez más las organizaciones de la sociedad civil han encontrado en el derecho internacional un espacio decisorio e instrumentos jurídicos que les permiten ser reconocidos tanto en el contexto social global como en su propio país. Según Pérez-Prat, se está en presencia de una “revolución participatoria”, que genera nuevas tensiones entre el carácter formal de la administración interna de los Estados y los instrumentos y procesos con los que cuenta el derecho internacional. Con frecuencia, las necesidades sociales van afianzando, especialmente desde la década de los noventa del siglo XX, la “consecución de reglas uniformes que afirmen determinados intereses comunes o públicos de la comunidad internacional”⁹⁸, de manera que los Estados se han visto forzados a adherirse a tratados de índole internacional multilateral, no de manera formal (vía *hard law*), sino de forma objetiva hacia una fuerza vinculante que no radica en la voluntad soberana de los Estados.

⁹⁶ CONSEIL D'ÉTAT (FRANCIA). *Les rapports du Conseil d'État*. Conseil d'État, Francia, 2013. Consultado el 15 de abril del 2015 en: <http://www.numerama.com/media/ConseilEtat-numerique-DroitsFondamentaux.pdf>.

⁹⁷ *Ibíd.*

⁹⁸ *Ibíd.*, p. 7.

A este respecto, resulta imprescindible citar la Sentencia del 13 de diciembre de 1989, asunto Grimaldi, en España, en donde el Tribunal Superior de Justicia de España,

tras reconocer que las recomendaciones no pretenden producir efectos obligatorios —siquiera frente a sus destinatarios— ni crean derechos que los particulares puedan invocar ante un juez nacional, añade que tales actos “no pueden ser considerados como carentes en absoluto de efectos jurídicos”⁹⁹, lo que demuestra que el Soft Law no solo tiene, más allá de su utilidad, efectos jurídicos que obligan a los órganos jurisdiccionales internos de los estados a tenerlos en cuenta al momento de resolver litigios, sobre todo, en aquellos casos en los que “ilustran acerca de la interpretación de disposiciones nacionales adoptadas con el fin de darles aplicación o cuando tienen por objeto completar las disposiciones comunitarias dotadas de fuerza vinculante.”¹⁰⁰

Esto último conlleva que el *soft law* puede tener funciones útiles para la sociedad y la ciudadanía global. Por una parte, el derecho blando puede sustituir al *hard law* cuando su uso no es posible, ya sea para superar la imposibilidad legal de compromisos vinculantes, o bien por las características de la sociedad internacional. El caso se ilustra mediante los convenios que los gobiernos generan con asociaciones o federaciones que no tienen la capacidad de comprometer legalmente a sus electores, pero el firmar puede ser motivador (por ejemplo, acuerdos entre el Asamblea del Estado de Francia). Asimismo, por el uso de los acuerdos internacionales de derecho indicativo cuando los Estados no quieren participar de forma vinculante, como lo demuestra, por ejemplo, la evolución de la acción de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Por otra parte, el *soft law* permite comprender las nuevas tendencias que se multiplican en el mundo contemporáneo, ya sea debido a los avances tecnológicos, o bien por los cambios en la sociedad. De este modo, el *soft law* presta sus servicios en la prevención de conflictos de intereses (por ejemplo, en la disparidad de criterios éticos de los centros de investigación y las agencias de salud)¹⁰¹.

Hoy lo expuesto hasta este punto es más claro que en otras épocas, debido a la globalización¹⁰². El proceso globalizador de la sociedad ha llegado a afectar las tradiciones internas de los Estados y tiende a homogeneizar las normas internacionales, con lo cual se afecta de manera profunda y sin precedentes las actividades políticas, económicas, sociales y culturales, tanto a nivel interno como a nivel supranacional y nacional, en un nuevo ámbito normativo representado en el derecho internacional. Ejemplo de esta presión de las organizaciones sociales sobre los procesos vinculantes internacionales, es la proliferación de conferencias

⁹⁹ RUBIO Castro, Ana. “Los efectos jurídicos del soft law...”, cit., p. 38.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ CONSEIL D'ÉTAT (FRANCIA). *Les rapports du Conseil d'État*, cit.

¹⁰² CHEVALLIER, Jacques. *L'État post-moderne*, 2ª ed., Paris, Igdj, 2004.

internacionales en las cuales se ha beneficiado la vinculación de las organizaciones sociales en el seno de organizaciones internacionales, sobre todo dentro de las Naciones Unidas. De allí que adquieran un estatuto de reconocimiento internacional y dentro de sus Estados como estamentos consultivos de carácter social y económico, ofreciendo asesoría y directrices con el patrocinio de las Naciones Unidas¹⁰³.

De acuerdo con Pérez-Prat, las organizaciones de la sociedad civil (organizaciones no gubernamentales) que han adquirido el estatus descrito, han desempeñado un “papel idéntico al del negociador”, pero sin que ejerzan derechos formales como aquello con los que cuenta un Estado. Es el caso del así llamado Proceso de Ottawa, en el cual se adoptó “la Convención para la prohibición de minas antipersonales” (1997)¹⁰⁴. En este escenario se produjo la asociación estratégica y concertada de agentes de la sociedad civil, capaces de presionar y negociar con quienes por tradición han tenido el carácter exclusivo de hacerlo: los Estados.

Lo novedoso de este tipo de participaciones, como la planteada en el Proceso de Ottawa, es que se logra agrupar a varios países con afinidades capaces de establecer un referente de negociación, sin que se derive del consenso, sino por la voluntad directa de las organizaciones (ONG) que coadyuvaron a tomar la decisión y que contaron con voluntad política a lo largo de todo el proceso, pero combinado con una “alta dosis de presión en los foros internacionales e internos”¹⁰⁵.

Otro aspecto relevante que se deriva de este tipo de procesos es que se obliga a los Estados a la adopción de normas que no se derivan del consenso como regla decisoria para firmar un tratado, sino producto de la coalición de actores no estatales, quienes mediante un juego de negociación logran que los países, incluso contra su voluntad, como el caso de los Estados Unidos en el proceso mencionado, acaten la decisión de la comunidad internacional¹⁰⁶.

Con respecto al asunto en mención, el Proceso de Ottawa marcó un giro decisivo en el nuevo modelo multilateral de negociación entre la sociedad civil y los Estados, y ha sido la base para que tiempo después, en Roma (1998) se adoptara el Tratado que constituye el Tribunal Penal Internacional, al cual, como resultado de una coalición de ONG, se contribuyó para que surgieran nuevas formas de negociación y coalición a pequeña escala, presionando desde afuera a los gobiernos para la constitución del tribunal¹⁰⁷.

¹⁰³ PÉREZ-PRAT D., Luis. *Estado actual, tendencias y desafíos...*, cit., p. 8.

¹⁰⁴ *Ibíd.*

¹⁰⁵ *Ibíd.*

¹⁰⁶ *Ibíd.*

¹⁰⁷ Cfr. *Ibíd.* p. 9.

Consecuencia de este fenómeno global, es la progresiva adopción de tratados multilaterales como mecanismos de exigencia a los gobiernos, con la consecuente adopción de medidas internas que surgen de exigencias internacionales de la sociedad civil en temas relacionados con el medio ambiente, los derechos o la protección del patrimonio cultural. Esto se ha hecho bajo el recurso de convenciones-marco o tratados-marco, como por ejemplo la adopción de la Internacional Organization for Standardization (ISO), producto de las organizaciones no gubernamentales por fuera del ámbito público¹⁰⁸.

Es posible afirmar que las organizaciones no estatales y los actores de la sociedad civil han volcado su atención hacia formas no vinculantes de compromiso, ya sea de carácter político, o bien de carácter ético, haciendo que los Estados se adhieran a los fines de organizaciones internacionales. Aquí se encuentran actos de regulación internacional como los estándares ISO o los tratados contra la proliferación de minas personales, los cuales crean códigos de conducta que no solo afectan la voluntad de los Estados, sino que también imponen principios políticos y éticos transnacionales a compañías y empresas privadas, como es el caso de la adopción de los derechos humanos en el acuerdo de Amnistía Internacional de enero de 1998¹⁰⁹. Se puede concluir que el derecho internacional se hace cada vez más complejo y con un potencial preocupante para la soberanía y legitimidad de los Estados, debido a la elevada participación de la sociedad civil en asuntos internacionales.

En complemento de lo expuesto, se demuestra que han surgido soluciones normativas de baja intensidad (*soft law*) o actos no vinculantes que en la práctica internacional e interestatal sirven como medios para acelerar la internacionalización o la interconexión del escenario internacional de los asuntos sociales, por encima de las condiciones formales tradicionales¹¹⁰.

La presencia dominante del *soft law* en este sector se explica “por la posibilidad de llegar a acuerdos de baja intensidad entre países con intereses muy divergentes, o a la necesidad de ahormarse a una realidad alta y aceleradamente movizada”¹¹¹, lo que contribuye a que aparezcan soluciones de orden normativo, convenidas en la práctica, que no obligan pero se van transmutando en *hard law*. Esto no solo es visible en la adopción de medidas estatales en temas como el medio ambiente, sino también como parte de la práctica jurídica interna, en donde se emplean códigos de conducta, programas, directrices o formas de control y aplicación del derecho.

A nivel internacional, el *soft law* ofrece claras ventajas en el manejo de situaciones inciertas, las cuales los Estados tienen bajo control, a diferencia de someterse a

¹⁰⁸ Cfr. *Ibid.* p. 10.

¹⁰⁹ Cfr. *Ibid.*

¹¹⁰ PÉREZ-PRAT D., Luis. *¿Cambios normativos fin de siglo? Derecho internacional y orden mundial*, Sevilla, España: Universidad Pablo De Olavide, 2015, p. 2.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 2.

acuerdos estrictamente normativos. En muchos ámbitos internacionales y nuevos, el *soft law* incrementa la flexibilidad de los acuerdos, para adecuarlos a las realidades propias de cada Estado y abre la ventana a la participación comprometida de actores no estatales como las ONG.

Ejemplo directo de este fenómeno en auge, es la preocupación de los Estados por instaurar internamente una necesaria dialéctica con el derecho internacional, centrándose en la formulación de normas internacionales con carácter vinculante, y por otra parte, “instaurar de principios éticos y enunciados que proclaman una política jurídica uniforme en el ámbito mundial”¹¹². Sobresale en este sentido la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la aplicación técnica legislativa que determina su alcance y normal aceptación.

Según Bermúdez *et al.*¹¹³, existe un claro antecedente en la adopción internacional de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el reconocimiento en el preámbulo y en los artículos 1, 8, 13, 55, 56, 62, 68 y 76 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Tanto a la Asamblea General como al Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU se les asignó la tarea de establecer de forma clara y precisa los derechos humanos a que se refería la Carta Fundamental.

En el contexto latinoamericano,

El Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos se inició formalmente con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en la Novena Conferencia Panamericana celebrada en Bogotá en 1948, en la cual se adoptó la propia Carta de la OEA que proclama los derechos fundamentales de la persona humana como unos de los basamentos de la Organización (OEA, 2003: 3).¹¹⁴

Este documento fue el primer instrumento internacional propio del continente americano. Pese a no contar con un carácter vinculante sobre los deberes y derechos del hombre, conllevó que las naciones del continente americano iniciaran las actuaciones que propiciaron la creación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De esto se desprende que la Declaración de Deberes y Derechos del Hombre es una regulación *soft law* que no tiene carácter coercitivo, como sí lo tiene un tratado internacional o una convención.

La interacción entre los tratados y el *soft law* ha generado algunos debates, en los cuales al *soft law* “se le atribuye a las resoluciones no obligatorias de los organismos internacionales, las cuales promueven principios para los Estados,

¹¹² BERMÚDEZ Abreu, Yoselyn; Aguirre Andrade, Alix y Manasía Fernández, Nelly. *El soft law y su aplicación en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre*, Centro de Investigaciones de Derecho Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad del Zulia, Venezuela, 2006.

¹¹³ *Ibíd.*

¹¹⁴ *Ibíd.*

pues sólo constan de un enunciado ético, formulado por objetivos y no por reglas detalladas y precisas”¹¹⁵. Otros consideran que el *soft law* es una técnica normativa que favorece “la unificación del Derecho que se genera en determinados foros de codificación internacional”¹¹⁶.

Algunos analistas sostienen que los derechos humanos, como ejemplo de *soft law*, son “un derecho espontáneo, pues nace o emerge de los usos y costumbres de los operadores jurídicos y comprende todo un conjunto de actos de variados tipos (guías jurídicas, leyes modelo, recomendaciones, resoluciones, entre otros), constituyendo un conjunto de reglas surgidas del obrar de los participantes en el contexto internacional”¹¹⁷. Tal variedad de acepciones refleja el panorama movedizo e incierto que genera el carácter no vinculante del *soft law* entre los Estados.

En síntesis, es posible concluir que la presencia del *soft law* pone de manifiesto la informalización de la vida internacional por vía de la internacionalización de la sociedad en la era global. En este sentido, la globalización constituye un desafío directo para el derecho administrativo, pues concreta una apuesta internacional y transnacional por la informalidad, en oposición a la forma y al procedimiento basado en reglas, siendo un recurso no jurídico que se constituye en prioritario y adquiere fuerza internacional¹¹⁸. La expansión de las vías suaves del derecho internacional en los Estados pone en tensión la realidad de lo público y lo privado en otro nivel, borrando las fronteras tradicionales entre el derecho internacional y el derecho interno.

2.2. Manifestaciones del *soft law* en el derecho público de Iberoamérica y Colombia

En el apartado anterior se dio cuenta de los recientes cambios normativos internacionales que ocurren a nivel del derecho internacional, debido principalmente a la informalización internacional del derecho (*soft law*) por vía de la internacionalización de la sociedad en la era global¹¹⁹. En este apartado, y con el fin de profundizar en las consecuencias que se derivan de las premisas expuestas, se presentan algunos casos concretos de inserción del *soft law* en el derecho público de los Estados iberoamericanos, procurando evidenciar el tipo de

¹¹⁵ MAZUELOS B., Ángeles. *Soft law: ¿mucho ruido y pocas nueces?* revista *Electrónica de Estudios Internacionales*, Universidad Autónoma de Madrid, 2004. Consultado el 23 de enero del 2015 en: www.reei.org/index.php/revista/num8/.../MazuelosBellido_reei8_.pdf.

¹¹⁶ BERMÚDEZ Abreu, Yoselyn; Aguirre Andrade, Alix y Manasia Fernández, Nelly. *El soft law y su aplicación en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre*. Op. Cit. P..., cit., p. 231.

¹¹⁷ MAZUELOS B., Ángeles. “*Soft law: ¿mucho ruido y pocas nueces?*”, cit.

¹¹⁸ De acuerdo con Chevalier, es posible sostener que la *globalización incluye conceptos como la “internacionalización”, la “transnacionalización” y la “mundialización”*. Incluso que la *globalización equivale a mundialización*. Cfr. CHEVALLIER, Jacques. *L'État post-moderne*, 2ª ed., Paris, Igdj, 2004.

¹¹⁹ *Ibid.*

relación que guarda este fenómeno con la transformación del derecho administrativo.

2.2.1. El *soft law* en el derecho público español

De acuerdo con Sarmiento, el *soft law* se expresa mediante diversas formas, actos e instrumentos que pueden adquirir una regulación autónoma, como es el caso de las circulares o cartas de servicio en el contexto administrativo de España. Si bien estos casos resultan ser la excepción a la regla, lo que parece resulta de la aplicación del *soft law* es su completa arbitrariedad, es decir, este tipo de acción toma la forma de procedimientos que conducen a finalidades particulares y propias, cuestionando el esquema de obligatorio de fuentes¹²⁰. Con el fin de hacer precisión a este respecto, se exponen algunos ejemplos concretos que ilustran las transformaciones en el derecho público español como resultado de la presencia del *soft law*.

Uno de ellos es el *soft law* público con efectos *ad intra*. Según Sarmiento, la Administración Pública es una de las principales fuentes generadoras de *soft law*, especialmente del *soft law* público con efectos *ad intra*, esto es, “una forma de regulación sin efectos jurídicos adoptada por un poder público en el ejercicio de sus potestades públicas, para la ordenación de su organización interna”¹²¹. De esto se deriva que hay varias formas de manifestación de *soft law*, aplicado de forma unilateral, pero adoptado de forma exclusiva por el poder público.

Ejemplo de aplicación unilateral del *soft law* son los mandatos normativos en aquellos campos que regulan y organizan la estructura burocrática del poder, es donde se requiere un equilibrio entre “el mandato y la recomendación”¹²². A este respecto se señalan casos en los cuales se introduce una normativa propia que define los procedimientos que deben ser adoptados y sus efectos derivados¹²³.

Otro caso de *soft law* son las circulares, instrucciones y órdenes de servicio. Según Sarmiento:

Las Circulares y las Instrucciones, así como las Órdenes de Servicios, son las formas más desarrolladas de Soft Law *ad intra* previstas en el Derecho

¹²⁰ SARMIENTO, Daniel. “La autoridad del derecho y la naturaleza del *soft law*”, cit., p. 232.

¹²¹ *Ibíd.*

¹²² *Ibíd.*

¹²³ Un ejemplo que destaca el propio Sarmiento, en el caso del derecho público español, es el artículo 21 de la Ley 30/1992, del 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPC), el cual reconoce expresamente los efectos internos que despliegan estos instrumentos, aunque en unos términos no del todo claros: “1. Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio. Cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el periódico oficial que corresponda. 2. El incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir”. *Ibíd.*, p. 233.

público. Tradicionalmente han servido para establecer normas internas de organización y conducta, dirigidas a los servidores públicos que integran las estructuras administrativas. Asimismo han sido los instrumentos normativos que han dado contenido a las relaciones de sujeción especial, como las existentes entre los presos y centros penitenciarios, enfermos y centros sanitarios, o alumnos y centros educativos.¹²⁴

En consecuencia, las instrucciones y órdenes, incluidas las circulares e instrumentos similares, se adoptan como directrices que van más allá de la mera organización administrativa, es decir, se pueden convertir en instrumentos y actos con facultades potestativas, y ser publicadas. Para el Tribunal Constitucional, así como para el Tribunal Supremo, sostiene Sarmiento, estas manifestaciones de *soft law* han adquirido reconocimiento porque pueden producir efectos jurídicos, convirtiéndose en objeto de conflictos de competencia y como recurso de amparo¹²⁵.

Sin duda, estas manifestaciones de *soft law* en el derecho público obedecen al proceso de reforma de todas las técnicas aplicadas a la gestión y organización de las administraciones públicas. Por ejemplo, “la aplicación del Real Decreto 1259/1999, de 16 de julio, relativo a las Cartas de Servicios y los Premios a la Calidad en la Administración General del Estado. Una normativa recientemente modificada por el RD 951/2005, de 3 de septiembre del 2005, mediante el cual se han reforzado sustancialmente estos instrumentos de Soft Law”¹²⁶. Esta tendencia avanza a la par de implementaciones que se estaban gestando en los países europeos como preparación para la adopción de instrumentos de derecho internacional que terminarían por consolidar la Unión Europea.

Otra manifestación de *soft law* en el caso español, es lo que Sarmiento considera la implementación de técnicas de evaluación de la calidad de los servicios públicos a través de cartas de servicios, definidas como “documentos escritos que constituyen el instrumento a través del cual los órganos de la Administración General del Estado [...] informan a los ciudadanos sobre los servicios que tienen encomendados y acerca de los compromisos de calidad en su prestación, así como de los derechos de los ciudadanos y usuarios en relación con estos servicios”¹²⁷.

El uso de las así llamadas *cartas de servicios* le ofrece a la Administración española la posibilidad de ofrecer transparencia en las diversas formas de gestión de los servicios públicos, permitiéndoles a los usuarios contar con documentación disponible y completa sobre los compromisos legales por los que debe responder la entidad prestadora del servicio. Dichos instrumentos sirven también como

¹²⁴ *Ibíd.*, p. 233.

¹²⁵ *Cfr. Ibíd.*, p. 234.

¹²⁶ *Ibíd.*, p. 235.

¹²⁷ Las Cartas de Servicios tienen un contenido tasado por el RD 951/2005 en su artículo 9º, en el que se diferencia entre los contenidos de carácter general y los compromisos de calidad. *Ibíd.*, p. 235.

indicadores y mecanismos de control que ofrecen datos sobre los niveles de cumplimiento de las entidades públicas responsables de su prestación. En ese sentido, una carta de servicios se convierte en una importante pauta de actuación, especialmente en aquellos casos donde se presentan incumplimientos. Lo que demuestra ser un sistema flexible y eficaz en el control de las quejas y reclamos de usuarios.

Otra forma de evidenciar la presencia del *soft law* en la Administración Pública española, mediante los actos o instrumentos de *soft law* público con efectos *ad intra*, es en la articulación entre dos poderes públicos o más de varias estructuras públicas. De acuerdo con Sarmiento, “Las formas más habituales de este tipo de disposiciones las hemos de encontrar en los acuerdos surgidos en el marco de foros de cooperación entre Administraciones territoriales, muy destacadamente las Conferencias Sectoriales y estructuras de cooperación Equivalentes”¹²⁸. Estos son órganos competentes que acuerdan entre sí, a través de procedimientos y pactos informales, generar relaciones entre la Administración y los sujetos que la integran. Ejemplo de ello son los acuerdos entre la Administración y las organizaciones sindicales, con anterioridad a su formalización en un acto reglamentario o legal.

Otra forma de manifestación del *soft law* es aquella que presenta efectos *ad extra*, que puede considerarse “como una manifestación concertada entre el poder público y los particulares, con el fin de regular un segmento de la realidad social con efectos jurídicos sui generis”¹²⁹. Esto es visible en los así llamados *códigos de buen gobierno*, en donde el poder público regula directamente un tema social o civil, ya sea de manera unilateral, adoptando una actitud vertical en instancias públicas u ordenando actuaciones sobre destinatarios específicos en forma de subordinación; o de manera horizontal, en cuyo caso la Administración regula desde una posición de igualdad entre el poder público y un destinatario. Aquí no siempre opera un contrato, sino también un acuerdo informal con efectos constatables en este, lo cual convierte a dicho documento en un instrumento de norma *soft law*. En palabras de Sarmiento, un ejemplo de este tipo de actuaciones lo constituye:

[...] el Acuerdo de 9 de diciembre de 2004 para el Fomento de la Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia. Como resultado de una creciente preocupación por los contenidos de la programación televisiva en horarios infantiles, el Gobierno convocó a los representantes de las empresas concesionarias del servicio público audiovisual, con el fin de replantear el tipo de programación ofertado por las cadenas y sus horarios de emisión. Una propuesta que causó fuertes resistencias desde las direcciones de las cadenas, y que encontró, como término medio, la solución en un acuerdo de autorregulación, en virtud del cual las empresas concesionarias elaboraban un texto de aplicación voluntaria,

¹²⁸ *Ibíd.*, p. 238.

¹²⁹ *Ibíd.*, p. 242.

pero con un mecanismo de seguimiento en el que participa la Administración.¹³⁰

De acuerdo con Sarmiento, el *soft law* puede tener un rol preponderante en aquellos ámbitos de actuación pública que siempre destacan por su baja eficacia. Esto sucede de forma frecuente cuando “la Administración ejerce funciones respecto del sector privado, así como cuando el objeto de la regulación es un mercado altamente volátil o técnico”¹³¹. A este respecto se observa la delegación del poder público en el sector privado, otorgándole a este último potestad como entidad reguladora con el fin de minimizar el riesgo inherente a la pérdida de eficacia. Con base en esto se crean estándares de conducta que le permiten a los operadores privados actuar de manera especializada, pero administrativamente seguirán de manera eficiente las leyes.

De este modo, la Administración se blinda frente a sus propias conductas inoperantes e ineficaces. Así mismo, el *soft law* puede cumplir una función legitimadora de la actuación de los poderes públicos, “asumiendo un rol normativo que se nutre de la participación de distintos sujetos, o desplegando un marco normativo de cumplimiento voluntario que va a condicionar la actuación del Estado”¹³². En estos últimos casos, el *soft law* tiene la intención de generar confianza en la actividad del poder público, vinculando a los destinatarios de las políticas públicas u ofreciéndoles garantías adicionales mediante técnicas que incrementan la transparencia.

Hasta este punto se han mencionado algunos casos de manifestación del *soft law* en el derecho público español, los cuales evidencian que en dicho país hay una importante variedad de instrumentos no solo de carácter administrativo interno, entre las instituciones públicas y desde y para la sociedad civil (*soft law* público-privado), sino también varios instrumentos *soft law* que precisan las funciones administrativas y conducen a la creación de estructuras o funciones que tienen la finalidad de dar coherencia y soporte al ejercicio del poder público.

2.2.2. El *soft law* en el derecho público latinoamericano

2.2.2.1. El caso de la “Declaración” de los Derechos Indígenas

En América Latina, la Declaración sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas y el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos Indígenas de la Organización de Estados Americanos son considerados instrumentos creados mediante la técnica legislativa del *soft law*, lo cual hace evidente que dichas regulaciones aun cuando no poseen un carácter vinculante y formal para los Estados miembros, sirven como recurso para atender la necesidad de proteger los derechos humanos de los indígenas. Por esta razón, en varios Estados de Latinoamérica se han incorporado a su

¹³⁰ *Ibíd.*, p. 243.

¹³¹ *Ibíd.*, p. 254.

¹³² *Ibíd.*, p. 255.

derecho interno las normas de estas declaraciones, lo cual demuestra que poseen una fuerza política y ética tal que conllevan aceptación y exigibilidad por parte del Estado¹³³.

En primer lugar, habría que considerar que

El resguardo de los derechos indígenas se ha cimentado, en primer lugar, mediante instrumentos normativos generales en cuanto a su contenido, como son la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Declaración Americana de los Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos (OEA), basándose en el principio de igualdad entre las personas y la no discriminación racial; y en segundo lugar, estos organismos internacionales han realizado esfuerzos para proteger los derechos de los indígenas a través de instrumentos normativos específicos, que en el caso de la ONU han sido los convenios 107 y 169, que regulan los derechos subjetivos de las comunidades indígenas en las áreas sociales, económicas, laborales y de salubridad, entre otras. Además, se ha suscrito la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas; y en el caso de la OEA, ésta ha desarrollado el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.¹³⁴

La extensa aclaración de los fundamentos de los derechos indígenas en Latinoamérica retrotrae la cuestión de que el *soft law*, al no contar con el carácter coercitivo de un *hard law*, se apoya en la validez que tienen los instrumentos normativos internacionales mencionados, los cuales son sugerentes y en apariencia libres de ser adoptados por los Estados miembros del órgano interestatal que los promueve. Por lo tanto, el carácter de *soft law* se considera un instrumento o técnica legislativa capaz de promover principios con base en enunciados éticos, y formulado por objetivos más que por reglas detalladas y precisas¹³⁵. En este contexto, el *soft law* se describe como una ley imperfecta, “pues son normas desprovistas de sanción o incoercibles, que en algunos casos constituyen declaraciones de principios desprovistos de sanción”¹³⁶.

Paralelamente a este fenómeno, es importante señalar la importancia que han tenido estas reglas de *soft law* para la comunidad indígena de Latinoamérica, considerada una parte de la sociedad que ha sido invisibilizada histórica y políticamente. Su emergencia social y política es una clara muestra del auge de los asuntos privados y societales en la esfera global del derecho internacional. Según Bermúdez *et al.*, en América Latina, “los pueblos indígenas han sido objeto

¹³³ BERMÚDEZ Abreu, Yoselyn y Quintero, Yosuana. La “declaración” de los derechos indígenas: un *soft law* moralmente obligatorio en el ordenamiento jurídico venezolano. *Revista de Derecho*, nº 28, Barranquilla: Centro de Investigaciones de Derecho Privado (CIDEP) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia, Venezuela, 2007, p. 43.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 45.

¹³⁵ Cfr. *Ibid.* MAZUELOS B., Ángeles. “*Soft law*: ¿mucho ruido y pocas nueces?”, cit.

¹³⁶ BERMÚDEZ Abreu, Yoselyn y Quintero, Yosuana. “La ‘declaración’ de los derechos indígenas...”, cit., p. 47.

de constantes quebrantamientos a sus derechos elementales, han padecido explotación, vejación y marginación y constituyen un grupo social vulnerable y desposeído en la sociedad”¹³⁷. En efecto, son social y económicamente la población más pobre y excluida y viven en un aparente sistema político que garantiza sus derechos fundamentales.

La situación de los indígenas ha logrado llamar la atención en escenarios internacionales y sus aspiraciones en la sociedad civil han requerido el uso de instrumentos jurídicos especializados que den respuesta a sus intereses y que “hagan realidad los derechos básicos y libertades fundamentales proclamados en la DUDH”, los cuales se especifican en derechos fundamentales de la población indígena¹³⁸.

En este contexto, se esperaba que los Estados parte de la ONU asumieran por convicción y no por medio de un tratado, las demandas humanitarias de la población civil. No obstante, por las características de la internacionalización de los asuntos sociales o en otras palabras, por su globalización y/o mundialización¹³⁹, se observa que son los Estados con población indígena los que se adhieren de forma no vinculante a aceptar principios legales de la comunidad internacional, aceptando el valor jurídico de los derechos humanos de los indígenas como una forma de cumplir moralmente con tratados internacionales de Estados aliados.

Así pues, desde que fue aprobada la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, se puede demostrar que se han venido adoptando de manera global, contenidos jurídicos blandos con un alto contenido moral obligatorio, lo que para en el caso de países como Venezuela, Ecuador y Colombia y sus comunidades indígenas representa un cambio importante en “el reconocimiento, la promoción y la protección de sus derechos y libertades”¹⁴⁰.

Consecuencia directa de lo expuesto, es que la adopción del *soft law* con respecto a los derechos indígenas, se caracteriza por no tener un carácter coercitivo, sino que promueve los principios fundamentales de la actividad legislativa del Estado, de manera que contribuye a consolidar la actividad de los organismos no gubernamentales en la protección de los derechos indígenas.

2.2.2.2. La irrupción del *soft law* en la protección ambiental en Latinoamérica

De acuerdo con Mario Peña¹⁴¹, a nivel internacional, pese a los encuentros de celebración y reconocimiento del medio ambiente, como la Cumbre de las

¹³⁷ *Ibíd.*, p. 50.

¹³⁸ *Cfr. Ibíd.*, p. 51.

¹³⁹ *Cfr. CHEVALLIER, Jacques. L'État post-moderne, 2ª ed., Paris, Igdj, 2004.*

¹⁴⁰ *Ibíd.*, p. 59.

¹⁴¹ PEÑA Chacón, Mario. *El principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Maestría Profesional Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica, Costa Rica, 2013. Consultado el 21 de enero del 2015 en: http://cmsdata.iucn.org/downloads/principio_no_regresion8.pdf.

Naciones Unidas sobre el cambio climático, celebrada en Copenhague, y también la cumbre de Río más 20, es evidente que los países aún no llegan a un acuerdo consecuente con la realidad actual del planeta.

Sin embargo, tanto organismos no gubernamentales como algunos Estados han empezado a volcar sus intereses ambientalistas hacia la búsqueda consciente de soluciones que tengan impactos benéficos a corto, mediano y largo plazo. Para ello, recurren a diferentes mecanismos y estrategias legales en las que el derecho internacional desempeña un papel trascendente. Aquí se incluyen aspectos jurídicos que aplican a las ramas penal, civil, administrativa, y recientemente la fiscal, con una finalidad ambiental.

En el marco de la Cumbre de Río, se establece un referente histórico de no regresión hacia un estado insostenible en materia medioambiental. A este respecto, la comunidad internacional participante reafirma mediante resolución aprobada por la Asamblea General el 27 de julio del 2012, titulada *El futuro que queremos*¹⁴², lo declarado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, aprobada en Estocolmo el 16 de junio de 1972¹⁴³, consolidando todos los principios de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en particular el de las responsabilidades comunes pero diferenciadas entre los Estados miembros, enunciado en su principio 7, y el compromiso de aplicar íntegramente la Declaración de Río¹⁴⁴, el plan para la ulterior ejecución del Programa 21¹⁴⁵, el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible (Plan de Aplicación de las Decisiones de Johannesburgo) y la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, entre otros programas de acción para el desarrollo sostenible de los pequeños Estados en desarrollo¹⁴⁶.

De igual manera, esta resolución apela a la voluntad política y al compromiso de la comunidad internacional para “hacer avanzar la agenda de desarrollo sostenible mediante el logro de los objetivos de desarrollo convenidos internacionalmente, incluidos los Objetivos de Desarrollo del Milenio”¹⁴⁷. Así, reafirma el carácter dúctil y flexible que imprimen los instrumentos de *soft law* a los compromisos políticos y administrativos de los países, los cuales se ven forzados a enfocar sus esfuerzos hacia objetivos convenidos en el ámbito internacional en cuanto a lo económico, lo social y lo ambiental desde 1992.

¹⁴² *Ibíd.*, p. 8.

¹⁴³ Nota: véase Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972 (A/CONF.48/14/Rev.1), primera parte, cap. I.

¹⁴⁴ Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992, vol. I, Resoluciones aprobadas por la Conferencia (publicación de las Naciones Unidas), resolución 1, anexo I.

¹⁴⁵ *Ibíd.*, anexo II.

¹⁴⁶ Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo (Sudáfrica), 26 de agosto a 4 de septiembre del 2002 (publicación de las Naciones Unidas), cap. I, resolución 2, anexo.

¹⁴⁷ PEÑA Chacón, Mario. *El principio de no regresión ambiental...*, cit., p. 9.

Como consecuencia de lo anterior, se adoptan medidas concretas que aceleran la puesta en práctica de los compromisos sobre desarrollo sostenible; especialmente, se busca que cada país adopte normas de *soft law* configuradas dentro de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático¹⁴⁸, el Convenio sobre la Diversidad Biológica¹⁴⁹ y la Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación¹⁵⁰, y se sugiere a través de estas normas la adopción de políticas eficaces en todos los niveles que intensifiquen la cooperación internacional.

En este sentido, la comunidad internacional, por medio del Centre International de Droit Comparé de l'Environnement (Centro Internacional de Derecho Ambiental Comparado) y la Comisión de Derecho Ambiental de la IUCN, adoptó en su congreso mundial una resolución que fue aprobada por 81 Estados, para el "reconocimiento de un marco de derecho y política ambiental", en donde se establece el principio de no regresión en el derecho internacional y en el derecho comparado.

En este sentido, América Latina se ha convertido en pionera en la defensa de los principios internacionales del medio ambiente. Países como Brasil, Ecuador y Costa Rica se han comprometido a promover este principio de no regresión, tanto a nivel teórico como en la práctica administrativa de sus Estados. Lo que constituye una respuesta de tipo *soft law* a las demandas sociales internacionales sobre la incorporación de principios no vinculantes al derecho interno de los países comprometidos con el medio ambiente.

A manera de aclaración, es pertinente identificar lo que significa el principio de no regresión. Según Peña:

El principio de no regresión o de prohibición de retroceso enuncia que la normativa y la jurisprudencia ambiental no deberían ser revisadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección alcanzados con anterioridad. Tiene como finalidad evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, ya que en muchas ocasiones, dichas regresiones pueden llegar a tener como consecuencia daños ambientales irreversibles o de difícil reparación.¹⁵¹

Con base en esta descripción se entiende entonces que los Estados asumen una obligación en la correcta aplicación del principio de no retroceso, para no afectar negativamente los estándares de protección ambiental ya pactados, como tampoco el derogar o generar modificaciones normativas vigentes. Para cumplir

¹⁴⁸ Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 1771, n° 30822.

¹⁴⁹ *Ibid.*, vol. 1760, n° 30619.

¹⁵⁰ *Ibid.*, vol. 1954, n° 33480.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 12.

dicha meta, los Estados deben ajustar su política interna a lo planteado en el derecho internacional ambiental, el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional regulador del libre comercio y la misma Constitución Política.

Lo expuesto conlleva ciertas reflexiones prácticas sobre la función del *soft law* en los Estados que adoptan el principio de no regresión ambiental.

En primera instancia, tal principio adopta: 1) una función integrativa, es decir, “es un instrumento técnico para colmar una laguna del ordenamiento”¹⁵²; 2) una función interpretativa, pues, “permite orientar la interpretación hacia fines más amplios de la política legislativa”; 3) una función delimitadora, la cual “pone un límite al actuar de la competencia legislativa, judicial y negocial”¹⁵³. En ese sentido, estos principios constituyen lineamientos básicos que permiten establecer un límite al derecho interno, al igual que ofrece valores (morales y políticos) para fundar el ordenamiento interno.

Con la meta de la “existencia del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado”¹⁵⁴, el principio expuesto restringe la realidad jurídica interna y la ajusta al derecho ambiental, mediante la integración de principios rectores, los cuales son a su vez axiomas morales o compromisos adquiridos por los Estados y aplicables como instrumentos internacionales en materia ambiental.

Debido al rápido auge de los asuntos medioambientales en la comunidad internacional y al interés creciente de las organizaciones civiles y no gubernamentales por el derecho ambiental internacional, se han incorporado una serie de instrumentos de *soft law* que, como se reconoce no son vinculantes, pues “dan pautas que luego pueden convertirse en normativas (constituyéndose una obligación que vincula a los Estados)”¹⁵⁵.

Con base en este principio blando de no regresión, se entiende que debe presentarse un principio de progresión en materia ambiental, que conlleva lo que Peña describe como “una obligación positiva de hacer que se traduce en progreso o mejora continua en las condiciones de existencia”¹⁵⁶. De este modo, el “hacer” del Estado se representa como un “moverse hacia adelante”, que se materializa en ampliación de la cobertura y protección ambiental, aplicando medidas escalonadas, para que no se afecten negativamente otros derechos fundamentales.

En tal caso, el *soft law* ambiental obliga a la evolución del derecho, mediante “procesos de modificación y derogación legislativos, reglamentarios e incluso

¹⁵² *Ibíd.*, p. 13.

¹⁵³ *Ibíd.*

¹⁵⁴ *Ibíd.*, p. 14.

¹⁵⁵ AGUILAR Rojas, Grethel e IZA, Alejandro. *Derecho ambiental en Centroamérica*, tomo I, UICN, 2009.

¹⁵⁶ PEÑA Chacón, Mario. *El principio de no regresión ambiental...*, cit., p. 16.

jurisprudenciales”¹⁵⁷. En la práctica, la aplicación de este principio se manifiesta en simplificación de trámites y desregulación de procedimientos que afectan al medioambiente. Con lo cual se generan cambios en la vida política y económica de una nación, pero que se supone sirven para romper la inercia de los grupos de poder, mediante mecanismos no vinculantes que ejercen presión de manera progresiva y positiva.

La adopción de estos instrumentos *soft law* sugiere el óptimo equilibrio entre los aspectos ambientales, sociales y económicos propios del desarrollo sostenible. Lo que significa que esta es tanto una ideología de base internacional, como una forma de injerencia en el derecho administrativo, que busca incorporar la ciencia dentro de los procesos administrativos, que por tradición se consideran ineficientes debido a la gestión burocrática de los Estados latinoamericanos, y en beneficio del sector privado y civil que busca la reducción del peso del Estado en la vida social¹⁵⁸.

Finalmente, lo que plantea el principio de no regresión como instrumento del *soft law* es que la protección del medio ambiente no requiere los trámites que siguen los tratados internacionales para ser incorporados a los distintos ordenamientos jurídicos en los Estados miembros, sino que su función es de carácter integrador, transformador y capaz de delimitar el ordenamiento interno de los Estados, con lo cual se puede demostrar que dichos principios tienen una finalidad que apunta a un modelo ideológico de desarrollo sostenible a escala global, traspasando las fronteras estatales.

2.2.3. Ejemplos de las modificaciones registradas por la forma como se desarrolla la función administrativa en Colombia

En Colombia, la presencia del *soft law* en el derecho administrativo se manifiesta en diversas formas. Algunas, como lo destaca Santaella¹⁵⁹, relacionadas con el tema ambiental, son: las guías ambientales, los permisos o cupos negociables de emisión, los acuerdos informales, la información al público y la remisión del derecho a la técnica. Así también, en un sentido más amplio, la adopción del enfoque de la responsabilidad social empresarial (RSE) en el marco de los principios del Global Compact. A la luz del ordenamiento jurídico colombiano, por ejemplo, estos principios de RSE establecidos en el Global Compact son considerados voluntarios (*soft law*). A continuación se analiza cada uno de estos casos.

¹⁵⁷ *Ibíd.*, p. 17.

¹⁵⁸ Cfr. *Ibíd.* p. 17.

¹⁵⁹ Cfr. SANTAELLA Quintero, Héctor. Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, nº 5, primer semestre del 2011, pp. 87-105, Universidad Autónoma de Madrid, España. Consultado el 23 de febrero del 2015 en: <http://portal.uexternado.edu.co/pdf/Derecho/Revista%20Digital%20de%20Derecho%20Administrativo/Edici%C3%83%C2%B3n%205/06santaella.pdf>.

2.2.3.1. Las guías ambientales. De acuerdo con Santaella, “El Estado ya no impone sólo de manera unilateral una regulación dotada de fuerza vinculante para asegurar la realización de sus fines; también acuerda con los particulares destinatarios de dichas normas unos estándares de conducta de cumplimiento voluntario”¹⁶⁰.

Lo anterior supone la irrupción del *soft law* en el derecho administrativo colombiano, en particular en el manejo de temas ambientales, mediante el diseño e implementación de instrumentos de gestión y regulación ambiental que permiten el mejoramiento de diversos procesos, tales como la producción, el uso racional de los recursos naturales y la reducción de impactos al medio ambiente generados por las actividades extractivas y productivas.

A este respecto, el Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, en asocio con los diferentes sectores productivos, ha expedido guías ambientales para el sector plástico; guía de buenas prácticas para el sector textiles; guía de buenas prácticas para el sector de alimentos, subsector frutas y verduras, etc.¹⁶¹

Según la Resolución 1023 del 2005 del Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, “Por la cual se adoptan guías ambientales como instrumento de autogestión y autorregulación”¹⁶², las guías ambientales “son documentos técnicos no vinculantes de orientación conceptual, metodológica y procedimental para apoyar la gestión, manejo y desempeño ambiental de los proyectos, obras o actividades contenidas en las guías que sean expedidas”¹⁶³.

En este sentido, el contenido de las guías ambientales apunta a un ámbito netamente regulatorio en el desarrollo de proyectos, obras y actividades que tengan impacto medioambiental (artículo 6º de la Resolución 1023 del 2005). Su finalidad no es pues “engrosar el bloque de legalidad ambiental coactiva (artículos 4º, 5º, 6º y 7º de la Resolución 1023 del 2005), sino valerse de las oportunidades envueltas en la concertación con el sector privado para apelar y activar su sentido de responsabilidad social”¹⁶⁴. Con este fin se busca, sin generar coacción, una mejora en los indicadores de protección ambiental. De allí que estos instrumentos sean un modelo de intervención de tipo *soft law* con respecto a las formas típicas que establece el derecho administrativo.

2.2.3.2. Los permisos o cupos negociables de emisión. En este caso, los permisos o cupos de emisión transferibles hacen parte de un instrumental que complementa los instrumentos clásicos del derecho administrativo, a través “del

¹⁶⁰ *Ibíd.*, p. 91.

¹⁶¹ *Ibíd.*

¹⁶² MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL. *Resolución 1023 del 2005 (julio 28)*, República de Colombia, Bogotá, Diario Oficial n.º. 45.990, 4 de agosto del 2005. Consultado el 23 de abril del 2015 en: http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_minambientevdt_1023_2005.htm.

¹⁶³ *Ibíd.*, artículo 2º.

¹⁶⁴ SANTAELLA Quintero, Héctor. “Algunas reflexiones...”, cit., p. 91.

reconocimiento del carácter negociable de una autorización o legitimación para contaminar previamente reconocida”¹⁶⁵. De este modo:

El Estado ya no emite sólo actos administrativos de carácter particular de contenido autorizatorio, que configuran una situación jurídica favorable en cabeza de un titular, caracterizada tanto por la garantía de su estabilidad jurídica como por la inalienabilidad del derecho creado y la sujeción de su titular a un cúmulo de obligaciones coactivamente exigibles; apelando a la racionalidad económica de los agentes contaminantes, la Administración produce igualmente actos administrativos que si bien crean una situación jurídica subjetiva, dada su condición de negociables, se traducen en un incentivo económico a la realización de conductas ambientalmente responsables.¹⁶⁶

El carácter negociable de estas autorizaciones consiste en obtener una protección del medio ambiente eficiente y con menor costo, mediante incentivos para la reducción de las emisiones, e incorporar nuevas tecnologías con ese fin. Este incentivo “busca fomentar la reducción de niveles allí donde ello es factible (por ejemplo, en nuevas instalaciones) con inversiones relativamente pequeñas, tolerando la pervivencia de aquellas situaciones donde ello no es rentable por suponer una mayor inversión”¹⁶⁷.

En complemento de lo anterior, el esquema de certificados busca alcanzar la protección del entorno, mediante el concepto del control de las cantidades de contaminación y el reconocimiento del carácter negociable de los excedentes de lo autorizado no utilizado¹⁶⁸. Así, el nivel de uso de los bienes ambientales deberá autorizarse y constar en certificaciones en las que debe figurar el cupo de emisión reconocido a un sujeto, de suerte que aquello que no sea utilizado es susceptible de libre negociación como títulos valores en una bolsa¹⁶⁹. El modelo es similar al esquema de los permisos de contaminación negociables existentes en los Estados Unidos, inspirado en el mercado de derechos de emisión contemplado en el Protocolo de Kyoto¹⁷⁰.

2.2.3.3. Los acuerdos informales. En la actualidad, el Estado colombiano “ya no celebra sólo acuerdos vinculantes con los particulares, de los que surgen obligaciones exigibles coactivamente a quienes los suscriben; igualmente hace uso de instrumentos convencionales para llegar a acercamientos y consensos

¹⁶⁵ *Ibíd.*, p. 93.

¹⁶⁶ *Ibíd.*

¹⁶⁷ KLOPFER, Michael. En torno a las nuevas formas de actuación medioambientales del Estado. *Documentación Administrativa*, nº 235-236, Madrid: INAP, 1993, p. 46.

¹⁶⁸ *Ibíd.*, p. 47.

¹⁶⁹ SANTAELLA Quintero, Héctor. “Algunas reflexiones...”, cit., p. 93.

¹⁷⁰ DOLORS Canals I., Ametller. Las administraciones locales ante el cumplimiento del Protocolo de Kyoto. El mercado de derechos de emisión de gases de efecto de invernadero y otros instrumentos. En: Esteve Pardo, J. (Coord.), *Derecho del medio ambiente y administración local*, 2ª ed., Madrid-Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2006, pp. 566 y ss. Citado por Santaella Quintero, Héctor. “Algunas reflexiones...”, cit., p. 94.

importantes en materias de interés general en las que se busca generar espacios de colaboración y de implicación voluntaria de los particulares”¹⁷¹.

Lo anterior significa que los acuerdos informales son considerados pactos que el Estado celebra con particulares, pero a un nivel informal de administración, lo que demuestra que es una acción que no se encuentra jurídicamente regulada, pero que no resulta ser antijurídica¹⁷². Sobre este particular, es importante destacar que la legitimidad de este modo de acción de la Administración Pública sugiere una reformulación del principio de vinculación administrativa a la legalidad, de cara a la nueva realidad que debe encarar el Estado social de derecho en la actualidad con respecto a temas sociales, políticos, económicos y medioambientales.

Los acuerdos informales “comprende[n] las actuaciones emprendidas por la Administración sin gozar de una cobertura legal específica y por fuera de los moldes procedimentales y de las formas decisorias típicas (resolución, norma o contrato)”¹⁷³, pero no por esto resultan ser antijurídicos o extrajurídicos, es decir, por una parte, requieren atender los principios constitucionales de la función administrativa (artículo 209 de la Constitución Política), y por otra parte, por falta de un fundamento legal explícito deben estar desprovistas de efectos vinculantes directos, sin que esta condición excluya o impida su deber jurídico¹⁷⁴.

Por lo anterior, los acuerdos informales pueden celebrarse al margen de las formas tradicionales que regulan la actividad administrativa que establece la Ley 80 de 1993, pues más que generar obligaciones y derechos jurídicamente exigibles, su contenido se define con base en reglas de entendimiento y declaración de intenciones. Aunque estas no son coactivas, conllevan una expectativa de conducta que se espera sea observada, lo que señala la adopción de un mecanismo de *soft law* en el derecho administrativo colombiano.

A este respecto, se puede considerar que “los acuerdos informales suscritos habitualmente por la Administración con sectores económicos dedicados a la producción y comercialización de alimentos, la publicidad o la televisión son un buen ejemplo de ello”¹⁷⁵. Tales ejemplos muestran que es posible suscribir compromisos de autorregulación desde la perspectiva del interés general que, con la promesa de ser aplicados, evitan la expedición por parte de las autoridades de una reglamentación coactiva y restrictiva sobre el tema.

2.2.3.4. La información al público. Que el Estado busque una meta de interés general no conduce de manera irremediable a la expedición de una normatividad

¹⁷¹ SANTAELLA Quintero, Héctor. “Algunas reflexiones...”, cit., p. 95.

¹⁷² *Ibid.*, p. 95.

¹⁷³ GALLEGO Anabitarte, Alfredo; Menéndez Rexach Ángel *et al.* *Acto y procedimiento administrativo*, Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 8.

¹⁷⁴ HART, H. L. A. *El concepto de derecho*, 2.ª ed., trad. Genaro Carrio, México: Editorial Nacional, 1980, p. 193. Citado por: Santaella Quintero, Héctor. “Algunas reflexiones...”, cit.

¹⁷⁵ SANTAELLA Quintero, Héctor. “Algunas reflexiones...”, cit., p. 95.

coactiva y estricta, que fije de manera general y abstracta los derechos y deberes de los particulares para la ejecución de actividades concretas, con la respectiva previsión de sanciones jurídicas aplicables en caso de incumplimiento; por el contrario, se observa que cada vez más la Administración Pública emplea herramientas blandas (*soft law*) como la información al público.

Con este instrumento “se procura incidir sobre la conducta de los particulares mediante la emisión de mensajes con un determinado contenido que los persuadan u orienten hacia la conducta esperada”¹⁷⁶. Del mismo modo, la información administrativa hace parte del conjunto de acciones informales de la Administración, siendo un mecanismo que materializa los derechos fundamentales enfocados en la protección del individuo o ciudadano, a través de la promoción de un acceso libre e igualitario a la información pública.

De esta manera, sin coactividad ni restricción alguna en el acceso a la información pública, la Administración puede divulgar determinados contenidos (información), de forma que incidan y modifiquen el comportamiento de los ciudadanos con el contenido del mensaje emitido y enfocándolo hacia un determinado fin. Así, por ejemplo, “como sucede con las campañas publicitarias o con la divulgación de datos sobre el estado de ciertos bienes naturales (v. gr. agua, aire, etc.), su objetivo es la consecución de una mayor y mejor protección ambiental”¹⁷⁷. También pueden incluirse las campañas contra el tabaco, el consumo del alcohol y otras sustancias psicoactivas que resultan ser modos característicos de la situación expresada.

2.2.3.5. La remisión del derecho a la técnica. De acuerdo con Santaella:

El Estado ya no siempre regula de manera exhaustiva y detallada, conforme a las exigencias del principio de Estado democrático de Derecho, las especificaciones técnicas del desarrollo de una determinada actividad, ni restringe a una autoridad ni a un procedimiento público la acreditación del cumplimiento de esta clase de requerimientos; también remite estos aspectos a normas técnicas (reglas no obligatorias establecidas por entes de carácter privado, cuya única legitimidad estriba en su conocimiento, experiencia y reconocimiento en un campo determinado de la técnica —ISO, ICONTEC, Colegio de Ingenieros, etc.— y en los procedimientos abiertos, consensuales y participativos con los que operan) que los desarrollan.¹⁷⁸

Estas nuevas técnicas de internacionales, que en ocasiones se encuentran en normas privadas, bajo los nuevos estándares globales de la sociedad, tienden a convertirse en instrumentos que se perfilan como acciones jurídicas, pues entran a formar parte del sistema normativo jurídico de la Administración Pública. De esta manera, situaciones como, por ejemplo, “el embalaje, etiquetado y transporte de

¹⁷⁶ *Ibíd.*

¹⁷⁷ *Ibíd.*

¹⁷⁸ *Ibíd.*, p. 96.

mercancías peligrosas, deben efectuarse de conformidad con las exigencias de la norma técnica colombiana correspondiente (vid. Decreto 1609 de 31 de julio del 2002, ‘por el cual se reglamenta el manejo y transporte terrestre automotor de mercancías peligrosas por carretera’)¹⁷⁹.

Algo semejante ocurre con los inmuebles destinados al almacenamiento de pólvora y venta de artículos pirotécnicos: deben atender los requerimientos técnicos de las normas de seguridad del Código Eléctrico Nacional (NTC 2050 del 25 de noviembre de 1998), según lo establecido por el Decreto 4481 del 2006¹⁸⁰.

De igual modo, cada vez más los adelantos científicos y de la tecnología en sectores estratégicos como el farmacéutico, el genético, el biotecnológico o el energético conllevan un grado de complejidad y especialización que es incierto e incalculable, por el riesgo que implican. Esto supone un nuevo reto al derecho administrativo, en cuanto al “desbordamiento de su capacidad cognoscitiva, regulativa y operativa”¹⁸¹ para enfrentar y calcular sus potenciales riesgos y efectos.

De manera simultánea, se presenta una imposibilidad práctica para atender a cabalidad la responsabilidad, tradicionalmente enmarcada dentro del concepto de orden público, en la protección de la comunidad frente a las potenciales amenazas que surgen en el tráfico social y jurídico de mercancías producto del avance científico y tecnológico.

2.2.3.6. La responsabilidad social empresarial (RSE) como instrumento *soft law* en Colombia. Con respecto al papel de la RSE en Colombia, es pertinente aclarar que el concepto mismo tiene diversas definiciones y parte de diversos enfoques, los cuales pueden ser vistos como una estrategia organizacional para incrementar la competitividad o como una estrategia operativa de las organizaciones, o un enfoque para evidenciar las preocupaciones de los grupos de interés o *stakeholders* internos y externos en la búsqueda de beneficios (rentabilidad económica, mejora del bienestar social y preservación del medio ambiente)¹⁸².

Los antecedentes de la RSE en Colombia se ubican a principios del siglo XX con la Fundación Social en 1911 y la conformación de varios gremios, como por ejemplo “la Asociación Nacional de Industriales (ANDI) en 1944, la Federación

¹⁷⁹ SANTAELLA Quintero, Héctor. *Normas técnicas y derecho en Colombia. Desafíos e implicaciones para el derecho en un entorno de riesgo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 60.

¹⁸⁰ *Ibíd.*, p. 61.

¹⁸¹ *Ibíd.*, p. 62.

¹⁸² IBARRA Padilla, Adelaida María. Principios de la responsabilidad social empresarial en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista de Derecho*, n° 41, pp. 51-82, 2014, Universidad del Norte, Universidad del Atlántico, p. 53.

Nacional de Comerciantes (Fenalco) en 1945, y la Asociación Colombiana de Pequeñas y Medianas Industrias (ACOPI) en 1951”¹⁸³.

Con la Constitución de 1991 se logra establecer como principio constitucional el Estado social de derecho, y la consecuente incorporación del valor de la solidaridad y de la justicia social, la cual debe imperar tanto en el Estado como en la sociedad civil. En tal sentido, se establecieron responsabilidades sociales para la empresa, con el imperativo de que prevalece el interés general. En este recorrido histórico:

En el 2002, por iniciativa de la Caja de Compensación Familiar de Antioquia, el ICONTEC, como Organismo Nacional de Normalización, inició el proceso de creación del documento de normalización de la Responsabilidad Social en Colombia. En 2004 se crea el Comité Colombiano de Responsabilidad Social Empresarial (CCRSE), como herramienta de gestión empresarial que permite evaluar el desempeño de la organización en su gestión social, construir su estrategia de negocio y mejorar su competitividad a través de la construcción de una guía de RSE.¹⁸⁴

La importancia de este proceso en Colombia reside en el reconocimiento y la aceptación, tanto social como estatal, de principios no vinculantes ni formales como mecanismos de control en la responsabilidad empresarial. De esta suerte, se encuentran varios instrumentos, entre los señalados, que sirven para ejercer la RSE de manera voluntaria, lo que demuestra un interés empresarial y político por adherirse al régimen del *soft law*, atendiendo las declaraciones de organismos internacionales, como los estándares, esquemas de certificación y mecanismos de reporte para las empresas.

A este respecto, se observa que la gestión voluntaria de las empresas y del Estado colombiano en la adopción de la RSE presupone algunas estrategias empresariales por adoptar un esquema de valores y principios morales de carácter social y medioambiental, atendiendo en igual medida “las expectativas de los grupos de interés con los que interlocuta”¹⁸⁵.

Así pues, la RSE se constituye en la práctica como un buen código de gobierno, tanto público como privado, y es un ejemplo de la adopción voluntaria y de la disposición de las empresas hacia los principios internacionales que regulan el mercado y la producción social de riqueza. En otras palabras, la adopción del *soft law* permite el posicionamiento internacional del sector empresarial colombiano y la transparencia administrativa del Estado ante estamentos y organizaciones comerciales internacionales.

¹⁸³ *Ibíd.*, p. 54.

¹⁸⁴ *Ibíd.*, p. 55.

¹⁸⁵ *Ibíd.*, p. 56.

Los valores del *soft law* son herramientas que permiten la participación de las empresas colombianas en un nuevo juego de intereses sociales y políticos que se encuentran consignados en la agenda internacional del comercio: la cooperación y los compromisos concretos de acción.

El *soft law*, al no depender de la potestad del Estado para su diseño e implementación, puede mediar en la participación voluntaria de los actores económicos interesados, así como en la búsqueda de consenso y toma de decisiones “como resultado de un diálogo entre diferentes actores que permitan una cierta fuente de legitimidad, y por la ausencia del poder sancionatorio del Estado”¹⁸⁶. En complemento, se podría afirmar que “muchos de los instrumentos voluntarios son negociados con la expectativa de que los compromisos que de allí surjan serán cumplidos o, por lo menos, con la aspiración de sentar las bases para que en el futuro dichos compromisos sean incluidos como políticas públicas”¹⁸⁷.

El hecho de que una empresa o el Estado adopte la RSE, más allá de los requisitos mínimos de ley, demuestra ante la sociedad y la comunidad internacional que se trata de una organización socialmente responsable, porque cumple con normas legales (por ejemplo, en material laboral o ambiental) y extiende sus compromisos hacia una plena relación de regulación y autorregulación, que es la base de todas las iniciativas de RSE. De este modo, al asumirse una serie de prácticas obligatorias por ley, se asumen también otras voluntarias, que buscan satisfacer “las necesidades sociales de sus integrantes y de demás miembros de la comunidad”¹⁸⁸.

Desde la mirada estatal, se considera que las medidas adoptadas por la RSE, permiten un cumplimiento de las medidas de *hard law*, con estándares más altos, seguros, transparentes y mayor credibilidad; igualmente, sostienen que la adopción de medidas *soft law* permite conciliar de mejor manera los intereses en juego y proteger el bien común, supliendo las fallas éticas del mercado y protegiendo a las poblaciones más vulnerables. En consecuencia, la adopción de este instrumento proporciona la base para construir justicia social y contar con mecanismos administrativos que buscan garantizar el cumplimiento de normas de responsabilidad empresarial por su capacidad disuasiva¹⁸⁹.

De manera ampliada, la RSE como ejercicio del *soft law* en Colombia, implica un tipo de compromiso con ideologías transnacionales como el desarrollo sostenible, que pueden observarse también en el marco jurídico (Ley 99 de 1993). Así, por ejemplo:

¹⁸⁶ *Ibíd.*, p. 56.

¹⁸⁷ *Ibíd.*

¹⁸⁸ *Ibíd.*

¹⁸⁹ Cfr. International Council on Human Rights Policy. *Más allá de lo discrecional. Los derechos humanos y la emergencia de obligaciones legales internacionales para las empresas*, 2002. Consultado el 13 de enero del 2015 en: http://www.ichrp.org/files/summaries/9/107_summary_es.pdf.

Desarrollo sostenible es aquel que conduzca al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de vida y al bienestar social, sin agotar la base de recursos naturales renovables en que se sustenta, ni deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades. (Ley 99 de 1993, art. 3).¹⁹⁰

Como se puede apreciar, esta definición integra aspectos que son considerados parte de la agenda social internacional en aspectos sociales, económicos y ambientales propios del desarrollo a escala global, y que incluyen no solo la administración interna de derecho, sino también la satisfacción de necesidades contemporáneas, en donde no se compromete la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.

Para los defensores del *hard law*, las medidas flexibles de RSE a nivel empresarial pueden tener un efecto negativo, pues la RSE se puede utilizar como una estrategia que le permite a las empresas estar al margen de regulaciones estatales, sin llegar a garantizar los beneficios sustanciales de su aplicación, tal como sostiene McInerney¹⁹¹. En este sentido, algunos críticos de la adopción de este instrumento de *soft law*, como Ibarra Padilla, sostienen que “la comunidad internacional, lejos promocionar instrumentos discrecionales, debe establecer responsabilidades en un marco jurídico que les exija rendir cuentas ante la ley”¹⁹².

Lo anterior significa que el derecho internacional debe establecer obligaciones directas a las empresas en materia de RSE, imponiendo sanciones ante el incumplimiento a nivel internacional, especialmente cuando los Estados no estén en condiciones de hacerlo ellos mismos¹⁹³.

De cara a la globalización, la voluntariedad u obligatoriedad de la RSE escapa al ámbito nacional, pues “el Estado, dentro de una economía global, no controla los cambios ni los flujos de dinero, de información o de mercancía y, sin embargo, sigue siendo el responsable de la formación de los ciudadanos y del orden público interno, tareas que dependen en gran medida de la situación general de la economía”¹⁹⁴. En este sentido, el tema de la RSE como aplicación del *soft law* tiene efecto variados en Colombia, debido en gran parte a que la globalización ha creado sus propias reglas de juego y a que el Estado no dispone de instituciones, aparatos ni medidas que regulen internamente la economía.

2.3. Apreciaciones generales de la transformación del derecho administrativo colombiano por la irrupción del *soft law*

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 71.

¹⁹¹ MCINERNEY, T. Putting regulation before responsibility. The limits of voluntary corporate social responsibility. *Voices of development jurist paper series*, 2005. International Development Law Organization (IDLO), vol. 2, n° 3, pp. 5-42. Citado por: Ibarra Padilla, Adelaida María. “Principios de la responsabilidad social empresarial...”, cit., p. 58.

¹⁹² IBARRA Padilla, Adelaida María. “Principios de la responsabilidad social empresarial...”, cit., p. 59.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 60.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 61.

A lo largo de este capítulo se han evidenciado algunas expresiones de la irrupción del *soft law* en España, América Latina y Colombia, entendidas como instrumentos de generación flexible del derecho interno de los Estados, propiciadas desde el derecho internacional en los ámbitos a que hacen referencia los casos propuestos. Los ejemplos remiten a realidades actuales que demuestran los límites de la soberanía estatal y la incidencia de los instrumentos *soft law* en la búsqueda de respuestas, alternativas o mecanismos de desarrollo para una sociedad que se considera global e internacional.

Retomando lo expresado por el Consejo de Estado francés con respecto a la intromisión del *soft law* en el derecho administrativo de los Estados de la Unión Europea¹⁹⁵, las leyes de carácter blando son eficaces cuando se tiene en cuenta su fundamento de base, es decir, la adhesión voluntaria de sus destinatarios y partes involucradas, y su legitimidad depende en gran medida de la participación de los interesados en su desarrollo. La legitimidad de los acuerdos y memorandos de entendimiento en el servicio público internacional se ha visto reforzada por la definición de las reglas de representación de las organizaciones firmantes.

En sentido inverso, la legitimidad del “derecho blando” se debilita por la insuficiente participación de los interesados en su desarrollo. Ejemplo de ello, también aplicable al caso colombiano, es la aplicación de normas técnicas por parte de la Administración Pública, lo que implica una participación voluntaria de los interesados así como una vigilancia y control por parte del Estado, ya sea en temas relacionados con la protección de los consumidores o el medio ambiente, las relaciones informales entre las autoridades locales y la ciudadanía o las empresas.

El *soft law* o derecho blando, como se intenta definir aquí, finalmente puede ver su legitimidad socavada por la inseguridad jurídica y los costos que genera. La inseguridad jurídica surge principalmente de la incertidumbre sobre el alcance del instrumento, pues los destinatarios no siempre saben si una ley blanda crea derecho y obligaciones como una ley dura o *hard law*.

A este respecto, Sarmiento sostiene que una definición ontológica del *soft law* conlleva comprender que este tipo de instrumentos operan como mandatos de optimización, “cuya adopción compromete a sus destinatarios a lograr, en la medida de lo posible, un objetivo determinado”¹⁹⁶. En esencia, esto conduce a reconocer que el *soft law* promueve y establece un compromiso por parte de quienes están bajo su marco normativo.

Así pues, cuando el destinatario del *soft law* es un poder o institución pública, y cuando el autor y el destinatario del *soft law* coinciden, “se ofrecen las condiciones

¹⁹⁵ Cfr. CONSEIL D'ÉTAT (FRANCIA). *Les rapports du Conseil d'État*, cit.

¹⁹⁶ SARMIENTO, Daniel. “La autoridad del Derecho y la naturaleza del *soft law*”, cit., p. 259.

para que el soft Law genere una expectativa en quienes se verán afectados por el cumplimiento de estas normas”¹⁹⁷. En otras palabras, cuando la Administración Pública adopta instrumentos de *soft law*, introduce mandatos dirigidos al mismo poder público, y, por lo tanto, genera automáticamente una expectativa de cumplimiento que surte efectos de obligatoriedad.

La incorporación del *soft law* en la Administración Pública de los Estados contemporáneos genera una expectativa por parte de la Administración, la cual se encuentra vinculada a actos que implican disposición y compromiso a cumplirlos. Por lo tanto, el incumplimiento por parte de un poder público de una regla de *soft law* creada por aquél y dirigida al mismo, no sólo constituye una infracción de un acto o instrumento de *soft law*, sino que también trae consigo, en el caso del Estado español, la infracción de una norma de *hard law*: el principio de confianza legítima, previsto por la legislación básica del Estado en el artículo 3 de la Ley 30 del 1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común¹⁹⁸. Por extensión, es posible afirmar que el incumplimiento de normas *soft law* en los Estados de América Latina, incluido Colombia, estaría en contradicción con los principios que establece el orden jurídico constitucional.

Lo expresado muestra que el *soft law* implica cambios muy profundos para el derecho administrativo. De acuerdo con Santaella¹⁹⁹, dichos cambios pueden observarse en el derecho administrativo colombiano, siendo los más notorios aquellos que conducen a transformaciones en la estructura del poder público y los que surten efecto directo desde la Constitución nacional, con los cambios ocurridos después de 1991, cuando se dio vía libre a la liberalización del sector de los servicios públicos (artículo 365 de la Constitución Política), a la formalización del ejercicio por particulares de funciones públicas (artículos 123 párr. 3 y 210 párr. 2 de la Constitución Política) y se abrogó buena parte de las bases del Estado intervencionista, con el fin de adaptar el país a los nuevos requerimientos de la comunidad internacional en temas medioambientales, sociales, de derechos humanos, sociales, comerciales, científicos y tecnológicos, entre otros. Consecuencia de ello, es lo expresado por Santaella:

Hoy es común ver a sujetos privados respondiendo por la prestación de servicios públicos domiciliarios, desempeñando actividades públicas como la expedición de licencias de construcción o la emisión de certificados de gases indispensables para la circulación de vehículos o ejerciendo prerrogativas públicas como la potestad expropiatoria o las cláusulas excepcionales de la contratación estatal (como ocurre en el caso de las empresas prestadoras de servicios públicos). Corresponde justamente a la

¹⁹⁷ *Ibíd.*, p. 260.

¹⁹⁸ SANTAELLA Quintero, Héctor. “Algunas reflexiones...”, p. 98.

¹⁹⁹ *Ibíd.*, p. 99.

esencia del referido modelo de Estado cooperativo la aproximación cada vez más cercana de las esferas pública y privada.²⁰⁰

Consecuente con este cambio constitucional y administrativo, en Colombia se fueron estrechando las relaciones de colaboración entre el Estado y la sociedad, haciendo que los ámbitos de interés estatal dejaran de ser parte de su monopolio y se consolidaran a la par nuevos medios de cooperación entre la Administración y los agentes sociales. Esto es evidente en ámbitos como la salud, la seguridad social, la educación, la ciencia, las tecnologías, las infraestructuras y la protección ambiental. Asuntos en los cuales la cooperación público-privada resulta cada vez más importante y fundamental. De esta situación se desprenden algunas conclusiones que conducen a la justificación de la inherencia del derecho internacional y los instrumentos *soft law* en el derecho administrativo colombiano.

En Colombia es notorio que el panorama jurídico-administrativo experimente mutaciones o cambios debido a la presencia de factores externos de orden globalizador o mundializador, como en razón de cambios internos en la Administración Pública. Lo anterior muestra que el derecho administrativo “no es ya únicamente un ordenamiento imperativo o autoritario; su nueva realidad nos enfrenta con que abarca así mismo formas de intervención no coactivas igualmente adecuadas para la persecución de los fines de interés general que le son inherentes”²⁰¹.

Como se había señalado, hoy existen nuevas formas no coactivas que se adecuan a fines de interés general, entre las que destacan los acuerdos informales, la información al público y la remisión del derecho a la técnica, entre otras. Esto supone el incremento y la dependencia del derecho con respecto a procedimientos técnicos, derivados de reglas y lógicas afines a los intereses comunes de la comunidad internacional. Esta es la manera como el Estado responde a medidas cooperativas y de atención al sector privado y civil que poseen carácter global.

Un aspecto igualmente significativo y que prepara el camino para analizar los documentos Conpes, como expresión del *soft law* en el derecho administrativo colombiano, es el ritmo de los adelantos científicos y tecnológicos, como de organismos consultivos provenientes de sectores científicos (farmacéutico, genético, biotecnológico o energético), lo que demuestra la complejidad y los diferentes intereses y necesidades de la sociedad. En este caso, la elevada complejidad y especialidad de dichas actividades implica que el Estado se apoye en órganos consultivos para analizar los riesgos de su acción legal. Es obvio entonces que la naturaleza de estas actividades, en temas y áreas sensibles para el desarrollo, implica riesgos incalculables e inciertos que el Estado debe enfrentar pero que desbordan su capacidad cognoscitiva.

²⁰⁰ *Ibíd.*, p. 86.

²⁰¹ *Ibíd.*, p. 93.

Por estas causas, como señala Santaella, es decir, por las deficiencias cognitivas que tiene el Estado para hacerles frente, como por los limitados recursos (humanos, económicos y técnicos) con los que cuenta y las limitaciones en materia de instrumentos formales y tradicionales de intervención (ley, reglamento, acto administrativo, etc.), es que se obliga a explorar y utilizar mecanismos jurídicos blandos o de *soft law* que le permitan al Estado y al derecho: “superar las dificultades impuestas por el progreso, sin sacrificar conquistas centenarias como el Estado de Derecho, ni renunciar a las garantías inherentes al modelo de Estado social y democrático instaurado por las constituciones modernas”²⁰².

En este sentido, el auge de los asuntos privados de la sociedad civil y la presión del contexto internacional por satisfacer los intereses de la sociedad global, han llevado a una apertura del Estado y del derecho administrativo que se refleja con la incorporación de instrumentos de carácter voluntario y no convencional como el *soft law*.

²⁰² *Ibíd.*, p. 97.

Capítulo III

Los documentos Conpes como manifestación del *soft law* en el derecho administrativo colombiano

En el presente capítulo se busca establecer si los documentos Conpes pueden ser considerados una expresión del *soft law* en el derecho administrativo colombiano.

Como ha quedado demostrado en los capítulos anteriores, a nivel internacional, las administraciones estatales modernas han visto cómo ha cobrado auge la inserción de los asuntos privados de la sociedad civil en el contexto público. Esto genera presión por satisfacer los intereses de la sociedad global, los cuales han llevado a la Administración Pública, y por ende al derecho administrativo, a la adopción de instrumentos jurídicos tendientes a la integración de conceptos, lo cual se refleja en la incorporación de mecanismos de carácter voluntario y no convencional denominados *soft law*.

El análisis de los documentos Conpes lleva a entender el valor jurídico que tienen los instrumentos *soft law* frente al *hard law*, como la evolución reciente del derecho administrativo colombiano, al apropiarse directrices de orden científico, social, económico y cultural que se plantean en dichos documentos, y que en la actualidad se constituyen como nuevas herramientas para la eficiente gestión de los asuntos públicos.

Partiendo de estos antecedentes, en este tercer y último capítulo se busca en primer lugar describir la estructura de los consejos superiores de la Administración en Colombia, desde sus fundamentos históricos, consagrados en la Ley 19 de 1958, hasta su actual estado en el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”, Ley 1753 del 2015²⁰³. Mediante este primer acercamiento, se identifica la naturaleza de este organismo consultivo para el Estado y su participación dentro del Departamento Nacional de Planeación (DNP), así como los alcances jurídicos de sus pronunciamientos e implicaciones para el derecho administrativo, plasmados en los documentos Conpes.

En segunda instancia, se caracteriza a los documentos que genera el Conpes, es decir, se describen las características técnicas y administrativas de dichos documentos y como están estructurados. El reconocer estos aspectos permitirá establecer si los documentos del Conpes son una manifestación de la existencia del *soft law* en el derecho administrativo colombiano.

A este efecto, se ofrecen argumentos para responder si los documentos Conpes pueden considerarse una manifestación del *soft law*. Aun cuando estos no son leyes ni decretos, producen efectos que terminan por ser acogidos, adoptados y

²⁰³ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1753 del 2015 (junio 9) por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”, Bogotá, Diario Oficial n° 49538, martes 9 de junio del 2015. Consultado el 12 de diciembre del 2015 en: <http://www.achc.org.co/documentos/prensa/LEY-1753-15%20Plan%20Nacional%20de%20Desarrollo%202014%20-%202018.pdf>.

aceptados por la propia Administración como vinculantes, convirtiéndose en fuente directa del derecho, y a la vez, merced a su capacidad de atender problemas prioritarios, son la base para la creación de normas de *hard law*.

3.1. Los consejos superiores de la Administración en Colombia y el Conpes

La estructura de la Administración Pública del Estado colombiano ha experimentado diversos cambios que se evidencian en la normatividad descrita a continuación: Ley 19 de 1958, la cual contemplaba la reorganización de la Administración Pública. Posteriormente, se expide la Ley 1° de 1963, por la cual se dictan normas sobre reajustes de salarios, se conceden unas autorizaciones al Gobierno y se dictan otras disposiciones; la Ley 65 de 1967, por la cual se reviste al presidente de la República de facultades extraordinarias para modificar la remuneración y régimen de prestaciones de las Fuerzas Militares, se provee al fortalecimiento de la administración fiscal, se dictan otras disposiciones relacionadas con el mejor aprovechamiento de las partidas presupuestales destinadas a gastos de funcionamiento y se crea una nueva comisión constitucional permanente en las cámaras legislativas.

Asimismo, la Ley 2 de 1973, por la cual se reviste al presidente de la República de facultades extraordinarias para revisar la organización administrativa nacional, es decir, suprimir, fusionar y crear dependencias en los ministerios, departamentos administrativos y superintendencias, para reducir y simplificar la organización administrativa y disminuir en lo posible el gasto público por este concepto; la Ley 28 de 1974, por la cual se reviste al presidente de la República de facultades extraordinarias en materia administrativa, y se dictan otras disposiciones.

En forma general, con estas reformas se reorganizó, reestructuró y se suprimieron entidades, se reglamentó el Estatuto Básico de la Administración, se unificó el sistema de clasificación y remuneración de la mayor parte de los establecimientos públicos y se modificó la estructura de varios ministerios y departamentos administrativos, sucesivamente²⁰⁴.

En la década de los ochenta se inició una importante fase de reformas administrativas tendientes a fortalecer el proceso de descentralización en Colombia. Entre estas reformas destacan las introducidas por la Ley 14 de 1983, que reestructuró y modernizó el régimen tributario local; la Ley 50 de 1984, que promovió el fortalecimiento fiscal municipal; la Ley 77 de 1987, que modificó los recursos y la estructura de la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP) y le asignó la función de prestar asesoría a los municipios; y la Ley 42 de 1989, que reglamentó las consultas populares), entre otras.

²⁰⁴ PINEDA, Rosa. *El sistema de desarrollo administrativo en la administración pública colombiana* (trabajo de grado Maestría en Derecho Administrativo), Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2007. Consultado el 25 de febrero del 2016 en: <http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/2347>.

Es importante retomar las palabras de Parra, para quien: “varios de estos procesos de reforma administrativa tuvieron en cuenta las conclusiones de los estudios e informes efectuados por distintas misiones que visitaron nuestro país tales como las misiones Kemmerer, Currie, Taylor, Musgrave, entre otras”²⁰⁵. Con base en dichos estudios, se realizaron indudables cambios en la administración del Estado a nivel nacional y territorial, pues se favoreció el proceso de descentralización. Igualmente, varias de estas reformas administrativas generaron diversos procesos de reforma administrativa concebidos directamente desde las entidades territoriales.

Sin embargo, fue solo a partir de la expedición de algunas normas posteriores a la Constitución de 1991 que se establecieron aspectos y requisitos más elaborados, los cuales condujeron a reformas administrativas como las que perfilan la injerencia del *soft law* en el derecho administrativo.

Con la Constitución de 1991 se generaron nuevas leyes que adecuan la estructura administrativa a los cambios venideros. Es el caso de la Ley 344 de 1996, por medio de la cual se adoptan medidas tendientes a racionalizar y disminuir el gasto público, garantizar su financiamiento y reasignar recursos hacia sectores deficitarios de la actividad estatal, como condición fundamental para mantener el equilibrio financiero y garantizar el cumplimiento de los principios de economía, eficacia y celeridad en el uso de los recursos públicos.

En este sentido, también resulta pertinente hacer referencia a la Ley 489 de 1998, por la cual se dictan normas sobre la organización y el funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. De igual manera, la Ley 790 del 2002, por la cual se expiden disposiciones para llevar a cabo el programa de renovación de la Administración Pública, es decir, renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional, con la finalidad de garantizar, dentro de un marco de sostenibilidad financiera de la Nación, un adecuado cumplimiento de los fines del Estado, con celeridad e inmediatez en la atención de las necesidades de los ciudadanos, conforme a los principios establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia y desarrollados en la Ley 489 de 1998.

De manera específica, mediante la Ley 489 de 1998, el Estado colombiano dicta normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de

²⁰⁵ PARRA Benítez, Julián David. *Las reformas administrativas de las entidades territoriales: una mirada desde sus limitaciones, controles y riesgos*, Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Maestría en Derecho Administrativo, 2013, p 58. Consultado el 5 de marzo del 2016 en: <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/8340/1020725526-2014.pdf?sequence=1>.

la Constitución Política y se dictan otras disposiciones²⁰⁶; asimismo se contempla (dentro de su capítulo X) la estructura y organización de la Administración Pública, la cual está compuesta por un sector central y un sector periférico.

Al sector central pertenecen: a) la Presidencia de la República; b) la Vicepresidencia de la República; c) los consejos superiores de la Administración; d) los ministerios y departamentos administrativos; e) las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica. Por su parte, al sector periférico por servicios pertenecen: a) los establecimientos públicos; b) las empresas industriales y comerciales del Estado; c) las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica; d) las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios; e) los institutos científicos y tecnológicos; f) las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta; g) las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

De lo anterior destaca en el nivel central, el que los consejos superiores de la Administración se definen como “organismos gubernamentales de carácter asesor, consultivo o coordinador de toda la administración o parte de ella, son supra ministeriales y por ello resultan ubicados en la cúpula de la Rama Ejecutiva del Poder Público, después de la Presidencia de la República”²⁰⁷.

A modo de ejemplo, el DNP es la entidad que estructura y da a conocer los lineamientos estratégicos de las políticas públicas formuladas por el presidente de la República a través de su equipo de gobierno²⁰⁸. En este sentido, se define que constituye la unidad de planificación de Colombia; lidera el proceso de formulación de sus políticas y coordina los resultados y comentarios pertinentes que generan conjuntamente el Consejo Nacional de Planeación, el Conpes y otros actores de la sociedad civil. De igual manera, coordina a todas las entidades y organismos públicos para garantizar el debido cumplimiento y ejecución de las políticas, los programas y los proyectos contenidos en el Plan Nacional de Desarrollo.

Es importante reconstruir el proceso histórico que da fundamento jurídico y político al Conpes en Colombia, el cual se deriva de la reestructuración del Estado colombiano en la última mitad de siglo del XX y principios del nuevo milenio. En este recorrido se puede identificar la naturaleza y las características de este

²⁰⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Ley 489 de 1998 (diciembre 29), por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*, Diario Oficial n° 43.464, 30 de diciembre de 1998. Consultado el 2 de diciembre del 2015 en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=186>.

²⁰⁷ IBÁÑEZ, Jorge. *Las funciones públicas y la estructura del Estado para cumplirlas*. Bogotá: Editorial Justicia y Desarrollo Sostenible, 2006, p. 229.

²⁰⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Ley 1753 del 2015*, cit.

organismo consultivo para el Estado y el PND, así como sus alcances jurídicos e implicaciones para el derecho administrativo en la actualidad.

En primer lugar, es pertinente esclarecer la naturaleza jurídica del Conpes. Los denominados consejos superiores de la Administración tuvieron origen en la Ley 19 de 1958 sobre la reforma administrativa, servicio civil y carrera administrativa, donde aparecieron bajo la denominación de consejos nacionales, con algunas funciones similares a las que hoy tienen los mencionados consejos superiores.

La norma en comento, en el capítulo I, al referirse a los organismos de dirección económica y planeación, crea en el artículo 2° el Consejo Nacional de Política Económica y Planeación (hoy Conpes), disponiendo al respecto lo siguiente:

Artículo 2°. Para coadyuvar el desarrollo del plan contemplado en el artículo anterior, créase un consejo nacional de política económica y planeación que, bajo la personal dirección del presidente de la república, y sin perjuicio de las atribuciones constitucionales del congreso, estudie y proponga la política económica del Estado y coordine sus diferentes aspectos, lo mismo que las actividades de los organismos encargados de adelantarla; vigile la economía nacional y el proceso de su desenvolvimiento; intervenga como superior autoridad técnica en la proyección de los planes generales de desarrollo económico, los parciales referentes a la inversión y al consumo público y las medidas de orientación de las inversiones y el consumo privados; organice el mejor aprovechamiento de la asistencia técnica prestada por los países amigos y las entidades internacionales, y armonice el desarrollo de los planes del sector público con la política presupuestal y de crédito público interno y externo. El consejo nacional de política económica y planeación estará integrado por el presidente de la república y cuatro consejeros, de los cuales dos serán designados por el presidente de la república, uno por el senado y otro por la cámara de representantes. El senado y la cámara harán la elección, escogiendo los consejeros que les corresponde designar de entre los nombres incluidos en las listas que con tal objeto les pasará el gobierno.²⁰⁹

El Conpes fue inicialmente reestructurado mediante el Decreto 627 de 1974 (abril 10)²¹⁰, con vigencia hasta el Decreto 2500 del 2005 (19 de julio)²¹¹, el cual reformuló el artículo 3° del Decreto 627 de 1974, estableciendo que el mencionado consejo se encuentra conformado de la siguiente forma:

²⁰⁹ ALCALDÍA DE BOGOTÁ. *Ley 19 del 18 de noviembre de 1958. Sobre reforma administrativa*, Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, 1958. Consultado el 10 de septiembre del 2015 en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=8271>.

²¹⁰ DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACIÓN Y SERVICIOS TÉCNICOS. *Decreto 627 de 1974 (abril 10) Por el cual se reestructura el Consejo Nacional de Política Económica y Social y el Departamento Nacional de Planeación*. Consultado el 20 de julio del 2015 en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/portaIDNP/CONPES/decreto627de1974.pdf>.

²¹¹ DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN (DNP). *Decreto 2500 (19 julio 2005), por el cual se modifica el artículo 3 del Decreto 627 de 1974*. Consultado el 21 de julio del 2015 en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/portaIDNP/CONPES/decreto2500.pdf>.

1. Por los ministros de Relaciones Exteriores, Hacienda y Crédito Público; Agricultura y Desarrollo Rural; Protección Social; Comercio, Industria y Turismo; Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; Transporte; Cultura; el Director del Departamento Nacional de Planeación; el Gerente del Banco de la República; el Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros; el Director de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia y el Consejero Presidencial para la Equidad de la Mujer, quienes asistirán en calidad de miembros permanentes a las sesiones del Consejo.
2. Por los ministros del despacho y directores de departamentos administrativos no contemplados en el numeral anterior; los directores o gerentes de organismos descentralizados, y los demás funcionarios públicos que por invitación del Presidente de la República, asistan a las deliberaciones en que se traten asuntos de su competencia, como miembros no permanentes del Consejo.
3. Por el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República y el Alto Consejero de la Presidencia de la República o quien haga sus veces, como asistentes permanentes, con derecho a voz.
4. Por el Alcalde o Gobernador de la respectiva entidad territorial, cuando se sometan a consideración del Consejo asuntos que afecten directamente a la correspondiente entidad, en su calidad de invitado, con derecho a voz.²¹²

Esta nueva estructura, expuesta en el Decreto 2500 del 2005, sin embargo no desdibuja lo expuesto en el Decreto 627 de 1974; antes bien actualiza su organización, mas no sus funciones, actividades y fines, ya definidos. De este modo, según el Decreto 627, el Conpes se reunirá de manera ordinaria una vez por semana y extraordinariamente cuando el jefe de Estado lo convoque. Sus operaciones se dan de manera básica, de la siguiente forma: la Secretaría elabora un documento técnico sobre el tema específico y lo somete a consideración de los integrantes del organismo. El texto es expuesto y luego se recomienda lo que se debe hacer, pero la decisión final recae en la figura del presidente de la República.

Cada uno de los funcionarios asistentes, mencionados en el artículo 3º del Decreto número 2500, asume y expone lo que debe hacer la entidad a su cargo, y la Secretaría Jurídica de Palacio coordina la expedición de los decretos y las normas correspondientes. En sentido general, se puede afirmar que de las recomendaciones de este organismo dependen los planes y programas de desarrollo, los planes de inversión pública y los lineamientos del presupuesto general que cada año se presenta al Congreso de la República.

De manera general, la función primaria del Conpes es la de un órgano de consulta, que tiene la potestad de aprobar o negar “el otorgamiento de garantías por parte de la Nación para la contratación de créditos externos, hace seguimiento a los planes sectoriales, regionales y urbanos, señala los criterios para la inversión extranjera, giro de utilidades al exterior por parte de las compañías multinacionales y recomienda cómo se deben redistribuir las utilidades de las empresas

²¹² *Ibíd.*

industriales y comerciales del Estado”²¹³. De igual forma, este organismo tiene la responsabilidad de establecer las bases para la protección de la industria nacional, otorgar certificados de desarrollo turístico y discutir los programas de apoyo y fomento al sector externo del país.

Dado que el Conpes tiene la función de dar consejo a diferentes áreas de interés nacional, el Decreto 627 de 1974 estableció diversas unidades técnicas (artículos 21 a 54) asociadas al DNP, las cuales tienen la función de colaborar en los estudios para la formulación de la política del Gobierno en distintos sectores económicos y sociales²¹⁴, como también en la elaboración de planes indicativos para el sector privado, en coordinación con entidades que promueven estudios para la integración de los programas sectoriales en los programas generales de desarrollo.

Estas unidades técnicas colaboran además “en los estudios de base para la formulación de la política del Gobierno en el campo de la integración económica, tanto a nivel regional como subregional, y evaluar la marcha y resultados de dicha política”²¹⁵, y brindan instrucciones que debe dar el DNP a las entidades públicas sobre la elaboración de programas de desarrollo en los sectores económicos y sociales, pero en correspondencia con las políticas que establece el Conpes.

Derivado de lo anterior, se evidencia que los *consejos nacionales* se convirtieron en los antecedentes de los actuales *consejos superiores* de la Administración, en tanto que “cumplen funciones de recomendación para la elaboración de políticas en un ramo respectivo, además de variadas funciones consultivas como órganos con nivel de planeación dentro de la estructura administrativa”²¹⁶.

Posteriormente, aprobada la Constitución Política de 1991, mediante la Ley 152 de 1994 (julio 15), Orgánica del Plan de Desarrollo, se establecen, como reza el artículo 1º: “los procedimientos y mecanismos para la elaboración, aprobación, ejecución, seguimiento, evaluación y control de los planes de desarrollo, así como la regulación de los demás aspectos contemplados por el artículo 342”²¹⁷, y lo

²¹³ Qué es el Conpes. *eltiempo.com*, 13 de septiembre del 2000. Consultado el 23 de julio del 2015 en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-221821>.

²¹⁴ Las unidades técnicas abarcan temas tan amplios y específicos como los requiere el DNP. Entre estas se encuentran las siguientes: Unidad de Programación Global, Unidad de Desarrollo Regional y Urbano, Unidad de Desarrollo Social, Unidad de Estudios Industriales, Unidad de Estudios Agrarios, Unidad de Infraestructura y Unidad de Inversiones Públicas. Cada una de estas unidades puede convertirse en un área de estudio por parte del Conpes. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACIÓN Y SERVICIOS TÉCNICOS. *Decreto 627 de 1974 (abril 10)*, cit., artículos 21-54.

²¹⁵ DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACIÓN Y SERVICIOS TÉCNICOS. *Decreto 627 de 1974 (abril 10)*, cit., artículo 21.

²¹⁶ YOUNES Medina, Diego F. *Consejos superiores de la administración, neocorporativismo y participación orgánica* (trabajo de grado de Maestría en Derecho Administrativo), Bogotá: Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2010, p. 92. Consultado el: 13 de agosto del 2015 en: <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/2023/80090957.pdf.pdf?sequence=1>, p. 95.

²¹⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Ley 152 de 1994 (julio 15)*, por la cual se establece la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo, Diario Oficial, año CXXX, n° 41450, 19 de julio de 1994, p. 18. Consultado el 3 de agosto del 2015 en: <https://www.dnp.gov.co/CONPES/Paginas/conpes.aspx>.

dispuesto en el artículo 2º, ámbito de aplicación, en donde se establece que “La Ley orgánica del Plan de Desarrollo se aplicará a la Nación, las entidades territoriales y los organismos públicos de todo orden”²¹⁸.

En cuanto a las autoridades e instancias de planeación, la misma Ley 152 de 1994 dispone en el capítulo III las siguientes:

Artículo 8º. Autoridades e instancias nacionales de planeación. Son autoridades nacionales de planeación:

1. El Presidente de la República, quien es el máximo orientador de la planeación nacional.
 2. *El Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes) y el Conpes Social.*
 3. El Departamento Nacional de Planeación, que ejercerá la secretaría del Conpes y así mismo desarrollará las orientaciones de planeación impartidas por el Presidente de la República, y coordinará el trabajo de formulación del plan con los ministerios, departamentos administrativos, entidades territoriales, las regiones administrativas y de planificación.
 4. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que velará por la consistencia de los aspectos presupuestales del plan con las leyes anuales de presupuesto.
 5. Los demás Ministerios y Departamentos Administrativos en su ámbito funcional, conforme a las orientaciones de las autoridades precedentes.
- Son instancias nacionales de planeación: 1. El Congreso de la República.
2. El Consejo Nacional de Planeación.²¹⁹ (La cursiva es mía).

Finalmente, del Congreso de la República emanó la Ley 1753 del 2015 (junio 9), por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”, que introduce modificaciones específicas al Conpes y su capacidad de consejo y asesoramiento. A este respecto, el artículo 164 “conformación y funcionamiento del CONPES”, establece las siguientes modificaciones:

Artículo 164. Conformación y funcionamiento del CONPES

. Unifíquese el CONPES y el CONPES para la Política Social en un solo organismo asesor del Gobierno en todos los aspectos que se relacionen con el desarrollo económico y social del país, en el Consejo de Política Económica y Social (CONPES). El Gobierno nacional fijará las reglas de funcionamiento del CONPES. Serán miembros permanentes del CONPES con voz y con voto, los Ministros de Despacho y los Directores de Departamentos Administrativos que se requieran para su adecuado funcionamiento. A discreción del Gobierno se establecerán los invitados con voz y sin voto.²²⁰

Al conjugar los esfuerzos del Conpes y el Conpes para la Política Social en un único organismo asesor, se centralizan algunas funciones que caben a unas

²¹⁸ *Ibíd.*

²¹⁹ *Ibíd.*

²²⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Ley 1753 del 2015*, cit.

pocas entidades públicas de orden nacional y territorial, como señala el artículo 164. Esto conduce a las siguientes modificaciones en las funciones de dicho ente asesor:

1. Servir de organismo coordinador y señalar las orientaciones generales que deben seguir los distintos organismos especializados de la dirección económica y social del Gobierno.
2. Aprobar los documentos de política económica y social que sirvan de base para la elaboración de los planes y programas de desarrollo.
3. Aprobar el Plan Nacional de Desarrollo conforme a la Constitución y a la Ley 152 de 1994.
4. Aprobar el informe sobre el resultado del total de las evaluaciones del Plan Nacional de Desarrollo con un documento que se constituirá en la base para el diseño del plan de inversiones del próximo año.
5. Estudiar y aprobar los informes periódicos u ocasionales que se presenten a través de su Secretaria Técnica, sobre el desarrollo de los planes, programas y políticas generales, sectoriales y regionales, y recomendar las medidas que deban adoptarse para el cumplimiento de tales planes y programas.
6. Hacer seguimiento al avance, de las metas del Plan Nacional de Desarrollo, para alcanzar plenamente los objetivos de desarrollo sostenible a los que se ha comprometido previamente la Nación, de acuerdo con la información que las entidades territoriales alleguen a los ministerios, entidades competentes y al Departamento Nacional de Planeación, sobre la inclusión en sus Planes de Desarrollo de objetivos, metas y estrategias concretas dirigidas a la consecución de dichas metas.
7. Hacer seguimiento a los compromisos realizados por los ministerios y demás entidades a la luz de las políticas y programas aprobados por el CONPES.
8. Estudiar y definir, sin perjuicio de las competencias del Consejo de Política Fiscal (Confis), los instrumentos de política fiscal (Superávit Primario para Sector Público No Financiero, Plan Financiero, Plan Operativo Anual de inversiones, y Marco de Gasto de Mediano Plazo) según la normatividad vigente.²²¹

Como se puede apreciar, las modificaciones que ofrece la presente ley pueden ser descritas de la siguiente manera, con respecto a las funciones que se habían establecido en el Decreto 195 del 2004: formulación de políticas, coordinación de unidades de política social con la Presidencia de la República, funciones consultivas en materia de asuntos legales y técnicos y funciones de aprobación y autorización, que por mandato legal el Conpes puede “tomar determinadas decisiones que implican su aprobación o autorización para que puedan ser aplicadas por la administración en su conjunto, por sectores administrativos o por las entidades”²²².

²²¹ *Ibíd.*

²²² YOUNES Medina, Diego F. *Consejos superiores de la administración...*, cit., p. 108.

Según lo expuesto, en el derecho administrativo “la Autoridad en una acepción inicial implica necesariamente la radicación de una cierta potestad o facultad en cabeza de un organismo, que debe ser administrativo para ser calificado de tal. La autoridad es necesariamente una facultad o potestad que se ejerce sobre otra u otras personas, lo cual es predicable de los órganos que componen la administración pública, de modo que un órgano puede imponer directrices a la actuación de otro inferior”²²³. Esto sugiere que la modificación del Conpes como propone el citado artículo de la Ley 1753 del 2015, le otorgará a este organismo una función administrativa que puede competir con una autoridad titular con función calificada como administrativa. A este respecto sobresalen las funciones especializadas del Conpes, que el artículo 165 propone en la reforma de este organismo. Esto con el propósito de precisar y determinar sus competencias en algunos procedimientos y eliminar su competencia en otros asuntos:

1. En los procedimientos descritos en los artículos 16.1.2, 16.2, 41, el párrafo 5 del artículo 48 de la Ley 715 de 2001; la definición del factor de ajuste para el cálculo del indicador de dispersión poblacional previsto en el artículo 49, 66 y 79.4 de la Ley 715 de 2001; el artículo 1 de la Ley 139 de 1994, el artículo 2 del Decreto 1824 de 1994, el inciso c) del artículo 5 del Decreto 1824 de 1994 y el párrafo del artículo 21 de la Ley 1286 de 2009, donde el Departamento Nacional de Planeación hará las veces del CONPES, a partir de la entrada en vigencia de esta ley
2. Elimínese la competencia del CONPES descrita en los procedimientos incorporados en los artículos 85 y 87 de la Ley 715 de 2001 y el artículo 3 de la Ley 1253 de 2008.²²⁴

Sobresale en el conjunto de estas reformas, que el DNP hará las veces del Conpes. Así, por ejemplo, con respecto a la función asignada en el párrafo del artículo 21 de la Ley 1286 del 2009 sobre el Conpes, se reasigna al mencionado departamento la función de “[...] anualmente, las entidades, la destinación, mecanismos de transferencia y ejecución y el monto de los recursos en programas estratégicos de ciencia, tecnología e innovación, para la siguiente vigencia fiscal, mediante la expedición de un documento de política, en el cual además, se especificarán las metas e indicadores de resultado sobre los cuales se hará medición del cumplimiento”²²⁵; esto en atención al artículo 165 de la Ley 1753 del 2015.

Hasta este punto se observa una trayectoria ascendente del Conpes dentro de la estructura administrativa del Estado colombiano desde 1958 hasta el 2015. Su consolidación como ente asesor-consultor del Estado colombiano, le otorga

²²³ *Ibíd.*, p. 119.

²²⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Ley 1753 del 2015*, cit.

²²⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Ley 1286 del 2009 (enero 23)*, *Por la cual se modifica la Ley 29 de 1990, se transforma a Colciencias en Departamento Administrativo, se fortalece el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación en Colombia y se dictan otras disposiciones*, artículo 21. Marco de inversión en ciencia, tecnología e innovación. Párrafo. Nota de vigencia, Bogotá, Diario Oficial n° 47.241, 23 de enero del 2009. Consultado el 24 de julio del 2015 en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1286_2009.html.

características de un organismo consultivo o coordinador vinculado a toda la Administración Pública, o al menos a gran parte de ella, lo que conlleva que se trate de una instancia, la cual, derivada de su actual estructura y conformación jurídica, dictamina sobre diversos temas de orden nacional y supranacional, derivados de la inserción del Estado y la sociedad en general en la política y economía global.

Debido a su carácter de agente coordinador, se puede decir que está facultado para concertar políticas, y más importante aún, en dicho organismo concurre el sector privado para la concertación de estas políticas dentro de algún sector de la Administración, con lo que se genera la posibilidad de coordinar y señalar orientaciones generales que deben seguir los distintos organismos especializados de la dirección económica y social del Gobierno, como la aprobación de documentos de política económica y social que sirvan de base para la elaboración de los planes y programas de desarrollo.

No obstante, antes de avanzar hacia la demostración del tema propuesto, es necesario identificar y caracterizar los documentos que genera el Conpes, es decir, identificar y describir las características técnicas y administrativas de dichos documentos y cómo están estructurados. Reconocer estos aspectos permitirá posteriormente establecer si los documentos Conpes son una manifestación del *soft law* en el derecho administrativo colombiano.

3.2. Características de los documentos generados por el Conpes

De conformidad con la guía técnica para la elaboración de los documentos Conpes²²⁶, previamente al proceso de formulación de la política se deben considerar las instancias que tomarán parte en su desarrollo (véase figura 1), pues los documentos Conpes son creados con el fin de atender problemáticas de orden transversal, proponiendo soluciones en las que participan varios sectores y actores (públicos y privados). De esta manera, es fundamental la identificación de aquellos que identificarán los problemas, definirán los objetivos y concretarán la ejecución de las estrategias contempladas en el plan de acción acordado.

Por definición, los documentos Conpes “materializan las decisiones de política pública aprobadas por el CONPES”²²⁷; por lo tanto, son una de las herramientas principales para su formulación e implementación. Dichos documentos son “el resultado de un trabajo coordinado y concertado entre diferentes entidades e instituciones del Gobierno Nacional, donde se establecen acciones específicas para alcanzar los objetivos propuestos, más allá de las acciones misionales”²²⁸.

²²⁶ DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN (DNP). *Guía metodológica para la elaboración de documentos Conpes*, Bogotá: DNP, 2015. Consultado el 30 de julio del 2015 en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/DNP/EC-G01%20Gu%C3%ADa%20elaboraci%C3%B3n%20y%20seguimiento%20Doc%20Conpes.Pu.pdf>.

²²⁷ *Ibíd.*, p. 7

²²⁸ *Ibíd.*

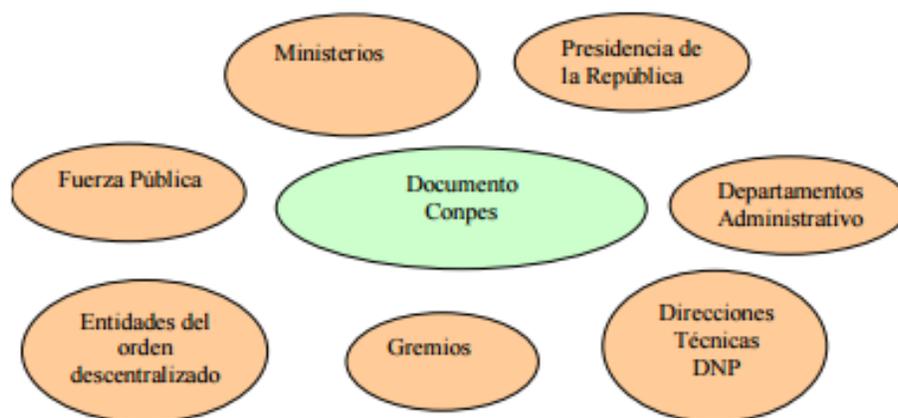


Figura 2. Identificación de involucrados

Fuente: DNP²²⁹.

El DNP, al ser el máximo órgano al que se someten los Conpes, es el encargado de liderar su elaboración y seguimiento, como el de presentarlos al Consejo para su aprobación (véase figura 2). De conformidad con el Sistema General de Calidad (SGC) del DNP, la figura central en la elaboración y seguimiento de los documentos Conpes es el subdirector sectorial. Proceso que a su vez es liderado por el coordinador del grupo Conpes que articula una o varias direcciones técnicas del DNP y entidades del Gobierno Nacional.

Sumado a lo anterior, se encuentran la Subdirección Territorial y la Subdirección de Inversión Pública, vinculadas con la función de participar en el desarrollo y elaboración de dichos documentos, especialmente aquellos relacionados con temas de desarrollo local y regional. En general, cuando un miembro del Conpes identifica un problema o necesidad que requiera ser atendida mediante un documento Conpes, se deben seguir las indicaciones que se señalan en la figura 2⁽²³⁰⁾.

Una vez presentado el documento Conpes, este debe contar con un plan de acción y seguimiento (PAS), el cual debe presentar las acciones que están contempladas dentro del documento Conpes de política. El PAS debe ser diligenciado según normas específicas que presenta la guía del DNP para el 2015, y su construcción debe ser apoyada por la Dirección de Seguimiento y Evaluación de Políticas Públicas (DSEPP) del DNP.

²²⁹ *Ibíd.*

²³⁰ *Ibíd.*, p. 11.

Tan pronto el coordinador del grupo Conpes defina que el documento se encuentra listo para ser presentado, se sesiona una reunión de preConpes en donde se presenta el documento al subdirector territorial para recibir sus comentarios y visto bueno. Una vez el documento sea programado, puede ser cancelado o suspendido en cualquiera de sus etapas de revisión, incluso cuando ya haya sido aprobado²³¹.

1. Viabilidad de elaboración	2. Documento borrador	3. Documento para discusión	4. Documento para aprobación
<ul style="list-style-type: none"> • Evaluar y aprobar la viabilidad de elaboración de documento CONPES. 	<ul style="list-style-type: none"> • Elaborar documento borrador y diligenciar Hoja de vida (sección A) • Revisar y aprobar: Hoja de vida, documento borrador y Plan de Acción y Seguimiento (PAS). • Solicitar la consistencia jurídica y financiera. • Revisar la consistencia jurídica y financiera. 	<ul style="list-style-type: none"> • Ajustar y enviar el documento borrador, lista de invitados y presentación. • Preparar, convocar y realizar la sesión PreCONPES. • Ajustar el documento según acuerdos sesión PreCONPES. 	<ul style="list-style-type: none"> • Preparar la sesión CONPES y aprobar el documento CONPES. • Numerar y publicar el documento CONPES aprobado.

Figura 3. Proceso de elaboración de los documentos Conpes

Fuente: Grupo Conpes, 2015.

En atención a lo expuesto por el DNP²³², solo este es la instancia competente para presentar documentos Conpes al Consejo Nacional de Política Económica y Social, ya que “solamente esta entidad tiene potestad para elaborar los Documentos en cuestión”. Así pues, las iniciativas de formulación de política provenientes de las entidades públicas del orden central y descentralizado que se pretendan poner a consideración del Conpes, requieren ser presentadas con la debida justificación técnica, científica y jurídica, así como coherencia con el Plan Nacional de Desarrollo y pertinencia para ser llevadas a la instancia del Consejo Nacional de Política Económica y Social. De este modo, el documento puede contar con el aval de la Dirección Técnica del DNP competente, a efectos de que pueda darse inicio al proceso técnico de formulación del documento de política.

Cumplido este punto, es decir, posteriormente a que el documento sea aprobado por el Conpes y se incluyan las modificaciones pertinentes, el coordinador del documento Conpes lo envía a la Subdirección General para la asignación del

²³¹ *Ibíd.*, p. 15.

²³² *Ibíd.*

número que lo identificará dentro del consecutivo total de documentos aprobados por el Consejo (ver anexo 1. Histórico del Conpes social en Colombia). Un asesor de la Subdirección General tiene la responsabilidad de numerar el documento. La actividad final del Conpes es la publicación del documento en el sitio web del DNP (sea el Conpes social y/o económico). En este caso, es el organismo encargado de comunicaciones o prensa, y es responsabilidad de su coordinador, la divulgación del documento Conpes.

Cuando el documento se encuentra listo, se considera responsabilidad del director técnico²³³, de acuerdo con la dirección responsable, construir de manera formal el borrador del documentos Conpes y enviarlo a las instancias competentes para la posterior concertación del documento con los titulares de los ministerios y entidades involucradas, de manera que se garantice un tiempo para realizar revisiones y ajustes finales de su contenido.

En el proceso, se asume que el director técnico es el responsable de determinar la viabilidad técnica del borrador final del documento Conpes. La Dirección de Inversiones y Finanzas Públicas (DIFP) del DNP es la responsable de determinar la viabilidad presupuestal del documento, y la Oficina Asesora Jurídica (OJ) del DNP tiene a su cargo verificar que no exista ninguna incompatibilidad del documento con la normatividad vigente y que cuente con pleno sustento legal.

Desde una perspectiva reflexiva, Garay sostiene que si bien existe un trasfondo modernizador que le permite al Gobierno Nacional poner en marcha políticas públicas través de los documentos Conpes, la fase específica de su definición hace necesario que se expliciten de manera clara sus objetivos con respecto a los responsables y los problemas que intenta resolver dicho documento, esto es, que cada texto cuente con “su debida sustentación teórica, una asignación precisa de responsabilidades entre la(s) entidad(es) encargada(s) de la aplicación de la política y una determinación de la población objetivo para una efectiva asignación de recursos”²³⁴.

A este respecto, se puede considerar que el instrumento del Conpes sirve para responder a los requerimientos de esta etapa de planeación de la política; no obstante, “la gran debilidad del mecanismo radica en que con frecuencia las decisiones no se ejecutan a cabalidad. Como lo señalan diferentes analistas, ello se debe, al menos en parte, a la gran rotación de los funcionarios de alto nivel, que favorece que las determinaciones del gobierno sean burladas por la

²³³ De acuerdo con el DNP, son direcciones técnicas responsables de los documentos, las siguientes: Dirección de Desarrollo Empresarial, Dirección de Desarrollo Rural Sostenible, Dirección de Desarrollo Social, Dirección de Desarrollo Territorial Sostenible, Dirección de Desarrollo Urbano y Política Ambiental, Dirección de Estudios Económicos, Dirección de Evaluación de Políticas Públicas, Dirección de Infraestructura y Energía, Dirección de Inversiones y Finanzas Públicas. *Ibíd.*, p. 62.

²³⁴ GARAY S., Luis Jorge. *Colombia: estructura industrial e internacionalización 1967-1996*. En: Biblioteca Virtual Luis Ángel Arango. Consultado el 1º de agosto del 2015 en: <http://www.banrepcultural.org/blaaavirtual/economia/industrialatina/041.htm>.

burocracia”²³⁵, a lo que se suma que existen otras fallas en la capacidad de los Conpes para cumplir con los objetivos de política pública, las cuales radican en la insuficiencia de “mecanismos y procedimientos para la evaluación y seguimiento del cumplimiento de las decisiones tomadas por el Conpes y la falta de una verdadera institucionalidad de la rendición pública de cuentas (*accountability*) y de la gestión pública por parte de las entidades responsables”²³⁶.

Así pues, pese a que el DNP ha diseñado sistemas de seguimiento y evaluación del cumplimiento de los documentos Conpes (Conpes 3294)²³⁷, es evidente la falta de programas adecuados de seguimiento y evaluación de las políticas expuestas en dichos documentos, que garanticen la eficiencia y efectividad de la ejecución de sus estrategias propuestas, de suerte que en todas sus etapas de formulación y diseño las políticas establecidas por el Conpes logren contar con la auditoría de una entidad, tanto interna como externa, que valore el seguimiento de los lineamientos y objetivos trazados.

En procura de generar un proceso de seguimiento y evaluación de las políticas diseñadas en los documentos Conpes, de manera que se tomen mejores acciones públicas, el Conpes 3294 ha establecido “lineamientos conceptuales, metodológicos e instrumentales uniformes” y competencias para que las entidades administrativas del Estado consoliden una función evaluativa, de manera que se cumplan los objetivos de las políticas sociales en todo el territorio nacional.

Sin embargo, este tipo de instrumentos enfrentan una serie de dificultades estructurales propias del aparato administrativo colombiano, es decir, pese a la claridad conceptual sobre la evaluación, plasmada en el Conpes 3294, de los lineamientos de política contenidos en los documentos Conpes, “ni la sociedad ni el gobierno tienen certeza de haber logrado una mejor utilización de los recursos públicos. Aún no ha habido oportunidad de conocer evaluaciones de ejecución de planes de desarrollo que establezcan al término de un período de gobierno nacional o local el nivel de impacto de sus ejecuciones en la población”²³⁸.

Lo anterior evidencia una grave situación, que no solo afecta la aplicación efectiva de las políticas trazadas en los Conpes, sino que además pone en evidencia las debilidades sociales y políticas en la ejecución de dichos instrumentos, a nivel tanto del manejo de los recursos públicos como de la evaluación de planes de

²³⁵ *Ibíd.*

²³⁶ *Ibíd.*

²³⁷ Véase CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL (CONPES). *Documento Conpes 3294. Renovación de la administración pública: gestión por resultados y reforma del sistema nacional de evaluación*, Bogotá: Presidencia de la República, Alta Consejería Presidencial, Ministerio de Hacienda, DGPN, DNP, 2004. Consultado el 13 de diciembre del 2015 en: www.mincit.gov.co/descargar.php?id=62564.

²³⁸ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Contraloría Delegada para el Sector Gestión Pública e Instituciones Financieras, Dirección de Estudios Sectoriales. *Política de evaluación de resultados*, 2006. Consultado el 23 de febrero del 2016 en: <http://www.contraloriagen.gov.co/documents/10136/16364888/Pol%C3%ADtica+de+evaluaci%C3%B3n+de+resultados.pdf/1be80ceb-eb31-41cc-8029-8bd6337b87d5>.

desarrollo, sin que se llegue a conocer sus resultados efectivos o el costo real de los beneficios conseguidos para los ciudadanos, ni poder optimizar las asignaciones presupuestales²³⁹.

En consecuencia, las debilidades propias en el proceso de seguimiento, control y evaluación de las políticas diseñadas en los documentos Conpes, le impiden al Gobierno y a la sociedad conocer si sus políticas están bien diseñadas, o si corrigen o aprovechan variables que se pretendía afectar. Tampoco se logra saber si con la instrucción de estos instrumentos en el orden público se optimizan los actos administrativos o la ejecución de las leyes, a lo que se suma que la falta de un programa efectivo de evaluación de los Conpes impide observar la adecuada relación costo-beneficio, entre otros aspectos.

Para algunos analistas, como Gabriel Muriel, lo expuesto se infiere de la adopción de “erradas prácticas de gestión pública que se enfatizan en los recursos gastados, independientemente de los resultados, o se concentran en logros parciales de un indicador, pero cuya interpretación aislada de efectos complementarios genera una evaluación parcial peligrosa para los objetivos integrales de un gobierno”²⁴⁰. Este fenómeno disminuye la efectividad de la estructura jurídica de la Administración Pública colombiana en el cumplimiento de políticas sociales y económicas.

3.3. ¿Son los documentos Conpes expresión del *soft law* en el derecho administrativo colombiano?

Con base en la reforma al Conpes, expuesta en la Ley 1753 del 2015 (junio 9), se resalta que una de las consecuencias de equiparar la autoridad del Conpes al DNP, y viceversa, es la de descongestionar y generar una capacidad de visión más amplia y de ejecución pronta y efectiva en la solución de los problemas que tengan que resolver.

Así pues, parece razonable afirmar que los documentos Conpes creados en la actualidad por el DNP son el resultado de una forma de gestión del Estado, a través de entes e instituciones participantes de consultoría y asesoría al sector central de la Administración, y que permiten identificar de manera técnica, científica y social, problemas que no pueden ser identificados y resueltos exclusivamente por los ministerios y departamentos administrativos.

Lo expuesto plantea un situación que amerita reflexión por parte del derecho administrativo colombiano, sobre los alcances que tienen los documentos Conpes para considerarse instrumentos de un organismo consultivo y asesor con características de *soft law*, que debido a ello pueden convertirse en instrumentos de orden administrativo y por tanto confrontar la validez de las fuentes

²³⁹ *Ibíd.*, p. 9.

²⁴⁰ *Ibíd.*, p. 11.

tradicionales del derecho administrativo o *hard law*, lo que sugiere la inserción del derecho suave dentro de la estructura administrativa del Estado colombiano.

Teniendo en cuenta su definición, estos documentos serían de naturaleza coordinadora o consultiva, pues no responden a una relación de jerarquía de fuentes del derecho administrativo, por lo que en principio no socavan ni rempazan la autoridad de las leyes ni la de la Constitución. Su función se concentra en buscar un tipo de “administración” horizontal que sirva de base para la formulación de políticas públicas y la atención de necesidades de orden social, económico y ciudadano, como también ser útiles para atender requerimientos del contexto internacional e interinstitucional. Mediante su ejercicio de formulación, se esperaría que exista una coordinación entre el sector privado y el sector público que armonice las políticas existentes de determinados sectores económicos.

Desde otra perspectiva, nos podemos ir dando cuenta que los documentos Conpes son herramientas diseñadas básicamente para sincronizar e integrar determinados tipos de políticas económicas y sociales, sin deteriorar ni afectar el orden jurídico vigente. Visto de esta manera, podemos ir columbrando la identidad de materia entre *soft law* y los documentos Conpes.

De igual forma, su inserción puede explicar las actuales relaciones entre los representantes del sector privado y los órganos de la Administración, en las cuales se concertaría de manera prioritaria la viabilidad y eficacia de ciertas políticas importantes en materia primordialmente económica y de desarrollo social.

De manera concreta, al afirmar que los documentos Conpes son una expresión del *soft law* en el derecho administrativo, se debería examinar finalmente si estos documentos producen efectos jurídicos controlados por la misma ley, o si por el contrario requieren algún tipo de control administrativo debido a que son netamente consultivos; incluso, más allá del control político que eventualmente tuvieran, cabría preguntar quién o qué organismo estaría en la potestad de dictaminar los límites y alcances de los documentos Conpes en el sistema de derecho administrativo colombiano.

De acuerdo con los argumentos expuestos hasta este punto, se puede inferir que el Conpes se concibe como un ente asesor del gobierno, pues define los lineamientos generales que se deben dar al manejo económico del país y su desarrollo social. No obstante, no es un organismo de carácter sectorial como sucede con otras dependencias del Estado, e incluso su presencia es considerada como la de un ministerio que actúa de manera sugerente, pero no obligante.

De acuerdo con Younes Medina²⁴¹, la definición legal de dichos consejos se limita al ámbito decisorio o simplemente consultivo, con la consecuencia jurídica que ello conlleva; sin embargo, desde su creación (Ley 19 de 1958) hasta la regulación

²⁴¹ YOUNES Medina, Diego F. *Consejos superiores de la administración...*, cit., p. 90.

actual, se advierte la presencia de particulares o del sector privado como concreción de agentes que participan de funciones públicas, pero no decisorias²⁴².

Este mismo marco de competencias establecidas por la ley, paradójicamente le permite al Conpes intervenir en diversos ámbitos en donde se asume la competencia exclusiva de la Administración Pública, lo que significa que dicho organismo toma decisiones que implican su aprobación o autorización para que puedan ser aplicadas por vía administrativa en ámbitos sociales y económicos diversos, abarcando materias de orden económico y hacienda pública, incluso en temas de gran impacto social como la educación, la salud, la ciencia y las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), lo que le ofrece a dichos documentos un significativo poder de intervención social, tanto para fijar políticas públicas como para definir funciones que trascienden a ámbitos más allá de aconsejar al Estado, tales como: incidir en materia tributaria, transporte, Plan Colombia, riesgos contractuales del Estado, concesiones, política oceánica, servicios públicos, avalúo catastral y reforma agraria en general²⁴³.

El Estado abarca muchas y variadas funciones, lo cual hace que el Conpes no sea exclusivamente un organismo consultivo y asesor para el Estado, pues la modificación de sus funciones, tal como se encuentra en la Ley 1753 del 2015, le permite adquirir connotaciones de autoridad. Dentro del marco tradicional de fuentes de derecho administrativo, esto tiene una calificación diferente de las de asesoría y consulta, lo cual se hace visible en las obligaciones que adquiere el Conpes, según el mencionado artículo 164 de la citada ley, en donde se sostiene que son objetivos del Conpes:

3. Aprobar el Plan Nacional de Desarrollo conforme a la Constitución y a la Ley 152 de 1994. 4. Aprobar el informe sobre el resultado del total de las evaluaciones del Plan Nacional de Desarrollo con un documento que se constituirá en la base para el diseño del plan de inversiones del próximo año. 5. Estudiar y aprobar los informes periódicos u ocasionales que se le presenten a través de su Secretaria Técnica, sobre el desarrollo de los planes, programas y políticas generales, sectoriales y regionales, y recomendar las medidas que deban adoptarse para el cumplimiento de tales planes y programas. 6. Hacer seguimiento al avance de las metas del Plan Nacional de Desarrollo, para alcanzar plenamente los objetivos del milenio a las que se ha comprometido previamente la Nación, de acuerdo con la información que las entidades territoriales alleguen a los ministerios, entidades competentes y al Departamento Nacional de Planeación, sobre la inclusión en sus Planes de Desarrollo de objetivos, metas y estrategias concretas dirigidas a la consecución de dichas metas. 7. Hacer seguimiento a los compromisos realizados por los ministerios y demás entidades a la luz de las políticas y programas aprobados por el CONPES.²⁴⁴

²⁴² CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Ley 1753 del 2015*, cit.

²⁴³ DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. *Guía metodológica...*, cit.

²⁴⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Ley 1753 del 2015*, cit.

Según lo expuesto, el Conpes y sus documentos han adquirido un nuevo nivel de responsabilidad administrativa que tiene respaldo jurídico y que lo faculta como un derecho blando (*soft law*) dentro del sistema derecho administrativo actual. Es el caso, por ejemplo, del documento Conpes 3582, que establece la Política Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (CTel) como estrategia administrativa del ente público para “focalizar la acción del Estado en el desarrollo de sectores estratégicos en el largo plazo, que se caractericen por la producción de bienes y servicios de alto contenido científico y tecnológico, y por ende, de alto valor agregado”²⁴⁵.

Dicha estrategia no se define solamente como resultado de un análisis del sector científico y tecnológico nacional, sino que comprende también la adopción de una serie de instrumentos que tiene como punto de anclaje la aprobación de la Ley 1286 del 2009. En esta se constituye el Fondo Francisco José de Caldas para la financiación de las actividades de ciencia, tecnología e innovación (ACTI) y se convierte a Colciencias en departamento administrativo. Con la ejecución de dichas estrategias se pretende un cambio en el proceso de desarrollo socioeconómico del país, pero también se establece un nuevo paradigma jurídico que redefine las acciones de las entidades públicas, como en la ejecución de política y recursos.

Una situación similar y que permite entender que los documentos Conpes se insertan en el derecho administrativo como instrumentos de *soft law*, es la relacionada con la renovación de la Administración Pública, con el propósito de recuperar la legitimidad del Estado para ejercer su liderazgo, “requerido con miras a que la sociedad colombiana pueda alcanzar las metas previstas en la Constitución Nacional y que justifican su existencia”²⁴⁶.

Esta es la razón por la cual la renovación de la Administración Pública se asume no como simple proceso de reestructuración organizacional que conduce a la reducción de costos de operación y mejorar la eficiencia de algunas entidades, sino más bien como un replanteamiento del aparato estatal dirigido a “la materialización de una nueva concepción del Estado: el Estado Comunitario”²⁴⁷. Tal meta se encuentra expresada en los lineamientos conceptuales y diagnósticos recogidos en el Conpes 3248 del 2003, el cual plantea “los lineamientos generales, el alcance y los mecanismos de evaluación del Programa de Renovación de la Administración Pública (PRAP), en desarrollo de la directiva presidencial n° 10 del 2002.

²⁴⁵ CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL (CONPES). *Documento Conpes 3582, Política Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación*, Bogotá: Colciencias, Departamento Nacional de Planeación - Dirección de Desarrollo Empresarial, 27 de abril del 2009. Consultado el 4 de enero del 2016 en: http://www.uelbosque.edu.co/sites/default/files/pdf/investigaciones/documento_compes_ciencia_tecnologia_3582.pdf.

²⁴⁶ PARRA Benítez, Julián David. *Las reformas administrativas...*, cit., p. 68.

²⁴⁷ *Ibíd.*

Dicho programa busca adecuar la Administración Pública a los requerimientos de un Estado comunitario²⁴⁸, racionalizando funciones, redimensionando el tamaño de las estructuras administrativas y fortaleciendo su capacidad para cumplir con sus objetivos esenciales²⁴⁹. Esto en el fondo supone una respuesta a la visión fragmentada de que el Estado establece límites y oposición entre gobierno, comunidad y mercado, lo que en la práctica administrativa lleva a una adecuada complementariedad entre dichas esferas, permitiendo el mejor desarrollo de las funciones básicas del Estado y que cada una de ellas cumpla un papel irremplazable en el funcionamiento de una sociedad moderna.

De acuerdo con esta reforma que propone el Conpes 3248 del 2003, el Estado comunitario es un modelo de administración pública que reivindica la ciudadanía como protagonista de la evolución de la sociedad colombiana en el contexto global internacional; por lo tanto, es el ciudadano el actor clave en la construcción, gestión y control de lo público. En consecuencia, dichas reformas promueven construir y multiplicar los espacios públicos, procurando la gestión de “procesos abiertos de participación que fomenten una reflexión y una deliberación colectiva, para la realización de los intereses comunes”²⁵⁰.

De esta manera, “el ciudadano participa en el establecimiento de metas de interés público, a partir de múltiples foros de consulta, tales como el Referendo, el Consejo Nacional de Planeación, los consejos comunitarios, las audiencias públicas de asignación de los recursos de inversión, entre otros”²⁵¹.

En complemento, y a manera de ejemplo de lo expuesto, con la expedición del documento Conpes 3654 del 2010, “Política de Rendición de Cuentas de la Rama Ejecutiva a los Ciudadanos”²⁵², se planteó la rendición de cuentas como:

[...] una herramienta de control social con tres objetivos específicos: (i) mejorar los atributos de la información que se entrega a los ciudadanos, (ii) fomentar el diálogo y la retroalimentación entre la administración y los ciudadanos y (iii) generar incentivos para que los ciudadanos pidan cuentas y las entidades rindan cuentas. En este orden de ideas, es posible identificar que en el marco de las veedurías ciudadanas, de la rendición de

²⁴⁸ Se entiende por Estado comunitario lo siguiente, expuesto en el documento Conpes 3248 del 2003: “El Estado Comunitario es un Estado formado, organizado y administrado en función del servicio al ciudadano, en cuya concepción, ejecución y control participa activamente la comunidad”. CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL (CONPES). *Documento Conpes 3248, renovación de la administración pública*, Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, 20 de octubre del 2003. Consultado el 23 de marzo del 2016 en: http://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3499_documento.pdf.

²⁴⁹ *Ibíd.*

²⁵⁰ *Ibíd.*

²⁵¹ *Ibíd.*

²⁵² CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL (CONPES). *Documentos Conpes 3654. Política de rendición de cuentas de la rama ejecutiva a los ciudadanos*, Bogotá: DNP - DEPP, DDTS, DJSG, Departamento Administrativo de la Función Pública, Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha Contra la Corrupción, 12 de abril del 2010. Consultado el 18 de marzo del 2016 en: http://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3651_documento.pdf.

cuentas y de los instrumentos de participación popular como la revocatoria del mandato, existen otros mecanismos que les permiten a los ciudadanos controlar los procesos de reforma administrativa cuando identifiquen que estos no se ajustan a los límites legales y constitucionales previamente identificados.²⁵³

La rendición de cuentas es un medio jurídico y administrativo que compromete al estado con la ciudadanía, la comunidad internacional, el sector económico y demás organizaciones civiles. Es considerada una necesidad “[...] de mejorar la transparencia del sector público colombiano y fortalecer la generación de información, los controles sobre el desempeño y la gestión de las entidades públicas, la responsabilidad de las autoridades públicas por la gestión realizada ante los ciudadanos y la petición de cuentas en ejercicio del control social”²⁵⁴. El objetivo general es que con un mejor sistema de rendición de cuentas en las entidades públicas de la rama ejecutiva nacional y territorial, se permita ofrecer a la ciudadanía mejores y más claras explicaciones sobre el actuar del sector público.

En general, estas reformas de la Administración Pública son el resultado directo de una inserción de normas blandas que impulsan al Estado colombiano a la adopción de modelos y procedimientos de gestión que lo convierten en un Estado comunitario, generando integración con la sociedad civil mediante la delegación o la externalización de funciones y de servicios, teniendo en cuenta los principios de especialidad, complementariedad, solidaridad y subsidiaridad²⁵⁵.

En el anexo A se presenta una muestra de documentos Conpes, destacando los temas abordados en este trabajo, con el fin de evidenciar cómo inciden en la construcción de reformas legales, soportan la expedición de decretos y generan política pública, entre otros efectos tipo *soft law* que inciden en el diseño de estrategias administrativas locales, regionales y nacionales, así como en la toma de decisiones institucionales. De este modo, se renuevan en muchos casos los lenguajes y las interpretaciones de los hechos considerados. De igual manera, la muestra documental permite visualizar el carácter vinculante o no vinculante de los Conpes.

Los documentos Conpes sociales y económicos del anexo A (22 en total), que corresponden al periodo entre el segundo semestre del 2013 y finales del 2015, representan una muestra de los recientes efectos de la transformación del Estado colombiano en materia de planeación de diversos asuntos de índole pública y socioeconómica y que en su conjunto representan, en su carácter de *soft law*, herramientas de mejora normativa. El objeto de los documentos Conpes es diverso, pero sus recomendaciones y el nivel de intervención que poseen en las entidades públicas permiten inferir un carácter no vinculante que afecta al derecho

²⁵³ PARRA Benítez, Julián David. *Las reformas administrativas...*, cit. p. 165.

²⁵⁴ CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL (CONPES). *Documentos Conpes 3654*, cit.

²⁵⁵ *Ibíd.*

administrativo; es decir, convierten sus solicitudes y recomendaciones en efectos legales, con lo cual generan políticas y se vuelven soporte de la expedición de actos administrativos en los diversos ámbitos en los que tiene responsabilidad el Estado.

A este respecto, se evidencia que los documentos Conpes mencionados (véase Anexo A) tienen la función de ratificar o aprobar diferentes acciones que afectan a las administraciones territoriales y a la administración nacional, tales como: aprobar modificaciones a proyectos previamente expuestos y en ejecución (Conpes 3794 del 2013 y 3820 del 2014); aprobar gastos de presupuesto y créditos favorables a la Nación; aprobar el Plan Operativo de Inversiones, así como la realización de ajustes presupuestales a nivel territorial y sectorial (Conpes 162 del 2013, 163 del 2013, 170 del 2014, 175 del 2014, 176 del 2014, 3825 del 2014, 3814 del 2015, 3813 del 2015 y 3809 del 2014).

Asimismo, la adecuada y oportuna implementación de lineamientos en dichas instancias; aprobar correctivos para la prestación de servicios públicos — educativos, juventudes, Sistema General de Participaciones, etc.— (Conpes 173 del 2014, 174 del 2014, 176 del 2014, 181 del 2015); aprobar políticas nacionales (Conpes 3819 del 2014, 179 del 2015, 181 del 2015 y 3852 del 2015); aprobar lineamientos de política para contrataciones con la Nación y priorizar proyectos de inversión y desarrollo —escenarios deportivos, proyectos estratégicos como televisión nacional, sistema integrado de transporte masivo, etc.— (Conpes 3812 del 2014, 3819 del 2014, 3815 del 2014 y 3820 del 2014).

La función de aprobar está a cargo de los diferentes ministerios y departamentos públicos, como los ministerios de Hacienda y Crédito Público, Transporte, Educación, Salud y Protección Social, Agricultura y Desarrollo Rural, Trabajo, Comercio, Industria y Turismo, Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y departamentos como el Departamento Nacional de Planeación, el Departamento para la Prosperidad Social (DPS), así como diversas entidades (Alta Consejería para Programas Especiales, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), Coldeportes e Instituto Geográfico Agustín Codazzi, entre otros).

En Colombia la producción de normas se ciñe a un proceso a través del cual el Gobierno Nacional establece reglas de juego, mediante instrumentos jurídicos que afectan tanto la esfera social como la económica. El sentido de una regulación de estos aspectos se deriva directamente de leyes primarias y secundarias que son potestad de la rama legislativa. Sin embargo, cuando atendemos al carácter de aprobación y recomendación que ofrecen los documentos Conpes, estos poseen un carácter regulador para la Administración Pública, es decir, que “en desarrollo de un mandato constitucional no requiere de su desarrollo a través de una ley,

sino que se materializa en actos administrativos expedidos por distintas autoridades”²⁵⁶.

Eso significa que la aprobación de recursos, políticas y proyectos, nacionales y territoriales, cumple la función de *mejora normativa*, lo que implica un cambio en la manera como el Estado se relaciona con la norma. Desde el punto de vista de lo que representan los documentos Conpes, ello quiere decir que el análisis de situaciones socioeconómicas y las recomendaciones que ofrecen dichos documentos permiten elaborar, evaluar y revisar normas con el fin de garantizar que “[...] los beneficios económicos, sociales y medioambientales justifiquen los costos, se consideren los efectos distributivos y se maximicen los beneficios netos”²⁵⁷.

El alcance de dichos documentos comprende los instrumentos normativos expedidos por la rama ejecutiva del orden nacional, para lo cual es necesario definir estándares y herramientas que permitan asegurar su calidad. Con respecto a este último aspecto, se observa que un 90% de los documentos Conpes mencionados conduce a la revisión, actualización y seguimiento de decretos, con el fin de proteger el ordenamiento jurídico y seguir la técnica normativa, pero generando recomendaciones de análisis de impacto sobre las normas existentes.

Ejemplo de lo anterior es el documento Conpes 162 del 2013, en donde se exige la aplicación de medidas preventivas y correctivas al seguimiento y control de los recursos del Sistema General de Participaciones, de conformidad con el Decreto 028 del 2008. También ilustra lo enunciado en los párrafos precedentes el Conpes 170 del 2014, en el que se aprueba la distribución territorial y sectorial del Sistema General de Participaciones, pero mediante auditorias que se realicen de acuerdo con lo expuesto por el artículo 96 de la Ley 715 del 2001.

Este carácter no vinculante, pero que ofrece correcciones de mejora, se observa en el documento Conpes 174 del 2014, mediante el cual se expide el acto administrativo que adopta la medida correctiva de asunción temporal de la competencia de la prestación del servicio educativo en los niveles preescolar, básica y media en el departamento del Chocó, en atención a lo que expresa el artículo 14 del Decreto Ley 028 del 2008.

²⁵⁶ IBÁÑEZ Najar, J. E. (2003). Alcance y límites de las potestades reguladora y reglamentaria. *Universitas*, 9-93. Citado por: CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL (CONPES). *Documento Conpes 3816 del 2014. Mejora normativa: análisis de impacto*, Bogotá, 2 de octubre 2 del 2014. Consultado el 5 de mayo del 2016 en: <https://www.minminas.gov.co/documents/10180/19764302/CONPES3816.pdf/5e09cddf-ad94-4b3f-9255-9548aab35a61>.

²⁵⁷ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE). *Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria*, París: OCDE, 2012. Citado por: CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL (CONPES). *Documento Conpes 3816 del 2014*, cit.

El condicionamiento que proviene de los documentos Conpes y que reclama el estricto cumplimiento de decretos y otras normatividades ya existentes, muestra que en Colombia falta una directriz administrativa e institucional con base en herramientas orientadoras, lo que puede incidir en una baja eficiencia económica y social en la producción normativa. A este respecto, como lo indica el documento Conpes 3816 del 2014, en el país:

[...] algunas normas no resultan lo suficientemente claras ni para los ciudadanos ni para las mismas autoridades, tanto desde el punto de vista sustancial como por el lenguaje utilizado. Se encuentran casos en los cuales, por su alto nivel técnico implican un grado de complejidad en su construcción, interpretación e implementación. Incluso existen situaciones en la cuales la ambigüedad de la norma permite una interpretación positiva acerca de la ejecución de actividades que se encuentran prohibidas en la normatividad.²⁵⁸

Con respecto a la expedición de normas, documentos Conpes como los citados en el anexo en mención, pese a ser mal considerados manifestaciones informales de la administración sin efecto obligatorio, en la administración estatal han adquirido carácter de obligatoriedad, declaración, recomendación e indicación, lo cual es muestra de la evolución del derecho administrativo.

Para autores como Sánchez Pérez²⁵⁹, el derecho administrativo se encuentra atrapado dentro de los cánones normativos tradicionales, es decir, se aferra a actos unilaterales que arrojan poca luz sobre la utilidad de las leyes dentro del Estado de derecho. Esto significa que la inserción del *soft law* a través de los documentos Conpes, favorece el desarrollo y la ejecución de la función administrativa, mediante acciones administrativas informales que se están transformando en fuente formal del derecho, lo cual conlleva una falta de sometimiento de la Administración Pública al principio de legalidad. Incluso, los documentos Conpes se aproximan, de manera lenta y discreta, al *hard law*, de modo que buscan el reconocimiento de estatus de fuente del derecho.

Lo anterior se evidencia en las recomendaciones que se exponen en los documentos Conpes citados en el anexo A, en donde se solicita a los ministerios y departamentos nacionales priorizar acciones y establecer políticas de mediano y largo plazo, lo que significa que intervienen de manera “blanda” como una figura legal para la creación de políticas. Es el caso del documento Conpes 3819 del 2014, en donde se solicita al Ministerio de Transporte priorizar dentro del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, la consolidación de una red nacional multimodal que garantice la conectividad de las principales aglomeraciones urbanas de Colombia.

²⁵⁸ *Ibíd.*, p. 18.

²⁵⁹ SÁNCHEZ Pérez, Alexander. *Las normas de derecho blando. Un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Serie Derecho administrativo 17, 2012, p. 24.

También ilustra lo anterior el Conpes 3815 del 2015, en el que se solicita a la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) realizar acciones para llevar a cabo trámites en la aprobación de vigencias futuras requeridas para la financiación y ejecución de proyectos en el sector. Otro ejemplo lo constituye el documento Conpes 3822 del 2014, en el que se solicita al Departamento Nacional de Planeación elaborar y poner en operación el reglamento operativo de Contratos Plan, con el propósito de estandarizar procedimientos en la formulación y ejecución de lineamientos de política, ajustando la normatividad vigente (Ley 1454 del 2001).

Un ejemplo adicional es el Conpes 3823 del 2014, que solicita al Ministerio de Transporte establecer a nivel territorial (Distrito de Cartagena y Transcaribe S. A.) un plan de acción que incluya metas de responsabilidad del Distrito de Cartagena, de conformidad con los lineamientos del mismo documento. Estos ejemplos muestran que los documentos Conpes tienen la intención de asegurar un ordenamiento jurídico blando, señalando políticas, ajustes normativos y medidas administrativas nacionales y territoriales que en su conjunto representan acciones de *soft law*.

No puede considerarse que los documentos del Conpes sean una forma exclusiva de *soft law* en el derecho interno colombiano, como efecto de la globalización del nuevo siglo y de los cambios sociales y ciudadanos recientes, pues como se explicó en acápite precedentes, desde mediados de la década de los cincuenta el Estado colombiano ya había establecido modificaciones jurídicas. Ejemplo de ello es el Decreto-Ley 1050 de 1968, llamado también “Estatuto de la Administración Nacional”, y el Decreto-Ley 3130 sobre administración descentralizada, que favorecieron “la reorganización y el funcionamiento de la Administración Nacional y persiguió establecer una ordenación racional de los distintos servicios y preservar su uniformidad técnica, con normas generales que orientarán la reorganización y funcionamiento de las diferentes dependencias de la administración”²⁶⁰.

En resumen, es posible afirmar que en Colombia el avance del *soft law* ha generado transformaciones en el aparato administrativo estatal como respuesta a las demandas del contexto socioeconómico interno y externo. Estas transformaciones se evidencian en la presencia de los documentos Conpes y su función administrativa como un instrumento para la reorganización de la función administrativa nacional y establecer una ordenación racional y eficaz de los servicios que presta el Estado, con lo que se buscaba favorecer la uniformidad en las diferentes dependencias de la Administración. En consecuencia, la Administración Pública del Estado colombiano ya contempla la adopción de medidas suaves no desintegrantes, y sí sincronizantes, capaces de ir transformando el ordenamiento jurídico.

²⁶⁰ YOUNES Medina, Diego F. *Consejos superiores de la administración...*, cit., p. 91.

Una conclusión de este análisis es considerar que los documentos Conpes son concurrentes o coinciden con los efectos legales que producen las fuentes tradicionales del derecho. Al mismo tiempo, estos documentos producen efectos por sí mismos en el marco legal que los validó, es decir, son la base para creación del *hard law*, puesto que sus funciones permiten la expedición de nuevos decretos o la presentación de proyectos de ley a consideración del Congreso, sobre temas y problemas que demandan tanto la administración interna como la irrupción de actores privados e internacionales que emergen del contexto social y global.

En cualquier caso, se puede afirmar que el *soft law* se manifiesta en los documentos Conpes, pues constituye una nueva base para el derecho administrativo, con lo que contribuye a la creación del derecho duro o *hard law* y específicamente favorece la sinergia entre el Estado, la sociedad civil y la economía en un contexto global y social cambiante.

Conclusiones

El *soft law* o derecho blando se encuentra presente en el derecho administrativo colombiano, así como en el de otros países, debido a la flexibilidad y funcionalidad que ofrece a la Administración Pública para atender problemáticas y temas que se encuentran en el centro de los planes y programas de desarrollo socioeconómico y tecnológico global. Estos planes y programas hacen referencia a los derechos humanos, el medioambiente, el uso de las TIC en el gobierno y la participación de la ciudadanía y los grupos sociales organizados que buscan soluciones a sus distintas problemáticas, con base en un paradigma que implica mayor participación y mejoras en la gestión administrativa.

Esto sugiere que el *soft law* surge como un nuevo dilema para la teoría tradicional de fuentes inspirada en la voluntad de los Estados basados en la soberanía estatal (*hard law*). De este modo, se evidencia que el *soft law* puede convertirse en la base de las leyes y normas estatales, socavando en algunos casos la autoridad jurídica y en otros fundamentando cambios jurídicos y administrativos.

De esta manera, se establece que el *soft law* es una figura ambigua que sugiere controversias jurídicas y administrativas, pues en algunos casos conduce a la pérdida de la soberanía estatal, pero en otros se convierte en una herramienta hacia una racionalidad eficaz que se apoya en la internacionalización y democratización del derecho administrativo. En argumentos de Chevalier, este fenómeno redefine los lazos políticos, pues se basa en la crisis de la democracia en los estados post-modernos, es decir, la crisis que une los lazos políticos y los cívicos, reestructurando los circuitos de comunicación al interior de la democracia, la cual se transforma en una “democracia mediatizada y de opinión” en donde la ciudadanía y las organizaciones transnacionales son las que parecen tener la última palabra.

En la actualidad, los instrumentos de *soft law* promueven la inclusión de actores no estatales (organizaciones no gubernamentales y de carácter civil) en la configuración de políticas e instrumentos que adquieren más legitimidad que las leyes creadas por el Estado, y debido a la falta de obligatoriedad directa o por su carácter consensuado y suave, tienden a disolver los límites formales del derecho interno, con lo cual se puede incurrir en una grave crisis de control por parte del Estado. No obstante, la utilidad de estos criterios jurídicos “blandos” radica en que los Estados no pueden desentenderse del contenido y la función de dichos instrumentos, puesto que poseen un valor social y económico en la resolución de problemas de trascendencia para la comunidad internacional y la sociedad global.

En consecuencia, el carácter blando, dúctil y suave que presenta el *soft law* en el derecho administrativo, ofrece al derecho administrativo colombiano la posibilidad de ajustarse a las demandas del concierto internacional. Así, se vería conducido

hacia su transformación, siendo un ejemplo representativo de este fenómeno el organismo Conpes y sus documentos.

Según el contexto internacional analizado, el *soft law* desempeña un rol hegemónico en aquellos ámbitos de actuación pública en los que la Administración demuestra baja eficacia. En los casos español y francés, se observa incluso que el sector público le otorga funciones de regulación y control al sector privado en temas de orden económico que son de alta volatilidad o que requieren un seguimiento científico-técnico que escapa a las capacidades de la Administración Pública. De esta manera, se busca minimizar el riesgo inherente a la pérdida de eficacia.

La Administración se blinda de este modo para defenderse de sus propias conductas inoperantes e ineficaces. Así mismo, al asumir un rol normativo, el *soft law* cumple funciones de legitimación de la actuación de los poderes públicos, de modo tal que logra inspirar confianza en la actividad del poder público, vinculando a los destinatarios de las políticas públicas y ofreciendo garantías que incrementan la transparencia.

En general, es notorio que en el derecho público español y en el francés existe una importante variedad de instrumentos que incluye los de carácter administrativo interno, como los que sirven para mediar entre las instituciones públicas y la sociedad civil (*soft law* público-privado), y también aquellos que precisan las funciones administrativas, conduciendo a la creación de estructuras o entidades que dan coherencia y soporte al ejercicio del poder público.

Otro punto concluyente de este estudio, y que sirvió de base para analizar los documentos Conpes como expresión del *soft law* en el derecho administrativo colombiano, fue la indiscutible presencia de los adelantos científicos y tecnológicos que atienden y regulan diversos organismos consultivos provenientes de sectores científicos y tecnológicos (farmacéutico, genético, biotecnológico o energético), los cuales señalan la complejidad, los intereses y las necesidades de la sociedad y muestran que la administración interna de los Estados debe transformarse para atender de manera eficaz y transparente la especificidad que dichas actividades implican en la actuación del Estado.

De este modo, el Estado se ve obligado a apoyarse en órganos consultivos para analizar los alcances y riesgos de su acción legal. Es obvio entonces que la naturaleza de estas actividades en temas y áreas sensibles para el desarrollo implica riesgos incalculables e inciertos que el Estado debe enfrentar, pero que desbordan su capacidad cognoscitiva.

Por las deficiencias cognoscitivas que tiene el Estado para hacerles frente a los temas expuestos, como también por la limitación de sus recursos (humanos, económicos y técnicos), y debido a las limitaciones de los instrumentos formales y tradicionales de intervención (ley, reglamento, acto administrativo, etc.), se observa que el derecho administrativo de los Estados modernos se ve obligado a

emplear mecanismos jurídicos blandos o de *soft law* que le permiten superar las dificultades que la globalización con sus conceptos derivados (“mundialización”, “internacionalización”, “transnacionalización”) pone de presente y atender las demandas internas de la sociedad, pero sin renunciar a las garantías que son la base del modelo de Estado social y democrático instaurado de las constituciones modernas, como es el caso del Estado colombiano.

A lo largo del presente trabajo, se asume que en el derecho administrativo existe un paradigma clásico que se basa en la legalidad de las fuentes, reconocidas como *hard law*, y que en Colombia la jerarquía de leyes se basa en la Constitución Política. De esta suerte, existe un orden en el derecho administrativo, por el cual la Constitución está primero. A esta le siguen las leyes orgánicas y ordinarias y las disposiciones del Gobierno con valor de ley. Luego se encuentran los reglamentos y disposiciones administrativas. Sin embargo, con respecto a la jerarquía normativa colombiana, se observa un fenómeno creciente de participación del denominado derecho blando o *soft law* que cobra relevancia en las decisiones de la Administración Pública, mediante los actos del Consejo Nacional de Política Económica y Social.

Dicho órgano asesor, no solo tiene funciones de asesoría y consultoría para el Departamento Nacional de Planeación en temas de desarrollo social y económico, sino que constituye la máxima autoridad de planeación, lo que le permite operar como ente coordinador, direccionador, articulador y evaluador, tomando decisiones de política pública.

En ese sentido, los documentos generados por el Conpes lo invisten de competencias decisorias que desbordan su carácter puramente consultivo. En esa medida, dejan de ser virtualmente meras “recomendaciones” (las que en dicho sentido mantendrían el carácter no vinculante y de aplicación voluntaria del instrumento), lo que conlleva una especie de mutación que haría que aun cuando se tratara de una forma de expresión del *soft law*, desplazara al *hard law* y se impusiera sobre las fuentes tradicionales. Esto en el caso colombiano es tanto como que a un instrumento de *soft law* (documentos Conpes) se le diera el tratamiento de *hard law*, pero sin someterlo al proceso de construcción democrática ni sujetarlo al control de validez jurídica por parte de la rama jurisdiccional.

En consecuencia, los actos y documentos creados por el Conpes traspasan la barrera del carácter consultivo y adquieren la capacidad de dar orientaciones jurídicas en materia económica, social y de planeación, como emitir recomendaciones de política económica y social que sirven de base en la elaboración de planes y programas por parte de entidades ejecutoras, así como dar conceptos de favorabilidad sobre crédito público y declaraciones de importancia estratégica en el marco de la ley.

En síntesis, este trabajo planteó argumentos que respaldan el aserto de que los documentos Conpes y el organismo que los emana presentan rasgos de *soft law*,

debido a que se emplean como herramientas de derecho blando, es decir, han alcanzado aplicabilidad y exigibilidad en temas de orden social, de política pública y de economía, y aun cuando no son leyes ni decretos, producen efectos que terminan por ser acogidos, adoptados y aceptados por la propia Administración como vinculantes; es decir, se convierten en fuente directa del derecho. También merced a la capacidad de estos instrumentos de atender problemas prioritarios, son la base para la creación de normas de *hard law* más eficaces y transparentes, puesto que dan coherencia interinstitucional hacia la ciudadanía y el sector socioeconómico nacional e internacional.

De esta manera, es posible considerar que los documentos Conpes son una herramienta *soft law* que, a pesar de no ser leyes, ni decretos, ni resoluciones, producen efectos en la Administración Pública y en el sistema de leyes, porque tienen funciones que van más allá de la consulta, como la aprobación, el seguimiento y la evaluación de los planes de desarrollo y los compromisos pactados por los ministerios y demás entidades, las cuales atienden las políticas y los programas que se aprueban por parte del Conpes, de manera tal que sus documentos se convierten en instrumentos de aplicación obligatoria o legal, debiendo ser acogidos, adoptados y aceptados por la propia Administración como vinculantes, lo que los puede convertir en fuente directa del derecho.

En esencia, es posible afirmar que los documentos Conpes son concurrentes con los efectos legales que producen las fuentes tradicionales del derecho; es decir, producen efectos jurídicos en el marco legal que los valida y al mismo tiempo son la base para la creación del *hard law*, puesto que sus funciones permiten la expedición de nuevos decretos o la presentación de proyectos de ley a consideración del Congreso, sobre temas y problemas que demandan tanto la administración interna como la irrupción de actores privados e internacionales que emergen del contexto social y global.

Bibliografía

- AGUILAR Rojas, Grethel e IZA, Alejandro. *Derecho ambiental en Centroamérica*, tomo I, UICN, 2009.
- ALARCÓN García, Gloria. *El soft law y nuestro sistema de fuentes*. Universidad de Murcia, España. 2010. Consultado el 12 de marzo del 2015 en: <http://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/10423/1/EI%20soft%20law%20y%20nuestro%20Sistema%20de%20fuente%20%20Homenaje%20RodriguezBereijo%20%20pre-print%2017%2002%202010.pdf>.
- ALLI Aranguren, Juan Cruz. *Derecho administrativo y globalización*. Madrid: Aranzadi Civitas, 2009.
- ARANGO Olaya, Mónica. El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Revista Precedente*. Cali: Universidad ICESI, 2004. Consultado el 30 de septiembre del 2014 en: <http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf>.
- BARBERIS, Julio. *Formación de derecho internacional*. Buenos Aires: Ábaco, 1994.
- BERMÚDEZ Abreu, Yoselyn y Quintero, Yosuana. La “declaración” de los derechos indígenas: un *soft law* moralmente obligatorio en el ordenamiento jurídico venezolano. *Revista de Derecho*, nº 28. Barranquilla: Centro de Investigaciones de Derecho Privado (CIDEP) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia, Venezuela, 2007.
- BERMÚDEZ Abreu, Yoselyn; Aguirre Andrade, Alix y Manasía Fernández, Nelly. *El soft law y su aplicación en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre*. Centro de Investigaciones de Derecho Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad del Zulia, Venezuela, 2006.
- BERNAL, C. La fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional en el orden jurídico colombiano. En: Alexei, J. (Dir.), *Teoría constitucional y políticas públicas. Bases críticas para una discusión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis, 1987.
- BODANSKY, D. *The art and craft of international environmental law*. Harvard University Press, 2010.
- CAZARES HERNÁNDEZ, Laura. Técnicas actuales de investigación documental. En: BERNAL, Cesar A. *Metodología de la investigación para administración, economía, humanidades y ciencias sociales*, 2ª ed. Bogotá: Universidad de la Sabana, 2006. Consultado el 20 de noviembre del 2014 en: http://books.google.com.co/books?id=h4X_eFai59oC&pg=PA110&dq=que+es+una+investigacion+documental&hl=es&sa=X&ei=5DJDUamHGSS80QHry4GoDw&ved=0CD8Q6AEwAw#v=onepage&q=que%20es%20una%20investigacion%20documental&f=false.
- Chevallier, Jacques. *L'État*, Paris, Dalloz, 2001.
- Chevallier, Jacques. *L'État post-moderne*, 2ª ed., Paris, Igdj, 2004.

- COLMEGNA, Pablo Damián. Impacto de las normas de soft law en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, año VI, n° 8, 2012. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Consultado el 15 de octubre del 2014 en: http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0008A006_0004_investigacion.pdf.
- COMBARIZA Camargo, Óscar Fabián. *Las fuentes formales del derecho colombiano*. Bogotá: Corporación Universitaria Empresarial Alexander von Humboldt. Consultado el 20 de marzo del 2015 en: <http://www.tribunaladministrativodelquindio.com/relatoria/publicaciones/EMPLEADOS/LAS%20FUENTES%20FORMALES%20DEL%20DERECHO%20COLOMBIANO.doc>.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Contraloría Delegada para el Sector Gestión Pública e Instituciones Financieras, Dirección de Estudios Sectoriales. *Política de evaluación de resultados*, 2006. Consultado el 23 de febrero del 2016. en: <http://www.contraloriagen.gov.co/documents/10136/16364888/Pol%C3%ADtica+de+evaluaci%C3%B3n+de+resultados.pdf/1be80ceb-eb31-41cc-8029-8bd6337b87d5>.
- CONSEIL D'ÉTAT (FRANCIA). *Les rapports du Conseil d'État*, 2013. Consultado el 15 de abril del 2015 en: <http://www.numerama.com/media/ConseilEtat-numerique-DroitsFondamentaux.pdf>.
- CONSEJO DE ESTADO (ESPAÑA), Comisión de Estudios. *Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español*, 14 de febrero del 2008. Consultado el 18 de mayo del 2015 en: <http://www.consejo-estado.es/pdf/Europa.pdf>.
- DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván. El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional. *Anuario Mexicano de Derecho internacional*. México: UNAM, Facultad de Derecho, 2006. Consultado el 21 de febrero del 2015 en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/6/art/art12.pdf>.
- DOLORS Canals I., Ametller. Las administraciones locales ante el cumplimiento del Protocolo de Kyoto. El mercado de derechos de emisión de gases de efecto de invernadero y otros instrumentos. En: Esteve Pardo, J. (Coord.), *Derecho del medio ambiente y administración local*, 2ª ed. Madrid-Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2006.
- FONSECA Ramos, Marco. Las fuentes formales del derecho colombiano a partir de la nueva Constitución. *Revista de Derecho*. Medellín: Universidad del Norte, 1992. Consultado el 3 de marzo del 2014 en: <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewFile/2435/1584>.
- FLÓREZ R, José Fernando. "De Maquiavelo al Estado postmoderno. Paradigmas políticos de aproximación al fenómeno estatal". En: *Revista Derecho del Estado* n.º 29, julio-diciembre del 2012, pp. 107-144. Bogotá, Colombia.

- Disponible en:
<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3294>.
Disponible el: 12 de septiembre de 2016.
- GALLEGO Anabitarte, Alfredo; Menéndez Rexach, Ángel *et al.* *Acto y procedimiento administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- GARCÍA de Enterría, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, 16ª ed., tomo I. Madrid: Thomson Civitas, 2013
- GARCIA M., Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa, 2000.
- GARAY S., Luis Jorge. *Colombia: estructura industrial e internacionalización 1967-1996*. Biblioteca Virtual Luis Ángel Arango. Consultado el 1º de agosto del 2015 en:
<http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/economia/industralatina/041.htm>.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, tomo 1, parte general. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1997.
- GUZMÁN, A. y MEYER, T. international common law: the soft law of international tribunals. *Chicago Journal of International Law*, agosto del 2009. Consultado el 23 de octubre del 2013 en:
http://works.bepress.com/andrew_guzman/37.
- HART, H. L. A. *El concepto de derecho*, 2ª ed., trad. Genaro Carrio. México: Editorial Nacional, 1980.
- HERNÁNDEZ Sampieri, Roberto. *Metodología de la investigación*. México: McGraw-Hill, 2010.
- HUNTINGTON, Samuel P. *El choque de las civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*. 1ª ed. 4ª reimp.- Buenos Aires: Paidós, 2001.
- IBARRA Padilla, Adelaida María. Principios de la responsabilidad social empresarial en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista de Derecho*, nº 41, pp. 51-82, 2014, Universidad del Norte, Universidad del Atlántico.
- IBÁÑEZ, Jorge. *Las funciones públicas y la estructura del Estado para cumplirlas*. Bogotá: Editorial Justicia y Desarrollo Sostenible, 2006.
- INFORME DE LA CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992, vol. I, Resoluciones aprobadas por la Conferencia (publicación de las Naciones Unidas, resolución 1, anexo I.
- INFORME DE LA CUMBRE MUNDIAL SOBRE EL DESARROLLO SOSTENIBLE, Johannesburgo (Sudáfrica), 26 de agosto a 4 de septiembre del 2002 (publicación de las Naciones Unidas), cap. I, resolución 2, anexo.
- INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY. *Más allá de lo discrecional. Los derechos humanos y la emergencia de obligaciones legales internacionales para las empresas*, 2002. en:
http://www.ichrp.org/files/summaries/9/107_summary_es.pdf.
Consultado el 13 de enero del 2015.
- KLOPFER, Michael. En torno a las nuevas formas de actuación medioambientales del Estado. *Documentación Administrativa*, nº 235-236. Madrid: INAP, 1993.

- LÓPEZ Olvera, Miguel A. *Las fuentes del derecho administrativo*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Facultad de Derecho, 1995. Consultado el 23 de junio del 2015 en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/239/art/art4.pdf>.
- MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de derecho administrativo*, tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995.
- MAZUELOS B., Ángeles. *Soft law: ¿mucho ruido y pocas nueces?* *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Universidad Autónoma de Madrid, 2004. Consultado el 23 de enero del 2015 en: www.reei.org/index.php/revista/num8/.../MazuelosBellido_reei8_.pdf.
- PINEDA, Rosa. *El sistema de desarrollo administrativo en la administración pública colombiana* (trabajo de grado de Maestría en Derecho Administrativo). Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2007. Consultado el 25 de febrero del 2016 en: <http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/2347>.
- PARRA Benítez, Julián David. *Las reformas administrativas de las entidades territoriales: una mirada desde sus limitaciones, controles y riesgos*. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Maestría en Derecho Administrativo, 2013. Consultado el 5 de marzo del 2016 en <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/8340/1020725526-2014.pdf?sequence=1>.
- PENAGOS, Gustavo. *Nuevas tendencias del derecho administrativo a principios del siglo XXI*. *Vniversitas*. Bogotá: Editorial Universidad Javeriana, Ciencia y Derecho, 2003. Consultado el 22 de abril del 2015 en: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/12Penagos.pdf.
- PEÑA Chacón, Mario. *El principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano*. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Maestría Profesional Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica, Costa Rica, 2013. Consultado el 21 de enero del 2015 en: http://cmsdata.iucn.org/downloads/principio_no_regresion8.pdf.
- PÉREZ-PRAT D., Luis. *¿Cambios normativos fin de siglo? Derecho internacional y orden mundial*. Sevilla, España: Universidad Pablo De Olavide, 2015. _____ . *Estado actual, tendencias y desafíos del proceso de formación, aplicación y solución de controversias del derecho internacional*. Sevilla, España: Universidad Pablo De Olavide, 2014.
- PUIG, Alfredo Gustavo. *Derecho administrativo para ciencias económicas*. Universidad Nacional de Salta, Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales, Provincia de Salta, Argentina, 2003. Consultado el 2 de mayo del 2015 en: http://www.economicas.unsa.edu.ar/web/archivo/otros/Derecho_administrativo.pdf.
- QUÉ ES EL CONPES. *eltiempo.com*, 13 de septiembre de 1993. Consultado el 23 de julio del 2015 en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-221821>.

- RAMÍREZ Torrado, María Lourdes y HERNÁNDEZ Meza, Nelson. El desconocimiento de la doctrina constitucional frente al principio de legalidad que opera en derecho disciplinario. *Opinión Jurídica*, vol. 10, n° 20, julio-diciembre del 2011, pp. 35-46, Universidad de Medellín Consultado el 23 de octubre del 2014 en: <http://www.redalyc.org/pdf/945/94522275003.pdf>.
- RAMÍREZ, Gonzalo (ed.). El derecho en el contexto de la globalización, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- ROJAS, Raúl. *Investigación social: teoría y praxis*. México, 2002.
- RUBIO Castro, Ana. Los efectos jurídicos del *soft law* en materia de igualdad efectiva. La experiencia española. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (XXX), 2014, pp. 37-68. Universidad de Granada Consultado el 23 de abril del 2015 en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4809914>.
- SÁNCHEZ Pérez, Alexander. *Las normas de derecho blando: un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Serie Derecho Administrativo, n° 17, 2012. Consultado el 14 de febrero 14 del 2014 en: <http://books.google.com.co/books?id=avLgurSV6M4C&printsec=frontcover&dq=inauthor:%22Alexander+S%C3%A1nchez+P%C3%A9rez%22&hl=es&sa=X&ei=TyGuUuD3FtDksASGpoGACA&ved=0CC0Q6AEwAA#v=onepage&q&f=false>.
- SANTAELLA Quintero, Héctor. Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n° 5, primer semestre del 2011, pp. 87-105. Universidad Autónoma de Madrid, España. Consultado el 23 de febrero del 2015 en: <http://portal.uexternado.edu.co/pdf/Derecho/Revista%20Digital%20de%20Derecho%20Administrativo/Edici%C3%83%C2%B3n%205/06santaella.pdf>.
- _____. *Normas técnicas y derecho en Colombia. Desafíos e implicaciones para el derecho en un entorno de riesgo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.
- SARMIENTO Ramírez-Escudero, Daniel. *El soft law administrativo*. Madrid: Aranzadi, Civitas, 2008.
- _____. La autoridad del derecho y la naturaleza del soft law. *Cuadernos de Derecho Público*, n° 28, mayo-agosto del 2006, pp. 221-266. Universidad Complutense de Madrid, España. 2006. Consultado el 14 de febrero del 2015 en: <http://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/788/843>. p. 223.
- TAYLOR, S. J. y BOGDAN, R. *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*. Barcelona: Paidós, 1987.
- VÉLEZ, Amparo y CALVO, Gloria. *La investigación documental. Estado del arte y del conocimiento. Análisis de la investigación en la formación de investigadores*. Bogotá: Universidad de la Sabana, 1992. Consultado el

12 de abril del 2015 en:
file:///C:/Users/SALOMONIUS/Downloads/Dialnet-
EstadoDelArteDeLa/InvestigacionEnLaEscuelaDeldiomas-
3324318%20(1).pdf.

VIDAL, Jaime. *Derecho administrativo*. Bogotá: Editorial Legis, 2008.

YOUNES Medina, Diego F. *Consejos superiores de la administración, neocorporativismo y participación orgánica* (trabajo de grado, Maestría en Derecho Administrativo). Bogotá: Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2010. Consultado el 13 de agosto del 2015 en: <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/2023/80090957.pdf.pdf?sequence=1>.

Documentación jurídica, doctrinal y administrativa

ALCALDÍA DE BOGOTÁ. *Ley 19 de 1958 (noviembre 18) Sobre reforma administrativa*. Bogotá: Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, 1958. Consultado el 10 de septiembre del 2015 en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=8271>.

CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL (CONPES). *Mejora normativa: análisis de impacto*. Bogotá: Departamento Nacional De Planeación (DNP) - Subdirección Sectorial, DDE, DJSG, DIFP, OAJ Ministerio de Justicia y del Derecho Ministerio de Comercio, Industria y Turismo Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (DAPRE), Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP), 2 de octubre del 2014. Consultado el 15 de julio del 2015 en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/CONPES/Econ%C3%B3micos/3816.pdf>.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Ley 1437 del 2001 del 18 de enero del 2011, por la cual se expide el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo*. Consultado el 12 de junio 12 del 2015 en: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/ley143718012011.pdf>.

_____. *Ley 152 de 1994 (julio 15), por la cual se establece la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo*. Diario Oficial, año CXXX, n° 41450, 19 de julio de 1994. Consultado el 3 de agosto del 2015 en: <https://www.dnp.gov.co/CONPES/Paginas/CONPES.aspx>.

_____. *Ley 1286 del 2009 (enero 23), por la cual se modifica la Ley 29 de 1990, se transforma a Colciencias en Departamento Administrativo, se fortalece el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación en Colombia y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial n° 47.241, 23 de enero del 2009.

Consultado el 24 de julio del 2015 en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1286_2009.html.

_____. *Ley 153 de 1887. Parte primera. Reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes.* Diarios Oficiales n^{os} 7.151 y 7.152, 28 de agosto de 1887. Consultado el 24 de enero del 2015 en: http://avancejuridico.sic.gov.co/sic/docs/ley_0153_1887.htm.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. *Sentencia n^o C-067/03 del 4 de febrero del 2003.* Consultado el 26 de mayo del 2015 en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-067-03.htm>.

_____, Sala plena. *Sentencia C-816/11. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades,* 1^o de noviembre del 2011. Consultado el 12 de junio del 2015 en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-816-11.htm>.

_____, Sala Plena. *Sentencia n^o C-003 del 14 de enero de 1993.* Consultado el 21 de mayo del 2015 en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-131-93.htm>.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. *Función pública.* Consultado el 12 de septiembre del 2015 en: <http://portal.dafp.gov.co/portal/page/portal/home/noticias/Noticia1348>.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACIÓN Y SERVICIOS TÉCNICOS. *Decreto 627 de 1974 (abril 10), por el cual se reestructura el Consejo Nacional de Política Económica y Social y el Departamento Nacional de Planeación.* Consultado el 20 de julio del 2015 en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/portalDNP/CONPES/decreto627de1974.pdf>.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN (DNP). *Elementos básicos sobre el Estado colombiano,* 2010. Consultado el 18 de octubre del 2014 en: web: www.dnp.gov.co.

_____. *¿Qué es el Plan Nacional de Desarrollo?* Bogotá: Gobierno de Colombia, 2015. /[Que-es-el-Plan-Nacional-de-Desarrollo.aspx](http://www.dnp.gov.co/Plan-Nacional-de-Desarrollo.aspx). Consultado el 8 de agosto del 2015 en: <https://www.dnp.gov.co/Plan-Nacional-de-Desarrollo/Paginas>

_____. *Decreto numero 2500 (19 julio 2005), por el cual se modifica el artículo 3 del Decreto 627 de 1974.* Consultado el 21 de julio del 2015 en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/portalDNP/CONPES/decreto2500.pdf>.

_____. *Guía metodológica para la elaboración de documentos Conpes.* Bogotá: DNP, 2008. Consultado el 30 de julio del 2015 en: <http://www.ceppia.com.co/Herramientas/SISCONPES/Metodologia-Elaboracion-CONPES.pdf>.

-
- _____ . *Guía metodológica para la elaboración de documentos Conpes*. Bogotá: DNP, 2013. Consultado el 12 de abril del 2015 en: <http://file:///D:/papa%20CONPES%20SOFTLAW%202013/TESIS%20FINAL%202014/GUIA%20ELABORACION%20CONPES.pdf>.
- MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL. *Resolución 1023 del 2005 (julio 28)*. Diario Oficial n° 45.990, 4 de agosto del 2005. . Consultado el 23 de abril del 2015 en: http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_minambientevt_1023_2005.htm.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Decreto 550 de 1960 (marzo 7), por la cual se adoptan normas generales para la reorganización y funcionamiento de la Presidencia de la República, de los Ministerios y de los Departamentos Administrativos*. Diario Oficial, n° 30.186, 18 de marzo de 1960. Consultado el 5 de julio del 2015 en: https://www.redjurista.com/documents/d0550_60.aspx.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Constitución Política*, artículo 4º: La Constitución es norma de normas. Bogotá: Legis, 1991.
-
- _____ . *Constitución Política*, artículo 230: Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. Bogotá: Legis, 1991.

Anexos

Anexo A. Relación de los documentos Conpes y sus recomendaciones

Fuente: propia de este estudio.

Fecha	No.	Nombre del Documento	Entidades que intervienen	Objeto	Recomendaciones
18 de Diciembre de 2013	3794	Modificación del Documento Conpes 3643 de 2010 - Plan de inversión proyecto vial autopista ruta del sol-sector 3.	El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Transporte y el Departamento Nacional de Planeación	El presente documento presenta a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social - Conpes, la modificación del plan de inversiones del sector III del proyecto vial Autopista Ruta del Sol, establecido en el Documento Conpes 3643 "Modificación al documento Conpes 3571: Importancia Estratégica del proyecto vial Autopista Ruta del Sol".	<ol style="list-style-type: none"> 1. Aprobar las modificaciones al plan de inversiones del documento Conpes 3643 de 2010 para el proyecto Ruta del Sol Sector 3, en los términos previstos en el presente documento Conpes. 2. Solicitar al Ministerio de Transporte, a la Agencia Nacional de Infraestructura, al Departamento Nacional de Planeación y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, adelantar los trámites correspondientes para la reprogramación de vigencias futuras requeridas para la financiación y ejecución del proyecto. 3. Solicitar al Ministerio de Transporte y a la Agencia Nacional de Infraestructura realizar las acciones necesarias para optimizar los recursos y el tiempo, así como el desarrollo funcional e integral de las actividades que ya se encuentran en ejecución. 4. Solicitar a la Agencia Nacional de Infraestructura adelantar las actividades necesarias para incluir en el contrato de concesión No. 007 de 2010, la modificación en el cronograma de aportes de vigencias futuras al proyecto.

Fecha	No.	Nombre del documento	Entidades que intervienen	Objeto	Recomendaciones
-------	-----	----------------------	---------------------------	--------	-----------------

22 de diciembre de 2014	3825	Distribución de los excedentes financieros de los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado no societarias, del orden nacional, con corte a 31 de diciembre de 2013	El ministerio de hacienda y crédito público y el departamento nacional de planeación	En uso de las competencias otorgadas por el Estatuto Orgánico del Presupuesto, compilado en el Decreto 111 de 19961 al Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes), en el presente documento se define la distribución de los excedentes financieros de los Establecimientos Públicos y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado no societarias (EICE no societarias), del orden nacional, con corte a 31 de diciembre de 2013. A través del presente documento, se determina la cuantía de los excedentes financieros generados por los Establecimientos Públicos y las Empresas mencionadas, que harán parte de los recursos de capital del presupuesto nacional y el monto de asignación por parte del Conpes a la entidad que los generó.	1. Aprobar la distribución a la Nación por valor de \$882.827 millones, correspondientes a los excedentes financieros de los Establecimientos Públicos y las EICE no societarias 2. Asignar los excedentes financieros que no serán distribuidos a la Nación, de conformidad con la anterior decisión, a las entidades que los generaron 3. Fijar como plazo máximo el 13 de febrero de 2015 para que los Establecimientos Públicos y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado no societarias cumplan con la obligación de pago de los excedentes financieros y utilidades respectivas, correspondientes a la vigencia 2013. 4. Solicitar a la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH) que de los excedentes financieros correspondientes a la vigencia 2013 por \$437.409 millones, consigne antes del 31 de diciembre de 2014 la suma de \$170.190 millones en las cuentas de la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, valor que fue incluido en la Ley 1687 de diciembre 11 de 2013 y Decreto de Liquidación 3036 del 27 de diciembre de 2013. Para el resto del monto, respetar el plazo máximo fijado anteriormente. 5. Solicitar al Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones que, de los excedentes financieros correspondientes a la vigencia 2013 por \$361.982 millones 6. Solicitar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público definir el número de cuotas y la forma en que se realizará el pago de los excedentes financieros y utilidades respectivas, respetando las fechas límite anteriormente definidas.
-------------------------	------	--	--	--	--

Fecha	No.	Nombre del documento	Entidades que intervienen	Objeto	Recomendaciones
-------	-----	----------------------	---------------------------	--------	-----------------

22 de diciembre de 2014	3822	Contratos plan: lineamientos de política y plan de expansión 2014 - 2018	El Ministerio del Interior, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Ministerio de Defensa, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el Ministerio de Salud y Protección Social, el Ministerio de Trabajo, el Ministerio de Minas y Energía, El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el Ministerio de Educación Nacional, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Ministerio de Transporte, el Ministerio de Cultura, el Departamento Administrativo para la Presidencia de la República y el Departamento Nacional de Planeación.	El Plan Nacional de Desarrollo 2010 - 2014 "Prosperidad para Todos" (Ley 1450 de 2011) y la Ley 1454 de 2011 de Ordenamiento Territorial establecieron el marco jurídico e institucional para la creación e implementación de los Contratos Plan, como herramienta de buen gobierno dirigida a impulsar el desarrollo territorial, mejorar la priorización de acciones y la concurrencia de esfuerzos y fuentes de inversión entre la Nación y los gobiernos territoriales. En el mismo sentido, el instrumento busca mejorar los mecanismos de colaboración y "gobernanza multinivel" para facilitar la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo, en línea con las mejores prácticas y estándares internacionales, particularmente de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Todo lo anterior, con el fin último de contribuir a reducir las disparidades territoriales a través de un mayor impacto de las inversiones públicas en las regiones y crear condiciones y entornos propicios para profundizar la descentralización. (...) A partir de un balance de la experiencia piloto ejecutada hasta la fecha, este documento somete a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social - Conpes el marco de lineamientos de política y criterios técnicos para fortalecer e institucionalizar los Contratos Plan como: i) instrumento de gestión del desarrollo territorial, ii) mecanismo de articulación estratégica multinivel de las inversiones del Plan Nacional de Desarrollo (PND); y iii) vehículo para profundizar la descentralización y robustecer el papel de las gobernaciones como agentes intermediarios entre la Nación y los municipios. Igualmente	<ol style="list-style-type: none"> 1. Aprobar los lineamientos de política para la institucionalización de los Contratos Plan en los que participe la Nación, contenidos en el presente documento y dar instrucciones para su implementación y operatividad. 2. Solicitar a la Presidencia de la República: <ol style="list-style-type: none"> a. Realizar, en coordinación con el DNP, la priorización gradual de los 10 Contratos Plan que hacen parte del Plan de Expansión, de acuerdo con los criterios de elegibilidad sugeridos. b. Orientar la formulación y ejecución de los Contratos Plan que se seleccionen y realizar el seguimiento a los mismos en el marco de los tableros de control de la Presidencia con base en la información reportada por el DNP. 3. Solicitar al Departamento Nacional de Planeación: <ol style="list-style-type: none"> a. Elaborar y poner en operación el reglamento operativo de los Contratos Plan con el fin de contar con reglas y procedimientos estandarizados de formulación y ejecución que desarrollen los lineamientos de política aprobados, y ajustar la normatividad vigente. 4. Solicitar a las entidades del Gobierno Nacional: <ol style="list-style-type: none"> a. Adelantar las acciones que se requiera para asegurar el cumplimiento de los acuerdos firmados por el Presidente de la República que involucran a sus sectores y entidades. 5. Solicitar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público: <ol style="list-style-type: none"> a. Asignar junto con el DNP las fuentes de inversión nacional que las entidades sectoriales destinarán al desarrollo territorial mediante los Contratos Plan. b. Facilitar la programación presupuestal, y las vigencias futuras que sean del caso siempre y cuando los acuerdos estén contenidos en los marcos fiscales y de gasto de mediano plazo de las entidades involucradas en los Contrato Plan. 6. Sugerir a entidades territoriales: <ol style="list-style-type: none"> a. Adoptar y seguir los lineamientos contenidos en este documento con el fin de adelantar los trámites tendientes a la identificación, negociación, ejecución y seguimiento y evaluación de un Contrato Plan con la Nación. 7. Solicitar al Departamento Nacional de Planeación elaborar el reporte periódico de seguimiento del documento CONPES con los cortes establecidos en la Tabla 9, así como el respectivo informe de cierre.
-------------------------	------	--	---	--	---

				presenta a consideración del Conpes el plan de expansión de los Contratos Plan en el marco del Plan Nacional de Desarrollo 2014 -2018 "Todos por un Nuevo País".	
--	--	--	--	--	--

Fecha	No.	Nombre del documento	Entidades que intervienen	Objeto	Recomendaciones
2 de agosto de 2013	163	Sistema General de Participaciones Vigencia 2013: Participación para salud: distribución de recursos pendientes de las once doceavas correspondientes al componente prestación de servicios a la población pobre no asegurada y actividades no pos, y redistribución de las once doceavas para salud pública.- Participación para propósito general: ajuste a la destinación de los recursos asignados en el Conpes social 160 entre recursos para el fondo de pensiones de las entidades territoriales – Fonpet– y para libre inversión.	Ministerios de Salud y Protección Social y de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación.	Este documento presenta al Conpes 1. La distribución completa de las once doceavas 2013 del Sistema General de Participaciones correspondiente al componente de Población Pobre No Asegurada (PPNA) y actividades no cubiertas con subsidios a la demanda. Lo anterior se realiza con base en las certificaciones del Ministerio de Salud y Protección Social teniendo en cuenta los recursos incorporados en el PGN de 2013, así como, los criterios, condiciones y certificaciones previstos en el Conpes Social 160 de 2013; 2. La redistribución de las once doceavas de la Participación para Salud, componente Salud Pública, originada por recertificación de información sobre coberturas alcanzadas en vacunación de las entidades territoriales, por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, y 3. El ajuste a la	1. Aprobar el ajuste a la distribución territorial y sectorial del Sistema General de Participaciones de 2013, justificada en este documento y presentada en los anexos adjuntos. 2. Solicitar a la Dirección de Desarrollo Territorial Sostenible del Departamento Nacional de Planeación comunicar a los departamentos, distritos y municipios, el monto correspondiente a sus respectivas participaciones para 2013, con base en los valores aprobados en este documento. (...) 3. Solicitar al Ministerio de Salud y Protección Social: 3.1. Realizar los giros de la Participación para Salud de acuerdo con las asignaciones previstas en el presente documento. 4. Solicitar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público: 4.1. Realizar los giros correspondientes, conforme a lo aprobado en el presente documento y de acuerdo con la normatividad vigente. 5. Sugerir a las Entidades Territoriales: 5.1. Realizar los ajuste en la presupuestación y ejecución de los recursos del SGP prevista en el presente documento, acorde con la normatividad vigente y en forma eficiente, aplicando las disposiciones presupuestales previstas en el estatuto de presupuesto municipal, el cual debe estar adaptado al Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional. 5.3. Realizar una revisión que permita la actualización de los aportes patronales certificados a ser reconocidos con recursos del Sistema General de

				<p>destinación de los recursos de las once doceavas de la participación de Propósito General asignados por el Conpes Social 160, debido a la nueva certificación realizada por la Dirección de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre los municipios que cumplen con la provisión del 125% del pasivo pensional.</p>	<p>Participaciones, en consideración al Artículo 58 de la Ley 715 de 2001, e informar al Ministerio de Salud y Protección Social de ajustes necesarios.</p> <p>5.5. Para los 13 municipios que son incluidos en el descuento del 10% para el Fonpet, deben lo más pronto posible, realizar la reducción presupuestal en la asignación de libre inversión, con el objetivo de no generar un posible déficit fiscal.</p>
--	--	--	--	--	--

Fecha	No.	Nombre del documento	Entidades que intervienen	Objeto	Recomendaciones
14 de marzo de 2013	162	<p>Sistema general de participaciones vigencia 2013: Participación para educación: ajuste a la distribución de recursos por población atendida y asignación de los recursos de calidad matrícula oficial y gratuidad (doce doceavas). Asignación especial para alimentación escolar Distribución (once doceavas). recursos para la atención integral de la primera infancia,</p>	<p>Ministerios de Educación, Salud y Protección Social, Cultura y Hacienda, La Alta consejería para Programas Especiales, el DPS, el DNP y el ICBF.</p>	<p>En este documento Conpes se presentan los resultados de ejercicio de distribución del Sistema General de Participaciones de la vigencia 2013, relacionados con:</p> <p>1. El Ajuste a la distribución de recursos de las doce doceavas del SGP para Educación, correspondientes a población atendida, por efecto de ajuste de la certificación de matrícula realizado por el MEN como consecuencia de los resultados de las auditorias de Matrícula de 2012, la certificación de matrícula desertores y matrícula en internados, adicionalmente se</p>	<p>1. Aprobar la distribución territorial y sectorial del Sistema General de Participaciones de 2013 justificada en este documento y presentada en los anexos adjuntos.</p> <p>3. Solicitar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público Realizar los giros correspondientes conforme a lo aprobado en el presente documento y de acuerdo con la normatividad vigente.</p> <p>En virtud del Decreto 791 de 2009, realizar el seguimiento y control integral (aplicación de medidas preventivas y correctivas) a los recursos del Sistema General de Participaciones distribuidos por el presente documento, de conformidad con el Decreto 028 de 2008. En el caso particular de los recursos para Primera Infancia, esta labor se realizará sin perjuicio de la función de seguimiento, evaluación y asistencia técnica asignada a través de este documento, al Ministerio de Educación Nacional y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.(...)</p> <p>4. Solicitar al Ministerio de Educación Nacional: Expedir las certificaciones de giro de acuerdo con las asignaciones previstas en este documento. Realizar las gestiones necesarias para el giro oportuno de los recursos de gratuidad a las instituciones educativas y para el seguimiento a su ejecución por parte de las mismas.</p> <p>5. Solicitar al Ministerio de Educación Nacional, al Ministerio de Salud y Protección Social, al Ministerio de Cultura y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar:</p>

		(provenientes del crecimiento real de la economía superior al 4% en el 2011)	realiza la distribución de recursos pendientes por concepto de calidad matrícula oficial y calidad gratuidad 2. La distribución de las once doceavas de la asignación especial para Alimentación Escolar, y 3. La distribución de los recursos para la atención integral a la Primera infancia, provenientes del crecimiento real de la economía superior al 4% en el 2011.	Prestar asistencia técnica a las entidades territoriales para la adecuada aplicación de los recursos, conforme a las directrices y lineamientos incorporados en el presente documento, para lo cual, deberán precisar claramente su esquema de seguimiento. Solicitar a las entidades territoriales Realizar los ajustes presupuestales a que haya lugar, con base en la distribución aprobada en este documento, de tal manera que se asegure la adecuada presupuestación y ejecución de los recursos. Establecer mecanismos para que la inversión en Educación sea articulada entre las administraciones departamentales y municipales y las respectivas instituciones Educativas, para garantizar la eficiencia del gasto en el Sector.
--	--	--	---	--

Fecha	No.	Nombre del documento	Entidades que intervienen	Objeto	Recomendaciones
13 de Noviembre de 2014	3820	Cuarta generación de concesiones viales: segunda ola	Ministerio de Transporte, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación.	Este documento presenta para conocimiento del Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes), los ocho proyectos de Segunda Ola de la Cuarta Generación de Concesiones Viales, que se rigen por los lineamientos establecidos en el documento Conpes 3760 de 2013[] y por la normatividad relacionada con las Asociaciones Público Privadas[] y que están a cargo del Ministerio de Transporte, a través de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) El grupo de segunda ola del Programa de Cuarta Generación de Concesiones Viales, desarrolla corredores viales de los departamentos de Atlántico, Bolívar, Boyacá, Casanare, Cauca, Cundinamarca, Huila, Meta, Nariño, Putumayo, Santander, Sucre, y Tolima. El alcance de las obras a	1. Adaptar los lineamientos de política aprobados en el Conpes 3760 de 2013, en la priorización de los ocho (8) proyectos de Segunda Ola presentados en este documento.(Noviembre 2014 a Diciembre 2015). 2. Solicitar al Ministerio de Transporte y a la Agencia Nacional de Infraestructura realizar las acciones necesarias para tramitar la aprobación de vigencias futuras requeridas para la ejecución de los ocho proyectos Segunda Ola, con cargo al espacio fiscal del sector transporte y el cupo de Vigencias Futuras definidas en el CONPES 3808 de 2014. (Noviembre 2014 a Diciembre 2015). 3. Solicitar a la Agencia Nacional de Infraestructura aplicar en los proyectos de Segunda Ola la estructuración por unidades funcionales, a que hacen referencia el artículo 5 del Decreto 1467 de 2012 y el Decreto 1026 de 2014.

				realizar varía en cada uno de los proyectos de acuerdo a las necesidades y requerimientos de cada corredor vial. Se definieron actividades como construcción de segundas y dobles calzadas, mejoramiento y rehabilitación de la vía existente y construcción de variantes, túneles, viaductos e intersecciones.	(Noviembre 2014 a Diciembre 2015) 4. Solicitar al Ministerio de Transporte y a la Agencia Nacional de Infraestructura adelantar las gestiones sociales y administrativas necesarias para la oportuna instalación de las nuevas casetas de peajes, de acuerdo con la normatividad vigente. (Enero 2015 a Diciembre de 2021).
--	--	--	--	---	--

Fecha	No.	Nombre del documento	Entidades que intervienen	Objeto	Recomendaciones
3 de Julio de 2014	174	Adopción de la medida correctiva de asunción temporal de la competencia de la prestación del servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media en el departamento del chocó en aplicación del decreto ley 028 de 2008.	Ministerio de Educación Nacional, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación.	El presente documento somete a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social – Conpes, el informe de seguimiento a la medida correctiva de asunción temporal de competencia en el sector educativo para el departamento del Chocó. El seguimiento evidencia que a pesar de las acciones del Gobierno Nacional para fortalecer al Departamento del Chocó, con el objetivo de contar con una adecuada prestación del servicio educativo, persisten riesgos asociados al no cumplimiento de las obligaciones por parte de la entidad territorial. Por consiguiente se recomienda renovar la medida de asunción temporal de competencia en el sector educativo al	1. Aprobar el presente documento sobre la adopción de la medida correctiva de asunción temporal de la competencia de la prestación del servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media en el Departamento del Chocó, en virtud de lo establecido en el artículo 14 del Decreto Ley 028 de 2008. Solicitar a la Dirección General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de la Dirección de Apoyo Fiscal (DAF): 3. La expedición del Acto Administrativo por la cual se adopta la medida correctiva de asunción temporal de la competencia de la prestación del servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media en el Departamento del Chocó, en virtud de lo señalado en el artículo 14 del Decreto Ley 028 de 2008, el artículo 18 del Decreto 2911 de 2008 y el Decreto 791 de 2009. Solicitar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público: 6. La asignación de los recursos del Presupuesto General de la Nación al Ministerio de Educación Nacional, de acuerdo a las necesidades previstas en presente documento CONPES, para asumir la competencia temporal de administrar la prestación del servicio educativo en el Departamento del Chocó en las vigencias correspondientes.

				departamento del Chocó, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 del Decreto Ley 028 de 2008 y sus normas reglamentarias.	Solicitar al Ministerio de Educación Nacional: 7. Implementar la estrategia operativa que permita la asunción temporal de la competencia, conformar el equipo de trabajo, y definir los procesos y procedimientos para asegurar la prestación del servicio educativo. Sugerir al Departamento del Chocó: 12. Programar y ejecutar las acciones señaladas en el Decreto Ley 028 de 2008, y en el presente documento que le permitan cumplir con las condiciones exigidas para reasumir la competencia de la prestación del servicio educativo y eliminar los eventos de riesgo identificados.
--	--	--	--	--	---

Fecha	No.	Nombre del documento	Entidades que intervienen	Objeto	Recomendaciones
3 de Julio de 2014	173	Lineamientos para la generación de oportunidades para los jóvenes	Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el Ministerio de Trabajo, el Ministerio de Educación Nacional, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, y el Departamento Nacional de Planeación.	El presente documento presenta lineamientos generales para la formulación, implementación y seguimiento de una estrategia para propiciar una adecuada inserción de los adolescentes y jóvenes en el ámbito socioeconómico. Esta población presenta restricciones para completar un óptimo proceso de acumulación de capital humano y social que le permita insertarse en el mercado laboral en condiciones favorables. El objetivo principal consiste en implementar estrategias que garanticen el tránsito de los jóvenes al mundo laboral y productivo en condiciones de calidad, estabilidad, y protección especial en los aspectos que se requieran. Las líneas de acción se enmarcan en las dimensiones de capital social, educación y mercado laboral e inserción productiva. Participan los ministerios	<ol style="list-style-type: none"> 1. Aprobar los lineamientos para la Generación de Oportunidades para los Jóvenes presentados en este documento y solicitar a las entidades involucradas su adecuada y oportuna implementación. 2. Solicitar a las entidades del Gobierno Nacional involucradas en este Conpes priorizar los recursos para la puesta en marcha del plan de acción contenido en este documento, acorde con el Marco de Gasto de Mediano Plazo del respectivo sector. 3. Solicitar a las entidades del Gobierno Nacional involucradas en este Conpes proporcionar información válida y oportuna para nutrir el Portal Si Joven a través del Programa Presidencial Colombia Joven, particularmente en los temas de capital social, formación, empleabilidad y emprendimiento. 4. Solicitar al Ministerio del Trabajo ejecutar las diversas acciones contempladas en el presente documento con respecto a la promoción de la empleabilidad y del trabajo decente de los jóvenes. 5. Solicitar al Ministerio de Educación dar prioridad a las acciones descritas en el presente documento para disminuir la deserción, mejorar la

				de Trabajo, Educación, Agricultura, Comercio, Industria y Turismo, Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el Programa Presidencia Colombia Joven, el Departamento para la Prosperidad Social, el ICBF y el SENA principalmente.	calidad y fortalecer el tránsito entre los distintos niveles educativos y la formación para el trabajo y desarrollo humano.
--	--	--	--	--	---

Fecha	No.	Nombre del documento	Entidades que intervienen	Objeto	Recomendaciones
21 de Octubre de 2014	3819	Política nacional para consolidar el sistema de ciudades en Colombia	Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural; el Ministerio de Trabajo; el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible; el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio; el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; el Ministerio de Transporte; el Ministerio del Interior y el Departamento Nacional de Planeación.	El presente documento somete a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social – Conpes la “Política Nacional para Consolidar el Sistema de Ciudades en Colombia”, dada la importancia de las ciudades para el desarrollo económico, social y ambiental del país y sus regiones; y sus aportes para el desarrollo del campo. La política se enmarca en lo establecido por la Ley Orgánica de Ordenamiento	1. Aprobar la Política Nacional para la Consolidación del Sistema de Ciudades en Colombia y adoptar la caracterización preliminar del Sistema de Ciudades en sus procesos de planeación y focalización de programas y proyectos. 2. Aprobar el plan de acción presentado en este documento y solicitar a las entidades involucradas su adecuada y oportuna implementación. Solicitar al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio: 4. Formular visiones de largo plazo para las aglomeraciones y corredores urbanos que articulen las diferentes acciones que se plantean en este documento. 5. Coordinar la estructuración y formulación de un Plan Director de Agua Potable y Saneamiento Básico para el Sistema de Ciudades. Solicitar al Ministerio de Transporte: 9. Priorizar dentro del Plan Nacional de Desarrollo 2014 - 2018 y en los planes sectoriales de mediano y largo plazo, la consolidación de la red nacional multimodal, que garantice la conectividad de las principales aglomeraciones urbanas, de estas con los puertos y zonas con potencial desarrollo productivo, y la articulación de zonas urbanas y rurales, promoviendo la intermodalidad. Solicitar al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones: 11. Establecer una política de promoción para el desarrollo de ciudades inteligentes planificadas a mediano y largo plazo, asegurando una adecuada integración y gestión de proyectos TIC, como eje transversal para su constitución. Solicitar al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo: 13. Trabajar en la articulación de políticas nacionales para mejorar la productividad en materia de apuestas productivas, incentivos de ciencia y tecnología, oportunidades comerciales y formación para el trabajo, en el Sistema de Ciudades. Solicitar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público: 14. Apoyar el fortalecimiento de los instrumentos fiscales en el Sistema de Ciudades y diseñar estrategias diferenciales para el

			<p>Territorial (LOOT)²⁶¹, que en materia de ordenamiento territorial le fija a la Nación la competencia de definir los lineamientos del proceso de urbanización y el Sistema de Ciudades; y en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo "Prosperidad para todos"²⁶², que indicó la importancia de formular una política de largo plazo para consolidar un Sistema de Ciudades que aproveche de mejor manera los beneficios de la urbanización y de la aglomeración, y a su vez que considere una mayor integración regional.</p>	<p>apalancamiento financiero de las ciudades a partir de los instrumentos tributarios existentes. Solicitar al DANE y al IGAC: 15. Priorizar la ampliación de las coberturas de información estadística y espacial de manera armónica con la definición preliminar del Sistema de Ciudades (aglomeraciones y ciudades uninodales) propuesto en el presente documento. Sugerir a los municipios y distritos, departamentos y áreas metropolitanas: 16. Crear Autoridades Únicas de Transporte de escala supramunicipal. Sugerir a los Departamentos municipios y distritos: 19. Adelantar las acciones requeridas y gestionar recursos provenientes de fuentes tales como SGR y SGP, para cofinanciar proyectos de impacto regional, que contribuyan a la consolidación del Sistema de Ciudades.</p>
--	--	--	--	---

Fecha	No.	Nombre del documento	Entidades que intervienen	Objeto	Recomendaciones
2 de Octubre de 2014	3815	Declaración de importancia estratégica del proyecto "Inversiones operador público de	Departamento Nacional de Planeación (DNP), el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de	A través del presente documento, se somete a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social - Conpes, la declaratoria de importancia estratégica del proyecto "Inversiones Operador Público de Televisión" de	1) Declarar de importancia estratégica el proyecto "Inversiones Operador Público de Televisión" a través de cuya implementación se busca asegurar el cubrimiento del servicio universal de las señales abiertas de televisión abierta

²⁶¹ Ley 1454 del 2011, "Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones".

²⁶² Ley 1450 del 2011, "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010 - 2014".

		tv" para garantizar el servicio universal de televisión.	Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.	conformidad con lo establecido en la Ley 819 de 2003 ^[263] y el Decreto 4730 de 2005 ^[264] , en relación con los proyectos cuya ejecución supera el período de gobierno considerando que desarrollan las prioridades sectoriales definidas en el Plan Nacional de Desarrollo 2010 - 2014 "Prosperidad para Todos" – PND – y en el Plan Vive Digital Colombia 2014 - 2018. En el marco de lo establecido en el artículo 365 de la Constitución Nacional y las leyes 182 de 1995 ^[265] y 1507 de 2012 ^[266] , el PND establece la necesidad de asegurar el cubrimiento en todo el territorio nacional de la televisión abierta nacional y regional y garantizar el acceso a la información y al servicio de televisión a todos los habitantes del territorio nacional. Acorde con ello, el proyecto "Inversiones Operador Público de TV" plantea los lineamientos de política, estrategias, acciones y medidas regulatorias para el desarrollo del Servicio Universal de Televisión, cuyo propósito es llevar las señales de televisión	nacional y regional, de conformidad con la Ley 819 de 2003 y el Decreto 4730 de 2005. 2) Solicitar a la Autoridad Nacional de Televisión - ANTV, realizar las acciones necesarias para adelantar el trámite correspondiente para la aprobación de vigencias futuras requeridas para la total financiación y ejecución del proyecto, acorde con el Marco de Gasto de Mediano Plazo del sector. 3) Solicitar al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en coordinación con la autoridad competente, analizar a partir del año cuarto de prestación del servicio, el desarrollo y efectividad del mismo, con el fin de garantizar la continuidad en su prestación después del décimo año de operación. 5) Solicitar a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, el estudio y, de considerarlo necesario, la definición de las
--	--	--	---	--	---

²⁶³ La Ley 819/03, por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones, establece: "Artículo 11. Vigencias futuras excepcionales. El artículo 3º de la Ley 225 de 1995 quedará así: El Consejo Superior de Política Fiscal, Confis, en casos excepcionales para las obras de infraestructura, energía, comunicaciones, aeronáutica, defensa y seguridad, así como para las garantías a las concesiones, podrá autorizar que se asuman obligaciones que afecten el presupuesto de vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización. El monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas deberán consultar las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo del que trata el artículo 1º de esta ley. La secretaría ejecutiva del Confis enviará trimestralmente a las comisiones económicas del Congreso una relación de las autorizaciones aprobadas por el Consejo, para estos casos. Para asumir obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras, los contratos de empréstito y las contrapartidas que en estos se estipulen no requieren la autorización del Consejo Superior de Política Fiscal, Confis. Estos contratos se registrarán por las normas que regulan las operaciones de crédito público".

²⁶⁴ El Decreto 4730 del 2005, indica en el "Artículo 23. Viabilidad fiscal para la aprobación de vigencias futuras excepcionales. Los proyectos de inversión que requieran vigencias futuras excepcionales y superen el respectivo período de Gobierno, deben contar con el aval fiscal por parte del Confis", antes de su declaratoria de importancia estratégica por parte del Conpes.

²⁶⁵ "Por la cual se reglamenta el servicio de la televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforman la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones". Y derogada por el artículo 32 de la Ley 1150 del 2007 en lo que resulte contrario a ésta.

²⁶⁶ Por la cual se establece la distribución de competencias entre las entidades del Estado en materia de televisión y se dictan otras disposiciones.

				<p>abierta nacional y regional a la totalidad de la población colombiana.</p> <p>En ese sentido, este documento Conpes contiene los lineamientos dirigidos a desarrollar e implantar en Colombia la televisión social bajo el concepto de servicio universal, que contribuya a garantizar el acceso de toda la población al servicio público de televisión abierta nacional y regional, y a definir las soluciones institucionales y financieras requeridas para asegurar su sostenibilidad.</p> <p>Para lo anterior, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) y Radio Televisión de Colombia (RTVC), plantean como principal línea de acción, la contratación de servicios satelitales (DTH) por diez (10) años, la prestación del servicio a través de este, así como la coordinación con las entidades del Gobierno Nacional para llevar a cabo las acciones complementarias para potenciar el impacto de la política de universalización del servicio de televisión. Los recursos estimados para el financiamiento del proyecto DTH Social provienen del Fondo para el Desarrollo de la Televisión y los Contenidos (FONTV) y ascienden aproximadamente a \$70.413 millones de pesos corrientes.</p>	<p>características técnicas necesarias de los equipos para la recepción del servicio de televisión satelital prestado por RTVC en el territorio colombiano y parámetros de calidad en la prestación del servicio de televisión satelital.</p>
--	--	--	--	---	---

Fecha	No.	Nombre del documento	Entidades que intervienen	Objeto	Recomendaciones
08 de Julio de 2014	3814	Plan operativo anual de inversiones vigencia 2015	Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación.	El presente documento somete a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social – Conpes, previo análisis y concepto sobre sus implicaciones fiscales por parte del Consejo	<ol style="list-style-type: none"> 1. Aprobar el Plan Operativo Anual de Inversiones para la vigencia fiscal 2015. 2. Solicitar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público

				<p>Superior de Política Fiscal – CONFIS, el Plan Operativo Anual de Inversiones – POAI para la vigencia fiscal 2015^[267]. Este documento ha sido elaborado con base en los proyectos registrados antes del 1º de Junio de la presente vigencia, de acuerdo con el artículo 16 del Decreto 2844 de 2010^[268], y las propuestas de gasto de inversión presentadas por las entidades que hacen parte del Presupuesto General de la Nación.</p> <p>Así, este Plan Operativo una vez aprobado por el Conpes, se incluirá como componente de gasto de inversión en el Proyecto de Ley de Presupuesto General de la Nación^[269] que se presentará al Congreso de la República dentro de los diez primeros días de la legislatura 2014 - 2015, el cual está enmarcado dentro de las metas y supuestos macroeconómicos del Marco Fiscal de Mediano Plazo para el periodo 2015 - 2025 presentado al Congreso de la República el 13 de Junio del presente año.</p>	<p>– Dirección General de Presupuesto Público Nacional, incorporar el Plan Operativo Anual de Inversiones 2015 como parte del Proyecto de Presupuesto General de la Nación que se presentará al Congreso de la República.</p>
--	--	--	--	--	---

Fecha	No.	Nombre del documento	Entidades que intervienen	Objeto	Recomendaciones
10 de Julio de 2014	3813	Marco de gasto de mediano plazo 2015 - 2018	Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación.	<p>El Marco de Gasto de Mediano Plazo (MGMP) es el instrumento público de programación financiera que permite articular el diseño de políticas, la planeación macroeconómica y fiscal en el mediano plazo y la programación presupuestal anual.</p> <p>Este documento da cumplimiento a lo dispuesto en la normatividad vigente,</p>	<p>1. Aprobar las metas de gasto propuestas para los años 2015 a 2018 contenidas en este documento, consistentes con las metas de balance primario establecidas en el Marco Fiscal de Mediano Plazo 2014.</p> <p>2. El desarrollo de las políticas y</p>

²⁶⁷ En virtud de lo señalado por el numeral 2 del artículo 26 del Estatuto Orgánico del Presupuesto.

²⁶⁸ Por el cual se reglamentan normas orgánicas de presupuesto y del plan nacional de desarrollo.

²⁶⁹ El artículo 37 del Estatuto Orgánico del Presupuesto señala: “El Ministerio de Hacienda y Crédito Público - dirección general del presupuesto nacional en el proyecto de ley incluirá los proyectos de inversión relacionados en el plan operativo anual, siguiendo las prioridades establecidas por el Departamento Nacional de Planeación, en forma concertada con las oficinas de planeación de los órganos hasta la concurrencia de los recursos disponibles anualmente para los mismos” (L. 38/89, art. 33; L. 179/94, art. 55, inc. 3º y 18).

			<p>especialmente en la Ley 1473 de 2011, por la cual se establece la adopción de la regla fiscal para el manejo de las finanzas públicas nacionales, el Decreto 4730 de 2005, modificado por el Decreto 1957 de 2007, y el Acto Legislativo 03 de 2011, que modificó los artículos 334, 339 y 346 de la Constitución Política, según los cuales, la intervención del Estado en la economía debe realizarse en un contexto de sostenibilidad de las finanzas públicas^[270].</p> <p>Con base en estos principios y lineamientos se considera en el Marco Fiscal de Mediano Plazo (MFMP) de 2014 que la estrategia fiscal de mediano plazo para los próximos diez años permitirá reducir el déficit del Gobierno Nacional Central (GNC) en - 2,4% del PIB en 2014, y llevarlo a un superávit de - 1,0% del PIB en el 2022 y mantenerlo en este valor hasta 2025, de acuerdo con las metas señaladas en la Regla Fiscal (Ley 1473 de 2011). Esta mejora es el resultado del ahorro de una parte de los ingresos extraordinarios del petróleo y la minería por parte del gobierno y las regiones, como también del mayor recaudo esperado por el efecto del crecimiento previsto de la economía, los efectos positivos de la reforma tributaria (Ley 1607 de 2012), la mejor gestión tributaria, y la responsabilidad con que se ha venido gestionando la política presupuestaria.</p>	<p>programas de gasto para el período señalado deberán ser consistentes con los techos de gasto definidos en este documento y los establecidos en el Marco Fiscal de Mediano Plazo.</p> <p>3. Autorizar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Departamento Nacional de Planeación para que en los eventos en que se identifiquen recursos adicionales a los que soportan el presente Documento y que no varíen las metas de déficit establecidas para el GNC en el MFMP, ajusten los techos de los sectores.</p>
--	--	--	--	---

Fecha	No.	Nombre del documento	Entidades que intervienen	Objeto	Recomendaciones
3 de Julio de 2014	3812	Importancia estratégica de los proyectos de inversión: construcción adecuación y dotación de escenarios deportivos para juegos nacionales e	Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre – COLDEPORTES, el Ministerio de Hacienda y Crédito	A través del presente documento se somete a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social – Conpes, la declaratoria de importancia estratégica de los proyectos de inversión “Construcción, Adecuación y Dotación de Escenarios Deportivos para Juegos Nacionales e	1. Declarar de importancia estratégica para el país los proyectos de inversión “Construcción, Adecuación y Dotación de Escenarios Deportivos para Juegos Nacionales e Internacionales en Colombia”, y “Apoyo a la Organización y Realización de los Juegos Deportivos Nacionales y Paranacionales

²⁷⁰ El artículo 8º de la Ley 1473 del 2011 establece que el Marco de Gasto de Mediano Plazo se revisará anualmente.

		internacionales en Colombia y apoyo a la organización y realización de los juegos deportivos nacionales y paranales en Colombia	Público y el Departamento Nacional de Planeación.	Internacionales en Colombia" y "Apoyo a la Organización y Realización de los Juegos Deportivos Nacionales y Paranales en Colombia "a cargo del Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre – COLDEPORTES, con el fin de garantizar la organización logística y el desarrollo de las obras de los escenarios deportivos donde se realizarán los XX Juegos Deportivos Nacionales y IV Juegos Paranales, en los departamentos de Chocó (Quibdó, Acandí, Itsmina y Bahía Solano) y Tolima (Ibagué, Líbano, Chaparral, Espinal, Melgar y Prado).	en Colombia, a cargo del Coldeportes. 2. Solicitar a Coldeportes adelantar el trámite correspondiente ante el Departamento Nacional de Planeación, para la aprobación de las vigencias futuras requeridas para tal fin y realizar las acciones necesarias para ejecutar los recursos de inversión de los citados proyectos de Planeación que, en el Marco de Gasto de Mediano Plazo, se prioricen los recursos para la ejecución de los proyectos de inversión declarados como estratégicos en el presente documento.
Fecha	No.	Nombre del documento	Entidades que intervienen	Objeto	Recomendaciones
19 de Junio de 2014	3809	Concepto favorable a la nación para contratar un empréstito externo con la banca multilateral, hasta por la suma de US\$ 100 millones o su equivalente	Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Educación Nacional, y el Departamento Nacional de Planeación.	De conformidad con lo establecido en la Ley 80 de 1993 ^[271] , en el Decreto 2681 de 1993 ^[272] , este documento presenta a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social – Conpes el concepto favorable para que la Nación contrate un empréstito externo con la banca multilateral, hasta por la suma de cien millones de	1. Emitir concepto favorable a la Nación para contratar un empréstito con la banca multilateral hasta por la suma de US \$100 millones, o su equivalente en otras monedas, destinado a financiar el proyecto "Fortalecimiento de la Educación Media y Tránsito a la Educación Terciaria en Colombia". 2. Solicitar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al

²⁷¹ Ver parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

²⁷² El Decreto 2681 de 1993, por el cual se reglamentan parcialmente las operaciones de crédito público, las de manejo de la deuda pública, sus asimiladas y conexas y la contratación directa de las mismas, establece: **"Artículo 2º.- Celebración de operaciones a nombre de la Nación.** Se celebrarán a nombre de la Nación, las operaciones de crédito público, las operaciones asimiladas, las operaciones de manejo de la deuda y las conexas con las anteriores, de las siguientes entidades estatales: Los Ministerios, los Departamentos Administrativos, las Superintendencias, las Unidades Administrativas Especiales, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Senado de la República, la Cámara de Representantes y los demás organismos y dependencias del Estado del orden nacional que carezcan de personería jurídica y a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos". **"Artículo 8º. Empréstitos externos de la Nación.** La celebración de contratos de empréstito externo a nombre de la Nación, requerirá:
a) Autorización para iniciar gestiones, impartida mediante resolución del Ministerio de hacienda y Crédito Público, la cual podrá otorgarse una vez se cuente con:
1.- Concepto favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social Conpes; y,
2- Concepto de la Comisión de Crédito Público si el empréstito tiene plazo superior a un año.
b) Autorización para suscribir el contrato impartida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con base en la minuta definitiva del mismo".

		en otras monedas, destinado a financiar el proyecto de fortalecimiento de la educación media y tránsito a la educación terciaria en Colombia		dólares (US\$100.000.000) o su equivalente en otras monedas, destinados a financiar el proyecto de "Fortalecimiento de la Educación Media y Tránsito a la Educación Terciaria en Colombia". El proyecto tiene como objetivo diseñar una nueva arquitectura para la educación media con el fin de mejorar la cobertura, permanencia y graduación de estudiantes de las instituciones educativas focalizadas. Asimismo, el proyecto Busca ampliar las oportunidades de acceso, tránsito y permanencia de los jóvenes en la educación terciaria, especialmente para aquellos con menores condiciones socioeconómicas. El documento está organizado en cinco secciones, incluyendo ésta introducción. La segunda sección presenta los antecedentes asociados al proyecto. En la tercera parte se presenta la justificación técnica, económica y social del proyecto así como una evaluación de las alternativas de financiación. En el cuarto apartado se lleva a cabo una descripción general del proyecto incluyendo su objetivo, componentes, costos, desembolsos, esquema institucional y los indicadores respectivos. Finalmente, se exponen las recomendaciones relacionadas con la ejecución del proyecto.	Ministerio de Educación Nacional y al Departamento Nacional de Planeación, adelantar los trámites y gestiones necesarias para la concreción de la operación de crédito de acuerdo con la normativa vigente. 4. Solicitar al Ministerio de Educación Nacional realizar las gestiones necesarias para que las Gobernaciones realicen los aportes de recursos de contrapartida del proyecto ^[273] . 6. Solicitar al Ministerio de Educación Nacional coordinar con el Departamento Nacional de Planeación, a través de la Dirección de Evaluación y Seguimiento de Políticas Públicas, el diseño de una evaluación del proyecto a financiar. 7. Sugerir a las Gobernaciones adelantar las acciones necesarias para garantizar los recursos correspondientes a la financiación del proyecto.
--	--	--	--	--	--

Fecha	No.	Nombre del documento	Entidades que intervienen	Objeto	Recomendaciones
11 de septiembre de 2014	175	Sistema general de participaciones	Ministerio de Hacienda y Crédito	En este documento Conpes se presentan los resultados del ejercicio	1. Aprobar la distribución territorial y sectorial del Sistema General de Participaciones de 2014 justificada en

²⁷³ Según lo que sea definido en los convenios a celebrarse entre el MEN y los departamentos participantes.

	<p>vigencia 2014: Distribución de recursos pendientes de doce doceavas de la participación de educación por concepto de población atendida Distribución cuatro onceavas de la participación de salud, componente de prestación de servicios de salud- prestación de servicios a la población pobre no asegurada y actividades no cubiertas con subsidios a la demanda Ajuste a la distribución de la participación de propósito general</p>	<p>Público, el Ministerio de Educación Nacional, el Ministerio de Salud y Protección Social, y el Departamento Nacional de Planeación.</p>	<p>de distribución del Sistema General de Participaciones -SGP de la vigencia 2014. Para el componente de Educación se realiza una distribución parcial por concepto de población atendida; para el componente de Salud, se realiza una distribución de las cuatro onceavas restantes para la prestación de servicios a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y actividades no cubiertas con subsidios a la demanda (PPNA), lo anterior se debe a que en el Conpes 171 de 2014 se realizó la distribución parcial de siete de las onceavas de la vigencia 2014; y se realiza un ajuste a la participación de Propósito General por las siguientes razones: i) actualización del registro de categorización por parte del Ministerio del Interior, ii) ajuste a la refrendación de los Ingresos Tributarios por parte de la Contaduría para el caso de un municipio, y iii) el ajuste a la destinación de los recursos de las once doceavas de la participación de Propósito General asignados por el Conpes 172 de 2014, debido a la nueva certificación realizada por la Dirección de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y</p>	<p>este documento 3. Solicitar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público: Realizar los giros correspondientes, conforme a lo aprobado en el presente documento y de acuerdo con la normatividad vigente. Adoptar las medidas pertinentes para la devolución de los recursos de la Participación de Propósito General de los 69 municipios para los cuales certificó el cubrimiento de la provisión de sus pasivos pensionales y que fueron girados al FONPET. 4. Solicitar al Ministerio de Educación Nacional: Realizar los giros correspondientes conforme a lo aprobado en el presente documento y de acuerdo con la normatividad vigente. Realizar el seguimiento a los recursos distribuidos en este documento. 5. Solicitar al Ministerio de Salud y Protección Social: Ajustar y realizar los giros de la Participación en salud de acuerdo con las asignaciones previstas en el presente documento. Brindar acompañamiento a las entidades territoriales para hacer seguimiento de los gastos con cargo al componente de prestación de servicios a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y actividades no cubiertas con subsidios a la demanda y analizar en el marco de los Planes Financieros Territoriales de Salud los recursos para la vigencia 2015. 6. Sugerir a las entidades territoriales: Realizar los ajustes presupuestales correspondientes y ejecutar los recursos del SGP acorde con la normatividad vigente y en forma eficiente, con el fin de evitar eventos de riesgo en el uso de los recursos o en la prestación de los servicios financiados con cargo a ello, establecidos en el Decreto 028 de 2008^[274].</p>
--	---	--	---	---

²⁷⁴ Por el cual se define la estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto que se realice con recursos del SGP.

				Crédito Público sobre el cumplimiento de la provisión del 125% del pasivo pensional.	
--	--	--	--	--	--

Fecha	No.	Nombre del documento	Entidades que intervienen	Objeto	Recomendaciones
22 de diciembre de 2014	3823	Sistema integrado de transporte masivo para el distrito de Cartagena D.T. y C.- seguimiento y modificación	Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Transporte y el Departamento Nacional de Planeación	Este documento presenta para conocimiento del Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes), el proyecto "Sistema Integrado de Servicio Público Urbano de Transporte Masivo de Pasajeros del Distrito de Cartagena – Seguimiento y Modificación" en el cual se advierte la necesidad de ampliar el alcance de obras del SITM de la ciudad de Cartagena, adicionando los recursos necesarios para liberar el porcentaje de la tarifa que actualmente está destinado a patios y portales, así como incorporar la ejecución de infraestructura que garantice la dotación de estacionamientos para el 100% de la flota que operará el sistema, vías de precarga, paraderos y obras de señalización y señalética. (...) El proyecto se enmarca dentro del Programa Nacional de Transporte Urbano definido en el Documento CONPES 3260 de 2003 y responde a la necesidad de establecer un sistema de transporte que estructure el ordenamiento de la ciudad, presentando un seguimiento y modificación al alcance establecido en los documentos CONPES 3259 de 2003, 3368 de 2005 y 3516 de 2008.	1. Aprobar los lineamientos de participación de la Nación en el SITM de Cartagena, de conformidad con lo establecido en el presente documento Conpes. (Diciembre de 2014). 3. Solicitar al Ministerio de Transporte establecer, conjuntamente con el Distrito de Cartagena y Transcaribe S.A., un plan de acción que incluya las gestiones y metas que son responsabilidad del Distrito de Cartagena, acorde con el numeral VIII del presente documento Conpes.

Fecha	No.	Nombre del documento	Entidades que intervienen	Objeto	Recomendaciones
21 de noviembre de 2014	176	Sistema General de Participaciones vigencia 2014 - Participación	Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Educación	El presente documento somete a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes), la distribución de	1. Aprobar la asignación de los recursos para complemento a la población atendida, la distribución con destinación particular a garantizar la

		<p>para educación: asignación de recursos para complemento a la población atendida. Distribución de recursos complementarios a la población atendida, con destinación particular a garantizar la conectividad de los establecimientos educativos oficiales. Ajuste a la distribución de los recursos para gratuidad.</p>	<p>Nacional, y el Departamento Nacional de Planeación.</p>	<p>recursos del Sistema General de Participaciones (SGP) para Educación de la vigencia 2014, correspondiente a: i) complemento a la población atendida (asignación final); ii) asignación de recursos complementarios a la población atendida, con el fin de garantizar la conectividad en los establecimientos educativos oficiales; y iii) se realiza un ajuste a la distribución de recursos para gratuidad, efectuada en el documento Conpes 170 de 2014. Estas distribuciones se orientan en cada caso a las entidades territoriales certificadas en Educación, con base en las certificaciones remitidas por el Ministerio de Educación Nacional al Departamento Nacional de Planeación.</p>	<p>conectividad de los establecimientos educativos oficiales, y los ajustes a los recursos de gratuidad de la participación para Educación del Sistema General de Participaciones (SGP) 2014, justificada en este documento y presentada en los anexos. Solicitar al Ministerio de Educación Nacional:</p> <ol style="list-style-type: none"> 3. Realizar los giros correspondientes, conforme a lo aprobado en el presente documento y de acuerdo con la normatividad vigente. 4. Realizar el seguimiento a los recursos distribuidos en este documento. Sugerir a las entidades territoriales: 7. Realizar los ajustes presupuestales correspondientes y ejecutar los recursos del SGP, de acuerdo con la normatividad vigente y de forma eficiente, con el fin de evitar eventos de riesgo en el uso de los recursos o en la prestación de los servicios financiados con cargo a ello, establecidos en el Decreto 028 de 2008²⁷⁵. 8. Cumplir los lineamientos del Ministerio de Educación Nacional en relación con la orientación de los recursos asignados en este documento Conpes. 10. Acatar la circular que emita el Ministerio de Educación Nacional, referente a la destinación de los recursos de población atendida para el fortalecimiento de los sistemas de información, distribuidos por el presente documento.
--	--	--	--	--	---

²⁷⁵ "Por medio del cual se define la estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto que se realice con recursos del Sistema General de Participaciones".

Fecha	No.	Nombre del documento	Entidades que intervienen	Objeto	Recomendaciones
21 de Diciembre de 2015	3852	Reajuste de avalúos catastrales para la vigencia 2016.	Departamento Administrativo Nacional de Estadística, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, y el Departamento Nacional de Planeación.	<p>A través del presente documento se somete a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes) el reajuste a los avalúos catastrales para la vigencia 2016, de conformidad con el artículo 6^[276] de la Ley 242 de 1995^[277]. De acuerdo con la mencionada ley, el reajuste de los avalúos catastrales para predios Formados²⁷⁸ (urbanos y rurales) no podrá ser superior a la meta de inflación correspondiente al año para el que se define el incremento. Si los predios no han sido formados, el aumento podrá ser hasta del 130% de dicha meta.</p> <p>Por disposición de la Ley 101 de 1993^[279], para los predios rurales dedicados a actividades agropecuarias, el reajuste debe considerar el Índice de Precios al Productor para el Sector Agricultura, Ganadería, Caza y Pesca (IPPA), siempre y cuando su incremento porcentual anual resulte inferior a la meta de inflación. Por último, señalar que de acuerdo con la Ley 242 de 1995 los predios formados o actualizados durante el 2015, no se les aplicará el presente reajuste.</p> <p>En este contexto, el reajuste de avalúos catastrales propuesto del 3,0% aplica a todos los municipios, con excepción de Bogotá y los catastros descentralizados que decidan calcular un índice de valoración predial diferencial, de acuerdo</p>	<p>1. Aprobar los siguientes reajustes para los avalúos catastrales urbanos y rurales correspondientes a la vigencia de 2016:</p> <p>a. Los avalúos catastrales de los predios urbanos no formados y formados con vigencia de 1.º de enero de 2015 y anteriores, se reajustarán a partir del 1.º de enero de 2016 en tres punto cero por ciento (3,0%).</p> <p>b. Los avalúos catastrales de los predios rurales no formados y formados con vigencia de 1.º de enero de 2015 y anteriores, se reajustarán a partir del 1.º de enero de 2016 en tres punto cero por ciento (3,0%).</p> <p>c. Los predios urbanos y rurales formados o actualizados durante 2015, no tendrán los reajustes señalados en los literales a) y b). Los avalúos catastrales de los predios de que trata este literal entrarán en vigencia a partir del 1.º de enero de 2016, en los municipios o zonas donde se hubieren realizado.</p> <p>2. Solicitar al Departamento Nacional de Planeación, al Departamento Administrativo Nacional de Estadística y al Instituto Geográfico Agustín Codazzi continuar con el proceso de optimización del IVP, a través del ajuste de las metodologías en términos de ampliación de la cobertura rural de la muestra.</p> <p>3. Solicitar al Departamento Administrativo Nacional de Estadística y al Instituto Geográfico Agustín Codazzi incorporar la información de Bogotá en el cálculo del IVP para la consolidación del indicador a nivel nacional con fines estadísticos.</p> <p>5. Sugerir a las entidades territoriales que desarrollen las acciones necesarias para cofinanciar la actualización catastral, y mejorar la gestión local asociada a la facturación y cobro del Impuesto Predial Unificado.</p>

²⁷⁶ “Ajuste anual de la base. El valor de los avalúos catastrales se reajustarán anualmente a partir del 1º de enero de cada año, en un porcentaje determinado por el Gobierno nacional previo concepto del Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES). El porcentaje de incremento no podrá ser superior a la meta de inflación para el año en que se define el incremento. En el caso de los predios no formados el porcentaje de incremento podrá ser hasta el 130% de la mencionada meta”.

²⁷⁷ Por la cual se modifican algunas normas que consagran el crecimiento del índice de precios al consumidor del año anterior como factor de reajuste de valores, y se dictan otras disposiciones.

²⁷⁸ Remitirse al glosario para definición de formación catastral.

²⁷⁹ Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero.

				con lo previsto en el artículo 190 de la Ley 1607 de 2012 ^[280] .	
--	--	--	--	--	--

Fecha	No.	Nombre del documento	Entidades que intervienen	Objeto	Recomendaciones
26 de Junio de 2015	181	Sistema General de Participaciones. Distribución de los recursos para la atención integral de la primera infancia. Vigencia 2015.	Los Ministerios de Educación Nacional, Salud y Protección Social, Hacienda y Cultura, la Consejería Presidencial de Primera Infancia, el DNP, el DPS, el ICBF y la ANSPE, como entidades que conforman la Comisión Intersectorial para la Atención Integral a la Primera Infancia.	<p>El presente documento somete a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social la distribución de los recursos del Sistema General de Participaciones (SGP) para la atención integral de la primera infancia de la vigencia 2015, provenientes del crecimiento económico superior al 4% en 2013 (preliminar), 2011 y 2010 (definitivo).</p> <p>Los recursos para la atención integral a la primera infancia que se distribuyen en este documento Conpes ascienden a 171.328 millones de pesos^[281]. Esta distribución se realiza en estricto cumplimiento de lo establecido en el parágrafo transitorio 2° del artículo 4° del Acto Legislativo 04 de 2007, de la Ley 1176 de 2007^[282] y con base en las certificaciones remitidas al Departamento Nacional de Planeación (DNP) por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.</p> <p>La distribución de los recursos para la atención integral para la primera infancia, se realiza entre municipios, distritos y áreas no municipalizadas de los departamentos de Amazonas, Guainía y Vaupés, con base en la población de 0 a 6 años ponderada por el Índice de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI). Las líneas de inversión para la ejecución de estos recursos fueron aprobadas por el Consejo Nacional de Política Social, conforme a lo establecido en el artículo 14° de la mencionada Ley.</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Aprobar la distribución de los recursos para la atención integral de la primera infancia del Sistema General de Participaciones de la vigencia 2015. 2. Solicitar a la Dirección de Inversiones y Finanzas Públicas del DNP comunicar a los departamentos, distritos y municipios el monto correspondiente a su respectiva asignación para 2015, con base en los valores aprobados en este documento Conpes.

²⁸⁰ Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones.

²⁸¹ Certificación de programación del Sistema General de Participaciones 2015, remitida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, radicado interno del DNP 20146630363312 del 30 de julio del 2014.

²⁸² "Por la cual se desarrollan los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones".

Fecha	No.	Nombre del documento	Entidades que intervienen	Objeto	Recomendaciones
13 de Febrero de 2015	179	Sistema General de Participaciones. Distribución de las once doceavas de las participaciones para salud, agua potable y saneamiento básico, propósito general, y las asignaciones especiales: para municipios ribereños del río Magdalena, alimentación escolar, y resguardos indígenas. Vigencia 2015.	Ministerios de Salud y Protección Social, Educación, Vivienda Ciudad y Territorio, Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación.	<p>El presente documento somete a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes), la distribución de los recursos del Sistema General de Participaciones (SGP) para salud, agua potable y saneamiento básico, propósito general, y las asignaciones especiales para municipios ribereños del río Magdalena, alimentación escolar y resguardos indígenas de la vigencia 2015.</p> <p>El monto total del SGP que se distribuye en este documento Conpes asciende a \$11.309.511²⁸³ millones. La asignación especial de los recursos para el Fondo Nacional de Pensiones Territoriales (FONPET) por valor de \$801.113 millones (2,9%), serán distribuidos en el transcurso de la vigencia 2015. La presente distribución se realiza en estricto cumplimiento de la normatividad vigente y con base en las certificaciones remitidas al Departamento Nacional de Planeación.</p>	<p>1. Aprobar la distribución territorial y sectorial del SGP justificada en este documento y presentada en los anexos adjuntos.</p> <p>2. Solicitar a la Dirección de Inversiones y Finanzas Públicas del Departamento Nacional de Planeación comunicar a los departamentos, distritos y municipios la distribución y ajustes realizados en el presente documento.</p> <p>Solicitar al Ministerio de Salud y Protección Social:</p> <p>3. Realizar los giros de la SGP de salud de acuerdo con las asignaciones previstas en el presente documento.</p> <p>4. Brindar asistencia técnica a las entidades territoriales en la elaboración y actualización de los planes financieros territoriales.</p> <p>Solicitar al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio:</p> <p>8. Realizar los giros de la participación del sector de agua potable y saneamiento básico de acuerdo con lo aprobado en el presente documento.</p> <p>9. Establecer los lineamientos para que las entidades territoriales certificadas y descertificadas, puedan ejecutar adecuadamente los recursos del SGP para agua potable y saneamiento básico.</p> <p>Sugerir a las entidades territoriales:</p> <p>10. Realizar el presupuesto y ejecutar los recursos del SGP acorde con la normatividad vigente y en forma eficiente, aplicando las disposiciones presupuestales.</p> <p>11. Atender las directrices definidas en el presente documento en armonía con las disposiciones legales vigentes y las directrices de los diferentes Ministerios.</p>

²⁸³ Certificación de programación Sistema General de Participaciones 2015, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante oficio radicado interno DNP n° 20146630363312 del 30 de julio del 2014.