

**ANÁLISIS DE LA UTILIZACIÓN DEL SOFT LAW EN LA ARGUMENTACIÓN Y
JUSTIFICACIÓN DE PROVIDENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y
DEL CONSEJO DE ESTADO EN MATERIA DE AUTORIDADES
REGULATORIAS (2003-2019)**

NATALIA ROCIO FRANCO FUQUEN

**UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

Director: Dr. Manuel Alberto Restrepo Medina

2019

TABLA DE CONTENIDO

	Págs.
INTRODUCCIÓN	4
Problema y justificación	6
Pregunta de investigación	8
Hipótesis	8
Objetivo general	8
Objetivos específicos	8
Metodología	9
Marco Teórico-Conceptual	10
Estructura de la tesis	14
CAPÍTULO I. EL SOFT LAW ADMINISTRATIVO: NOCIÓN Y APROXIMACIÓN AL ANÁLISIS DE SU INCURSIÓN EN EL SISTEMA CLÁSICO DE FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	15
1.1. Acercamiento al sistema clásico de fuentes del derecho administrativo	15
1.2. Globalización a la orden del día: el derecho administrativo y su transformación	19
1.3. Conceptualización del <i>soft law</i> administrativo	24
1.4. Consecuencias de la aparición del <i>soft law</i> en el derecho administrativo	35
CAPÍTULO II. VARIACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO POR CUENTA DEL SOFT LAW: APRECIACIÓN DE SUS EFECTOS Y CONSECUENCIAS	39
2.1. Sistema de fuentes del derecho administrativo colombiano	39
2.2. Análisis de la irrupción del <i>soft law</i> en el derecho administrativo colombiano	54
2.2.1. La huida del derecho administrativo colombiano	54
2.2.2. La tecnificación del derecho administrativo colombiano	57
2.2.3. Del principio de legalidad al principio de juridicidad	60
2.3. Variación y complejización del sistema de fuentes en el sistema administrativo colombiano por cuenta su irrupción	63
2.3.1. Nuevas formas de interacción administrativa	63
2.3.2. El denominado test de ductilidad	64

2.3.3. Problemas jurídicos de cara a la implementación de la normalización	68
2.4. Mecanismos e instrumentos del <i>soft law</i> en el derecho administrativo colombiano	72
CAPÍTULO III. LAS AUTORIDADES REGULATORIAS EN COLOMBIA: ENTES DE ESTRUCTURACIÓN DISCUTIDA	82
3.1. Abordaje teórico de la crisis de la división tripartita del poder público	82
3.2. La mutación del Estado moderno: hacia el perfeccionamiento de un mecanismo de regulación	86
3.3. Acercamiento conceptual a las autoridades regulatorias en el derecho extranjero	95
3.4. Autoridades regulatorias en Colombia	103
CAPÍTULO IV. PROVIDENCIAS JUDICIALES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y DEL CONSEJO DE ESTADO COMO EVIDENCIA DE LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA FALLAR EN DERECHO EN MATERIA DE AUTORIDADES REGULATORIAS A PARTIR DEL AÑO 2003	114
4.1. Circular	117
4.2. Instrucción	148
4.3. Directiva	156
4.4. Protocolo	160
4.5. Documentos CONPES	166
4.6. Guía ambiental	173
4.7. Información al público	175
4.8. Responsabilidad social empresarial	177
4.9. Norma técnica	179
4.10. Reglamento técnico	182
4.11. Estudio técnico	184
4.12. Resultados individuales	189
4.13. Otros resultados	192
CONCLUSIONES	195
BIBLIOGRAFÍA	200

A Dios, el hacedor de cosas.

A mis papás, por todo y por siempre.

A Polo, por existir.

A mi director, por la guía.

A Rochi, por la compañía.

A la vida, por ser la creación más sublime del todo poderoso. Cada segundo se vive en exceso y por defecto.

AGRADECIMIENTOS

Sin lugar a dudas, la realización de este trabajo investigativo no hubiese sido viable sin la facilidad, comodidad y cariño que mis excepcionales padres me brindaron. Son seres maravillosos y únicos en el mundo. Todo mi amor y admiración para ellos por la familia que somos, con mis hermanos. Agradezco a Dios cada segundo por su existencia.

Por su parte resulta preciso indicar que el desarrollo profesional de cada persona deviene no solamente de sus apreciaciones intelectuales propias, sino también de una construcción de múltiples tutores y profesores que se va cruzando en el camino. Es por esto que, no puedo dejar de mencionar a mis más representativos referentes académicos y laborales como lo son el Doctor Juan Carlos Forero, el Doctor Juan Carlos Bejarano, el Doctor Lorenzo Acosta, la Doctora Julia Rey Bonilla y por supuesto mi director de tesis, el Doctor Manuel Alberto Restrepo Medina. Lo anterior, toda vez que los considero como mis más cercanos mentores de conocimiento y crecimiento.

Por último, no puedo dejar de agradecer a mi más próximo amigo, Sebastián Polo, por permanecer siempre paciente en momentos de suma conmoción. Esto es un logro para la posteridad.

RESUMEN

El objetivo de la presente obra consiste en identificar el uso por parte de los órganos de cierre de la jurisdicción constitucional y administrativa de instrumentos del *soft law* para decidir en derecho sus providencias en materia de autoridades regulatorias a partir del año 2003. Mediante un estudio exhaustivo que inicia sobre la reflexión de las diversas transformaciones del Estado tras el fin de la Guerra Fría que está marcado por el fenómeno de la globalización, atravesando una revisión juiciosa de las diversas implicaciones conceptuales y teóricas sobre el *soft law* y las autoridades administrativas independientes. Lo anterior deriva en un estudio sistematizado de las diversas providencias proferidas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. En ese sentido, este trabajo expone una visión actual y amplia del desarrollo del fenómeno del *soft law* como agente transformador del derecho administrativo colombiano dentro de un proceso de repensamiento del rol del Estado en las dinámicas sociales, jurídicas y políticas. Se espera que el lector pueda acceder a nuevas nociones de la materia, además de tener una aproximación multimodal de las nuevas tendencias del derecho administrativo en nuevos entornos que suponen retos organizacionales para el Estado.

PALABRAS CLAVES

Derecho Administrativo, *soft law* administrativo, globalización, autoridad administrativa independiente, Estado Regulator, Principio de legalidad, sistema de fuentes.

ABSTRACT

The main objective of this work consists on identify the use of instruments of soft law to decide in sentences about regulatory authorities since 2003, by the upper jurisdictional courts in constitutional and administrative law. Initially, within an exhaustive exam in which begins with the meditation about the diverse transformations of the modern State in the aftermath of the Cold War, which are influenced by globalization, throughout an deep study of the various conceptual and theoretical implications about soft law and independent administrative authorities. This derivates in a systematized of the different sentences given by the State Council and the Constitutional Court. Thus, this investigation exposes an actual and broad vision about the development on the phenomenon of soft law as a transformative agent of the Colombian administrative law, inside a rethinking process of the role of the State in the social, juridical and political dynamics. This work expects the reader could access to new thoughts about the subject, plus having a multimodal approach of the new trends of the administrative law on new stages, which supposes new organizational challenges for the State.

KEY WORDS

Administrative law, administrative soft law, globalization, and independent administrative authorities, regulatory State, legality principle, sources of law system.

INTRODUCCIÓN

Las sociedades cambian, evolucionan -¿o involucionan?- en sus estados y concepciones. La era actual es una era líquida, la “modernidad líquida” como la denomina Zygmunt Bauman. El nuevo orden económico es el eje transversal en el que se desarrollarán estas nuevas dinámicas de interacción; de ahí en adelante, las estructuras e instituciones mutan, varían y se transforman. Sin embargo, pareciera que la modernidad líquida pretendiera rencontrarse con nuevos sistemas estables que fueran finalmente confiables y sempiternos.

La ciencia jurídica, por supuesto, no ha sido ajena a esta realidad, el sistema clásico de fuentes del derecho administrativo en el caso colombiano se ha visto inmerso en una transformación que bien podría llegar a cuestionar su esencia, este sistema se caracterizaba por tener plenamente identificada la jerarquía y remisión a sus fuentes: la ley, el reglamento, la ordenanza y el acuerdo constituían las fuentes por antonomasia del ordenamiento jurídico colombiano en materia administrativa y sus operadores no cuestionaban dicha jerarquía.

Por cuenta de la inmersión de múltiples elementos al ordenamiento jurídico y de cambios paradigmáticos como la actual pretendida estructura de un Estado regulador esta práctica ha cambiado y su ruptura se da no solamente a partir de la incorporación de la Constitución Política colombiana de 1991 como fuente superior del ordenamiento, sino también en diversas regulaciones que resultan en fenómenos como el derecho administrativo blando o *soft law* administrativo, concepto que será el eje central de esta tesis.

El *soft law* es entendido como una composición de “*proposiciones prescriptivas que tienen la estructura de normas, pero que al mismo tiempo carecen de una fuerza obligatoria stricto sensu*”¹ Generalmente ha sido aceptado que el primer empleo del término como tal resulta del uso de la expresión por parte de Lord Arnold Duncan McNair – primer presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1959 a 1965 - para “*designar el derecho en forma de proposición o de principios abstractos, por oposición al hard law, derecho concreto, vivido u operativo*”².

Con base en lo anterior, se observa que el *soft law* se contrapone a lo que se conoce como *hard law*, es decir aquellas normas de carácter vinculante y de obligatorio cumplimiento con todo tipo de efectos en el ámbito jurídico. “*Sin embargo, esta contraposición no puede ser entendida como excluyente, precisamente porque el soft law debe su existencia al conjunto mismo de normas sólidas del grupo de normas del hard law*”³.

Por lo tanto, es de apreciar que los cambios a los que se ha visto enfrentado el modelo de Estado, actualmente concebido como un Estado regulador, también demuestran como consecuencia variaciones que derivan de escenarios como la globalización, la cual trae consigo la irrupción de mecanismos como el *soft law* en los ordenamientos jurídicos. Con

¹ Sarmiento, D. *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la administración*. Navarra, España. Thomson/Civitas. 2008. Página 96.

² Sánchez Pérez, A. *Las normas de derecho blando: un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial*. Bogotá. Universidad Externado. 2012. Página 19.

³ Sarmiento, D. *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la administración*. Navarra: Thomson/Civitas. 2008. Página 15.

base en esta consideración el marco de referencia del presente trabajo investigativo se apreciará desde la óptica del uso de estos instrumentos por las dos altas cortes colombianas en asuntos de la institucionalidad regulatoria en Colombia en un escenario globalizado, cuya apertura internacional se debe analizar desde el prototipo estatal actual.

PROBLEMA Y JUSTIFICACIÓN

El *soft law* se configura como “una irremediable apertura a la internacionalización y democratización del derecho administrativo”⁴, precisamente porque ese debilitamiento del sistema clásico de fuentes permite la entrada de nuevos actores que buscan inmiscuirse en la toma de decisiones y de elaboración de políticas públicas a través de medios que no tan esporádicamente resultan más legítimos que las normas emitidas por las autoridades competentes⁵.

Pero, así como la modernidad líquida pareciera aspirar a consolidar nuevos paradigmas destruyendo las viejas tradiciones y armando unos sólidos más permanentes, el *soft law* se manifiesta como una nueva forma de entender la aplicación y versatilidad del derecho administrativo, que se presenta como un propulsor de adaptación del derecho administrativo colombiano a las demandas de un contexto globalizado y volátil, interesado en temas de alta transversalidad, para que el orden jurídico colombiano no se relegue en la actualización de sus contenidos y exigencias internacionales⁶.

Frente a lo anterior, la doctrina ha identificado un fenómeno reciente de complejización de las fuentes del derecho administrativo que empieza a permear a la administración pública en diferentes escenarios, bien sea cuando decide políticas públicas o ejerce políticas legislativas, potestades reglamentarias y/o se basa en él para proferir sus decisiones. En el contexto, la doctrina ha establecido que la administración pública ha incorporado en la práctica diaria mecanismos e instrumentos distintos a los del sistema clásico y los ha utilizado para justificar y fundamentar sus actividades y determinaciones.

De esta forma, y dado que no se han hecho estudios de la presencia del fenómeno en la jurisprudencia colombiana, es pertinente presentar de qué manera se está dando la recepción y aplicación por parte de dos de las tres altas cortes del país en materia de autoridades regulatorias (estructura y funciones) tomando como límite temporal el año 2003, debido a que en ese año, Colombia se declara como un Estado regulador “... se ha producido un tránsito del Estado intervencionista al Estado regulador. En el caso colombiano, la decisión política de llevar a cabo ese tránsito fue formalizada como parte del programa de renovación de la Administración pública (2003), para cuya concreción se requería disponer de un diseño institucional apropiado (...)”. Lo anterior en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública (PRAP), cuyos criterios fundamentales se establecieron en el CONPES 3248⁷ y por tanto algunas de sus instituciones fueron recepcionadas, reformadas y adaptadas a este nuevo modelo, por lo que serán un actor importante para la evolución y consolidación de un paradigma regulatorio.

⁴ Colmegna, P. D. *Impacto de las normas de soft law en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos*. Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Ambrosio Lucas Gioja., 2012. Páginas 27-47. En Medina González, K. *La presencia del soft law en el derecho administrativo colombiano. Los documentos Conpes como manifestación del soft law en Colombia*. Tesis de Maestría. Bogotá: Repositorio de la Universidad del Rosario. 2015. Página 5.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ Restrepo Medina, M. A., & López Cárdenas, C. M. *Adecuación de la administración pública colombiana al modelo de Estado regulador*. Bogotá. Editorial Universidad del Rosario. 2015. Página 1 y 11.

A pesar de ello, las autoridades administrativas colombianas que pretendían ser autoridades administrativas reguladoras y por sustracción de materia, independientes no ostentan las características propias de un ente regulatorio autónomo, frente a lo cual Restrepo postula:

Lo cual refleja que el proceso de adecuación de la estructura administrativa del Estado colombiano al modelo regulatorio dista bastante de lo que tal adopción requiere para operar apropiadamente y que el camino institucional por recorrer para alcanzar dicho objetivo aún exige afinamientos significativos tendentes a garantizar la independencia y profesionalidad de sus órganos regulatorios⁸.

Por lo anterior, resulta oportuno tomar como objeto de estudio la definición y entendimiento de la estructura y funciones de las autoridades regulatorias colombianas a la luz de las dos altas cortes colombianas que toman como base mecanismos del *soft law* para fundamentar el esqueleto de estas entidades administrativas independientes: la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

En concordancia con lo anterior, se puede afirmar que el sistema de fuentes en el derecho administrativo colombiano se ha complejizado: una de sus más claras manifestaciones se ve plasmada en el múltiple uso de instrumentos que se caracterizan por no ser *hard law*, si no por ostentar una naturaleza jurídica diferente conocida como el *soft law*. La fuente entendida como el elemento que condiciona los comportamientos y patrones de conducta de una sociedad determinada y se estatuye como una herramienta de interpretación de los jueces.

Dicha manifestación ha derivado en un cambio de fuentes del derecho administrativo colombiano, que este deberá poder afrontar sin poner en riesgo ciertos postulados y principios generales, como el principio de legalidad y la seguridad jurídica, por lo que su estudio en el ámbito colombiano resulta oportuno dada su inserción en la justificación y argumentación de las sentencias de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado colombianos.

Aunado a lo anterior, es pertinente el estudio de la forma como las altas cortes han analizado e implementado las cuestiones atinentes a la estructura y funciones de las autoridades regulatorias a partir del año 2003. Esto porque, como ya se mencionó, Colombia se vio inmerso en un tránsito de paradigma de un Estado intervencionista a uno regulador en ese año conforme a los postulados del PRAP o Programa de Renovación de la Administración Pública⁹.

⁸ Íbid. Página 216.

⁹ Restrepo Medina, M. A., & López Cárdenas, C. M. *Adecuación de la administración pública colombiana al modelo de Estado regulatorio*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2015. Página 11.

PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

Con base en lo descrito en el acápite anterior, se plantea la siguiente pregunta:

¿Qué tanto se ha utilizado el *soft law* en la argumentación y justificación de las sentencias del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional en materia de autoridades regulatorias a partir de 2003?

HIPÓTESIS

El sistema de fuentes del derecho administrativo colombiano ha aumentado su nivel de complejidad por medio de las manifestaciones de *soft law* en diversos ámbitos, entre ellos, en la argumentación de las providencias judiciales de los operadores de dos de las tres altas cortes colombianas en materia de entes reguladores, lo que puede llegar a cuestionar o poner en riesgo principios como la seguridad jurídica o el principio de legalidad y como consecuencia se constituye en un reto que debe analizarse a partir de la exigencia de adaptabilidad a la que el derecho administrativo colombiano se estaría enfrentando actualmente.

Tradicionalmente, el sistema de fuentes colombiano contaba con una estructura y jerarquía aceptada y definida, como más adelante se entrará a exponer. Sin embargo, la pirámide se ha modificado en la medida en que las entidades estatales han iniciado un proceso de remisión al *soft law* administrativo colombiano como fuentes de justificación jurídica para legitimar sus actuaciones. Esto por la irrupción de diversas herramientas que impregnan el ordenamiento jurídico colombiano y lo modifican sustancialmente, siendo el *soft law* es un ejemplo de ello. El estudio de la irrupción de este fenómeno en el sistema clásico de fuentes colombiano será el núcleo argumentativo de esta tesis, cuyo uso por parte de las dos grandes cortes a las que se ha hecho referencia en la materia propuesta, evidenciará el reto al que se ve expuesto este ordenamiento jurídico.

OBJETIVO GENERAL

Establecer o identificar la utilización por parte de los órganos de cierre de la jurisdicción constitucional y administrativa de instrumentos del *soft law* para atribuir el derecho en sus decisiones finales en materia de autoridades regulatorias a partir del año 2003.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Demarcar el sistema de fuentes tradicional del derecho administrativo y su alteración a partir de la aparición del *soft law*.
2. Analizar la aparición del uso de instrumentos de *soft law* en el caso del derecho administrativo colombiano en específico y su consecuente transformación del sistema de fuentes.

3. Determinar lo referente a la noción de autoridad regulatoria en Colombia, en contraposición con lo que se ha entendido en el derecho extranjero, como autoridad administrativa independiente.
4. Examinar el uso de instrumentos de *soft law* en los razonamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado para emitir sus fallos en materia de autoridades regulatorias a partir del año 2003.

METODOLOGÍA

La pretensión metodológica de este trabajo consiste en desarrollar un esquema investigativo compuesto por tres grandes bloques:

El primero, referido a la búsqueda investigativa exhaustiva de bibliografía pertinente para el tema pretendiendo abarcar la mayor cantidad de escritos relacionados con la materia a investigar para elaborar un estado del arte lo suficientemente robusto para entender dos cosas: tanto el fenómeno del *soft law* en el derecho administrativo, como su incursión en la justificación tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado en Colombia para fallar controversias referentes a la estructura y funciones de las autoridades regulatorias a partir del año 2003. Es decir, encaminarse en una aproximación documental¹⁰ a identificar la mayor cantidad de libros, artículos, tesis, documentos, etc., relacionados con las temáticas centrales de este proyecto, para posteriormente pasar a desglosar lo estudiado y aterrizarlo a los temas puntuales, como lo son: el concepto de *soft law*, su nacimiento en el derecho internacional, el sistema de fuentes del derecho administrativo, el sistema de fuentes del derecho administrativo colombiano, las tendencias del derecho administrativo, la presencia del *soft law* en el derecho administrativo colombiano, las autoridades reguladoras en Colombia y su desarrollo y uso en la justificación de las sentencias de las altas cortes.

Esta forma de investigación requiere 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*¹¹, con miras a darle un fundamento acorde con los avances investigativos que ya se hayan desarrollado hasta el momento de iniciar y culminar el presente trabajo investigativo.

El segundo alude a la elaboración de un marco teórico-conceptual con base en el estudio de la irrupción del *soft law* en el sistema de fuentes del derecho administrativo colombiano, manteniendo en constante mira los conceptos de globalización económica e internacionalización sobre los cuales reposa el origen, desarrollo y posterior inserción del mismo precisamente en nuestro sistema de fuentes.

¹⁰ Medina González, K. *La presencia del soft law en el derecho administrativo colombiano. Los documentos Conpes como manifestación del soft law en Colombia*. Tesis de Maestría. Bogotá: Repositorio de la Universidad del Rosario, 2015. Página 9.

¹¹ Cázares Hernández, L., & Chrinten, M. *Técnicas actuales de investigación documental*. UAM: Trillas. Citado en: Bernal, Cesar A. *Metodología de la investigación para administración, economía, humanidades y ciencias sociales*. 1987.

Al respecto se tiene entonces que la idea de este acápite es la elucidación de nociones fundamentales y claves para el entendimiento del objeto de investigación de esta tesis.

En el tercer y último bloque se trabajará la validación del estado del arte y del marco teórico en la medida en que se determine de qué forma y en qué medida se utiliza el *soft law* en los argumentos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en materia de autoridades regulatorias con límite temporal del año 2003.

Así, se tratarán de abarcar las consecuencias que repercuten en el derecho administrativo colombiano de la irrupción del *soft law* en los escenarios referenciados. Esto mediante un análisis explicativo¹², el cual significa el ir *más allá de la descripción de concepto 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 este, o por qué dos o más variables están relacionadas* (Hernández Sampieri, 2010)¹³. De esta manera, se procurará validar la información recolectada con base en tres componentes:

- a. El análisis de la presencia del *soft law* en la argumentación de los dos órganos de cierre del ordenamiento jurídico colombiano respecto de fallos en las materias seleccionadas.
- b. La explicación de su uso reiterativo que demuestren una especie de referencia constante a estos instrumentos de *soft law* en el tema delimitado en esta investigación.
- c. Las consecuencias que procedan de dicha incursión en el sistema de fuentes del derecho administrativo colombiano.

MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL

La internacionalización y la constitucionalización son algunas de las tendencias actuales del derecho administrativo, las cuales hacen parte de la gran tendencia irradiadora de parte importante de ordenamientos jurídicos del mundo: la globalización económica. Esta hace referencia a una multiplicidad de factores¹⁴ que empezaron a modificar el orden económico global y con esto las dinámicas de interacción económicas, políticas, sociales, etc., a partir de la consolidación de un nuevo modelo de Estado limitado en su intervención en el mercado¹⁵ *Este nuevo modelo se caracteriza por la garantía y regulación en la prestación*

¹² Medina González, K. *La presencia del soft law en el derecho administrativo colombiano. Los documentos Conpes como manifestación del soft law en Colombia*. Tesis de Maestría. Bogotá: Repositorio de la Universidad del Rosario, 2015. Página 10.

¹³ Hernández Sampieri, R. *Metodología de la Investigación*. México: Mc Graw-Hill, 2010. Citado en íbid.

¹⁴ Factores tales como la disminución de intervención en compañías públicas por cuenta de la poca capacidad financiera de los países tercermundistas o el auge de obligatoriedad de planes fiscales para vigilar cuestiones económicas tales como la inflación.

¹⁵ Restrepo, M., Escobar, L., López, M. & Rincón, J. *Globalización del Derecho Administrativo, Estado Regulador y eficacia de los derechos*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2012.

de los servicios públicos por parte del Estado, pero redimiéndolo del deber de prestarlos y desplazando esa posibilidad de prestación a los particulares.

En el contexto de la regulación, surgen las dos corrientes a las que se hizo referencia en el párrafo anterior, que se configuran como una réplica a la adaptación del derecho administrativo a este nuevo modelo paradigmático regulatorio, que se presentan dentro de la gran tendencia de la globalización económica, la cual “*ha implicado una pérdida efectiva de poder del Estado nación, que ha sido asumido, ya sea por las corporaciones transnacionales o por los organismos internacionales*”¹⁶. La internacionalización es un fenómeno que surge a partir de las múltiples dinámicas en las que se ven envueltos los países que buscan insertarse en la comunidad internacional y se ven abocados a moldear y adaptar sus normas jurídicas y políticas económicas a las exigencias de tratados y convenios internacionales. En ese mismo sentido, “*la constitucionalización se refiere al reconocimiento por parte de los Estados de una norma suprema que condensa diversos valores y principios que irradia la totalidad de la normativa estatal*”¹⁷. A partir de ello, “*muchos cambios importantes se han presentado en la última década en la teoría de las fuentes del derecho (ligando la aplicación directa de la Constitución a un nuevo uso de los precedentes judiciales), en la argumentación jurídica y en la forma de enfrentar o abordar el problema de las fuentes del derecho*”¹⁸. El derecho administrativo no se ha visto aislado de ninguna de estas tendencias.

Esta combinación de elementos tiene como consecuencia la variación en muchos aspectos tradicionales en diferentes campos de acción. La ciencia jurídica es uno de ellos y el *soft law* una de sus manifestaciones, *el cual se enmarca en el denominado derecho global, que propende por sobrepasar la sujeción de ordenes estatales para llegar a un escenario donde impere la denominada globalización jurídica*¹⁹. Esta última interrelacionada con la globalización económica, en la medida en que, una vez se da la apertura de los mercados, se vuelve necesaria la búsqueda de la implementación de un orden jurídico supranacional, que si bien no se ha desarrollado de forma paralela a la liberalización del mercado, sí ha encontrado eco en la colaboración de sus emisarios. *Lo anterior, toda vez que actualmente no existe una autoridad que la personifique*²⁰. El derecho administrativo, se reitera, no se ve ajeno a los cambios que le exige el nuevo orden mundial²¹.

¹⁶ Restrepo, M. A. *La respuesta del derecho administrativo a las transformaciones recientes del Estado social de derecho*. En: Restrepo, M. A. *El Derecho Administrativo en los albores del siglo XXI*. Bogotá: U. del Rosario. 2007. Página 43.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ López Daza, G.A. *El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces?* Cuestiones constitucionales. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. 2011. Páginas 169 – 193. Artículo online, revisado en marzo de 2019 en http://www.scielo.org.mx.ez.uorosario.edu.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932011000100005&lng=en&tlng=en#nota

¹⁹ Restrepo, M., Escobar, L., López, M. & Rincón, J. *Globalización del Derecho Administrativo, Estado Regulador y eficacia de los derechos*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012. Páginas 3-4.

²⁰ Cassese, Sabino. *La globalización jurídica*. Traducción de Luis Ortega et al. Madrid: INAP/Marcial Pons, 2006, Página 15-19. Citado en Restrepo, M. et al. *Globalización del derecho administrativo...*

²¹ Delpiazzo, Carlos E. *Perspectiva latinoamericana del derecho administrativo global*. En Hernández-Mendible, Víctor (coord.). *Desafíos del derecho administrativo contemporáneo*. Tomo II. Caracas. Ediciones Paredes, 2009. Página 1.279-1.281. En Restrepo, M., et al. *Globalización del derecho administrativo...*

Daniel Sarmiento²², en una propuesta práctica por caracterizar al *soft law* dentro de la actividad administrativa, se arriesga por otorgarle una “nueva categoría”, cuyas particularidades pueden esgrimirse así:

1. Su constitución: conformado por normas jurídicas, este se encamina a múltiples receptores jurídicos. Sin embargo, estas normas no cuentan ni con un carácter ni con consecuencias obligatorias en sentido estricto, ni tampoco por lo general con procedimientos establecidos para su realización.
2. Como no cuenta con un carácter coercitivo, sus efectos tampoco serán obligatorios. Por lo tanto, *no es parámetro de enjuiciamiento ni de disposiciones generales ni de actos administrativos.*
3. Consecuente con lo anterior, el *soft law* no es *susceptible de impugnación ante los Tribunales del orden contencioso-administrativo.*
4. Los efectos principales del *soft law* son precisamente efectos “suaves” tales como el fundamento interpretativo de disposiciones del *hard law* y su soporte en procesos de juicio de los actos administrativos. Por esta razón, su función *se encuentra ligada a la ejecución de políticas públicas donde la Administración opte por reforzar el principio de subsidiariedad.*

Continuando ahora con otro de los conceptos fundamentales para este trabajo, se debe entrar a establecer qué se entiende como Estado regulador, debido a que el objeto de investigación gira en torno a las autoridades que cumplen funciones de regulación en el marco del Estado colombiano que en el año 2003 se proclamó como un Estado regulador.

Para el efecto, es menester entender la evolución del Estado liberal moderno como estandarte de referencia para el derecho administrativo, porque conforme el modelo de Estado iba variando en el tiempo, el derecho administrativo mutaba paralelamente. Esto a partir de la *sustitución del Estado absolutista* por el Estado de derecho, momento en el que tiene partida el derecho administrativo como disciplina jurídica²³.

Así, en una primera etapa, se convivió bajo la lógica del Estado gendarme, en el que el Estado tenía un papel minúsculo en lo referente al control del mercado y de las restricciones, por lo que las libertades individuales y el *laissez-faire* eran el orden del día. Seguidamente se llega al Estado intervencionista por cuenta de la crisis que sufrió el anterior modelo. En el Estado prestador, la administración se obliga a la garantía de los fundamentos que lo estatuyen como un Estado social de derecho, en los que se encuentra la prestación de los servicios públicos a todos los habitantes de su territorio, bien fuera de forma directa o indirecta. *Sin embargo, tal otorgamiento de prerrogativas lo llevan a un colapso fiscal y a perseguir un nuevo arquetipo*

²² Sarmiento, D. *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la administración*. Navarra: Thomson/Civitas. 2008. Página 95.

²³ Restrepo, M. A. *La respuesta del derecho administrativo a las transformaciones recientes del Estado social de derecho*. En: Restrepo, M. A. *El Derecho Administrativo en los albores del siglo XXI*. Bogotá: U. del Rosario. 2007. Página 37.

*estatal, de lo que emana el modelo actual de la administración pública, conocido comúnmente como el Estado regulador. Es sobre esta configuración institucional en la que se encuadra el presente problema investigativo*²⁴.

La labor de la regulación implica *la existencia de un Estado regulador que tiene como objetivo el imponer ciertas reglas de juego para armonizar los sectores claves de la economía*²⁵. El Estado regulador no es otro que aquel que debe soportar la carga de la garantía de la prestación de los servicios, pero no necesariamente de manera directa. Es decir, tiene la potestad de encargar a particulares interesados en prestar aquellos servicios, de los cuales la ciudadanía difícilmente estaría dispuesta a prescindir. Pero aunado a esto, el Estado mantiene la facultad de regulación, que deriva en poder *forzar a los prestadores a brindar el acceso universal a los servicios y evitar las prácticas monopolísticas de abuso de posición dominante, en defensa de los derechos de los usuarios*²⁶.

En segunda medida, la noción de autoridades reguladoras debe quedar plenamente dilucidada. La noción nació en el derecho anglosajón. Sin embargo, el concepto como tal no ha estado ajeno a controversia y de hecho su aparición en el derecho colombiano, se vio inmersa en una irrupción incoherente²⁷. La pretensión de invención de las instituciones independientes la constituye la creación de *organismos retirados de las influencias políticas y de la presión de los distintos intereses económicos y profesionales, en sectores sensibles del ejercicio de las libertades públicas y en cuanto a la regulación de algunos sectores económicos o de mercados*²⁸.

En Colombia se presentaba la problemática de cómo lograr una regulación eficiente, cuyos costos no fueran superiores a sus beneficios y/o que los riesgos a enfrentar fueran medianamente predecibles, entre otras cuestiones (Restrepo Medina & López Cardenas, 2015). El documento *Visión Colombia. Segundo Centenario*, trajo consigo propuestas de estructuración característica de dichos entes.

Conectado a lo anterior se encuentra entonces que las autoridades reguladoras en Colombia no se configuran plenamente como el ideal de lo que deberían ser: unos entes administrativos independientes, sino que más bien se estructuran como un híbrido de estos. Si bien algunas cuentan con la mayoría de las características propias de una autoridad de vigilancia y control tienen el problema de depender directamente del ejecutivo en cuanto a la toma de decisiones y formulación de políticas públicas propias de una entidad de regulación.

²⁴ *Íbid.*

²⁵ Acosta, Estefania. *Las Autoridades Reguladoras en Francia y en Colombia*. Mémoire de Master recherche 2è année: Droit public fundamental – Université du Bourdeaux. Página 5.

²⁶ Restrepo, M. A. *La respuesta del derecho administrativo a las transformaciones recientes del Estado social de derecho*. En: Restrepo, M. A. *El Derecho Administrativo en los albores del siglo XXI*. Bogotá: U. del Rosario, 2007. Página 39.

²⁷ Sánchez Hernández, H. A. *La noción de autoridad administrativa independiente en España y en Colombia*. Carlos III de Madrid, 2015. Página 27.

²⁸ *Íbid.*

ESTRUCTURA DE LA TESIS

Esta tesis constará de cuatro capítulos. Un primer capítulo que consiste en un recuento del sistema de fuentes clásico del derecho administrativo y en observar cómo se evidencia su alteración a partir de la aparición del *soft law* teniendo como base un marco teórico en el que conste de forma descriptiva los elementos, conceptos clave y causas que tienen que ver con la aparición del *soft law* en el sistema de fuentes.

En el segundo capítulo se estudiará la estructura y transformación del derecho administrativo colombiano puntualmente, tomando como elementos de análisis los instrumentos más significativos del *soft law* administrativo colombiano, una vez revisadas las fuentes tradicionales del sistema jurídico colombiano.

El tercer capítulo estará compuesto por la clarificación del entendimiento general de lo que es una autoridad regulatoria, su estructura y funciones en el derecho comparado. Así mismo, se desarrollará lo atinente a lo que se ha concebido en Colombia como entes regulatorios.

En el cuarto y último capítulo se llevará a cabo una recopilación empírica de datos en la que se propenderá por evidenciar la utilización del *soft law* en las providencias judiciales por parte de dos órganos de cierre colombianos en materia de autoridades regulatorias.

A manera de conclusión, se analizarán las consecuencias de lo que dicha inserción puede significar para el sistema de fuentes colombiano en las materias específicas de las temáticas elegidas.

CAPÍTULO I: EL SOFT LAW ADMINISTRATIVO: NOCIÓN Y APROXIMACIÓN AL ANÁLISIS DE SU INCURSIÓN EN EL SISTEMA CLÁSICO DE FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

El presente capítulo se enfoca en un concepto que ha modificado la estructura de diferentes ordenamientos jurídicos a partir de su inserción en los sistemas normativos: el *soft law* administrativo. Para los efectos, el documento se divide en cuatro acápite. En el primero de ellos se propone exponer un acercamiento al sistema clásico de fuentes del derecho administrativo con base en la exposición de los instrumentos que tradicionalmente le han dado sustento a esta rama del derecho. En segundo lugar, se pretende dilucidar la relación existente entre la expansión de la globalización y el derecho administrativo como punto de referencia para evidenciar el contexto en el que se desarrollaron las transformaciones de las fuentes del derecho administrativo y la “huida” del mismo. El tercer subcapítulo se basa en la exposición de una aproximación a la conceptualización que se le ha intentado dar por diferentes doctrinantes al *soft law* administrativo, cuya mayor pretensión será exponer una idea propia de lo que se considera como una noción de los instrumentos de *soft law* administrativo. Por último, se señalan algunas de las consecuencias de la aparición del *soft law* en el derecho administrativo.

Así, mediante la revisión de los diversos orígenes y evoluciones de las fuentes del derecho administrativo en el marco de un mundo globalizado, el presente texto indaga exhaustivamente sobre la naturaleza del *soft law* administrativo como un fenómeno jurídico de creciente incidencia en los procesos de creación normativa y flexibilización de las dinámicas de la administración pública. A partir de ello, se busca esclarecer la relación del *soft law* con el derecho administrativo y sus efectos para la construcción de esta nueva fuente del derecho.

1.1 ACERCAMIENTO AL SISTEMA CLÁSICO DE FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Desde sus inicios, la supervivencia de la raza humana ha dependido de su forma de organización colectiva. De acuerdo con Thomas Hobbes, la organización colectiva de los hombres ha sido el principio constitutivo para la seguridad y supervivencia ante un estado de constante guerra²⁹. Con el paso del tiempo, dicha organización ha ido mutando y se ha transformado, al punto de convertirse en un elemento central del orden social y político de la humanidad: el Estado. Sin embargo, a pesar de su importancia, el quid del asunto recae en la cuestión sobre cuál es el elemento base de la subordinación del humano ante un orden determinado. Una posible respuesta a ese cuestionamiento se halla en la existencia de diversos elementos que configuran un sistema de códigos y conductas que condicionan los

²⁹ Hobbes, T. *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica. 2011. Páginas 137-141.

juicios de valor de una sociedad. Acciones repetitivas como las costumbres sociales son, para Pierre Bourdieu, elementos de construcción de hábitos, los cuales son entendidos como:

(...) sistemas de disposiciones duraderas y transferibles, estructuradas y predisuestas para funcionar como (...) principios generadores y organizadores de prácticas y representaciones que pueden estar objetivamente adaptadas a su fin sin suponer la búsqueda consciente de fines y el dominio expreso de las operaciones necesarias para alcanzarlos, (...) y sin ser el producto de la obediencia a reglas (...) y sin ser el producto de la acción organizadora³⁰.

Ahora bien, dichos hábitos que se encuentran automatizados en los habitantes son referentes sociales para la construcción de una perspectiva del mundo propia de una determinada cultura. A partir de ello, la subordinación de un determinado número de personas ante una autoridad, dependerá del nacimiento de un sistema de normas que articulan las estructuras mentales automatizadas con unos determinados valores sociales³¹. Sin embargo, el surgimiento de la legalidad dependerá directamente de la fuente de legitimidad de dicha autoridad, lo cual conduce al elemento central de este acápite: las fuentes del derecho administrativo.

Dentro de los órdenes propios de las fuentes del derecho, es necesario concebir la real relevancia de la existencia del Estado de derecho como un elemento de importancia transversal para la materialización de este. Con el surgimiento y consolidación de los sistemas políticos de corte liberal entre los siglos XVII y XVIII, la consecución de una nueva forma de legitimidad del poder político se daría mediante el nacimiento del contrato social, siendo este una forma de asociación que “defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada uno³²”. Este principio sería un elemento fundante para el surgimiento de un nuevo Estado en el que su soberanía se halle en la propia ciudadanía.

A partir de los sucesivos acontecimientos³³, se daría apertura a la posibilidad de una forma de organización política y administrativa del Estado que estuviese bajo la jurisdicción de una norma superior como la Constitución³⁴. Esta nueva condición afectaría directamente los procesos internos de función, gestión y regulación de la administración pública, puesto que las funciones del Estado estarían irremediablemente influenciadas por el principio de legalidad ante una norma superior.

Como elemento previo de toda revisión de la composición y naturaleza de cualquier rama del derecho, es de vital importancia considerar su elemento generador dentro del Estado. Según Norberto Bobbio³⁵, las fuentes del derecho “son aquellos hechos o actos de los cuales el

³⁰ Bourdieu, P. *El sentido práctico*. Madrid: Taurus. 1991. Página 92.

³¹ Vizcarra, F. *Premisas y conceptos básicos en la sociología de Bourdieu*. Revista de Estudios sobre las Culturas Contemporáneas. 2002. Vol. VIII, núm. 16, diciembre. Página 57.

³² Rousseau, J. J. *El Contrato Social*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 1996. Página 9.

³³ Tales como las grandes revoluciones liberales, la reestructuración de las nuevas formas de legitimidad política basada en los principios de soberanía nacional, la declaración de derechos y la división de poderes.

³⁴ Aranguren, J. C. A., & Walker, A. G. *Derecho administrativo y globalización*. Garrigues Cátedra, Universidad de Navarra. 2004. Página 32.

³⁵ Bobbio, N. *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis. 1991. Página 170.

ordenamiento jurídico hace depender la producción de las normas jurídicas”. No obstante, Bobbio también resalta que una teoría general del ordenamiento jurídico no solamente debe preocuparse por cuántas y cuáles son las fuentes del derecho en un ordenamiento jurídico moderno, sino también el cómo se debe producir la regla. Esta presunción se desarrolla en concordancia con la teoría de corte jerárquico del ordenamiento jurídico de Hans Kelsen, en la cual se resalta como principal aporte el esquema piramidal de la norma fundamental como elemento jurídico que irradia a los diversos componentes subsidiarios a esta, los cuales a su vez están subordinados a la norma superior³⁶. Dentro de sus postulados sobre la teoría de la norma fundamental, Hans Kelsen³⁷ enuncia que dicha norma es “no positiva, no puesta, sino presupuesta por la ciencia jurídica”, la cual se caracteriza por tener una condición de última norma que otorga validez y unidad al ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, dentro del análisis derivado de la revisión de los sistemas clásicos de las fuentes del derecho, se parte del presupuesto de que existe una organización jerárquica e inflexible del entramado jurídico de un Estado. No solamente como resultado de la vigencia del principio de legalidad de la administración, sino también por la estructura normativa determinada dentro de los sistemas. El derecho administrativo no es ajeno a esta concepción.

En ese sentido, Jaime Vidal Perdomo afirma que “el derecho administrativo está vinculado a la noción de administración pública³⁸”. De acuerdo con esto, por administración pública se entiende “el conjunto de órganos encargados de cumplir las múltiples intervenciones del Estado moderno y de atender los servicios que él presta”. Por lo tanto, resulta viable afirmar que el objeto del derecho administrativo se circunscribe al de la administración pública.

Así, en el estudio de la teoría clásica de las fuentes del derecho administrativo, se entiende que, en el siglo XIX existieron dos grandes escuelas que estudiaron las fuentes del derecho, la clásica y la histórica³⁹: la primera “erigió la ley escrita, el texto promulgado por la respectiva autoridad, como origen único del derecho positivo⁴⁰”. El máximo exponente de los preceptos vinculantes era el legislador y con él, la ley escrita y promulgada conforme a un procedimiento legislativo. De acuerdo con la segunda, la histórica, que se esgrime como reacción a la clásica:

la única fuente del derecho positivo es la costumbre, los sucesos repetidos, las prácticas reiteradas, lenta e imperceptiblemente consagrados en la conciencia social, como norma digna de atraer el respeto de los asociados y la refrendación doctrinaria de los autores y los fallos de las autoridades⁴¹.

Como la categoría base del sistema clásico de fuentes del derecho administrativo, se encuentran las fuentes tradicionales del derecho administrativo; estas están revestidas de un elemento coercitivo, conforme al cual es viable exigir su cumplimiento y observancia. En

³⁶ Ibid. Página 173.

³⁷ Kelsen, H. *Teoría Pura del Derecho*, traducción de Charles Eisenman. París, Dalloz. 1962. Página 255.

³⁸ Vidal, J. y Betancur, C. *Derecho Administrativo*. Bogotá: Legis. 2016. Página 5.

³⁹ Penagos, G. *Derecho administrativo: nuevas tendencias. Tomo I - parte general*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley. 2004.

⁴⁰ Ibid. Página 196. Sobre decir que dicha concepción ya ha entrado en desuso.

⁴¹ Ibid.

palabras de Del Toro Huerta, son “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 Estado⁴²”.

Es en un sentido estrictamente jurídico que se estudian las fuentes del derecho administrativo, en la medida en que es a partir de la precisión de la forma en que nacen sus “derechos y obligaciones jurídicas⁴³”, en que puede determinarse su procedencia.

Paralelamente, los autores coinciden en diferenciar las fuentes del derecho administrativo entre formales y materiales, no sin antes explicar que, según Penagos, en el tema de las fuentes existe una confluencia entre las ramas del derecho que redundan en que la Constitución o la ley se esgrimen como fuentes generales del derecho. Aunque, por ejemplo, respecto del derecho administrativo existan fuentes específicas como los reglamentos administrativos⁴⁴.

Así, se observa que dentro de las fuentes formales clásicas del derecho están la Constitución, la ley y los reglamentos⁴⁵, aunque Gordillo agrega a la Jurisprudencia. Dentro de las fuentes materiales se encuentran los hechos sociales, la costumbre y la doctrina⁴⁶. Por fuente formal se entiende “aquellas que directamente pasan a constituir el derecho aplicable”, y por fuente material “las que promueven u originan en sentido social-político a las primeras⁴⁷”. La idea que subyace esta concepción tiene su fundamento en el principio de legalidad. Este, “aplicado a la administración expresa, pues, la regla según la cual la administración debe actuar conforme al derecho⁴⁸”.

A su vez, dentro de las múltiples clasificaciones de las fuentes del derecho administrativo, existen otros dos tipos de fuentes: directas e indirectas. Dentro de las directas, en calidad de ser normas obligatorias, contribuyen directamente al derecho positivo, dentro de las cuales está la ley, la ordenanza, los reglamentos y la costumbre⁴⁹. Por otra parte, las indirectas, como foco de doctrina, contribuyen indirectamente a la creación de derecho positivo, tales como la jurisprudencia y otras fuentes que no son normativas y que tienden a ser subsidiarias⁵⁰. La clasificación de las fuentes indirectas será importante para la propuesta de definición del *soft law* administrativo que se expondrá en el tercer subacápite.

⁴² 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. Página 528. Consultado en: [http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/Derecho Internacional/6/art/art12.pdf](http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/Derecho%20Internacional/6/art/art12.pdf).

⁴³ Gordillo, A. *Derecho administrativo de la economía – Tomo I*. Ciudad de México: Ediciones Macchi. 1967. Página 52.

⁴⁴ Penagos, G. *Derecho administrativo: nuevas tendencias. Tomo I - parte general*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley. 2004.

⁴⁵ Gordillo, A. *Derecho administrativo de la economía – Tomo I*. Ciudad de México: Ediciones Macchi. 1967. Página 87.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Vedel, G. *Derecho Administrativo*. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar. 1980. Página 219.

⁴⁹ Gascón y Marín, J. *Tratado de Derecho Administrativo: Principios y Legislación Española*. Madrid: Editorial Bermejo. 1952. Página 91.

⁵⁰ Puig, A. G. *Derecho administrativo para ciencias económicas*. Salta: Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Salta. 2003. Página 67.

De esta forma, el derecho administrativo gozó, hasta hace algún tiempo de una concepción rígida en lo referente a sus fuentes. Sin embargo, la doctrina ha venido identificando un fenómeno reciente de complejización de las fuentes del derecho administrativo, que empieza a permear a la administración pública en diferentes escenarios. Dicha permeabilidad se daría progresivamente en un proceso de transformación política, económica y social que, ante un cambio brusco del orden político mundial, dio inicio al proceso de liberalización transnacional de personas, capitales, información y tecnología más importante en la historia de la humanidad: la globalización.

1.2. GLOBALIZACIÓN A LA ORDEN DEL DÍA: EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y SUS TRANSFORMACIONES

A lo largo del siglo XX, la humanidad experimentó un proceso sin precedentes de transformación política y social a nivel global. Con la finalización de las dos guerras mundiales, el mundo se fue transformando en un escenario de juego político en el que los Estados ya no eran unidades impermeables en sus procesos internos de decisión, sino también eran sujetos de diversos elementos externos vinculantes que trascendían los planos nacionales y fronterizos. Como resultado de la aparición de las organizaciones internacionales, de los procesos de militancia política transnacional, al igual que la progresiva evolución filosófica y política sobre las diversas concepciones sobre la libertad de los ciudadanos y del rol del Estado, se configuraría un nuevo escenario de disputa ideológica, que resultaría en una nueva forma de concepción del ordenamiento político⁵¹.

Con la finalización de la Guerra Fría, no solamente se resolvió la disputa entre dos vertientes ideológicas que fueron dominantes en el sistema internacional. También, de acuerdo con Samuel Huntington⁵², tras el mencionado acontecimiento, se gestó el desarrollo de nuevas organizaciones y colectividades de corte social, político y cultural que se han materializado bajo la guía de nuevas temáticas, en las cuales han proliferado conflictos y tensiones bajo nuevos escenarios de choque como la religión, la tecnología, el medio ambiente, entre otros.

A partir de esta reorganización estructural, se han reconfigurado desde nuevos procesos de la política global, hasta la organización jurídica e internacional de los Estados. Además, y siendo de gran relevancia para este trabajo, el proceso de cuestionamiento ideológico daría apertura a un escenario nuevo de **incertidumbre política** que, si bien insinuaba una dominación inapelable del orden político **liberal** y democrático defendido por Occidente, **no daba claridad sobre el nuevo rumbo por el que se inclinarían los designios de la humanidad**. De acuerdo con Zaki Laïdi⁵³:

(...) El fin de la Guerra Fría no fue simplemente la derrota del socialismo, sino que también acarrió la desintegración de las identidades políticas que se habían construido cuando la acción internacional de los Estados tenía un sentido, así no se

⁵¹ Ribera, R. *La Guerra Fría: Breves Apuntes para un Debate*. San Salvador: Universidad Centroamericana José Simeón Cañas. 2017. Página 21. Disponible en: <http://uca.edu.sv/filosofia/admin/files/1201495260.pdf>

⁵² Huntington, S. P., & Abadía, J. P. T. *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*. Barcelona: Paidós. 1997. Página 121.

⁵³ Laïdi, Z. *A world without meaning: the crisis of meaning in international politics*. Londres: Psychology Press. 1998. Página 333.

tratara sino de la construcción de una utopía. Más todavía porque el sentido que los actores internacionales derivaban de la defensa de la democracia contra la amenaza del socialismo, y viceversa, era también la base moral del poder (...), lo cual ha provocado un divorcio entre sentido y poder, que es el principal obstáculo para la construcción de un nuevo orden internacional estable.

A su vez, y partiendo de las diversas implicaciones que se derivaron del fin de la Guerra Fría, los elementos rectores del sistema internacional incidirían directamente en una nueva transformación de las formas de pensamiento sobre el Estado y el poder. Sin la existencia de nuevos paradigmas teóricos del pensamiento político, las nuevas transformaciones del Estado partirían del hecho cumplido de la **predominancia del orden democrático liberal como modelo rector**. Es decir, a partir de ese hecho, y contando con la superación de la contraposición ideológica tras la finalización de la Guerra Fría, se materializa un estado de “paz” en el que, de acuerdo con Francis Fukuyama⁵⁴, se da el escenario de lo que él denomina “el fin de la historia”, en el que:

(...) la lucha por el reconocimiento será reemplazado por el cálculo económico, la interminable resolución de problemas técnicos, la preocupación por el medio ambiente y la satisfacción de las sofisticadas demandas consumistas.

Ahora bien, partiendo del supuesto de superación total de nuevas construcciones ideológicas de Fukuyama, y del divorcio entre las concepciones de poder y sentido de las ideologías políticas propuesto por Laïdi, las sociedades y sus Estados progresivamente se adaptarían a un nuevo entorno en el cual hay una ausencia de competencia entre utopías ideológicas. No solamente se daría, según Fukuyama, la propagación del liberalismo político y económico ante una ausencia de contradicción fundamental, sino también daría espacio para una reconfiguración del rol del hombre en el mundo. De acuerdo con Zygmunt Bauman⁵⁵, si se parte de un escenario en el que el hombre tiene la amplia posibilidad de enfocar sus esfuerzos a la labor de satisfacer sus necesidades básicas, la cual es derivada del escenario filosófico posterior a la Guerra Fría, se daría un proceso de individualización del hombre, en el que su actitud “tiende a la pasividad, el escepticismo y la desconfianza a la causa común o el bien común”. Como consecuencia de ello, el individuo se desentiende de roles, identidades y visiones colectivas que le puedan ser contradictorias a sus intereses, lo cual se puede ver materializado desde la forma de su locomoción y pensamiento, hasta en su actividad económica o militancia política⁵⁶.

Sin embargo, no puede olvidarse que Stiglitz afirma que es una conclusión equivocada considerar que, con la caída del Muro de Berlín, el libre mercado había triunfado. Lo anterior, si se tiene en cuenta la hipocresía de los defensores de la no regulación, quienes en época de crisis demandan ayudas gubernamentales. Tal como ocurrió tras la caída de la burbuja inmobiliaria en el 2008, en la que el Estado salvó a los bancos y con ello se evitó el colapso del sistema económico mundial.

⁵⁴ Fukuyama, F. *The end of history and the last man*. Nueva York: Simon and Schuster. 2006. Página 100.

⁵⁵ Bauman, Z. *Modernidad líquida*. Ciudad de México: Fondo de cultura económica. 2015. Página 37.

⁵⁶ Joseph Stiglitz. *La Gran Brecha*. Barcelona: Taurus. 2015. Página 36.

Retomando la idea anterior, la individualización del pensamiento del hombre, se refleja en un nuevo escenario de integración política y social que trasciende los límites tradicionales dentro de la institucionalidad política y que significa un fenómeno de importancia transversal para los intereses del presente trabajo: la globalización.

De acuerdo con Ulrich Beck⁵⁷ la globalización es un “proceso que crea vínculos y espacios sociales transnacionales, revaloriza culturas locales y trae a un primer plano terceras culturas”. A partir de esta definición, a lo largo de un estudio profundo sobre las diversas dimensiones de la globalización, Beck expone el dilema del Estado nacional en un escenario de trascendencia de los límites tradicionales de la institucionalidad:

El Estado nacional es un Estado territorial, es decir, que basa su poder en su apego a un lugar concreto (en el control de las asociaciones, la aprobación de leyes vinculantes, la defensa de las fronteras, etc.). Por su parte, la sociedad global, que a resultas de la globalización se ha ramificado en muchas dimensiones, y no sólo las económicas, se entremezcla con -y al mismo tiempo relativiza- el Estado nacional, como quiera que existe una multiplicidad -no vinculada a un lugar- de círculos sociales, redes de comunicación, relaciones de mercado y modos de vida que traspasan en todas direcciones las fronteras territoriales del Estado nacional. Esto aparece en todos los pilares de la autoridad nacional-estatal: la fiscalidad, las atribuciones especiales de la policía, la política exterior o la defensa⁵⁸.

A partir de lo anterior, es posible afirmar que, como resultado de las transformaciones políticas que se desarrollaron con el fin de la Guerra Fría, las cuales consolidaron progresivamente los elementos rectores de la globalización, los Estados se vieron cada vez más forzados a mutar su institucionalidad, al igual que los demás elementos propios de su naturaleza, tales como su concepción de legalidad, soberanía y competencia jurisdiccional. Teniendo en cuenta los diferentes retos que ha traído la creciente importancia de la cooperación e integración internacional como medio para la progresiva delegación de facultades soberanas de los Estados, nuevos elementos comienzan a incidir tanto en la estructura de sus instituciones y ramas del poder, como en las nuevas formas que inciden directamente en la legalidad de sus fundamentos.

A partir de este nuevo contexto global de “liberalizaciones y privatizaciones, el papel del Estado muta: pasa de ‘remar’ a dirigir”⁵⁹. La nueva expansión global del liberalismo político y económico trajo consigo una nueva fase de evolución del Estado, en el que se trasciende la necesidad del protagonismo de este dentro de los ámbitos económicos, sociales y laborales. A cambio de ello, el Estado desarrolla un nuevo rol basado en la minimización de sus acciones e intervenciones, en el que se ha limitado su papel a regular y vigilar los demás ámbitos.

⁵⁷ Beck, U., Moreno, B., & Borrás, M. R. *¿Qué es la globalización?* Barcelona: Paidós. 1998. Página 30.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Restrepo, M., Escobar, L., López, M., & Rincón, J. *Globalización del Derecho administrativo, Estado regulador y eficacia de los derechos*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2012. Página 2.

Por consiguiente, en un mundo cada vez más interconectado y globalizado es evidente denotar que las sociedades cambian aceleradamente. Evolucionan (¿o involucionan?) en sus estados y concepciones, tal como se expuso en la introducción de este trabajo. La “modernidad líquida”⁶⁰ se configura como una época de incertidumbre y cambio con un nuevo orden económico como base central. No obstante, estas mutaciones se han desarrollado acorde con un proceso de internacionalización del liberalismo económico y político. De acuerdo con Diana Valencia⁶¹, fenómenos como el acelerado avance de procesos de integración económica durante los años noventa, incidieron directamente en un nuevo escenario de interacción y relativa competencia entre los diversos países, en los que creció la necesidad de:

(...) generar legislaciones flexibles y poco proteccionistas de las economías nacionales y de la población en general, ya que el mercado y las exigencias por competitividad, presionaron para que los gobiernos no solo redujeran los impuestos al capital de las grandes empresas, sino que también presionaron para permitir reducciones salariales, flexibilidad laboral, deterioro de las condiciones de trabajo y del medio ambiente, entre otras.

Además de estas condiciones de reducción de funciones del Estado, también se añade un progresivo debilitamiento de la forma de construcción de pensamiento por parte de la ciencia y la academia. De acuerdo con Esteve Pardo⁶², “la ciencia, la filosofía, la sociología, que antes operaban también con certezas, las están abandonando, dejando al derecho y a los poderes públicos ante su irrenunciable función de decidir. El problema es que ellas pueden permitirse la incertidumbre, el derecho no”. Ante la imposibilidad de la construcción de un consenso dentro de la academia para dar nuevas formas de pensamiento paradigmático, las decisiones en derecho distan cada vez más de un referente científico y teórico. Por lo tanto, las nuevas transformaciones de los diversos entramados jurídicos no estarán directamente sujetas a una determinada forma de paradigma. Por el contrario, los nuevos avances de la organización del Estado y el derecho están cada vez más inmersos en el contexto mismo de la globalización. Ante la creciente dominación de la incertidumbre en la praxis del pensamiento, la toma de decisiones de las administraciones ha buscado adecuarse a esta realidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, a pesar de los múltiples retos y presiones a los que se ha visto enfrentado el Estado dentro de un contexto globalizado, pareciera que la modernidad líquida estuviera en la búsqueda de bases que perduraran a lo largo del tiempo y a pesar de las dinámicas de interacción entre actores involucrados. Esto es lo que está pasando actualmente con el *soft law*, concepción que surge a partir de tendencias que empezaron a irradiar los ordenamientos jurídicos alrededor del mundo. Otros instrumentos como la *lex mercatoria* o la Organización Mundial del Comercio también hacen parte de este grupo⁶³. La aparición de

⁶⁰ Bauman, Z. *Modernidad líquida*. Ciudad de México: Fondo de cultura económica. 2015.

⁶¹ Valencia Tello, D. C. Globalización y Derecho Administrativo. En: Arenas Mendoza, H. A. *Instituciones de Derecho Administrativo – Tomo I: La Administración y su Actividad*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2016. Página 33.

⁶² Darnaculleta i Gardella, M. M. *Derecho administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada*. Girona: Universitat de Girona. 2002. Página 36.

⁶³ Restrepo, M. et al. *Globalización del derecho administrativo...* Página 5.

nuevas formas de transformación de dicho ordenamiento se ha manifestado como una evolución de gran novedad dentro de los nuevos procesos de reconfiguración del orden legal de los Estados; procesos que han sido determinados por dos tendencias dentro las que se crean instrumentos de *soft law* como la internacionalización y la constitucionalización.

Sin embargo, no puede perderse de vista que Baumann considera que difícilmente puede hablarse de “el fin de la historia”, en la concepción de Fukuyama, pero sí puede afirmarse que se ha llegado a “el fin de la geografía”. Lo anterior, parafraseando a Paul Virilio⁶⁴, en la medida en que la globalización permite a las élites la movilización de su capital, (lo cual no traslada su poder), lo que promueve la marginación social y el rechazo a la localización de quienes no cuentan con la posibilidad de ser parte del entramado globalizado. Un aislamiento con un cartel invisible que indica “prohibida la entrada⁶⁵”: “la extraterritorialidad de la nueva élite” (globalización) “con la territorialidad forzada del resto”⁶⁶ (localización).

Continuando con la idea a estudiar, la internacionalización y la constitucionalización hacen parte de las tendencias actuales del derecho administrativo, que a su vez pertenecen a la globalización económica⁶⁷, como ya fue expuesto. El modelo de Estado en el que se desarrolla le otorga protagonismo a la regulación⁶⁸, motivo por el cual se denomina Estado regulador, abandonando al Estado de bienestar.

Edgar Cortés, teniendo como guía a D. Zolo, afirma que junto a la globalización llegan transformaciones. No solamente a nivel estructural o de organigrama político, sino también “de los aparatos y mecanismos de producción normativa⁶⁹”. Es decir, las normas se están creando de una forma diferente a lo que otrora fuese un procedimiento rígido y determinado con un resultado por demás perfectamente delimitado. Aunado a que ya no solamente son producidas por el legislador, sino que diversos actores entran en juego con miras a proteger sus intereses e influenciar en las interrelaciones del “nuevo orden mundial”.

Ahora bien, la administración pública no ha sido ajena a tal problemática. Diana Valencia explica que, en el nuevo contexto, la administración pública se ve obligada a redefinir su relación con un ciudadano cada día más informado y más consciente de sus derechos. Así, la doctrinante puntualiza que, “Actualmente, es preciso reconocer que existe una necesidad de transformación de la administración pública frente a las nuevas exigencias de la sociedad contemporánea”. Es en este escenario que el *soft law* administrativo surge y se adentra en la normativa de la administración pública. Ante la existencia de un fenómeno tan masivo como la globalización, la flexibilización institucional en un mundo cada vez más interconectado y en competencia deriva en un elemento transformador que conducirá a condiciones de carácter

⁶⁴ Bauman, Z. *La Globalización*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica. 2015. Página 20.

⁶⁵ Página 32.

⁶⁶ Página 35.

⁶⁷ Restrepo, M., Escobar, L., López, M., & Rincón, J. *Globalización del Derecho administrativo, Estado regulador y eficacia de los derechos*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2012.

⁶⁸ Restrepo, M. et. al. *El derecho administrativo en los albores del siglo XXI*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2007.

⁶⁹ Zolo, D. *Globalizzazione: Una mappa dei problema*. Laterza: Editori Laterza. Citado en: Cortés, E. “Fluidéz y certeza del derecho. ¿Hacia un sistema abierto de fuentes?” En: Ramírez Cleves, G. A. *El derecho en el contexto de la globalización*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007.

irreversibles. Por lo tanto, resulta de vital importancia entrar a analizar los acercamientos más importantes respecto de la noción de *soft law* en el área del derecho administrativo que se han esbozado hasta ahora.

1.3. CONCEPTUALIZACIÓN DEL SOFT LAW ADMINISTRATIVO

La conceptualización del *soft law* ha generado un debate dentro de los diversos círculos académicos. Algunos autores que tratan el tema no lo abordan desde una óptica descriptiva, sino que sus estudios por lo general se enfocan en analizar el contexto en el que es usado. Las primeras luces de lo que fue un híbrido del *soft law* se remontan a la Antigua Roma⁷⁰. Sin embargo, la gran mayoría de autores afirman que la introducción del término *soft law* al escenario del derecho internacional provino de Arnold Duncan McNair o Lord McNair⁷¹. El *soft law* es un término que surgió en el ámbito del derecho internacional, pero que se ha esparcido por buena parte de las áreas del derecho⁷². En lo que también se concuerda es en que es por cuenta del famoso fenómeno de la globalización, que surgieron manifestaciones jurídicas sin naturaleza plenamente identificada, dentro de las cuales se encuentra el *soft law*.

La mayoría de autores concuerdan con que el *soft law* naciente afecta directamente al sistema tradicional de las fuentes del derecho. Y más específicamente, que como nació en el campo del derecho internacional, pues es sobre este sobre el que pesan sus mayores manifestaciones. De hecho, en el campo en el que más se ha trabajado este tema es en el derecho internacional ambiental⁷³. Igualmente, en el derecho comunitario han surgido múltiples manifestaciones de *soft law*, por lo que su bibliografía es bastante amplia⁷⁴.

En el trabajo *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System* de Dinah Shelton como editora, se procura en el primer capítulo

⁷⁰ Sarmiento, D. *La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law*. Cuadernos de derecho público. 2006. Páginas 221-266. Página 224. Véase también Lara Arroyo, J. L. *La regulación administrativa en materia económica y sus nuevas manifestaciones: La irrupción del denominado Soft Law*. Revista Ars Boni Et Aequi, 2011. Páginas 161-197.

⁷¹ Ver, entre otros Sánchez Pérez, A. *Las normas de derecho blando: un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2012; Del Toro Huerta, M. I. *El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*. Anuario mexicano de derecho internacional, 2006, 513-549; Mazuelos Bellido, Á. *Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?* Revista Española Derecho Europeo. 2003. Páginas 687-713.

⁷² Véase por ejemplo el trabajo de Mendoza-Alonzo, P., & Parra-Sepúlveda, D. *El principio de no presunción de la solidaridad de deudores: Del Código Napoleónico a los principios del soft law*. 2015. Páginas 103-116, en el que en la tercera parte de este, los autores se refieren al hecho reciente de que en Europa, en materia civil y comercial, se ha elaborado un proceso de “europeización del Derecho privado”, con miras a la expedición de un “Código civil europeo” (citando a Martín, 2005). Sin embargo, su consolidación está lejos de lograrse a pesar de existir avenencia en lo relacionado con los contratos en el Marco Europeo de acuerdo con Mendoza y Parra-Sepúlveda.

⁷³ Para profundizar en doctrina nacional, se puede ver Acevedo Aguirre, A. M. *El Derecho internacional ambiental en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: Una relación indefinida*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016. Daniel Sarmiento (2008) considera que es así en Sarmiento, D. *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la administración*. Navarra: Thomson/Civitas. 2008. Página 80.

⁷⁴ Véase, por ejemplo, el trabajo de Alonso García, R. *El soft law comunitario*. Revista de Administración Pública. 2001. Núm. 154. Enero-abril. Páginas 63-94; o el de Vaquer Aloy, A. *El «Soft Law» europeo en la jurisprudencia española: doce casos*. Lleida: Universitat de Lleida. 2013.

dar una aproximación conceptual en términos comparativos del *soft law* con el *hard law*, catalogándolo como un derecho insuficiente que no cuenta precisamente con un mecanismo de coacción que obligue a su cumplimiento⁷⁵. Sin embargo, en el campo del derecho internacional existen voces divergentes que se oponen a la esencia misma de lo que se trata de esbozar como *soft law*. Tal es el caso del autor Jan Klabbers⁷⁶, para quien:

*Our binary law is well capable of handling all kinds of subtleties and sensitivities; within the binary mode, law can be more or less specific, more or less exact, more or less determinate, more or less wide in scope, more or less pressing, more or less serious, more or less far reaching; **the only thing it cannot be is more or less binding.***

No obstante, no debe perderse de vista la fecha de esta publicación que data de 1996. Es decir, el desarrollo hasta ese momento en lo relativo a las fuentes de *soft law* era limitado. En años posteriores es que se da el estudio y desarrollo del término y se amplía visiblemente, por lo que hoy en día se cuenta con diversas referencias actualizadas al uso contemporáneo con base en la experiencia de estos veinte años.

Ahora, Del Toro Huerta⁷⁷ realiza un estudio de la naturaleza jurídica del *soft law*, no desde la perspectiva típica y reiterativa que se observa entre los teóricos, de *hard law* vs. *soft law* y las fuentes del derecho internacional, sino a partir de una lectura integral del derecho internacional que abarque su actual transformación en el marco de un mundo cada día más globalizado. Es decir, el autor manifiesta que el debate entre la concepción de *hard law* y *soft law* limita un estudio completo y relevante respecto de la naturaleza del *soft law*, que en definitiva es lo que servirá para exponer una variación del modelo de lo que se concibe como orden jurídico internacional, el cual necesita adaptarse a los cambios en los que se ve inmerso, por cuenta de la dependencia entre las dinámicas que trae la globalización⁷⁸. Así, abordar la investigación del término desde el estudio de su naturaleza y la integralidad del derecho internacional, trae ventajas como el enriquecimiento en la percepción de los procesos de creación de derechos y obligaciones internacionales, muestra el actuar y relevancia de los diversos actores internacionales y contribuye con la manera cómo funcionará el Derecho Internacional en los próximos años.

Expone textualmente:

*[...] 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***

⁷⁵ Chinkin, C. M. «Normative Development in the International Legal System», en Shelton, D. (ed.), *Commitment and compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford: Oxford University Press, 2000. Página 31. Citado en página 133 de Escudero Alday, E. *El concepto de soft law. Capítulo 4. Proyecto de investigación I+D «Derecho y construcción social de la identidad»*. Universidad Carlos III de Madrid. 2016. Páginas 127-147.

⁷⁶ Klabbers, J. *The redundancy of soft law*. Nordic Journal of International Law. 1996. Páginas 167-182. Citado en página 181 de Del Toro Huerta. 2006. Subrayado fuera del texto.

⁷⁷ Del Toro Huerta, M. I. *El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*. Anuario mexicano de derecho internacional. 2006. Páginas 513-549.

⁷⁸ *Ibid.* Página 517.

*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*⁷⁹.

Castro Nova⁸⁰ busca aproximarse a una conceptualización de lo que para él podría ser el *soft law*, y lo caracteriza de la siguiente forma, “Así, se puede sostener que pueden ser considerados documentos *soft law* o de derecho blando aquellos que:

- (i) “No reúnan las condiciones estructurales en sus procesos de formación y contenido para ser considerados como una de las fuentes descritas en el artículo 38 del E-CIJ;
- (ii) Han sido proferidos por organismos internacionales, por ejemplo, aquellos que hacen parte de la Organización de Naciones Unidas, o resultan de acuerdos no vinculantes entre estados, o que surgen del trabajo de Organizaciones Internacionales no estatales o de doctrinantes expertos sobre una materia específica⁸¹; y, por último,
- (iii) Que tienen relevancia jurídica que se representa en una clara e inequívoca vocación axiológica o normativa general. Este último criterio, es el que permite diferenciar los documentos *soft law* de aquellos que, a pesar de reunir los dos criterios anteriores, no pueden ser considerados como tales”.

Pues bien, es plausible afirmar que los nuevos procesos de creación de elementos con efecto jurídico sin carácter vinculante, no solo se han dado al nivel del derecho internacional, sino también en diferentes áreas del derecho, como en el derecho administrativo, tal como más adelante se expondrá.

Antes de continuar con el objeto específico del *soft law* administrativo, es importante referenciar la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea de 1989 del asunto C-322/88, más conocida como caso Grimaldi⁸².

El suceso Grimaldi representa en la jurisprudencia un caso emblemático para el entendimiento de la aplicabilidad del *soft law* por parte de los operadores jurídicos. Es una sentencia dictada en el marco de la Comunidad Europea, en la que se concluye que las Recomendaciones no originan, por sí solas, derechos dirigidos a los particulares que se encuentren en capacidad de reclamar ante los jueces nacionales. No obstante, **los jueces sí tienen la obligatoriedad de tomar en consideración las Recomendaciones** al momento de

⁷⁹ Íbid. Página 519. Subrayado fuera del texto.

⁸⁰ Castro Nova, L. M. *Fragmentación, soft law y sistema de fuentes del derecho internacional de los derechos humanos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia – Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales “Gerardo Molina”. 2014 Página 69.

⁸¹ Mazuelos Bellido, Á. *Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?* *Revista Española Derecho Europeo*. 2003. Páginas 687-713.

⁸² Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd651f794a370b479fab218cc58a13cb5b.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuPahb0?text=&docid=96317&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=69296>

decidir los conflictos que deben fallar. Sobre todo, si a partir de ellas se les facilita la interpretación de otros preceptos nacionales y comunitarios.

Son dos las Recomendaciones a las que se hizo alusión. En primer lugar, a una relativa a la elaboración de una lista europea de enfermedades profesionales que data del 23 de julio de 1962 de la Comisión. En segundo lugar, a una relacionada a la forma como se indemniza a las víctimas de enfermedades profesionales, por cuanto el señor Salvatore Grimaldi solicitaba una indemnización laboral con base en una enfermedad que no se contemplaba en el derecho laboral belga, pero sí en la lista del instrumento de *soft law*. Se le plantea entonces al Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea de forma prejudicial si una lista como la de la comunidad europea de enfermedades profesionales, anexa a una Recomendación, tiene un efecto directo en un Estado miembro a la luz del párrafo 5 del artículo 189 del Tratado de la Comunidad Económica Europea. Al respecto el Tribunal contesta lo dicho en el párrafo anterior, dejando una ventana abierta a la posibilidad tanto de aplicarla como de ignorarla, según se desprende de la idea contentiva en las líneas conclusivas del asunto.

De acuerdo con lo anterior, teniendo en cuenta las diversas variaciones que han experimentado los Estados europeos adscritos a la Comunidad Económica Europea (posterior Unión Europea), se evidencia la existencia de una clara relación entre un cambio puntual en el organigrama del Estado y el ulterior advenimiento del *soft law* administrativo, pues:

*La aparición del soft law administrativo es el resultado de un complejo proceso de transformación. Una transformación que ha afectado a las estructuras del Estado contemporáneo, a la realidad social y al tejido económico, con la consiguiente aparición de nuevas formas de regular una compleja y cambiante realidad*⁸³.

Ahora bien, respecto del *soft law* administrativo como concepto, Daniel Sarmiento⁸⁴, en una propuesta práctica por caracterizar al *soft law* dentro de la actividad administrativa, se arriesga por otorgarle una “nueva categoría”, cuyas particularidades pueden esgrimirse así:

1. Su constitución: conformado por normas jurídicas, este se encamina a múltiples receptores jurídicos. Sin embargo, estas normas no cuentan ni con un carácter ni con consecuencias obligatorias en sentido estricto, ni tampoco por lo general con procedimientos establecidos para su realización.
2. Como no cuenta con un carácter coercitivo, sus efectos tampoco serán obligatorios. Por lo tanto, “no es parámetro de enjuiciamiento ni de disposiciones generales ni de actos administrativos”.
3. Consecuente con lo anterior, el *soft law* no es “susceptible de impugnación ante los Tribunales del orden contencioso-administrativo”.

⁸³ Sarmiento, D. *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la administración*. Navarra: Thomson/Civitas. 2008. Página 31.

⁸⁴ *Ibid.* Página 95.

4. Los efectos principales del *soft law* son precisamente efectos “suaves” tales como el fundamento interpretativo de disposiciones del *hard law* y su soporte en procesos de juicio de los actos administrativos. Por esta razón, su función “se encuentra ligada a la ejecución de políticas públicas donde la Administración opte por reforzar el principio de subsidiariedad”.

Igualmente, en el libro el autor se aventura a presentar una especie de características ya propiamente del *soft law* en el área del derecho administrativo. A continuación, se enumeran:

- i. “El *soft law* es un segmento del ordenamiento jurídico cuya finalidad es la creación de normas cuyo cumplimiento se exige en grado y no de forma taxativa. Por tanto, el *soft law* es un mandato de optimización⁸⁵ cuyo incumplimiento no entraña una respuesta jurídica concreta.
- ii. El *soft law* debe adoptarse por los poderes públicos competentes, tanto en términos territoriales como materiales, pero ello no significa que a través de estas normas no se modulen o compartan espacios competenciales que, en principio, le están vedados a los poderes públicos.
- iii. El *soft law* no está sujeto a procedimientos para su aprobación (salvo excepciones contempladas en disposiciones especiales), pero sí deberá cumplir una fase del procedimiento si desea desplegar efectos ad extra: su publicación.
- iv. El *soft law* va a contar con distintos niveles de efectos. Su manifestación más intensa la representan las reglas de *soft law*, mientras que los principios de *soft law* son escalones inferiores en intensidad⁸⁶”.

Agrega⁸⁷ que en el que el *soft law*, a pesar de ser una fuente que se ha ido “formando con el paso del tiempo”, ha entrado a apropiarse de un papel importante en los ordenamientos jurídicos, no solamente del derecho español.

Los autores españoles⁸⁸ suelen referenciar a las Cartas de Servicios, los Códigos de Buen Gobierno, las Instrucciones y las Circulares como figuras del *soft law* administrativo. Daniel Sarmiento, referenciando a Rodríguez de Santiago⁸⁹, manifiesta que dada la naturaleza del *soft law*, este permite una alta flexibilidad en sus formas y exteriorizaciones. A pesar de que se identifiquen instrumentos jurídicos específicos y determinables, Sarmiento afirma que lo

⁸⁵ Es decir, el *soft law* es una herramienta para el ordenamiento jurídico de llegar a la mayor certeza posible: se puede considerar como un insumo de elección racional para la actividad estatal. Lo anterior, en concordancia con Alexy sobre el principio de optimización de los derechos fundamentales. Ver: Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. Página 316.

⁸⁶ *Ibid.* Página 105. Sarmiento.

⁸⁷ Sarmiento, D. *La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law*. Cuadernos de derecho público. 2006. Páginas 221-266.

⁸⁸ Sarmiento. 2008; Del Toro Huerta. 2006.

⁸⁹ “Tal como indica Rodríguez De Santiago, J. M., *Los Convenios entre Administraciones Públicas*, Madrid. 1998. Página 344: «Por lo que se refiere a [...] la imposibilidad de vincular por contrato el ejercicio de competencias de Derecho público, no me parece obligado hacer de esto un principio. Si las partes que celebran un convenio podrían, con plena libertad e independencia, elegir cualquier forma (conforme a Derecho) de ejercicio de las competencias de las que son titulares, no puede haber obstáculo de principio para que convencionalmente se comprometan a ejercerlas de una forma determinada»”. Página 227.

que predomina en el ámbito del *soft law* son los "instrumentos atípicos", sin ningún tipo de soportes o bases jurídicas ni que lo sustenten ni que lo expliquen.

En concordancia con lo anterior, categoriza el término en cuestión en algunas subdivisiones. Así, son tres las acepciones que más se estudian como manifestación del *soft law* en el Derecho público y puntualmente, español. En primer lugar, el *soft law* público *ad intra*. En segundo lugar, el *soft law* público *ad extra* y, por último, el *soft law* público-privado.

El primer término⁹⁰ se refiere a un modo de regulación que no tiene efectos jurídicos y es acogido por uno de los poderes públicos en virtud de sus facultades, con el fin de ordenar su estructura interna. Dentro de esta categoría aparecen el *soft law* unilateral y el *soft law* paccionado. El primero, es aquel que es expedido de forma unilateral por cualquier autoridad pública. Aquí se circunscriben las Circulares, Instrucciones, Órdenes de Servicio, Cartas de Servicios, Planes, Programas y Directrices. El segundo se refiere a la posibilidad que existe entre poderes u órganos públicos para adoptar estos mecanismos con el fin de acordar la forma de relacionarse. Aquí se resaltan las Conferencias Sectoriales y las Conferencias Bilaterales de Cooperación. Todo esto en el marco del derecho español.

En segunda medida se encuentra el *soft law* público *ad extra*. Este tiene por objetivo “actuar como un mandato dirigido a actores del ámbito privado⁹¹”. También se manifiesta bajo la modalidad unilateral y paccionada. Así pues, la primera surge en ámbitos en los que se demanda un bajo grado de intervención, como el sector económico privado. Se resaltan los códigos de conducta, códigos de buen gobierno y las recomendaciones. La segunda aparece “como una manifestación concertada entre el poder público y los particulares, con el fin de regular un segmento de la realidad social con efectos *sui generis*⁹²”. Un ejemplo de ello es el Acuerdo para el Fomento de la Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia.

En último lugar, el *soft law* público-privado se entiende como “una expresión normativa depositada en manos de entes privados⁹³”. Es decir, una especie de delegación a una persona privada que pretende tener efectos únicamente dentro de un conjunto limitado de sujetos. Es una expresión de la autorregulación y el ejemplo más claro lo constituyen las normas técnicas del sector industrial.

Una frase que resume lo que se ha entendido por *soft law* teoriza el concepto como “el *soft law* es ontológicamente un **mandato de optimización**, una proposición prescriptiva que pretende ser cumplida, pero sólo en grado⁹⁴”. En el artículo “Derecho administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada⁹⁵”, en un pie de página, la autora opina que:

⁹⁰ Sarmiento, D. *La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law*. Cuadernos de derecho público. 2006. Páginas 221-266. Página 232.

⁹¹ *Ibid.* Página 240.

⁹² *Ibid.* Página 242.

⁹³ *Ibid.* Página 244.

⁹⁴ *Ibid.* Página 226. Subrayado fuera del texto

⁹⁵ Darnaculleta i Gardella, M. *Derecho administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada*. Girona: Universitat de Girona. 2002. Página 547.

No existe un consenso absoluto sobre la utilización del término soft law⁹⁶. Esta forma de regulación incluye aquellas decisiones públicas que no poseen efectos vinculantes y que adoptan, por ejemplo, la forma de recomendaciones. Pero también se califican con el mismo término las normas de origen social que poseen idénticos rasgos, fundamentalmente cuando tales normas regulan aspectos que responden a un determinado “interés gubernamental”. De este modo, en función de diversas tradiciones jurídicas, las expresiones “self-regulation”, “voluntary regulation”, “co-regulation” o “quasi-regulation” responden también a la noción de soft law⁹⁷.

Como parte del estudio, Francisco B. López-Jurado⁹⁸ plantea una problemática en cuanto a la utilización de instrumentos de *soft law* por parte de autoridades de aviación civil. En relación con esto dice el escritor:

*Se constata la aplicación del soft law por parte de las autoridades de aviación civil para la toma de decisiones **de enorme relevancia**. El origen de ese soft law se encuentra en documentos de diversa índole que proceden de organismos sometidos al Derecho Internacional. (...). La recomendación del soft law desplegó de facto fuerza obligatoria.*

El autor se refiere a que dichas autoridades europeas utilizaron protocolos⁹⁹ con carácter de recomendación que sirvieron como base para neutralizar operaciones aéreas por cuenta del riesgo que se corría por la emisión de cenizas volcánicas. Por lo tanto, en una situación de emergencia, unos manuales, que tradicionalmente han sido concebidos como derecho blando, se convirtieron en el fundamento jurídico para la determinación del cierre de los flujos aéreos y por tanto cobraron efectos jurídicos obligatorios.

Igualmente, José Luis Lara Arroyo¹⁰⁰ pone de presente que:

En suma, cabe preguntarse si realmente existe un derecho referencial o soft law en Chile, o más bien se trata -en no pocos casos- de un intento solapado y a momento subrepticio de dar mayor agilidad a la regulación, o en su defecto, pretender por la vía administrativa y desformalizada, entrar a regular determinadas materias afectas a reserva legal y que no podrían ser siquiera objeto de la potestad reglamentaria del órgano público correspondiente. Luego cabe preguntarnos: ¿existe realmente el soft

⁹⁶ Del Toro Huerta también considera que: “Como es fácil de observar con esta muestra, la polémica sobre el *soft law* está lejos de ser resuelta”. 2006. Página 522.

⁹⁷ Al respecto concluye: “Pueden contrastarse, en este sentido, las afirmaciones de A. La Spina y G. Majone, *Lo Stato Regolatore*, op. cit., pp. 87 y ss. con el estudio realizado por encargo de la Comisión Europea “Study to identify best practice in the use of *soft law* and to analyse how this best practice can be made to work for consumers in the European Union”, al que puede accederse a través de la página web: <http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/enfo/enfo02-en.html>”.

⁹⁸ López-Jurado, F. B. Efecto del riesgo sistémico sobre la regulación del tráfico aéreo. En: Darnaculleta i Gardella, M. M. *et. Al. Estrategias del Derecho ante la Incertidumbre y la Globalización*. Barcelona: Marcial Pons. 2015. Página 193. Resaltado fuera del texto.

⁹⁹ Como el “Manual on Volcanic Ash, Radioactive Material and Toxic Chemical Clouds” de la ICAO. *Íbid.* Página 183.

¹⁰⁰ Lara Arroyo, J. L. *La regulación administrativa en materia económica y sus nuevas manifestaciones: La irrupción del denominado Soft Law*. Revista *Ars Boni Et Aequi*. 2011. Páginas 161-197.

law?, ¿qué eficacia jurídica presentan las normas referenciales?, o ¿son más bien manifestaciones de actos administrativos?¹⁰¹.

Lo anterior en el contexto de analizar la procedencia o no de tratar de compaginar al derecho blando como un acto administrativo. Para el autor resulta claro que:

El derecho referencial y sus manifestaciones nos conducen inequívocamente a la noción de acto administrativo, a partir de la cual se desprenden una serie de efectos (presunción de legalidad, fuerza obligacional, impugnabilidad, sometimiento a mecanismos de control *ex ante*, *ex post*, de reemplazo, etc). En tal sentido, diríamos que el hecho que la Ley No. 19.880 no haya comprendido dentro de las categorizaciones de acto administrativo a manifestaciones de derecho referencial, no obsta a negar su condición de acto administrativo (desde que la aludida Ley No. 19.880 es supletoria) y como tal afecta dicha normativa a los sistemas de control preestablecidos.

En consecuencia, cabría plantear que el denominado soft law o derecho referencial, importa ya entre nosotros una nueva manifestación de regulación de la actividad económica y en definitiva en cuanto importe decisiones formales de la autoridad se erige en nuevas tipologías de actos administrativos con las características inherentes a los mismos, y por ende, en una nueva expresión de hard law al fin y al cabo¹⁰².

Es decir, se atreve a catalogar al *soft law* como acto administrativo. Lo anterior resulta complejo, en la medida en que el acto administrativo ha sido por antonomasia el referente de derecho duro en los ordenamientos jurídicos.

Incluso, el autor mexicano Luis José Béjar Rivera¹⁰³ clasifica dentro de las fuentes del derecho administrativo al derecho blando o *soft law*. Más aún, se arriesga a plantear que:

En pocas palabras, se trata de una serie de documentos de carácter normativo cuya intención es dirigir a los operadores jurídicos de rango inferior dentro de la administración pública, es decir, se trata de órdenes que gira el titular de una potestad hacia sus subordinados y que en principio afectan su desempeño dentro del procedimiento administrativo de cara a un mejor resultado del mismo, por tanto, se trata de una optimización para eficientar el cumplimiento de la norma habilitante.

Así, el derecho suave es un instrumento cuasi reglamentario, ad intra de la Administración como parte de la normatividad (en la esfera administrativa) que le indican al funcionario público actuante una determinada forma de comportamiento y/o criterio para resolver una situación determinada que se le presenta.

¹⁰¹ Íbid. Página 183. Subrayado fuera del texto.

¹⁰² Íbid. Página 188. Subrayado fuera del texto.

¹⁰³ Béjar Rivera, J. L. Fundamentos de Derecho Administrativo, objeto, historia, fuentes y principios. Ciudad de México: Tirant lo Blanch. 2012. Página 92.

*Debemos señalar que entre sus características esenciales destaca que nunca puede ir más allá del reglamento, pues este constituye el acto legislativo del Ejecutivo por excelencia, y se convierten, insistimos, en un **mandato de optimización del procedimiento administrativo**. Adicionalmente y como otra característica esencial, destaca el impedimento de estos textos normativos de producir obligatoriedad o consecuencias jurídicas que directamente impacten al administrado, de acuerdo al principio de reserva de ley rector de nuestra ciencia¹⁰⁴.*

Sin embargo, considera desafortunado que el artículo 4¹⁰⁵ de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (LFPA) haya asimilado, por ejemplo, al reglamento, con instrumentos como las directivas o los manuales (*soft law*) como portadores de efectos jurídicos. Por consiguiente, afirma que este artículo básicamente convierte a mecanismos de *soft law* en “una norma más” del sistema de fuentes administrativo, al punto de darle “la forma de un acto administrativo de carácter general¹⁰⁶”.

En el derecho anglosajón, su conceptualización no ha estado ajena a las disputas y los debates. Al respecto, Richard Rawlings¹⁰⁷ afirma:

*While nothing that classification depended on which definition of law is adopted, an issue which has duly morphed into **never-ending theoretical dispute wherever the label ‘soft law’ appears**¹⁰⁸, the first English administrative law text of the post-war period made the practical importance of bureaucratic rules abundantly clear.*

Un *book review* del libro “*Quasi-Legislation: Recent Developments in Secondary Legislation*” de Gabriele Ganz¹⁰⁹ hace mención a que el autor del mismo se basó en las ideas de Sir Robert Megarry en su “*Administrative Quasi-Legislation*” para exponer sus reflexiones. Lo curioso es que del *book review* se lee que es una idea plasmada en una nota al pie de página¹¹⁰ la que origina el estudio, casi 40 años después, del término por parte de Ganz. Por tanto, es importante tener presente que desde 1944 ya se hacía alusión a una modalidad de cuasi legislación que más adelante devendría en formas de *soft law*.

¹⁰⁴ Íbid. Página 192. Subrayado fuera del texto.

¹⁰⁵ Artículo 4.- *Los actos administrativos de carácter general, tales como reglamentos, decretos, acuerdos, normas oficiales mexicanas, circulares y formatos, así como los lineamientos, criterios, metodologías, instructivos, directivas, reglas, manuales, disposiciones que tengan por objeto establecer obligaciones específicas cuando no existan condiciones de competencia y cualesquiera de naturaleza análoga a los actos anteriores, que expidan las dependencias y organismos descentralizados de la administración pública federal, deberán publicarse en el Diario Oficial de la Federación para que produzcan efectos jurídicos.*

¹⁰⁶ Béjar Rivera. 2012. Página 192.

¹⁰⁷ Rawlings, R. *Soft law never dies*. Cambridge: Cambridge University Press. 2015. Página 217.

¹⁰⁸ Dice el autor: Not least in its early terminological home: M. Goldmann, ‘We need to cut off the head of the king: past, present and future approaches to international *soft law*’, 25 *Leiden Journal of International Law*, 2012, 335. See also R. Creyke and J. McMillan, ‘*Soft Law v Hard Law*’ in L. Pearson, C. Harlow and M. Taggart (eds.), *Administrative Law in a Changing State* (Oxford: Hart Publishing, 2008). Subrayado fuera del texto.

¹⁰⁹ Turpin, C. “*Quasi-Legislation: Recent Developments in Secondary Legislation*”. En: Ganz, G. *Modern Legal Studies*. The Cambridge Law Journal. 1988. Páginas 318-320.

¹¹⁰ “Far-sighted note”.

Karen Medina González, autora colombiana¹¹¹ presenta un acercamiento a las características del *soft law* y afirma con sus propias palabras al respecto:

*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 sociales y económicos de los Estados*¹¹².

Igualmente¹¹³, señala dos enfoques respecto de la forma en la que debe observarse el *soft law* en el ámbito administrativo: el primero, revestido de eficacia en la medida en que existe voluntariedad en su cumplimiento y el segundo, el de la pérdida de legitimidad por el mínimo interés existente en su aplicación en los destinatarios del mismo¹¹⁴. Sobre esto último la autora manifiesta que:

*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*¹¹⁵.

Por consiguiente, el *soft law* administrativo presenta dos problemas estructurales. Su falta de legitimidad y su contraposición al principio de legalidad, fundamento básico de la actuación administrativa, como se explica en el subcapítulo final de este capítulo. A partir de esto, Héctor Santaella atribuye que el estudio del *soft law* pasa desapercibido porque obedece a:

*La acusada tendencia de nuestro derecho administrativo de atender únicamente aquellos sectores en relación con los cuales existe un acervo de jurisprudencia sólido, lo cual se traduce en el correlativo desentendimiento de los ámbitos o figuras ajenas a los pronunciamientos del juez administrativo*¹¹⁶.

¹¹¹ Medina González, K. A. La presencia del *soft law* en el derecho administrativo colombiano. Los documentos Conpes como manifestación del *soft law* en Colombia. Tesis de Maestría. Bogotá: Repositorio de la Universidad del Rosario. 2015.

¹¹² *Ibid.* Página 28.

¹¹³ Con base en “Retomando lo expresado por el Consejo de Estado francés (CONSEIL D’ÉTAT (FRANCIA). *Les rapports du Conseil d’État*) con respecto a la intromisión del *soft law* en el derecho administrativo de los Estados de la Unión Europea”. Página 61.

¹¹⁴ “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”. *Ibid.* Página 61.

¹¹⁵ *Ibid.* Página 61.

¹¹⁶ Santaella Quintero, H. *Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa*. Revista Digital de Derecho Administrativo. 2011. n.º 5. Páginas 87-105. Página 90.

Sin embargo, concluye que tal concepción debe ser replanteada¹¹⁷. Santaella hace mención de cinco instrumentos jurídicos que para él se entienden como mecanismos de *soft law* administrativo en Colombia. Enumera a las guías ambientales, los permisos o cupos negociables de emisión, los acuerdos informales, la información al público y a la remisión del derecho a la técnica, los cuales serán desarrollados en el segundo y tercer capítulo con base en el desglose que el autor realiza, de lo que cada uno significa y representa dentro de la actividad administrativa colombiana.

Por otro lado, Alexander Sánchez Pérez es contundente al considerar con sus propias palabras que “Este derecho de naturaleza parasitaria vive a costas del derecho positivo y solo puede explicar su existencia e importancia cuando se establece una relación con el *hard law*”¹¹⁸. Menciona a las “circulares, directivas, instrucciones, documentos CONPES, Planes, Códigos de Buen Gobierno”, como ejemplos de *soft law*.

Como una de sus hipótesis plantea que “las entidades territoriales cada vez se encuentran menos determinadas por las fuentes formales de derecho y más restringidas por la deformación de la naturaleza jurídica de las normas de derecho blando”, poniéndose en peligro el acatamiento del principio de legalidad. Sin embargo, no se arriesga a delimitar un concepto como tal.

Recogiendo sobre todo las últimas ideas plasmadas en este escrito se puede afirmar que, para perfeccionar la ciencia administrativa, el *soft law* es una herramienta vigente en las dinámicas en las que se ejerce la función pública. Se coincide por parte de algunos autores¹¹⁹, que el *soft law* en la administración pública es una figura que tecnifica la misma. A partir de ello, los instrumentos de *soft law* administrativo terminan convirtiéndose en guías obligatorias que el derecho administrativo adopta para su necesaria adaptabilidad en el contexto de un mundo cada día más globalizado y cambiante. Incluso, el *soft law* administrativo podría llegar a convertirse en ese puente para reconstruir la relación aparentemente perdida entre ciencia y derecho, tema que será ampliado en el segundo y tercer capítulo.

En último lugar parece importante mencionar las ideas de Edmer Leandro López Peña, que llevan a un enfoque totalmente diferente las concepciones del *soft law* administrativo, tratándolo como un “escenario irregular de intimidación” hacia los servidores públicos. Conforme a ello afirma que:

*Esto explica que la tesis central de este breve escrito, sea que las normas de derecho blando que profieren los entes de control se acatan **por la intimidación**, potencializada por la vinculación positiva y especial a la ley de los servidores del Estado y a un margen de un poder de instrucción inexistente*¹²⁰.

¹¹⁷ Íbid. Página 102.

¹¹⁸ 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. 2012. Página 21.

¹¹⁹ Santaella Quintero, H. 2008; Sánchez Pérez. 2012.

¹²⁰ López Peña, E. L. *Servidores Públicos y ‘Soft Law’*. Bogotá. Editorial Temis. 2016. Página 56.

Como se observa, su enfoque involucra disciplinas como la psicología o la sociología, exponiendo que los instrumentos de *soft law* administrativo son una forma de ejercer miedo sobre los servidores públicos, porque a pesar de estar presente “la inexistencia del requisito de obligatoriedad de las normas de derecho blando, no hacen por ello que no se cumplan¹²¹”. Lo que se aprecia es que el *soft law* parece estar impregnando campos diferentes que los que en un principio previó.

Como conclusión de este subcapítulo y por todo lo descrito hasta este punto, se propone la siguiente definición de *soft law* administrativo:

El *soft law* administrativo es un conjunto de mecanismos que no cuentan con fuerza obligatoria, ni han surtido un trámite que cumpla con los estándares¹²² suficientes para su expedición, por lo que puede entenderse como un acto jurídico de carácter no vinculante, pero con unas particularidades propias que le permiten nacer al mundo jurídico y posicionarse como una fuente indirecta del derecho administrativo. Los ejemplos del *soft law* administrativo variarán dependiendo el ordenamiento jurídico que se estudie.

1.4. CONSECUENCIAS DE LA APARICIÓN DEL SOFT LAW EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Para finalizar este capítulo de reflexión crítica resulta fundamental exponer el reto jurídico que significan las expresiones del *soft law* administrativo a la luz del valor y jerarquía de las fuentes clásicas del derecho administrativo, teniendo en cuenta que, “se constituye en un instrumento que trae consigo la globalización e internacionalización de los asuntos sociales y económicos de los Estados¹²³”.

En ese sentido, es viable afirmar categóricamente que el derecho administrativo ha dejado de ser autárquico, en la medida en que ya no puede basarse exclusivamente en sus propios postulados para darle sustento a las decisiones que se toman y a las actuaciones que acontecen en el escenario de la función pública¹²⁴. No solamente a raíz de la globalización económica y jurídica, sino derivado del ejercicio mismo de las autoridades administrativas cuyo comportamiento se ve condicionado por múltiples factores que otrora no se presentaban.

¹²¹ *Ibid.* Página 55.

¹²² Estándares referentes al procedimiento legislativo o administrativo necesario para que una norma se considere obligatoria y con efectos jurídicos.

¹²³ Medina González, K. A. *La presencia del soft law en el derecho administrativo colombiano. Los documentos Conpes como manifestación del soft law en Colombia*. Tesis de Maestría. Bogotá: Repositorio de la Universidad del Rosario. 2015.

¹²⁴ Sánchez Pérez, A. *Las normas de derecho blando: un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2012. Página 18. Citando a Prats I Catalá. Derecho y management en las administraciones públicas, “Un fantasma de desazón recorre el derecho administrativo de todas las democracias occidentales. Los hechos se escapan y su negación conduce a un aislamiento creciente. Desde el paradigma tradicional, ante la incapacidad de aprehender y responder a nuevas realidades con los instrumentos y los marcos conceptuales tan trabajosamente contruidos, se denuncia tan irritada como estérilmente la “huida” incesante e incontenible de los hechos, sin conseguir por lo demás conmover a casi nadie. Como Mintzberg estoy cada día más persuadido de que los seres humanos vemos lo que creemos, y considero con Kunh que cuando un paradigma ya no permite integrar los nuevos hechos ni dar respuesta a los nuevos problemas, sencillamente se han sentado las bases de una típica revolución científica”.

Es así como en este contexto de flexibilización e incertidumbre respecto de las bases propias e instrumentos del derecho administrativo puede plantearse que el *soft law* aparece como una alternativa mediante la cual se adoptan nuevas medidas de funcionamiento de la administración pública, o cuando esta decida políticas públicas o al impulsar leyes, ejercer potestades reglamentarias y/o se base en fuentes alternas para emitir sus decisiones, entre otros.

Además, el *soft law* administrativo está estructurándose como una figura jurídica que le permite a la administración tecnificarse conforme el mismo se inserta en el ordenamiento jurídico de los Estados, de forma plausible y sectorizada.

Sin embargo, en un sentido contrario también podría afirmarse que el uso de mecanismos de *soft law* ha complejizado el sistema de fuentes clásico del derecho administrativo, lo que puede llegar a cuestionar o poner en riesgo principios como la seguridad jurídica o el principio de legalidad¹²⁵ y como consecuencia se constituye en un reto que debe analizarse a partir de la exigencia de adaptabilidad a la que el derecho administrativo se estaría enfrentando actualmente por cuenta especialmente del fenómeno de la globalización. Es decir, ya no es posible señalar que la pirámide kelseniana sea el centro de las fuentes del derecho y secundado por ello, las fuentes clásicas del derecho administrativo también están sufriendo variaciones y alteraciones.

Así, retomando lo dicho en el primer subcapítulo por Medina González con base en Aranguren,

*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*¹²⁶.

Por eso, el uso irrestricto del *soft law* plantea retos que deberían solventarse con los límites que los propios actores de la administración pública le impongan al mismo. Es decir, el propio fin o principio de la seguridad y el principio de legalidad se instauran como limitantes a la utilización indiscriminada de instrumentos del *soft law* administrativo¹²⁷.

Por ejemplo, en el derecho administrativo sancionador¹²⁸ el uso de instrumentos de *soft law*, para la autora, presenta un escenario peligroso, por cuenta de la violación de diversos postulados fundamentales de garantía del debido proceso. De esta forma, no se compartiría la idea de su uso en este tipo de escenarios.

¹²⁵ Sarmiento, D. El *soft law* administrativo. Página 238.

¹²⁶ Aranguren, J. C. A., & Walker, A. G. *Derecho administrativo y globalización*. Garrigues Cátedra, Universidad de Navarra. 2004. Página 394. En Medina González, K. A. La presencia del *soft law* en el derecho administrativo colombiano. Los documentos Conpes como manifestación del *soft law* en Colombia. Tesis de Maestría. Bogotá: Repositorio de la Universidad del Rosario. 2015. Página 31.

¹²⁷ Sarmiento, D. El *soft law* administrativo. Página 178.

¹²⁸ *Ibid.* Página 179.

Ahora bien, el derecho administrativo ha reaccionado por cuenta de la globalización y sus instrumentos, como el *soft law*, de manera que pueda adaptarse a las exigencias de un orden económico cada vez más interdependiente¹²⁹. Es así como el derecho administrativo, tradicionalmente interno y rígido, empieza a crear un escenario que le permita ser parte del derecho global y por tanto con adaptación de normas internacionales, supranacionales y nacionales¹³⁰. La expresión de estas tres manifestaciones se configura como a continuación se expone:

- a) El derecho administrativo internacional no hace parte del derecho internacional público. Se refiere más bien, al sistema que gobierna a los organismos internacionales. Por otro lado, también puede significar el nacimiento de organismos intergubernamentales que se especialicen en la regulación administrativa “en aquellos ámbitos donde se presenta la interdependencia globalizada¹³¹”. Es decir, el procedimiento para la toma de decisiones de estos¹³².
- b) En relación con el derecho administrativo regional, por antonomasia se habla del derecho comunitario europeo¹³³, el cual ha trascendido “realmente las fronteras nacionales¹³⁴”. Pero igualmente, pueden referenciarse los sistemas subregionales de integración en Suramérica, que no es otra cosa que el desarrollo del sistema interamericano¹³⁵.
- c) En tercer lugar, se encuentra la confluencia de órdenes administrativos nacionales, los cuales van adaptando su contenido interno en concordancia con los mandatos que emerjan o expidan sus similares. Es decir, los fundamentos de los sistemas nacionales se derivan, cada vez más, de su integración con otros ordenamientos, por cuenta de su inserción dentro del mundo globalizado¹³⁶. Los elementos globalizados¹³⁷ se constituyen como el canal para la propagación del capitalismo global, frente a los cuales el Estado se comporta como “un mero ente aplicador de normas¹³⁸”.

¹²⁹ Delpiazzo, Carlos E. *Perspectiva latinoamericana del derecho administrativo global*. En Hernández-Mendible, Víctor (coord.). *Desafíos del derecho administrativo contemporáneo*. Tomo II. Caracas. Ediciones Paredes. 2009. Página 1.279-1.281. En Restrepo, M., et al. *Globalización del derecho administrativo...* Página 6.

¹³⁰ Cassese, Sabino. *La globalización jurídica*. Traducción de Luis Ortega et al. Madrid: INAP/Marcial Pons, 2006, Página 15-19. Citado en Restrepo, M. et al. *Globalización del derecho administrativo...* Página 7.

¹³¹ Restrepo et al, Página 7.

¹³² Presentación del libro Ponce Solé, Juli (coord.). *Derecho administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial*. Madrid. Marcial Pons. 2010. Página 11. En Restrepo et al, Página 7.

¹³³ Página 7.

¹³⁴ Página 5.

¹³⁵ Página 7.

¹³⁶ Página 7.

¹³⁷ Teniendo en cuenta que no todo puede adaptarse o moldearse en relación con los dictados externos. Página 7.

¹³⁸ Ponce Solé, Juli (coord.). *Derecho administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial*. Madrid. Marcial Pons. 2010. Página 11.

En consonancia con lo anterior, se presenta un fenómeno de pérdida de protagonismo del Estado, frente a actores del escenario globalizado que llegan incluso a socavar los elementos esenciales de su estructura. Es decir, se denota una transformación frente al derecho administrativo clásico que estaba lejos de preocuparse por su adaptabilidad en el ámbito internacional, regional o nacional, puesto que su ámbito de aplicación se encontraba perfectamente delimitado a nivel interno y su legitimidad incuestionada.

Por último, vale la pena resaltar, con base en Medina González, que

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 ciudadanos¹³⁹.

Por lo tanto, resulta dable afirmar que, en un escenario globalizado, el *soft law* administrativo trae consigo retos y entra a cuestionar la esencia misma de organización y estructura del Estado y sus dinámicas de relacionamiento. En ese sentido, una definición y caracterización de los instrumentos de *soft law* administrativos es vital para la protección de principios fundantes del derecho público, que se perciben amenazados en el escenario de incertidumbre jurídica que el *soft law* administrativo puede traer consigo, por cuenta de su inserción en el ordenamiento jurídico.

¹³⁹ Medina González, K. A. *La presencia del soft law en el derecho administrativo colombiano. Los documentos Conpes como manifestación del soft law en Colombia*. Tesis de Maestría. Bogotá. Repositorio de la Universidad del Rosario. 2015. Página 32.

CAPÍTULO II: VARIACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO POR CUENTA DEL SOFT LAW: APRECIACIÓN DE SUS EFECTOS Y CONSECUENCIAS

Una vez estudiado lo relativo a la noción de *soft law* administrativo, se pasa ahora a ahondar en los cambios que ha sufrido el modelo de fuentes del derecho administrativo colombiano que se ha visto influenciado por la irrupción de instrumentos de derecho blando a nivel interno. Lo anterior, con la intención de analizar dichas transformaciones a partir de la aparición de mecanismos de *soft law* dentro del derecho administrativo colombiano, herramienta que resulta útil de cara a probar la hipótesis del presente trabajo, que cuenta con una revisión extensiva de las sentencias de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado y su utilización de diversos instrumentos de *soft law* para la generación de las mencionadas providencias.

Para lograr dicho propósito, el presente capítulo se divide en cuatro apartes que pretenden, en primer lugar, la exposición del sistema de fuentes del derecho administrativo colombiano. Seguidamente, se señalan los instrumentos identificados como *soft law*, en el derecho administrativo colombiano, para pasar en el tercer acápite a analizar su irrupción dentro de este. Por último, se busca desentrañar la variación y complejización del sistema de fuentes en el sistema administrativo colombiano por cuenta de la irrupción a la que se ha hecho referencia.

2.1. SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO

Por fuente formal “entendemos los procesos de creación de las normas jurídicas¹⁴⁰”. Bonnecase las define como “las formas obligadas y predeterminadas que inevitablemente deben tomar los preceptos de conducta exterior para imponerse socialmente el aspecto del poder coercitivo del derecho¹⁴¹”. Y Marcos Fonseca plasma a las fuentes formales del derecho como “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 (...)”¹⁴². A su turno, “conocer las fuentes del ordenamiento constituye, al decir del sabio profesor italiano supracitado, el punto de partida del estudio del derecho objetivo¹⁴³”.

En ese orden de ideas, se pasa ahora a esbozar el sistema tradicional de fuentes del derecho administrativo colombiano y la constitucionalización del derecho administrativo nacional a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 dado por cuenta, entre otros, del amplio espectro que abarcó esta. Entonces, si se busca ahondar en el sistema de fuentes del

¹⁴⁰ García Maynez, E. *Introducción al estudio del derecho*. Editorial Porrúa. 1980. Página 51 en Fonseca Ramos, M. *Las fuentes formales del derecho colombiano a partir de la nueva Constitución*. Revista de Derecho. Universidad del Norte. 1992. Página 33.

¹⁴¹ Bonnecase, J. *Introducción al estudio del derecho*. Editorial Temis. 1982. Página 81 en Fonseca Ramos, M. *Las fuentes formales del derecho colombiano a partir de la nueva Constitución*. Revista de Derecho. Universidad del Norte. 1992. Página 33.

¹⁴² Fonseca Ramos, M. *Las fuentes formales del derecho colombiano a partir de la nueva Constitución*. Revista de Derecho. Universidad del Norte. 1992. Página 33.

¹⁴³ *Ibid.* Página 34.

derecho administrativo colombiano, se deben identificar dos momentos de relevancia histórica: las fuentes jurídicas en la Constitución de 1886 y su variación una vez expedida la Carta Fundamental de 1991¹⁴⁴.

En términos generales el sistema jurídico colombiano sufrió una modificación a partir del cambio constitucional que se llevó a cabo en 1991 con la consagración de la Carta Fundamental de ese año. Previo a esta variación, la Constitución que regía el ordenamiento jurídico databa de 1886, motivo por el cual, el cambio que sufrió el sistema normativo fue sustancial y de su propia esencia.

De hecho, Monroy Cabra¹⁴⁵ atribuye a la concepción clásica de las fuentes de nuestro ordenamiento, un carácter iusprivatista ligado a la preponderancia de la Ley en forma de manifestación del mandato popular, cuyo epicentro se desarrolló en el Estado de derecho clásico liberal.

Así, las fuentes en la Constitución de 1886 tenían “jerarquía legal y no constitucional”. El Código Civil consagró en su artículo 4, “<DEFINICION DE LEY>. Ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la Ley es mandar, prohibir, permitir o castigar”.

A su vez, el artículo 5 de la Ley 57 de 1887, reformado por lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 153 de 1887, establece la forma como se debe llevar a cabo la aplicación de la Ley, en caso de incompatibilidad dentro de las disposiciones del ordenamiento.

De la misma forma, la Ley 153 de 1887, en sus artículos 8 y 13 establece:

“ARTÍCULO 8. Cuando no hay Ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las Leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

ARTÍCULO 13. La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva”.

Fonseca señala que lo contenido en estos dos artículos es reiterado por los artículos 4, 5 y 37, numeral 8 del C.P.C¹⁴⁶. También enuncia que estas pueden catalogarse como las fuentes formales del derecho colombiano. No obstante, debe aclararse que dichos artículos fueron reformados por cuenta de la expedición de la Ley 1564 de 2012 por la cual nació al ordenamiento el denominado Código General del Proceso, norma cuyo objeto pretende estatuir los aspectos procesales en materia civil, comercial, de familia y agraria y como norma

¹⁴⁴ Íbid.

¹⁴⁵ Monroy Cabra, M.G. *Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional*. Universidad del Rosario. 2007. Página 74. En Iregui Parra, P.M. *Precedente judicial en el contencioso administrativo. Estudio desde las fuentes del derecho*. Editorial Universidad del Rosario. 2016. Página 26.

¹⁴⁶ Fonseca Ramos, M. *Las fuentes formales del derecho colombiano a partir de la nueva Constitución*. Revista de Derecho. Universidad del Norte. 1992.

residual en caso de existir vacíos procesales en otra jurisdicción. La implementación y aplicación de este, se viene dando a partir del año 2014 de forma gradual, por lo que se encuentra que el artículo 4 de este aparece ahora consignado en el artículo 11 del nuevo estatuto de procedimiento o C.G.P. por sus siglas. A su vez, el artículo 5 pasa a ser contemplado por el 12 del C.G.P. Por último, el numeral 8 del artículo 37 no sufrió ninguna variación. En el siguiente cuadro comparativo se pueden observar las diferencias:

Código de Procedimiento Civil	Código General del Proceso
<p>Artículo 4 - INTERPRETACION DE LAS NORMAS PROCESALES. <Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en forma gradual, en los términos del numeral 6) del artículo 627> Al interpretar la Ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Ley sustancial. Las dudas que surgen en la interpretación de las normas del presente Código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes.</p>	<p>Artículo 11 - INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES. Al interpretar la Ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias.</p>
<p>Artículo 5 - VACIOS Y DEFICIENCIAS DEL CODIGO. <Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en forma gradual, en los términos del numeral 6) del artículo 627> Cualquier vacío en las disposiciones del presente Código, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas con los principios constitucionales y los generales de derecho procesal.</p>	<p>Artículo 12 - VACÍOS Y DEFICIENCIAS DEL CÓDIGO. Cualquier vacío en las disposiciones del presente código se llenará con las normas que regulen casos análogos. A falta de estas, el juez determinará la forma de realizar los actos procesales con observancia de los principios constitucionales y los generales del derecho procesal, procurando hacer efectivo el derecho sustancial.</p>
<p>Artículo 37 - DEBERES DEL JUEZ. <Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en forma gradual, en los términos del numeral 6) del artículo 627> <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 13 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Son deberes del juez:</p> <p>[...]</p> <p>8. Decidir aunque no haya Ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las Leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la costumbre y las reglas generales de derecho sustancial y procesal.</p>	<p>Artículo 42 - DEBERES DEL JUEZ. Son deberes del juez:</p> <p>[...]</p> <p>6. Decidir aunque no haya Ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las Leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del derecho sustancial y procesal.</p>

Fuente: elaboración propia.

En igual sentido resulta pertinente hacer referencia a la analogía, en consonancia con el artículo 12 del CGP, el cual surge de la modificación del artículo 5 del CPC, mediante el cual

se dispuso que en caso de vacíos o lagunas legales que traiga el CGP es viable recurrir al uso de Leyes que regulen un caso similar o análogo.

Ahora, esta breve introducción al esquema general de las fuentes del derecho colombiano también aplica en lo que respecta al derecho administrativo, con sus respectivas variaciones. A partir de esto, resulta relevante demarcar el sistema propio de sus fuentes. En ese sentido, en los análisis de los doctrinantes colombianos en los cuales continuaba vigente la Constitución de 1886, se denota una preponderancia por el imperio de la Ley por cuenta del carácter legalista o reglado del derecho administrativo. Por tanto, aquellos solían enumerar las fuentes de forma tal que la Ley se encontrara por encima de cualquier otra consideración normativa. Esta influencia se deriva de la pertenencia del derecho colombiano a la tradición romano-germánica (de la cual hacen parte, entre otros, el derecho español y francés), en la que:

La Ley comprendida en sentido amplio es la fuente primordial y casi exclusiva de todos los países de tradición de derecho escrito, en la que los juristas encuentran las soluciones a través de textos legislativos que emanan de un parlamento o de las autoridades administrativas¹⁴⁷.

La ley entendida en sentido amplio significa aquella que comprende “normas constitucionales, códigos, leyes y reglamentos¹⁴⁸”. Tradicionalmente, “las fuentes del derecho administrativo (...) se han considerado las siguientes: la ley y los actos administrativos (los reglamentos), y excepcionalmente la doctrina, la jurisprudencia y los principios generales del derecho¹⁴⁹”. No se menciona a la costumbre en la lista específica, solo en las fuentes generales del derecho. Esto puede deberse a que:

*En todo Estado de derecho, es evidente que la jurisprudencia, la doctrina y la costumbre **no son fuentes directas del acto administrativo** pues las autoridades solo pueden hacer lo que les permite la Constitución y Leyes, conforme al artículo 20¹⁵⁰ de la Constitución nacional.*

Lo que sí es aceptable es que la jurisprudencia, la doctrina y la costumbre, vaya señalando los errores del gobernante, o bien de las Leyes vigentes de sus respectivos reglamentos, determinando así la producción de nuevos actos administrativos¹⁵¹.

¹⁴⁷ David, R. *Tratado de derecho civil comparado*. 2ª edición. Editorial Aguilar. Madrid. 1953. Página 79. En Iregui Parra, P.M. *Precedente judicial en el contencioso administrativo. Estudio desde las fuentes del derecho*. Editorial Universidad del Rosario. 2016. Página 15.

¹⁴⁸ Íbid.

¹⁴⁹ Rodríguez Rodríguez, L. *Derecho administrativo general y colombiano*. 12ª edición. Temis. 2008. Y Herrera Robles, A. *Aspectos generales del derecho administrativo*. Universidad del Norte. Ibañez. 2012. En Iregui Parra, P.M. *Precedente judicial en el contencioso administrativo. Estudio desde las fuentes del derecho*. Editorial Universidad del Rosario. 2016. Página 74.

¹⁵⁰ Artículo 20. *Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por la infracción de la Constitución o de las Leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de estas*. Constitución de 1886.

¹⁵¹ Penagos, G. *El acto administrativo*. Ediciones Librería del profesional. Tercera edición. 1981. Página 28.

En ese sentido, cabría preguntarse si lo descrito significa que las fuentes del acto administrativo son las mismas del derecho administrativo. La respuesta debe emitirse en forma afirmativa, pues, al considerarse al acto administrativo como “el acto normador” de la Administración pública, enseña Dupuis “las fuentes de derecho del acto administrativo son las mismas del derecho administrativo¹⁵²”. Al respecto, el acto unilateral es la particularidad propia del derecho público en su acepción ejecutoria y no se encuentra parecido alguno de este instrumento con uno del derecho privado¹⁵³.

Como corolario de lo anterior, Medina¹⁵⁴ menciona la siguiente lista de instrumentos jurídicos como fuentes directas y normativas del derecho en Colombia, a saber:

- La Constitución
- La Ley
- Decretos Presidenciales
- Actos de los Consejos Superiores de la Administración Pública
- Actos administrativos de los ministros y directores de departamentos administrativos
- Actos administrativos de los Consejos Superiores o Directivos de las entidades descentralizadas
- Decretos de los gobernadores y ordenanzas departamentales
- Actos administrativos de los secretarios del despacho departamental y de los jefes de los organismos descentralizados seccionales
- Decretos de los alcaldes y Acuerdos de los Concejos distritales y municipales (según el caso)
- Decretos de los alcaldes locales y acuerdos de las juntas administradoras locales

A su vez, menciona como fuentes indirectas no normativas a la jurisprudencia, la doctrina, los principios generales del derecho, la costumbre, cuando la misma no va en contra vía de la Ley y por último, al bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, tradicionalmente, el sistema de fuentes colombiano contaba con una estructura y jerarquía aceptada y definida, la cual, en concordancia con los postulados piramidales de Kelsen¹⁵⁵, básicamente se puede exponer de la siguiente forma:

¹⁵² Ibid. 24.

¹⁵³ Íbid. Página 47.

¹⁵⁴ Medina González, K. *La presencia del soft law en el derecho administrativo colombiano. Los documentos Conpes como manifestación del soft law en Colombia*. Universidad del Rosario. 2015. Página 16.

¹⁵⁵ A pesar de que de la lectura de obras de autoría de Kelsen, puede extraerse su idea de un sistema normativo jerarquizado, algunas voces divergentes como el profesor Manuel Fernando Quinche aseguran que se ha malinterpretado, o en sus palabras: “Esa idea de la estructura escalonada del ordenamiento jurídico luego fue incluida en un pasaje muy aislado de la obra de Kelsen, para ser posteriormente envilecida por muchos sujetos y algunos autores colombianos que nunca en su vida han leído a Kelsen, quienes la refirieron como la “pirámide kelseniana”. Se llegó incluso a ridiculizar tan grandes, como la de dibujar la “pirámide”, bajo el supuesto simplista de que cualquier problema jurídico podía ser resuelto desde las relaciones internas de jerarquía”. En Quinche Ramírez, M.F. *Derecho constitucional colombiano*. Sexta edición. Bogotá. Editorial Temis. 2015. Página 111. No obstante, tal postura no se comparte después de haber llevado a cabo el presente trabajo



Figura 1. Jerarquía normativa de Colombia

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

156

Fuente: Medina González, K. *La presencia del soft law en el derecho administrativo colombiano. Los documentos Conpes como manifestación del soft law en Colombia*. Universidad del Rosario. 2015. Página 17.

En manuales anteriores a la vigencia de la CP del 91¹⁵⁷, se encontraban referenciadas como fuentes del derecho administrativo, la Constitución, los tratados públicos, los actos con fuerza de Ley, los reglamentos, la ordenanza y el acuerdo. A su vez, se alude a la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho como fuentes a considerar en caso de requerirse.

En ese sentido, dentro de la doctrina se encuentra que se han enumerado las fuentes del derecho administrativo desde el inicio del estudio del derecho administrativo general, como ya se evidenció. Ahora bien, una vez expedida la Carta de 1991, fuentes secundarias como los principios generales del derecho o la jurisprudencia pasaron a tener una relevancia significativa, como más adelante se ahonda al respecto. No obstante, de forma previa es importante aclarar que el artículo 230 de la CP establece un acercamiento a las diversas fuentes disponibles para la aplicación del derecho por parte de los jueces, estatuyendo a la

investigativo. En lo que sí se concuerda (aunque no en su forma de expresarse), es en la idea referente a que “Hoy se sabe que los sistemas jurídicos son cada vez más complejos, que la imagen de la pirámide es insuficiente, defectuosa y tras la evidencia de la globalización del derecho, francamente ingenua”. *Ibid.*

¹⁵⁶ Imagen extraída de la tesis de maestría “La presencia del *soft law* en el derecho administrativo colombiano. Los documentos Conpes como manifestación del *soft law* en Colombia” de Karen Adriana Medina González. 2015. Encontrada en DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN (DNP). Elementos básicos sobre el Estado colombiano. Bogotá. 2010. Página 22. Consultado por Medina, el 18 de octubre de 2015 en: www.dnp.gov.co.

¹⁵⁷ Gómez Mejía, F.E. *Fundamentos de derecho administrativo colombiano*. Editorial Kelly. 1969. Páginas 173-176.

Ley como una norma a la cual deben someterse los operadores judiciales. Por el contrario, consagró que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina se referenciaron como criterios auxiliares en el ejercicio judicial. Esto por cuanto el ordenamiento jurídico colombiano se enmarca en una tradición de derecho continental¹⁵⁸, en el que la Ley se ha desenvuelto históricamente como el instrumento de obligatorio empleo por antonomasia.

A pesar de lo plasmado, en Colombia, algunas fuentes que no se consideraban en el modelo clásico como fuentes directas, tales como la jurisprudencia, vienen tomando un papel sumamente relevante en cuanto a fuente del derecho, posicionándose como una fuente principal en el derecho administrativo por cuenta de la importancia que se le otorga a la interpretación de las normas, lo cual “trastoca(r) profundamente la organización del ordenamiento administrativo colombiano¹⁵⁹”.

La costumbre y la doctrina son referenciadas por algunos autores¹⁶⁰ como fuentes del derecho administrativo, en el sentido de que “se entienden como fuentes del derecho administrativo los procedimientos que han dado origen a las reglas de derecho, bien sea:

- a). En forma espontánea, los usos y costumbres.
- b). La elaboración de la autoridad pública, ejemplo de regla escrita, siendo la Ley el prototipo.
- c). La que tiene origen en la interpretación que hacen los jueces, denominada jurisprudencia.
- d). La que realizan los doctrinantes, la cual es muchas veces tenida en cuenta para la expedición de normas, o bien para la recta interpretación de la Ley”.

A pesar de ello, otros autores aclaran que, en el derecho administrativo, a la costumbre se le “reconoce menos fuerza que [por ejemplo] en el derecho comercial¹⁶¹”. Incluso se afirma que “siendo discutible la costumbre como fuente, se llega a admitir aquella según la Ley o a falta de Ley, pero no la que va contra Ley¹⁶²”.

A su vez, la doctrina como fuente del derecho administrativo se descarta por algunos autores, “por la ausencia de fuerza coercitiva¹⁶³” dentro del ordenamiento jurídico. Otros por su parte, como Penagos la catalogan como fuente subsidiaria del derecho administrativo, debido a su influencia en el entramado jurídico de expedición normativa de fuentes vinculantes, toda vez que “muchas veces el legislador recoge el pensamiento autorizado de los tratadistas y los plasma en Leyes y Normas generales que van a regir la Administración Pública¹⁶⁴”.

¹⁵⁸ Rivero Ortega, R. y Arenas Mendoza, H.A. *Derecho administrativo general*. Ibáñez. 2018. Página 116.

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ Penagos, G. *Derecho administrativo*. Librería el Profesional. 1994. Página 196.

¹⁶¹ Vidal Perdomo, J. y Molina Betancur, C. *Derecho administrativo*. Decimocuarta edición. Universidad de Medellín. 2008. Página 17.

¹⁶² Vidal Perdomo, J. *Derecho administrativo*. Legis. 2004. Página 34.

¹⁶³ *Ibid.* Página 34.

¹⁶⁴ Penagos, G. *Derecho administrativo*. Librería el Profesional. 1994. Página 246.

Habiéndonos introducido al tema de las fuentes del derecho administrativo en Colombia, es menester recalcar que la Constitución es la fuente que le da sustento a toda la actividad de los particulares y a la estructura organizativa del Estado, por ser la fuente más relevante dentro del ordenamiento, como a continuación se vislumbra.

Constitución Política

La Constitución es norma de normas, reza el tenor del artículo 4¹⁶⁵ de nuestra Carta Magna. Dentro del artículo 4 se establece que esta, al ser norma de normas, prevalece en todo caso de incompatibilidad que presente cualquier Ley o norma jurídica con ella. Se encuentra situada en la cúspide de la pirámide kelseniana, motivo por el cual su aplicación en caso de incompatibilidad con otra norma se resuelve siempre en favor de la Constitución. Esta se estatuye como la base del ordenamiento, a partir de la cual se ramifican todas las áreas del derecho, otorgándoles un sustento constitucional a cada una de ellas. Es así como “la teoría de la organización administrativa se desprende del régimen presidencial y del esquema constitucional de la rama ejecutiva, así como de la estructura del Estado que le dan competencia al ejecutivo para expedir actos¹⁶⁶”.

En este sentido, el organigrama administrativo surge y se desempeña a partir de los fundamentos y disposiciones que la Constitución establece sobre el aparato administrativo, su funcionamiento y su relación con otras ramas que se crucen en la actividad estatal¹⁶⁷. Como se observa, la tendencia de la “constitucionalización del derecho” irradia al derecho administrativo en todos sus frentes, lo cual se “empezó a evidenciar cuando se reconoció la fuerza normativa superior de la Constitución como fuente del derecho administrativo (...), dentro de un Estado social de Derecho y no simplemente en un Estado legal¹⁶⁸”. En definitiva, la CP le “brinda a esta rama del derecho un fundamento y un alcance mucho más importante que el que le ha dado el legislador¹⁶⁹”.

En el mismo sentido, el Preámbulo de la Constitución también se constituye como una “verdadera norma jurídica¹⁷⁰”, por lo que debe ser tenido en cuenta al momento de llevar a cabo el control de constitucionalidad¹⁷¹. Tampoco pueden dejarse de lado los principios

¹⁶⁵ ARTICULO 4o. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las Leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

¹⁶⁶ Rodríguez Rodríguez, L. *Los actos del ejecutivo en el derecho colombiano*. Bogotá. Temis. 1977. En Vidal Perdomo, J. y Molina Betancur, C. *Derecho administrativo*. Legis. 2016. Página 23.

¹⁶⁷ Vidal Perdomo, J. y Molina Betancur, C. *Derecho administrativo*. Legis. 2016. Página 24. Incluso cuando son los particulares los que desempeñan funciones públicas.

¹⁶⁸ Montaña Plata, A. y Ospina Garzón, A.F. *La constitucionalización del derecho administrativo*. XV Jornadas internacionales de derecho administrativo. Universidad Externado de Colombia. 2014. Página 14.

¹⁶⁹ Vidal Perdomo, J. y Molina Betancur, C. *Derecho administrativo*. Legis. 2016. Página 15.

¹⁷⁰ Sentencia C-479 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero, consideración jurídica No. 3. Referenciada por Quinche Ramírez, M.F. *Derecho constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas*. Sexta edición. Bogotá. Editorial Temis. 2015. Página 72.

¹⁷¹ *Ibid.*

constitucionales, entendidos como “normas que condicionan las demás normas¹⁷²” y cuentan con plena fuerza vinculante para ayudar a resolver, especialmente, casos de alta complejidad que requieren la intervención de estos “mandatos”.

El bloque de constitucionalidad

El estudio de la Constitución no se agota en el cuerpo normativo establecido en la misma. Al respecto es importante resaltar que existe un grupo de “principios, reglas y normas de derecho positivo¹⁷³” que conforman el llamado bloque de constitucionalidad. Los artículos 53, 93, 94 y 214 de la Constitución Política establecen las remisiones expresas que permiten la inclusión de lo dispuesto en estos apartados en la noción de bloque de constitucionalidad y, por tanto, deben examinarse al efectuar el control de constitucionalidad. Es decir, hacen parte del bloque, toda vez que en el texto de la Constitución de 1991 se incluyeron explícitamente por parte del Constituyente.

De esta forma, tomando como ejemplo el artículo 94 de la CP se encuentra que en este se preceptúa que:

***ARTÍCULO 94.** La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.*

Dicha disposición se ha incorporado dentro del desarrollo de la teoría de los “derechos innominados”, ampliamente examinada por la Corte Constitucional¹⁷⁴. En ese sentido, se encuentra por ejemplo el denominado “derecho al retorno”, el cual ha sido utilizado principalmente en la órbita de las personas desplazadas¹⁷⁵. También se puede referenciar el llamado “derecho al olvido”, presente en asuntos enlazados con habeas data¹⁷⁶.

Por otro lado, la clasificación del bloque de constitucionalidad puede dividirse en dos¹⁷⁷: en sentido estricto, compuesto por el Preámbulo, el articulado constitucional y los tratados de

¹⁷² Quinche Ramírez, M.F. *Derecho constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas*. Sexta edición. Bogotá. Editorial Temis. 2015. Página 79.

¹⁷³ Younes Moreno, D.J. *Derecho constitucional colombiano*. Decimocuarta edición. Bogotá. Legis. 2016. Página 98. En Rivero Ortega, R. y Arenas Mendoza, H.A. *Derecho administrativo general*. Ibáñez. 2018. Página 119.

¹⁷⁴ Por ejemplo, mediante sentencia T-883/14, en la cual básicamente se señala que los derechos innominados se configuran como una exigencia que se le plantea a las Constituciones escritas, en el sentido de proteger derechos conexos a la dignidad humana en el marco del Estado social de Derecho, a pesar de no estar expresamente consagradas en el cuerpo constitucional.

¹⁷⁵ Sentencias T-268 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-025 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En Quinche Ramírez, M.F. *Derecho constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas*. Sexta edición. Bogotá. Editorial Temis. 2015. Página 117.

¹⁷⁶ Sentencias T-414 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón y T-729 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynet. En íbid.

¹⁷⁷ Uprimny, Rodrigo. *Bloque de Constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal*. En: Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal. Escuela Judicial Rodrigo Lara. Bogotá. 2004. Páginas 25 a

límites ratificados por Colombia, los tratados de Derecho Humanitario, los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos intangibles y “en cierta medida la doctrina elaborada por los tribunales internacionales al menos como criterio relevante de interpretación¹⁷⁸”. Los mencionados preceptos ostentan fuerza vinculante, en la medida en que se entiende que integran la CP. En sentido lato está conformado por los demás convenios y tratados públicos ratificados por Colombia referidos a Derechos Humanos, la doctrina elaborada por los órganos de control internacional sobre Derechos Humanos, las Leyes estatutarias y las Leyes orgánicas y se presentan como guías de interpretación en el examen del control de constitucionalidad¹⁷⁹.

En ese sentido, los principios generales del derecho, a partir de la entrada de la Carta del 91 modificaron sustancialmente la consagración estatutaria del derecho administrativo, al punto que la Ley 80 de 1993¹⁸⁰ enumera en su artículo 23 los principios que rigen la contratación estatal y posteriormente, la Ley 1437 de 2011 en el artículo 3 consagra los principios con base en los cuales se conduce la actuación administrativa. A pesar de que el Decreto 01 de 1984, derogado por la Ley 1437 de 2011, también estatúa principios, es claro que estos variaron en su fin y tratamiento de una norma a la otra, lo cual denota una amplia influencia de la tendencia irradiadora de la constitucionalización del derecho administrativo. A continuación, la variación entre el CCA y el CPACA en relación con los principios para entender lo antedicho:

Código contencioso administrativo	Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo
<p>ARTICULO 3o. PRINCIPIOS ORIENTADORES. <Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. Rige a partir del dos (2) de julio del año 2012. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente:> Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera.</p>	<p>ARTÍCULO 3o. PRINCIPIOS. 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.</p> <p>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.</p>

Fuente: elaboración propia.

De esta forma se observa como incluso en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se hace referencia explícita a la Constitución Política como fundamento para la actuación administrativa, cuestión que indiscutiblemente no se

70. En Quinche Ramírez, M.F. *Derecho constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas*. Sexta edición. Bogotá. Editorial Temis. 2015. Página 119.

¹⁷⁸ Íbid.

¹⁷⁹ Íbid.

¹⁸⁰ “Estatuto de contratación estatal, que más que reglas, formula principios en pro de una contratación eficaz”. Montaña Plata, A. y Ospina Garzón, A.F. *La constitucionalización del derecho administrativo. XV Jornadas internacionales de derecho administrativo*. Universidad Externado de Colombia. 2014. Página 14. El antecedente de la Ley 80 de 1993 es el Decreto 222 de 1983, el cual, en aras de prevenir la corrupción imponía procedimientos excesivamente rígidos y poco certeros.

encontraba presente en el Código Contencioso Administrativo, constituyéndose como estandarte del bloque de constitucionalidad.

Tratados y Convenios internacionales sobre Derechos Humanos

En ese sentido y de acuerdo con lo descrito en el numeral 2, se configura entonces una adopción de la teoría monista por parte de la CP, la cual entrecruza el sistema interno con el sistema jurídico internacional, en contraposición de la teoría dualista que separa de forma tajante al derecho internacional del derecho interno¹⁸¹. Hasta la entrada en vigencia de la Carta del 91 no se contemplaba a los Tratados como fuentes vinculantes del derecho administrativo colombiano. No obstante, en razón de la adopción de una teoría de monismo moderado¹⁸² y de la integración del bloque de constitucionalidad en el orden interno colombiano, los Tratados y Convenios internacionales sobre Derechos Humanos, una vez son aceptados y ratificados por el país receptor, en este caso Colombia, se convierten en fuente por cuenta de la internacionalización y la constitucionalización del derecho interno y por consiguiente, del derecho administrativo. Lo anterior se lleva a cabo a través de Leyes aprobatorias de tratados internacionales en consonancia con el numeral 16 del artículo 150 de la Constitución que asigna al Congreso lo correspondiente a aprobar o improbar los Tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de DI.

Códigos

Históricamente fueron emitidos diversos Estatutos que se consagraron como Códigos organizativos de la estructura y el funcionamiento del Estado¹⁸³, sus bienes, la Hacienda Pública, y los Códigos subsidiarios como el de Comercio o el Civil. No obstante, en el presente apartado se hará hincapié principalmente en los Códigos de lo contencioso administrativo, es decir a la expedición del Decreto Ley 01 de 1984, modificado por el Decreto Extraordinario 2304 de 1989 y el más reciente, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011.

¹⁸¹ Trippel, C. *Derecho interno y derecho internacional*. Taboada. Madrid. 1939 y Kelsen, H. *Principios de derecho internacional público*. Ateneo. Buenos Aires. 1965. En Iregui Parra, P.M. *Precedente judicial en el contencioso administrativo. Estudio desde las fuentes del derecho*. Editorial Universidad del Rosario. 2016. Página 37.

¹⁸² De acuerdo con el artículo 93 de la Constitución Política: **ARTICULO 93.** *Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. (...)*. El monismo moderado comprende la concepción de un dinamismo entre el orden interno y el internacional, cada uno con un protagonismo propio pero complementario. Verdross, A. *Derecho internacional público*. Biblioteca Jurídica Aguilar. Madrid. 1985. Página 95. En Iregui Parra, P.M. *Precedente judicial en el contencioso administrativo. Estudio desde las fuentes del derecho*. Editorial Universidad del Rosario. 2016. Página 37.

¹⁸³ Henderson, James D. *La modernización en Colombia: los años de Laureano Gómez 1889-1965. Universidad de Antioquia*. 2006. En Vidal Perdomo, J. y Molina Betancur, C. *Derecho administrativo*. Decimocuarta edición. Universidad de Medellín. 2008. El autor realiza un recuento de la página 26 a 27 de los Códigos y Leyes que se presentan como los fundamentos tradicionales sobre los cuales se ha basado la actividad propia de la Administración del Estado colombiano.

Leyes

En el ordenamiento colombiano se encuentran múltiples tipologías de Leyes de la República, que a continuación entran a enumerarse:

- A. Leyes ordinarias: son aquellas frente a las cuales no se ha previsto un procedimiento puntual, ni una disposición particular. Su trámite se plasma en el artículo 157 de la CP. Dentro de esta clasificación se encuentran los Códigos, por lo que la diferenciación hecha solo tiene efectos prácticos para resaltar los instrumentos referenciados en el apartado anterior.
- B. Leyes orgánicas: cuentan con un trámite especial y unas materias específicas consagradas en el artículo 151 de la CP.
- C. Leyes estatutarias: comprende la revisión previa de la Corte Constitucional para determinar la exequibilidad de un proyecto de Ley estatutaria en consonancia con el artículo 153 de la CP, como elemento adicional a las Leyes orgánicas.
- D. Leyes marco: estipuladas en el numeral 19 del artículo 150 de la CP, se plasman las pautas que debe acatar el Gobierno para las materias allí establecidas.
- E. Leyes aprobatorias de planes de desarrollo o de inversiones: los artículos 341 y 342 de la CP consagran el tratamiento de estas Leyes, que cuentan con prelación sobre las Leyes ordinarias.
- F. Leyes aprobatorias de tratados internacionales: remitirse al apartado 3.

La Ley es general, imperativa y abstracta y se ha apreciado como la expresión de la voluntad de los pueblos. No obstante, siendo la Ley el instrumento de mayor jerarquía en la vigencia de la Constitución de 1886, hoy en día se considera “después de la Constitución y el bloque de constitucionalidad, en el derecho colombiano, la segunda fuente más importante del derecho administrativo¹⁸⁴”.

La Ley como fuente suprema se basaba principalmente en el conocido principio de legalidad, el cual se afianza a partir del triunfo de la Revolución francesa, cuyo papel recaía en el “monopolio del Parlamento para el dictado de normas generales y obligatorias (legicentrismo) que implicaba, además, el sometimiento del ejecutivo a la Ley¹⁸⁵”. Sin embargo, se presentaron diversos problemas que se sustentaban en la insuficiencia de la Ley para abarcar todos los supuestos facticos a resolver, derivado de los constantes cambios a los que la sociedad se veía abocada, o más recientemente por cuenta de la producción normativa de entes públicos no estatales o la práctica autoreglativa de agentes privados¹⁸⁶. Lo anterior, deriva en la reconfiguración del ordenamiento jurídico, el cual “cobra una nueva dimensión al ampliarse significativamente el clásico bloque de legalidad¹⁸⁷”, dándole paso al protagonismo de otras fuentes como los principios generales del derecho o el *soft law*, los

¹⁸⁴ Rivero Ortega, R. y Arenas Mendoza, H.A. *Derecho administrativo general*. Ibáñez. 2018. Página 120.

¹⁸⁵ Cassagne, J.C. *Los grandes principios del derecho público*. Biblioteca internacional de derecho público. Editorial Temis. 2018. Página 143.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ *Ibid.* Página 29.

cuales han demostrado la ventaja de adaptarse más fácilmente¹⁸⁸ a los retos de las nuevas tecnologías y la globalización, a pesar de la falta de legitimidad que aparentemente ostenta el *soft law* y su cuestionamiento surgido en relación con su procedimiento de expedición y aplicación.

Decretos del Ejecutivo

Dentro de este tipo de fuente, es posible afirmar que esta forma de creación de actos administrativos depende directamente de las condiciones de la forma de gobierno y la estructura estatal del caso por revisar. Dependiendo de la categorización que se le otorgue, los Decretos pueden tener o no carácter de fuente. En ese sentido es viable distinguir las siguientes categorías:

- A. Decretos legislativos o de estados de excepción: como su nombre lo indica exhiben fuerza de Ley, los emite el Presidente, se consagran en los artículos 212, 213, 214 y 215 de la CP y se dividen en Decretos Legislativos expedidos cuando se altera el orden público externo o interno y Decretos Legislativos expedidos cuando media una emergencia económica, social o ecológica.
- B. Decretos Ley o Decretos extraordinarios: denotan fuerza de Ley y se refieren a una habilitación legal otorgada por el Congreso al Gobierno para que, dada la especialidad del caso, intervenga en su regulación. Su consagración está en el numeral 10 del artículo 150 de la CP.
- C. Decretos reglamentarios: no tienen fuerza de Ley, se utilizan para dar cumplimiento a las funciones del gobierno de forma general con base en la Ley y se encuentra en el numeral 11 del artículo 189 de la CP.
- D. Decretos ejecutivos: no tienen fuerza de Ley, se orientan a ejecutar la Ley, pero dirigido a modificar situaciones de personas individuales y se fundamentan en los numerales 1 y 13 del artículo 189 de la CP.

Particular relevancia en el ejercicio propio de su función por parte del ejecutivo, tienen los decretos reglamentarios considerando, que estos cumplen la función de delimitar y especificar lo dispuesto por las Leyes¹⁸⁹ y en este sentido los reglamentos administrativos son “normas jurídicas con rango inferior a la Ley, emanadas de la Administración en sus distintos niveles y formatos¹⁹⁰ (...)”. Por ende, los reglamentos son diferentes de los actos administrativos por cuenta de que los reglamentos ostentan un “carácter innovador¹⁹¹” y creador de derecho con vocación a durar el tiempo, mientras que los actos administrativos no modifican el ordenamiento y se consumen en su aplicación. Por lo tanto, el acto administrativo es la forma genérica de expresión de voluntad del agente administrativo, en contraste con el reglamento que es constituido como una especie del acto administrativo

¹⁸⁸ Coviello, Pedro J.J. *Los principios generales del derecho frente a la Ley y al reglamento en el derecho administrativo argentino*. ReDA núm. 62. Buenos Aires. Lexis Nexis. Páginas 1088 y ss. 2007. En íbid. Página 144.

¹⁸⁹ Pardo, J.E. *Lecciones de derecho administrativo*. Sexta edición. Marcial Pons. 2016. Página 61.

¹⁹⁰ Rivero Ortega, R. y Arenas Mendoza, H.A. *Derecho administrativo general*. Ibáñez. 2018. Página 181.

¹⁹¹ Íbid.

general o particular, cuyo fin es la materialización de la aplicación de la Ley respecto de una temática específica.

Vale la pena mencionar que hoy en día, debido a las dinámicas en las que se desenvuelve la actividad administrativa por cuenta de sus constantes cambios y exigencias en una sociedad cada vez más tecnificada y en la que la Ley parlamentaria se presenta cada vez más obsoleta¹⁹², la potestad reglamentaria de la que dispone el ejecutivo cada vez toma más fuerza y es prácticamente imprescindible¹⁹³, idea que se amplía en el acápite 3.3.3 del presente trabajo.

Jurisprudencia o precedente judicial

La jurisprudencia es la fuente clásica del derecho anglosajón por antonomasia. La misma se ha considerado como el eslabón más fuerte en relación con la importancia que se deriva de la interpretación y aplicación de la normativa en la operatividad de ese sistema jurídico. La familia del *common law*, de la cual hace parte el derecho inglés, utiliza el término precedente para designar a esta fuente, que se refiere a la referenciación de un caso en particular¹⁹⁴. La jurisprudencia por el contrario se entiende como la multiplicidad de sentencias que fallan en un mismo sentido.

No obstante, Santofimio Gamboa¹⁹⁵ considera el precedente “como la decisión anterior de una autoridad que fija posición interpretativa en relación con ciertas circunstancias fácticas y jurídicas, para ser aplicadas en el futuro, esto es, como antecedente vinculante generador de regla, principio o concepto aplicable a casos sustancialmente similares”. Es decir, para este autor y otros¹⁹⁶, el precedente se constituye como una referencia a partir de la cual los operadores moldean su actuación de cara al fallo o decisión que pretendan tomar, con caracteres fácticos y jurídicos esencialmente semejantes al del precedente.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que Colombia se desarrolló tradicionalmente en la aplicación de la Ley en el ámbito del derecho administrativo, la jurisprudencia o el precedente, como últimamente se ha llamado a denominar, no se estatúa como la norma más relevante dentro del orden estatal, relevada a un papel menor¹⁹⁷. No obstante, a partir de la creación de la Corte Constitucional con la firma de la Carta del 91, se le ha venido otorgando de forma paulatina un papel fundamental al precedente por cuenta de la reiterada

¹⁹² Rodríguez Rodríguez, L. *Derecho administrativo general y colombiano*. Temis. 2015. Página 482.

¹⁹³ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. *Curso de derecho administrativo I*. Civitas. Navarra. 2015. Página 205. En íbid. Página 189.

¹⁹⁴ Taruffo, M. *Precedente y jurisprudencia*. Revista precedente. 2007. Páginas 85-99. En Iregui Parra, P.M. *Precedente judicial en el contencioso administrativo. Estudio desde las fuentes del derecho*. Editorial Universidad del Rosario. 2016. Página 17.

¹⁹⁵ Santofimio Gamboa, J.O. *La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano*. Universidad Externado de Colombia. 2010. Página 10. En Iregui, Parra, P.M. *Precedente judicial en el contencioso administrativo. Estudio desde las fuentes del derecho*. Editorial Universidad del Rosario. 2016. Página 17.

¹⁹⁶ Como Paola Iregui.

¹⁹⁷ Vidal Perdomo, J. y Molina Betancur, C. *Derecho administrativo*. Legis. 2016. Página 40.

interpretación que los Magistrados llevan a cabo en relación con la aplicación de las normas y sus sentencias concluyentes con base en casos de revisión de tutelas, de acción pública y excepción de inconstitucionalidad, demandas de exequibilidad y el denominado control de constitucionalidad, entre otros, escudada en la protección de los derechos fundamentales y la salvaguarda del Estado social del Derecho, al punto que se ha llegado a cuestionar su actividad tildándola de estatuir un “gobierno de los jueces”, la cual afecta la seguridad jurídica dentro del Estado¹⁹⁸.

Como destino natural, la jurisprudencia compilada del Consejo de Estado¹⁹⁹ también empezó a tener una marcada relevancia en términos de instituirse como una de las fuentes principales en el marco de su utilización como referente en el ejercicio judicial y la definición de diversos instrumentos de política estatal. Tan es así, que el presente trabajo se orienta en encontrar sentencias que demuestren el uso del *soft law* en la argumentación de dos de las tres altas Cortes en relación con la estructura y funciones de las AAI.

El Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo innovó en cuanto a las figuras jurídicas de sentencias de unificación del Consejo de Estado y el denominado mecanismo de extensión jurisprudencial. De la primera puede decirse que permite que el Consejo de Estado sienta su posición respecto de una controversia jurídica, recoja los aspectos más relevantes de la misma y se erija como de obligatorio referente²⁰⁰. En cuanto al mecanismo de extensión jurisprudencial, el mismo habilita a los administrados a solicitarle al Consejo de Estado la extensión y consecuente aplicación de una sentencia de unificación que haya reconocido un derecho, es decir, que le sea favorable al peticionario y guarde los mismos supuestos fácticos y jurídicos²⁰¹.

Como es palpable, la noción de jerarquía normativa tradicional ha entrado en crisis. Hoy en día no es viable afirmar que la aplicación se presente fácilmente de forma piramidal, especialmente en lo que concierne a dos frentes:

- La jerarquía es borrosa.
- Las fuentes han variado por cuenta de la inserción de nuevos instrumentos al orden jurídico administrativo.

En ese orden de ideas, se pasará ahora a exponer los instrumentos de *soft law* que se evidencian en nuestro ordenamiento.

¹⁹⁸ López Daza, G.A. *El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces?* Cuestiones constitucionales. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. 2011. Páginas 169 – 193. Artículo online, revisado en marzo de 2019 en http://www.scielo.org.mx/ez.urosario.edu.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932011000100005&lng=en&tlng=en#nota

¹⁹⁹ También de la Corte Suprema de Justicia en sus correspondientes áreas de decisión.

²⁰⁰ Arboleda Perdomo, E.J. *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Legis. 2012. Página 268. En Rivero Ortega, R. y Arenas Mendoza, H.A. *Derecho administrativo general*. Ibáñez. 2018. Páginas 132-133. Artículo 270 del CPACA.

²⁰¹ Artículo 102 de la Ley 1437 de 2011.

2.2. ANÁLISIS DE LA IRRUPCIÓN DEL SOFT LAW EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO

A continuación, se presentarán las diversas manifestaciones de las vías por las cuales se ha desarrollado la progresiva introducción del *soft law* en el derecho administrativo colombiano.

2.2.1. La huida del derecho administrativo colombiano

De esta forma, en primer lugar, se debe hacer referencia al acercamiento que ha acontecido a partir del siglo XIX entre derecho público y privado, configurándose así una “huida”²⁰² del primero, cediendo posición en la dinámica de la Administración, al segundo. Es decir, “la huida del derecho administrativo se configura cuando a las actividades auténticamente administrativas se aplican los procedimientos, las formas y las técnicas del derecho privado”²⁰³.

Dicha huida cuenta con defensores, que consideran que con la utilización de las normas del derecho privado, se da origen a “la elaboración jurisprudencial de un nuevo derecho común adecuado a las administraciones”²⁰⁴, que les permite el resguardo de principios constitucionales a partir del desvanecimiento del uso de las “Leyes administrativas”. Igualmente, existen posturas moderadas²⁰⁵, cuya línea se enmarca en la aplicación excepcional de los regímenes de derecho privado por parte de la Administración, toda vez que la actuación de esta debe conservar el resguardo de la protección de los derechos de los administrados, cuya tutela solamente puede darse a partir del acatamiento pleno de las formas propias del derecho público.

No obstante, tal fenómeno no se presenta exento de críticas. Al respecto, algunos autores han enumerado una serie de problemas que trae consigo la denominada “huida” del derecho administrativo y la aplicación del derecho privado, tales como la vulneración a los principios de objetividad, transparencia y libre concurrencia en la contratación estatal, la libre disposición de sus bienes y la adscripción potestativa de sus funcionarios²⁰⁶.

En ese sentido también han surgido preocupaciones relativas a la constitucionalidad de su utilización por parte de la Administración, en la medida en que, por un lado, no se acata el

²⁰² Parada, R. *Concepto y fuentes del derecho administrativo*. Marcial Pons. 2008. Página 24.

²⁰³ Martín-Retortillo, S. *Reflexiones sobre la huida del derecho administrativo*. Revista de Administración Pública. 1996. Páginas 25 a 44. En Serrano Salomón, D.A. *La huida del derecho administrativo en España y en Colombia*. Un panorama desde las entidades descentralizadas. Revista de Derecho Público No. 34. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. 2015. Página 7.

²⁰⁴ Barrojo Iniesta, I. *El intento de huir del derecho administrativo*. Revista Española de Derecho Administrativo, Páginas 233 a 249. 1993. En *ibid.* Página 12.

²⁰⁵ Laguna del Paz, J.C. *La renuncia de la Administración al derecho administrativo*. Revista de Administración Pública. Páginas 201 a 229. 1995. García de Enterría, E. y Fernández, T.R. *Curso de derecho administrativo*. Madrid. España. Editorial Civitas. 2006. Parejo Alfonso citado en Descalzo González, A. *La noción de derecho administrativo en España: algunas cuestiones de reciente actualidad*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2011. En *ibid.* Página 13.

²⁰⁶ Serrano Salomón, D.A. *La huida del derecho administrativo en España y en Colombia. Un panorama desde las entidades descentralizadas*. Revista de Derecho Público No 34. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. 2015. Página 6.

procedimiento establecido para la expedición de algunas fuentes del derecho administrativo como los actos administrativos en forma de Resoluciones, toda vez que al derecho privado no se le exige un procedimiento “previo, justificador y legitimador²⁰⁷”, a la hora de dar origen a su normativa, por lo que quedan por fuera del control jurisdiccional propio de su rama²⁰⁸.

Por otro lado, puesto que uno de los fines del derecho administrativo es la satisfacción de los intereses generales, las entidades deben someterse a los principios que rigen su actividad tales como la igualdad, el mérito, la objetividad, la neutralidad, la no arbitrariedad, entre otros, los cuales son intrascendentes en el ámbito privado²⁰⁹. Por lo tanto, sus instrumentos carecerán de la motivación adecuada que impulse la protección de dichos fundamentos.

Asimismo, se cuestiona la supuesta “mayor eficacia” que brinda el derecho privado cuando es aplicado por la Administración, en la forma de entidades públicas sujetas al régimen privado, por cuanto se está confundiendo la eficiencia del sector privado frente al público con la aplicación de instrumentos de derecho privado, por parte de los entes estatales.

Es así como, debido a que empezó a identificarse que la llamada huida del derecho administrativo implicaba “la huida de todo derecho y de toda jurisdicción; en suma, de todo control²¹⁰”, se han venido tomando medidas correctivas²¹¹ por parte de los ordenamientos jurídicos, para garantizar la sujeción y cumplimiento de los fines estatales en el uso de estos instrumentos. Incluso, se ha manifestado un movimiento que reclama la devolución a un modelo tradicional: “un ordenamiento administrativo rígido²¹²”, con el fin de salvaguardar los riesgos que trae consigo el empleo de disposiciones privadas al campo público.

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico colombiano, la “huida” del derecho administrativo se ha manifestado en menor medida que en otros ordenamientos, como el español. Esto se debe a diversas razones tales como, en primer lugar, la simetría que siempre ha procurado guardar entre la forma, el régimen jurídico y el contenido de este en sus disposiciones. Es así como, se llevó a cabo una sistematización de la institucionalidad colombiana, que derivó en la diferenciación entre establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta. Las dos últimas entendidas como “organismos creados o autorizados por la Ley, encargados de dinamizar actividades de naturaleza industrial y comercial, disciplinadas por el derecho privado²¹³”, lo cual se concretó por medio

²⁰⁷ R. *Concepto y fuentes del derecho administrativo*. Marcial Pons. 2008. Página 25.

²⁰⁸ Del Saz, Silvia. *La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones: aplausos y críticas*. RAP. Página 136. En *ibid.* Página 25.

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ *Ibid.* Página 26.

²¹¹ En el caso español, se encuentra por ejemplo la expedición de la Ley 48 de 30 de diciembre de 1998 por la cual se recogen las Directivas de la Comunidad Europea en materia de contratación. En Serrano Salomón, D.A. *La huida del derecho administrativo en España y en Colombia. Un panorama desde las entidades descentralizadas*. Revista de Derecho Público No 34. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. 2015. Página 11.

²¹² Guarino. *Quale amministrazione? El Diritto amministrativo degli anno 80*. Milano, 1985. En *ibid.* Página 27.

²¹³ Serrano Salomón, D.A. *La huida del derecho administrativo en España y en Colombia. Un panorama desde las entidades descentralizadas*. Revista de Derecho Público No 34. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. 2015. Página 15.

de la reforma administrativa de 1968 y los artículos 5, 6 y 8 del Decreto 1050 de 1968. Además, se guardaba coherencia con el régimen jurídico que guiaba sus actos y contratos contenido en el capítulo VI del Decreto 3130 de 1968.

De la misma forma, una vez se materializa la reforma administrativa de 1998, esta “conservó en gran parte la misma lógica de los derogados Decretos 1050 y 3130²¹⁴” y continuó salvaguardando la consonancia entre contenido de la actividad y régimen jurídico, ahora cobijando adicionalmente a las sociedades de economía mixta, y las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica.

En segundo lugar, se encuentra que el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 sujeta a las personas jurídicas sin ánimo de lucro como producto de la asociación de entidades públicas, a las normas del Código Civil con el fin de aligerar su actividad, lo cual es un evidente ejemplo de la huida del derecho administrativo en Colombia. No obstante, la Corte Constitucional²¹⁵ ha matizado tal disposición, en el entendido de que esto solo es viable siempre y cuando se obedezca a la naturaleza y el régimen propio que fundamente a las entidades involucradas. Es decir, únicamente subordinados al acatamiento del derecho público.

En tercer lugar, se presenta un cambio de paradigma en la naturaleza jurídica de la prestación de los servicios públicos en Colombia, en el cual ahora se entienden como una expresión de la actividad económica particular desenvuelta en el escenario de la regulación estatal²¹⁶. Sin embargo, en este aspecto no se habla de una huida del derecho administrativo propiamente dicha²¹⁷, toda vez que en este escenario la prestación no constituye función pública y por tanto, no implica la adopción de un régimen del derecho privado por entidades estatales, excepto cuando el prestador del servicio funge como tal y entra a competir con el privado.

Como cuarta situación, se tiene que el régimen de las entidades descentralizadas subordinadas al derecho privado, debe salvaguardar las disposiciones del derecho administrativo, puesto que “la remisión al derecho privado no es absoluta²¹⁸”. Así por ejemplo, David Suárez²¹⁹ resalta que en el régimen que conduce a las empresas de servicios públicos domiciliarios, se encuentran importantes disposiciones del derecho administrativo que deben ser acatadas a la hora de interactuar con los usuarios, tales como la expedición de actos administrativos, dirigirse por procedimientos propios del derecho administrativo o agotar la vía administrativa. Se evidencia entonces que la huida no es absoluta y, de todas

²¹⁴ Íbid.

²¹⁵ Sentencia C-671 de 1999. M.P. Beltrán Sierra.

²¹⁶ Sánchez Luque, G. *¿Las empresas prestadoras de servicios públicos privadas son entidades estatales?* Revista Contexto. 2008. Páginas 57 a 100. En Serrano Salomón, D.A. *La huida del derecho administrativo en España y en Colombia. Un panorama desde las entidades descentralizadas*. Revista de Derecho Público No 34. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. 2015.

²¹⁷ Serrano Salomón, D.A. *La huida del derecho administrativo en España y en Colombia. Un panorama desde las entidades descentralizadas*. Revista de Derecho Público No 34. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. 2015. Página 20.

²¹⁸ Íbid. Página 20.

²¹⁹ Suárez Tamayo, David. *Huida o vigencia del derecho administrativo: el caso de los servicios públicos domiciliarios. Transformaciones - Tendencias del derecho administrativo*. Medellín, Colombia: Librería Jurídica Sánchez. 232-233. 2010. En íbid. Página 21.

formas, se procura proteger la subordinación de los entes a los principios de la función administrativa enmarcados en el artículo 209 de la C.P.

Por último, en el ordenamiento jurídico se plasman limitaciones constitucionales dirigidas a las entidades descentralizadas, en el desarrollo del artículo 210 de la C.P., frente a lo cual la propia Corte Constitucional ²²⁰ ha resaltado que están subordinadas a las reglas constitucionales en su organización, funcionamiento y control. Múltiples ejemplos son visibles en esta línea. Se referencia el relativo a lo dispuesto en los artículos 267 a 274 de la C.P., por cuanto “la Administración y ejecución del erario está sometida a controles que garanticen la máxima transparencia por lo que su gestión está sujeta al control fiscal²²¹”.

Los autores colombianos tienden a defender una postura en la que se le resta importancia a la “huida” del derecho administrativo, en la medida en que “el régimen del derecho privado es insuficiente para asegurar las finalidades esenciales del Estado y preservar el interés público²²²”. No obstante, algunos sostienen posiciones menos rígidas al respecto y resaltan la importancia del uso de normas del derecho privado, especialmente en escenarios económicos, competitivos y empresariales, sin desconocer que muchas veces “lo que se busca con el fenómeno de la huida es eludir ciertos derechos, garantías, principios, trámites, procedimientos, controles y responsabilidades²²³”.

2.2.2. La tecnificación del derecho administrativo colombiano

La remisión del derecho a la técnica denota una clara manifestación de la variación de las fuentes del derecho administrativo, en la medida en que en ciertos ámbitos tales como el medio ambiente o la tecnología se empieza a evidenciar la exigencia de cooperación entre Estado y agentes privados, configurándose así un arquetipo de Estado cooperativo en el marco de un modelo de administración adscrito a la gobernanza. De lo anterior se desprende que, por la naturaleza de estas materias, el mismo se deslinda del manejo estatal, dándole paso a la apreciación de expertos, dedicados al desarrollo y estudio de las temáticas específicas.

A pesar de que las normas técnicas no son nuevas en el orden administrativo colombiano, se viene abriendo “paso a actuaciones informales, consensuales y de estimulación o de dirección indirecta del comportamiento privado, que (...), restan protagonismo a la tradicional

²²⁰ Sentencia C-629 de 2003. M.P. Álvaro Tafur. En Serrano Salomón, D.A. *La huida del derecho administrativo en España y en Colombia. Un panorama desde las entidades descentralizadas*. Revista de Derecho Público No 34. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. 2015. Página 22.

²²¹ *Ibid.* Página 23.

²²² Tafur Galvis, A. *Las entidades descentralizadas*. Bogotá. Temis. 1977. Página 416. En Serrano Salomón, D.A. *La huida del derecho administrativo en España y en Colombia. Un panorama desde las entidades descentralizadas*. Revista de Derecho Público No 34. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. 2015. Página 25. En la misma línea se encuentran Montaña Plata, Santofimio, Marín Cortés.

²²³ Suárez Tamayo, D. *Huida o vigencia del derecho administrativo: el caso de los servicios públicos domiciliarios. Transformaciones - Tendencias del derecho administrativo*. Medellín. Librería Jurídica Sánchez. 2010. En *ibid.* Página 26.

regulación imperativa o jerárquica como instrumento de intervención (...) ²²⁴, por ejemplo, en lo relativo al interés que surge en la protección al medio ambiente. Algunos referentes son el modelo de compensación, modelo de certificado, los cuales serán mencionados en el subacápite 2.4. y la normalización, que a continuación se resalta.

Así, procesos como los de normalización o estandarización vienen presentando una importancia significativa en la actividad estatal colombiana. La normalización entendida como un sistema orientado a la consecución de unos parámetros repetitivos y frecuentes para su aplicación en un ámbito determinado que presente una problemática actual o potencial. De forma particular estriba en el procedimiento de adopción de una norma técnica ²²⁵.

Se cuenta con un organismo de normalización denominado Instituto Colombiano de Normas Técnicas ICONTEC ²²⁶ de naturaleza eminentemente privada a pesar de que su constitución se derivó de la expedición de la Resolución 2996 de 1963 del Ministerio de Justicia.

En la misma línea, el Decreto 2269 de 1993 *Por el cual se organiza el sistema nacional de normalización, certificación y metrología* se expide por parte del Presidente de la República, pero es claro que “del conjunto de sus disposiciones es posible derivar el carácter no obligatorio de las normas técnicas en nuestro ordenamiento ²²⁷”.

De acuerdo con la ISO – Organización Internacional para la Normalización – una norma técnica es una:

Especificación técnica u otro documento, accesible al público, establecido con la cooperación y el consenso o la aprobación general de todas las partes interesadas, basado en los resultados conjuntos de la ciencia, la tecnología y la experiencia, que tiene por objetivo el beneficio óptimo de la comunidad y que ha sido aprobada por un organismo cualificado a nivel nacional, regional o internacional ²²⁸.

Sus características ²²⁹ redundan en:

- La experiencia en el campo y un alto conocimiento técnico y científico.
- Un procedimiento que cuenta con el consenso y participación de los interesados en la expedición de las normas técnicas por parte de la asociación de estandarización.

²²⁴ Schmidt – Assmann, Eberhard. *La teoría del Derecho Administrativo como sistema*. Madrid-Barcelona. Marcial Pons. 2003. Páginas 33 y 132. En Santaella Quintero, H. *Normas técnicas y Derecho en Colombia. Desafíos e implicaciones para el Derecho en un entorno de riesgo*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2008. Página 47.

²²⁵ Artículo 2-a del Decreto 2269 de 1993.

²²⁶ No obstante en el artículo 3 del Decreto 2269 de 1993, se otorga capacidad para adelantar la actividad normalizadora a otros órganos, entrando así en una contradicción con lo dispuesto en el cuerpo del artículo 2 del mismo Decreto.

²²⁷ Santaella Quintero, H. *Normas técnicas y Derecho en Colombia. Desafíos e implicaciones para el Derecho en un entorno de riesgo*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2008. Página 65.

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ *Ibid.* Página 69-70.

- La falta de fuerza vinculante en su aplicación por el carácter usualmente privado de los órganos de normalización, lo que redundaría en su uso voluntario.
- Un objeto orientado a su empleo frecuente y permanente en un medio específico de la actividad humana.
- Una difusión accesible al público, mediante la cual se venden y dan a conocer las normas técnicas por parte de los organismos que las expiden.

En cuanto a su normativa, si bien no existe una norma que otorgue los soportes sobre los cuales se asiente la actividad normalizadora, sí median diferentes instrumentos que contemplan disposiciones relativas al papel de la Administración en este ámbito. En ese sentido, se encuentran el Decreto 2269 de 1993, el Decreto 2152 de 1992, Decreto 210 de 2003 y la Ley 872 de 2003. En esa medida, el régimen de normalización colombiano se enfoca principalmente en la concepción orgánico-administrativa del sistema de normalización y las implicaciones de la aplicación (jurídica o no) de las normas técnicas: es decir, los sujetos y la juridificación de las mismas²³⁰.

Se deslinda una distinción entre normas técnicas oficiales y normas técnicas propiamente dichas, a raíz de la reciente, aunque no novedosa percepción de un orden de estandarización público, paralelo al tradicional privado. Las segundas cuentan con un carácter no obligatorio, mientras que las primeras “en nada difieren de los reglamentos tradicionales²³¹”. Es decir, toda vez que emanan de la decisión de una autoridad para establecer criterios técnicos a tener en cuenta, se configurarían como unos típicos reglamentos técnicos, que se diferencian de las normas técnicas propiamente dichas. Con base en lo anterior, se concluye que las normas expedidas por las entidades estatales tienen fuerza obligatoria y una característica de régimen de normalización es que sus reglas se expiden de forma consensuada en el seno de una organización de normalización, sin generar efectos jurídicos vinculantes²³².

Es así como surgen desafíos²³³ por cuenta del vínculo entre el orden técnico y el orden jurídico, dentro de los cuales se resaltan:

1. La carencia de legitimidad democrática de los órganos de estandarización.
2. La vulneración de los mandatos constitucionales y legales en lo relativo a la publicidad de las normas.
3. Las limitaciones al principio de publicidad de las actividades de interés público.
4. El menoscabo de las garantías en materia de acceso a la administración de justicia.
5. Los interrogantes acerca de la imparcialidad de las normas técnicas.

Aunado a lo anterior, nos encontramos en el contexto de la denominada “sociedad del riesgo”, la cual ha presentado retos algunas veces incalculables para la Administración, que

²³⁰ Santaella Quintero, H. *Normas técnicas y Derecho en Colombia. Desafíos e implicaciones para el Derecho en un entorno de riesgo*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2008. Página 79.

²³¹ *Ibid.* Página 73.

²³² De hecho, el Consejo de Estado las diferencia claramente: “El referido Decreto 2269 de 1993 distingue entre norma técnica colombiana (NTC) y norma técnica colombiana oficial obligatoria”. Exp: 25000-23-24-000-2000-00736-01. C.P.: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

²³³ *Ibid.* Páginas 122 a 158.

difícilmente puede solventar mediante las fuentes clásicas del derecho administrativo con miras a lograr sus objetivos²³⁴. Es en este escenario que sistemas como los de la estandarización cobran relevancia con instrumentos propios, como las normas técnicas, que pueden llegar a permitir un mayor manejo de problemáticas en ciertos ámbitos con un alto grado de complejidad y falta de soluciones visibles y certeras²³⁵. Así, la Administración “no se limita ya al empleo de técnicas regulatorias, sino que se vale también de instrumentos de advertencia y recomendación, del acuerdo previo y del entendimiento²³⁶”.

A partir de esto se delimita al Estado como un modelo de gobierno cooperativo, mediante el cual se busca la colaboración entre Estado y agentes sociales, así como el consenso y los acuerdos con el sector privado²³⁷. De esta manera, el modo de aplicación del derecho también varía y:

El acto administrativo pierde su protagonismo dentro del conjunto de formas de expresión de la Administración, desplazado por fórmulas de corte convencional, que más que asegurar una eventual ejecución forzosa pretenden convencer y persuadir a sus destinatarios. En consideración a las ventajas que ofrece su ductilidad, temporalidad y adaptabilidad al cambio, las diferentes formas que puede conocer el soft law emergen así como alternativas plausibles para el cumplimiento de las responsabilidades de dirección y ordenación que le incumben al Estado respecto de ciertos sectores en los que por una u otra razón las fórmulas tradicionales de regulación resulta inadecuadas²³⁸.

2.2.3. Del principio de legalidad al principio de juridicidad

Ahora bien, como se ha expuesto en algunos apartados, se viene presentando un fenómeno relativo a la pérdida de protagonismo y relevancia de la Ley en el orden administrativo colombiano. Dicha situación converge, entre otros, de la irradiación constitucional que sufrió el derecho administrativo y que significó “un sometimiento de la Administración al Derecho – y no específicamente a la Ley²³⁹”. Es decir, es el paso del Estado de Derecho o de legalidad al Estado social de Derecho o Estado constitucional.

A partir de esto, se pueden enumerar algunas razones²⁴⁰ que posan como corolario del tránsito del principio de legalidad al principio de juridicidad, entre las que se tiene:

²³⁴ Íbid. Página 93.

²³⁵ Santaella hace énfasis en su utilidad especialmente en materia ambiental.

²³⁶ Schmidt-Assmann, E. *La teoría del Derecho Administrativo como sistema*. Madrid-Barcelona, INAP-Marcial Pons. 2003. En íbid. Página 94.

²³⁷ Santaella Quintero, H. *Normas técnicas y Derecho en Colombia. Desafíos e implicaciones para el Derecho en un entorno de riesgo*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2008. Página 95.

²³⁸ Íbid. Página 96.

²³⁹ Montaña Plata, A. y Ospina Garzón, A.F. *La constitucionalización del derecho administrativo. XV Jornadas internacionales de derecho administrativo*. Capítulo *Del principio de legalidad al principio de juridicidad: implicaciones para la potestad normativa de la Administración de una transición constitucionalmente impuesta*. Santaella Quintero, H. Universidad Externado de Colombia. 2014. Página 81.

²⁴⁰ Íbid. Páginas 87-88.

- Los obstáculos operativos para la Administración derivados de la forma de expedición clásica de la Ley.
- Su influencia ideológica.
- Las mutaciones sufridas por la sociedad y el Derecho en el siglo reciente, como la globalización.

Dentro de las dos últimas razones se localizan tres grandes problemáticas que han confluído en la alteración del principio de legalidad, a saber:

- La crisis de la Ley, en cuanto al fortalecimiento de la autorregulación y la concurrencia de los entes privados en la expedición de normas.
- La consolidación del reglamento como herramienta del ejercicio de la Administración Pública.
- La definitiva instauración del Estado social de Derecho.

En primer lugar, la crisis de la Ley se refiere a que la misma “ha perdido en la sociedad actual el lugar principal que le correspondía en el orden jurídico liberal²⁴¹”. Al respecto se esgrimen múltiples consideraciones, de las cuales se pueden resaltar tres: (i) La subordinación de la Ley a la Constitución. (ii) La producción supranacional de Derecho. (iii) La toma de decisiones por medio de la potestad reglamentaria y el desarrollo y consolidación de las denominadas autoridades independientes en un modelo de Estado regulador (a las cuales se les dedica un capítulo entero en el presente trabajo), como el Banco de la República mediante el cual se define la política monetaria, crediticia o cambiaria del país. Esto se afianza por cuenta del carácter técnico e independiente²⁴² de estas entidades que se espera redunde en un beneficio para la salvaguarda de los intereses generales.

En segundo lugar, como consecuencia del destino natural del declive de la Ley, surge el fortalecimiento del reglamento, cuya relevancia en el sistema de fuentes del derecho administrativo emana principalmente de los artículos 122 y 123 de la Constitución Política²⁴³, mediante los cuales se sujeta la actividad de la Administración y de los funcionarios públicos al reglamento. Tal como se puso de presente en el acápite 3.1 de esta tesis, existen múltiples clases de reglamentos, frente a lo cual se vislumbra la consagración constitucional de diversas potestades reglamentarias otorgadas directamente por la Constitución a distintos órganos, entre las cuales se resaltan:

- El artículo 354 que puntualiza la potestad del Contador General de la Nación en relación de la determinación de las normas contables del país.

²⁴¹ Laporta, F. *El imperio de la Ley. Una visión actual*. Madrid. Tratta. 2007. Página 157. En íbid. Página 89.

²⁴² Esteve Pardo, J. *Autorregulación, Génesis y efectos*. Aranzadi. Cizur Menor. 2002. Página 46 y ss. En Montaña Plata, A. y Ospina Garzón, A.F. *La constitucionalización del derecho administrativo. XV Jornadas internacionales de derecho administrativo*. Capítulo *Del principio de legalidad al principio de juridicidad: implicaciones para la potestad normativa de la Administración de una transición constitucionalmente impuesta*. Santaella Quintero, H. Universidad Externado de Colombia. 2014. Página 90.

²⁴³ Montaña Plata, A. y Ospina Garzón, A.F. *La constitucionalización del derecho administrativo. XV Jornadas internacionales de derecho administrativo*. Capítulo *Del principio de legalidad al principio de juridicidad: implicaciones para la potestad normativa de la Administración de una transición constitucionalmente impuesta*. Santaella Quintero, H. Universidad Externado de Colombia. 2014. Página 93.

- Los artículos 371 y 372 referentes a la regulación del Banco de la República (como ya se mencionó).
- La denominada habilitación constitucional subsidiaria al reglamento, que permite la emisión de la reglamentación en caso de omisión o demora del legislador, mecanismo cada vez más utilizado, como las atribuciones reglamentarias del Contralor General de la República, consagradas en el Decreto Ley 267 de 2000 expedido por el Presidente de la República²⁴⁴.

Es así como con base en los enunciados principios, en definitiva, la propia Constitución, quizás inconscientemente le otorgó un papel protagónico al reglamento, que hoy por hoy resulta sumamente valioso de cara a enfrentar los desafíos que la era globalizada trae consigo al tradicionalmente reglado derecho administrativo colombiano; desafíos que comprometen la vigencia y garantía de los principios constitucionales de la administración pública.

Por otro lado, la propia forma como se legisla, ha permitido que el reglamento cobre importancia por cuenta de la cada vez más común remisión al reglamento para la determinación de los aspectos puntuales de un tema específico de la actividad administrativa²⁴⁵, como ocurrió con la Ley 142 de 1994 sobre servicios públicos domiciliarios, en la que se faculta a las comisiones de regulación “para regular el servicio público respectivo²⁴⁶”.

En conclusión, el principio de juridicidad surge a raíz del sometimiento de la Administración ya no principalmente a la Ley, sino a los preceptos establecidos en la Constitución²⁴⁷, lo cual amplía el margen de acción de la misma y modifica sustancialmente su interrelación con el legislativo, en la medida en que su margen de discrecionalidad varía por la relevancia que adopta el reglamento como una figura cuasi autónoma que ya no depende irrestrictamente de la Ley.

Ahora, por cuenta de la constitucionalización del derecho administrativo colombiano se deduce que el derecho blando entra a jugar un papel importante, en la medida en que el modelo de Estado social de derecho exige a la Administración una adaptabilidad innovadora y mayor por los retos que de aquel se desprenden, como se expuso en este acápite.

²⁴⁴ Artículo transitorio 41. Si durante los dos años siguientes a la fecha de promulgación de esta Constitución, el Congreso no dicta la ley a que se refieren los artículos 322, 323 y 324, sobre régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, el Gobierno, por una sola vez expedirá las normas correspondientes.

²⁴⁵ Montaña Plata, A. y Ospina Garzón, A.F. *La constitucionalización del derecho administrativo*. XV Jornadas internacionales de derecho administrativo. Capítulo Del principio de legalidad al principio de juridicidad: implicaciones para la potestad normativa de la Administración de una transición constitucionalmente impuesta. Santaella Quintero, H. Universidad Externado de Colombia. 2014. Página 95.

²⁴⁶ Parágrafo de artículo 69 y artículo 73.

²⁴⁷ Montaña Plata, A. y Ospina Garzón, A.F. *La constitucionalización del derecho administrativo*. XV Jornadas internacionales de derecho administrativo. Universidad Externado de Colombia. 2014. Página 100.

2.3. VARIACIÓN Y COMPLEJIZACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES EN EL SISTEMA ADMINISTRATIVO COLOMBIANO POR CUENTA DE SU IRRUPCIÓN

Una vez analizada la irrupción de los instrumentos de *soft law* en el derecho administrativo colombiano y las consecuencias de esta irrupción, se pasa ahora a observar qué cambios ha tenido el sistema de fuentes del mismo por cuenta de ello.

2.3.1. Nuevas formas de interacción administrativa

Debe partirse de la idea de que la Ley no se presenta ya como una figura inamovible y rígida que se constituía como la máxima expresión de la voluntad popular. Lo anterior, toda vez que ya no se tiene como estandarte de la legalidad por estar envuelta en un cuestionamiento a la forma como es utilizada por parte del gobierno y de la propia Administración en la toma de sus decisiones o al ejercer aquel su potestad reglamentaria²⁴⁸. Esto por cuenta de la entrada en escena de la altísima discrecionalidad en la toma de las decisiones de los operadores administrativos conforme a la expedición de reglamentos.

Pues bien, en la misma línea se puede reseñar que la globalización representada en forma de irrupción del *soft law* en el derecho administrativo, modifica la forma como se interpretan los sistemas jurídicos²⁴⁹. En ese orden de ideas, media un resquebrajamiento del sistema clásico del derecho administrativo en la adopción de sus fuentes en la forma piramidal de la que hablaba Kelsen²⁵⁰, mediante el cual la Ley interna es suprema, supuesto que hoy en día ya no es absoluto, poniendo en entredicho la visión de autonomía y territorialidad²⁵¹ del Estado²⁵², e incluso su propio sistema democrático²⁵³. Lo anterior también deriva en el replanteamiento de fundamentos como el de “cosa juzgada”, el cual puede ser revaluado con base en la revisión de postulados globales que no necesariamente son reconocidos por el ordenamiento interno.

Por lo tanto, algunos autores²⁵⁴ consideran que, frente a semejantes desafíos que trae la globalización y la implementación de instrumentos de *soft law*, el Derecho debe servir como

²⁴⁸ Ponce Solé, J. *Derecho administrativo global*. Capítulo III *Procedimiento administrativo, globalización y buena Administración*. Marcial Pons. 2010. Páginas 92-93.

²⁴⁹ Guacaneme Pineda, R.E. y Avendaño Castro, W.R. *El concepto de globalización en la jurisprudencia colombiana (2000-2014). Análisis jurisprudencial en tres cortes colombianas: Constitucional, Suprema de Justicia y Consejo de Estado*. Revista Académica y Derecho. Universidad Libre seccional Cúcuta. 2015. Página 159.

²⁵⁰ Kelsen, H. *Teoría pura del derecho*. Primera edición de 1934. Editorial Trotta.

²⁵¹ Sentencia 006 (8-II-2002). M.P. María Victoria Calle Correa.

²⁵² Guacaneme Pineda, R.E. y Avendaño Castro, W.R. *El concepto de globalización en la jurisprudencia colombiana (2000-2014). Análisis jurisprudencial en tres cortes colombianas: Constitucional, Suprema de Justicia y Consejo de Estado*. Revista Académica y Derecho. Universidad Libre seccional Cúcuta. 2015. Página 159.

²⁵³ “Si las decisiones son desplazadas a cuerpos decisorios en el mundo, los ciudadanos habrán de perder cada vez más su influencia en el curso de la política”. Frey, B. *Gobierno flexible para un mundo globalizado*. 2007. En Carbonell, M. *La globalización y el orden jurídico*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2007. Páginas 167 a 177. En íbid. Página 166.

²⁵⁴ Villar, B. *La teoría pluralista del Estado de Kelsen y la globalización*. En Ramírez, G. *El Derecho en el contexto de la globalización*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2007. Páginas 135 a 157. Y Cortés,

canalizador entre la influencia que la permeabilización de estas transformaciones traiga al ordenamiento jurídico administrativo y la salvaguarda de principios propios de esta área del derecho como el de legalidad o certeza jurídica. Es decir, el éxito en el desarrollo de este fenómeno consistirá en la capacidad de la ciencia jurídica de adaptarse a los crecientes desafíos que se deriven de la inclusión de nuevos y más complejos mecanismos que terminan haciendo las veces de normas de obligatorio cumplimiento.

No obstante, dentro de la jurisprudencia colombiana (Sentencia C-379/96, referenciada en la C-199 de 2012), se resalta el papel de la globalización en la medida en que:

La interdependencia de los Estados, el logro de mayores flujos de inversión extranjera que complementen el ahorro nacional, financien grandes proyectos de infraestructura y apoyen la expansión industrial, es una necesidad indispensable para alcanzar niveles adecuados de desarrollo económico y bienestar social.

Hay que tener en cuenta que es solo a partir de la entrada en vigencia de 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 administrativo²⁵⁵”.

A su vez, Medina González expone que la irrupción de formas de *soft law* a la dinámica administrativa 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 global²⁵⁶”.

Es decir, se trata de instrumentos cuyo éxito se basa en el acatamiento voluntario de los destinatarios, a pesar de que venga manifestándose en forma coercitiva por cuenta de un deslinde entre la naturaleza de normas de *hard law* y de *soft law*. Por lo tanto, es una cuestión de un ejercicio de adaptación al que el Estado debe hacerle frente para no verse afectado por cuenta de las dinámicas de interacción cada vez más rápidas y diversas en el marco del fenómeno globalizante que ha invadido gran parte de los ordenamientos jurídicos, incluido el colombiano, tema en el cual a continuación se continúa ahondándose.

2.3.2. El denominado test de ductilidad

Por su parte, el test de ductilidad es una metodología propuesta por Alexander Sánchez para determinar los elementos característicos de casos considerados como *soft law*, que se basa en cuatro categorías de análisis:

E. *Fluidez y certeza del Derecho, ¿hacia un sistema abierto de fuentes?* En: Adame, J. *Derecho civil y romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados*. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 2007. Páginas 553 a 579. En *ibid.* Página 168.

²⁵⁵ Medina González, K. *La presencia del soft law en el derecho administrativo colombiano. Los documentos Conpes como manifestación del soft law en Colombia*. Universidad del Rosario. 2015. Página 67.

²⁵⁶ *Ibid.* Página 63.

1. Principio de reserva de instrucción administrativa
2. Agregación normativa
3. Exclusión de control judicial y democrático
4. Mutación normativa.

Dentro de los mencionados elementos, los tres primeros ejes de análisis se basan en la delimitación de las iniciativas de recomendación (*soft law*) en su proceso de caracterización como directrices no coactivas dentro del orden jurídico, tanto nacional como territorial. Desde su revisión sobre su espíritu instructivo, su alcance normativo y su carencia de elementos de control constitucional y democrático a causa de su naturaleza jurídica, se condiciona el análisis a una correspondiente perspectiva sobre su posible mutación jurídica, influyendo paralelamente las garantías constitucionales pertinentes que dependen de su particularidad jurisdiccional.

Así, Sánchez trae a colación cuatro ejemplos de instrumentos de derecho blando como la Circular sobre vigencias futuras de 8 de septiembre de 2010, la cual apunta a Gobernadores y otros representantes de entidades territoriales por cuenta del creciente aumento de la deuda pública y el posible riesgo de la estabilidad económica del país, emitida por el Procurador General de la Nación, la Contralora General de la República y el Auditor General de la República.

Instrumento	Reserva de instrucción administrativa	Agregación normativa	Exclusión del control de legalidad	Mutación normativa
Circular conjunta externa sobre vigencias futuras	“Las operaciones de créditos aprobadas bajo la forma de vigencias futuras deberán ser derogadas”.	Transgrede la reserva de Ley, al alterar lo dispuesto en el artículo 12 ²⁵⁷ de la Ley 819 de 2003.	Evade el control judicial tanto constitucional como legal.	Se reforman las normas competenciales de las entidades territoriales. Se transmuta el principio de jerarquía normativa.

Lo anterior se corrige parcialmente mediante Circular conjunta externa de 5 de agosto de 2011, pero a raíz de un fallo del Consejo de Estado²⁵⁸ que exalta la potestad de los entes territoriales de comprometer vigencias futuras ordinarias concernientes a proyectos de inversión.

²⁵⁷ **ARTÍCULO 12. VIGENCIAS FUTURAS ORDINARIAS PARA ENTIDADES TERRITORIALES.** *En las entidades territoriales, las autorizaciones para comprometer vigencias futuras serán impartidas por la asamblea o concejo respectivo, a iniciativa del gobierno local, previa aprobación por el Confis territorial o el órgano que haga sus veces.*

Se podrá autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras cuando su ejecución se inicie con presupuesto de la vigencia en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en cada una de ellas siempre y cuando (...).

²⁵⁸ Del 1 de julio de 2011.

En segundo lugar, la Directiva 01 de 26 de marzo de 2010, mediante la cual se plasmaron disposiciones relativas a derechos fundamentales de los indígenas con reserva de Ley estatutaria.

Instrumento	Reserva de instrucción administrativa	Agregación normativa	Exclusión del control de legalidad	Mutación normativa
Directiva Presidencial sobre consulta previa para territorios indígenas	Su objetivo se orienta al cumplimiento de la CP y del Convenio 169 de 1989 ²⁵⁹ sobre pueblos indígenas y tribales, especialmente en lo relativo a la garantía del derecho a la consulta previa.	Se describen acciones a desarrollar en pro de la salvaguarda de este derecho, por lo que el Presidente ²⁶⁰ instruyó de forma directa una materia con reserva de Ley estatutaria ²⁶¹ . Se extendió la consulta en la erradicación de cultivos ilícitos a todos los grupos étnicos ²⁶² .	Desconoce el control constitucional previo del artículo 241.8 de la CP de las materias propias de Ley estatutaria, en consonancia con el artículo 152 de la Constitución.	Se alteran los procedimientos establecidos en la CP para preceptuar lo concerniente al derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas.

En tercer lugar, se referencian las Circulares sobre “desplazamiento forzado” No. 009, 10 y 11, todas de 2006, mediante las cuales se señalan facultades a las entidades territoriales, a las autoridades locales y seccionales, en lo relativo al desplazamiento forzado, las cuales solo contaban con herramientas en materia educativa²⁶³. No acatarlas derivaría en la apertura de procesos disciplinarios. Fueron emitidas por la Directora de Asuntos Territoriales y de Orden Público del Ministerio del Interior y de Justicia por cuenta de una orden impartida por parte de la Corte Constitucional²⁶⁴ como medida para remediar la grave situación que se estaba presentando en materia de desplazamiento forzado.

²⁵⁹ Ratificado por la Ley 21 de 1991.

²⁶⁰ Con base en el artículo 189 de la Constitución relativo a la potestad inestructiva.

²⁶¹ Artículo 152 de la CP.

²⁶² En contravía de lo dictado en sentencia SU-383 de 2003 mediante la cual la Corte Constitucional reconoció este derecho únicamente a los pueblos indígenas en virtud de la relevancia que históricamente le ha otorgado ese grupo específico a los cultivos de coca.

²⁶³ Ley 387 de 1997.

²⁶⁴ Auto 177 de 2005, auto 218 de 2006 y 266 de 2006. Su fundamento radica en la sentencia T-025 de 2004.

Instrumento	Reserva de instrucción administrativa	Agregación normativa	Exclusión del control de legalidad	Mutación normativa
Circulares sobre desplazamiento forzado y competencias de las entidades territoriales	Se solicita incluir en los proyectos de Ordenanza y Acuerdo, los fondos suficientes para atender a la población desplazada, entre otros.	Se asignan competencias a las entidades territoriales, que no fueron establecidas por la CP o la Ley, por medio de instrumentos destinados a orientar.	No están supeditadas a control judicial ni político.	Se modifican las fuentes formales del derecho establecidas en la CP en relación con la asignación de competencias a las entidades territoriales.

Por último, se analiza la Directiva 001 de 26 de enero de 2012 del Procurador General de la Nación sobre “evaluación de políticas en materia de la infancia, la adolescencia y la juventud”, dirigida a Gobernadores y Alcaldes. También se resalta que su desconocimiento puede derivar en investigaciones disciplinarias.

Instrumento	Reserva de instrucción administrativa	Agregación normativa	Exclusión del control de legalidad	Mutación normativa
Directiva del Procurador General sobre evaluación de políticas en materia de infancia, adolescencia y juventud	Se instruye en lo relativo a la inclusión en los Planes de Desarrollo de materias referentes a la protección de los derechos de este grupo, con base en los principios rectores del Código de Infancia y Adolescencia. Se ampara en los numerales 2 y 7 del artículo 7 del Decreto 262 de 2000.	Se pretende la imposición de la cofinanciación a las entidades territoriales en aplicación de la Ley, a través de su introducción en los Planes de Desarrollo. Lo anterior, se cuenta con asignación de recursos o no. Se transgrede el principio de legalidad.	Se omite el control de legalidad.	Se desconoce el artículo 356 de la Carta ²⁶⁵ , toda vez que la cofinanciación para entidades territoriales en materia de infancia y adolescencia no se previó en la Ley.

Consecuencia de ello, se encuentra que se genera un uso inadecuado de la reserva de instrucción, que deriva en diferentes efectos sobre las fuentes del derecho, la reserva de Ley,

²⁶⁵ (...) *No se podrán descentralizar competencias sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas* (...). Sánchez considera que se desconoce el principio de suficiencia hacendística, “pues la transferencia de competencias no puede llevarse a cabo si no se ceden los recursos correspondientes de la Nación a las entidades territoriales a las cuales se trasladan las atribuciones específicas de infancia y adolescencia”. Página 223.

el control de legalidad, los mecanismos de producción normativa y la organización administrativa nacional-territorial.

Estos instrumentos se sustraen del control constitucional y del control de legalidad del que son objeto todas las normas de *hard law*, en concordancia con previsto en los artículos 241 y 237.2 de la CP, lo cual redundante en una “crisis de legalidad” que trae consigo, según Sánchez, la vulneración de garantías constitucionales como la autonomía territorial o el control judicial. Al respecto afirma que con base en el uso irrestricto y descontrolado del *soft law*, el derecho administrativo colombiano se adentra en un “estado extralegal²⁶⁶” que prácticamente reconfigura la organización política y territorial contemplada en la Carta del 91, motivo por el cual construye el denominado test de ductilidad con el fin de demostrar su hipótesis.

2.3.3. Problemas jurídicos de cara a la implementación de la normalización

Ahora bien, es menester hacer alusión a los inconvenientes jurídicos que se presentan por cuenta de la exponencial tecnificación del derecho, tema tratado en el acápite anterior. De modo tal que la ciencia se refiere a la investigación científica que busca otorgar certezas, mientras que la técnica por su parte se enmarca en la estandarización de procesos productivos²⁶⁷. En la búsqueda de un instrumento técnico, pueden encontrarse respuestas científicas a problemas jurídicos por resolver en el ámbito administrativo. De forma progresiva se empieza a revelar la dependencia del Derecho a la técnica, lo cual denota no solamente una proximidad entre los ámbitos público y privado, sino que también trae consecuencias estrictamente jurídicas.

De la misma manera, se ha venido perdiendo el monopolio estatal de la producción de las normas, lo que significa que existe un cuestionamiento de los “principios inconcusos del constitucionalismo moderno²⁶⁸”. En ese orden de ideas, los cimientos de la legitimidad de las autoridades, como el principio democrático sufren un debilitamiento²⁶⁹, aunado a la reducción en el protagonismo²⁷⁰ del Estado en temas como la garantía de seguridad de sus ciudadanos por cuenta de los riesgos a los que están expuestos²⁷¹. Por otro lado, “del carácter irreductible de subprincipios derivados de la cláusula de Estado de Derecho, tales como la publicidad de

²⁶⁶ Sánchez Pérez, Alexander. *Las normas de derecho blando: un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial*. Universidad Externado de Colombia. 2012. Página 150.

²⁶⁷ Santaella Quintero, H. *Normas técnicas y Derecho en Colombia. Desafíos e implicaciones para el Derecho en un entorno de riesgo*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2008. Página 83.

²⁶⁸ Heller, H. *Teoría del Estado*. México. Fondo de Cultura Económica. 1942. Página 203. También, Rudolf Von Ihering, R. *El fin del Derecho*. Buenos Aires. Heliasta. 1978. Páginas 158 a 160. *Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa*. Revista Digital de Derecho Administrativo, n.º 5. Primer semestre de 2011. Página 98.

²⁶⁹ Locke, J. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Madrid. Alianza Editora. 1996. Página 140. En íbid.

²⁷⁰ Montaña Plata, A. *Fundamentos del derecho administrativo*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2010. Página 139. En Santaella Quintero, H. *Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa*. Revista Digital de Derecho Administrativo, n.º 5. Primer semestre de 2011. Página 98.

²⁷¹ Santaella Quintero, H. *Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa*. Revista Digital de Derecho Administrativo. n.º 5. Primer semestre de 2011. Página 98.

las normas o la vinculatoriedad de los procedimientos jurídico-públicos que deben atender las autoridades en sus actuaciones en consideración a su papel de garantes de la legalidad, objetividad y racionalidad de las decisiones adoptadas²⁷² se plantean cuestionamientos como la eventual vulneración de principios fundamentales de la función administrativa como la publicidad e imparcialidad cuando no se resguarda la idoneidad técnica de a quien se remite.

En ese sentido, Santaella menciona como un ejemplo de remisión del derecho a la técnica, la relativa al Decreto Presidencial 1669 de 2002²⁷³ mediante el cual “en lugar de fijarse el límite máximo permisible de exposición ocupacional al óxido de etileno se remite al establecido por la Asociación Americana de Higienistas Industriales ACGIH, sin precisar nada más al respecto²⁷⁴”. En ese sentido, es viable cuestionar la constitucionalidad de una remisión de este tipo, por los siguientes interrogantes: ¿Puede el Estado omitir la fijación de estos valores, que tienen total relación con la salvaguarda de la vida y la salud de los administrados, trasladando esta responsabilidad a un ente particular? ¿Puede hacerlo de una forma tan abierta e indeterminada? Aunado a la cuestión de ¿qué forma tienen los destinatarios y demás interesados en esta norma (piénsese en una ONG ambiental, un sindicato de trabajadores, asociación de hospitales) de conocer de manera exacta cuál es el límite máximo de exposición ocupacional establecido por la Asociación Americana de Higienistas Industriales, ACGIH, para el óxido de etileno?

Santaella manifiesta que es altamente problemático que el Estado se desentienda de esta forma, especialmente por cuestiones de constitucionalidad como los principios del Estado democrático de derecho, de la publicidad de las normas, la legitimidad democrática de las autoridades o su vinculación a las formas procedimentales de Ley.

Ahondando ahora en lo relativo a las cuestiones metodológicas de las mutaciones del derecho administrativo impuestas por la técnica, Santaella identifica tres de ellas. En primer lugar, conforme a la tendencia de incorporación de instrumentos más blandos en el ejercicio del poder público, se debe observar cómo funciona la “praxis” administrativa en relación con ello. Es así como “el ordenamiento administrativo ha experimentado transformaciones notables”, que redundan en el abandono de la expedición de normas exclusivamente en cabeza de la Administración y sus mecanismos de imposición, a un sistema normativo altamente tecnificado, blando y más eficiente. Este sistema propende por una mayor integración de elementos en los que se involucre la autonomía de la voluntad de los destinatarios de la reglamentación en pro de un más alto acatamiento en temas como el medio

²⁷² Sobre estos problemas, en extenso, véase Santaella Quintero, H. *Normas técnicas y Derecho en Colombia. Desafíos e implicaciones para el Derecho en un entorno de riesgo*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2008. Páginas 123 y ss.

²⁷³ *Hoy decaído por derogación de la Ley 430 de 1998 que lo reglamentaba*.

²⁷⁴ Santaella Quintero, H. *Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa*. Revista Digital de Derecho Administrativo. n.º 5. Primer semestre de 2011. Página 99.

ambiente y la salubridad pública²⁷⁵, así como por el ingreso de actores privados en la producción normativa²⁷⁶.

Por lo tanto, en sentido positivo, el reenvío a la técnica es una forma eficiente que el Estado ha encontrado para superar las complejidades y amenazas que presenta la nueva sociedad del riesgo de la que habla Ulrich Beck en un contexto globalizado. Así,

Los clásicos medios de policía (la orden, la autorización y la prohibición) se han visto complementados por herramientas que privilegian la prevención, la cooperación, la participación y la aceptación de sus destinatarios por encima de la represión o la imposición coactiva de conductas²⁷⁷.

Esto en la medida en que resulta palpable identificar ciertas circunstancias como la carencia de capacidad técnica del legislador, la dureza del procedimiento legislativo y la efectividad de la norma, así como las múltiples limitaciones en los ámbitos económico, de talento humano, técnicos, materiales y de conocimiento, que presenta la Administración en este nuevo escenario de incertidumbre y especialización²⁷⁸. De esta forma, se ve comprometida la legitimidad de los órganos decisorios (incluso jurisdiccionales), que ven desplazada su influencia a raíz de esta dinámica protagonizada por la ciencia y su experticia en muchos asuntos que tocan la esfera estatal²⁷⁹. Lo cual no necesariamente brinda las herramientas de resolución de un conflicto, debido a la posible indeterminación en el consenso técnico²⁸⁰.

En segundo lugar, afirma Santaella, resulta necesario enmarcar jurídicamente la relación entre derecho y técnica, “para asegurar su encaje dentro de la estructura del Estado social y democrático de derecho²⁸¹”. Es decir, básicamente trazar unas directrices y limitaciones estatales para la utilización de la remisión del Derecho a la técnica. No obstante, puede surgir una problemática derivada de la juridificación del orden técnico, que redundaría en la consecuente eliminación de la flexibilidad y adaptabilidad de las normas técnicas a las exigencias de la sociedad del riesgo, por cuenta de su incorporación dentro del ordenamiento jurídico²⁸².

En ese sentido, los instrumentos de *soft law* que han ingresado al derecho administrativo colombiano, dada su alta proclividad a afectar bienes individuales y colectivos de carácter

²⁷⁵ Klopfer, M. *En torno a las nuevas formas de actuación medioambientales del Estado*. Documentación Administrativa. INAP. Madrid. 1993. Páginas 35 y 36. En íbid. Página 100.

²⁷⁶ Santaella Quintero, H. *Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa*. Revista Digital de Derecho Administrativo, n.º 5. Primer semestre de 2011. Página 100.

²⁷⁷ Íbid. Página 101.

²⁷⁸ Santaella Quintero, H. *Normas técnicas y Derecho en Colombia. Desafíos e implicaciones para el Derecho en un entorno de riesgo*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2008. Página 103.

²⁷⁹ Íbid. Página 104.

²⁸⁰ Íbid. Página 106.

²⁸¹ Santaella Quintero, H. *Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa*. Revista Digital de Derecho Administrativo, n.º 5. Primer semestre de 2011. Página 101.

²⁸² Santaella Quintero, H. *Normas técnicas y Derecho en Colombia. Desafíos e implicaciones para el Derecho en un entorno de riesgo*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2008. Página 107.

fundamental deben instaurarse como una excepción al uso de instrumentos de *hard law*. Con base en esto, su utilización se debe dar bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, sin ser óbice para que se suprima la intervención estatal cuando lo considere pertinente²⁸³.

En tercer lugar, se resalta que puede derivar en una problemática metodológica el hecho que la doctrina de derecho público ha puesto poca atención a las mutaciones sufridas por el derecho por cuenta de la técnica y la economía, por la alta atención dirigida a la jurisprudencia como fuente de sistematización de la ciencia administrativa. Por lo tanto:

Con cierta perplejidad se registra el hecho que no siendo los reenvíos a normas técnicas un recurso ajeno a la Administración –por citar el caso más notorio y con un porvenir más definido, la dogmática administrativa nacional se haya mantenido al margen de esta cuestión²⁸⁴.

Como reflexión sobre el tema tratado en este acápite, cabría cuestionarse cómo podría fortalecerse el cuidado de los principios que aparentemente se ponen en riesgo por cuenta de la irrupción del *soft law* al derecho administrativo colombiano. No obstante, también resulta válido preguntarse ¿quién tiene más experticia en el campo técnico y científico... los funcionarios públicos o los expertos dedicados a ello? Por lo tanto, el cuestionamiento debería ir enfocado a la imposibilidad de la Administración de contar con los recursos y expertos suficientes para no poder, por ella misma o a través de la contratación de personal idóneo, establecer sus propias medidas y delimitaciones, en los ámbitos que así lo requieran.

Ahora bien, toda vez que materializar de forma factible tal imposibilidad, terminaría convirtiéndose en un procedimiento quizás engorroso y de un despliegue institucional innecesario, se considera que no resulta verdaderamente cuestionable que se desarrolle mediante remisiones más bien abiertas del derecho a la técnica. Por medio de ese camino, se buscaría proteger los principios del derecho administrativo que, en vez de anteponerse a las variables que trae consigo la globalización, debe propender por adaptarse y fortalecerse a partir del asentamiento de bases favorables para la modificación de las fuentes del derecho administrativo.

Lo anterior porque no todas las temáticas del derecho deben convertirse en legislaciones insuperables, excesivamente atenuadas a lo que se atribuye como dictado del Constitucionalismo. Resulta difícil encontrar un organismo que satisfaga las exigencias reglamentarias de todos los involucrados en los asuntos, por lo que lo que debería buscarse es la remisión al más idóneo de ellos, con base en alguna de las variables que ahí sí, la Administración podría desarrollar. En ese sentido, se apoya en mayor medida la postura de

²⁸³ Santaella Quintero, H. *Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa*. Revista Digital de Derecho Administrativo, n.º 5. Primer semestre de 2011. Página 101.

²⁸⁴ Una revisión de cualquiera de los artículos, monografías, manuales o tratados de Derecho Administrativo al uso en nuestro medio, permite corroborar esta apreciación. Por esta razón la estructura típica de esta materia se limita habitualmente a *sectores clásicos* como la parte general, la contratación estatal, la función pública, la responsabilidad extracontractual y el Derecho contencioso administrativo, *ámbitos que por registrar una elevada litigiosidad, concentran prácticamente toda la atención de la jurisprudencia administrativa*. En íbid. Página 102.

Santaella frente al uso del *soft law* administrativo, que la de Sánchez Pérez, este último muy crítico de la irrupción del derecho blando al sistema jurídico colombiano, especialmente en materia de competencias de las entidades territoriales.

Así las cosas, no es admisible seguir manteniendo el mismo arquetipo de exposición ni de las fuentes, ni de los problemas administrativos, ni de las tendencias que el mismo trae, en la medida en que viene siendo objeto de una elevada y compleja transformación que amerita una nueva visión de cara a responder los retos que se presentan en esta nueva era globalizada y cambiante. De lo contrario, su falta de conciencia terminará por traer espacios llenos de vacíos y lagunas jurídicas que las nuevas prácticas puedan representar en cuestiones estratégicas del derecho administrativo como el Estado social de derecho, la efectividad de los derechos fundamentales y todo lo relativo a sus bases constitucionales como el debido proceso, el derecho de petición, entre otros²⁸⁵.

2.4. MECANISMOS E INSTRUMENTOS DEL SOFT LAW EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO

Como se ha venido exponiendo, el desarrollo del derecho administrativo clásico se dio en el marco del denominado Estado de derecho, modelo estatal en el que las características de sus reglas se pueden resumir de la siguiente forma:

“Es así entonces que el Estado de Derecho, o el derecho al que está sometido el Estado, supone la existencia de ciertos **elementos** caracterizantes, a saber:

- 1) La separación del poder constituyente del poder legislativo común.
- 2) La existencia de una Constitución, que es recomendable que revista la forma escrita, cuya modificación o reforma no sea fácil o simple sino que requiera de mecanismos especiales y complejos que la doten de cierta estabilidad.
- 3) La separación o distribución del poder del Estado entre órganos distintos, mutuamente 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 reconocidos²⁸⁶”.

En ese sentido, una vez se evidencia la continuación del llamado Estado de derecho por el Estado social de Derecho, se permite la irrupción de elementos como el *soft law*, cuyo estudio puede darse desde diversas acepciones, al punto de que permite entenderse como principios

²⁸⁵ Santaella Quintero, H. *Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa*. Revista Digital de Derecho Administrativo, n.º 5. Primer semestre de 2011. Página 103.

²⁸⁶ Puig, A. G. *Derecho administrativo para ciencias económicas*. Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Salta. 2003. Página 20.

generales del derecho. Dicha acepción es desarrollada por Boyle²⁸⁷, como una de las categorías que se pueden derivar del concepto en mención. Es por esto que, aunado a lo descrito por Cassagne en *Los grandes principios del derecho público*, el estudio del *soft law*, puede darse a partir de considerarlo como un principio general del derecho, más aún cuando la doctrina reconoce que dichos principios han irradiado el ordenamiento y por consiguiente han modificado la fuente primigenia del derecho administrativo clásico, a saber, la Ley:

*La Ley positiva ha dejado de ser el centro del sistema jurídico, ya que el clásico bloque de legalidad de que nos hablaba Hauriou (integrado por la Ley y la costumbre) se integra principalmente también con los principios generales del derecho, que se expanden y desarrollan de una forma extraordinaria, prevaleciendo sobre las Leyes positivas*²⁸⁸.

Lo anterior sumado a la categorización que Sarmiento realiza, encasillando al *soft law* dentro de su reconocimiento como mandato de optimización, tal como se estudió en el capítulo 1.3. del presente trabajo.

En esa línea, el contexto de la sustitución de modelo estatal se presenta a raíz de la llamada globalización, cuyo proceso “está acompañado de una transformación gradual no solo de la estructura y organización política, sino también de los aparatos y mecanismos de producción normativa²⁸⁹”.

A partir de ello, Santaella²⁹⁰ realiza un análisis sobre las normas técnicas y el Derecho, donde enuncia que el derecho administrativo ha mutado en la manera de abordar su propio estudio, ya no entendido únicamente desde las concepciones de los pronunciamientos jurisprudenciales, sino de su apreciación en todo el conjunto normativo. Lo anterior permite la salvaguarda de lo que se presenta en la práctica del ejercicio del derecho administrativo.

De esta forma, el autor trae a colación “algunos ejemplos o casos concretos de las modificaciones registradas por la forma como se desarrolla la función administrativa”, los cuales se exponen a continuación:

²⁸⁷ Boyle, A. Some Reflections on the Relationship of Treaties and *Soft Law*”, *International and Comparative Law Quarterly* (vol. 48 n° 4). 1999. Páginas 901 a 913 en Lara Arroyo, J. L. *La regulación administrativa en materia económica y sus nuevas manifestaciones: La irrupción del denominado Soft Law*. Revista *Ars Boni Et Aequi*. 2011. Página 178.

²⁸⁸ Cassagne, J.C. *Los grandes principios del derecho público*. Biblioteca internacional de derecho público. Editorial Temis. 2018. Página 144.

²⁸⁹ Cortes, E. *Fluidez y certeza del Derecho, ¿hacia un sistema abierto de fuentes?* En Adame, J. *Derecho civil y romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados*. Páginas 553 a 579. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 2007. En Guacaneme Pineda, R.E. y Avendaño Castro, W.R. *El concepto de globalización en la jurisprudencia colombiana (2000-2014). Análisis jurisprudencial en tres cortes colombianas: Constitucional, Suprema de Justicia y Consejo de Estado*. Revista *Académica y Derecho*. Universidad Libre seccional Cúcuta. 2015. Página 164.

²⁹⁰ Santaella Quintero, H. *Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa*. Revista *Digital de Derecho Administrativo*, n.º 5. Primer semestre de 2011. Página 87-105.

GUÍAS AMBIENTALES

*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*²⁹¹.

Por Como un ejemplo traído por Santaella, el artículo 2 de la Resolución 1023 de 2005 expedida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, se refiere a documentos técnicos de carácter no vinculante, de directriz conceptual, metodológica y procedimental, destinados al apoyo del tratamiento ambiental de la labor englobada en la guía. Su fin recae en elevar el contenido de la salvaguarda ambiental, sin necesidad de imponer coercitivamente medidas, sino con miras a la concertación con el sector particular destinatario de las mismas²⁹². Como ejemplo se referencia la guía ambiental para el sector plástico²⁹³.

LOS PERMISOS O CUPOS NEGOCIABLES DE EMISIÓN

*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*²⁹⁴.

En ese sentido, se debe diferenciar, por un lado, el modelo de compensación mediante el cual se persigue con base en la naturaleza negociable de un permiso, el otorgamiento de una licencia que permita contaminar y resarcir el daño posteriormente, confiriendo un incentivo al privado que disminuya sus emisiones. Un ejemplo de este modelo es el manual para la asignación de compensaciones por pérdida de biodiversidad²⁹⁵. Por su parte, el modelo de certificado, posibilita la expedición de certificaciones mediante las cuales se concede un cupo de emisión, el cual puede ser reconocido en caso de no utilizarse, estimulando la reducción de la contaminación con base en la libre elección del agente contaminante²⁹⁶. Uno de los

²⁹¹ Íbid. Página 91.

²⁹² Íbid.

²⁹³ <https://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2012/09/guias-ambientales-sector-plc3a1sticos.pdf>

²⁹⁴ Santaella Quintero, H. *Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa*. Revista Digital de Derecho Administrativo, n.º 5. Primer semestre de 2011. Página 92.

²⁹⁵ http://www.minambiente.gov.co/images/BosquesBiodiversidadyServiciosEcosistemicos/pdf/gestion_en_biodiversidad/180912_manual_compensaciones.pdf

²⁹⁶ Modelo que ha tenido amplio éxito en su implementación en EE.UU. Doloris 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 *Derecho*

ejemplos que grafican los modelos de certificado para temas de sostenibilidad ambiental, es el sistema de seguimiento y deducción fiscal para la no contaminación de la ANLA²⁹⁷, el cual está basado en dos procesos previos para la certificación: las mediciones técnicas periódicas de emisiones y desechos, y la cuantificación económica de la inversión en procesos de mejorías para la no contaminación. Con este procedimiento, no solo se convierte en activo económico, mediante deducción fiscal, la inversión para la no contaminación por parte de las corporaciones. Sino también se constituyen nuevas prácticas y culturas empresariales que redundan en la consolidación holística de la sostenibilidad ambiental en los procesos productivos.

LOS ACUERDOS INFORMALES

El Estado 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 importantes en materias de interés general en las que se busca generar espacios de colaboración y de implicación voluntaria de los particulares. Los denominados acuerdos informales celebrados con los particulares, son una muestra de lo anterior.

Esta clase de pactos constituyen una expresión de la llamada acción informal de la Administración, esto es, aquella actividad que no se encuentra jurídicamente regulada, pero que no por ello resulta antijurídica²⁹⁸.

Corresponden a la denominada acción informal de la Administración²⁹⁹, la cual, a pesar de no encontrarse reglamentada y no ostentar un sustento normativo explícito³⁰⁰, se reconoce como permitida en el ejercicio administrativo, siempre y cuando se entienda conforme a los principios de la función pública. Su fundamento recae en una expectativa³⁰¹ de cumplimiento con base en la aceptación por parte de la contra parte involucrada. Estos casos se reflejan en la firma de acuerdos informales con sectores productivos como el de alimentos, que podrían darse mediante los denominados memorandos de entendimiento.

del Medio Ambiente y Administración Local, 2.^a ed. Madrid-Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno local. 2006. Páginas 566 y ss. Citado en Santaella Quintero, H. *Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa*. Revista Digital de Derecho Administrativo, n.º 5. Primer semestre de 2011. Página 92.

²⁹⁷ <http://portal.anla.gov.co/formatos-tramites-anla>

²⁹⁸ Santaella Quintero, H. *Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa*. Revista Digital de Derecho Administrativo, n.º 5. Primer semestre de 2011. Página 93.

²⁹⁹ Santofimio Gamboa, J.O. *Tratado de Derecho Administrativo*. 3.^a ed. Universidad Externado de Colombia. 2003. Página 338. Y Montaña Plata, A. *Fundamentos de derecho administrativo*. Universidad Externado de Colombia. 2010. Página 16: “Admitir la realidad de las nuevas formas de actuación de la Administración y la posibilidad de obrar sin un fundamento legal explícito, aunque sí con una base normativa clara –en el marco de la Constitución y la ley”. En íbid. Páginas 93 – 94.

³⁰⁰ Hart, H. *El concepto de Derecho*. 2.^a ed. Trad. Genaro Carrió. México. Editorial Nacional. 1980. Página 193. En íbid. Página 94.

³⁰¹ “Es precisamente en virtud de esta expectativa, que equipara este tipo de acuerdos a los conocidos gentlemen agreements del Derecho internacional Público, que acaban convertidos en una expresión más del llamado *soft law*”. En íbid. Página 94.

LA INFORMACIÓN AL PÚBLICO

La consecución de una determinada meta de interés general ya no siempre supone la expedición de una normativa estricta, en la que se fijan de manera general y abstracta los derechos y deberes de los particulares en desarrollo de una actividad en concreto, reforzada por la previsión de las sanciones jurídicas aplicables en caso de su incumplimiento; en ocasiones se hace uso de herramientas más blandas, como la información al público. Con ella 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 esperada³⁰².

También hacen parte de la acción informal de la Administración y su objetivo consiste en persuadir a los destinatarios, sin ánimo de coaccionarlos, a que adopten una determinada postura o práctica en relación a un tema específico³⁰³. Por ejemplo, la campaña de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá orientada a la concientización de la ciudadanía acerca del cuidado del agua en los hogares.

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL (RSE)

Con la instauración de la Constitución del 91 y su énfasis en los principios del Estado social de derecho, tales como la solidaridad y la justicia social, la responsabilidad social empresarial se estatuye como una carga en el ámbito tanto de las empresas como de la sociedad, con miras a la prevalencia del interés general³⁰⁴. De esta forma, la Guía Técnica Colombiana de Responsabilidad Social ICONTEC³⁰⁵ acota que la RSE hace alusión a un compromiso voluntario de las empresas frente a la posibilidad de influir en el desarrollo humano concatenado con el crecimiento económico y social de la organización que surgió como “una forma de autorregulación”.

Por lo tanto, se ha convertido en una práctica común de código de buen gobierno, el uso por parte de las empresas de instrumentos típicos como mecanismos de reporte³⁰⁶ de gestión económica, social y medioambiental, metodología G3³⁰⁷, típicas normas de un orden de derecho blando. Otro ejemplo se da a partir de la adopción de esquemas de certificación como el SA 8000³⁰⁸ que denota que la empresa no incurre en “dumping social” por cuenta de sus óptimas condiciones laborales enmarcadas en la competencia leal sobre derechos laborales³⁰⁹.

³⁰² Íbid. Página 95.

³⁰³ Íbid.

³⁰⁴ Medina González, K. *La presencia del soft law en el derecho administrativo colombiano. Los documentos Conpes como manifestación del soft law en Colombia*. Universidad del Rosario. 2015. Página 58.

³⁰⁵ Tomado de sentencia T-781/14. Exp: T- 3.996.814, T-3.996.833, T-3.996.834 y T-3.996.835. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. La Guía se cita por parte de la Superintendencia de Sociedades en Concepto Jurídico 220-014835 del 8 de febrero de 2013.

³⁰⁶ <https://www.ecopetrol.com.co/wps/portal/es/ecopetrol-web/responsabilidad-corporativa/sostenibilidad/derechos-humanos/mecanismos-de-reporte>

³⁰⁷ Ecopetrol es un ejemplo de ello.

³⁰⁸ <http://responsabilidad-social-corporativa.com/certificacion-rsc/>

³⁰⁹ CEMEX es un ejemplo de ello.

De forma tal que las corporaciones, en búsqueda de los beneficios que les pueden traer sus estrategias en razón a mejorar el bienestar social, adoptan de manera voluntaria, medidas de derecho blando que redunden en su reconocimiento social con miras a demostrar su compromiso con el desarrollo sostenible y la mejoría en las condiciones de vida de las personas.

LA REMISIÓN DEL DERECHO A LA TÉCNICA

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. Gracias a estas remisiones, estas normas privadas se juridifican y entran a formar parte del sistema normativo jurídico-público³¹⁰.

Por último, dicha temática será desarrollada ampliamente más adelante, por lo que en este punto vale la pena mencionar que la búsqueda del derecho por atender la incertidumbre dado “el vertiginoso ritmo de los desarrollos científicos y tecnológicos³¹¹” facilita su remisión en aspectos de alta complejidad técnica en virtud de un escenario hasta el momento desconocido de “desbordamiento de su capacidad cognoscitiva, regulativa y operativa³¹²”.

Es por cuenta de estas manifestaciones de derecho blando que puede afirmarse que la pirámide que se observa en el acápite 2.2. se ha modificado en cuanto a la remisión de las autoridades para su aplicación. Esto por la irrupción de diversas herramientas que impregnan el ordenamiento jurídico colombiano y lo modifican sustancialmente, siendo el *soft law* un ejemplo de ello.

Por otro lado, se encuentran instrumentos tales como las Circulares³¹³, las Instrucciones, las Directivas, los Protocolos, los documentos CONPES, que a continuación entran a analizarse:

Circulares

Son normas de conducta, emitidas por un superior jerárquico, que buscan consagrar la manera en la que debe actuar un determinado sujeto o sujetos de la Administración, con base en los

³¹⁰ Santaella Quintero, H. *Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa*. Revista Digital de Derecho Administrativo, n.º 5. Primer semestre de 2011. Página 95-96.

³¹¹ *Ibid.* Página 96.

³¹² *Ibid.* Página 97.

³¹³ No obstante, Santaella las cataloga como parte del sistema de fuentes con fuerza vinculante de la Administración. *Ibid.* Página 90.

casos expresamente autorizados por la Ley o la Constitución. Deben expedirse de forma escrita. Su fundamento recae en una necesidad de funcionamiento de la Administración basada en el derecho positivo³¹⁴.

En providencia de 19 de marzo de 2009³¹⁵, el Consejo de Estado manifestó sobre la naturaleza jurídica de las circulares:

Las instrucciones o circulares administrativas, son actos jurídicos de la Administración en sentido lato, susceptibles de ser impugnados ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, dependiendo básicamente de su contenido. En efecto, esta Corporación ha señalado en reiteradas oportunidades, que las circulares de servicios son susceptibles de ser demandadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando contengan una decisión emanada de una autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y de producir efectos vinculantes frente a los administrados, pues si se limitan a reproducir el contenido de otras normas, o las decisiones de otras instancias, o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios, no serán susceptibles de demanda.

Pero a su vez, en contraposición de lo descrito en el párrafo anterior, se ha resaltado que:

En la sentencia transcrita³¹⁶, la Sala rectificó la Jurisprudencia en torno al control judicial de las Circulares, en tanto corresponden a “manifestaciones de la función administrativa” que no pueden encuadrarse dentro de los denominados actos de poder, comando y control (command and control) o Derecho Duro (hard law), pero que obligan a tomar en consideración el contexto en el que en la actualidad opera la Administración³¹⁷, a fin de preservar el orden jurídico³¹⁸.

³¹⁴ Íbid.

³¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera Bogotá, D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil nueve (2009). Consejero ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00285-00. Actor Elizabeth Regina Cortés Orjuela. Esta tesis fue reiterada en sentencia de la misma Sección del catorce (14) de octubre de dos mil diez (2010). Consejera ponente: María Elizabeth García González. Radicación número: 2006 – 00132 - 00. Actora: Ángela Patricia Guerrero Acevedo y otra. En expediente: 11001-03-24-000-2007-00258-00.

³¹⁶ Se hace referencia al Exp: 2012-00533-01. Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala. Providencia de 13 de noviembre de 2014.

³¹⁷ Sobre este aspecto, puntualizó la Sala: “Siendo esto así, es claro que el sometimiento de cualquier manifestación de la Administración Pública al control del contencioso no puede depender únicamente de que se afecten situaciones jurídicas particulares. En tanto que garante de la constitucionalidad y legalidad de las decisiones y actuaciones de las autoridades administrativas su control deberá extenderse también a aquellas manifestaciones de la función administrativa que pese a proyectar sus efectos únicamente sobre la órbita interna de la Administración o limitarse a informar o a instar a los particulares a una determinada conducta deben también someterse plenamente a la Constitución y la ley. Aun cuando ello constituye una parte esencial de su cometido, el papel del contencioso administrativo no se limita exclusivamente a la tutela de los derechos individuales de los particulares. Al envolver un aspecto determinante para la realización de los principios y valores establecidos por la Constitución, así como para el cabal desarrollo y garantía de los derechos colectivos, sociales e individuales reconocidos por la Carta, la guarda de la integridad del orden jurídico es también una misión irrenunciable a cargo de la jurisdicción (artículos 2 y 89 de la Constitución y 103 del CPACA).”.

³¹⁸ Exp: 11001-03-24-000-2012-00358-00. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

Instrucciones

De perfil idéntico a las Circulares, la diferencia de las Instrucciones recae en la posibilidad que existe de emitirse de forma verbal o escrita. Al respecto, Penagos ya en 1994 identificaba a estos instrumentos “como fuentes del derecho administrativo”, las cuales “revisten indudable interés, por cuanto a veces puedan crear normas que si no son de la naturaleza jurídica de las que surgen de la Ley positiva, en cambio configuran una manera de actuar en el campo procesal administrativo donde más particularmente incide con efectos jurídicos incuestionables ³¹⁹ ” (...). Es decir, actúan como una guía de cumplimiento a los procedimientos internos que debe implementar el Administrador.

Incluso, plantea la problemática de la posible configuración de un acto administrativo reglamentario, cobijado por una norma típica de *soft law*. Frente a esto, la consecuencia directa es la falta de revisión por los poderes legislativo y judicial de estos instrumentos. Asimismo, se diferencian de los reglamentos reconocidos como actos administrativos³²⁰, en que las circulares y las instrucciones solamente son aplicables internamente, de forma puntual e incluso provisional, toda vez que no cuentan con la característica de generalidad y permanencia del reglamento, dada su diferenciación en el objeto que pretenden, bien sea reglamentar (acto administrativo) u orientar (circular e instrucción).

Directivas

Las Directivas fueron catalogadas por Penagos como fuente subsidiaria del derecho administrativo. En ese sentido, las mismas se refieren a orientaciones que otorga la Administración sobre el modo de ejecutar las políticas públicas del gobierno nacional³²¹. Al respecto, el Presidente de la República es el encargado de emitirlas en concordancia con el artículo 189 de la Constitución, fungiendo como Suprema Autoridad Administrativa, con el objetivo de integrar a la Administración Pública en todos sus niveles. El Consejo de Estado las ha catalogado como normas de conducta³²², en forma de orientaciones, recomendaciones o consideraciones sobre algún punto de la política estatal.

Protocolos

Tal como se mencionó en el acápite 1.3 del presente trabajo, los Protocolos vienen siendo utilizados para definir la forma de actuación de la Administración, cuando en principio se establecían como meras guías instructivas de pasos a seguir en atención a una situación determinada³²³. Al analizar el caso de su uso en las operaciones aéreas al que se hizo referencia, se evidencia su utilidad por cuenta del carácter práctico y específico que revisten.

³¹⁹ Penagos, G. *Derecho administrativo*. Librería el Profesional. 1994. Página 243.

³²⁰ *Ibid.* Página 244.

³²¹ *Ibid.* Página 241.

³²² Sentencia de 18 de noviembre de 1988. Expediente 2808. Consejo de Estado.

³²³ <https://definicion.de/protocolo/>

Documentos CONPES

Son documentos emitidos por el Consejo Nacional de Política Económica y Social – CONPES - como suprema autoridad nacional de planeación y funge como órgano asesor del Gobierno, en lo relativo al avance económico y social de la nación³²⁴. Los documentos CONPES concretan las determinaciones sobre política pública acogidas por el CONPES³²⁵, propuestas que son presentadas por parte del Departamento Nacional de Planeación – DNP - como entidad encargada de recopilar y coordinar su elaboración para entrega y evaluación por parte del CONPES y su aprobación final. La Ley 19 de 1958 sobre reforma administrativa, servicio civil y carrera administrativa en su artículo 2 creó el Consejo Nacional de Política Económica y Planeación, hoy CONPES. Igualmente, mediante el Decreto Ley 627 de 1974, artículo 3, el Presidente de la República reestructuró el fundamento de lo que será el CONPES, lo cual tuvo vigencia hasta el Decreto 2500 de 2005³²⁶.

Sobre la naturaleza de los documentos CONPES se tiene que la misma se refiere a una propiedad coordinadora o consultiva, por lo que no pretenden el remplazo o detrimento de normas de *hard law* como la Ley o la Constitución. En ese aspecto, toda vez que su formulación corresponde a un ejercicio de coordinación, se espera que el sector privado participe activamente en la producción del documento en las áreas económicas y sociales en las que se vea involucrado.

A pesar del aparente carácter consultivo que reviste a los documentos CONPES, su fijación de políticas trasciende a “ámbitos más allá de aconsejar al Estado³²⁷”, lo cual permite su categorización como una norma de derecho blando que incide en:

La construcción de reformas legales.

La expedición de decretos.

La generación de 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 institucionales³²⁸”.

De esta forma, los documentos CONPES se “aproximan, de manera lenta y discreta al *hard law*, de modo que buscan el reconocimiento de estatus de fuente del derecho³²⁹”. En definitiva, los documentos CONPES generan efectos legales a partir de sus recomendaciones, convirtiéndose en el soporte de expedición de normas de *hard law* y generando políticas

³²⁴ Fue creado por la Ley 19 de 1958. <https://www.dnp.gov.co/CONPES/Paginas/conpes.aspx>

³²⁵ DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN (DNP). *Guía metodológica para la elaboración de documentos Conpes*. Bogotá. 2015. Consultado el 30 de julio del 2015. En Medina González, K. *La presencia del soft law en el derecho administrativo colombiano. Los documentos Conpes como manifestación del soft law en Colombia*. Universidad del Rosario. 2015. Página 75.

³²⁶ Medina González, K. *La presencia del soft law en el derecho administrativo colombiano. Los documentos Conpes como manifestación del soft law en Colombia*. Universidad del Rosario. 2015. Página 69.

³²⁷ Medina González, K. *La presencia del soft law en el derecho administrativo colombiano. Los documentos Conpes como manifestación del soft law en Colombia*. Universidad del Rosario. 2015. Página 82.

³²⁸ *Ibid.* Página 85.

³²⁹ *Ibid.* Página 88.

públicas por cuenta de sus funciones como, por ejemplo, aprobar gastos de presupuesto o el Plan operativo de inversiones o avalar directrices para efectos de la contratación con la Nación.

Memorandos de entendimiento

Los memorandos de entendimiento son documentos esencialmente utilizados en el derecho privado entre empresas para la consecución de unos compromisos que no necesariamente implican obligaciones a cumplir de forma coercitiva entre las partes³³⁰. En ese sentido, se observa como una entidad de carácter público puede suscribir un memorando de entendimiento con el objetivo de plasmar una serie de acuerdos con otra entidad o incluso con un contratista, de cara, por ejemplo, a la consolidación de un contrato estatal o en la ejecución del mismo, que se oriente al efectivo cumplimiento de las obligaciones entre las partes con base en una postura más pragmática y material.

Tal como lo referencia Colombia Compra Eficiente, “los memorandos de entendimiento son acuerdos entre dos partes, que por sí solos no contemplan obligaciones de comportamiento reales, sino compromisos programáticos basados en declaraciones de intención, por tal motivo, no tienen el alcance de contrato estatal³³¹”.

Una vez estudiados los mecanismos de *soft law* presentes en el marco administrativo colombiano, se pasa ahora a analizar la irrupción de estos instrumentos en el orden administrativo interno.

³³⁰ Calvino, Gustavo. *La carta de intención y el memorándum de entendimiento*. Revista N° 9 Oct.-Dic. 2005. Argentina. http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=rmercantil&document=rmercantil_7680752a7fc9404ce0430a010151404c

³³¹ Concepto: 4201813000001079. <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/jurisprudencia/ficha/19898>

CAPÍTULO III: LAS AUTORIDADES REGULATORIAS EN COLOMBIA: ENTES DE ESTRUCTURACIÓN DISCUTIDA

En el presente capítulo se pretende analizar el desarrollo que han tenido las autoridades administrativas independientes en lo relativo a su creación y posterior implementación en el ámbito nacional con base en las disposiciones que se han estudiado en la teoría jurídica.

Su pertinencia recae en la necesidad de exponer la forma como han sido recibidas y adaptadas estas instituciones en el ordenamiento jurídico colombiano. Lo anterior con miras a determinar lo referente a la figura y funcionalidad de las autoridades regulatorias en Colombia, en contraposición con lo que se ha entendido en el derecho extranjero, como autoridad administrativa independiente, lo cual es el tercer objetivo específico del presente trabajo.

En ese sentido, el capítulo constará de cuatro apartes, que se dividen en primer lugar en el abordaje teórico de la crisis de la división tripartita del poder público; como segundo punto, se tratará la mutación del Estado moderno con el fin de señalar cómo se ha dado la búsqueda del perfeccionamiento de un mecanismo de regulación; el tercer subcapítulo se centra en el acercamiento conceptual de las autoridades regulatorias en el derecho extranjero. Por último, en cuarto lugar se trae un estudio de las autoridades regulatorias en Colombia como revisión contextual para identificar el papel que desempeñan en la construcción del esquema de Estado regulador.

3.1. ABORDAJE TEÓRICO DE LA CRISIS DE LA DIVISIÓN TRIPARTITA DEL PODER PÚBLICO

Al tratar el tema de las autoridades regulatorias resulta pertinente abordar este fenómeno como un acontecimiento de transición y mutación del orden tradicional del Estado liberal. Existe una multiplicidad de autores que, en el ejercicio de realizar un rastreo de las condiciones previas para la creación de las autoridades reguladoras, abordan la problemática que deriva de la concepción tradicional de postulados de corte liberal sobre la división de poderes, con el objetivo de construir elementos teóricos que se esgriman como precedentes doctrinales para la aparición de instituciones autónomas en el organigrama estatal.

La concepción de la división de poderes es herencia del desarrollo del liberalismo político como ideología política dominante en Occidente. Esta no solamente surge de la existencia de una nueva vertiente de concepción de la soberanía como elemento básico para la consolidación de una autoridad estatal, siendo este un poder absoluto y perpetuo de orden republicano³³². También se deriva de la modernidad como una transformación de la humanidad en sus actividades, costumbres y pensamientos, una variación en sus concepciones en toda escala. El racionalismo filosófico, la verdad científica, el antropocentrismo y las escisiones morales y culturales entre religión y política, entre otros, serían la apertura de un proceso irreversible de transformación de la humanidad que alteraría las formas de su visión sobre lo verdadero, lo válido y lo legítimo. La configuración moderna

³³² Bodino, J. *Los Seis libros sobre la República*. Madrid: Tecnos. 1997. Página 48.

de la existencia del individuo, dentro del aspecto político, incidiría directamente en la creación de nuevas nociones sobre la legitimidad, la libertad individual y la igualdad ante la ley.

Para Gaetano Mosca³³³, la legitimidad política nace del surgimiento de una confluencia de elementos que dotan al poder soberano del Estado de una justificación ética, que parte de “una base moral y legal, haciéndolo emanar como consecuencia necesaria de doctrinas y creencias generalmente reconocidas y aceptadas en la sociedad que esa clase política dirige”. Sin embargo, de acuerdo con Weber³³⁴, a pesar de que la legitimidad es un principio clave para el ejercicio soberano de la autoridad basado en el “derecho a la violencia”, con el avance de la modernidad se modificarían las fuentes de legitimidad para el ejercicio del poder por parte del Estado. A partir de lo anterior, con el surgimiento de la idea liberal de la soberanía popular como fuente de justificación ética de la autoridad del Estado, se parte de dos factores determinantes para la elección consciente del individuo para reconocer tal poder.

Por una parte, la existencia de una voluntad popular, en contraposición de un derecho natural o divino, se basa en un gobierno de la razón que, para Locke³³⁵, se fundamenta en la posibilidad de la observancia de la ley mediante la implementación de un poder coactivo de la ciudadanía. Por otra parte, otro elemento esencial de la percepción liberal de la legitimidad es la libertad individual. Según Benjamin Constant³³⁶, el objeto de la libertad moderna es la seguridad de sus goces privados para el individuo, de la cual es garante el Estado. No obstante, dentro de una dimensión aproximada al entorno político, complementa Isaiah Berlin³³⁷ al afirmar que la libertad moderna se comprende como:

positiva, interpretada como la posibilidad que tienen los hombres de crear principios normativos a partir de los cuales prescribir la propia acción, pero este concepto también se refiere a la facultad de participar en la creación de las leyes que regulen la vida de la comunidad política de la que hace parte (Subrayado fuera del texto original).

Retomando lo anterior, es posible afirmar que los procesos de construcción de un poder soberano, con el advenimiento del pensamiento liberal, generarían las condiciones necesarias para el establecimiento de un poder estatal dependiente de la voluntad popular. Sin embargo, a pesar de la existencia de una soberanía popular fundamentada en una voluntad colectiva y en libertades individuales para la constitución de un poder legítimo y soberano, el elemento que concreta la vigencia de los mencionados órdenes sería el poder constituyente. Según Carl

³³³ Bobbio, N. *Estado, Gobierno y Sociedad*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica. 1989. Páginas 119-120.

³³⁴ Weber, M. *La Política como vocación*. Barcelona: Editorial Ópera Mundi. 1999. Página 35.

³³⁵ Ibid. Página 122.

³³⁶ Constant, B. *Del espíritu de la conquista*. Madrid: Tecnos. 1988. Página 76.

³³⁷ Berlin, I. *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza. 1996. Citado en: Fonnegra Osorio, C. P. Benjamin Constant. *Libertad, democracia y pluralismo*. Estudios Políticos, 47, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia. 1996. Páginas 33-46.

Schmitt³³⁸, el poder constituyente no es solamente la fuente de la que emana la legitimidad del Estado y posterior constitución, en este caso el pueblo, sino también determina el contenido normativo de la constitución, lo cual concuerda con la naturaleza de los elementos configuradores de la soberanía definidos por Mosca. Este poder determina explícitamente la construcción de unas reglas de juego, ya sean expresadas por lo estrictamente estipulado o por lo consuetudinal, que empiezan a ejercer un orden político y social que se basará en un compendio de normas condensado, en términos aristotélicos, en una *politéia* que regirá pesos y contrapesos que limitarán el poder ejercido por el Estado dentro de dicha jurisdicción. Por lo tanto, esta nueva transformación delegaría un rol protagonista de la constitución como elemento articulador de la voluntad popular, de la soberanía ciudadana y del orden político como medida para regir, tanto el imperio de la ley mediante la producción jurídica como denomina Kelsen, como la misma estructura del Estado y las ramas que el poder constituyente defina.

En ese orden de ideas, autores como Sánchez Hernández³³⁹, resaltan la importancia del derecho constitucional como matriz de gestación de esta evolución institucional, en la que afirma que la “Constitución Política es el documento que por excelencia recoge en su texto la sustancia de la ordenación política, así como los derechos, deberes y demás normas generales de una nación, especialmente la división de los poderes públicos³⁴⁰”. A partir de ello, se establecen unas condiciones previas que permiten la proliferación de estas instituciones, en las que “la interpretación judicial de esta –la Constitución Política– evoluciona a una velocidad distinta de las que presentan las necesidades sociales, afirmación que encuentra explicación en el carácter pétreo de las legislaciones estatales³⁴¹”. Como complemento, Ileana Marlitt Melo Salcedo menciona que:

el fenómeno de las administraciones autónomas o de los organismos autónomos e independientes tiene que situarse en el contexto actual de las transformaciones del derecho público y, concretamente en la natural evolución del Estado, que por lo mismo, han tenido que ver en las transformaciones del constitucionalismo³⁴².

A partir de este elemento referencial de transformación, los autores suelen afirmar **la creciente insuficiencia de la separación tripartita del poder público** para el ejercicio mismo de una función adecuada frente al desarrollo de las actividades económicas de la sociedad. Sánchez Hernández realiza un análisis sobre lo que se deriva de las mutaciones de la división de poderes en varios casos, concepción que está basada en los postulados de Montesquieu y Locke. En ellas enuncia que:

³³⁸ Schmitt, C. *Teoría de la Constitución*. Paris: Prensas universitarias de Francia. 1993. Citado en: Bohórquez Montoya, J. P. *El Poder Constituyente, Fundamento de la Democracia*: Carl Schmitt. Revista Papel Político. 2006.

³³⁹ Sánchez Hernández, H. A. *La noción de autoridad administrativa independiente en España y en Colombia*. Tesis de Doctorado. Madrid: Repositorio Universidad Carlos III de Madrid. 2015. Páginas 95-96.

³⁴⁰ Concha, J. *Apuntamientos de Derecho Constitucional*. Bogotá D.C. Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia. 2010. Página 32. En *Íbid*. Página 95.

³⁴¹ Sánchez Hernández, H. A. *La noción de autoridad administrativa independiente en España y en Colombia*. Tesis de Doctorado. Madrid: Repositorio Universidad Carlos III de Madrid. 2015. Página 97.

³⁴² Melo Salcedo, I. M. Los órganos autónomos e independientes. Bogotá: Repositorio de la Universidad Sergio Arboleda. 2015. Página 14.

El primer poder se encarga de establecer las leyes temporales o permanentes; el segundo llamado poder ejecutivo del Estado ejerce idénticas funciones que el poder federativo para Locke, esto es, hacer la guerra y mantener la paz, así como los demás asuntos internacionales; el tercero, desempeña la función jurisdiccional, tanto en lo criminal como en lo civil, también conocido como el poder judicial³⁴³.

A partir de estos postulados, se resalta la característica inherente de la independencia entre poderes públicos, de los cuales se determina la posibilidad de un ejercicio de control entre ramas. No obstante, el punto central de este ejercicio recae en la función de los órganos del Estado a ser instrumentos en función del ciudadano, en los que Sánchez Hernández³⁴⁴, basado en los postulados de García de Enterría y Fernández³⁴⁵, resalta que “el poder legislativo no es un órgano del Estado, sino del pueblo”. Así mismo, basándose en Hauriou, cita que “el pueblo es el titular de la propiedad del poder, quien delega en sus representantes la facultad de dictar las leyes, controlar al gobierno y señalar las políticas fundamentales³⁴⁶”, lo cual permite comprender la naturaleza de la administración pública como un sistema al servicio de la ciudadanía, al cual le debe su “legitimidad y su razón de ser”. De allí, se da inicio al ejercicio de comprensión de la administración pública como un elemento tendiente a ser heterogéneo y a ser una función con vocación de perdurabilidad en el tiempo.

De lo expuesto, se ha manifestado la presencia de nuevos ejercicios de reconfiguración de las divisiones del poder público, en las cuales se resaltan elementos de control y poder que dependen de los intereses de cada uno de estos países. Por ejemplo, Sánchez Hernández cita en su obra los casos de la República Popular China, de Venezuela y de Ecuador, en los que se hace evidente la consolidación de elementos como el poder electoral, el poder ciudadano, entre otros, como elementos que contribuyen a un adecuado equilibrio entre poderes, dando apertura a la consolidación del concepto de Estado policéntrico.

A partir de estas condiciones, la progresiva fragmentación del sistema tripartito del poder público contribuirá a una evolución de la administración pública, tanto en sus condiciones funcionales, como en su composición institucional. Si bien, de acuerdo con autores como Sánchez Hernández, la administración pública clásica se basa “en dos principios de la configuración y relación administrativa, el principio del control jerárquico y el de tutela³⁴⁷”, autores como Chevallier³⁴⁸ describen el desarrollo de esta administración en un Estado posmoderno como “una serie de ramificaciones unidas entre sí por un tronco fuerte sostenido

³⁴³ Sánchez Hernández, H. A. *La noción de autoridad administrativa independiente en España y en Colombia*. Tesis de Doctorado. Madrid: Repositorio Universidad Carlos III de Madrid. 2015. Página 97.

³⁴⁴ *Ibid.* Página 100.

³⁴⁵ García de Enterría, E., & Fernández, T.-R. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Civitas. 1997. Páginas 28 -29. Citado en página 100 de Sánchez Hernández. 2015.

³⁴⁶ Sánchez Hernández, H. A. *La noción de autoridad administrativa independiente en España y en Colombia*. Tesis de Doctorado. Madrid: Repositorio Universidad Carlos III de Madrid. 2015. Página 100.

³⁴⁷ *Ibid.* Página 104.

³⁴⁸ Chevallier, J. *El Estado posmoderno*. Bogotá D.C.: Ed. Universidad Externado de Colombia. 2011. Páginas 145-146. Citado en página 104 de Sánchez Hernández. 2015.

en los principios de la centralización y la jerarquía del poder”, en el que “las relaciones son más horizontales e interdependientes³⁴⁹”.

A partir de lo anterior, el desarrollo de las Autoridades Administrativas Independientes – referencia utilizada constantemente por autores como Sánchez Hernández, Melo Salcedo, García Llovet³⁵⁰, entre otros, para referirse a las Autoridades Regulatoras- se llevará a cabo acorde con la aparición de nuevos elementos del poder público que generan la apertura para la creación de entidades autónomas con vocación regulatoria, independientes frente a las altas esferas del poder.

3.2. LA MUTACIÓN DEL ESTADO MODERNO: HACIA EL PERFECCIONAMIENTO DE UN MECANISMO DE REGULACIÓN

A partir de la apertura de los Estados por acoger los denominados entes regulatorios que por antonomasia son independientes de la influencia estatal, la regulación y la autorregulación entran a jugar un papel importante en la aplicación del entramado institucional en la nueva configuración del Estado moderno. Lo anterior, con miras a la rápida adaptación que necesitan frente a las nuevas exigencias de las dinámicas globalizadoras. ¿Qué se entiende por estos conceptos?

En primer lugar, frente a la noción de regulación, “por el momento no hay legislaciones que con rigurosidad señalen un concepto integral de regulación en su Derecho positivo³⁵¹”. No obstante, es viable citar la definición conceptual de “regular” con base en lo dictado por la Real Academia Española³⁵², a saber:

Regular:

(del latín reguláre)

1. tr. Medir, ajustar o computar algo por comparación o deducción.
2. tr. Ajustar, reglar o poner en orden algo. Regular el tráfico.
3. tr. Ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines.
4. tr. Determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo.

(...).

³⁴⁹ Íbid. Página 104 de Sánchez Hernández (2015).

³⁵⁰ Sánchez Hernández, H. A. *La noción de autoridad administrativa independiente en España y en Colombia*. Tesis de Doctorado. Madrid: Repositorio Universidad Carlos III de Madrid. 2015; Melo Salcedo, I. M. *Los órganos autónomos e independientes*. Bogotá: Repositorio de la Universidad Sergio Arboleda. 2015; García Llovet, E. *Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho*. Revista Española de Derecho Administrativo (REDA). 1993.

³⁵¹ Campanelli Espíndola, M.J. *La construcción de un concepto llamado regulación. Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*, tomo i, “Comparaciones y comentarios”. Traducción Universidad del Rosario. Bogotá: L’harmattan, 2009. Página 261.

³⁵² Real Academia Española Diccionario de la lengua española. <http://dle.rae.es/?id=VkMYOa2/VkMn9cm>. Consultado el 12 de octubre de 2018.

Lo anterior resulta necesario para entender que, de acuerdo con su cuarta acepción, la regulación se enmarca “como la actividad de producción de normas³⁵³”. No obstante, el papel que juega el Estado en un escenario de regulación ha sido alterado recientemente por cuenta de la globalización y la proliferación de sistemas económicos neoliberales³⁵⁴.

Ahora bien, la regulación puede ser estudiada, aunque no limitada, a partir de tres acepciones, a saber:

- los usos libertinos,
- la lógica interna de los sistemas jurídicos y
- los contextos sectoriales que probablemente limiten y varíen su desarrollo³⁵⁵.

Vista desde la acepción de sus usos libertinos, la noción de regulación se ha enmarcado dentro del contexto de distintas disciplinas, como en la economía, las finanzas y la administración privada, en las cuales ha sufrido un uso indiscriminado, derivando en su indefinición y descontextualización³⁵⁶.

En ese sentido, surgen definiciones tales como “la regulación económica debe ser entendida como una actividad administrativa que responde a la función (administrativa) de intervención sobre la economía en cabeza del Estado contemporáneo³⁵⁷”. Asimismo:

Las regulaciones son limitaciones impuestas a la libertad de los ciudadanos y de las empresas por presumibles razones de interés público. Las regulaciones, así entendidas, expresan tanto en leyes como en reglamentos y órdenes o actos administrativos producidos en los diferentes niveles de gobierno o en las organizaciones no gubernamentales o autorreguladas que tengan poderes reguladores delegados³⁵⁸.

En ese orden de ideas es posible identificar que en las definiciones plasmadas, la regulación se define en función del contexto al que se haga referencia, separándola de su propia caracterización.

³⁵³ Botero Rico, C.M. *Análisis del sector público de las telecomunicaciones en Colombia*. Bogotá: Sello editorial, Universidad de Medellín. 2016. Página 58.

³⁵⁴ Paul L Joskow, Roger G Noll. *Regulation in Theory and Practice: An Overview*. En G. Fromm (Eds). *Studies in Public Regulation*. EE.UU. The Massachusetts Institute of Technology, 1981. Páginas 1-77 en Botero Rico. 2016. Página 58.

³⁵⁵ Marcou, G. *La regulación y los servicios públicos: las enseñanzas del Derecho comparado en Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*, t. i, “Comparaciones y comentarios”. Trad. Universidad del Rosario. Bogotá: L’harmattan. 2009. Página 12 Citado en Campanelli Espíndola, M.J. 2009. Página 259.

³⁵⁶ Moderne, F. *Los usos de la noción de ‘regulación’ en el Derecho positivo y en la doctrina jurídica de los Estados de la Unión Europea*, en *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*, t. i, “Comparaciones y comentarios” Trad. Universidad del Rosario. Bogotá: L’harmattan. 2009. Página 45. Citado en íbid.

³⁵⁷ Perdomo, C. *Regulación económica: caracterización y control*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2014. Página 61. Citado en íbid.

³⁵⁸ Revista de Economía, EAFIT, 2012. Citado en íbid. Este es el factor semántico.

Igualmente, se observa que su indeterminación puede derivarse de una excesiva extrapolación tanto de la práctica regulatoria, como de sus instituciones. Por lo tanto, por cuenta de ello, los principios de la regulación mutan acorde con la institucionalidad de cada Estado que se pretende adaptar a un modelo de Estado regulador³⁵⁹, tema que será expuesto más adelante.

En segundo lugar, en el ámbito del andamiaje interno de los sistemas jurídicos, se encuentra que estos parecieran no ser capaces de proporcionar una definición concreta de regulación, confundiéndola frecuentemente con los instrumentos que la desarrollan, con las instituciones que la ejercen y/o con actividades diferentes propias del ejercicio administrativo³⁶⁰. Por eso, la jurisprudencia y la doctrina han entrado a jugar un papel importante en el acercamiento a la “teorización jurídica” del concepto.

En ese sentido, Manuel Restrepo, tomando como referente a Ricardo Baquero Córdoba³⁶¹, trae a colación dos ideas claves para entender la regulación en el escenario jurídico:

La regulación, que es concebida como un instrumento normativo que determina las actividades públicas de intervención sobre las actividades privadas, con el objeto de proteger a la sociedad en la ejecución de actividades que son esenciales para su bienestar como mediante la promoción de la competencia y la incentivación de la eficiencia de la operación de los actores del mercado.

Así, la regulación como técnica de intervención propia del derecho administrativo, se encuentra asociada a la liberalización de la economía, la creación de autoridades independientes³⁶² y la separación nítida de la iniciativa económica en el mercado de las decisiones pretendidamente neutrales de fijación de reglas, control de su cumplimiento solución de los conflictos planteados en su interpretación y aplicación³⁶³.

Por tanto, se han esbozado acercamientos acertados de lo que se concibe como regulación, especialmente en un ámbito económico y jurídico, frente a lo cual vale la pena mencionar la

³⁵⁹ “Es posible identificar como en los Estados Unidos de América, la economía pura de mercado (liberal) era su basamento, en el que el Estado no tenía presencia o intereses en los mercados. Posteriormente, se buscó corregir y restringir prácticas monopolísticas y restrictivas del libre juego de la competencia mediante la intervención de los poderes públicos, es en este escenario donde se empieza a hablar de regulación como la forma de intervención estatal” (Revista de Economía, EAFIT, 2012). Citado en íbid. Este es el factor histórico.

³⁶⁰ Íbid. Página 260.

³⁶¹ Baquero Córdoba, R. *Estado, economía y derecho*. En Ortiz Zamora, L.A. *Derecho público económico*. San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental. 2008. Páginas 41-45. En Restrepo, M. et al. *Globalización del derecho administrativo...* 2012. Página 2.

³⁶² Lessa Mattos, P.T. *The regulatory reform in Brazil: new decision making procedures and accountability mechanisms*. En Kingsbury, B., et al. *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*. Buenos Aires: Editorial RPA. 2009. Páginas 380-384 en Restrepo, M. et al. *Globalización del derecho administrativo...* 2012. Página 3.

³⁶³ Rivero Ortega, R. *Introducción al derecho administrativo económico*. 3ª ed., Salamanca. Ratio Legis. 2005. Página 25. En Restrepo, M. et al. *Globalización del derecho administrativo...* 2012. Página 3.

justificación que existe para regular de acuerdo con Mitnick³⁶⁴. A raíz de lo anterior, la regulación es concebida con el propósito de restringir conductas que menoscaben el interés público, a pesar de que en apariencia, no supongan una amenaza para este. Igualmente, la regulación se ha convertido en una necesidad en el ámbito de la competencia para cuidar de esta, sin que se vea afectada por factores propios de la dinámica económica del mercado.

En tercer y último lugar, en cuanto a los contextos sectoriales que probablemente limiten y varíen el desarrollo de la regulación, las dos acepciones presentadas anteriormente se entrelazan, en la medida en que, por contextos sectoriales, se hace alusión a los diversos matices que se le otorgan por parte de cada colectividad sobre su uso y definición de la regulación, bien sea social, político o histórico³⁶⁵.

Por otro lado, la regulación puede entenderse a partir de la caracterización de las funciones de las entidades que se autodenominan regulatorias, pues “se pretende contar para el año 2019 con un sistema de regulación institucionalmente especializado y avanzar hacia la unificación de funciones siguiendo la experiencia internacional en la materia³⁶⁶”. Lo anterior confirma lo relativo a la extrapolación de la noción de regulación, puesto que “la globalización del derecho administrativo en el ámbito de la regulación y el control proviene de elaboraciones foráneas³⁶⁷”.

Así las cosas, el derecho de la regulación económica es un concepto novedoso, que surge a partir del protagonismo que van adquiriendo los agentes de la globalización económica, en la medida en que sus intereses son adoptados por los entes representativos de los Estados³⁶⁸. De esta forma, el Estado se convierte en un ente gestor que canaliza las visiones de los actores tanto internos como externos para insertarlas dentro de su organigrama estatal. En consonancia con lo descrito en el CONPES 3248 sobre la renovación de la administración pública, “el Estado es promotor, regulador, controlador, y sólo empresario cuando ello sea indispensable (...)”³⁶⁹. Desde una perspectiva económica, propende por buscar una armonía entre el mercado y el interés público, aplacando las fallas de aquel con instituciones estatales que se lo faciliten y permitan.

Ahora bien, acoplado a lo descrito en el capítulo I sobre globalización, la regulación sufre una deslegitimación en la medida en que los operadores estatales no funcionan con la misma certeza que otrora se contaba para expedir las normas y reglamentaciones necesarias para el

³⁶⁴ Mitnick Barry M. *La economía política de la regulación*. Trad. De Adriana Sandoval. México: Fondo de Cultura Económica. 1989. Página 305.

³⁶⁵ Campanelli Espíndola, M.J. *La construcción de un concepto llamado regulación. Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*, tomo i, “Comparaciones y comentarios”. Traducción Universidad del Rosario. Bogotá: L'harmattan, 2009. Íbid. Página 261.

³⁶⁶ Restrepo, M., Escobar, L., López, M. & Rincón, J. *Globalización del Derecho Administrativo, Estado Regulador y eficacia de los derechos*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2012. Página 17.

³⁶⁷ Íbid. Página 25.

³⁶⁸ Íbid. Página 6.

³⁶⁹ CONPES 3248. En íbid. Página 4.

funcionamiento de la administración y los administrados, porque “la propia globalización es una fuente constante de incertidumbres”³⁷⁰.

Es así como la ciencia solía otorgar unas bases sólidas que redundaban en la confianza del aparato estatal para sustentar sus decisiones en esta, porque lo dicho por la ciencia se constituía en una verdad irrefutable³⁷¹. Esto ya no es así. Uno de los mayores problemas que supone lo anterior es que, el sistema jurídico del Estado nación “se construye desde el siglo XVII en paralelo a los espectaculares avances y descubrimientos de la ciencia que afianzaban la idea de seguridad y certeza³⁷²”. En consecuencia, para disciplinas del conocimiento como la filosofía y el arte, la inseguridad no significa un problema, porque no requieren de tomas de decisiones para su estudio y legitimidad. Todo lo contrario ocurre desde el derecho, a partir del cual se deciden cuestiones fundamentales para el orden social.

Como consecuencia, el derecho ha adoptado algunas estrategias para superar la incertidumbre de la era moderna, entre las que se destacan dos, de acuerdo con Esteve Pardo, la remisión a las referencias y soluciones de la técnica y la posición pasiva y la conquista por la técnica organizada de espacios de decisión de las instancias públicas³⁷³.

En la primera, “se advierte una clara subordinación del derecho a los dictados y advertencias de la ciencia³⁷⁴”, (a pesar de no contar con una certeza científica plena), lo cual se ve reflejado entre otros, en el llamado principio de precaución. Mediante auto 8 de noviembre de 2018³⁷⁵, aclarado mediante comunicado de septiembre de 2019 emitido por la Sección Tercera del Consejo de Estado colombiano, mediante el cual se decidió una solicitud de suspensión provisional del decreto presidencial 3004 del 26 de diciembre de 2013 y la resolución No. 90341 del 27 de marzo de 2014 del Ministerio de Minas y Energía, dentro del proceso de nulidad simple que persigue eliminar del ordenamiento jurídico dichas normas.

A través del decreto No. 3004 de 2013, el Gobierno Nacional determinó los criterios y procedimientos para la exploración y explotación de hidrocarburos en yacimientos no convencionales, mediante la técnica de estimulación hidráulica, conocida como *fracking*. A su vez, el 27 de marzo de 2014, por medio de la resolución No. 90341 de 2014, el Ministerio de Minas y Energía estableció los requerimientos técnicos y procedimientos para la exploración y explotación de los hidrocarburos arriba señalados.

El fundamento para que el Consejo de Estado accediera a la medida cautelar solicitada se basó en el denominado principio de precaución, estudiado por primera vez en Alemania en los años 70 del siglo XX, con el propósito de anticipar los efectos perjudiciales a la existencia

³⁷⁰ Pardo, J.E. *Decidir y regular en la incertidumbre. Respuestas y estrategias del derecho público*. Capítulo 1 del libro: Darnaculleta i Gardella, M. M. et al. *Estrategias del Derecho ante la Incertidumbre y la Globalización*. Barcelona: Marcial Pons. 2015. Página 34.

³⁷¹ *Ibid.* Páginas 34-35.

³⁷² *Ibid.* Página 36.

³⁷³ *Ibid.* Páginas 38-41.

³⁷⁴ *Ibid.* Página 39.

³⁷⁵ Consejo de Estado Sala de lo contencioso administrativo sección tercera - subsección b. Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Bogotá, D.C., ocho (8) de noviembre de dos mil dieciocho (2018) Radicación: 11001032600020160014000 (57.819).

humana por cuenta del uso de productos químicos, cuyas consecuencias solo se reflejarían a posteriori³⁷⁶. En definitiva, se trata de un principio que no necesita de una certeza científica absoluta para su aplicación.

El magistrado ponente realiza un recuento de los diversos instrumentos que lo han plasmado en sus textos, entre los que se destaca la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992, ratificada por Colombia mediante la ley 164 de 1994. Igualmente menciona la Declaración de Río de Janeiro de 1992 sobre el medio ambiente y desarrollo, incorporada al orden nacional mediante ley 99 de 1993. También resalta la Opinión Consultiva OC-23/17 de 2017 mediante la cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que el principio de precaución en el ámbito ambiental hace alusión a las medidas a acoger cuando no medie certeza científica acerca del efecto que trae consigo una incursión en el medio ambiente. En este sentido, resalta que:

De lo expuesto es claro que el principio de precaución se erige como una norma convencional que impone a las autoridades públicas claros mandatos de protección al medio ambiente y a la salud humana, cuando existen indicadores plausibles de que una determinada actividad podría comportar daños graves e irreversibles, sin necesidad de certeza científica.

En concordancia con lo descrito en los artículos 79³⁷⁷ y 80³⁷⁸ de la Constitución Política colombiana, el Consejo de Estado ha señalado que el principio de precaución hace parte de la Constitución ecológica, situándolo como un principio constitucional³⁷⁹ y por tanto con el deber de implementación por parte de los operadores dentro su ejercicio estatal³⁸⁰, cuyo ejemplo lo ha dado sobre todo la Corte Constitucional en fallos emitidos por esa corporación³⁸¹.

³⁷⁶Sentencia C-293 de 2002. M.P: Alfredo Beltrán Sierra, referenciado en íbid. Para ampliar, ver: Sentencia C-988 de 2004. MP: Humberto Sierra Porto.

³⁷⁷ **ARTICULO 79.** *Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.*

Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

³⁷⁸ **ARTICULO 80.** *El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.*

Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas.

³⁷⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de noviembre de 2013. Exp: 25000232500020050066203(AP), M.P: María Claudia Rojas Lasso. Sección; Sección Primera, sentencia del 11 de diciembre de 2013. Exp: 11001032400020040022701. M.P: Guillermo Vargas Ayala

³⁸⁰ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 5 de febrero de 2015, exp. 85001-23-33-000-2014-00218-01(AP)A, M.P. Guillermo Vargas Ayala.

³⁸¹ T-236 de 2017 (aspersión de glifosato en cultivos ilícitos), C-339 de 2002 (exploración y explotación de recursos naturales), T-1077 de 2012, T-104 de 2012 y T-397 de 2014 (derecho a la salud por cuenta de la instalación de antenas telefónicas), T-672 de 2014 (transporte de carbón cerca de viviendas), T- 622 del 2016 (Se declara al río Atrato como sujeto de derechos) .

A su vez, los mandatos para su uso se resumen en (i) la existencia de un riesgo real; (ii) grave e irreversible y (iii) la evidencia de certeza científica, aunque no sea absoluta³⁸², que puede ser incluso incierta³⁸³.

Tras llevar a cabo el análisis respecto de los requisitos de procedibilidad de medidas cautelares con base en los elementos del principio de precaución, el Consejo de Estado encuentra que afirmar que los riesgos probables del *fracking* son “previsibles o reversibles resulta aventurado” y su práctica puede afectar la salud humana por cuenta del consumo de agua contaminada con residuos radioactivos, desde la insignificancia hasta la gravedad³⁸⁴.

Asimismo observa, *prima facie*, que media un vacío en la motivación respecto de temas ambientales de los actos demandados³⁸⁵, más aún cuando en el 2012 la Contraloría General realizó advertencias sobre la técnica de estimulación hidráulica, lo cual se reitera en Informe de noviembre de 2014³⁸⁶. Por lo que “es claro que persisten serias dudas sobre la pertinencia de las medidas adoptadas y, preliminarmente, de la satisfacción del principio de precaución” por parte de las autoridades competentes, siendo necesaria, proporcional y adecuada la suspensión provisional de la normativa demandada.

El auto estudiado es un claro ejemplo de la remisión del derecho a la técnica³⁸⁷, por cuenta de la utilización del principio de precaución, frente al cual la decisión definitiva a través de sentencia otorgará el derrotero futuro para la controversial práctica del *fracking*. En definitiva, puede afirmarse que “la ciencia está en una posición de soberanía sobre el derecho desde el momento en que puede excepcionar sus regulaciones³⁸⁸”, como ocurrió en este caso.

Otro de los aspectos relevantes del auto de 8 de noviembre de 2018, mediante el cual se suspende la práctica del *fracking* en el país, es que el magistrado critica la formulación de informes de sismicidad de los pozos por parte del operador, en caso de que la autoridad competente no cuente con la capacidad suficiente para emitirlos. Es decir, básicamente se critica una práctica de autorregulación en la medida en que la justicia la considera riesgosa y dependiente de los intereses que se mueven en el comercio del petróleo.

Ahora bien, retomando la idea inicial del presente subcapítulo, se encuentra que la segunda estrategia que ha adoptado el derecho para superar la incertidumbre que se deriva de la globalización es, de acuerdo con Esteve Pardo “la posición pasiva y la conquista por la

³⁸² Sentencia C-293 de 2002 de la Corte Constitucional de Colombia.

³⁸³ Sentencia del 11 de diciembre de 2013 del Consejo de Estado colombiano.

³⁸⁴ Organismo Internacional de Energía Atómica, IAEA. Publicación n.º 55-3/septiembre 2014 • www.iaea.org/bulletin, vista en la página oficial en: https://www.iaea.org/sites/default/files/bull553_sept2014_es.pdf. En Consejo de Estado Sala de lo contencioso administrativo sección tercera - subsección b. Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Bogotá, D.C., ocho (8) de noviembre de dos mil dieciocho (2018) Radicación: 11001032600020160014000 (57.819).

³⁸⁵ Dentro de la regulación del *fracking* se hace alusión al documento Conpes n.º 3517 de 2008.

³⁸⁶ Sin dejar de lado que países como Francia y Alemania han prohibido esta actividad, este último transitoriamente.

³⁸⁷ Tema que también es desarrollado en el capítulo I del presente trabajo.

³⁸⁸ Pardo, J.E. *Decidir y regular en la incertidumbre. Respuestas y estrategias del derecho público*. Capítulo 1 del libro: Darnaculleta i Gardella, M. M. et al. *Estrategias del Derecho ante la Incertidumbre y la Globalización*. Barcelona: Marcial Pons. 2015. Página 39.

técnica organizada de espacios de decisión de las instancias públicas³⁸⁹”. Es así como esto se constituye como una captación inversa a lo que sucede en la remisión del derecho a la técnica, mediante la cual, grupos ajenos al Estado “elaboran normas técnicas, protocolos, referencias que acaban por ocupar los espacios que tendrían que ser objeto de regulación por normas jurídicas³⁹⁰”, entre otros.

En definitiva, ante estas características, Restrepo especifica sobre esta práctica que:

La regulación debe actuar como equilibrador frente a la situación de disparidad que se presenta entre oferentes y demandantes del servicio, de tal manera que se creen las condiciones para asegurar que las personas tengan una variedad de opciones al ejercer la libre elección, así como para corregir las asimetrías existentes entre empresas prestadoras y usuarios y prevenir la competencia imperfecta entre los proveedores³⁹¹.

A partir de lo expuesto, es dable afirmar que en este punto se ha evidenciado que las nociones de *soft law* y regulación se entrelazan llegando a un mismo punto, en la medida en que la expedición de instrumentos como las normas técnicas, se configuran como mecanismos de autorregulación a aplicar dentro de los ordenamientos jurídicos, siendo estos claros exponentes del *soft law*. En ese sentido, la autorregulación se presenta como una forma mediante la cual “el sistema experto tiende a desarrollar un sistema de referencias propias a través de diferentes procesos de autorregulación³⁹²”.

Por su parte, para autores como Black³⁹³, existen tres fuentes de confusión en el debate alrededor de la autorregulación:

- Lo que se entiende por “*self*” o “auto”.
- Lo que se entiende por regulación.
- Y la naturaleza de la participación del Estado.

³⁸⁹ Íbid. Página 41.

³⁹⁰ Íbid.

³⁹¹ Restrepo, M., Escobar, L., López, M. & Rincón, J. *Globalización del Derecho Administrativo, Estado Regulador y eficacia de los derechos*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2012. Página 35.

³⁹² Pardo, J.E. *Decidir y regular en la incertidumbre. Respuestas y estrategias del derecho público*. Capítulo 1 del libro: Darnaculleta i Gardella, M. M. et al. *Estrategias del Derecho ante la Incertidumbre y la Globalización*. Barcelona: Marcial Pons. 2015. Página 41.

³⁹³ Black, J. *Constitutionalising Self-Regulation*. The Modern Law Review. Vol 59. Núm. 1. 1996. Página 26. Citado en Knop, L.E. *¿Existe un discurso sobre la autorregulación? Sobre la semántica del concepto (autorregulación)*. Traducido del alemán por Mario Garvin, Akademische Mitarbeiter des Sprachlehrinstituts der Universität Konstanz. Capítulo 13 del libro: Darnaculleta i Gardella, M. M. et al. *Estrategias del Derecho ante la Incertidumbre y la Globalización*. Barcelona: Marcial Pons. 2015. Página 276.

A su vez, “el concepto jurídico de la autorregulación es inseparable de la investigación de la gobernanza³⁹⁴ de las ciencias políticas³⁹⁵”, frente a lo cual, la autorregulación se utiliza para “describir ciertas manifestaciones de la participación, de la negociación entre administración y particulares, y del aumento de la capacidad de decisión y de autoorganización de los sujetos privados que operan en el mercado”.

Lo anterior porque, ante la incertidumbre, el legislador cede espacios a la autorregulación³⁹⁶. Por lo tanto, la autorregulación denota no solamente una pérdida de protagonismo de actuación en el escenario en el que el derecho administrativo ha actuado siempre, sino que socava tanto la soberanía como la legitimidad estatal. Pero especialmente, se evidencia en la deslegitimación de la administración pública, por cuenta de la especialidad técnica que trae la autorregulación, como por el denominado criterio de racionalidad legal que persigue una reducción de la desmedida expedición de normas³⁹⁷. Aunado a lo descrito, la globalización también es un factor que incide directamente en la transgresión de la autoridad suprema del Estado³⁹⁸, escenario en el que toman fuerza mecanismos de autorregulación, en cuanto “la autorregulación como un modo de gestionar la incertidumbre puede compensar déficits normativos³⁹⁹”.

A su vez, Restrepo⁴⁰⁰ analiza que un grupo de los principios dados por la *International Organization of Securities Commissions -IOSCO-*, se refiere de manera particular a la regulación de la autorregulación que es una de las principales tendencias de la globalización del derecho administrativo como técnica de intervención, y que tiene su origen tras el colapso del mercado bursátil en los Estados Unidos en 1929.

Por ende, puede observarse cómo en el artículo 24 de la ley 964 de 2005 se establecen las funciones de la autorregulación del mercado de valores, “sin que ninguna de ellas constituya función pública⁴⁰¹”:

1. *Función normativa: adopción de normas para asegurar el correcto funcionamiento de la actividad de intermediación.*

³⁹⁴ “Es entendida como el ejercicio de la autoridad pública, económica y administrativa para gerenciar los asuntos de un país, mediante la promoción de relaciones interactivas entre el Estado, el sector privado y la sociedad civil y la institucionalización de conceptos como transparencia, rendición de cuentas, debido proceso, probidad y eficiencia”. Restrepo, M. *Burocracia, Gerencia Pública y Gobernanza*. Revista Diálogos de Saberes. Enero-junio de 2009. Página 182.

³⁹⁵ Darnaculleta i Gardella, M. M. *La autorregulación regulada. Derecho administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada*. Gerona: Universitat de Girona. 2002. Página 274.

³⁹⁶ Spiecker gen. Döhman, I. *Instrumentos estatales para la superación de escenarios de incertidumbre y autorregulación*. Capítulo 2 del libro: Darnaculleta i Gardella, M. M. et al. *Estrategias del Derecho ante la Incertidumbre y la Globalización*. Barcelona: Marcial Pons. 2015. Página 61.

³⁹⁷ Darnaculleta i Gardella, M. M. *La autorregulación regulada. Derecho administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada*. Gerona: Universitat de Girona. 2002. Página 26.

³⁹⁸ Como fue puesto de presente en el segundo capítulo.

³⁹⁹ Spiecker gen. Döhman, I. *Instrumentos estatales para la superación de escenarios de incertidumbre y autorregulación*. Capítulo 2 del libro: Darnaculleta i Gardella, M. M. et al. *Estrategias del Derecho ante la Incertidumbre y la Globalización*. Barcelona: Marcial Pons. 2015. Página 64.

⁴⁰⁰ Restrepo, M., Escobar, L., López, M. & Rincón, J. *Globalización del Derecho Administrativo, Estado Regulador y eficacia de los derechos*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2012. Página 30.

⁴⁰¹ *Ibid.* Página 32.

2. *Función de supervisión: verificación del cumplimiento de las normas del mercado de valores y de los reglamentos de autorregulación.*
3. *Función disciplinaria: imposición de sanciones por el incumplimiento de las normas del mercado de valores y de los reglamentos de autorregulación.*

Es así como la autorregulación regulada surge al momento en que el ordenamiento jurídico recibe y sistematiza las ideas y experticia de los organismos expertos dentro de su organigrama normativo⁴⁰². La misma, no obstante lo expuesto⁴⁰³, se configura como un proceso de “administrativización de la sociedad⁴⁰⁴”, en la medida en que se presenta como una forma de cooptación de las ideas del derecho privado dentro de la normatividad estatal. Es decir, básicamente restringe una actuación que podría desenvolverse de manera más autónoma, limitándola a lo que se consigne en la reglamentación interna de cada Estado, derivando en una nueva forma de legitimación del poder estatal⁴⁰⁵ e incluso, como una fuente del derecho administrativo.

Para finalizar, la ciencia, entrelazada con la técnica, sigue brindando una serie de sustentos necesarios para la disciplina jurídica (aunque sea en menor medida, puesto que ni siquiera la ciencia otorgue certezas). Así, el derecho busca en la técnica respuestas y soportes inmediatos para su propia actividad. *Soft law* y autorregulación se compaginan en un mismo objeto: brindar respuestas a las problemáticas a las que se enfrenta la ciencia jurídica actual.

3.3. ACERCAMIENTO CONCEPTUAL A LAS AUTORIDADES REGULATORIAS EN EL DERECHO EXTRANJERO

Dentro del proceso de construcción del Estado, no solamente se debe resaltar como elemento de primer orden el monopolio del uso de la fuerza física, sino también la administración del poder público basada en un aparato institucional que le brinde el ejercicio de este. Según Weber, el Estado requiere para el cumplimiento de sus finalidades:

Toda empresa de dominación que requiera una administración continuada necesita, por una parte, la orientación de la actividad humana hacia la obediencia a aquellos señores que se pretenden portadores del poder elegido y, por la otra, el poder de disposición, gracias a dicha obediencia, sobre aquellos bienes que, en su caso, sean necesarios para el empleo del poder físico: el equipo de personal administrativo y los medios materiales de la administración⁴⁰⁶.

Dentro de las capacidades administrativas del Estado, en el desarrollo de procesos administrativos de regulación de actividades y problemáticas específicas, se parte de un principio de orden paralelo al de la legitimidad política republicana. No obstante, a pesar de

⁴⁰² Pardo, J.E. *Decidir y regular en la incertidumbre. Respuestas y estrategias del derecho público*. Capítulo 1 del libro: Darnaculleta i Gardella, M. M. et al. *Estrategias del Derecho ante la Incertidumbre y la Globalización*. Barcelona: Marcial Pons. 2015. Página 46.

⁴⁰³ Contrario a lo que podría pensarse como una pérdida de la fuerza del derecho administrativo.

⁴⁰⁴ Darnaculleta i Gardella, M. M. *Derecho administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada*. Gerona: Universitat de Girona. 2002. Página 25.

⁴⁰⁵ *Ibid.* Página 27.

⁴⁰⁶ Weber, M. *La Política como vocación*. Barcelona: Editorial Ópera Mundi. 1999.

que los elementos primigenios formulados por Weber sobre la administración pública del Estado son los que determinan la funcionalidad del Estado para entrar en operación, es necesario también responder a la pregunta sobre hasta qué punto el Estado tiene injerencia en sus funciones; cuestión que determina también la vigencia del Estado respecto a su naturaleza de servicio a la ciudadanía. Por lo tanto, para efectos del presente trabajo, se debe entrar a profundizar qué se entiende como Estado regulador.

Para dicho propósito, es menester entender la evolución del Estado liberal moderno como estandarte de referencia para el derecho administrativo, porque conforme el modelo de Estado iba variando en el tiempo, el derecho administrativo mutaba paralelamente. Esto, a partir de la “sustitución del Estado absolutista⁴⁰⁷” por el Estado de derecho, momento en el que tiene partida el derecho administrativo como disciplina jurídica.

Así, en una primera etapa, se convivió bajo la lógica del Estado gendarme, en el que el Estado tenía un papel minúsculo en lo referente al control del mercado y de las restricciones, por lo que las libertades individuales y el “laissez-faire” estaban al orden del día. Seguidamente se llega al Estado intervencionista por cuenta de la crisis que sufrió el anterior modelo. En el Estado prestador, la administración se obliga a la garantía de los fundamentos que lo estatuyen como un Estado social de Derecho, en los que se encuentra la prestación de los servicios públicos a todos los habitantes de su territorio, bien fuera de forma directa o indirecta. Sin embargo, tal otorgamiento de prerrogativas lleva al Estado intervencionista a un colapso fiscal y a perseguir un nuevo arquetipo estatal, de lo que emana el modelo actual de la administración pública, conocido comúnmente como el Estado regulador. Es sobre esta configuración institucional en la que las Autoridades Administrativas Independientes cumplen un papel protagónico en el ejercicio de la regulación estatal.

En ese sentido, se entiende que la labor de la regulación implica “la existencia de un Estado regulador que tiene como objetivo el imponer ciertas reglas de juego para armonizar los sectores claves de la economía⁴⁰⁸”.

El Estado regulador no es otro que aquel que debe soportar la carga de la garantía de la prestación de los servicios, pero no necesariamente de manera directa. Es decir, ostenta la potestad de encargar a particulares interesados en prestar aquellos servicios, de los cuales la ciudadanía difícilmente estaría dispuesta a prescindir. Pero aunado a ello, el Estado mantiene la facultad de regulación, que deriva en poder “forzar a los prestadores a brindar el acceso universal a los servicios y evitar las prácticas monopolísticas de abuso de posición dominante, en defensa de los derechos de los usuarios⁴⁰⁹”.

Por lo anterior, es de apreciar que los cambios a los que se ha visto enfrentado el modelo de Estado, actualmente concebido como un Estado regulador, también traen como consecuencia

⁴⁰⁷ Restrepo, et al. *El derecho administrativo en los albores del siglo XXI*. Bogotá: Editorial del Rosario. 2007. Página 37.

⁴⁰⁸ Chevallier, J. *La régulation juridique en question*. Paris: Droit et société. 2001. Páginas 827-846. Citado en Acosta, E. *Autorités de Régulation en France et en Colombie*. Tesis de Maestría. Burdeos: Université de Bordeaux. 2015. Página 5.

⁴⁰⁹ Restrepo, M. et. al. *El derecho administrativo en los albores del siglo XXI*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2007. Página 39.

variaciones que derivan de escenarios como la globalización, la cual trae consigo la irrupción de mecanismos como el *soft law* en los ordenamientos jurídicos y el protagonismo de entes como las autoridades regulatorias. La noción de entes reguladores independientes también ha suscitado controversia por cuenta no tanto de su exposición teórica, sino por lo que se evidencia en la práctica, donde su implementación es disímil dependiendo el lugar en el que se adopten. Estos entes también son denominados como autoridades administrativas independientes o llanamente autoridades regulatorias.

A partir de los elementos referidos en los dos acápites anteriores, las Autoridades Administrativas Independientes -AAI- serían una de las múltiples señales que evidencian la profunda transformación que han experimentado los Estados durante las últimas tres décadas. De ahí, si se centra en su definición, la misma es abordada por una multiplicidad reducida de teóricos que, a pesar de dar un gran espectro óptico para su comprensión, son ejercicios que también son condicionados por los sistemas y estructuras constitucionales de los casos estudiados. Por ejemplo, García Llovet⁴¹⁰ las define como:

Aquellos entes que, dotados de potestades de ordenación para la realización de funciones de regulación sectorial y no general, ejercen estas en un régimen de no dependencia respecto del conjunto del aparato administrativo del Estado.

Dicha definición deriva de un ejercicio de comprensión teórica de aportes realizados por autores como Gazier, Cannac, Sabourin y Moureau. Teniendo como guía a los dos primeros⁴¹¹, García Llovet⁴¹² menciona como elementos constitutivos de las AAI que:

Son instituciones administrativas; quiere esto decir que tienen una naturaleza pública y no privada; son producto de un proceso de descentralización que tiene su origen en la voluntad de los poderes públicos y normalmente es el instrumento de la ley el que determina su creación.

Por otra parte, apelando a los principios de Sabourin⁴¹³, complementa que:

Son autoridades; quiere esto decir que tienen atribuidas el ejercicio de potestades públicas, en nuestro caso potestades de ordenación (normativas y de ejecución); de producción de actos que inciden en el ámbito de libertad de los particulares; entendiéndolo, por último, el concepto de autoridad como opuesto a ente de gestión.

Por último, enuncia el aporte de Moreau⁴¹⁴ sobre las AAI como:

⁴¹⁰ García Llovet, E. *Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho*. Revista Española de Derecho Administrativo (REDA). 1993. Página 99-100.

⁴¹¹ Gazier, F., & Cannac, Y. *Etude sur les autorités administratives indépendantes*. Paris: Conseil d'État. 1984. Página 13. Citado en Íbid.

⁴¹² García Llovet, E. *Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho*. Revista Española de Derecho Administrativo (REDA). 1993. Página 95.

⁴¹³ Sabourin. *Recherche sur le notion Autorité Administrative en droit français*. Paris: Librairie générale de droit et jurisprudence. 1967. Citado en íbid. Página 97.

⁴¹⁴ Moreau, J. *Droit administratif*. Paris: Presses universitaires de France. 1989. Página 67. Citado en García Llovet, E. 1993. Página 100.

Los organismos públicos desprovistos de personalidad moral (parte integrante del Estado creados por iniciativa pública y alimentados con fondos públicos) que son concebidos como no subordinados ni al poder ejecutivo ni como prolongación del poder legislativo ni autoridad judicial y que son dotados de poderes que les permiten ejercer de forma autónoma una misión de regulación sectorial.

Como continuación de este ejercicio de revisión de aportes teóricos sobre el concepto de las AAI, autores como Estefanía Acosta⁴¹⁵ enuncian lo referente sobre el desarrollo teórico de las AAI en Francia, mediante el análisis de estas bajo la óptica de teóricos franceses del derecho administrativo. La autora resalta la creación de las AAI en Francia en 1978, mediante el nacimiento de la Comisión Nacional de la Informática y las Libertades, con el objetivo de proteger las libertades relativas al acceso a la información y los archivos en planos informáticos. Sin embargo, el abordaje teórico de las AAI en Francia ha sido condicionado por la naturaleza misma de estas instituciones. Ante ello, la autora apela a Marcou⁴¹⁶, el cual enuncia que “no hay una correspondencia entre las AAI y la regulación, a pesar de que la literatura tenga una tendencia a asociarlas⁴¹⁷”. Ante esto, Acosta corrige y enuncia que las AAI:

Pueden definirse como organismos administrativos institucionalizados por la ley, no sumisos al poder ejecutivo y dotadas de poderes reglamentarios y de sanción (...), éstas no tienen función de regulación de un sector de la economía porque ellas ejercen una función en otros campos como el audiovisual, la protección de datos personales, la informática, la lucha contra el dopaje en actividades deportivas, entre otras⁴¹⁸.

Dentro del mismo ejercicio, Sánchez Hernández tipifica las características de la institución regulatoria de esta clase de institución en los siguientes ítems:

- 1- Independencia orgánica y autonomía: De acuerdo con el autor, la independencia “significa la no sumisión o ausencia de dependencia de una persona natural o jurídica a otra considerada de superior jerarquía, supone la capacidad para gestionar sus propios intereses y objetivos, entre ellos el poder de decisión⁴¹⁹”. Por ello, “las AAI

⁴¹⁵ Acosta, E. *Autorités de Régulation en France et en Colombie*. Tesis de Maestría. Burdeos: Université de Bordeaux. 2015. Página 54.

⁴¹⁶ Marcou, G. et. al. *Le Modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*. Paris: Société de législation comparée. 2011. Página 66. Citado en íbid. Página 19.

⁴¹⁷ “il n’y a pas de correspondance entre les AAI et la régulation bien que la littérature a une tendance à associer les AAI et la régulation”. Traducción libre de la autora.

⁴¹⁸ “peuvent se définir comme des organismes administratifs institutionnalisés par la loi, non soumis au pouvoir exécutif et dotés de pouvoirs réglementaires et de sanction leur permettant d’assurer leur fonction de régulateur de l’activité d’un secteur économique, les AAI ont la même qualification excepté « la fonction de régulation d’un secteur économique » car elles exercent une fonction dans d’autres champs comment l’audiovisuel, la protection des données personnelles, l’informatique, la lutte contre le dopage des sportifs, et ce parmi d’autres”. Traducción libre de la autora.

⁴¹⁹ Sánchez Hernández, H. A. *La noción de autoridad administrativa independiente en España y en Colombia*. Tesis de Doctorado. Madrid: Repositorio Universidad Carlos III de Madrid. 2015. Página 114.

son creadas por ley especial, la cual establece el régimen jurídico que las rige⁴²⁰”, defendiendo una independencia respecto a otros entes.

- 2- Independencia funcional y personal: La independencia personal hace referencia a “la garantía que tienen los miembros de las AAI de no ser cesados de sus funciones de manera discrecional”, así como también “se refiere a la elección de sus miembros; aun cuando en cada país existe un procedimiento de elección diferente, en la mayoría se ha buscado atenuar las facultades que permiten participación del gobierno en la designación de los miembros de este tipo de autoridades⁴²¹”.

Por otra parte, la independencia funcional “recae sobre las órdenes e instrucciones que el gobierno expide para dirigir la administración nacional, es decir, una excepción a la facultad de dirección política y administrativa que le atañe a este⁴²²”.

- 3- Colegialidad: Esta característica señala la “pluralidad de miembros que componen las AAI y las AR⁴²³”. Además, “es una garantía de independencia de la autoridad administrativa, ya que la conjunción de criterios y formación profesional de más de un miembro asegura la imparcialidad de las decisiones y de la aplicación de la reglamentación⁴²⁴”.
- 4- Especialización técnica. Es decir, su naturaleza está ligada a un alto grado de tecnificación de sus funciones.
- 5- Constitucionalidad: De acuerdo con el autor, acorde con un elemento netamente jurídico, hace referencia “a la congruencia de la figura con el texto superior, además de su pertinencia jurídica dentro del entramado administrativo nacional de cada país⁴²⁵”. Este elemento resulta problemático para las AAI, puesto que:

La teoría tripartita de poderes se ve amenazada por el surgimiento de nuevas autoridades de carácter administrativo, con funciones judiciales y legislativas propias, denominadas Autoridades Administrativas Independientes, las cuales aun cuando están vinculadas a la Administración del Estado, no están sometidas a la tutela y a la dirección gubernamental⁴²⁶.

- 6- Legitimidad: En esta dimensión, “las AAI se han ido legitimando gracias a i) el argumento de la “legitimidad tecnocrática”, ii) la protección de derechos

⁴²⁰ Íbid. Página 114.

⁴²¹ Martínez, M. S. *Las autoridades independientes: un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*. Madrid: Editorial Ariel. 2002. Página 361. Citado no textual en Sánchez Hernández. Página 115.

⁴²² García Llovet, E. *Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho*. Revista Española de Derecho Administrativo (REDA). 1993. Página 73. Citado no textual en Sánchez Hernández. Página 115.

⁴²³ Agencias de Regulación.

⁴²⁴ Sánchez Hernández, H. A. *La noción de autoridad administrativa independiente en España y en Colombia*. Tesis de Doctorado. Madrid: Repositorio Universidad Carlos III de Madrid. 2015. Página 116.

⁴²⁵ Íbid. Página 118.

⁴²⁶ Betancor Rodríguez, A. *Las administraciones independientes: un reto para el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Tecnos. 1994. Página 65. Citado no textual en Sánchez Hernández. Página 118.

fundamentales que prestan algunas AAI a los ciudadanos, iii) la legitimidad que les confiere la elección por parte de órganos elegidos popularmente, iv) el ser órganos de creación legal, v) el nivel profesional y personal de sus miembros, vi) la participación ciudadana entre sus miembros como el caso de Gran Bretaña, vii) la objetividad de sus decisiones, entre otros⁴²⁷”.

7- Imparcialidad:

Las Autoridades Administrativas Independientes se crearon con la finalidad de ser imparciales en el ejercicio de sus funciones, esto quiere decir neutrales respecto al sector regulado y neutras políticamente, por lo cual el legislador tuvo como objetivo que estuvieran despolitizadas, alejadas de la lucha de los partidos políticos e independientes del ejecutivo, aunque existan dos tipos de captura, la política y por el sector regulado⁴²⁸.

A su vez, Sánchez Hernández procede a realizar un análisis sobre las funciones de las AAI, debido a que en ellas retoman competencias propias de cada una de las ramas del poder:

1- Funciones administrativas:

Son otorgadas por la ley debido a la naturaleza de la entidad. Estas consisten en el otorgamiento de licencias o concesiones, determinación de esquemas tarifarios, de asesoría e información, y en algunos casos las AAI asumen o participan en la creación de la política pública como lo son los bancos centrales⁴²⁹.

2- Funciones cuasi legislativas, que se refieren a:

Expedición de normas reglamentarias de otras generales, como la ley o un decreto reglamentario superior, bien puede darse el caso en el que estas provengan de una exigencia judicial. Las AAI en el ejercicio de la función reguladora expiden reglamentos, potestad que si bien ha venido desempeñando el ejecutivo desde épocas pretéritas, al expedirse regulaciones de un carácter excesivamente técnico en donde no existe legislación, se ha sustraído una materia de exclusivo resorte del legislador. Sin embargo, esta función ya estaba siendo ejercida por el ejecutivo y no habría lugar a considerarla una transgresión a las competencias que le confiere la Constitución al legislador, siempre que se respeten los límites de dicha facultad y los linderos que se hallan en la ley que se pretende reglamentar⁴³⁰.

⁴²⁷ Sánchez Hernández, H. A. *La noción de autoridad administrativa independiente en España y en Colombia*. Tesis de Doctorado. Madrid: Repositorio Universidad Carlos III de Madrid. 2015. Página 119.

⁴²⁸ Martínez, M. S. *Las autoridades independientes: un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*. Madrid: Editorial Ariel. 2002. Página 384. Citado no textual en Sánchez Hernández. Página 119.

⁴²⁹ *Ibid.* Página 356.

⁴³⁰ Sánchez Hernández, H. A. *La noción de autoridad administrativa independiente en España y en Colombia*. Tesis de Doctorado. Madrid: Repositorio Universidad Carlos III de Madrid. 2015. Páginas 121-122.

- 3- Funciones cuasi judiciales: Según el autor, se destaca la resolución de conflictos entre empresas o ciudadanos que se desenvuelven en el respectivo mercado regulado, como herramienta “de justicia pronta y eficaz, aunado a que su utilización permite la descongestión de los despachos judiciales⁴³¹”.

Se estima que la noción de AAI nació en el derecho anglosajón, aunque hoy en día “existen dos modelos de autoridades regulatorias: el anglosajón y el continental⁴³²”. Sin embargo, el concepto como tal no ha estado anejo a controversia y de hecho su aparición en el derecho colombiano, se vio inmersa en una irrupción incoherente⁴³³. La pretensión de invención de las instituciones independientes la constituye la creación de “organismos retirados de las influencias políticas y de la presión de los distintos intereses económicos y profesionales, en sectores sensibles del ejercicio de las libertades públicas y en cuanto a la regulación de algunos sectores económicos o de mercados⁴³⁴”.

Ahora bien, después de comprender los diversos elementos que configuran la naturaleza de las AAI, es pertinente preguntar ¿por qué los efectos de la globalización pudieron haber contribuido al protagonismo de las AAI dentro del modelo de Estado regulador? Ante ello, es posible aducir como introducción a lo afirmado por Fukuyama⁴³⁵ frente al escenario posterior al fin de la Guerra Fría, en el que se beneficia “el cálculo económico, la interminable resolución de problemas técnicos, la preocupación por el medio ambiente y la satisfacción de las sofisticadas demandas consumistas”. A partir de lo anterior, es de gran importancia resaltar el carácter técnico de las nuevas demandas enunciadas por Fukuyama derivadas de la globalización, en el que la interacción al nivel mundial en procesos de cooperación internacional dentro de una interconexión global es predominante en la difusión de información. Ante la aparente ausencia de grandes contradicciones ideológicas que configuren el entramado internacional que fue definido por el fin de la Guerra Fría, **la funcionalidad del Estado irá más allá del ejercicio político del poder, dando un especial acento a sus labores administrativas**. Por ejemplo, autores como David Mitrany y Ernst Haas dan un aporte de mayor peso a los espacios de cooperación técnica entre Estados en los que se mantiene al margen una interferencia de orden político. De lo anterior, Mitrany⁴³⁶ asevera:

Los problemas puramente técnicos pueden separarse de los políticos, y la cooperación técnica por parte de los servicios administrativos nacionales se puede llevar adelante exitosamente en la esfera internacional sin la interferencia de los departamentos políticos de los Estados miembros.

⁴³¹ Íbid. Página 123.

⁴³² Restrepo Medina, M. A., & López Cárdenas, C. M. *Adecuación de la administración pública colombiana al modelo de Estado regulador*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2015. Página 24.

⁴³³ Sánchez Hernández, H. A. *La noción de autoridad administrativa independiente en España y en Colombia*. Tesis de Doctorado. Madrid: Repositorio Universidad Carlos III de Madrid. 2015. Página 27.

⁴³⁴ Íbid. Página 22.

⁴³⁵ Fukuyama, F. *The end of history and the last man*. Nueva York: Simon and Schuster. 2006. Página 100.

⁴³⁶ Mitrany, David. *The progress of International Government*. New Haven: Yale University Press. 1933. Página 125.

Acorde con lo anterior, respecto a dicho principio, Mitrany afirma que la cooperación entre Estados se manifestaría mediante “la extensión de una red de actividades de agencias internacionales que integrara las necesidades de las naciones, mediante la selección de tareas funcionales de acuerdo con necesidades compartidas y la determinación de los órganos de acuerdo con las funciones⁴³⁷”. Por lo tanto, aterrizándolo al caso de las AAI, el funcionamiento de estas instituciones corresponde al cumplimiento de un servicio enfocado a la satisfacción de necesidades puntuales que no corresponden necesariamente a un orden político. Es decir, los órganos que se configuran como AAI pueden presentarse como actores de cooperación internacional que actúan acorde a suplir una necesidad técnica, y no necesariamente de una forma dependiente a la defensa de un interés nacional soberano.

Asimismo, su influjo bajo la existencia de diversos órdenes de influencia técnica al nivel internacional en un orden globalizado, considerados estos como elementos de *soft law*, determina un progresivo distanciamiento no solamente de los órdenes tradicionales de decisión política, sino también de los procesos propios de producción legislativa. En un orden globalizado, en que los Estados cooperan de una forma menos centralizada, se establecen redes de cooperación sectorial que trascienden de una dependencia exclusivamente centralizada desde los Estados. Dicho fenómeno sería una contribución directa al fortalecimiento de los procesos de integración internacional, el cual Ernst Haas denomina como ‘efecto *spill over*’. Este se entiende como:

El efecto inducido o spill over es ocasionado por una lógica expansiva de integración sectorial, de desbordamiento de un sector a otro, a partir de la puesta en marcha de un proceso de integración que conduciría a niveles de integración superior, gracias a la interdependencia que se produce entre los sectores económicos y políticos⁴³⁸.

Ahora bien, si se observa desde un escenario de cooperación técnica sectorializada en el que hay una cooperación directa de actores subestatales que se encaminan en procesos de integración al nivel internacional, es posible afirmar que existe un espacio de producción de conocimientos y doctrinas que pueden corresponder como medio de influencia de creación de normas para el cumplimiento de unas necesidades específicas.

A pesar de sus aplicaciones disímiles, estas formas de cooperación son un terreno fértil para la proliferación de elementos de *soft law* que pueden influir, desde lo técnico, en la producción legislativa de los Estados respecto a estos temas mediante las funciones cuasi legislativas de las AAI. Por lo tanto, en un escenario de alta interconexión y de cooperación internacional como es el de la globalización posterior a la Guerra Fría, existe una mayor probabilidad de proliferación de mecanismos de cooperación y articulación descentralizada que contribuya al establecimiento de una comunidad mundial que se nutre a sí misma de elementos que son fuentes de *soft law*; escenario en el que se relega parcialmente a la concepción tradicional liberal de la soberanía del Estado moderno en pro de una cooperación especializada y tecnificada que es propia de las AAI.

⁴³⁷ Vieira Posada, E. *Evolución de las Teorías sobre Integración en el Contexto de las Teorías de Relaciones Internacionales*. Revista Papel Político, No. 18. 2005. Página 247.

⁴³⁸ *Ibid.* Página 252.

En ese orden de ideas, se pasa ahora a analizar la constitución de las AAI en el contexto del derecho colombiano con miras a detallar estos nuevos entes en concordancia con las características propias que se les ha dado a las autoridades regulatorias en el marco del derecho extranjero.

3.4. AUTORIDADES REGULATORIAS EN COLOMBIA

Teniendo en cuenta que Colombia pretende adaptar su modelo al de un Estado regular cada vez más tecnificado y centralizado, debe entenderse que “el nuevo esquema institucional que se diseñe para el cumplimiento de la función regulatoria debe responder a las siguientes características⁴³⁹”:

1. *Independencia entre política y regulación.*
2. *Rendición de cuentas.*
3. *Autonomía de los expertos sectoriales.*
4. *Debate público de la regulación.*
5. *Adecuación del presupuesto de los organismos de regulación a los requerimientos de sus funciones.*
6. *Consistencia de la adscripción con el nivel de autonomía definido para las distintas instancias de regulación.*

Dentro del esquema de “regulación, supervisión y control” presentado en el CONPES 3248 se identificó la problemática de las pretendidas entidades reguladoras del momento, en la medida en que se presentaba improvisación en la institucionalidad de estos entes, como por ejemplo, “la concentración de las funciones de regulación y control en una misma entidad⁴⁴⁰”.

Ahora bien, se han identificado sectores que se encuentran intervenidos por la regulación⁴⁴¹ estatal en el ámbito nacional en concordancia con unos criterios de evaluación, tales como:

- A. Agricultura y desarrollo rural.
- B. Comercio, industria y turismo.
- C. Hacienda y crédito público.
- D. Minas y energía.
- E. Protección social.
- F. Tecnologías de la información y las comunicaciones.
- G. Transporte.

A su vez, internamente, no se identifica una cantidad significativa de referencias a la creación y desarrollo de las autoridades que en principio tendrían competencias regulatorias dentro de los diversos sectores regulados, es decir, las autoridades regulatorias. En ese orden de ideas, resulta necesario remitirse al estudio del libro “Adecuación de la administración pública

⁴³⁹ Restrepo Medina, M. A., & López Cárdenas, C. M. *Adecuación de la administración pública colombiana al modelo de Estado regulatorio*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2015. Páginas 15-16.

⁴⁴⁰ CONPES 3248. En íbid. Página 34.

⁴⁴¹ Restrepo Medina, M. A., & López Cárdenas, C. M. *Adecuación de la administración pública colombiana al modelo de Estado regulatorio*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2015. Página 51.

colombiana al modelo de Estado regulatorio” de los académicos Manuel Alberto Restrepo Medina y Carlos Mauricio López Cárdenas, que estudia 23 instituciones en total, las cuales ostentan el carácter de autoridades regulatorias, o que por lo menos así deberían configurarse en la práctica. El estudio data del año 2012.

Los autores del libro identificaron 23 instituciones, después de un proceso de análisis de la estructura actual de la administración pública por cuenta de las últimas reformas legales de la cual ha sido objeto:

Unidad de Proyección Normativa y Estudios de Regulación Financiera
 Superintendencia Financiera de Colombia
 Superintendencia de Economía Solidaria
 Superintendencia de Notariado y Registro
 Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada
 Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca
 Superintendencia Nacional de Salud
 Comisión de Regulación de Salud⁴⁴²
 Superintendencia de Subsidio Familiar
 Comisión de Regulación de Energía y Gas
 Superintendencia de Industria y Comercio
 Superintendencia de Sociedades
 Junta Central de Contadores
 Instituto colombiano para la Evaluación de la Educación
 Parques Nacionales Naturales de Colombia
 Autoridad Nacional de Licencias Ambientales
 Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico
 Comisión de Regulación de Comunicaciones
 Autoridad Nacional de Televisión
 Agencia Nacional de Espectro
 Superintendencia de Puertos y Transportes
 Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios
 Agencia Nacional de Contratación Pública.

Al respecto, los autores elaboraron la siguiente matriz que pretendía recoger las características que se han identificado como propias de las entidades regulatorias:

Tabla 1. Preguntas de la matriz de adecuación estructural

Adecuación estructural al modelo de Estado regulatorio	
Pr eg un	1.¿La ley establece que para la designación de las autoridades de la entidad se debe tener en cuenta su competencia profesional en el sector?

⁴⁴² No se muestran las conclusiones de esta entidad porque “fue liquidada por el Gobierno nacional mediante el Decreto 2560 de diciembre de 2012”. Restrepo Medina, M. A., & López Cárdenas, C. M. *Adecuación de la administración pública colombiana al modelo de Estado regulatorio*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2015. Página 206.

	2.¿La ley ha establecido un régimen de inhabilidades e incompatibilidades para el ejercicio de los cargos de dirección?
	3.¿La estructura directiva del órgano regulador es colegiada?
	4.¿La ley habilita a la entidad para autoorganizarse administrativa y funcionalmente?
	5.¿Los directivos de la entidad tienen garantía de estabilidad en sus cargos por un tiempo determinado?
	6.¿La ley establece de manera expresa las causales para el cese anticipado en el cargo de los directivos?
	7.¿La ley impone límites a la Administración central para impartir directrices u órdenes al órgano regulador?
	8.¿La ley atribuye a la entidad reguladora competencias normativas para dictar actos generales con el objeto de establecer el ordenamiento técnico sectorial?
	9.¿La ley establece el agotamiento de la actuación administrativa en el propio órgano regulador sin sujeción a revisión jerárquica?
	10.¿La ley le confiere competencia a la entidad para generar, recaudar y administrar sus propios recursos?

Fuente: Restrepo Medina, M. A., & López Cárdenas, C. M. *Adecuación de la administración pública colombiana al modelo de Estado regulatorio*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2015. Página 27.

Después de llevar a cabo la aplicación de las preguntas de la matriz a cada una de estas entidades regulatorias, se concluyó que la particularidad que más reincide es “el agotamiento de la actuación administrativa en el propio órgano regulador, sin sujeción a revisión jerárquica⁴⁴³”. En contraposición, la que menos se cumple es “el establecimiento expreso de causales para el cese anticipado en el cargo de los directivos⁴⁴⁴”. La entidad que satisface en mayor medida las exigencias de la noción de ente regulador es la **Autoridad Nacional de Televisión**, mientras que las que menos son la Unidad de Proyección Normativa y la Superintendencia de Subsidio Familiar⁴⁴⁵.

Las conclusiones se derivaron de la siguiente tabla:

Tabla 2. Consolidación de resultados de la matriz de adecuación de la matriz estructural⁴⁴⁶

Entidad	Pregunta									
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
Unidad de Proyección Normativa y Estudios de Regulación Financiera	No	No	Si	No	No	No	No	No	No	No
Superintendencia Financiera de Colombia	Si	No	No	No	Si	No	No	Si	Si	Si
Superintendencia de Economía Solidaria	No	No	No	No	No	No	No	No	Si	Si

⁴⁴³ Íbid. Página 212.

⁴⁴⁴ Íbid.

⁴⁴⁵ Íbid.

⁴⁴⁶ Íbid. Página 205.

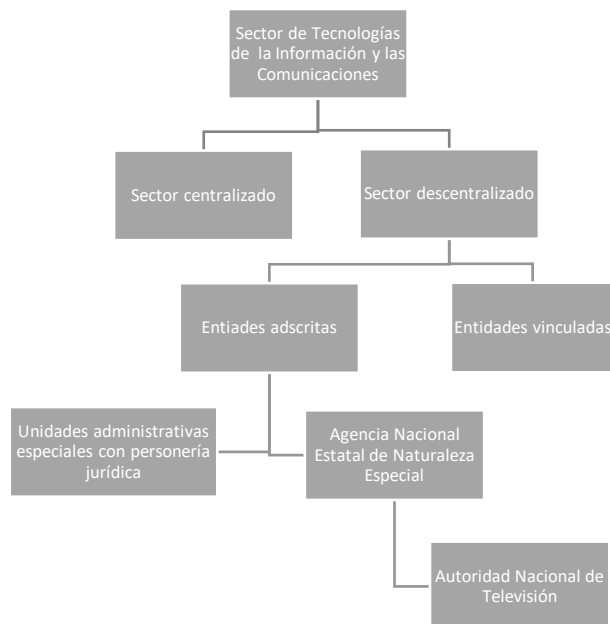
Superintendencia de Notariado y Registro	No	No	Si	No	No	No	No	No	Si	Si
Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada	No	No	No	No	No	No	No	No	Si	Si
Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca	No	No	Si	No	No	No	No	Si	Si	No
Superintendencia Nacional de Salud	No	No	No	No	No	No	No	No	Si	Si
Comisión de Regulación de Salud	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Superintendencia de Subsidio Familiar	No	No	No	No	No	No	No	No	Si	No
Comisión de Regulación de Energía y Gas	Si	Si	Si	No	Si	No	No	Si	Si	Si
Superintendencia de Industria y Comercio	Si	No	No	No	Si	No	No	No	Si	Si
Superintendencia de Sociedades	Si	No	No	No	Si	No	No	No	Si	Si
Junta Central de Contadores	Si	No	No	No	No	No	No	No	Si	No
Instituto colombiano para la Evaluación de la Educación	Si	Si	Si	No	Si	No	No	No	Si	No
Parques Nacionales Naturales de Colombia	No	No	No	No	No	No	No	No	Si	Si
Autoridad Nacional de Licencias Ambientales	Si	No	No	No	No	No	No	No	Si	Si
Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico	No	Si	Si	No	Si	No	No	Si	Si	Si
Comisión de Regulación de Comunicaciones	No	Si	Si	No	Si	No	No	Si	Si	Si
Autoridad Nacional de Televisión	Si	Si	Si	Si	Si	No	Si	Si	Si	Si
Agencia Nacional de Espectro	No	No	Si	No	No	No	No	No	Si	No
Superintendencia de Puertos y Transportes	No	No	No	No	No	No	No	No	Si	No
Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios	No	Si	No	No	No	No	No	No	Si	No
Agencia Nacional de Contratación Pública	No	No	Si	No	No	No	No	No	No	No

Fuente: Restrepo Medina, M. A., & López Cárdenas, C. M. *Adecuación de la administración pública colombiana al modelo de Estado regulatorio*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2015. Página 205 y 206.

Por lo tanto, los autores observaron que dado que en promedio las entidades cumplen con el 33.17%⁴⁴⁷ de las singularidades propias de los entes regulatorios, Colombia está lejos de ser un ejemplo de Estado regulador. Por consiguiente, se referencia a la autoridad que cumple con 9 de las 10 preguntas de referencia para definirla como una AAI, a saber, la Autoridad Nacional de Televisión -ANTV-:

Entidad	Pregunta									
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
Autoridad Nacional de Televisión	Si	Si	Si	Si	Si	No	Si	Si	Si	Si

En el siguiente cuadro, se observa su posición dentro del organigrama jurídico:



Fuente: Restrepo Medina, M. A., & López Cardenas, C. M. *Adecuación de la administración pública colombiana al modelo de Estado regulador*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2015. Página 170.

Dentro de lo relativo a la Autoridad Nacional de Televisión, es importante resaltar que, a pesar de contener nueve de diez características propias de una autoridad regulatoria, los autores exponen que la regulación del sector público de televisión actualmente se divide⁴⁴⁸ entre la ANTV, la Comisión de Regulación de Comunicaciones, la Agencia Nacional del Espectro y la Superintendencia de Industria y Comercio, luego de ser suprimida la Comisión Nacional de Televisión (CNTV), tema al que se hará referencia más adelante en este mismo subacápite.

No obstante, y a pesar de que la ANTV fue la entidad regulatoria más cercana a los estándares internacionales para ser catalogada como una AAI, por medio de la Ley 1978 de 2019, se consolidaría la creación de un único ente regulador (Comisión de Regulación de

⁴⁴⁷ Íbid. Página 215.

⁴⁴⁸ Ley 1507 de 2012.

Comunicaciones), lo cual supuso la supresión de la ANTV, según lo expuesto en el artículo 39, el cual reza:

(...) se suprime y se liquida la Autoridad Nacional de Televisión de que trata la Ley 1507 de 2012, en consecuencia esta entrará en liquidación (...), todas las funciones de regulación y de inspección; vigilancia y control en materia de contenidos que la Ley asignaba a la ANTV, serán ejercidas por la Comisión de Regulación de Comunicaciones y las demás funciones de inspección, vigilancia y control que la ley asignaba a la ANTV serán ejercidas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (...).

Por su parte, el contexto en el que se van desarrollando las autoridades reguladoras en Colombia presentaba la problemática de cómo lograr una regulación eficiente, cuyos costos no fueran superiores a sus beneficios y/o que los riesgos a enfrentar fueran medianamente predecibles, entre otras cuestiones⁴⁴⁹. El documento “**Visión Colombia. Segundo Centenario**”, trajo consigo propuestas de estructuración característica de dichos entes. En concordancia, Colombia se vio inmerso en un tránsito de paradigma de un Estado intervencionista a uno regulador en 2003 con base en el Programa de Renovación de la Administración Pública -PRAP-⁴⁵⁰.

Conectado a lo anterior se entiende que las autoridades reguladoras en Colombia no se configuran plenamente como el ideal de lo que debería ser un ente administrativo independiente, sino que más bien se estructuran como un híbrido aún en formación. Si bien algunas de estas instituciones cuentan con características propias de una AAI, tienen el problema de depender directamente del ejecutivo en cuanto a la toma de decisiones y formulación de políticas públicas propias de una entidad de regulación. Al respecto, Restrepo y López afirman que estos entes que pretendían ser autoridades administrativas reguladoras y por sustracción de materia, independientes, no ostentan las características propias de un ente regulatorio autónomo:

(...) lo cual refleja que el proceso de adecuación de la estructura administrativa del Estado colombiano al modelo regulatorio dista bastante de lo que tal adopción requiere para operar apropiadamente y que el camino institucional por recorrer para alcanzar dicho objetivo aún exige afinamientos significativos tendentes a garantizar la independencia y profesionalidad de sus órganos regulatorios⁴⁵¹ (Subrayas fuera del texto).

Por otro lado, dentro de la bibliografía que aborda el tema de las AAI en Colombia, resalta igualmente la importancia del trabajo doctoral realizado por el profesor Sánchez Hernández, en el que, realizando un estudio profundo comparativo entre los casos de España y Colombia, desarrolla un análisis sobre la construcción de estas institucionalidades como elementos configuradores de una evolución de la arquitectura orgánica. A partir de una revisión

⁴⁴⁹ Restrepo Medina, M. A., & López Cárdenas, C. M. *Adecuación de la administración pública colombiana al modelo de Estado regulatorio*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2015. Página 15.

⁴⁵⁰ *Ibid.* Página 11.

⁴⁵¹ *Ibid.* Página 216.

histórica del constitucionalismo colombiano, procede a mencionar el progresivo avance de las reformas en torno a la aparición de nuevos órganos de control y de organizaciones adscritas a la administración pública. De allí, hace una distinción sobre los elementos constitutivos de las AAI, de las cuales centra un estudio jurisprudencial y constitucional⁴⁵² que deriva en una distinción de estas instituciones por sus competencias y forma de creación (legal o constitucional), las cuales determinan su naturaleza y su autonomía como entes reguladores.

En ese orden de ideas, hace referencia al Banco de la República, el cual para Sánchez Hernández es una verdadera autoridad independiente en Colombia⁴⁵³, por configurarse como una entidad emancipada de la influencia del gobierno central en la toma de sus decisiones, por cuenta de la reforma que se surtió en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 que modificó el modelo de banca central⁴⁵⁴.

En los artículos 371 a 373 de la Constitución Política se encuentra establecido lo relativo a la autoridad bancaria del país, la cual está organizada como una persona jurídica de derecho público, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeta a un régimen legal propio. Dentro de sus funciones básicas se establecen:

1. *Regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito.*
2. *Emitir la moneda legal.*
3. *Administrar las reservas internacionales.*
4. *Ser prestamista de última instancia y banquero de los establecimientos de crédito.*
5. *Servir como agente fiscal del gobierno.*

Todas ellas se ejercerán en coordinación con la política económica general.

A su vez, lo dirige una Junta Directiva constituida por siete miembros: el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Gerente del Banco, cuyo periodo fijo es de cuatro años (prorrogable por dos veces más), el cual es elegido por los seis miembros restantes que designa el Presidente de la República. De los últimos cinco (cuya permanencia puede ser hasta de 8 años), dos de ellos son sustituidos cada cuatro años, en la mitad de cada periodo presidencial⁴⁵⁵. Esta forma de composición, “ha logrado evitar que el mandatario de turno se haga con la mayoría decisoria en el máximo órgano de dirección del Banco⁴⁵⁶”.

Por su lado, las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR) pueden considerarse como entidades con un nivel de independencia alto. No obstante, tal consideración requirió de un

⁴⁵² Sin embargo, se observa que no realiza un estudio doctrinal.

⁴⁵³ Frente al mismo, Restrepo y Cárdenas no realizan ninguna referenciación.

⁴⁵⁴ Sánchez Hernández, H. A. *La noción de autoridad administrativa independiente en España y en Colombia*. Tesis de Doctorado. Madrid: Repositorio Universidad Carlos III de Madrid. 2015. Página 177.

⁴⁵⁵ Junta Directiva del Banco de la República. Consultado el 31 de diciembre de 2018 en: http://enciclopedia.banrepcultural.org/index.php/Junta_Directiva_del_Banco_de_la_Rep%C3%BAblica

⁴⁵⁶ Sánchez Hernández, H. A. *La noción de autoridad administrativa independiente en España y en Colombia*. Tesis de Doctorado. Madrid: Repositorio Universidad Carlos III de Madrid. 2015. Página 178.

posterior desarrollo jurisprudencial⁴⁵⁷, pues dentro de la expedición de la Constitución Política colombiana⁴⁵⁸ en su artículo 150, numeral 7, si bien se determinó que correspondería al Congreso de la República reglamentar la creación y funcionamiento de las CAR dentro de un régimen de autonomía, este no se apropió de la tarea de determinación de las mismas⁴⁵⁹.

Dentro de las funciones⁴⁶⁰ de las CAR, Sánchez Hernández resalta, adicional a las de tipo administrativo, aquellas de corte sancionatorio y normativo. Las de tipo sancionatorio o cuasi judiciales se enuncian en el numeral 17 del artículo 31 de la ley 99 de 1993 y se refieren a la imposición y ejecución de las medidas de policía y las sanciones previstas en la ley, en caso de vulneración de las normas de protección ambiental y el empleo de recursos naturales renovables, frente a lo cual pueden exigir la reparación de los daños causados. A su vez, las de tipo normativo o cuasi legislativas se consagran en el numeral 18 del mismo artículo y buscan la ordenación y establecimiento de las normas y directrices para el uso de cuencas hidrográficas ubicadas dentro de su jurisdicción, en consonancia con los mandatos superiores y las políticas nacionales.

Es así como a partir de consideraciones jurisprudenciales, es viable afirmar que las CAR se configuran como:

(...) entidades jurídicas públicas del orden nacional, con personería jurídica, dotadas de una especial autonomía administrativa, financiera y un avanzado grado de independencia (...), que hacen parte de la administración nacional y, a su vez, debido a su naturaleza sui generis, no se encuentran ubicadas en el sector central, ni descentralizado, puesto que son órganos que escapan a la tripartición clásica de poderes⁴⁶¹.

Respecto del escenario previo a lo establecido en la Ley 1712 de 2014, Sánchez Hernández consideró que la Autoridad Nacional de Televisión, la cual fue referenciada anteriormente, es “un retroceso de la institucionalidad colombiana que avanzaba con pequeños hitos hacía una regulación independiente, en este caso en el tema televisivo⁴⁶²”, porque ahora la fuerza política del Presidente influye dentro de su configuración, en la medida en que un representante designado por él y el Ministro de las TIC hacen parte de ella. A su vez, se atenuó lo consignado en el artículo 113⁴⁶³ de la Constitución Política, en la medida en que

⁴⁵⁷ Sánchez Hernández referencia, entre otras, las sentencias C-423 de 1994, C-593 de 1995, C-262 de 1995, C-275 de 1998, C-578 de 1999 de la Corte Constitucional.

⁴⁵⁸ También se tiene como referencia de las CAR en la CP, el artículo 113.

⁴⁵⁹ Sánchez Hernández, H. A. *La noción de autoridad administrativa independiente en España y en Colombia*. Tesis de Doctorado. Madrid: Repositorio Universidad Carlos III de Madrid. 2015. Página 180.

⁴⁶⁰ Las cuales se pueden consultar in integro en el artículo 31 de la ley 99 de 1993 *Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones*.

⁴⁶¹ Sánchez Hernández, H. A. *La noción de autoridad administrativa independiente en España y en Colombia*. Tesis de Doctorado. Madrid: Repositorio Universidad Carlos III de Madrid. 2015. Página 183.

⁴⁶² *Ibid.* Página 191.

⁴⁶³ *ARTICULO 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás*

no se reforzó la creación de un ente que no debe ser parte de las tres ramas clásicas del poder público del Estado liberal. Tampoco cuenta con todas las funciones de la CNTV⁴⁶⁴, pues fueron trasladadas al resto de entidades que intervienen en la regulación del servicio público de televisión, por lo que perdió algunas prerrogativas propias de la CNTV.

Asimismo, parece que se hubiese relegado a la ANTV al papel de “interlocutor” de la protección de los intereses de los televidentes en el marco de la opinión pública de acuerdo con el objeto de la ley que la crea⁴⁶⁵. Sin embargo, con las nuevas condiciones estipuladas dentro de la Ley 1978 de 2019, la reasignación de funciones a la Comisión de Regulación de las Comunicaciones (CRC), así como del retorno de competencias de inspección y vigilancia a Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, supone un avance en el proceso de unificación de funciones y competencias dentro de una entidad regulatoria específica. No obstante, la redistribución de labores al ente ministerial supone una recentralización de las funciones de vigilancia y control, lo cual supone, paradójicamente, un retroceso administrativo.

Para entender lo afirmado, es necesario referirse a la supresión de la Comisión Nacional de Televisión, la cual para Sánchez constituía una “auténtica AAI”. Lo anterior, porque desde la expedición de la Carta Fundamental de 1991 en sus artículos 76 y 77 (derogado y modificado respectivamente) y con la expedición de la ley 182 de 1995 la CNTV se estableció como “una persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica y con la **independencia** funcional necesaria para el cumplimiento de las atribuciones que le asignan la Constitución, la ley y sus estatutos⁴⁶⁶”, con el objetivo de regular el servicio público de televisión y lo relativo al espectro electromagnético⁴⁶⁷ (Subrayado fuera del texto original). Asimismo, contaba con funciones cuasi judiciales y cuasi legislativas y su órgano superior estaba diseñado en forma de Junta Directiva con cinco miembros a la cabeza que representaban distintos sectores de la sociedad⁴⁶⁸.

Por diversas razones como el costo que representaba para el Estado o su presunta ineficiencia, la CNTV fue suprimida⁴⁶⁹ y en su lugar se creó la ANTV mediante la Ley 1507 de 2012 *Por la cual se establece la distribución de competencias entre las entidades del Estado en materia de televisión y se dictan otras disposiciones*. De esta forma, se configura como *una agencia nacional estatal de naturaleza especial, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial, presupuestal y técnica, la cual formará parte del sector de las Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones*⁴⁷⁰. Se elimina la palabra independiente de su naturaleza. Igualmente, su organigrama tiene a la cabeza a la

funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

⁴⁶⁴ Sánchez Hernández, H. A. *La noción de autoridad administrativa independiente en España y en Colombia*. Tesis de Doctorado. Madrid: Repositorio Universidad Carlos III de Madrid. 2015. Páginas 190-191.

⁴⁶⁵ *Ibid.* Página 190.

⁴⁶⁶ Artículo 3 de la ley 182 de 1995.

⁴⁶⁷ Sánchez Hernández, H. A. *La noción de autoridad administrativa independiente en España y en Colombia*. Tesis de Doctorado. Madrid: Repositorio Universidad Carlos III de Madrid. 2015. Página 184.

⁴⁶⁸ *Ibid.* Página 187. Se hace referencia al artículo 6 de la Ley 182 de 1995, modificado por el art. 1 de la Ley 335 de 1996.

⁴⁶⁹ Mediante Acto Legislativo No. 002 de 2011.

⁴⁷⁰ Artículo 2 de la ley 1507 de 2012.

Junta Nacional de Televisión con cinco miembros sin opción de reelección, con extensiones de periodo que varían de un miembro a otro, los cuales se componen del Ministro de las TIC, un representante elegido por el Presidente, uno de los gobernadores del país, uno de las universidades públicas y privadas y el último como vocera de la sociedad civil⁴⁷¹. Aún mantiene las facultades de sanción para los prestadores que no protejan los derechos de la familia y los niños, así como la competencia de adjudicación de concesiones y licencias de servicio y espacios televisivos⁴⁷².

En definitiva, en Colombia se materializa en el artículo 113 de la CP la concepción de Estado policéntrico que ha permitido la creación y desarrollo de algunas autoridades reguladoras en el ámbito nacional. Por lo tanto, para Sánchez Hernández las AAI en Colombia están presentes y cuentan con características tanto comunes con otros sistemas, como propias. Dentro de estas últimas, se encuentra la relativa a la consagración constitucional de algunas AAI nacionales que, junto a su carácter colegiado de periodo fijo, facilita un ejercicio independiente, alejado de la realidad política del país, con la dificultad, pero no garantía, que una reforma constitucional involucra para su eliminación. Asimismo, en relación con sus funciones, el Banco de la República, por ejemplo, cuenta con la potestad de regular o dirigir el sector en el que se desenvuelve, es decir, la banca central. Por otro lado, la ANTV ostenta facultades sancionatorias, propias de una AAI; facultades que se preservaron y profundizaron dentro de las competencias de la Comisión de Regulación de las Comunicaciones (CRC) dentro de lo establecido en el artículo 22 de la Ley 1712 de 2014. Sin embargo, “también, es cierto que las AAI colombianas, con contadas excepciones no han podido sortear los problemas de la captura, bien sea del sector social o económico o bien del gobierno⁴⁷³”.

No obstante, como ya se mencionó, Restrepo y Cárdenas consideran que actualmente el modelo de Estado regulador que impera en Colombia, en el cual se desarrollan sus entidades, no representa el ideal de configuración de un esquema en el que se den manifestaciones propias de un modelo institucional de regulación, más aún cuando las autoridades que se pretenden regulatorias, no se configuran como tales. En ese orden de ideas, no resulta necesariamente acertado afirmar que los órganos que han sido referenciados se constituyan como autoridades regulatorias, aun cuando su creación sea de carácter constitucional y autónoma y/o se encuentren por fuera de la rama ejecutiva de los poderes públicos. Lo anterior, puesto que tales cualidades no las convierte de forma automática en autoridades administrativas independientes, teniendo en cuenta que adolecen de múltiples características propias de las AAI (especialmente las CAR y el Banco de la República).

Por lo tanto, fue importante llevar a cabo la comparación entre los elementos que, por un lado consideran Restrepo y Cárdenas para analizar a las autoridades como AAI, y por el otro, a los que utiliza Sánchez Hernández. Lo anterior, para encontrar puntos de confluencia o divergencias entre los dos estudios y determinar lo expuesto en el párrafo anterior.

⁴⁷¹ Artículo 4 de la ley 1507 de 2012.

⁴⁷² Sánchez Hernández, H. A. *La noción de autoridad administrativa independiente en España y en Colombia*. Tesis de Doctorado. Madrid: Repositorio Universidad Carlos III de Madrid. 2015. Página 190.

⁴⁷³ *Ibid.* Página 193.

Otro autor que suma aportes en la bibliografía del tema es Carlos Mauricio Botero Rico (2016)⁴⁷⁴, el cual procede a revisar el sistema de regulación implementado en Colombia, específicamente en el sector de las telecomunicaciones. Si bien el autor realiza una distinción sustancial entre las funciones de regulación, control y vigilancia, este ejercicio de revisión depende directamente de un análisis legal y constitucional dentro de la jurisprudencia colombiana. A partir de lo anterior, realiza distinciones de funcionalidad y naturaleza entre las Comisiones de Regulación –y Agencias Nacionales-, las Autoridades Nacionales y las Superintendencias. De allí, el autor procede a revisar la legislación vigente y los órdenes estructurales de cada una de las instituciones citadas en su trabajo. Sin embargo, no conceptualiza sobre las autoridades regulatorias como tal.

Por último, es necesario concluir sobre la particularidad del estudio de las AAI en Colombia. A pesar del tardío ejercicio de conceptualización sobre esta evolución de la arquitectura del Estado, es recurrente resaltar que estos avances conceptuales no han abordado un matiz teórico y doctrinal, sino que se han enfocado en una revisión especialmente legislativa y constitucional. Por ende, el abordaje teórico para la definición y la comprensión de las AAI como una institución bajo la óptica académica y doctrinal, es todavía preliminar y superficial. Incluso, la noción de AAI aparece en trabajos⁴⁷⁵ que buscan desentrañar la naturaleza jurídica de otro tipo de entes, como por ejemplo las denominadas Agencias estatales de naturaleza especial, sin concluir de manera concreta si constituyen o no autoridades independientes, a pesar de revestir algunas de sus características.

A partir de todo lo expuesto, se pasará ahora a analizar las sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, con el objetivo de comprobar la hipótesis planteada en el presente trabajo. Al respecto, vale la pena recordar la pregunta de investigación: ¿Qué tanto se ha utilizado el *soft law* en la argumentación y justificación de las sentencias del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional en materia de autoridades regulatorias a partir de 2003?

⁴⁷⁴ Botero Rico, C.M. *Análisis del sector público de las telecomunicaciones en Colombia*. Bogotá: Sello editorial, Universidad de Medellín. 2016.

⁴⁷⁵ Garrido, M.C. *Las agencias estatales de naturaleza especial en Colombia*. Revista digital de Derecho administrativo. Universidad Externado de Colombia. 2016.

CAPÍTULO IV: PROVIDENCIAS JUDICIALES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y DEL CONSEJO DE ESTADO COMO EVIDENCIA DE LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA FALLAR EN DERECHO EN MATERIA DE AUTORIDADES REGULATORIAS A PARTIR DEL AÑO 2003

Partiendo de la idea base de que Colombia se enmarca en un modelo de Estado regulador, en el ámbito nacional, la sentencia C-150 de 2003, esgrime un acercamiento a partir de las instituciones que la ejercen:

“El primer rasgo común estriba en que la función estatal de regulación es ejercida por una autoridad específicamente creada y concebida para fijar y ajustar de manera continua las reglas de juego a las cuales debe sujetarse una actividad determinada dentro de un sector socio-económico. Segundo, la autoridad reguladora dispone de instrumentos de regulación peculiares para el cumplimiento de su misión específica los cuales pueden ser de la más diversa naturaleza según el problema que esta deba abordar. Tercero, la función de regulación es usualmente confiada a órganos con un mayor grado de independencia que el que tienen las entidades administrativas preexistentes en el respectivo país sometido a controles jerárquicos o de tutela...”.

En ese orden de ideas, se llevó a cabo la recopilación de evidencia empírica con base en criterios de búsqueda en las relatorías del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional a partir del año 2003, momento en que el Estado colombiano empieza su transformación a un modelo de Estado regulador. Las palabras a las que se les dio alcance en la base de datos del Consejo de Estado del primero de enero de 2003 al 1 de junio de 2019 se resaltan en el siguiente cuadro. No obstante, se realiza una búsqueda cruzada entre instrumentos de *soft law* administrativo colombiano y las AAI's para delimitar el objeto de la búsqueda y obtener resultados más precisos y certeros de cara a comprobar la hipótesis planteada.

De esta forma, se efectúa un cruce conforme al listado identificado en el capítulo II (instrumentos de *soft law* administrativo colombiano) y la lista de autoridades regulatorias analizadas en el capítulo III para un total de trescientas ochenta y cuatro (384) posibles coincidencias por Corporación Judicial, producto de la multiplicación de 24⁴⁷⁶ comandos en una fila (AAI's) y 16 comandos en la otra (*soft law*). Es decir, de la suma de resultados de ambas Corporaciones Judiciales pueden filtrar setecientos sesenta y ocho (768) coincidencias, dentro de las cuales en algunas ocasiones se obtenían más de cincuenta (50) resultados. Por lo tanto, de manera posterior a la identificación e individualización de las providencias encontradas, se procede a sistematizar de forma coherente y de fácil acceso para el lector, conforme a lo cual se fueron enumerando los instrumentos de *soft law* de los que se ocupa la jurisprudencia administrativa y se expusieron los casos analizadas por las distintas entidades.

Los resultados favorables están subrayados y analizados posteriormente. Hay resultados repetidos. Las providencias que no tienen su naturaleza especificada entre paréntesis

⁴⁷⁶ Se excluye de la búsqueda a la extinta Comisión de Regulación de Salud.

corresponden a sentencias. A su vez, es importante indicar que se llevó a cabo la búsqueda bajo el criterio de las palabras claves de la tesis, tales como: “*soft law*” (6), “derecho blando” (7), “autoridad regulatoria” (4), “autoridad administrativa independiente” (6) y “órgano autónomo” (15), no encontrando resultados concordantes.

Respecto de los resultados de la Corte Constitucional, se deben hacer algunos comentarios. En promedio, esta búsqueda arrojó considerablemente muchos más resultados que en la relatoría del Consejo de Estado, motivo por el cual no se llevó a cabo una búsqueda de palabra individual, para optimizar el criterio de referencias.

Bajo la combinación de “Directiva”, se aplicó también la restricción “AND NOT” “Junta Directiva”, que permitía la página de la relatoría. Lo anterior, para evitar la revisión de múltiples resultados sin objetivo, puesto que lo que se observó en la búsqueda de las primeras entidades fue que no había coincidencia alguna porque las palabras –“entidad” y “Junta Directiva”, se encontraban absolutamente descontadas en las sentencias. Más aún cuando las AAI no cuentan con una Junta Directiva.

Salvo en la entidad “Banco de la República”, búsqueda que tuvo un tratamiento diferenciado, puesto que, si bien en principio todas las AAI deberían contar con plena autonomía, el Banco de la República⁴⁷⁷ es una institución que no se encuentra por debajo del nivel Ministerial⁴⁷⁸, por lo que la investigación resultaría infructuosa. Es así como los comandos utilizados en esta conjugación fueron “Banco de la República” AND “Directiva Presidencial⁴⁷⁹”. Pero lo más relevantes es que tampoco resultaba, toda vez que precisamente el objeto de la tesis redundaba en encontrar resultados de las funciones de las instituciones, funciones que ejercería la Junta Directiva en este caso.

Cuando la búsqueda arrojaba más de treinta (30) resultados, no se referenciaban en el cuadro sino únicamente las combinaciones concordantes con el fin de preservar el espacio.

A continuación, se presenta la lista de los instrumentos de *soft law* administrativo analizados a lo largo de este trabajo. No obstante, se llevó a cabo una reorganización en virtud del

⁴⁷⁷ O la ANTV, que en todo caso se revisó de forma general. Parágrafo 2 del artículo 2 de la Ley 1507 de 2012. *La ANTV no estará sujeta a control jerárquico o de tutela alguno y sus actos solo son susceptibles de control ante la jurisdicción competente.* Para ampliar ver Exp: D-9477. C-580/13. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴⁷⁸ En este sentido, el Banco de la República constituye un ejemplo claro de la necesidad, en virtud de la función, de un órgano con autonomía técnica, tal como se discutió en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente: *“Dicha naturaleza del Banco y, por ende, la razón de su normatividad, se justifican porque se trata de una institución que debe tener en cuenta, ante todo, el carácter eminentemente técnico y por lo demás complejo de los problemas monetarios y bancarios que debe manejar ... // La autonomía técnica se refiere a su capacidad para autodeterminar las decisiones que deben adoptar en el ejercicio de sus atribuciones en materias que tienen por objeto cautelar la estabilidad de la moneda y el normal desenvolvimiento de los pagos internos y externos, que exigen por lo tanto que los actos y medidas mediante los cuales se desarrollen, se dicten preservando la estructura básica y la estabilidad del Banco ... // La autonomía técnica permitirá establecer una división de funciones públicas a cargo del Estado, sin perjuicio de que por la formulación de las políticas surja una estrecha relación con el Gobierno.”* Gaceta Constitucional No. 73, del 14 de mayo de 1991. Sentencia C-017/18. Exp: RDL-009. M.P.: Diana Fajardo Rivera.

⁴⁷⁹ Aunado a que la mezcla “Banco de la República” AND “Directiva” arrojó 409 productos que bajo la sana crítica y la lógica no era útil su revisión. De hecho se encontraron muchos resultados que contenían “mesa directiva” sin conexión alguna.

número de resultados que se iban obteniendo y el orden de la lista que guardó la tesis. En ese sentido, aquellos instrumentos de *soft law* que no arrojaban resultados combinados dentro de la relatoría del Consejo de Estado⁴⁸⁰, fueron objeto de búsqueda individual encontrando coincidencias en algunos de ellos para ampliar el objeto de la búsqueda. Estos fueron: guía ambiental, responsabilidad social empresarial, norma técnica, reglamento técnico, permiso negociable de emisión, cupo negociable de emisión, acuerdo informal, derecho y técnica y memorando de entendimiento. La única AAI que no emitió resultados combinados fue la Unidad de Proyección Normativa y Estudios de Regulación Financiera.

Instrumento de soft law administrativo – Capítulo II

1. “Guía ambiental”
2. “Permiso negociable de emisión”
3. “Cupo negociable de emisión”
4. “Acuerdo informal”
5. “Información al Público”
6. “Responsabilidad social empresarial”
7. “Remisión del derecho a la técnica”
8. “Norma técnica”
9. “Reglamento técnico”
10. “Estudio técnico”
11. “Circular”
12. “Instrucción”
13. “Directiva”
14. “Protocolo”
15. “CONPES”
16. “Memorando de entendimiento”

Autoridad regulatoria – Capítulo III

1. “Unidad de Proyección Normativa y Estudios de Regulación Financiera”
2. “Superintendencia Financiera de Colombia”
3. “Superintendencia de Economía Solidaria”
4. “Superintendencia de Notariado y Registro”
5. “Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada”
6. “Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca”
7. “Superintendencia Nacional de Salud”
8. “Superintendencia de Subsidio Familiar”
9. “Comisión de Regulación de Energía y Gas”
10. “Superintendencia de Industria y Comercio”
11. “Superintendencia de Sociedades”
12. “Junta Central de Contadores”

⁴⁸⁰ No se lleva a cabo esta revisión individual en la relatoría de la Corte Constitucional por la infructuosidad en la búsqueda individual por cuenta del elevado número de resultados. Por ejemplo, la búsqueda individual del comando “estudio técnico” o “Unidad de proyección normativa y estudios de regulación financiera” arroja más de veinte mil (20.000) resultados.

13. “Instituto colombiano para la Evaluación de la Educación”
14. “Parques Nacionales Naturales de Colombia”
15. “Autoridad Nacional de Licencias Ambientales”
16. “Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico”
17. “Comisión de Regulación de Comunicaciones”
18. “Autoridad Nacional del Espectro”
19. “Superintendencia de Puertos y Transportes”
20. “Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios”
21. “Agencia Nacional de Contratación Pública”
22. “Banco de la República”
23. “Corporación Autónoma Regional”

A continuación, se presentan los siguientes resultados dentro de las pesquisas realizadas a la relatoría del Consejo de Estado así como de las búsquedas y cruces realizados dentro de la relatoría de la Corte Constitucional de Colombia. Para ello, se abordará dicha exposición por cada instrumento, con miras a evidenciar los diversos resultados definidos dentro de la presente investigación.

4.1. Circular

Desde el abordaje de los resultados de la búsqueda del término "circular" como referente de *soft law*, se procederá a realizar el análisis de resultados en dos segmentos: resultados identificados en el Consejo de Estado y los que fueron hallados en la Corte Constitucional de Colombia. A continuación, se presentan los resultados del Consejo de Estado:

Consejo de Estado – Resultado por Cruce de palabras (autoridad regulatoria + instrumento de soft law)			
“Cruce de palabras”	Res⁴⁸¹	Con⁴⁸²	Referencias analizadas
“Superintendencia Financiera de Colombia” y “Circular”	1	1	<u>11001-03-24-000-2012-00358-00 (auto)</u>
“Superintendencia de Notariado y Registro” y “Circular”	2	2	<u>11001-03-24-000-2004-00253-01</u> <u>11001-03-24-000-2004-00253-01</u>
“Superintendencia Nacional de Salud” y “Circular”	9	4	<u>11001-03-24-000-2016-00598-00 (auto)</u> <u>11001-03-24-000-2016-00390-00 (auto)</u> <u>11001-03-24-000-2013-00257-00</u> 11001-03-26-000-2010-00090-00 25000-23-26-000-2003-00327-01 11001-03-27-000-2011-00015-00 11001-03-25-000-2005-00365-00 11001-03-25-000-2005-00285-00 <u>11001-03-24-000-2001-00244-01</u> <u>11001-03-24-000-2005-00301-00⁴⁸³</u>

⁴⁸¹ Resultados arrojados. Si una vez realizada la búsqueda combinada no se obtenían resultados, se procedía a buscar solamente la entidad.

⁴⁸² Concordancias.

⁴⁸³ La referencia surge de la búsqueda individual que se realizó sobre esta entidad de forma aleatoria.

“Superintendencia de Subsidio Familiar” y “Circular”	1 (2)	1 (2)	<u>11001-03-24-000-2005-00366-00</u> <u>11001-03-24-000-2005-00231-01</u> ⁴⁸⁴
“Comisión de Regulación de Energía y Gas” y “Circular”	1	1	<u>11001-03-26-000-2015-00021-00</u>
“Superintendencia de Industria y Comercio” y “Circular”	5	3	11001-03-24-000-2012-00061-00 11001-03-24-000-2012-00364-00 (auto) <u>11001-03-24-000-2005-00366-00</u> <u>11001-03-24-000-2002-00178-01</u> <u>11001-03-24-000-2001-00154-01</u>
“Junta Central de Contadores” y “Circular”	2	2	<u>85001-23-31-000-2005-00640-01</u> <u>11001-03-24-000-2002-00153-01</u> (auto)
“Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios” y “Circular”	1	0	11001-03-24-000-2007-00258-00
“Banco de la República” ⁴⁸⁵ y “Circular”	3	1	<u>13001-23-31-000-2010-00784-01</u> 11001-03-27-000-2012-00044-00 ⁴⁸⁶ (auto) 11001-03-27-000-2012-00044-00 ⁴⁸⁷ (auto)

Superintendencia Financiera de Colombia

En auto de 13 de noviembre de 2015⁴⁸⁸, el Consejo de Estado no accedió a la solicitud de suspensión provisional de la Circular PSAC12-24 de 2012, mediante la cual el Consejo Superior de la Judicatura invita a los Despachos Judiciales a cobijar las directrices de la Superintendencia Financiera de Colombia recogidas en la Circular 019 de 2012, *relacionadas con el procedimiento a seguir en caso de que las entidades reciban órdenes de embargo sobre los recursos del Sistema de Seguridad Social, las rentas incorporadas al Presupuesto General de la Nación, el Sistema General de Participaciones -SGP-, regalías y los demás recursos a los que la ley le otorgue la condición de inembargables*, en la medida en que:

“Es decir, la entidad demandada se limitó a reproducir la manifestación de otra Autoridad Administrativa y solicitó a los Despachos Judiciales la “colaboración y compromiso para el cumplimiento de esta norma”, refiriéndose lógicamente a la normativa sobre recursos inembargables, entendido desde la lectura formal del

⁴⁸⁴ La referencia surge de la búsqueda individual que se realizó sobre esta entidad de forma aleatoria.

⁴⁸⁵ La relatoría no arroja resultados bajo la combinación de comandos “Banco de la República” y “directiva”, toda vez que el sistema no carga. Sucede lo mismo con la combinación con “directiva” y “norma técnica”.

⁴⁸⁶ No. 2079869

⁴⁸⁷ No. 2019386

⁴⁸⁸ Exp: 11001-03-24-000-2012-00358-00. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

concepto de norma, no pudiendo colegir la Sala Unitaria que con tal proceder se haya producido alguna modificación en el ordenamiento jurídico”.

Básicamente se acepta la facultad de la Superfinanciera para emitir Circulares en relación con las órdenes de embargo de los recursos del Sistema de Seguridad Social, entre otros, toda vez que se toma como sustento para la negativa de suspensión provisional del acto demandado.

Superintendencia de Notariado y Registro

Mediante sentencia de 18 de mayo de 2011⁴⁸⁹, la Sección Primera del Consejo de Estado determinó que la Instrucción Administrativa No. 7 de 2004:

“Igual consideración puede ofrecerse respecto del Instructivo demandado pues allí se disponen los pasos y requisitos que deben cumplirse para que se materialice la modernización pretendida por medio de la Resolución 643 de 2004.

En efecto, en la citada instrucción se ofrecen distintas explicaciones sobre los pasos que deben cumplir los usuarios y los notarios para que pueda llevarse a cabo la radicación de documentos y el envío por medio electrónico de las escrituras públicas de constitución de algunas personas jurídicas, todo de acuerdo con una norma anterior, esto es, la Resolución 643 de 2004 y las leyes que le dieron origen.

En el caso presente, concluye la Sala que la Instrucción demandada no constituye un acto administrativo que cree una situación jurídica y, por lo mismo, no es susceptible del presente control jurisdiccional”.

Lo interesante del presente análisis se resalta a partir de la consideración del Alto Tribunal para identificar a la Instrucción No. 7 de 2004 como un típico acto de *soft law* administrativo, mediante el cual la Super de Notariado y Registro contaba con la competencia para plasmar los pasos a seguir en relación con la radicación de documentos, entre otros.

Superintendencia Nacional de Salud

En auto de 2 de abril de 2019⁴⁹⁰, el Consejo de Estado consideró que la Circular Externa 000013 de 2016 no debía ser suspendida, toda vez que:

“Conforme con lo expuesto, como una de las funciones a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud es la de emitir instrucciones a los sujetos vigilados, dentro de los cuales se encuentran las entidades promotoras de salud del régimen contributivo y

⁴⁸⁹ Exp: 11001-03-24-000-2004-00253-01. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno.

⁴⁹⁰ Exp 11001-03-24-000-2016-00598-00. Consejero Ponente: Oswaldo Giraldo López. En el mismo sentido, ver auto en Exp: 11001-03-24-000-2016-00390-00. M.P.: Oswaldo Giraldo López. “[E]s claro que la Superintendencia Nacional de Salud está facultada para impartir instrucciones de manera general y abstracta sobre la forma como se debe acatar la normatividad que rige el sector, dentro de lo cual se encuentra lo relativo al ejercicio del derecho fundamental a morir dignamente, en el marco determinado por el Ministerio de Salud”. Se refiere a la Circular 00013 de 2015.

subsidiado y los prestadores de servicios de salud públicos, privados o mixtos, teniendo dentro de sus facultades la de imponer sanciones en caso de incumplimiento, no se observa prima facie que la Circular acusada haya transgredido las disposiciones constitucionales y legales invocadas”.

En ese sentido, resulta palpable que dentro de las funciones de la Supersalud se encuentra la relacionada con impartir instrucciones a los sujetos vigilados conforme a lo descrito en la Circular demandada.

Por su parte, en sentencia⁴⁹¹ de 16 de marzo de 2012, el Consejo de Estado decidió que la Superintendencia Nacional de Salud actuó dentro de sus competencias al expedir la Circular Externa No. 18 de 2005, mediante la cual se dictaron algunas instrucciones dirigidas a las entidades administradoras de Salud (entre otros). Esta sentencia dispuso:

“La anterior precisión la efectúa esta Corporación, por cuanto como lo ha reiterado en diversos pronunciamientos “...las circulares de servicio pueden ser acusadas ante la jurisdicción, sólo en cuanto sean actos administrativos, esto es, ‘conductas y abstenciones capaces de producir efectos jurídicos y en cuya realización influyen de modo directo o inmediato la voluntad o la inteligencia’,...”, a diferencia de “...otro tipo de actos...cuyo alcance es el de instruir, orientar o coordinar a la administración, pero, jamás tienen la virtualidad de obligar, ejemplo los conceptos de los asesores jurídicos; los certificados de tiempo de servicio.

(...).

Sobre el particular, la Sala considera que no le asiste razón al demandante, pues tal como lo expuso el representante del Ministerio Público ante esta Corporación, en este caso no se está reglamentando norma alguna referente a la garantía de calidad de atención de salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud, competencia que, sin lugar a dudas, corresponde al Ministerio de la Protección Social (antes de Salud), ya que lo que hizo la Superintendencia Nacional de Salud fue ejercer la

⁴⁹¹ Exp: 11001-03-24-000-2005-00301-00. Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso. En el mismo sentido, ver sentencia en Exp: 11001-03-24-000-2013-00257-00. C.P.: Guillermo Vargas Ayala. “[N]o cabe duda que en aras de cumplir con su papel de órgano de vigilancia, LA SUPERINTENDENCIA cuenta con la facultad de impartir instrucciones a los sujetos vigilados, como una forma anticipativa (ex ante o no reactiva) esencial para asegurar el cumplimiento de sus objetivos. (...). En consecuencia, si bien es cierto que resulta legítimo que LA SUPERINTENDENCIA, al impartir instrucciones de manera general y abstracta sobre la forma como se debe acatar la normatividad que rige el sector, en ejercicio de su facultad de instrucción tome parte dentro del proceso de construcción escalonada del sistema normativo cuya vigilancia y control está a su cargo, no lo es menos que habida consideración de sus restricciones competenciales no puede usurpar competencias de otros órganos...”. Por esto, se anulan algunas instrucciones incluidas en la Circular. En el expediente 11001-03-24-000-2005-00301-00 se relaciona expediente 11001-03-24-000-2005-00284-01. M.P. Martha Sofía Sanz Tobón. Así: “Como la causa petendi de la demanda de nulidad contra las normas de que trata este cargo es la misma de la demanda que dio origen el número 11001-03-24-000-2005-00284-01, decidido por esta Sección mediante sentencia de 4 de junio de 2009, la Sala habrá de declarar la existencia de cosa juzgada respecto de los apartes del numeral 2.19 de la Circular demandada, según los cuales la selección y conformación de la red de prestadores debe hacerse teniendo en cuenta que las instituciones deben cumplir con las obligaciones y responsabilidades definidas en la normatividad vigente, en especial teniendo en cuenta las siguientes instrucciones: ...”.

facultad expresamente a ella otorgada por el artículo 7º, numeral 6 del Decreto 1259 de 1994, antes transcrito, razón por la cual **instruyó** a las entidades obligadas a compensar sobre la obligación de verificar que las Instituciones Prestadoras de Salud hayan posesionado el revisor fiscal ante la Superintendencia Nacional de Salud (artículos 228 y 232 de la Ley 100 de 1993), que hayan pagado la tasa correspondiente a dicha entidad por la función de supervisión desarrollada (artículo 98 de la Ley 488 de 1998) y que le hayan enviado el reporte de información a que aluden las Circulares Externas 11 y 12 del 2004 de la Superintendencia Nacional de Salud” (Subrayas fuera del texto).

Es decir, en el análisis sub judice el Consejo de Estado es explícito al señalar que la Superintendencia de Salud posee dentro de sus competencias y/o funciones la de **instruir** a las entidades obligadas en los temas relacionados con su objeto prestacional. Lo cual se materializa mediante la expedición de Circulares, como la que se utilizó como referente para afirmar que la Supersalud ostenta dentro de sus competencias la emisión de Circulares contentivas de instrucciones encaminadas a determinar algunas actividades de las empresas administradoras. Es decir, para determinar una capacidad de la entidad, se salvaguarda la integridad del acto por el cual se ejerció la competencia de determinar instrucciones hacia un sujeto determinado.

Mediante sentencia de 17 de septiembre de 2004⁴⁹², el Consejo de Estado desestimó las pretensiones de nulidad de la Circular 031 de 2001 por encontrarla ajustada a las disposiciones legales y reglamentarias en relación con la facultad de la Supersalud de reseñarle a sus órganos vigilados los procedimientos para la plena aplicación de la normativa que regulan su actividad:

“...cabe tener en cuenta lo siguiente: El artículo 24 de la Ley 100 de 1993, prevé: “Acciones de cobro. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador... Por su parte, el artículo 7º del Decreto 1259 de 1994 establece que es función del Superintendente Nacional de Salud: 6. Instruir a las entidades vigiladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad en cuanto sujetos vigilados, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de las normas que le compete aplicar y señalar los procedimientos para su cabal aplicación.

A juicio de la Sala, el texto de las normas transcritas pone de manifiesto que la Circular acusada se ajusta a la legalidad, pues resulta claro que la Superintendencia Nacional de Salud está facultada para señalarle a sus entes vigilados los procedimientos para la cabal aplicación de las normas que regulan su actividad”.

Superintendencia de Subsidio Familiar

⁴⁹² Exp 11001-03-24-000-2001-00244-01. Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

En sentencia de 6 de diciembre de 2012⁴⁹³, se pretendía la nulidad de las Circulares 0011 de 1997 y 023 de 2003, la cual fue denegada en el sentido de que la Super de Subsidio Familiar contaba con la potestad de expedir las mismas en consonancia con el texto demandado por cuanto:

“Mediante sentencia del 26 de febrero de 2009⁴⁹⁴, esta Sección denegó las pretensiones de la demanda instaurada, contra los numerales 1.1 a 1.4 y 1.6 del capítulo VII de la Circular Externa N° 023 de 23 de diciembre de 2003, proferida por el Superintendente del Subsidio Familiar, por violación de los artículos 4, 6 y 333 de la Constitución Política como 40 y 41 del Decreto 341 de 1988. (...).

Si bien la Circular 0011 de 1997 fue subrogada por la Circular 023 de 2003, la Sala procederá a su análisis, por los efectos que hubiese podido producir durante su vigencia, confrontándola con las normas que se invocan como violadas...

De las disposiciones anteriores se colige que la normativa vigente para la época en que fue expedida la Circular 0011 de 1997, prohibía a las cajas de compensación familiar las conductas constitutivas de competencia desleal y autorizaba a la Superintendencia del Subsidio Familiar para instruir a las entidades sometidas a su vigilancia sobre la forma como deben cumplir las disposiciones que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación, al tiempo que la facultaba para imponer sanciones por infracción a las leyes y estatutos, o por inobservancia de las instrucciones impartidas por la Superintendencia. (...).

...la Ley 789 de 2002 otorga competencia especial a la Superintendencia del Subsidio Familiar, por lo cual la Sala concluye que dicha Superintendencia estaba facultada para incluir en la Circular externa 00023 de 2003, las disposiciones relacionadas con el procedimiento a seguir por las cajas de compensación familiar en materia de afiliaciones y ofrecimiento de servicios”.

A su vez, en sentencia de 13 de diciembre de 2012⁴⁹⁵, el actor pretendía la nulidad de algunos apartes de la Circular externa 023 de 23 de diciembre de 2003 expedida por el Superintendente de Subsidio Familiar por considerar que esta entidad no ostenta carácter de órgano regulatorio, pues sus funciones se deberían circunscribir a las de inspección, vigilancia y control. No obstante, la Sala determinó que erraba en su interpretación, en la medida en que, entre otros:

“Pues bien, la Sala observa que varias de las disposiciones normativas arriba citadas, contenidas en la ley constitutiva de la Superintendencia del Subsidio Familiar, en el Decreto⁴⁹⁶ que la reestructura y en la Ley 789 de 2002, dan cuenta de una atribución

⁴⁹³ Exp: 11001-03-24-000-2005-00366-00. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. La Sala se declara inhibida respecto del numeral 3 del aparte VII de la Circular 0023 de 2003.

⁴⁹⁴ Exp: 11001-03-24-000-2005-00019-01. C.P: Rafael Enrique Ostau de Lafont Pianeta.

⁴⁹⁵ Exp: 11001-03-24-000-2005-00231-01. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno.

⁴⁹⁶ Decreto 2150 de 1992.

directa de competencias a la Entidad por parte del legislador, para regular varios asuntos con respecto a sus vigiladas, pues no sería concebible que una Entidad participe de fines tan preciados e importantes para el Estado como el bienestar general, mediante el subsidio a que ciertas familias se hacen merecedoras, no cuente con la posibilidad de emitir instructivos tendientes a facilitar su función y brindar a sus vigiladas las directrices que han de permitir cumplir su objeto, en la forma que pretende garantizarlo la ley.

(...).

De este modo, y en ejercicio de esa configuración que corresponde al legislador en materia de seguridad social, es claro que este expidió leyes que como la 25 de 1981 y 789 de 2002, asignan a la Superintendencia del Subsidio Familiar precisas competencias para direccionar, mediante reglamentos instructivos, ciertos ámbitos propios del ejercicio de la actividad de sus vigiladas. Ello se advierte también en el Decreto 2150 de 1992, el cual, al reestructurar a la Superintendencia del Subsidio Familiar, reprodujo varias disposiciones legales de la normativa anterior.

(...)

...lo que resulta evidente es la expedición de un acto administrativo tendiente a brindar los parámetros y reglas pertinentes a las Cajas de Compensación Familiar en lo que respecta a los asuntos de que el mismo trata. (...). Es verificable que estos asuntos corresponden a la asignación de facultades instructivas o regulatorias de la Entidad, y del texto de las mismas, se observa una clara sumisión a las leyes que regulan el subsidio familiar.

(...).

No se vislumbra en modo alguno, que la Circular contraríe la disposición constitucional, menos cuando se trata de la Entidad que precisamente está a cargo de dichas funciones, siendo expresión del desarrollo de las mismas el acto administrativo que el actor acusa”.

En definitiva, para la Sala las facultades regulatorias de la Superintendencia de Subsidio Familiar se evidencian en lo reglamentado mediante la Circular por parte de la misma entidad.

Comisión de Regulación de Energía y Gas

En sentencia de 19 de julio de 2018⁴⁹⁷, el Consejo de Estado permitió que la atribución contenida en la Circular 108 de 2014 a la CREG en relación con la intervención en el ajuste de precios a las negociaciones de los contratos de suministros, fuese viable al no declarar la nulidad de la misma:

⁴⁹⁷ Exp: 11001-03-26-000-2015-00021-00. Consejero Ponente: Jaime Luis Berdugo Pérez.

“De esta forma, tal como lo expone el Ministerio Público en su concepto, el artículo 334 de la Constitución Política no se encuentra vulnerado con la Circular 108 de 2014, sino que, por el contrario, lo que se observa en este proceso es que la Circular 108 aplicó una regla de intervención en el ajuste de precios, que estaba permitida a la CREG, bajo una ecuación financiera que se fundaba en un precio promedio por fuentes ubicadas en distintas regiones, de manera que no se desconoció la respectiva disposición”.

Superintendencia de Industria y Comercio

En providencia de 20 de agosto de 2004⁴⁹⁸, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Alto Tribunal determinó que la Circular Externa 012 de 2002 no fuese anulada en la medida en que:

“Considera la Sala que cuando el Decreto 1130 de 1999 señala que la Superintendencia de Industria y Comercio cuenta con las mismas facultades previstas para la Superintendencia de Servicios Públicos, para proteger los derechos de usuarios, consumidores y suscriptores, no puede interpretarse de manera diferente a que está aludiendo a los mecanismos que la Ley 142 de 1994 consagró para que ésta última defendiera también a los usuarios de la misma. Luego el acto acusado no está interpretando erróneamente el artículo 40 de dicho Decreto sino que, por el contrario, se aviene enteramente a sus postulados. De ahí que no tenga sustento el cargo de la demanda que reclama una regulación de carácter legal para establecer el silencio administrativo positivo pues, se repite, la Circular acusada no hace más que desarrollar el mandato superior.

Ahora, la Sala dentro del expediente núm. 7971, sentencia de 27 de febrero de 2003⁴⁹⁹, Consejera ponente doctora Olga Inés Navarrete Barrero, se pronunció frente a la Circular acusada y aún cuando los cargos formulados en su contra en este proceso no son los mismos que se ventilaron en aquél, las precisiones que allí se hicieron se pueden tener en cuenta en este caso, habida consideración de la estrecha relación entre las censuras planteadas en uno y otro.

(...)

Como mediante el acto demandado, efectivamente, la Superintendencia de Industria y Comercio imparte una instrucción acerca de la aplicación del Capítulo VII del Título VIII de la Ley 142 de 1994, indicando que los operadores de telefonía móvil celular y demás servicios no domiciliarios de comunicaciones deberán tramitar las peticiones, quejas y reclamos que les sean presentados directamente por los interesados o remitidos por la Superintendencia y parte de la base de que el artículo 40 del Decreto 1130 de 1999 le otorga atribuciones al efecto, en principio, la Superintendencia de Industria y Comercio no está adoptando determinaciones propias sino solo recordando los términos de la ley en lo que concierne al trámite de quejas,

⁴⁹⁸ Exp: 11001-03-24-000-2002-00178-01 (7973). Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴⁹⁹ Exp: 11001-03-24-000-2002-00176-01. Consejera Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero.

reclamos y recursos. Corresponde a la Sala delimitar el campo de atribuciones que dicha norma contiene”.

Por tanto, arrojó la potestad de reglamentar lo relativo a la protección de los consumidores con base en el desarrollo que de ello realizó la SIC de los Decretos y Leyes respectivas.

Por su parte, en fallo de 27 de marzo de 2003⁵⁰⁰, se señaló que el título III⁵⁰¹ de la Circular 10 de 2001 mediante la cual se compilan las reglamentaciones e instrucciones de su autoría, no debía anularse en la medida en que es precisamente el desarrollo de facultades propias de la entidad, el que se contiene en el título de la Circular acusada:

“Al respecto, se tiene que en efecto las disposiciones del título censurado contienen normas específicas referentes a hechos bien delimitados, atinentes al ejercicio de la función de inspección, control y vigilancia de la Superintendencia de Industria y Comercio, en lo concerniente al servicio de telecomunicaciones no domiciliaria, algunas de las cuales regulan aspectos de procedimientos administrativos, tales como señalar determinadas conductas, requisitos, trámites, términos, sanciones, así como derechos y obligaciones en relación con los sujetos antes mencionados, lo cual coincide con el objeto y alcance enunciado en el encabezamiento de la circular, es decir, compilar las normas expedidas por la misma entidad, modificándolas y derogándolas en cuanto no las incluyó en su texto.

(...).

En ese orden de ideas, se concluye que la Superintendencia de Industria y Comercio es competente para expedir normas como las acusadas, toda vez que, justamente, establecen criterios y procedimientos para hacer efectiva su facultad de inspección, control y vigilancia de los servicios públicos de telecomunicaciones no domiciliarios, en cuanto esta clase de servicios están asignados a ella según atrás se expuso, debido a la atribución que le está dada para fijar los criterios que faciliten el cumplimiento de esa función en aras de la protección de los usuarios de esos servicios, y señalar los procedimientos para su cabal aplicación”.

La sentencia también resalta el carácter de acto administrativo de la Circular y por tanto la posibilidad de demandarlo ante la Jurisdicción contencioso administrativa:

“La circular impugnada contiene disposiciones de obligatorio cumplimiento por parte de sus destinatarios, es decir, que tiene efectos vinculantes para ellos, como quiera que su desatención les puede acarrear consecuencias, por consiguiente es un acto administrativo de carácter general, susceptible de control por esta jurisdicción mediante la acción que se ha incoado

Junta Central de Contadores

⁵⁰⁰ Exp: 11001-03-24-000-2001-00154-01 (7931). Consejero Ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola.

⁵⁰¹ Servicios de telecomunicaciones no domiciliarias.

En sentencia de 7 de diciembre de 2005⁵⁰² (en la cual también se menciona a la Superintendencia Nacional de Salud), se decidió no tutelar los derechos invocados por el actor y se señaló que:

“... y la Circular Conjunta de la Superintendencia Nacional de Salud y la Junta Central de Contadores No. 122 SNS NO. 036 JCC de 21 de octubre de 2001, por la cual se hacen precisiones en materia de ejercicio de la función de fiscalización, subraya que la elección del revisor fiscal corresponde al máximo órgano social, el cual debe decidir sobre su remoción, según los estatutos y las leyes”.

Es decir, se referencia un instrumento de *soft law* como lo es la Circular Conjunta mediante la cual dos entidades regulatorias definen, por cuenta de sus competencias, los parámetros para la elección de revisor fiscal en una entidad promotora de salud.

Banco de la República

En providencia de 15 de septiembre de 2016⁵⁰³, el Consejo de Estado hace referencia a la Circular DCIN 83 de 2004. En esta se dispone lo relacionado con el mecanismo y compensación y su registro ante el Banco de la República, por lo que puede entenderse que esta AAI cuenta con las facultades para dictar directrices en torno a este tema:

“... para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las cuentas corrientes de compensación, la Circular Reglamentaria DCIN 83 de 2004, actualizada a 2010, expedida por el Banco de la República, establece el procedimiento a seguir en el artículo 8, numerales 8.1, 8.2, 8.4 y 8.4.1, relacionado con el mecanismo de compensación, el registro ante el Banco de la República, el suministro de información y la transmisión vía electrónica de informes y Formularios de declaraciones de cambio”.

A continuación, se presentan los resultados de la Corte Constitucional de Colombia:

Corte Constitucional de Colombia – Resultado por Cruce de palabras (autoridad regulatoria + instrumento de soft law)			
Combinación	Res	Con	Referencias analizadas
“Unidad de Proyección Normativa y Estudios de Regulación Financiera” AND “Circular”	1	0	<u>T-071/17</u>
“Superintendencia Financiera de Colombia” AND “Circular”	72	8	<u>C-438/17, T-240/16</u> <u>T-117/16, T-136/13</u> <u>T-386/12, T-329/08</u> <u>T-286/06, C-860/06</u>

⁵⁰² Exp: 85001-23-31-000-2005-00640-01. Consejero Ponente: María Inés Ortiz Barbosa. En sentido similar ver auto del primero de mayo de 2005, Exp: 11001-03-24-000-2002-00153-01. Consejero: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁵⁰³ Exp: 13001-23-31-000-2010-00784-01. Consejero Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés.

“Superintendencia de Economía Solidaria” AND “Circular”	8	4	<u>C-569/17</u> ⁵⁰⁴ , <u>C-466/17</u> <u>C-673/15</u> , <u>C-465/14</u> <u>C-235/14</u> , <u>C-614/09</u> <u>C-135/09</u> , <u>C-625/03</u>
“Superintendencia de Notariado y Registro” AND “Circular”	52	6	<u>T-129/19</u> , <u>T-154/18</u> <u>T-675/17</u> , <u>T-407/17</u> <u>T-086/17</u> , <u>T-688/14</u>
“Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada” AND “Circular”	4	1	<u>T-030/17</u> , <u>C-602/16</u> <u>C-135/09</u> , <u>T-1062/06</u>
“Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca” AND “Circular”	2	0	<u>T-226/16</u> <u>C-644/16</u>
“Superintendencia Nacional de Salud” AND “Circular”	178	33	<u>A-448/17</u> , <u>A-330/16</u> <u>A-038/12</u> , <u>A-273/11</u> <u>A-172/11</u> , <u>A-085a/11</u> <u>A-327/10</u> , <u>T-387/18</u> <u>T-329/18</u> , <u>T-507/17</u> <u>T-448/17</u> , <u>T-731/16</u> <u>T-148/16</u> , <u>T-603/15</u> <u>T-421/15</u> , <u>T-108/15</u> <u>T-532/14</u> , <u>T-558/13</u> <u>T-627/12</u> , <u>T-825/11</u> <u>T-585/10</u> , <u>T-213/10</u> <u>T-683/08</u> , <u>T-1055/08</u> <u>T-974/07</u> , <u>T-616/07</u> <u>T-006/07</u> , <u>T-641/06</u> <u>C-860/06</u> , <u>T-959/05</u> <u>T-1223/05</u> , <u>T-858/04</u> <u>T-111/03</u>
“Superintendencia de Subsidio Familiar” AND “Circular”	4	1	<u>T-623/16</u> , <u>T-459/16</u> <u>T-700/09</u> , <u>C-834/07</u>
“Comisión de Regulación de Energía y Gas” AND “Circular”	2	2	<u>C-1062/08</u> <u>T-224/06</u>
“Superintendencia de Industria y Comercio” AND “Circular”	59	2	<u>T-144/18</u> <u>C-951/14</u>
“Superintendencia de Sociedades” AND “Circular”	32	0	
“Junta Central de Contadores” AND “Circular”	2	0	<u>T-813/12</u> <u>C-788/09</u>
“Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación” AND “Circular”	3	0	<u>T-455/18</u> , <u>T-629/17</u> <u>T-690/12</u>

⁵⁰⁴ Básicamente contiene unas definiciones relativas a los tipos de organizaciones solidarias por parte de la Supersolidaria, pero no más allá de ello, por lo que considero que no es útil.

“Parques Nacionales Naturales de Colombia” AND “Circular”	2	0	<u>T-302/17</u> C-298/16
“Autoridad Nacional de Licencias Ambientales” AND “Circular”	11	0	T-281/19, SU-095/18 T-713/17, SU-217/17 T-197/16, T-005/16 C-298/16, T-462a/14 T-442/14, T-362/14
“Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico” AND “Circular”	3	0	A-587/15, A-366/14 T-021/05
“Comisión de Regulación de Comunicaciones” AND “Circular”	12	4	A-267/15, <u>T-071/17</u> C-136/17, <u>T-713/16</u> <u>C-359/16</u> , C-298/16 C-183/16, <u>T-397/14</u> C-016/13, T-1077/12 C-823/11, C-216/11
“Autoridad Nacional de Televisión” AND “Circular”	4	1	C-136/17, <u>C-359/16</u> C-298/16, C-361/13
“Agencia Nacional del Espectro” AND “Circular”	13	3	A-267/15, C-254/19 C-467/17, C-136/17 <u>T-713/16</u> , T-005/16 <u>C-359/16</u> , C-298/16 C-183/16, T-149/15 <u>T-397/14</u> , T-1077/12 C-540/12
“Superintendencia de Puertos y Transportes” AND “Circular”	17	2	A-501/15, T-382/18 <u>T-122/18</u> , C-189/17 <u>C-742/15</u> , T-285/14 C-468/11, C-885/10 T-361/09, C-856/09 C-321/09, C-068/09 T-471/08, T-214/06 C-931/06, C-104/04 C-530/03
“Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios” AND “Circular”	17	4	A-149/18, A-587/15 T-415/18, <u>T-302/17</u> SU-217/17, C-298/16 <u>T-740/15</u> , C-951/14 C-361/13, C-895/12 T-331/10, C-595/10 <u>C-1062/08</u> , C-955/07 <u>T-224/06</u> , T-509/05 T-021/05
“Agencia Nacional de Contratación Pública” AND “Circular”	4	2	<u>T-302/17</u> , C-004/17 C-620/16, C-016/13

“Banco de la República” y “Circular”	75	9	<u>T-265/15</u> <u>T-753/14</u> <u>T-288/11</u> <u>T-028/08</u> <u>T-850/07</u> <u>T-089/06</u> <u>T-391/05</u> <u>T-822/03</u> <u>SU-120/03</u>
“Corporación Autónoma Regional” AND “Circular”	47	1	<u>T-683/12</u>

Superintendencia Financiera de Colombia

En sentencia C-438 de 2017⁵⁰⁵ de 13 de julio de 2017, la Corte Constitucional definió que la Superfinanciera contaba con la competencia de disponer lo que las empresas fiduciarias deben reportar en relación con las cuentas de beneficiarios, acreedores y fideicomitentes con base en la Circular Básica Jurídica de esta entidad:

“De otra parte, es oportuno señalar que las sociedades fiduciarias están sujetas al control, inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera. En ejercicio de esa competencia la Superintendencia ha fijado diferentes reglas en cuanto a la contabilidad y la rendición de cuentas de estas entidades. Así, por ejemplo, el numeral 6.1.3. del Título Quinto Capítulo I de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera dispone que las sociedades fiduciarias deben rendir cuentas tanto a los beneficiarios como a los acreedores garantizados y a los fideicomitentes con una periodicidad mínima de seis meses contados a partir de la celebración del negocio fiduciario⁵⁰⁶. En ese orden, la sujeción a las reglas contables y de rendición de cuentas de estas sociedades se refiere al cumplimiento de sus obligaciones ordinarias, de las cuales no están exentas bajo ninguna circunstancia. Ese marco normativo busca asegurar la gestión adecuada de los recursos organizados como patrimonio autónomo, lo cual es una finalidad legítima y la Corte lo encuentra ajustado a la Constitución”.

⁵⁰⁵ Exp: RDL-011. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Díaz.

⁵⁰⁶ Circular Básica Jurídica del la Superintendencia Financiera. “corresponde a las sociedades fiduciarias rendir cuentas tanto a los beneficiarios y /o acreedores garantizados, y a los fideicomitentes con una periodicidad mínima de seis (6) meses contados a partir de la celebración del negocio fiduciario, sin perjuicio de que contractualmente pueda establecerse una periodicidad menor. La rendición de cuentas deberá ser remitida al (los) beneficiarios a más tardar dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de corte que se está informando. En todo caso, las sociedades fiduciarias deberán dejar constancia de envío y recibo de las rendiciones de cuentas emitidas en desarrollo de sus obligaciones”. En línea <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?!Servicio=Publicaciones&ITipo=publicaciones&IFuncion=loadContenidoPublicacion&id=16014>

En sentencia T-240 de 2016⁵⁰⁷, la alta corte referenció la Circular 039 de 2011 mediante la cual la Superfinanciera añadió algunos aspectos sobre conductas abusivas, aludiendo de esta forma a que la entidad regulatoria puede establecer lo relativo a estas prácticas:

“2.4.8.4. En ese mismo sentido, el 6 de septiembre de 2011, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa No. 039, a través de la cual adicionó el numeral 10° al Capítulo Sexto del Título I de la Circular Externa 007 de 1996, con lo que aumentó el margen de cláusulas y prácticas abusivas dentro de los contratos con compañías financieras, de seguros y de valores. Sobre el particular, el documento establece que dichas entidades deberán abstenerse de “incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o de convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o den lugar a un abuso de posición dominante contractual⁵⁰⁸”.

Por otro lado, en sentencia T-117/16⁵⁰⁹ de cuatro de marzo de 2016, la Corte exhortó a la Superfinanciera en el sentido de expedir una circular para materializar la decisión adoptada por parte del Tribunal, así:

“... Así mismo, la Corte Constitucional exhortará a la Superintendencia Financiera de Colombia, para que mediante una circular comunique y advierta a las aseguradoras el criterio adoptado en esta providencia y, en este sentido, no vuelvan a exigir como requisito para la expedición de pólizas de seriedad de la candidatura la constitución de contragarantías de cualquier naturaleza, por el riesgo asegurable”.

Es decir, se referenció específicamente un instrumento de *soft law* administrativo colombiano mediante el cual la Super puede ejercer sus competencias y plasmar en este el entendido del fallo.

En providencia de tutela T-386/12⁵¹⁰ de 25 de mayo de 2012, la Corte ampara los derechos de la accionante con base, entre otros, en la Circular expedida por la Superbancaria (hoy Superfinanciera) en la cual se plasma lo relativo a la condonación de créditos a secuestrados, extendiendo este beneficio a las personas víctimas de desplazamiento forzado:

“7.1. Como ya se reseñó, la señora Sandra Janeth Triviño García sostiene que el Banco BBVA de Colombia S.A. le está vulnerando los derechos fundamentales a la igualdad y a la vida digna (...), porque ha omitido aplicar las garantías de las personas desplazadas por la violencia, contenidas en las circulares 089 del 12 de julio de 2005,

⁵⁰⁷ Exp: T-5.283.342 AC. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En sentido similar ver sentencia T-136/13 de 13 de marzo de 2013, exp: T-3.686.439. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵⁰⁸ En sentido similar ver Exp: T- 5.491.771 AC. Sentencia T-071/17. M.P.: Aquiles Arrieta Gómez. “En este sentido, según lo expuso la Superintendencia Financiera en su intervención dentro de esta sentencia, la Circular Externa 018 de 2016 contempla unas conductas que dan lugar a que las entidades aseguradoras no puedan objetar la reclamación del amparo crediticio, entre las cuales se encuentra la necesidad que ellas tienen de “[i]ndagar los requisitos de asegurabilidad únicamente al momento de ocurrencia de los siniestros y no al momento de la celebración del contrato”.

⁵⁰⁹ Exp: T-5.200.719. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

⁵¹⁰ Exp: T-3343734. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

emitida por el Banco Agrario, 101 del 12 de agosto de 2003, expedida por la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia), y en la Sentencia T-520 de 2003, a un crédito hipotecario para vivienda que le otorgó el Banco Granahorrar en el año 1998, cedido posteriormente a la entidad accionada, en razón de haber entrado en mora en el pago de esa obligación como consecuencia del desplazamiento forzado a que fueron sometidos por amenazas de muerte inicialmente su esposo Flover Nelson Ávila y después ella y sus hijos”.

En ese orden de ideas, la Superfinanciera está facultada para regular lo relativo a las facilidades de pago de créditos hipotecarios de las personas que han sido secuestradas y con base en el fallo, se incluye a los desplazados por la violencia.

En tutela de referencia T-329 de 2008⁵¹¹ de 10 de abril de 2008, la Corte referenció la Circular 023 de 2005 mediante la cual la Superbancaria señaló las disposiciones para que las entidades vigiladas no incurran en conductas restrictivas o discriminatorias:

“Para lo que interesa a la presente causa, la Superintendencia Bancaria con fundamento en la jurisprudencia de esta Corporación, expidió la Circular Externa N° 023 de 2005 con el fin de evitar que las entidades vigiladas incurran en prácticas restrictivas o discriminatorias frente algunos clientes o sectores económicos en relación con la prestación de los servicios que prestan. Así, dispuso, entre otros aspectos, que en la medida en que las entidades vigiladas desarrollan una actividad de interés público no pueden impedir de manera injustificada el acceso a los servicios financieros y la decisión de no prestarlos debe obedecer a criterios objetivos y razonables”.

En providencia T-286/06⁵¹² de cinco de abril de 2006 se decidió con base en lo dispuesto en la Circular 100 de 1995 de la Superfinanciera en la cual se consigna que conforme a las funciones de esta autoridad, las entidades sometidas a su inspección, vigilancia y control deben actuar en concordancia con lo dispuesto por la Super, de la siguiente forma:

“En ese sentido, la estructura de la cartera de créditos de una entidad sometida a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Financiera de Colombia, debe realizarse conforme a los principios y criterios generales, que las entidades vigiladas están obligadas a adoptar, establecidos en el capítulo II de la Circular Básica Contable y Financiera, esta es, la Circular Externa No. 100 de 1995, expedida por la entidad señalada. En efecto, este reglamento define la tipología de los diferentes créditos que pueden ser otorgados por las entidades que se encuentran bajo la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera, así como las notas características y fundantes de los mismos, con los fines de información, evaluación del riesgo crediticio, aplicación de normas contables y constitución de provisiones, por lo que todas las entidades sujetas a su control y vigilancia deben clasificar los créditos con fundamento en tales criterios”.

⁵¹¹ Exp: T-1.401.488. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

⁵¹² Exp: T-1245328. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Superintendencia de Economía Solidaria

En sentencia C-466⁵¹³ de 19 de julio de 2017, mediante la cual se revisó la constitucionalidad del Decreto Legislativo 732 de 2017, se toman como base las Circulares expedidas por la Supersolidaria para determinar lo siguiente:

“48.Los recursos trasladados del Fondo de Educación al Fondo de Solidaridad se destinarán exclusivamente a cubrir actividades de solidaridad tales como las descritas en el numeral 2.1.2.1. de la Circular Básica Contable y Financiera de la Superintendencia de la Economía Solidaria. Tales actividades implican gastos relacionados con la calamidad doméstica, servicios médicos, hospitalarios y quirúrgicos, adquisición de mausoleos, osarios o lotes en parques cementerios, pagos de planes de protección de servicios médicos, funerarios y de exequias, contribuciones para obras relacionadas con el desarrollo sostenible del medio ambiente y donaciones, esporádicas y ocasionales, frente a calamidades de sus trabajadores (Art. 3). (...).

67.De conformidad con el artículo 3 del Decreto sub examine, las actividades de solidaridad en beneficio de los asociados damnificados y de sus familiares que tengan la misma condición se desarrollarán según lo previsto en el acápite 2.1.2.1 de la Circular Básica Contable y Financiera No 004 de 2008, proferida por la Superintendencia de la Economía Solidaria. Al tenor de lo dispuesto en esta sección, tales actividades tienen por objeto auxiliar a los asociados en casos de calamidad doméstica, servicios médicos, hospitalarios y quirúrgicos, servicios funerarios y de exequias como adquisición de mausoleos, osarios o lotes en parques cementerios, donaciones ocasionales a trabajadores que hubieren sufrido una calamidad doméstica, entre otros. (...).

...En este sentido, en sus circulares y conceptos, en consonancia con la mencionada Ley⁵¹⁴, la Superintendencia ha interpretado que los fondos pasivos de educación y solidaridad de las organizaciones de economía solidaria son agotables, su destinación es inmodificable y sus recursos intransferibles entre sí. (...).

120.A su vez, la Corte encuentra que es razonable y consecuente con el rol de la Superintendencia y la naturaleza de sus funciones que esta (iii) imparta un instructivo en el que “fije los requisitos mínimos para efectuar el traslado de fondos, los reportes de información, a presentar por las organizaciones, forma del reporte y su periodicidad, y la forma de publicación y divulgación entre los asociados y el público en general de la información de los proyectos a realizar”. Tales componentes del instructivo, además de contribuir razonablemente al ejercicio de la inspección, vigilancia y control a cargo de esta Superintendencia, permiten garantizar la

⁵¹³ Exp: RE-228. Magistrado: Carlos Bernal Pulido.

⁵¹⁴ 79 de 1988.

publicidad necesaria que estos proyectos deben tener entre la población destinataria de estas medidas”.

Es decir, la Corte señaló que la Supersolidaria cuenta con la potestad para interpretar las condiciones de los fondos pasivos de educación y solidaridad en concordancia con la Circular Básica Contable de 2008 y consideró que el Decreto demandado se encontraba ajustado a la Circular referida. En conclusión, un instrumento de *soft law* administrativo sirvió como base para declarar la exequibilidad del acto administrativo cuestionado.

Por su parte, en sentencia C-673/15⁵¹⁵ de 28 de octubre de 2015, la Corte se pronunció sobre una demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la Ley 909 de 2004, pero referenció en sus consideraciones la Circular 001 de 2002 la cual se dirige a todas las entidades del Estado y en la cual plasma recomendaciones para cumplir la función disciplinaria. Es decir, las entidades pueden basarse en estas instrucciones para delimitar sus funciones en relación con las dependencias de control disciplinario:

“33.1.Frente a la primera situación en comento, el Departamento Administrativo de la Función Pública, de forma conjunta con la Procuraduría General de la Nación, expidieron la Circular DAFP-PGN No. 001 de 2002, dirigida a los representantes legales de los organismos y entidades de las ramas y órganos del Estado en todos sus órdenes y niveles⁵¹⁶, en la que elaboraron las siguientes recomendaciones relevantes: (i) para garantizar tanto la autonomía de la unidad u oficina de control disciplinario interno y el principio de segunda instancia, “el mecanismo para cumplir la función disciplinaria será la conformación de un GRUPO FORMAL DE TRABAJO, mediante acto interno del jefe del organismo, adscrito a una de las dependencias del segundo nivel jerárquico de la organización, coordinado por el Director de dicha dependencia”; (...).

A partir de tales recomendaciones, las entidades y órganos del Estado adoptaron principalmente dos modelos para el ejercicio del control disciplinario interno. Uno de ellos relacionado con la creación de una oficina o unidad autónoma dentro de la estructura de la entidad, encargada de adelantar la potestad disciplinaria y de desarrollar funciones preventivas, contando con personal propio y con un jefe encargado de suscribir las decisiones que en primera instancia se dicten en la materia; y el otro de ellos, que es la creación de un grupo de trabajo generalmente adscrito a la Secretaría General de la entidad, siendo justamente quien funge como Secretario General, el encargado de llevar a cabo la materialización de la potestad disciplinaria en primera instancia”.

⁵¹⁵ Exp: D-10715. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵¹⁶ Entre ellas, la Superintendencia de Economía Solidaria.

En fallo de inconstitucionalidad C-235/14⁵¹⁷ de 9 de abril, se referenció la Circular Básica Jurídica de la Supersolidaria mediante la cual se estableció que esta entidad cuenta con la competencia de registro de las Cooperativas de trabajo asociado:

“Se exceptúan las Cooperativas y Precooperativas de trabajo asociado y las organizaciones e instituciones auxiliares de la Economía Solidaria que desarrollan y apoyan la actividad de educación, cuyo registro corresponde a esta Superintendencia, en virtud a lo dispuesto en el Decreto 4588 de 2006 y el artículo 45 del Decreto 2150 de 1995, en concordancia con el Título III Capítulo VII de la Circular Básica Jurídica (Circular Externa número 007 de 2008) de esta Entidad.(...)”⁵¹⁸

Para la Corte, está suficientemente acreditado que el trámite de inscripción de las Entidades de Economía Solidaria, ya estaba establecido en el ordenamiento jurídico con antelación a la expedición de la norma tachada”.

Ahora bien, en sentencia C-625 de 29 de julio de 2003⁵¹⁹, aunque solo se mencionó tangencialmente a la Supersolidaria, sí se hizo referencia directa a las competencias de la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera) con base en las Circulares 039 y 044 de 1999, así:

“El 25 de junio de 1999, mediante la Circular Externa núm. 039, la Superintendencia Bancaria modificó los Capítulos II y III de la Circular Externa 100 de 1995 -Básica Contable y Financiera-, a fin de regular lo referente a la Evaluación de Cartera de Créditos y de Contratos de Leasing y a Bienes Recibidos en Pago.

La finalidad de esta circular externa expedida por la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus funciones, fue la de consagrar los criterios a tener en cuenta por parte de las entidades sometidas a su vigilancia en relación con la capacidad de pago de sus deudores y los flujos de caja de los proyectos financieros, la liquidez, cobertura e idoneidad de las garantías, y la información proveniente de las centrales de riesgo, para efectos del otorgamiento de préstamos y para la celebración de contratos de leasing”.

Superintendencia de Notariado y Registro

En fallo de tutela T-675/17⁵²⁰ de 15 de noviembre de 2017, la Corte emitió la siguiente orden:

32. Finalmente, teniendo en cuenta que la presente acción de tutela originalmente iba dirigida en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y la Superintendencia Nacional de Notariado y Registro; y que esta última autoridad tiene entre sus funciones, señaladas en el Decreto 2723 de 2015, la tarea de: *“Impartir las*

⁵¹⁷ Exp: D-9834. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁵¹⁸ Resolución 20101120004385 de 7 de julio de 2010 de la Supersolidaria.

⁵¹⁹ Exp: D-4418. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁵²⁰ Exp: T-6.269.913. M.P.: Alejandro Linares Cantillo.

directrices e instrucciones para la eficiente prestación del servicio público de notariado mediante la expedición conceptos, circulares y demás actos administrativos que se requieran con el fin orientar el ejercicio de la actividad notarial"; se le ordenará a dicha entidad que, dentro de los treinta (30) días calendario posteriores a la notificación de la presente providencia aclare el alcance del artículo 2.2.6.12.4.5 del Decreto 1069 de 2015, a la luz de la jurisprudencia constitucional, mediante la expedición de una nueva circular, dirigida a todas las notarías del territorio nacional, y que así mismo les exponga a los particulares que ejercen la función notarial: i) el sentido de los fundamentos 18, 28 y 29 de este fallo, es decir, los 4 requisitos que introdujo la sentencia T-498 de 2017⁵²¹ y la necesidad de verificar la existencia de un consentimiento informado, para que puedan proceder a modificar el componente "sexo" de los menores de edad transgénero, cuando se acrediten los presupuestos jurisprudencialmente dispuestos para ello; ii) se les indique expresamente, que el requisito de presentación de la Cédula de Ciudadanía para llevar a cabo el trámite dispuesto en el artículo antes referenciado del Decreto 1069 de 2015, será suplido con la presentación de la Tarjeta de Identidad, cuando se trate de menores trans, siempre que acrediten los presupuestos jurisprudenciales; iii) que se encuentran autorizados para llevar a cabo futuros cambios del componente "sexo" en los Registros Civiles de menores de edad trans, cuando los respectivos notarios, concluyan que en los casos concretos se acreditan los 5 presupuestos desarrollados por la jurisprudencia de esta Corte, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO.- ORDENAR a la Superintendencia de Notariado y Registro que en el término de treinta (30) días calendario a partir de la notificación de la presente providencia, profiera la nueva circular a la que hace referencia el numeral 32 de esta sentencia. De igual forma, **ORDENAR** remitir esta última, a todas las Notarías del territorio nacional, por el medio más expedito posible, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su promulgación, y remitir una copia de la misma a la Sala Tercera de Revisión".

En conclusión, puede afirmarse que mediante la Circular a expedir, la Superintendencia de Notariado y Registro podrá establecer las facultades tendientes a dar cumplimiento al fallo de la Corte Constitucional⁵²².

⁵²¹ i) la voluntad de los padres y del menor, ii) el criterio profesional por parte de terceros, iii) la cercanía a la mayoría de edad y iv) la ponderación de la trascendencia de la decisión a tomar, analizando sus efectos secundarios y la posibilidad de revertirla.

⁵²² En sentido similar ver, Exp: T-6.019.881. Sentencia T-407/17 que trae a colación la T-488 de 2014. Magistrado sustanciador: Iván Humberto Escrucería Mayolo. "El numeral sexto de la sentencia T-488 de 2014 sobre el particular ordenó a la Superintendencia de Notariado y Registro "expedir, dentro de las dos (2) semanas siguientes a la notificación de esta providencia, una directriz general dirigida a todas las oficinas seccionales en la que: ... c) diseñe un protocolo de conducta para los casos en que un juez de la república declare la pertenencia sobre un bien presuntamente baldío. Copia de la misma deberá ser enviada a la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional"". "Ahora bien, debe traerse a colación que en acatamiento de la sentencia T-488 de 2014[95] el Gerente General del Incoder y el Superintendente de Notariado y Registro expidieron la Instrucción Conjunta número 13/251 del 13 de noviembre de 2014, por medio de la cual pusieron

A su vez, en sentencia T-688/14⁵²³ de 11 de septiembre de 2014, el Tribunal Constitucional tomó como base de sustento diversas Circulares emitidas por la Superintendencia de Notariado, en consonancia con las cuales quedó resaltado lo relativo a la facultad sobre el procedimiento para bloquear folios de matrícula, entre otros.

“2.4.7. Concretamente, la Sala resalta que conforme lo señalado en la Circular 139 del 9 de julio de 2010, proferida por el Superintendente de Notariado y Registro, el bloqueo de folios de matrícula inmobiliaria es una medida preventiva que paraliza la actividad registral relacionada con los bienes afectados, lo cual implica que sobre las matrículas no será posible operación registral alguna, es decir no se expedirán certificados de tradición ni se inscribirán documentos hasta tanto quede en firme la decisión que dio origen a dicha determinación.

4.21. Por otra parte, debido a la complejidad y especificidad del sistema de registro, algunos aspectos del trámite eran regulados en circulares que expedía la Superintendencia de Notariado y Registro como guía para los operadores jurídicos. Así por ejemplo, en las Circulares 119 del 16 de agosto de 2005 y 139 de 9 de julio de 2010, se determinó la forma correcta de realizar las notificaciones de los actos administrativos, las precauciones a adoptar en aquellos casos en los que los documentos se devuelven al público sin registrar a través de notas devolutivas, los requisitos que deben cumplir los recursos en la vía gubernativa y el proceso de bloqueo de folios de matrícula inmobiliaria.

6.17. Al respecto, este Tribunal evidencia que en relación con dicha medida, el Registrador prescindió de señalar los fines de adoptarla como lo exigen las circulares 119 del 16 de agosto de 2005 y 139 de 9 de julio de 2010. En efecto, si bien en las mencionadas normas reglamentarias se especifica que el bloqueo procede cuando se comience una actuación administrativa registral iniciada de oficio o en virtud de una petición ciudadana, de su estudio detenido se observa que el objetivo del mecanismo preventivo se circunscribe a otorgar seguridad al tráfico jurídico y proteger los bienes de uso público, así como garantizar el cumplimiento de los principios de fidelidad e identidad de la información registral, por lo cual para que su aplicación resulte válida es necesario que no sólo se acredite el inicio de un trámite registral sino que además se justifique su utilidad para la consecución de dichos fines”.

en conocimiento de todos los Directores Territoriales del Instituto y los Registradores de Instrumentos Públicos del país lo resuelto en el mencionado fallo, así como los pasos a seguir en aquellos casos en los cuales se les ordenara mediante fallo judicial la inscripción de un titular del derecho de dominio sobre un bien que pueda presumirse como baldío”. “Ahora bien, debe precisarse que recientemente la Superintendencia de Notariado y Registro, mediante Instrucción Administrativa del 17 de febrero de 2017, modificó la Instrucción Conjunta número 13/251 del 13 de noviembre de 2014, con el propósito de sistematizar y actualizar el procedimiento adelantado a los criterios jurisprudenciales establecidos por la Corte en las sentencias T-293 de 2016, T-548 de 2016 y T-549 de 2016”.

⁵²³ Exp: T-4.057.960. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada

En fallo de tutela T-030/17⁵²⁴ de 24 de enero de 2017, la Corte Constitucional señaló puntualmente que conforme a Circulares Externas, la SuperVigilancia podía efectuar las siguientes competencias:

“En ese sentido, emitió la Circular Externa número 20157000000195, el siete (7) de septiembre de 2015, con la finalidad de:

“(…) garantizar el respeto a la dignidad humana, los derechos fundamentales, el derecho a la igualdad y la no discriminación, teniendo en cuenta los postulados previstos en la Constitución Nacional (sic), la Ley 1482 de 2011 y los pronunciamientos de la Corte Constitucional en la materia (...) los servicios de vigilancia y seguridad privada deberán adoptar las medidas necesarias para prevenir y atender de forma adecuada los hechos o situaciones relacionadas con las personas con orientación sexual e identidad de género diversa (LGBTI), en los sitios y espacios donde se preste el servicio y adoptar procedimientos internos en tal sentido, o en su defecto aquellos que se requieran para sancionar actos de discriminación directa o indirecta, que puedan cometer el personal vinculado a los sujetos sometidos a Inspección, Vigilancia y Control de la Superintendencia.”

De la misma forma, recientemente profirió la Circular Externa número 20167000000235 del tres (3) de octubre de 2016, en la que, con base en su pertenencia al Pacto Global de las Naciones Unidas, estableció parámetros regulatorios sobre la protección de los derechos humanos y otras materias en el servicio de vigilancia, fundadas en las recomendaciones contenidas en el Código Internacional de Conducta para Servicios de Seguridad Privada.

53. En resumen, los servicios de seguridad privada se encuentran regulados y vigilados por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, quien tiene competencia de inspección, vigilancia y control sobre las empresas que hacen parte de dicho sector. Esa entidad ha desarrollado una labor regulatoria en materia de protección de derechos fundamentales, especialmente de la población LGBTI, mediante la expedición de actos administrativos que son de obligatorio cumplimiento por parte de las personas jurídicas vigiladas. (...).

v) Las empresas accionadas, no acreditaron la existencia de protocolos específicos para los procedimientos que deben adelantar los guardas de seguridad, cuando se enfrentan a las situaciones que implique la afectación de los derechos de la población LGBTI, como las que sustentan la solicitud de amparo de la referencia, a pesar de la existencia de Circulares expedidas por la SuperVigilancia y de cursos que dicen haber recibido por la Defensoría del Pueblo y la Corporación Caribe Afirmativo sobre estos asuntos.

⁵²⁴ Exp: T- 5.751.966. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

De igual manera, la Sala considera que como medida preventiva para evitar la repetición de los actos de discriminación descritos previamente, ordenará compulsar copias de todo lo actuado a la mencionada entidad, en atención a las funciones de inspección, vigilancia y control que ejerce la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, y con base en la Circular Externa número 20157000000195 del siete (7) de septiembre de 2015, para que dentro de sus competencias, si fuera procedente, adelante las investigaciones correspondientes contra la empresa de seguridad privada accionada, por los hechos que dieron origen a la solicitud de amparo de la referencia”.

Superintendencia Nacional de Salud

En sentencia T-387/18⁵²⁵ de 21 de septiembre de 2018, la Corte instó a la Supersalud a que, conforme a lo que dispuso en su Circular No. 04 de 2014, tomara las medidas pertinentes para darle cumplimiento a la misma:

“A partir de esta norma, y con el objetivo de vigilar que la prestación de los servicios de salud se haga en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y estándares de calidad, en las fases de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, la Superintendencia Nacional de Salud emitió la **Circular 04 de 2014**. En ésta estableció que debe ofrecerse atención integral y continuidad en el tratamiento, e impartió instrucciones precisas que debían ser cumplidas por las entidades vigiladas, como lo son los prestadores de servicios de salud, las entidades administradoras de planes, y las entidades territoriales. (...).

Por las anteriores razones, advierte la Corte la necesidad de instar a la Superintendencia Nacional de Salud para que dinamice de forma urgente los compromisos adquiridos mediante la Circular 04 de 2014 respecto de las personas con sospecha o diagnóstico de cáncer, y desarrolle medidas urgentes que permitan mejorar la oportunidad para el diagnóstico y la atención eficaz del cáncer en Colombia⁵²⁶”.

En fallo de tutela T-329/18⁵²⁷, se reconoció la importancia de una Circular de la SNS relativa a la forma como se deben facturar los eventos y tecnologías NO POS:

“7.3. Entonces, en relación al caso *sub examine*, la Secretaría de Salud Departamental de Antioquia adoptó por medio de la Resolución Departamental 192975 de 2015, un

⁵²⁵ Exp: T-6.757.944. Magistrada Sustanciadora: Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵²⁶ En sentido similar, Exp: T-4806450. T-421/15 de 6 de julio de 2015. M.P.: Myriam Ávila Roldán. “**Séptimo.- ORDENAR** al Ministerio de Salud y a la Superintendencia de Salud que, dentro de los dos meses siguientes a la notificación de esta providencia, expidan un instructivo equivalente a la Circular Externa 000004 de 2014, que permita que los pacientes de enfermedad renal crónica cuenten con información adecuada y suficiente sobre sus derechos y las obligaciones correlativas que surgen para los integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud respecto de la prevención, diagnóstico y tratamiento de esa enfermedad, en el marco de lo contemplado sobre el particular en la Ley 972 de 2005 y en las guías de práctica clínica y el modelo de prevención adoptados por la Resolución 3442 de 2006”.

⁵²⁷ De 13 de agosto de 2018. Exp: T-6.708.119. M.P.: Cristina Pardo Schlesinger.

modelo descentralizado para garantizar la atención de los afiliados del régimen subsidiado en salud respecto de los servicios no incluidos en el PBS. En este sentido, es importante seguir las instrucciones que impartió la SNS mediante la Circular Externa 017 de 2015 “*por la cual se imparten instrucciones respecto de la facturación de eventos y tecnologías NO POS*”.

A su vez, en fallo T-507/17⁵²⁸ de 4 de agosto de 2017, la Corte se basó en Circulares internas de la Superintendencia Nacional de Salud para definir el procedimiento de aumento de tarifas que superen el IPC en las empresas de medicina prepagada:

“8.2.4. Asimismo, para el cálculo de la tarifa se debe atender al grupo etario y al género, conforme a la clasificación de la Circular 057 de 2009 de la Superintendencia Nacional de Salud, que determina los siguientes rangos de edad: *i*) menores de un año; *ii*) de 1 a 4 años; *iii*) de 5 a 14 años; *iv*) de 15 a 18 años (Hombres); *v*) de 15 a 18 años (Mujeres); *vi*) de 19 a 44 años (Hombres); *vii*) de 19 a 44 años (Mujeres); *viii*) de 45 a 49 años; *ix*) de 50 a 54 años; *x*) de 55 a 59 años; *xi*) de 60 a 64 años; *xii*) de 65 a 69 años; *xiii*) de 70 a 74 años; y *xiv*) de 75 años y mayores.

8.2.5. Lo anterior implica que en toda ocasión que una empresa de medicina prepagada acuda a la Superintendencia Nacional de Salud con el fin de obtener el aval institucional para aumentar sus tarifas por encima del IPC, al ente de vigilancia le corresponderá estudiar tal solicitud a la luz de los principios fijados en el artículo 26 del Decreto 1570 de 1993 y reglas de las circulares internas de la entidad.

8.2.6. En conclusión, el ordenamiento jurídico ha fijado unas reglas mínimas que deben guiar la fijación de las tarifas en los contratos de medicina prepagada. Conforme al Decreto 1570 de 1993 y las circulares internas de la Superintendencia Nacional de Salud, estas deben responder a unos cálculos que aseguren la viabilidad financiera a la entidad y al mismo tiempo a unos grupos etarios determinados. Asimismo, dichas tarifas obedecen a los principios que el numeral cuarto del artículo 26 del mencionado decreto fija, entre los que se encuentran el de equidad económica y suficiencia, que no pueden desligarse de aquellos de orden legal y constitucional, como la eficiencia y accesibilidad económica que rigen para todos los servicios integrados al Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

Por su parte, en sentencia T-448/17, el alto Tribunal Constitucional fue enfático al afirmar que conforme a los siguientes instrumentos de *soft law*, la Supersalud señaló la prohibición de demoras institucionales en la prestación del servicio de salud:

“47. Mediante el Concepto No. 2-2012-095213 de 2012 y la Circular Externa No. 000013 de 2016, la Superintendencia Nacional de Salud estableció, entre otras cosas, que las EPS (o sus equivalentes en los regímenes especiales) no pueden imponer

⁵²⁸ T- 5.999.845. M.P.: Iván Humberto Escrucería Mayolo.

trabas administrativas a los pacientes y tienen el deber de eliminar cualquier barrera que comprometa la prestación eficiente y oportuna de los servicios médicos⁵²⁹.

En sentencia T-731/16⁵³⁰, la Corte estableció como fundamento una Circular de la Super, mediante la cual esta entidad señaló las directrices a seguir en relación con la IVE:

“También la Superintendencia Nacional de Salud, durante los años 2009 y 2011 expidió varias circulares externas con contenidos relacionados con el tema de la IVE, pero tales regulaciones fueron así mismo anuladas, semanas después de la anulación del ya referido Decreto 4444 de 2006, al estar basadas en este⁵³¹. Por tal razón, poco antes de tal decisión, e invocando como fundamento la jurisprudencia constitucional, el 26 de abril de 2013, la misma Superintendencia expidió la Circular 003, mediante la cual *“se imparten instrucciones sobre la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), en aplicación de la Constitución Política de Colombia, los tratados internacionales y las sentencias de la Corte Constitucional y se deroga la Circular 03 de 2011”*, que, entre otras materias, incluye precisiones sobre las medidas administrativas que deben ser adoptadas por los prestadores de servicios de salud, la objeción de conciencia y el derecho al diagnóstico⁵³².

En conclusión, no existe aún ninguna regulación legislativa en materia de interrupción voluntaria del embarazo, y entre las normas administrativas que durante estos años se han expedido, solo se encontraban vigentes para la fecha de los hechos, la Circular 003 de 2013 de la Superintendencia Nacional de Salud, y la regulación relativa a la inclusión en el POS de los métodos y medicamentos para practicar el procedimiento de IVE, las que junto con la jurisprudencia de este tribunal sobre la materia, constituyen la normatividad aplicable al tema⁵³³”.

⁵²⁹ Exp: T-6053726. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado. Estas fuentes reglamentarias han sido fundamento de algunas decisiones de esta Corte, en particular, en la sentencia T-188 de 2013.

⁵³⁰ Exp: T-5.374.927. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁵³¹ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 23 de mayo de 2013 (C. P. María Elizabeth García González).

⁵³² Esta circular fue invocada como norma aplicable al presente caso en la intervención presentada dentro de este proceso por el representante de Profamilia. Sin embargo, desde junio de 2013, esta norma fue también demandada ante el Consejo de Estado, entre otras razones, al cuestionarse la competencia para su expedición, demanda que fue finalmente resuelta mediante sentencia del 13 de octubre de 2016 (C. P. Guillermo Vargas Ayala), por la cual se anularon algunas de las instrucciones impartidas. Pese a este hecho, es claro entonces que para la fecha de los hechos que dieron lugar a esta tutela, tal regulación se encontraba plenamente vigente.

⁵³³ En el mismo sentido, exp: T-4.280.589. T-532/14. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez. “5.4. De esta manera, es claro que hoy en día no existe ninguna regulación legislativa en materia de interrupción voluntaria del embarazo y que, en materia de reglamentación, solo se encuentran vigentes la Circular No. 000003 de 2013, la cual no ha sido ni suspendida ni anulada por el Consejo de Estado, y la regulación relativa a la inclusión en el POS de los métodos para practicar el procedimiento de IVE”.

En diversos pronunciamientos como las sentencias T-148/16⁵³⁴, T-108/15⁵³⁵, T-558/13⁵³⁶, T-825/11⁵³⁷, T-111/03⁵³⁸, T-858/04⁵³⁹, T-1223/05⁵⁴⁰, T-959/05⁵⁴¹, T-641/06⁵⁴², T-006/07⁵⁴³, T-616/07⁵⁴⁴, T-974/07⁵⁴⁵, T-1055/08⁵⁴⁶, T-683/08⁵⁴⁷, el máximo Tribunal Constitucional tutela los derechos invocados con base en una Circular de 1995, mediante la cual la SNS condensó lo relativo a la atención de víctimas del tránsito:

“Por su parte, la Superintendencia Nacional de Salud, en Circular Externa No 14 de 1995, dejó claro que la responsabilidad de las entidades que atienden a víctimas de accidentes de tránsito que requieren de remisión, se extiende hasta el ingreso del paciente al nuevo centro asistencial, así lo explicó:

La entidad que haya prestado la atención inicial de urgencias tiene responsabilidad sobre el paciente hasta el momento en que lo dé de alta si no ha sido objeto de remisión. Si el paciente ha sido remitido, su responsabilidad llega hasta el momento en que el mismo ingrese a la entidad receptora”.

En fallo T-603/15⁵⁴⁸, la Corte apeló a la Circular Única de la SNS para subrayar el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de la autoridad regulatoria:

“14.- Esa norma también estableció que el trámite que debía seguir la superintendencia en ejercicio de sus competencias jurisdiccionales era el previsto en el artículo 148 de la Ley 448 de 1996 que, a su vez, remitía a la parte primera, Libro I, Título I del Código Contencioso Administrativo, en especial a las previsiones sobre el ejercicio del derecho de petición y el capítulo VIII que establecía las normas comunes a las actuaciones administrativas.

Sin desconocer esa regulación, la Superintendencia Nacional de Salud en su Circular Única diseñó el procedimiento para el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, en el que precisó los elementos que la petición debía contener:

i) La designación de la autoridad a la que se dirige.

⁵³⁴ Exp: T-5.224.577 y T-5.232.030 (acumulados). M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁵³⁵ Exp: T-4594976. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵³⁶ Exp: T-3.859.431. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁵³⁷ Exp: T-3.078.424. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵³⁸ Exp: T-671062. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵³⁹ Exp: T-900396. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

⁵⁴⁰ Exp: T-1187987. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

⁵⁴¹ Exp: T-1011736. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵⁴² Exp: T-1370770. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵⁴³ Exp: T-1430098. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

⁵⁴⁴ Exp: T-1598996. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

⁵⁴⁵ Exp: T-1663375. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

⁵⁴⁶ Exp: T-1817452. M.P.: Jaime Araújo Rentería.

⁵⁴⁷ Exp: T-1847372. M.P.: Mauricio González Cuervo.

⁵⁴⁸ Exp: T-4917506. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

- ii) Los nombres y apellidos completos del solicitante y de su representante o apoderado, si es el caso, con indicación del documento de identificación, dirección y teléfono.
- iii) El objeto de la petición clara y precisa.

(...).

La circular referida se ocupó de la notificación del auto admisorio⁵⁴⁹, la contestación de la solicitud, el traslado de las excepciones, la audiencia en la que se adelanta la conciliación, la fijación de los hechos, pretensiones y excepciones, el saneamiento del trámite, el decreto y práctica de las pruebas, las alegaciones de las partes y la sentencia. También estableció los recursos que proceden contra las decisiones emitidas en el proceso, particularmente el recurso de reposición contra los autos y el de apelación contra la sentencia y el auto que declara la falta de competencia”.

En tutela⁵⁵⁰ instaurada por más de 1000 mujeres en contra de la Procuraduría General de la Nación en virtud de las restricciones que esta entidad impuso en la práctica del aborto que fue despenalizado en tres causales mediante sentencia C-355/06, la Corte tuteló los derechos invocados y dejó incólume la Circular por la cual la Supersalud dio cumplimiento a este fallo y a la sentencia T-388 de 2009⁵⁵¹:

“Para la Sala resulta inaceptable que una funcionaria pública de la PGN desarrolle su función preventiva en contravía de la jurisprudencia constitucional y utilizándola para amenazar el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales que llevaron a esta Corte a reconocer la IVE en las hipótesis despenalizadas, es decir, el libre desarrollo de la personalidad, la vida y la salud física y mental de las mujeres, incluidas las actoras. En consecuencia, se ordenará a la Procuradora Delegada Ilva Myriam Hoyos Castañeda enviar una comunicación al Superintendente Nacional de Salud en la que rectifique su oficio del 2 de marzo de 2010 en lo que toca con la obligación de la Superintendencia Nacional de Salud de remover los obstáculos para acceder a la IVE y revoque su solicitud de modificación de la Circular Externa 058 de 2009⁵⁵²”.

⁵⁴⁹ Circular Única. Superintendencia Nacional de Salud, Título I, Capítulo I, artículo 2.6. “*En el Auto Admisorio se correrá traslado al peticionado por el término de 4 días, y su notificación se efectuará a través de la Secretaría General de la Superintendencia Nacional de Salud, en la forma establecida en los artículos 315 a 320 del Código de Procedimiento Civil.*”

⁵⁵⁰ Fallo T-627/12. Exp: T-3.331.859. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵⁵¹ En el mismo sentido, exp: T-2.597.513. T-585/10. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵⁵² Entre otros, la Circular contempló la siguiente disposición: “*está prohibido a las EPS e IPS, públicas o privadas, laicas o confesionales, imponer obstáculos o exigir mayores requisitos a los requeridos para la interrupción voluntaria del embarazo bajo las hipótesis establecidas en la sentencia C-355 de 2006*”. Autos como el A-327/10, A-381/10, A-085a/11, A-172/11, A-273/11 y A-448/17, mediante el cual se declara el cumplimiento de lo resuelto en la sentencia T-388 de 2009 le hacen seguimiento a lo dispuesto en estas sentencias. En auto A-330/16 y A-038/12 se rechazó la nulidad de la sentencia T-585/10 y T-627/12 presentada por el Procurador General de la Nación Alejandro Ordoñez y la Procuradora General de la Nación encargada Martha Isabel Castañeda Curvelo y el señor Hernando Salcedo Tamayo respectivamente.

En sentencia T-213/10⁵⁵³, se tomó como fundamento que el Consejo de Estado no anulara un acápite de una Circular expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, conforme al cual esta autoridad se facultó para examinar el correcto ejercicio del recaudo de recursos parafiscales:

“14.4 Además resalta esta Sala que el Consejo de Estado en sentencia proferida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Consejero Gabriel Eduardo Mendoza, al pronunciarse sobre la legalidad del numeral 5 de la Circular 110 del 2000 emitida por la Superintendencia de Salud, según el cual, “5. Para que se cumpla el mandato constitucional de que las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a salud y educación, por lo menos el 51% de dichos recursos se deben girar a esos sectores (...)”, consideró que: (...).

Consecuente con lo anterior, la Sala denegará la pretensión de nulidad del numeral 5 de la circular acusada, pues, como ya se vio, a la Superintendencia Nacional de Salud le corresponde velar por la oportuna y adecuada liquidación, recaudo, giro, transferencia, cobro y utilización de los recursos fiscales y demás arbitrios rentísticos, cualquiera sea su origen, con destinación a la prestación de los servicios de salud y educación. (...).”

Superintendencia de Subsidio Familiar

En fallo de tutela T-623/16⁵⁵⁴ de 11 de diciembre de 2016, mediante el cual la Corte revisó el caso de una menor con retardo mental severo y epilepsia mixta refractaria a la cual la Caja de Compensación Familiar le había negado el acceso a un subsidio por la falta de un certificado de calificación de pérdida de capacidad laboral de una Junta Regional de Calificación de Invalidez. Lo anterior, con base en la Circular 0002 de 2013 expedida por la Superintendencia de Subsidio Familiar, mediante la cual:

“...se señala que el Certificado del médico no solamente es de la EPS, sino de cualquier entidad competente para certificar la discapacidad que le impida trabajar. En palabras de la entidad accionada:

“El certificado médico no solamente es el de la EPS, sino de cualquier entidad competente para certificar la discapacidad que impida trabajar, ...”.

En esta medida, la Circular 0002, en vez de tener un ánimo restrictivo, como equivocadamente lo plantea la accionada, tenía como objetivo ampliar las fuentes de las cuales puede provenir la certificación a la que alude la Circular No. 13”.

Comisión de Regulación de Energía y Gas

⁵⁵³ Exp: T-2.448.202. M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.

⁵⁵⁴ Exp: T-5.637.728. M.P.: Alejandro Linares Cantillo.

En sentencia C-1062/08⁵⁵⁵, la Corte decidió una demanda de inconstitucionalidad, mediante la cual:

“Otra razón que impide a esta Corte efectuar ese análisis material, consiste en que al tenor de la norma acusada el establecimiento del esquema de responsabilidad de marca con cilindros de propiedad del distribuidor debe ser introducido por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG, facultad que no fue cuestionada por la demandante y ya fue ejercida por ese organismo al expedir la Circular 050 del 13 de agosto de 2007 y la Resolución 063 de julio 12 del mismo año, que sometió a consulta pública la propuesta de Reglamento Técnico de Distribución y Comercialización Minorista de Gas Licuado de Petróleo, finalmente adoptado mediante Resolución 023 de marzo 5 de 2008, donde están consignados los parámetros generales del nuevo marco regulatorio, desarrollando aspectos tales como los requisitos para la operación y distribución domiciliaria del combustible, comercialización, contratos, infraestructura, medición, entre otros aspectos básicos de la prestación de dicho servicio.

Téngase presente que la validez de tales actos no puede ser examinada por la Corte Constitucional sino por la jurisdicción de lo contencioso administrativo (art. 82 CCA), a la cual podría acudir la demandante, si a bien lo tiene y cree hallar fundamento, en procura de obtener respuesta a los cuestionamientos planteados sobre el nuevo esquema de la prestación del servicio domiciliario de gas licuado de petróleo.

Superintendencia de Industria y Comercio

Bajo esta búsqueda se encontró un pronunciamiento T-114/18⁵⁵⁶, cuyo sustento para no acceder a la invocación de derechos fue una guía expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio⁵⁵⁷:

“70.Precisamente, la Superintendencia de Industria y Comercio publicó la guía denominada “*Protección de datos personales en sistemas de videovigilancia*”⁵⁵⁸, en la cual se brinda una orientación a aquellas personas naturales o jurídicas que implementen tales sistemas y, en consecuencia, los exhorta para que adecúen el uso de los mismos a las disposiciones que regulan la protección de datos personales.

71.En dicha publicación se precisó que los sistemas de videovigilancia son considerados como intrusivos de la privacidad al involucrar herramientas como el monitoreo y la observación de las actividades que realizan las personas a lo largo del día. (...)”.

⁵⁵⁵ Exp: D-7223. 29 de octubre de 2008. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

⁵⁵⁶ Exp: T-6.492.167. M.P.: Carlos Bernal Pulido.

⁵⁵⁷ En sentido similar, se hace referencia a una Guía Técnica de Responsabilidad Social ICONTEC mediante la cual se define la RSE, sentencia T-781/14, la cual fue utilizada en el capítulo dos.

⁵⁵⁸ http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Guia_Vigilancia_sept16_2016.pdf

Por su parte, en sentencia C-951/14⁵⁵⁹, la Corte revisó la constitucionalidad de un Proyecto de Ley por el cual *se regula el derecho fundamental de petición...*, y analizó la obligatoriedad de los conceptos en contraposición con actos administrativos como las Circulares o Instrucciones de Servicio:

“Al respecto, la Corte se ha pronunciado en torno a la naturaleza jurídica de los conceptos proferidos por las autoridades en respuesta a los derechos de petición de consulta, así en Sentencia C-487 de 1996 explicó que:

“Cuando el concepto se produce a instancia de un interesado, éste queda en libertad de acogerlo o no y, en principio, su emisión no compromete la responsabilidad de las entidades públicas, que los expiden, ni las obliga a su cumplimiento o ejecución. Por consiguiente, de la circunstancia de que el administrado no se someta a sus formulaciones no puede ser objeto de consecuencias negativas en su contra, diferentes a las que podrían originarse del contenido de las normas jurídicas sobre cuyo entendimiento o alcance se pronuncia el concepto. No obstante, cuando el concepto tiene un carácter autorregulador de la actividad administrativa y se impone su exigencia a terceros, bien puede considerarse como un acto decisorio de la Administración, con las consecuencias jurídicas que ello apareja. En tal virtud, deja de ser un concepto y se convierte en un acto administrativo, de una naturaleza igual o similar a las llamadas circulares o instrucciones de servicio.”

Esta postura jurisprudencial fue reiterada en las Sentencias C-877 de 2000, T-807 de 2000 y C-542 de 2005, en las cuales la Corte señaló:

“Los conceptos emitidos por las autoridades públicas en respuesta del derecho de petición de consultas contenido en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo significan, en principio, una orientación, un consejo, un punto de vista. Se convierten en acto administrativo, en la medida en que de tales conceptos se desprendan efectos jurídicos para los administrados”.

Superintendencia Puertos y Transportes

En tutela T-122/18⁵⁶⁰ de nueve de abril, se mencionó brevemente la obligación de las autoridades de informar a la Supertransporte:

“111. Así mismo, de acuerdo con la Circular 47 de 2016 de la Superintendencia de Puertos y Transporte, las autoridades locales de educación y de tránsito y transporte tienen la obligación de reportarle a esa entidad las situaciones anómalas que observen en la prestación del servicio de transporte escolar relacionadas con el cumplimiento de los contratos o la seguridad de los estudiantes. Además, por lo menos dos veces al mes, las autoridades de tránsito, o en su defecto la Policía de Carreteras, deben realizar

⁵⁵⁹ Exp: PE-041. M.P.: Martha Victoria Sáchica Méndez.

⁵⁶⁰ T-6.473.851. M.P.: Carlos Bernal Pulido.

operativos de control a las rutas que cubran tanto las zonas urbanas como las zonas rurales de los municipios⁵⁶¹”.

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

En sentencia T-224/06⁵⁶², mediante la cual se denegó una acción de tutela instaurada en contra de ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., por cuenta de:

“No sobra destacar para concluir este tema, que la propia Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en la Circular Interna Informativa N° 011 de septiembre 6 de 2004, referente al “*debido proceso dentro del procedimiento de defensa del usuario del servicio público de energía*”, señaló lo siguiente:

“Así las cosas, para iniciar la actuación administrativa, la prestadora deberá comunicar formalmente al usuario o suscriptor la actuación que se inicia, ... (Subrayas no originales).

Así las cosas, en el asunto *sub judice* no son de recibo las consideraciones del actor, concerniente a que el Pliego de Cargos que dio inicio a la actuación administrativa sancionatoria le debía ser notificado personalmente, pues como se vio, tanto el Código Contencioso Administrativo, el Contrato de Condiciones Uniformes de Prestación del Servicio Público de Distribución de Energía y la Circular N° 011 de 2004 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, establecen que dicha actuación debe ser comunicada”.

Es decir, a partir de la reseña de lo que plasma la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en una Circular expedida por ella, la Corte indica el proceso que se debe acatar en una actuación administrativa, el cual se encuentra en concordancia con lo dispuesto en norma de *hard law*, confirmando la competencia de la Superintendencia de reglamentar lo relativo al debido proceso internamente.

Agencia Nacional de Contratación Pública

En sentencia T-302/17⁵⁶³ de ocho de mayo el Alto Tribunal Constitucional decidió una acción de tutela interpuesta con ocasión al estado de emergencia y prioridad de la situación que vive el pueblo wayúu en relación con la falta de alimentación, agua y salud de los niños de esta

⁵⁶¹ La sentencia C-742/15, exp: RE-220. M.P.: María Victoria Correa, se toca tangencialmente otra Circular expedida por la Supertransporte: “Así, afirma la Secretaria Jurídica de Presidencia, se garantiza la sana competencia y se permite a los productores, comercializadores y exportadores de carbón de los municipios afectados que se beneficien por la medida adoptada por la Superintendencia de Puertos y Transporte en la circular externa 038 de 1° de septiembre de 2015, en el sentido de efectuar un cobro inferior de la tarifa de uso de instalaciones portuarias registradas en esa entidad “*siempre y cuando la tarifa acordada no sea inferior a los costos de operación del respectivo Puerto y solo para el carbón que se produce en el municipio de Norte de Santander*””.

⁵⁶² Exp: T-1233809. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

⁵⁶³ Exp: T-5.697.370. M.P.: Aquiles Arrieta Gómez.

comunidad por cuenta de conductas presuntamente constitutivas de actos de corrupción en la contratación pública de estos bienes, por lo que:

“9.4.6.2.4. La Sala de Revisión considera que el Gobierno Nacional, bien sea en el marco del Mecanismo Especial, deberá convocar a la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente– para que dentro de sus facultades y funciones constitucionales y legales determine los mecanismos o lineamientos para lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado en los procesos contractuales que realicen las entidades del orden nacional y del orden territorial para la superación del estado de cosas inconstitucional. Se aclara que dichos mecanismos o lineamientos deberán tomar la forma jurídica que el Gobierno Nacional considere más efectiva (una circular, una resolución, incluso un decreto, etc.). Además de convocar a la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, se sugiere convocar y concertar con la Fiscalía General de la Nación, con la Contraloría General de la República, con la Contraloría Departamental de La Guajira, así como también con la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios”.”

Es decir, se instó al Gobierno Nacional a que por medio de la Agencia Nacional de Contratación Pública se adoptaran medidas urgentes mediante actos administrativos como una Circular para subsanar la situación de emergencia en territorio wayúu, tutelando los derechos fundamentales a la salud, agua potable, alimentación y seguridad alimentaria de los niños de este pueblo indígena.

Banco de la República

En múltiples de estos pronunciamientos se hace referencia a Circulares utilizadas en la argumentación de la Corte, pero expedidas por la Superfinanciera⁵⁶⁴. Por lo que se hace énfasis en aquellas en las que el Banco de la República es la entidad encargada de emitir las.

Es así como dentro de la participación de las circulares como documentos que son insumo de jurisprudencia, se destaca el caso de la Sentencia T-028/08⁵⁶⁵, en la que se retoman el rol de las Circulares del Banco de la República y de la Superintendencia Bancaria de Colombia como actores que reglan procesos de orden financiero; uso que también ha sido precedido por el uso de estos documentos en providencias de juzgado civil:

“En la demanda ejecutiva formulada por el Banco Colmena contra la accionante se presentaron las obligaciones a ejecutar ajustadas conforme lo ha ordenado la

⁵⁶⁴ Entre ellas, T-265/15, T-753/14, T-288/11, T-089/06, T-391/05, T-822/03. Por ejemplo, la T-822/03: “**SEGUNDO.** En su lugar, **ORDENAR** que en los cinco casos relacionados en el punto anterior, el Fondo Nacional de Ahorro, dentro del mes siguiente a la notificación de la sentencia, informe a los cinco deudores de vivienda que interpusieron las tutelas, su situación, relacionando con claridad, certeza y de manera comprensible los procedimientos de reliquidación y redención de créditos, a fin de que a los deudores se les permita formular reclamos, solicitar y presentar pruebas e interponer recursos; todo ello de acuerdo con las normas legales, la sentencia C-955 de 2000 y las Circulares de la Superintendencia Bancaria, como se indicó en la parte motiva del presente fallo”.

⁵⁶⁵ Exp: T-1.317.764. M.P.: Viviana del Socorro Pérez Álvarez.

jurisprudencia de la Corte Constitucional, las circulares del Banco de la República y la Ley 546 de 1999. En efecto, en el escrito de demanda Colmena señala que las obligaciones pactadas en pesos y en UPAC fueron convertidas a UVR de acuerdo con lo establecido en el artículo 39 de la Ley 546 de 1999, de igual forma se manifestó que si bien los intereses remuneratorios fueron pactados en la DTF + 9, por ser superiores a la tasa para préstamos de vivienda definida por el Banco de la República en 13,92%, fueron debidamente ajustados.

(...)

De lo expuesto hasta ahora se tiene; en primer lugar que las excepciones formuladas (...), no podrán declararse prósperas, por cuanto del análisis realizado se encuentra que la reliquidación de los créditos se hizo ajustado a la legalidad, ley 546 de 1999, en armonía con la sentencia C-955 de 2000, la circular 007 de 2000, y se encuentran elaboradas en la pro forma 0050. El trámite del proceso corresponde a esta vía ejecutiva, pues no de otra manera se discutiría una liquidación a un crédito, y la mora en el pago de los pagos estipulados por instalamentos que aceleró el plazo, para hacer exigible la obligación y hacerla coactiva.

Ibídem, Sentencia del 3 de mayo de 2004 proferida por el Juez 13 Civil del Circuito de Medellín, folios 143 – 160.”

4.2. Instrucción

Consejo de Estado – Resultado por Cruce de palabras (autoridad regulatoria + instrumento de soft law)			
“Cruce de palabras”	Res⁵⁶⁶	Con⁵⁶⁷	Referencias analizadas
“Superintendencia de Notariado y Registro” e “Instrucción”	6	3	<u>11001-03-24-000-2004-00218-00</u> <u>11001-03-24-000-2004-00253-01</u> <u>11001-03-24-000-2004-00253-01</u> <u>11001-03-24-000-2004-00193-01</u> <u>11001-03-24-000-2003-00087-01</u> <u>11001-03-24-000-2002-00092-01</u>
“Superintendencia Nacional de Salud” e “Instrucción”	2	2	<u>11001-03-24-000-2013-00257-00</u> <u>11001-03-24-000-2005-00284-01⁵⁶⁸ (auto)</u>
“Superintendencia de Industria y Comercio” e “Instrucción”	2	2	<u>25000-23-24-000-2012-00832-01</u> <u>11001-03-24-000-2002-00178-01</u>
“Superintendencia de Sociedades” e “Instrucción”	1	0	25000-23-24-000-1991-01475-01 (auto)

⁵⁶⁶ Resultados arrojados. Si una vez realizada la búsqueda combinada no se obtenían resultados, se procedía a buscar solamente la entidad.

⁵⁶⁷ Concordancias.

⁵⁶⁸ Se referencia en el expediente 11001-03-24-000-2005-00301-00.

“Icfes ⁵⁶⁹ ” e “instrucción”	1	0	25000-23-26-000-2001-00402-01 230848 (concepto)
“Banco de la República ⁵⁷⁰ ” e “Instrucción”	4	0	25000-23-27-000-2010-00149-01 25000-23-27-000-2010-00144-01 25000-23-27-000-2010-00146-01 25000-23-27-000-2010-00148-01

Superintendencia de Notariado y Registro

En sentencia de 25 de septiembre de 2003⁵⁷¹, el Consejo de Estado determinó que no había lugar a la anulación de los apartes demandados de la Instrucción Administrativa No. 01-46 de 8 de junio de 2001, en la medida en que:

“En cuanto a los cargos primero y segundo relativos a la violación del numeral 1 del artículo 150 y del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, considera la Sala que no prosperan puesto que el Superintendente no está asumiendo la función de reglamentar la Ley 258 de 1996, sino que **está cumpliendo una de las funciones que le corresponden cual es la de instruir y orientar a los Notarios y Registradores sobre la aplicación de las normas, actualizando, en este caso, la Instrucción Administrativa 09 de 1999 a las luz de la Ley 258.**

(...).

Esta Instrucción estaría comprendida dentro del género “Circulares” que reglamentan procedimientos al interior de una entidad y sobre las cuales esta Corporación ha señalado que son susceptibles de control jurisdiccional ya que contienen decisiones capaces de producir efectos jurídicos”.

Es decir, el Super de Notariado y Registro está facultado para emitir instrucciones a los Notarios y Registradores con base en lo dispuesto en la Instrucción demandada.

Superintendencia de Industria y Comercio

A su vez, en sentencia del primero de marzo de 2018⁵⁷², el Tribunal contencioso administrativo estableció que:

“En el caso concreto, la sociedad MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A., tanto en la demanda como en la apelación, manifestó que la SIC tiene regulado las visitas de inspección en una Circular Única, al ser consultada esta en la página web de la accionada, la vigente para la fecha de los hechos, reguló este tema, en el Título I, sobre actuaciones ante la Superintendencia de Industria y Comercio, Capítulo

⁵⁶⁹ Bajo el nombre completo de la entidad, “Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación Superior” no arroja resultado alguno.

⁵⁷⁰ La relatoría no arroja resultados, toda vez que el sistema no carga. Sucede lo mismo con la combinación con “directiva” y “norma técnica”.

⁵⁷¹ Exp: 11001-03-24-000-2002-00092-01. M.P.: Olga Inés Navarrete Barrero.

⁵⁷² Exp: 25000-23-24-000-2012-00832-01. Consejero Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

VI, respecto de las reglas aplicables a ciertas actuaciones de esta, disponiendo, el numeral «6.1 Visitas de inspección», lo siguiente:

(...).

De las normas, jurisprudencia y la circular única transcritas, evidencia esta Sala, que no existe un deber legal, por un lado, de informar, previamente, la realización de una visita de inspección, (...)

Finalmente, en este punto y dada la argumentación de la sociedad apelante, de cara al planteamiento de la reserva que tanto en vía administrativa como judicial ha enarbolado la sancionada, la Sala advierte que el derecho de inspección que deviene de la necesidad ineluctable del Estado por propender al orden dentro del Estado Social de Derecho, lo que implica desde la arista de la vigilancia el deber de concurrir a la orden de exhibición y del cumplimiento de las instrucciones impartidas, con amplio espectro, ante el requerimiento del ente que ejerce el control, la inspección y vigilancia, no siendo de recibo, desplegar conductas como las sancionadas, al argumentar reservas ora de personas ora societarias, que indicaron al ente de vigilancia, con la justa razón, la oposición al cumplimiento de la directriz en su calidad de vigilada.

(...)

iv) En desarrollo de la actuación administrativa la delegación de la SIC, requirió información que se pudo desprender de la misma visita -literal b) de la Circular Única-⁵⁷³, **que reposaba en equipos de cómputo de algunos funcionarios**, a lo que se opuso, quien atendía la visita, bajo el argumento de que «*allí reposa información personal, íntima y privada de ellos, así como información interna de la empresa*» y que por el día cívico, no había un ingeniero de sistema para adelantar tal procedimiento”.

Es decir, con base en la Circular única, es viable requerir por parte de la SIC de forma verbal información que resulte relevante para el resultado de la visita de inspección, mostrándose aquí un claro ejemplo de uso de *soft law* administrativo para definir una facultad propia de una AAI.

Corte Constitucional de Colombia – Resultado por Cruce de palabras (autoridad regulatoria + instrumento de soft law)			
Combinación	Res	Con	Referencias analizadas

⁵⁷³ «b) Los documentos e información que requieran los funcionarios comisionados por esta Superintendencia, serán requeridos por escrito al representante legal de la entidad o al revisor fiscal. Tal solicitud será suscrita por un funcionario de la Superintendencia de Industria y Comercio y en la misma se señalará el término para atender el requerimiento correspondiente. **No obstante, hay casos en que la información requerida se desprende de lo encontrado en la misma visita y la información debe ser entregada en ese momento**». Énfasis de la Sala.

“Unidad de Proyección Normativa y Estudios de Regulación Financiera” AND “Instrucción”	1	0	<u>T-071/17</u>
“Superintendencia Financiera de Colombia” AND “Instrucción”	31	2	<u>A-096/17</u> <u>C-860/06</u>
“Superintendencia de Economía Solidaria” AND “Instrucción”	4	0	C-569/17, SU-053/15 C-465/14, <u>T-467/10</u>
“Superintendencia de Notariado y Registro” AND “Instrucción”	46	10	<u>A-222/16, T-129/19</u> <u>T-154/18, T-407/17</u> <u>T-086/17, T-549/16</u> <u>T-548/16, T-275/15</u> <u>T-918/11, T-927/10</u>
“Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada” AND “Instrucción”	9	1	T-363/18, <u>T-030/17</u> C-530/15, T-909/11 T-314/11, C-123/11 T-679/05, T-169/05 C-186/03 ⁵⁷⁴
“Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca” AND “Instrucción”	3	3	<u>A-096/19, T-226/16</u> <u>C-699/15</u>
“Superintendencia Nacional de Salud” AND “Instrucción”	61	1	<u>C-860/06</u>
“Comisión de Regulación de Energía y Gas” AND “Instrucción”	5	0	T-135/13, C-224/13 SU-1010/08, C-560/04 C-150/03
“Superintendencia de Industria y Comercio” AND “Instrucción”	37	0	
“Superintendencia de Sociedades” AND “Instrucción”	54	0	
“Junta Central de Contadores” AND “Instrucción”	3	0	T-278/12 C-788/09 C-078/03
“Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación” AND “Instrucción”	5	0	T-039/19, C-491/16 T-119/14, T-110/10 C-704/10
“Parques Nacionales Naturales de Colombia” AND “Instrucción”	2	0	T-008/19 T-384a/14

⁵⁷⁴ Ley 61 de 1993. ARTICULO 110. CIRCULARES. La Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, emitirá circulares a los entes vigilados para divulgar información, instruir sobre las disposiciones que regulan su actividad, fijar criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de las normas legales, señalar procedimientos para su aplicación e impartir órdenes e instrucciones que se requieran en desarrollo de su función de vigilancia, inspección y control.

“Autoridad Nacional de Licencias Ambientales” AND “Instrucción”	12	2	SU-095/18, C-073/18 <u>T-690/17</u> , T-361/17 <u>T-298/17</u> , T-236/17 T-227/17, T-151/17 T-095/15, T-384a/14 T-135/13, C-572/12
“Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico” AND “Instrucción”	5	1	T-430/16, <u>T-385/13</u> SU-1010/08, C-560/04 C-150/03
“Comisión de Regulación de Comunicaciones” AND “Instrucción”	4	2	<u>T-298/17</u> , T-236/17 <u>T-071/17</u> , C-580/13
“Autoridad Nacional de Televisión” AND “Instrucción”	5		C-067/18, T-361/17 C-379/16, C-784/14 C-580/13
“Agencia Nacional del Espectro” AND “Instrucción”	5	0	C-379/16, C-580/13 C-223/13, T-104/12 C-540/12
“Superintendencia de Puertos y Transportes” AND “Instrucción”	11	1	<u>T-122/18</u> , C-189/17 C-360/16, C-699/15 C-896/12, C-765/12, C-468/11, T-051/05 C-104/04, T-054/03 T-429/03
“Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios” AND “Instrucción”	17	1	T-430/16, C-620/15 T-891/14, T-711/13 <u>T-385/13</u> , T-082/13 C-274/13, T-418/10 C-537/10, T-077-09 T-1246/08, SU-1010/08 C-305/04, C-150/03 C-078/03, C-063/03 C-037/03
“Agencia Nacional de Contratación Pública” AND “Instrucción”	1	0	C-527/17
“Banco de la República” AND “Instrucción”	63	0	
“Corporación Autónoma Regional” AND “Instrucción”	35	2	<u>T-227/17</u> <u>T-095/15</u>

Superintendencia de Notariado y Registro

En fallo de tutela T-129/19⁵⁷⁵ de 22 de marzo de 2019, el Tribunal Constitucional resolvió que el Registro Único de Predios y Territorios Abandonados RUPTA se debe llevar a cabo por la Unidad de Restitución de Tierras. Es decir, la Superintendencia fue competente para

⁵⁷⁵ Exp: T-7.078.909. M.P.: José Fernando Reyes Cuartas.

estimar en cabeza de qué entidad recae esta facultad en consonancia con la Instrucción 10 de 2016:

“Igualmente, en la Instrucción Administrativa n°. 10 del 19 de julio de 2016⁵⁷⁶ y en la Circular n°. 949 del 16 de marzo de 2017, atendiendo la referida normatividad relacionada con el RUPTA, se clarificó a los registradores de instrumentos públicos que la Unidad de Restitución de Tierras es la única entidad competente para ordenar la cancelación de las medidas de protección, para lo cual deberá allegar el correspondiente acto administrativo debidamente motivado.

30. Por lo discurrido, la Sala concluye que: (i) el RUPTA, actualmente administrado por la Unidad de Restitución de Tierras, no está condicionado a la naturaleza del predio abandonado (urbana o rural); (ii) la competencia para ordenar el registro o cancelación de la medida cautelar recae en la Unidad, mientras que las ORIP serán las encargadas de inscribir en el folio de matrícula inmobiliaria la anotación que corresponda; (iii) para asentar la prohibición de enajenación o transferencia de derechos sobre inmuebles abandonados por desplazamiento forzado se encuentra habilitado el código registral n°. 0474; por su parte, el código n°. 0933 está dispuesto para señalar que un predio ha ingresado al Registro de Tierras Despojadas o Abandonadas Forzosamente - RTDAF-.”

Por su parte, en tutela T-154/18⁵⁷⁷ se hizo referencia a la Instrucción 3 de 2008 conforme a lo cual la Corte analizó que:

“Según lo ha entendido esta Corporación, de las normas referidas se deriva que la relación laboral entre el notario y sus empleados debe desenvolverse con base en la autonomía y la independencia que tiene el titular para conformar su despacho, pero sin desconocer lo estipulado en el Código Sustantivo del Trabajo⁵⁷⁸. Fue por lo anterior, que la Superintendencia de Notariado y Registro expidió la Instrucción Administrativa No. 3 de 2008, en la cual reguló lo relacionado con las obligaciones laborales del notario saliente:

“Del notario. Debe tener al día los aportes tanto a la EPS –salud- como al sistema de pensiones al que se encuentre afiliado (L. 100/93, art. 153, núm. 2). (...)”⁵⁷⁹.”

En concordancia con ello, se entiende que la Supernotariado cuenta con la competencia para regular lo relacionado con las obligaciones laborales de los notarios que se separan de su cargo.

⁵⁷⁶ Emitida por la Superintendencia de Notariado y Registro.

⁵⁷⁷ Exp. T-6.416.859. Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas.

⁵⁷⁸ Sentencia T-086 de 2017. Exp: T- 5875685. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵⁷⁹ En el mismo sentido ver Sentencias T-918/11 de 7 de diciembre de 2011. Exp: T-3.094.255. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Y T-927/10 de 23 de noviembre de 2010. Exp: T-2.769.439. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

En sentencia T-275/15⁵⁸⁰ de 12 de mayo de 2015 se hizo alusión a la Instrucción 24 de 2003 para, mediante la cual la Superintendencia de Notariado y Registro indicó las directrices a seguir en relación con la autenticación de documentos por parte de los jueces. En ese orden de ideas, esta entidad por cuenta de sus facultades dispuso cómo debía desarrollarse este trámite:

“Además, existen diversos antecedentes legales en los que dentro de un contexto similar al analizado en esta oportunidad, se ha autorizado sin mayores trabas el ejercicio de la fe pública a cargo de dichos funcionarios públicos:

(i) A través de la Instrucción Administrativa No. 24 de agosto veintidós (22) de dos mil tres (2003), la Superintendencia de Notariado y Registro examinó la consulta presentada por la Juez Promiscuo Municipal de Tauramena, Casanare en relación con la posibilidad jurídica para realizar autenticaciones de firmas y de fotocopias en un contexto en el cual el único despacho judicial del municipio era el de su titularidad y la notaría más cercana se encontraba a varios kilómetros de este. En esta ocasión, la Superintendencia adujo que el juez podía autenticar los documentos privados que le fueran presentados, lo cual comprendía el reconocimiento de las firmas que aparecieran en el documento y el contenido de éste. Concretamente, sostuvo lo siguiente:

“Si el Código de Procedimiento Civil no estableció un ritual específico para el reconocimiento por parte del juez de documentos privados, bien podría el Juez utilizar de manera analógica la forma establecida por el Estatuto Notarial, ya que la finalidad de la diligencia es la misma: darle autenticidad a un documento privado”.

Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca

En sentencia C-699/15⁵⁸¹ de 18 de noviembre de 2015 se observa la clara incursión de la técnica en los parámetros a tener en cuenta a la hora de expedir regulaciones por parte de la entidad en el marco de sus facultades:

“En cuanto al reglamento, conviene precisar que es distinta la potestad reglamentaria del Presidente de la República, en cuanto a su capacidad para dictar normas que desarrollan las leyes, ya sean decretos, reglamentos, circulares, instrucciones, resoluciones o directrices (Art. 189 numeral 11 C.P.), que la actividad reglamentaria de los organismos administrativos para aplicar las normas, entre estas las que ha expedido el ejecutivo; competencia que tiene por fundamento la función administrativa consagrada en el Artículo 209 de la Constitución Política. En tal sentido, la autoridad pesquera está facultada para emitir actos administrativos en aplicación del régimen de pesca contenido en la Ley 13 de 1990 que determinen los aspectos de orden técnico y biológico, como las técnicas de captura, la tecnologías en las embarcaciones, la implementación de redes mecanizadas, la instalación de medios para procesar y conservar alimentos, las especies en riesgo de extinción, la

⁵⁸⁰ Exp: T-4458978. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa.

⁵⁸¹ Exp: D-10610. M.P.: Alberto Rojas Ríos.

pesca de especies prohibidas para el consumo humano, las tallas mínimas de captura de las especies y los periodos de veda son susceptibles de la actividad regulatoria por la autoridad administrativa pesquera. Sin embargo, en ningún caso la autoridad de pesca puede tipificar las conductas sancionables”.

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

En fallo de tutela T-385/13⁵⁸², se cita un concepto⁵⁸³ emitido por esta Superintendencia mediante el cual esbozó lo relativo a las disposiciones aplicable a los contratos de venta de agua, en una sentencia que revisó lo concerniente a la reducción del caudal y la presión del agua en cumplimiento de un contrato de este tipo:

“Sobre esto, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en el concepto 732 de 24 de noviembre de 2008, señaló que a los contratos de venta de agua en bloque *“no le son aplicables las disposiciones sobre suspensión y corte del servicio, revisión de equipos de medida, cobro por promedio, cobro ejecutivo o coactivo de facturas y las demás situaciones que son propias de la ejecución de los contratos de condiciones uniformes, regulados por la Ley 142 de 1994...*

5.3. Estos contratos por pertenecer a la órbita de la iniciativa privada, se gobiernan por la voluntad de los contratantes, dentro de los límites del bien común...

Tercero.- ORDENAR a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios apoyar, acompañar y vigilar el pleno cumplimiento del presente fallo, con el fin de garantizar de manera efectiva los derechos aquí protegidos. En dicho trámite Coopjardín ESP Ltda, deberá demostrar que cuenta con la infraestructura y los mecanismos técnicos requeridos para expandir su cobertura en la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado”.

Corporación Autónoma Regional

Si bien no se hace mención a ninguna instrucción, en sentencia T-227/17⁵⁸⁴, la Corte con base en el análisis efectuado de las competencias técnicas de Corposantander, para el otorgamiento o negativa de expedición de una licencia ambiental y dispuso:

“12.19. Asimismo, esta Corporación advierte que haciendo seguimiento a dichos proveídos, a través de Auto SAA No. 116 del 8 de abril de 2016, la Corporación Autónoma prorrogó la suspensión decretada al advertir que no se había superado el incumplimiento de los lineamientos técnicos establecidos en la licencia ambiental, así como declaró la renuencia de la sociedad Rediba S.A. de acatar de buena fe la medida de cierre de las celdas de disposición final.

⁵⁸² Exp: T-3803155. M.P.: María Victoria Calle Correa.

⁵⁸³ En sentido similar, ver exp: D-7368. T-1189/08. M.P : Manuel José Cepeda Espinosa. “Así lo ha entendido el órgano regulador en la materia. En efecto, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por medio de Concepto OJ 014 del 13 de enero de 2006 indicó: *“La Constitución Política dispone en el artículo 365 que es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”*.

⁵⁸⁴ Exp: (i) T-4836791 y (ii) T-4917401. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

12.20. En ese sentido, la Corte considera que la vulneración del derecho al debido proceso administrativo de los actores desde que se adoptó la medida provisional ha venido siendo superada progresivamente, toda vez que la Corporación Autónoma Regional de Santander ha adoptado una serie de medidas para que se corrijan las contingencias evidenciadas en la operación del relleno sanitario. (...)

QUINTO.- ORDENAR a la Corporación Autónoma Regional de Santander que, en ejercicio de sus funciones: (...)

3.1. Dentro de los seis (6) meses siguientes a la notificación de esta Sentencia, realice una valoración de los impactos ambientales y sociales que ha tenido la construcción y operación del relleno sanitario de Patio Bonito y, con base en ella, ejecute una revisión de los términos en los cuales se concedió la licencia ambiental, determinando si resulta necesario modificar o revocar, total o parcialmente, dicho acto administrativo”.

Por su parte, en sentencia T-095/15⁵⁸⁵, la Corte Constitucional exhortó a la Corporación Autónoma Regional para que en el marco de sus competencias y en concordancia con un instrumento de *soft law* administrativo realizara un programa educativo con la comunidad:

“SÉPTIMO: EXHORTAR a la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Sinú y del San Jorge –CVS- para que adelante un programa educativo con la comunidad minera del Alacrán, en el cual se les instruya sobre los requisitos para el desarrollo de la actividad de exploración y explotación minera artesanal en cumplimiento de las guías minero ambientales, el cual deberá ser ejecutado en un término que no debe superar un (1) mes contado a partir del día siguiente a la notificación de esta sentencia...⁵⁸⁶”.

4.3. Directiva

<p>Consejo de Estado – Resultado por Cruce de palabras (autoridad regulatoria + instrumento de soft law)</p>

⁵⁸⁵ Exp: T-4.594.812. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵⁸⁶ En sentido similar ver, T-500/12. Exp: T-3369848. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla. **“Segundo. ORDENAR** a la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena, el municipio de Pitalito, la comunidad de la vereda La Reserva de dicho municipio, la gobernación de Huila y los Ministerios de Ambiente y Desarrollo Sostenible y de Educación Nacional, bajo la coordinación de este último, por conducto de los respectivos representantes legales o quienes hagan sus veces, que en un lapso no superior a seis (6) meses, contado a partir de la notificación de esta providencia y si aún no se ha efectuado, se seleccione, adquiera si fuese necesario y destine el terreno apropiado, con fácil acceso para estudiantes y profesores, para reubicar el centro educacional de la referida vereda, que será construido, dentro del concepto de aulas ambientales, en el término subsiguiente de un (1) año, en condiciones compatibles con el manejo integral de la educación, armonizada con la protección del área de reserva, la riqueza hídrica, las cuencas hidrográficas y la biodiversidad”.

“Cruce de palabras”	Res⁵⁸⁷	Con⁵⁸⁸	Referencias analizadas
“Junta Central de Contadores” y “Directiva”	1	1	<u>85001-23-31-000-2005-00640-01</u>
“Corporación Autónoma Regional” y “Directiva”	7	0	11001-03-28-000-2016-00017-00 11001-03-15-000-2014-02130-00 11001-03-24-000-2008-00139-00 66001-23-31-000-2003-00260-02 11001-03-28-000-2010-00038-00 11001-03-25-000-2005-00127-00 (auto) 11001-03-24-000-2003-00491-01

Corte Constitucional de Colombia – Resultado por Cruce de palabras (autoridad regulatoria + instrumento de soft law)			
Combinación	Res	Con	Referencias analizadas
“Superintendencia Financiera de Colombia” AND “Directiva” AND NOT “Junta Directiva”	13	0	A-081/08, A-333/06 C-044/15, C-951/14 C-178/14, C-250/13 C-909/12, C-076/12 C-748/11, C-640/10 C-283/09, C-1011/08 C-692/07
“Superintendencia de Economía Solidaria” AND “Directiva” AND NOT “Junta Directiva”	4	1	<u>C-673/15</u> , C-465/14 C-250/13, C-1145/04
“Superintendencia de Notariado y Registro” AND “Directiva” AND NOT “Junta Directiva”	18	1	A-219/11, A-266/09 A-237/08, A-117/08 A-053/07, A-333/06 <u>T-407/17</u> , C-285/17 T-255/16, T-196/16 T-619/14, T-388/13 C-250/13, C-715/12 T-1020/10, T-299/09 C-958/07, T-882/06
“Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada” AND “Directiva” AND NOT “Junta Directiva”	3	0	C-250/13, T-909/11 T-314/11
“Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca” AND “Directiva” AND NOT “Junta Directiva”	1	0	T-581/14

⁵⁸⁷ Resultados arrojados. Si una vez realizada la búsqueda combinada no se obtenían resultados, se procedía a buscar solamente la entidad.

⁵⁸⁸ Concordancias.

“Superintendencia Nacional de Salud” AND “Directiva” AND NOT “Junta Directiva”	25	0	A-314/16, A-413/15 A-121/13, A-251/08 SU-096/18, T-733/17 T-301/16, T-151/16 T-719/15, T-619/14 C-313/14, T-560/13 T-388/13, T-266/13 C-250/13, C-570/12 C-197/12, C-593/10 T-299/09, C-662/09 C-1011/08, T-167/07 C-1041/07, T-441/06 C-658/03
“Superintendencia de Subsidio Familiar” AND “Directiva” AND NOT “Junta Directiva”	4	0	T-342/15, C-250/13 C-461/04, C-658/03
“Comisión de Regulación de Energía y Gas” AND “Directiva” AND NOT “Junta Directiva”	3	0	C-082/19, T-135/13 T-793/12
“Superintendencia de Industria y Comercio” AND “Directiva” AND NOT “Junta Directiva”	34	0	
“Superintendencia de Sociedades” AND “Directiva” AND NOT “Junta Directiva”	14	0	C-147/18, C-674/17 C-360/16, C-208/16 C-600/15, C-465/14 C-178/14, C-751/13 C-250/13, C-287/12 C-283/09, C-392/07 T-293/03
“Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación” AND “Directiva” AND NOT “Junta Directiva”	2	0	T-690/12 T-110/10
“Parques Nacionales Naturales de Colombia” AND “Directiva” AND NOT “Junta Directiva”	2	1	<u>SU-698/17</u> C-379/10

“Autoridad Nacional de Licencias Ambientales” AND “Directiva” AND NOT “Junta Directiva”	24	2	A-069/19, A-586/18 A-658/18, A-205/17 A-254/16, T-151/19 T-479/18, T-112/18 SU-123/18, SU-095/18 T-733/17, <u>T-690/17</u> T-361/17, T-300/17 <u>SU-698/17</u> , SU-217/17 T-622/16, T-436/16 T-313/16, T-288a/16 C-035/16, T-660/15 T-581/14, T-135/13
“Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico” AND “Directiva” AND NOT “Junta”	1	0	C-082/19
“Comisión de Regulación de Comunicaciones” AND “Directiva”	2	1	<u>C-519/16</u> C-087/16
“Autoridad Nacional de Televisión” AND “Directiva” AND NOT “Junta Directiva”	3		T-361/17, C-379/16 C-784/14
“Agencia Nacional del Espectro” AND “Directiva”	5	1	A-343/09, C-254/19 <u>C-519/16</u> , C-379/16 C-087/16
“Superintendencia de Puertos y Transportes” AND “Directiva” AND NOT “Junta Directiva”	5	0	C-360/16, C-600/15 C-250/13, T-471/18 C-104/04
“Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios” AND “Directiva” AND NOT “Junta Directiva”	10	0	C-082/19, SU-217/17 C-951/14, C-250/13 C-107/13, C-570/12 C-277/11, T-444/10 C-595/10, C-378/10
“Banco de la República” AND “Directiva Presidencial”	2	0	C-184/16 T-294/14
“Corporación Autónoma Regional” AND “Directiva” AND NOT “Junta Directiva”	35	0	

Agencia Nacional del Espectro

Si bien en sentencia C-519/16⁵⁸⁹ no se toma como apoyo una Directiva, sí se hace alusión al *Manual*⁵⁹⁰ de Gestión Nacional del Espectro Radioeléctrico. Permisos para el uso del espectro y procedimientos para la asignación de frecuencias, mediante el cual, entre otros,

⁵⁸⁹ Exp: D-11185. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁵⁹⁰ Asimismo, en tutela T-139/16, exp: T-5.245.781. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio, se alude a la Cartilla de Servicios Públicos de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para resaltar la importancia del acceso al agua.

la Corte declaró la inexecutable del artículo 262⁵⁹¹ de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo por no observarse que el mecanismo de cesión de un permiso pudiese predicarse como un instrumento de asignación del espectro:

“Para la Sala, la cesión del permiso no constituye un mecanismo de asignación del espectro. Si se revisa el “*Manual de Gestión Nacional del Espectro Radioeléctrico. Permisos para el uso del espectro y procedimientos para la asignación de frecuencias*”, elaborado por la Agencia Nacional del Espectro, en su título III se advierte que son mecanismos de asignación del espectro la prioridad por orden de solicitud (i), el concurso público (ii), la licitación pública (iii), la aplicación aleatoria, lotería o sorteo (iv) y la subasta (v). Ciertamente, no se trata de un listado taxativo, pero, suficientemente orientador en la medida en que se advierte en estos mecanismos que es el Estado, a través de diferentes vías, el que decide a quién corresponde el uso del espectro”.

4.4. Protocolo

Consejo de Estado – Resultado por Cruce de palabras (autoridad regulatoria + instrumento de soft law)			
“Cruce de palabras”	Res ⁵⁹²	Con ⁵⁹³	Referencias analizadas
“Corporación Autónoma Regional” y “Protocolo”	2	2	<u>76001-23-31-000-1999-01944-01</u> <u>25000-23-27-000-2001-90479-01</u>

Corporación Autónoma Regional

Si bien el criterio de búsqueda se realizó a partir de la palabra “protocolo”, en sentencia de 12 de marzo de 2015⁵⁹⁴ se encontró que:

“Aunado a ello, se advierte que la víctima directa del daño desconoció las instrucciones de la Dirección de la Corporación Autónoma del Valle del Cauca, dependencia que le comunicó a los funcionarios de la entidad, que por motivos de seguridad, el desplazamiento de los empleados en los vehículos de tal Corporación Autónoma “debería hacerse después de las seis horas y hasta las ocho de la noche”, salvo en los casos de fuerza mayor y caso fortuito...”

Es decir, aparentemente la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, impartió unas directrices verbales, toda vez que no se referencia acto administrativo alguno, conforme a las cuales no se debía conducir los vehículos oficiales en determinados horarios,

⁵⁹¹ **ARTÍCULO 262. CESIÓN DE PERMISOS DE USO DEL ESPACIO RADIOELÉCTRICO.** *La cesión de los permisos de uso del espectro radioeléctrico no generará contraprestación alguna a favor de la Nación. El negocio jurídico que, para este propósito, se celebre entre cedente y cesionario se sujetará al derecho privado, y a la aprobación del Ministerio de las TIC”.*

⁵⁹² Resultados arrojados. Si una vez realizada la búsqueda combinada no se obtenían resultados, se procedía a buscar solamente la entidad.

⁵⁹³ Concordancias.

⁵⁹⁴ Exp: 76001-23-31-000-1999-01944-01. Conejero: Hernán Andrade Rincón.

determinando así que la Gerencia General de la C.V.C. cuenta con la potestad de emitir órdenes de forma verbal en relación con los protocolos de seguridad de la entidad.

En sentencia del Río de Bogotá, la cual ya había sido referenciada⁵⁹⁵, el Consejo de Estado resalta que las autoridades competentes (entre ellas las CAR) incumplen el CONPES 3320 de 2003, toda vez que no han implementado las medidas respectivas tendientes a proteger el medio ambiente. Es decir, incumplen sus funciones al no haber emitido los correspondientes mecanismos y llevado a cabo las acciones necesarias para salvaguardar la biodiversidad:

“En Colombia, en el informe de auditoría especial sobre el Río Bogotá⁵⁹⁶, que en general es válido para la mayor parte del país, se dice que “*pese a la existencia de un documento de política económica y social para el río Bogotá, **Conpes 3320 de 2003**, y de la formulación en el año 2010 de la Política Nacional de Gestión del Recurso Hídrico (PNGRH) (el cual plantea el reto de garantizar la sostenibilidad del recurso, entendiendo que su gestión se deriva del ciclo hidrológico que vincula una cadena de interrelaciones entre diferentes componentes naturales y antrópicos en la que el manejo del agua debe ser abordado como una estrategia de carácter nacional desde una perspectiva ambiental e integral, contemplando la diversidad regional y las potencialidades de la participación de actores sociales e institucionales), su implementación aún no se ha dado. **Lo anterior se debe al incumplimiento por parte de los órganos rectores de políticas públicas, autoridades, entes encargados de planeación y vigilancia, y demás órganos responsables de generar directrices y lineamientos** en aras de cumplir los objetivos trazados, (lo que debería generar información de la línea base, estrategias conjuntas, metodologías y **protocolos** de intervención, así como la definición y priorización precisa de los programas y proyectos, con el correspondiente monitoreo y seguimiento, liderando y apoyando técnicamente la implementación del accionar del Estado formulado)”. Subrayado fuera del texto.*

Corte Constitucional de Colombia – Resultado por Cruce de palabras (autoridad regulatoria + instrumento de soft law)			
Combinación	Res	Con	Referencias analizadas
“Superintendencia Financiera de Colombia” AND “Protocolo”	33	1	<u>A-096/17</u>
“Superintendencia de Economía Solidaria” AND “Protocolo”	9	1	C-187/19, SU-133/17 C-569/17, <u>C-673/15</u> T-651/12, T-173/11 C-182/10, C-136/09 C-135/09

⁵⁹⁵ Exp: 25000-23-27-000-2001-90479-01. Consejero: Marco Antonio Velilla. Esta misma sentencia aparece en la búsqueda de la combinación de “Corporación autónoma regional” e “información al público”. También se referencia en esa composición, pero otro aparte de la misma.

⁵⁹⁶“Auditoría Especial a la Gestión sobre el Río Bogotá”, Contraloría General de la República de Colombia, febrero de 2013.

“Superintendencia de Notariado y Registro” AND “Protocolo”	69	5	<u>A-222/16, T-596/17</u> <u>T-407/17, T-231/17</u> <u>SU426/16, T-488/14</u>
“Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada” AND “Protocolo”	13	1	T-363/18, C-128/18 T-514/17, <u>T-030/17</u> C-530/15, T-434/14 C-460/13, T-909/11 T-314/11, C-135/09 T-708/08, C-992/06 T-215/05
“Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca” AND “Protocolo”	5	0	C-070/19, T-596/17 T-325/17, T-606/15 C-699/15
“Superintendencia Nacional de Salud” AND “Protocolo”	158	4	<u>C-860/06, T-585/10</u> <u>T-388/09, T-959/05</u>
“Superintendencia de Subsidio Familiar” AND “Protocolo”	6	0	C-103/18, T-459/16 C-351/13, C-791/11 C-629/11, C-834/07
“Comisión de Regulación de Energía y Gas” AND “Protocolo”	3	0	C-565/17, C-015/16 T-299/08
“Superintendencia de Industria y Comercio” AND “Protocolo”	41	1	<u>C-165/19</u>
“Superintendencia de Sociedades” AND “Protocolo”	21	2	<u>C-165/19, T-254/18</u> C-006/18, C-674/17 C-134/17, C-389/16 C-209/16, C-208/16 <u>T-781/14, C-237/14</u> T-283/13, T-126/12 T-1024/12, SU-447/11 T-809/10, T-809/09 C-136/09, C-135/09 T-757/07, T-435/06 T-138/03
“Junta Central de Contadores” AND “Protocolo”	1		C-870/02
“Instituto Colombiano para la Evaluación de la Educación” AND “Protocolo”	5	0	T-455/18, T-707/17 T-689/16, T-119/14 C-909/13
“Parques Nacionales Naturales de Colombia” AND “Protocolo”	14	2	T-063/19, T-021/19 T-008/19, T-596/17 <u>T-302/17, C-298/16</u> T-606/15, C-094/15 T-806/14, <u>T-488/14</u> T-282/12, C-196/12 C-379/10
“Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico” AND “Protocolo”	6		A-275/11, T-475/17 T-430/16, <u>T-139/16</u> T-707/12, T-458/11

“Comisión de Regulación de Comunicaciones” AND “Protocolo”	10		T-179/19, C-018/18 <u>T-298/17</u> , T-236/17 C-298/16, SU-263/15 <u>T-397/14</u> , C-823/11 C-216/11, <u>C-403/10</u>
“Autoridad Nacional de Televisión” AND “Protocolo”	12	0	C-067/18, C-018/18 T-361/17, C-298/16 T-128/15, T-320/14 T-801/13, T-645/13 T-572/13, T-508/13 C-361/13, T-1042/12
“Agencia Nacional del Espectro” AND “Protocolo”	8	2	C-254/19, C-018/18 C-298/16, <u>T-397/14</u> C-223/13, T-104/12 C-540/12, <u>C-403/10</u>
“Superintendencia de Puertos y Transportes” AND “Protocolo”	3	0	T-382/18, C-699/15 T-435/06
““Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios” AND “Protocolo”	24	3	A-563/16, T-080/18 <u>T-302/17</u> , SU-217/17 C-565/17, T-466/16 T-430/16, <u>T-139/16</u> C-298/16, T-256/15 C-620/15, C-493/15 <u>T-294/14</u> , T-197/14 C-361/13, T-707/12 T-724/11, T-458/11 T-055/11, C-595/10 T-809/09, T-565/09 C-851/09, C-380/04
“Agencia Nacional de Contratación Pública” AND “Protocolo”	4	1	<u>T-302/17</u> , C-527/17 C-289/17, C-620/16, C-289/16
“Banco de la República” AND “Protocolo”	94	0	

Superintendencia Financiera de Colombia

En auto A-096 de 2017⁵⁹⁷ de 28 de febrero de 2017 por medio del cual se efectúa el seguimiento a las órdenes impartidas en sentencia T-774 de 2015⁵⁹⁸, la Corte:

“376. En armonía con lo expuesto la Corte le ordenará a la Superintendencia Financiera de Colombia que dentro de los tres meses siguientes a la comunicación de

⁵⁹⁷ Referencia Expediente T-3287521. Magistrado Sustanciador: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵⁹⁸ 18 de diciembre de 2015. M.P: Luis Ernesto Vargas Silva. La Corte Constitucional “declaró finalizado el estado de cosas inconstitucional verificado a partir del Auto 110 de 2013 en la administración del régimen pensional de prima media con prestación definida gestionado por el Instituto de Seguros Sociales ISS y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones”.

esta providencia establezca un protocolo de actuación permanente que le permita efectuar un seguimiento constante a la actividad de Colpensiones para efecto de dar cumplimiento a la orden décima primera contenida en el numeral décima novena de la parte resolutive de la sentencia”.

En definitiva, lo que la Corte está disponiendo es que dentro del Protocolo de la Superfinanciera se establezcan las competencias necesarias para llevar a cabo la verificación del ejercicio de Colpensiones.

Superintendencia de Notariado y Registro

En sentencia T-488/14⁵⁹⁹ de nueve de julio de 2014,⁶⁰⁰ la Corte Constitucional impuso la obligación de delinear un Protocolo a la Superintendencia de Notariado y Registro mediante el cual señalara las pautas a seguir por parte de los jueces para declarar la pertenencia de un bien baldío. Por tanto, queda plasmado en este instrumento de *soft law* la competencia de esta autoridad para delimitar este asunto:

“**SEXTO.- ORDENAR** a la Superintendencia de Notariado y Registro expedir, dentro de las dos (2) semanas siguientes a la notificación de esta providencia, una directriz general dirigida a todas las oficinas seccionales en la que: a) explique la imprescriptibilidad de las tierras baldías en el ordenamiento jurídico colombiano; b) enumere los supuestos de hecho y de derecho que permitan pensar razonablemente que se trata de un bien baldío; y c) diseñe un protocolo de conducta para los casos en que un juez de la república declare la pertenencia sobre un bien presuntamente baldío. Copia de la misma deberá ser enviada a la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional”.

Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada

En la misma sentencia referenciada en la combinación anterior, también anotó lo siguiente en relación con los “Protocolos”, bajo la lógica utilizada con base en las Circulares:

“La SuperVigilancia ha establecido los siguientes protocolos en materia de procedimientos para el desempeño del servicio de seguridad privada, los cuales son de obligatorio cumplimiento por parte de los vigilados: i) operación de servicios de vigilancia electrónica; ii) operación de servicios de vigilancia y seguridad privada para el sector residencial; y iii) operación de servicios de vigilancia y seguridad privada para el sector financiero. (...).

iv) La actuación del vigilante estuvo ajustada a los protocolos establecidos por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, pues consistió en informar a los accionantes sobre el cierre del centro comercial y la necesidad de que abandonaran el lugar en el que se encontraban. En ningún momento se evidenció que dicha situación

⁵⁹⁹ Exp: T-4.267.451. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

⁶⁰⁰ En auto A-222/16, A-040/17, sentencia T-231/17 y SU-426/16 también se hace referencia a ella.

se desarrollara de manera irrespetuosa o con extralimitación de sus funciones y competencias; (...)

e. No obstante lo anterior, la solicitud de retiro del lugar realizada por otro guarda de seguridad a los actores, por encontrarse la copropiedad accionada en proceso de cierre, no configuró la vulneración de los derechos fundamentales invocados por los demandantes, pues fue una conducta justificada en los protocolos de la empresa y en las directrices de la Superintendencia Vigilancia y Seguridad Privada, y en todo caso, no constituyó un acto de discriminación por la orientación sexual diversa de los accionantes.

Superintendencia de Industria y Comercio

En sentencia C-165/19⁶⁰¹, la Corte resaltó que conforme al Protocolo establecido en Circular Única de la SIC:

“c.Reglas o protocolos aplicables

En cuanto a los protocolos de la entidad para el ejercicio de las funciones consagradas en la norma acusada, indica que estas funciones se sujetan al Protocolo contenido en el Capítulo Séptimo del Título I de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio. Con ello, tras la transcripción de varios apartes, concluye que la Entidad se sujeta a un “procedimiento meticuloso para el desarrollo de las visitas administrativas, (...) se deja constancia en un acta de visita en la que se registra todo lo ocurrido durante la diligencia, circunstancia que permite la constitución de una prueba documental”.

63.Al respecto, la Corte considera importante resaltar que las disposiciones demandadas no autorizan que en contra de la voluntad del investigado pueda realizarse la inspección o visita. Como se dejó dicho, el investigado puede negarse a su realización y, en ese caso, serán aplicables las consecuencias jurídicas que prevé el ordenamiento. Se trata de una situación sustancialmente diferente a la que se configura cuando se adopta la decisión de practicar un allanamiento en materia penal dado que, en esos eventos, resulta procedente la aplicación de la fuerza a fin de practicar la diligencia respectiva. De hecho, así lo destacó la SIC en el informe que presentó a la Corte respecto de los protocolos que sigue para la práctica de las inspecciones o visitas, sin que el demandante hubiera aportado razones que puedan justificar una conclusión diferente”.

Agencia Nacional del Espectro

En demanda de inconstitucionalidad C-403/10⁶⁰², la Corte declaró exequibles los apartes relativos a la exigencia de maestría o doctorado para ejercer el cargo de Director de la Agencia Nacional del Espectro o Comisionado de la Comisión de Regulación de

⁶⁰¹ Exp: D-12536. M.P.: Alejandro Linares Cantillo.

⁶⁰² Exp: D-7907. M.P.: María Victoria Calle Correa.

Comunicaciones, decisión que evidencia una clara tecnificación del Estado, representada por una autoridad administrativa independiente:

“Por lo anterior, concluye la Corte que no resulta arbitraria ni discriminatoria la exigencia consistente en que el Director de la Agencia Nacional del Espectro sea un profesional que tenga maestría o doctorado en áreas afines, puesto que tal requisito es razonable dadas las funciones y responsabilidades que han sido encomendadas a tal funcionario.

Atendiendo a la naturaleza de las funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, es posible concluir que el requisito que contempla el artículo demandado no es discriminatorio, ni otorga privilegios a personas determinadas, sino que es una exigencia razonable que responde a las características y exigencias de un sector altamente tecnificado y en permanente evolución como lo es el sector de las telecomunicaciones. La regulación de un sector tan dinámico desde el punto de vista técnico, requería, a juicio del legislador, de personas con los conocimientos técnicos necesarios y con las habilidades de investigación y actualización que son propias de los grados de maestría y doctorado.

Tercero.- Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos analizados en esta sentencia, la expresión “*y maestría o doctorado afines,*” contenida en los artículos 20 inciso tercero y 28 inciso segundo de la Ley 1341 de 2009”.

4.5. Documentos CONPES

Consejo de Estado – Resultado por Cruce de palabras (autoridad regulatoria + instrumento de soft law)			
“Cruce de palabras”	Res ⁶⁰³	Con ⁶⁰⁴	Referencias analizadas
“Banco de la República ⁶⁰⁵ ” y “CONPES”	2	0	11001-03-27-000-2004-00074-00 11001-03-27-000-2003-00045-01

Corte Constitucional de Colombia – Resultado por Cruce de palabras (autoridad regulatoria + instrumento de soft law)			
Combinación	Res	Con	Referencias analizadas
“Superintendencia Financiera de Colombia” AND “Documento CONPES”	18	2	A-140/19, A-333/06 C-569/17, C-438/17 C-015/16, C-094/15 C-882/14, C-766/13 T-386/12, T-165/12 C-1021/12, C-006/12 C-823/11, C-252/10 C-226/09-1, C-226/09

⁶⁰³ Resultados arrojados. Si una vez realizada la búsqueda combinada no se obtenían resultados, se procedía a buscar solamente la entidad.

⁶⁰⁴ Concordancias.

⁶⁰⁵ La relatoría no arroja resultados, toda vez que el sistema no carga. Sucede lo mismo con la combinación con “directiva” y “norma técnica”.

			C-172/09, T-817/08
“Superintendencia de Economía Solidaria” AND “Documento CONPES”	4	0	C-569/17, C-882/14 C-766/13, C-1021/12
“Superintendencia de Notariado y Registro” AND “Documento CONPES”	23	0	A-266/17, <u>A-040/17</u> ⁶⁰⁶ A-373/16, A-394/15 A-073/14, A-219/11 A-266/09, A-008/09 A-005/09, A-117/08 A-333/06, T-216/19 C-028/18, T-596/17 C-077/17, <u>T-548/16</u> T-213/16, T-025/15 T-388/13, C-099/13 T-908/12, T-702/12 C-715/12
“Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca” AND “Documento CONPES”	1	0	C-596/17
“Superintendencia Nacional de Salud” AND “Documento CONPES”	29	0	A-140/19, A-207/17 A-314/16, A-056/16 A-278/13, A-263/12 A-081/09, A-008/09 A-251/08, T-192/19 T-491/18, T-080/18 T-302/17, T-697/16 T-466/16, T-762/15 T-418/15, C-313/14 T-388/13, T-702/12 C-252/10, T-335/09 T-183/09, T-139/09 T-797/08, T-412/08 C-675/08, C-624/08 T-441/06
“Comisión de Regulación de Energía y Gas” AND “Documento CONPES”	3	0	C-008/18, C-565/17 C-015/16
“Superintendencia de Industria y Comercio” AND “Documento CONPES”	13	1	C-018/18, C-008/18 C-015/16, T-762/15 T-691/12, <u>C-822/12</u> C-621/12, C-077/12 C-904/11, C-823/11 C-750/08
“Superintendencia de Sociedades” AND “Documento CONPES”	6	0	C-882/14, C-586/14 C-766/13, C-1021/12 T-809/10, C-172/09
“Parques Nacionales Naturales de Colombia” AND “Documento CONPES”	4	1	T-596/17, <u>T-302/17</u> <u>C-644/17</u> , C-094/15
“Autoridad Nacional de Licencias Ambientales” AND “Documento CONPES”	8	1	A-266/17, <u>T-690/17</u> T-361/17, T-227/17 C-035/16, T-550/15

⁶⁰⁶ Nada más se referencia la T-488/14.

			T-442/14
“Comisión de Regulación de Comunicaciones” AND “Documento CONPES”	2	0	C-018/18 C-823/11
“Autoridad Nacional de Televisión” AND “Documento CONPES”	3	0	C-067/18, C-018/18 T-361/17
“Agencia Nacional del Espectro” AND “Documento CONPES”	1	0	C-018/18
“Superintendencia de Puertos y Transportes” AND “Documento CONPES”	2	0	T-646/14 C-068/09
“Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios” AND “Documento CONPES”	10	2	A-563/16, T-216/19 T-415/18, T-080/18 <u>T-302/17</u> , C-565/17 T-466/16, C-077/12 <u>C-1189/08</u> , T-768/05
“Agencia Nacional de Contratación Pública” AND “Documento CONPES”	3	2	<u>T-302/17</u> , C-289/16 C-289/17, <u>C-711/12</u>
“Banco de la República” AND “Documento CONPES”	27	0	C-185/19, C-018/18 C-438/17, C-253/17 C-035/16, C-015/16 C-313/14, C-179/14 C-438/13, T-691/12 C-132/12, C-1021/12 C-077/12, C-006/12 C-823/11, C-941/10 C-252/10, C-931/09 C-172/09, C-750/08 C-155/07, C-961/06 C-320/06, C-242/06 C-784/04, C-620/03
“Corporación Autónoma Regional” AND “Documento CONPES”	27	6	A-266/17, <u>A-073/14</u> A-079/11, A-005/09 T-216/19, C-067/18 <u>T-690/17</u> , T-596/17 T-361/17, T-302/17 <u>T-227/17</u> , <u>C-644/17</u> T-445/16, T-213/16 C-035/16, T-550/15 C-094/15, <u>T-971/14</u> T-646/14, T-442/14 <u>T-154/13</u> , T-908/12 T-952/10, T-745/10 C-149/10, T-154/09 C-750/08

Superintendencia de Industria y Comercio

En sentencia C-822/12⁶⁰⁷, la Corte tomó el Documento CONPES 3446 “LINEAMIENTOS PARA UNA POLÍTICA NACIONAL DE LA CALIDAD”, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y Superintendencia de Industria y Comercio como referencia para sustentar la conformación del sistema de calidad en el país:

“2.4.3.El sistema metrológico en Colombia. Generalidades y normativa.

2.4.3.1 Para iniciar, es importante señalar que en Colombia, mediante el Decreto 2269 de 1993 se organizó el Sistema Nacional de Normalización, Certificación y Metrología (SNNCM) como el Sistema Nacional de la Calidad compuesto por las siguientes actividades: expedición de reglamentos técnicos, normalización, acreditación, designación, evaluación de la conformidad y metrología” (estas actividades se encuentran contenidas en el documento CONPES).

Es decir, se tomó un documento CONPES elaborado entre varias entidades como la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de sus facultades como referencia para declarar la exequibilidad de la Ley 1512 de 2012 Por medio de la cual se aprueba la Convención del Metro.

Parques Nacionales Naturales de Colombia

En sentencia C-644/17⁶⁰⁸, la Corte tomó como sustento para declarar la exequibilidad del Decreto 870 de 2017 *por el cual se establece el Pago por Servicios Ambientales y otros incentivos a la conservación*, al Documento CONPES 3886⁶⁰⁹ aprobado el 6 de mayo de 2017, en el que se establecieron los *Lineamientos de política y programa nacional de Pago por Servicios Ambientales para la Construcción de Paz*, en el marco de la firma del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera:

17.2.3.2. Justamente, la doctrina internacional más calificada, advierte que el Pago por Servicios Ambientales surge como una “herramienta para internalizar adecuadamente en la toma de decisiones individuales y sociales el valor que poseen y el bienestar que brindan a los individuos y a la sociedad los servicios ambientales resguardados en áreas protegidas”⁶¹⁰. En tal sentido, el PSA puede ser entendido como “una transacción voluntaria, donde un servicio ambiental bien definido (o un uso de la tierra que aseguraría ese servicio), es comprado por al menos un comprador de servicios ambientales, a por lo menos un proveedor de servicios ambientales, sólo si el proveedor asegura la provisión del servicio ambiental

⁶⁰⁷ Exp: LAT 380. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶⁰⁸ Exp: RDL-016. M.P.: Diana Fjardo Rivera.

⁶⁰⁹ <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3886.pdf>

⁶¹⁰ Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), programa OAPN. *Pago por servicios ambientales en áreas protegidas en América Latina*. Fortalecimiento del manejo sostenible de recursos naturales en áreas protegidas de América Latina. España. 2009. Pág. 15.

*transado”*⁶¹¹, o en palabras del documento CONPES 3886 que define los lineamientos para su implementación nacional, el Pago por Servicios Ambientales⁶¹² es una herramienta que “*consiste en un acuerdo condicionado a resultados con propietarios, poseedores y ocupantes de áreas estratégicas que generan servicios ambientales*”⁶¹³, mediante el cual reciben un incentivo económico, en dinero o en especie, que reconoce acciones de preservación y restauración de ecosistemas en sus predios”. Otros autores han señalado que el Pago por Servicios Ambientales corresponde a un sistema de compensaciones y recompensas por servicios ambientales⁶¹⁴.

En ese orden de ideas, es una figura que maneja una lógica similar a los permisos o cupos negociables de emisión, mediante la compensación, dinámica en la cual estaría involucrado Parques Nacionales Naturales de Colombia como se desprende de la lectura del CONPES 3886, toda vez que las actividades desarrolladas a partir de ello se realizan en áreas protegidas conforme al Sistema Nacional Ambiental y el Sistema de Parques Nacionales Naturales. Es así como:

“17.14.3.4. En consecuencia, en la medida en que los proyectos de Pagos por Servicios Ambientales⁶¹⁵ contribuyen a la conservación, preservación y restauración del ambiente de áreas y ecosistemas ambientalmente estratégicos, con presencia de cultivos ilícitos y conflictos por el uso del suelo, todas las instancias de poder en la ejecución de políticas de defensa del patrimonio ecológico, y en especial las autoridades ambientales, deben concurrir a su implementación, de manera integrada y coordinada”⁶¹⁶.

⁶¹¹ WUNDER, Sven. *Pago por servicios ambientales: principios esenciales*. JI CIFOR. Indonesia. // (2005) *Payments for environmental services: some nuts and bolts*. Center of internacional forestry research. 2006.

⁶¹² El documento CONPES subraya tres modalidades: conservación de servicios hidrológicos, conservación de la biodiversidad y conservación de sumideros de carbono.

⁶¹³ Los servicios ambientales “son aquellos procesos o funciones de los ecosistemas que son percibidos por el humano como un beneficio de tipo ecológico, cultural o económico directo o indirecto, los cuales corresponden a un bien jurídico tutelado para el desarrollo o la sustentabilidad”. C-644/17.

⁶¹⁴ SWALLOW B y otros. *The conditions for effective mechanisms of compensation and rewards for environmental services*. CES Scoping Study, issue paper No. 3. Nairobi, Kenia. 2007.

⁶¹⁵ En sentido similar también se afirma en este expediente sobre otra AAI: “Ahora, vale la pena precisar que como iniciativa de la Corporación MásBosques, fue creado el programa denominado BanCO2 en asocio con la Corporación Autónoma Regional de los Ríos Negro y Nare -CORNARE-, para la protección de las cuencas hídricas y los bosques del Oriente Antioqueño, a través de la compensación económica a familias vinculadas con el proyecto regional, que calcula y compensa la huella de carbono. Si bien es el proyecto que más ha avanzado, lo cierto es que no tiene un enfoque y alcance nacional que permita atender los conflictos ambientales en época de posconflicto, en los diferentes ecosistemas que requieren conservar y preservar servicios ambientales, ya que parte de un enfoque sectorial”.

⁶¹⁶ En múltiples sentencias SU- se toma como referencia la Guía Ambiental “Rellenos Sanitarios” expedida por el Ministerio de Ambiente en 2002 como orientación por parte de la Corte en la sustentación de su argumentación. Entre ellas: SU-217/17, T-740/15, T-294/14,

Agencia Nacional de Contratación Pública

En sentencia C-711/12⁶¹⁷, mediante la cual se declaró exequible el artículo 223⁶¹⁸ del Decreto Ley 019 de 2012 que encargo a la Agencia Nacional de Contratación Pública, se hizo referencia al documento CONPES 3249 mediante el cual se dispuso la creación de un sistema de contratación electrónico, el cual de acuerdo con el artículo demandado se encuentra en cabeza de esta Agencia:

“2.3.2. Con el fin de proporcionar mayor eficiencia y transparencia a las actuaciones del Estado en aspectos de contratación, se expidió, el Documento CONPES 3249 aprobado por el Consejo Nacional de Política Económica y Social en Octubre del 2003, en el que se estableció una política de contratación y se recomendó la creación de un sistema electrónico, que permitiera hacer el seguimiento de todas las etapas del proceso contractual, desde la fase de formación del contrato y selección del proponente hasta la ejecución total del mismo”.

Es decir, en concordancia con la política pública de contratación consignada en el CONPES referido, la Agencia Nacional de Contratación Pública es la encargada de administrar el sistema público de contratación electrónico.

Corporación Autónoma Regional

En sentencia T-690/17⁶¹⁹, se hace referencia a la orden efectuada por parte del Tribunal Constitucional dirigida a la Corporación Autónoma Regional de Nariño para la elaboración de estudios técnicos y científicos, adicionalmente haciendo mención al principio de precaución, señalando la importancia que se deriva de los estudios de esta entidad dado su carácter competencial altamente técnico:

“Por otro lado, como se enunció en el acápite sobre el estado de la cuestión, la Sala de Seguimiento de la Sentencia T-025 de 2004⁶²⁰, en Auto 073 de 2014⁶²¹, intervino a través de órdenes directas al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, para que con el apoyo de la Corporación Autónoma Regional de Nariño y el Ministerio de Salud y Protección Social, realizara estudios técnicos y científicos para determinar el impacto de las aspersiones áreas con glifosato sobre el ambiente y la salud de las personas en los territorios colectivos y ancestrales de las comunidades negras de

⁶¹⁷ Exp: D-8971. M.P.: Mauricio González Cuervo

⁶¹⁸ **ARTÍCULO 223. ELIMINACIÓN DEL DIARIO UNICO DE CONTRATACIÓN.** *A partir del primero de junio de 2012, los contratos estatales sólo se publicaran en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP- que administra la Agencia Nacional de Contratación Pública- Colombia Compra Eficiente. En consecuencia, a partir de dicha fecha los contratos estatales no requerirán de publicación en el Diario Único de Contratación y quedarán derogados el parágrafo 3 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los artículos 59, 60, 61 y 62 de la Ley 190 de 1995 y el parágrafo 2 del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007.*

⁶¹⁹ Exp: T-3.686.698. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁶²⁰ M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa. Mediante la cual se declara el estado de cosas inconstitucional.

⁶²¹ En este Auto de 27 de marzo de 2014, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva, *se estudió la situación de los afrodescendientes de la región pacífica del departamento de Nariño, en riesgo y víctimas de desplazamiento forzado.*

Nariño, los cuales se debían allegar en el término de tres meses a esta Corporación. En este mismo Auto, se dispuso que si durante dicho término no se llegaba a una conclusión definitiva sobre la inexistencia de riesgo actual, grave e irreversible para el ambiente y/o salud de las personas, debía examinarse la posibilidad de dar aplicación inmediata al principio de precaución y ordenar la suspensión de las actividades que pongan en peligro los derechos colectivos de los pueblos étnicos de esa región”.

Aunado a lo anterior, se pone de presente el documento CONPES 3669, cuyas políticas de sustitución de cultivos ilícitos deben ser ejecutadas en coordinación por parte de las entidades nacionales y territoriales, entre las que se pueden contar las Corporaciones Autónomas Regionales, a pesar de no mencionarlas explícitamente:

“Tal labor incluye, entre otras, la formulación, ejecución y articulación de planes, programas y estrategias para el desarrollo territorial y la sustitución de cultivos ilícitos, así como la actividad de seguimiento a tales componentes, en coordinación con las entidades estatales a nivel nacional y territorial. Para el efecto, se deberá tener en cuenta el documento CONPES 3669 de 2010 “*Política Nacional de Erradicación Manual de Cultivos Ilícitos y Desarrollo Alternativo para la Consolidación Territorial*”, que plantea, como objetivo principal, el afianzamiento de procesos integrales y sostenibles de erradicación manual de cultivos ilícitos y de desarrollo alternativo, y como uno de los objetivos específicos, el fomento de la atención a la comunidad afectada por los cultivos ilícitos, o en riesgo de estarlo, a través de iniciativas integrales y sostenibles de desarrollo alternativo. Por lo demás, también se deberá tener en cuenta y en la medida en que ello sea objeto de desarrollo estatal, las herramientas de política que se derivan de lo suscrito en el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, en el punto cuatro sobre la solución al problema de las drogas ilícitas.

Por último, en fallo T-154/13⁶²², mediante la cual se resolvió una tutela interpuesta en contra de la Sociedad Drummond Ltda para la protección de los derechos a la vida, la salud, ambiente sano, etc., por la explotación de minería a escasos metros de la finca del accionante, la Corte alude al documento CONPES 3344, en consonancia del cual finalmente se tutelan los derechos invocados:

5.11. En Colombia, según un análisis realizado en 2005 (documento Conpes 3344⁶²³ de marzo 14 de 2005), la contaminación del aire tenía su causa principal en el uso de combustibles fósiles: “*Las mayores emisiones de material particulado menor a 10 micras (PM10), óxidos de nitrógeno (NOx) y monóxido de carbono (CO) estaban ocasionadas por las fuentes móviles⁶²⁴, mientras que las de partículas suspendidas totales (PST) y óxidos de azufre (SOx) eran generadas por las fuentes fijas⁶²⁵”.*

⁶²² T-2550727. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

⁶²³ Lineamientos para la formulación de la política de prevención y control de la contaminación del aire.

⁶²⁴ “*Vehículos, motocicletas, trenes, aviones, barcos, etc., que utilizan fuentes fósiles de energía.*”

⁶²⁵ “*Establecimientos industriales y termoeléctricas, principalmente.*”

En “*Política de Prevención y Control de la Contaminación del Aire*”, que publicó en 2010 el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, se anotó que “*el documento Conpes 3344 mencionó que en el país, el contaminante monitoreado de mayor interés, dados sus demostrados efectos nocivos sobre la salud humana era el material particulado (PST y PM10) y que con frecuencia las concentraciones de este contaminante superaban los estándares ambientales de la regulación vigente. Sin embargo, el material particulado menor a 2,5 micras (PM2.5), contaminante que afecta de manera importante la salud de las personas, no era medido ni exigido por la legislación colombiana*” (no está en negrilla en el texto original).

El referido documento Conpes denotó que la atención institucional resultaba adecuada para el desarrollo de una gestión descentralizada de prevención y control de la contaminación del aire, a la luz de las regulaciones y lineamientos de política definidos por el Gobierno Nacional. Empero, dado que existen enormes diferencias entre las autoridades ambientales frente a su capacidad institucional, leyéndose en tal documento que “*el fortalecimiento de las más débiles sería condición necesaria para implementar con éxito políticas de calidad del aire*”.

En ese orden de ideas, y de la lectura del texto de este instrumento de *soft law* administrativo colombiano, se extrae que en él se incluyen las competencias de las CAR, a partir del desarrollo de la Resolución 0643 de 2004 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Es decir, el documento CONPES se convierte en la materialización de la Resolución que otorgó facultades a las Corporaciones Autónomas Regionales:

“Para el caso específico de la contaminación del aire y con el propósito de reducir los efectos en salud asociados con los problemas ambientales, se establecieron los siguientes indicadores de gestión: i). carga contaminante reducida por proyectos de control implementados; ii). número de permisos de emisión otorgados y; iii). número de permisos de emisión con seguimiento. La implementación de dichos indicadores es competencia de las corporaciones, quienes deberán obtener la información de manera oportuna y con calidad”.

4.6. Guía ambiental

Resultados Corte Constitucional de Colombia – Guía Ambiental			
“Cruce de palabras”	Res	Con	Referencias analizadas
“Superintendencia de Economía Solidaria” AND “Guía ambiental”	1	0	SU-133/17
“Superintendencia de Industria y Comercio” AND “Guía ambiental”	1	0	SU-133/17
“Autoridad Nacional de Licencias Ambientales” AND “Guía ambiental”	6	1	A-651/18, <u>A-054/16</u> T-281/19, T-227/17 SU-217/17, SU-133/17

“Superintendencia de Puertos y Transportes ⁶²⁶ ” AND “Guía ambiental”	1	1	<u>A-054/16</u>
“Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios” AND “Guía ambiental”	3	3	<u>SU-217/17, T-740/15</u> <u>T-294/14</u>
“Banco de la República” AND “Guía ambiental”	1	1	<u>T-294/14</u>
“Corporación Autónoma Regional” AND “Guía ambiental”	8	3	<u>A-054/16, T-227/17</u> <u>SU-217/17, SU-133/17</u> <u>T-740/15, T-294/14</u> <u>T-154/13, T-745/10</u>

En solicitud de nulidad de la sentencia T-672 de 2014, la Corte Constitucional negó la misma mediante auto A-054/16⁶²⁷ en virtud del análisis efectuado a las disposiciones contenidas en los conceptos técnicos que soportaron una Resolución expedida por la Corporación Autónoma del Cesar:

“Establecida así la jurisprudencia que ampara la procedencia del principio de precaución para proteger el derecho al medio ambiente y a la salud, la Corte debe señalar que, contrario a lo que afirman los solicitantes, la valoración de los informes técnicos y la decisión adoptada por la Sala de Revisión, estuvo plenamente fundada en la jurisprudencia relevante y en las pruebas que obran en el expediente, como por ejemplo el informe presentado por la Defensoría Regional del Pueblo del Cesar y los conceptos técnicos⁶²⁸ que hacen parte integral de las resoluciones 1410 de 2012, expedida por la Corporación Autónoma del Cesar, y 211 de 2013, proferida por la ANLA”.

Sobre esto, es importante mencionar que los solicitantes pretendieron darle aplicación a una Guía Ambiental, que finalmente no terminó siendo determinante para la Corte Constitucional en su decisión y que además fue adoptada mediante Resoluciones 1023 de 2005 y 1935 de 2008:

“Sostiene además que el supuesto desconocimiento del precedente y la equivocada aplicación del principio de precaución en la sentencia T-672 de 2014 se fundamentan

⁶²⁶ Se omite la “s” final, toda vez que con ella se mostraban muy pocos resultados.

⁶²⁷ 10 de febrero de 2016. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

⁶²⁸ En sentido similar, exp: T-2451120. Sentencia T-129/11. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio. **DÉCIMO.-ORDENAR** al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y a la Corporación Autónoma Regional del Chocó (Codechocó), que dentro de la órbita de sus competencias, pero bajo la filosofía de un trabajo articulado, desplieguen las medidas necesarias para conservar y proteger el medio ambiente en las zonas ampliamente referidas en esta providencia, en especial verificando de forma exhaustiva el cumplimiento serio de los estudios de impacto ambiental y diagnóstico ambiental de alternativas ante los proyectos que se planifica implementar en la zona. T-361/17. Exp: T-5.315.942. M.P.: Alberto Rojas Ríos. T-329 de 2010. Exp: T-2510232. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia T-432/09. Exp: T-2150360. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla. T-149/17. Exp: T-5823979. M.P.: María Victoria Calle Correa. T-683/12. Exp: T-3435375. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla. T-971/14. Exp: T-4306602. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

en la incorrecta valoración probatoria, tanto del informe del Defensor Regional del Pueblo del Cesar, como del concepto técnico que hace parte de la resolución 1410 de 2012 proferida por la Corporación Autónoma Regional del Cesar, entre otras razones, al no haberlos contrastado con las disposiciones que determinan el límite de ruido permisible en la Guía Ambiental del Subsector Férreo, a su juicio, la normativa vinculante en esta materia. De allí que, para el peticionario, no pueda predicarse objetivamente certeza científica, a partir de estos dos documentos, en el caso concreto”.

4.7. Información al público

Resultados Consejo de Estado – Información al Público			
“Cruce de palabras”	Res	Con	Referencias analizadas
“Corporación Autónoma Regional” e “Información al público”	1	1	<u>25000-23-27-000-2001-90479-01</u>

Corporación Autónoma Regional

En los resultados identificados con la categoría “información al público”, dentro del Consejo de Estado se destaca la Sentencia 25000-23-27-000-2001-90479-01. En extensa sentencia de 28 de marzo de 2014⁶²⁹, el Consejo de Estado concede a las entidades responsables de la gestión del riesgo la potestad de reaccionar de una forma u otra de acuerdo con el nivel de riesgo que una situación presente:

“A su vez, las autoridades encargadas⁶³⁰ de la gestión del riesgo pueden decidir actuar o de no actuar en función del nivel de riesgo. Si el riesgo es elevado, se pueden adoptar varias categorías de medidas. Se puede tratar de actos jurídicos proporcionados, de la financiación de programas de investigación, de medidas de información al público, etc”.

Es así como, la información al público se menciona como un mecanismo mediante el cual le es viable a una AAI como la Corporación Autónoma Regional y de Desarrollo Sostenible de Cundinamarca, conformar estrategias de cara a desarrollar el Sistema Regional de Información para la Gestión Integral de la Cuenca Hídrica del Río Bogotá – SIGICA RÍO BOGOTÁ. Lo anterior, por cuenta de que este Sistema se conformará con “la información que deberán aportar, por el ejercicio de sus competencias y en razón de ellas, las siguientes entidades que tienen influencia o jurisdicción en la Cuenca Hidrográfica del Río Bogotá...”.

Por otra parte, dentro de las pesquisas realizadas dentro de la relatoría de la Corte Constitucional de Colombia, se arrojaron los siguientes resultados:

⁶²⁹ Exp: 25000-23-27-000-2001-90479-01. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno.

⁶³⁰ Entre ellas la Corporación Autónoma Regional y de Desarrollo Sostenible de Cundinamarca —CAR— como se menciona en la página 803 del documento Word de la sentencia referenciada.

Resultados Corte Constitucional de Colombia – Información al Público			
“Cruce de palabras”	Res	Con	Referencias analizadas
“Superintendencia Financiera de Colombia” e “información al público”	7	2	C-274/13, T-552/12 C-909/12, C-136/09 C-135/09, C-692/07 <u>C-860/06</u>
“Superintendencia de Economía Solidaria” AND “Información al Público”	3	0	C-136/09, C-135/09 C-188/06
“Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada” AND “Información al Público”	1	0	C-135/09
“Superintendencia Nacional de Salud” AND “Información al público”	6	1	A-410/16, T-058/13 T-414/10, T-088/08 <u>C-860/06, C-776/03</u>
“Superintendencia de Industria y Comercio” AND “Información al público”	8	1	C-254/19, C-583/15, T-058/13, C-274/13, T-552/12, C-909/12, C-750/08, <u>C-860/06</u>
“Superintendencia de Sociedades” AND “Información al público”	5	1	C-274/13, T-552/12 C-136/09, C-135/09 <u>C-860/06</u>
“Autoridad Nacional de Televisión” AND “Información al público”	1	0	C-379/16
“Agencia Nacional del Espectro” AND “Información al público”	2	0	C-254/19 C-379/16
“Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios” AND “Información al público”	2	1	<u>T-294/14</u> C-274/13
“Banco de la República” AND “Información al público”	15	0	C-254/19, C-184/16 C-157/16, T-294/14 C-335/14, SU-353/13 C-274/13, T-552/12 C-909/12, T-340/11 C-490/11, C-135/09 C-750/08, SU-383/03 C-776/03
“Corporación Autónoma Regional” AND “Información al público”	2	1	<u>T-294/14</u> C-750/08

4.8. Responsabilidad social empresarial

Tras la búsqueda realizada dentro de la relatoría del Consejo de Estado, los resultados fueron nulos. No obstante, en la relatoría de la Corte Constitucional de Colombia, se arrojaron los siguientes resultados:

Resultados Corte Constitucional de Colombia – Información al Público			
Palabra clave	Res	Con	Observaciones
“Superintendencia de Economía Solidaria” AND “Responsabilidad social empresarial”	1	0	SU-133/17
“Superintendencia de Notariado y Registro” AND “Responsabilidad social empresarial”	2	0	C-077/17 T-213/16
“Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada” AND “Responsabilidad social empresarial”	1	0	C-059/18
“Superintendencia Nacional de Salud” AND “Responsabilidad social empresarial”	3	0	A-251/08, SU-124/18 T-733/17
“Superintendencia de Industria y Comercio” AND “Responsabilidad social empresarial”	2	0	C-254/19 SU-133/17
“Superintendencia de Sociedades” AND “Responsabilidad social empresarial”	3	1	C-389/16, <u>T-781/14</u> C-854/05
“Autoridad Nacional de Licencias Ambientales” AND “Responsabilidad social empresarial”	6	1	T-733/17, <u>T-298/17</u> T-272/17, T-061/17 SU-133/17, T-256/15
“Comisión de Regulación de Comunicaciones” AND “Responsabilidad social empresarial”	1	1	<u>T-298/17</u>
“Agencia Nacional del Espectro” AND “Responsabilidad social empresarial”	1	0	C-254/19
“Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios” AND “Responsabilidad social empresarial”	2	0	T-256/15 T-291/09

“Banco de la República” AND “Responsabilidad social empresarial”	4	1	C-254/19, <u>C-252/19</u> C-157/16, C-438/11
“Corporación Autónoma Regional” AND “Responsabilidad social empresarial”	11	2	T-733/17, T-272/17 SU-133/17, T-213/16 T-256/15, C-150/15 <u>T-781/14</u> , C-027/12 <u>T-129/11</u> , C-367/11 T-291/09

Banco de la República

Dentro de los resultados de la búsqueda en la relatoría de la Corte Constitucional de Colombia, en el análisis efectuado del Acuerdo Internacional sobre Inversiones suscrito entre Colombia y Francia en la sentencia C-252/19⁶³¹, la Corte declaró exequible todo su contenido, entre lo cual se encontraba el artículo 11⁶³², que dispuso lo relativo a la responsabilidad social corporativa de las partes contratantes para promover internamente hacia las empresas. Al respecto, estableció que:

“451. *Artículo 11. Responsabilidad social corporativa.* Este artículo es compatible con la Constitución Política, pues prevé la obligación de las Partes Contratantes de alentar a todas las empresas a que incorporen voluntariamente estándares de responsabilidad social corporativa dentro de sus políticas internas. En esos términos, la Corte advirtió que este artículo es compatible con el artículo 333 de la Constitución Política, dado que afianza la idea de que la empresa es un actor cuya actividad debe ser un instrumento de mejora social, lo cual, además, es conforme con el Estado social de derecho (art. 1 de la CP).

330. A su vez, frente a la inclusión de obligaciones y declaraciones relativas a la responsabilidad social en AII, en la sentencia C-608 de 2010, la Corte señaló que “*considera de la mayor importancia que los postulados de la llamada responsabilidad social corporativa (RSC) o responsabilidad social empresarial (RSE) sean elevados a derecho positivo internacional convencional, por cuanto sus fuentes normativas suelen encontrarse en disposiciones de ‘soft law’, tales como declaraciones y resoluciones. En tal sentido, incluir los principios de la RSC en un tratado de libre comercio como el presente, coadyuva al cumplimiento de los valores y principios constitucionales tales como la solidaridad, la dignificación del trabajo,*

⁶³¹ Exp: LAT-445. M.P.: Carlos Bernal Pulido.

⁶³² “**Artículo 11. Responsabilidad social corporativa.**

Cada Parte Contratante alentará a las empresas que operen en su territorio o que estén sujetas a su jurisdicción a que incorporen voluntariamente estándares internacionalmente reconocidos de responsabilidad social corporativa dentro de sus políticas internas, tales como declaraciones de principios que hayan sido aprobadas o sean respaldadas por las Partes Contratantes, como las Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para Empresas Multinacionales. Estos principios abordan asuntos tales como los derechos laborales, el medio ambiente, los derechos humanos, las relaciones con la sociedad civil y la lucha contra la corrupción.

Las Partes Contratantes le recuerdan a dichas empresas la importancia de incorporar tales estándares de responsabilidad social corporativa en sus políticas internas”.

el respeto por el medio, y en general, el cumplimiento de las obligaciones de las empresas en materia de derechos humanos⁶³³”.

Es decir, la Corte Constitucional reconoció que la responsabilidad social empresarial ha hecho parte de instrumentos de *soft law* y que una forma de inclusión de la misma al ordenamiento es mediante la suscripción de un Tratado salvaguardando el principio de solidaridad y los derechos humanos.

A su vez, a lo largo de la sentencia se analiza la exequibilidad de diversos artículos del Acuerdo frente a las competencias de la Junta Directiva del Banco de la República como autoridad monetaria, bancaria y crediticia en concordancia con los artículos 371 y 372 de la CP, poniendo de presente que la suscripción del Acuerdo no iba en contravía de ninguna de las funciones regulatorias de la entidad.

4.9. Norma técnica

Se destacan los datos arrojados con el cruce de palabras realizado dentro de la Corte Constitucional de Colombia:

Resultados Corte Constitucional de Colombia – Información al Público			
Cruce de Palabras	Res	Con	Observaciones
“Superintendencia Financiera de Colombia” AND “Norma Técnica”	2	0	A-333/06 C-002/18
“Superintendencia de Notariado y Registro” AND “Norma técnica”	1	0	A-333-06
“Superintendencia Nacional de Salud” AND “Norma técnica”	9	6	<u>T-163/18</u> , <u>T-425/17</u> <u>T-731/16</u> , <u>T-762/15</u> <u>T-532/14</u> , <u>T-627/12</u> <u>T-959/11</u> , <u>T-388/09</u> T-209/08
“Comisión de Regulación de Energía y Gas” AND “Norma técnica”	2	0	C-166/15 T-270/04
“Superintendencia de Industria y Comercio” AND “Norma técnica”	4	0	T-762/15, T-206/09 T-875/07, T-270/04
“Superintendencia de Sociedades” AND “Norma técnica”	1	0	T-747/02
“Comisión de Regulación de Comunicaciones” AND “Norma técnica”	1	1	<u>T-397/14</u>

⁶³³ Es una cita de la sentencia C-608 de 2010, mediante la cual se declaró la exequibilidad del Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Colombia. Exp: LAT-359. M.P: Humberto Antonio Sierra Porto.

“Agencia Nacional del Espectro” AND “Norma técnica”	1	1	<u>T-397/14</u>
“Superintendencia de Puertos y Transportes” AND “Norma técnica”	1	1	<u>T-122/18</u>
“Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios” AND “Norma técnica”	2	0	C-468/17 T-270/04
“Banco de la República” AND “Norma técnica”	1	1	<u>T-1258/08</u>
“Corporación Autónoma Regional” AND “Norma técnica”	1	0	C-468/17

Superintendencia Nacional de Salud

Con relación a la categoría de “norma técnica”, en las consideraciones de la sentencia T-163/18⁶³⁴, la Corte Constitucional hizo alusión a la Norma Técnica con base en la cual la Supersalud elaboró su Informe de Gestión:

“1.4.6. Por otra parte, la Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación que se encuentra dentro de la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud (art. 7 Decreto 1018 de 2007) habilitó el correo electrónico funcionjurisdiccional@supersalud.gov.co, por lo que las demandas por función jurisdiccional pueden ser presentadas por dicho medio. Se debe destacar que para para el correcto ejercicio de la función asignada, la Superintendencia creó un grupo interdisciplinario (compuesto por médicos, enfermeras expertas en auditoría, abogados especializados en diferentes áreas del derecho, administradores de empresas y contadores) y capacitó a sus funcionarios para que los abogados de la delegada contaran con todos los elementos para desarrollar la función jurisdiccional ⁶³⁵. Finalmente, de acuerdo con el Informe de Gestión de la Superintendencia Nacional de Salud del año 2016, el ejercicio de la función jurisdiccional y de conciliación logró la Certificación del Sistema de Gestión de Calidad bajo las normas ISO 9001: 2008 y la Norma Técnica de Calidad en la Gestión Pública (NTCGP) 1000:2009 por parte de la firma Bureau Veritas⁶³⁶.

⁶³⁴ Exp: T-6.390.621. M.P.: Cristina Pardo Schlesinger. En el mismo sentido, Exp: T-5.976.842 y T-6.039.132 (AC). M.P.: Cristina Pardo Schlesinger.

⁶³⁵ En el Informe de Gestión de la Superintendencia Nacional de Salud del año 2014 se advirtió que “la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación se rediseño, modernizando su despacho y nombrando un grupo interdisciplinario de funcionarios (médicos, enfermeras expertos en auditoría, abogados especializados en diferentes áreas del derecho, administradores de empresas, contadores), igualmente se contrató asesoría profesional de entidades como DERSOCIAL, con quienes se logró que todos los abogados de esta dependencia se capacitaran y alcanzaran el perfil del ‘Jueces de la Salud’. Esquema éste que se socializó con la Ciudadanía y Actores del Sistema de Salud, lo que arrojó un incremento considerable en el número de demandas y/o solicitudes en esta función”.

⁶³⁶ De acuerdo al Informe de Gestión de la Superintendencia Nacional de Salud del año 2016 “Con base en un modelo de IVC más técnico y eficiente, con los avances metodológicos realizados y la actualización de procesos

Banco de la República

En sentencia T-1258/08⁶³⁷, una persona con enanismo consideró vulnerados sus derechos al acceso a la información, dignidad e igualdad por cuenta de la altura de las ventanillas de atención de la propia sede de la Corte Constitucional. Al respecto, el Alto Tribunal identificó un vacío generalizado en las políticas públicas colombianas en relación con este tema, entre otros por cuenta de la falta de existencia de mecanismos que permitieran el desarrollo de la misma. Por ejemplo:

“En materia de amoblamiento, para asegurar la igualdad de oportunidades de estos ciudadanos, el ADA (*American with Disabilities Act* de 1990) y especialmente el ADAAG (*ADA Accessibility Guidelines*), - que es la norma técnica-, contienen disposiciones generales relacionadas con ello. No obstante, para el caso concreto de las personas de talla pequeña, muchas de esas normas técnicas todavía son muy generales y en algunos aspectos, todavía están en construcción. (...).

4.3.3.El Director de Normalización del ICONTEC, sostuvo frente a la inquietud sobre la existencia de normas técnicas nacionales relacionadas con la accesibilidad a la infraestructura de la población con enanismo, que:

“No existen Normas Técnicas Colombianas, NTC, de carácter voluntario para mostradores de atención al público y que especifiquen requisitos para el acceso de la población con enanismo. Las Normas Técnicas Colombianas que coordina el ICONTEC son elaboradas con la participación de las partes interesadas (fundamentalmente productores, usuarios, academia, gobierno) y así mismo su realización inicia cuando se manifiestan las necesidades por parte de esos mismos actores. ICONTEC no ha recibido una solicitud en ese sentido y por lo tanto no se ha acometido la elaboración de una NTC sobre el particular, cuyo alcance sería de carácter voluntario, dado que el ICONTEC es una organización privada sin ánimo de lucro”. (Subrayas fuera del original).

Al respecto, la Corte Constitucional tuteló los derechos invocados, entre otros, consciente del vacío no solo normativo, sino también doctrinal y técnico, al punto de tener en cuenta para adoptar su decisión, estudios elaborados por diferentes emisores, entre ellos el Banco de la República, que analizan la edad promedio del ciudadano colombiano, de la siguiente forma:

De acuerdo con el libro denominado “La calidad de vida biológica en Colombia. Antropometría histórica 1870 a 2003” del Banco de la República, 2007, la estatura promedio de los colombianos por año de

y procedimientos y el ejercicio de la función jurisdiccional y de conciliación, la SNS realizó sus funciones durante el año 2016, logrando no solamente la Certificación del Sistema de Gestión de Calidad bajo las normas ISO 9001: 2008 y la Norma Técnica de Calidad en la Gestión Pública (NTCGP) 1000:2009 por parte de la firma Bureau Veritas, sino lo más importante, impactando de manera positiva en la garantía del derecho a la salud de los Colombianos y en el mejoramiento del SGSSS”.

⁶³⁷ Exp: T-1.819.611. M.P.: Mauricio González Cuervo.

nacimiento aumentó de manera continua para hombres y mujeres entre 1905 y 1985 y pasó de 1,62 mts. a 1,71 mts. para hombres y de 1,50 mts. a 1,59 mts. para mujeres.

(...). El estudio original de antropometría antes citado, no señala en modo alguno el caso de las personas de talla baja, porque como ya se ha expresado, tales personas están generalmente fuera de la media tradicional. Ver sobre el particular: <http://www.banrep.gov.co/docum/Pdf-econom-region/Documentos/DTSER-45.pdf>fen”.

En ese orden de ideas, y a pesar de la falta de fundamento técnico⁶³⁸, ordenó la adecuación de la infraestructura de la rama judicial en pro de la garantía de los derechos de las personas con enanismo, reconociendo en el Banco de la República una autoridad técnica en la materia.

4.10. Reglamento técnico

Resultados Corte Constitucional de Colombia – Reglamento Técnico			
Cruce de Palabras	Res	Con	Observaciones
“Superintendencia Financiera de Colombia” AND “Reglamento Técnico”	2	1	T-163/13 <u>C-860/06</u>
“Superintendencia de Economía Solidaria” AND “Reglamento técnico”	1	0	C-570/17
“Superintendencia de Notariado y Registro” AND “Reglamento técnico”	2	0	T-358/18 C-298/16
“Superintendencia Nacional de Salud” AND “Reglamento técnico”	7	1	C-253/19, SU-124/18 C-298/16, T-536/15 C-641/12, C-791/11 <u>C-860/06</u>
“Superintendencia de Subsidio Familiar” AND “Reglamento técnico”	2	0	C-641/12 C-791/11
“Comisión de Regulación de Energía y Gas” AND “Reglamento técnico”	3	1	C-166/15, T-299/08 <u>C-1062/08</u>

⁶³⁸ En sentido contrario, sentencia T-1266/08, exp: T-1.785.510, T- 1.820.795, T- 1.823.304. M.P.: Mauricio González Cuervo, la Corte Constitucional no tomó como referencia un estudio técnico realizado por el Banco de la República, que habría sido la base para rechazar la admisión de un aspirante al INPEC: “Con base en esos requerimientos, dados por la naturaleza de la función y la misión del INPEC, se fijó como uno de los requisitos la estatura que no debe ser inferior a la del promedio Nacional, y encuentra respaldo en el estudio del Banco de la República que indica que “la estatura de los Colombiano ha experimentado un crecimiento continuo, en promedio de un centímetro por década a partir de 1.910 y que por tanto, siendo coherente el INPEC, basado en que para la época final del mencionado estudio la estatura de los hombres en promedio era de 1.70 Mts y de las mujeres de 1.58 Mts. fijo en 1.65 y 1.60 respectivamente la estatura de los aspirantes en la convocatoria 002 de 2006”. No obstante lo anterior, ordenó a las accionadas la aceptación de los aspirantes, a pesar de su estatura.

“Superintendencia de Industria y Comercio” AND “Reglamento técnico”	13	2	C-165/19, C-039/18 C-298/16, C-208/16 C-583/15, C-385/15 C-641/12, C-791/11 T-299/08, C-750/08 <u>C-1062/08</u> , T-875/07 <u>C-860/06</u>
“Superintendencia de Sociedades” AND “Reglamento técnico”	4	1	C-165/19, C-208/16 T-285/14, <u>C-860/06</u>
“Parques Nacionales Naturales de Colombia” AND “Reglamento técnico”	1	0	C-298/16
“Autoridad Nacional de Licencias Ambientales” AND “Reglamento Técnico”	4	1	<u>T-298/17</u> , T-236/17 SU-217/17, C-298/16
“Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico” AND “Reglamento técnico”	5	1	A-275/11, T-475/17, <u>T-139/16</u> , T-527/10, T-291/09
“Comisión de Regulación de Comunicaciones” AND “Reglamento técnico”	3	1	<u>T-298/17</u> T-236/17 C-298/16
“Autoridad Nacional de Televisión” AND “Reglamento técnico”	1	0	C-298/16
“Agencia Nacional del Espectro” AND “Reglamento técnico”	1	0	C-298/16
“Superintendencia de Puertos y Transportes” y “Reglamento técnico”	1	0	T-285/14
“Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios” AND “Reglamento técnico”	13	2	T-012/19, T-358/18 T-208/18, SU-217/17 <u>T-139/16</u> , C-298/16 C-620/15, T-028/14 T-312/12, T-281/12 T-291/09, T-191/08 <u>C-1062/08</u>
“Banco de la República” AND “Reglamento técnico”	6	0	C-570/17, C-208/16 C-620/15, C-335/14 C-941/10, C-750/08
“Corporación Autónoma Regional” AND “Reglamento técnico”	14	0	T-012/19, T-358/18 C-121/18, T-475/17 SU-217/17, C-041/17 T-139/16, C-298/16 T-028/14, T-661/12 T-312/12, T-527/10 T-291/09, C-750/08

Superintendencia Financiera de Colombia

Asimismo, dentro de los resultados compilados en la relatoría, en la sentencia C-860/16 de 18 de octubre de 2006⁶³⁹, la Corte Constitucional estableció que la función de la Superfinanciera de expedir reglamentos técnicos se desarrollaba precisamente en la emisión y cumplimiento de estos actos:

“Entonces, la atribución en cabeza de la Superintendencia Financiera de Colombia para expedir determinados reglamentos técnicos, lleva aparejada la de contar con la competencia para velar por el cumplimiento de aquéllos, lo cual implica el adelantamiento de los correspondientes procedimientos administrativos encaminados a imponer sanciones en caso de incumplimiento de los mismos.

En efecto, la función de vigilancia y control, que es de carácter operativo, apunta a asegurar el respeto de la reglamentación expedida por los organismos competentes mediante la puesta en marcha de instrumentos represivos. Se presenta, por tanto, una unidad en la misión de prevención y sanción encomendada a la Superintendencia Financiera de Colombia (...).”

4.11. Estudio Técnico

Consejo de Estado – Resultado por Cruce de palabras (autoridad regulatoria + instrumento de soft law)			
“Cruce de palabras”	Res⁶⁴⁰	Con⁶⁴¹	Referencias analizadas
“Corporación Autónoma regional” y “Estudio técnico”	1	1	<u>73001-23-31-000-2004-02155-01</u>

Corporación Autónoma Regional

Por su parte, en sentencia de 15 de abril de 2015⁶⁴², el Tribunal Contencioso Administrativo determinó que cada vez que se surta una modificación de planta de personal de cualquier entidad (en este caso de la Corporación Autónoma Regional del Tolima) se debe tener en cuenta el estudio técnico sobre el cual se fundamente la misma:

“A folios 11054 a 11279, cuaderno 2, tomo 15, se encuentra el Estudio Técnico denominado: Programa de Modernización Institucional y Diseño Organizacional. En éste se justificó la supresión de 5 Profesionales Código 3020, Grado 06 adscritos a la Subgerencia de Desarrollo Ambiental de la siguiente manera:

⁶³⁹ Exp: D-6235. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶⁴⁰ Resultados arrojados. Si una vez realizada la búsqueda combinada no se obtenían resultados, se procedía a buscar solamente la entidad.

⁶⁴¹ Concordancias.

⁶⁴² Exp: 73001-23-31-000-2004-02155-01. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

(...) En relación con los estudios técnicos, tanto el artículo 41 de la Ley 443 de 1998⁶⁴³ como el artículo 148 del Decreto 1572 de 1998⁶⁴⁴ y los artículos 7° y 9° del Decreto 2504 de 1998⁶⁴⁵, normativa vigente para la época de los hechos, establecen que cuando de la modificación de cualquier planta de personal se trate, la misma debe estar precedida por estudio técnico que la justifique, que debe fundamentarse en las necesidades del servicio o en razones que propendan por la modernización de la administración, dentro de claros criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general, con el análisis de aspectos tales como los procesos técnico - misionales y de apoyo, la evaluación de la prestación de los servicios y, la evaluación de las funciones asignadas, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleados”.

⁶⁴³**Ley 443 de 1998** “Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones”, publicada en Diario oficial No. 43.320 de 11 de junio de 1998. Artículo 41. “Reforma de plantas de personal. Con el fin de garantizar la preservación de los derechos de los empleados de carrera, las reformas de planta de personal de las entidades de la rama ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, que impliquen supresión de empleos de carrera, deberán motivarse expresamente; fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración y basarse en estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades, la Escuela Superior de Administración Pública, firmas especializadas en la materia o profesionales en Administración Pública u otras profesiones idóneas, debidamente acreditadas, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.(...)”.

⁶⁴⁴**Decreto 1572 de 1998.**

“(…) Artículo 148 Las modificaciones a las plantas de personal de las entidades pertenecientes a la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deberán motivarse expresamente y fundarse en las necesidades del servicio o en razones que propendan por la modernización de la institución, las cuales estarán soportadas en estudios técnicos que así lo demuestren”.

⁶⁴⁵**Decreto 2504 de 1998.**

“(…) Artículo 7° Modifícase el artículo 149 del Decreto 1572 del 5 de agosto de 1998, el cual quedará así: Artículo 149. Se entiende que la modificación de una planta de personal está fundada en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración, cuando las conclusiones del estudio técnico de la misma deriven en la creación o supresión de empleos con ocasión, entre otros, de: 1. Fusión o supresión de entidades. 2. Cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad. 3. Traslado de funciones o competencias de un organismo a otro. 4. Supresión, fusión o creación de dependencias o modificación de sus funciones. 5. Mejoramiento o introducción de procesos, producción de bienes o prestación de servicios. 6. Redistribución de funciones y cargas de trabajo. 7. Introducción de cambios tecnológicos. 8. Culminación o cumplimiento de planes, programas o proyectos cuando los perfiles de los empleos involucrados para su ejecución no se ajusten al desarrollo de nuevos planes, programas o proyectos o a las funciones de la entidad. 9. Racionalización del gasto público. 10. Mejoramiento de los niveles de eficacia, eficiencia, economía y celeridad de las entidades públicas. PARÁGRAFO. Las modificaciones de las plantas a las cuales se refiere este artículo deben realizarse dentro de claros criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general (...)”.

Artículo 9°. Modifícase el artículo 154 del Decreto 1572 del 5 de agosto de 1998, el cual quedará así: Artículo 154.- Los estudios que soportan las modificaciones de las plantas de personal deberán estar basados en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen, dependiendo de la causa que origine la propuesta, alguno o varios de los siguientes aspectos: 1. Análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo. 2. Evaluación de la prestación de los servicios. 3. Evaluación de las funciones asignadas, perfiles y las cargas de trabajo de los empleados (...)”.

Resultados Corte Constitucional de Colombia – Estudio Técnico			
“Superintendencia Financiera de Colombia” AND “Estudio técnico”	3	0	A-181/17, A-259/14 T-1008/12
“Superintendencia de Notariado y Registro” AND “Estudio técnico”	18	0	A-266/17, A-237/08 T-011/19, C-028/18 T-556/17, T-139/17 C-172/17, C-077/17 T-529/16, T-213/16 SU-426/16, T-679/15 C-634/14, T-388/13 T-091/13, T-908/12 T-234/12, T-283/05
“Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada” AND “Estudio técnico”	1	0	C-460/13
“Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca” AND “Estudio técnico”	1	0	A-096/19
“Superintendencia Nacional de Salud” AND “Estudio técnico”	20	0	A-458/16, A-410/16 A-278/13, A-262/12 A-043/12, A-247/10 C-093/18, T-523/17 T-357/17, <u>T-302/17</u> T-762/15, C-313/14 T-388/13, C-262/13 T-576/12, C-078/11 C-978/10, C-1041/07 SU-713/06, C-658/03
“Superintendencia de Subsidio Familiar” AND “Estudio técnico”	7	0	C-629/11, C-041/06 C-658/03
“Comisión de Regulación de Energía y Gas” AND “Estudio técnico”	3	0	C-055/19, C-130/18 T-1212/04
“Superintendencia de Industria y Comercio” AND “Estudio técnico”	4	0	C-208/16, T-762/15 C-1041/07, C-658/03
“Superintendencia de Sociedades” AND “Estudio técnico”	8	0	C-208/16, T-444/13 T-1024/12, T-606/09 T-077/09, C-1041/07 T-1225/04, T-1212/04
“Junta Central de Contadores” AND “Estudio técnico”	2	0	C-055/19 C-130/18
“Parques Nacionales Naturales de Colombia” AND “Estudio técnico”	4	2	A-393/10 A-050/19 <u>T-302/17</u> <u>SU-698/17</u>

“Autoridad Nacional de Licencias Ambientales” AND “Estudio técnico”	11	1	A-620/17, A-419/17, A-266/17, A-205/17 SU-095/18, T-361/17 <u>SU-698/17</u> , T-732/16 T-730/16, T-605/16 T-313/16
“Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico” AND “Estudio técnico”	2	0	C-1190/08 T-021/05
“Comisión de Regulación de Comunicaciones” AND “Estudio técnico”	1	1	<u>T-397/14</u>
“Autoridad Nacional de Televisión” AND “Estudio técnico”	2	0	C-102/18 T-361/17
“Agencia Nacional del Espectro” AND “Estudio técnico”	2	1	C-467/17 <u>T-397/14</u>
“Superintendencia de Puertos y Transportes” AND “Estudio técnico”	1	1	<u>T-122/18</u>
“Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios” AND “Estudio técnico”	12		C-055/19, C-130/18 <u>T-302/17</u> , T-129/17 T-439/15, T-790/14 T-916/11, T-077/09 C-1190/08, T-021/05 T-1225/04, C-578/04
“Agencia Nacional de Contratación Pública” AND “Estudio técnico”	1	1	<u>T-302/17</u>
“Banco de la República” AND “Estudio técnico”	16	2	A-543/16, C-110/19 T-279/18, SU-095/18 C-102/18, C-017/18 T-361/17, C-331/17 C-373/16, C-208/16 C-313/14, T-743/13 C-258/13, <u>T-1266/08</u> <u>T-1258/08</u> , C-350/04
“Corporación Autónoma Regional” AND “Estudio técnico”	45	3	<u>T-361/17</u> , <u>T-432/09</u> <u>T-149/17</u>

Autoridad Nacional de Licencias Ambientales

Por otra parte, en sentencia de unificación SU-698/17⁶⁴⁶, la Corte Constitucional resolvió una acción de tutela interpuesta en contra de diversas entidades entre las que se encuentra la ANLA, mediante la cual concedió el amparo y dispuso:

⁶⁴⁶ T-5.443.609. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

“**SEXTO.- ORDENAR** a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, a la Corporación Autónoma Regional de La Guajira y a la empresa Carbones del Cerrejón Limited, que, en el marco de sus obligaciones y competencias constitucionales y legales, especialmente las relacionadas con el control y el seguimiento ambiental, incorporen al Plan de Manejo Ambiental Integral vigente -PMAI- las conclusiones del estudio técnico realizado por la mesa interinstitucional así como sus recomendaciones⁶⁴⁷”.

Comisión de Regulación de Comunicaciones

En sentencia de tutela T-397/14⁶⁴⁸ se tomó como sustento un estudio técnico que le brindó a una norma de *hard law*, recomendaciones para su expedición. En ambos expedientes se denegaron los derechos invocados en contra de Comcel S.A.⁶⁴⁹:

“Resulta relevante destacar que la precitada norma⁶⁵⁰: (i) acogió los resultados del “*Estudio de los Límites de la Exposición Humana a Campos Electromagnéticos producidos por Antenas de Telecomunicaciones y análisis de su integración al entorno*”, que la Comisión de Regulación de Comunicaciones contrató con el Departamento de Electrónica de la Pontificia Universidad Javeriana, el cual recomendó la adopción de los niveles de referencia de emisión de campos electromagnéticos definidos por la Comisión Internacional de la Protección de Emisiones no Ionizantes; ...⁶⁵¹”

Autoridad Nacional de Televisión

Si bien en la sentencia C-359/16⁶⁵² de siete de julio, no se toma como base jurídica ninguna Circular, sí se hace alusión a un estudio técnico que determinó la expedición de los artículos

⁶⁴⁷ En sentido similar ver sentencia T-298/17. Exp: T- 5.198.321. M.P.: Aquiles Arrieta Gómez. Combinación: Autoridad Nacional de Licencias Ambientales AND Estudio técnico. “**SEGUNDO.- ORDENAR** al Ministerio del Interior, Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías, al Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, al Ministerio de Cultura y a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, que dispongan lo necesario a fin de adelantar, dentro de los siguientes seis meses a la notificación de la presente sentencia, las pruebas técnicas que permitan determinar con certeza el grado de contaminación del Río Guarrojo”.

⁶⁴⁸ T-4162938. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

⁶⁴⁹ En idéntico sentido ver Exp: T-5721728. M.P.: María Victoria Calle Correa. T-713/16.

⁶⁵⁰ Decreto 195 de 2005. *Por el cual se adoptan límites de exposición de las personas a campos electromagnéticos, se adecuan procedimientos para la instalación de estaciones radioeléctricas y se dictan otras disposiciones.*

⁶⁵¹ En la misma se toma como soporte el Código de Buenas Prácticas para el despliegue de Infraestructura y Redes de Comunicaciones de octubre de 2013 hilvanado por la CRC y la ANE y múltiples informes técnicos elaborados por la Agencia Nacional del Espectro, como por ejemplo: “Acatando la orden impartida en sede de revisión, el Asesor Jurídico de la Agencia Nacional del Espectro hizo llegar el informe técnico o análisis de radiaciones no ionizantes número 1685, realizado en el mes de marzo de 2014 por el Grupo de Control Técnico del Espectro de la Subdirección de Vigilancia y Control, en el cual se afirma que ese grupo practicó la revisión de cumplimiento de límites de exposición a campos electromagnéticos en la antena instalada en la estación de telefonía móvil celular de propiedad de “Comcel S.A.”, ubicada en la avenida calle 116 número 19A -41, en la ciudad de Bogotá, con los siguientes resultados: ... Se concluye que los niveles de exposición de radiaciones electromagnéticas están por debajo de los límites.

⁶⁵² Exp: D-10941. M.P.: Luis Guillermo Pérez.

de la Ley demandada, adicional a delinear que se está hablando de un nuevo modelo regulatorio en materia de concesiones de espacio de televisión nacional:

“En conclusión, más allá de la atribución que se otorga a la ANTV para fijar las condiciones de los contratos que permitan la concesión de los espacios de televisión del Canal UNO, lo que se advierte es la definición –desde el punto de vista legal– de un nuevo esquema regulatorio para la determinación del número de concesionarios del citado canal. Así, por una parte, mediante la derogatorias realizadas se suprimen los porcentajes mínimos y máximos de participación en el total de horas de programación; mientras que, por la otra, con la aprobación del artículo 41 de la Ley 1753 de 2015, se asigna esa definición a la citada agencia estatal, de acuerdo con los estudios técnicos y de mercado que para el efecto se realicen, y con los criterios jurídicos que expresamente se consagran en el inciso 1 de la norma en mención. Dicha combinación de elementos, como ya se advirtió, debe conducir a un proceso de selección objetiva en el que se asigne(n) la(s) concesión(es).

Segundo. - Declarar **EXEQUIBLES**, por los cargos analizados en esta providencia, las expresiones: “La ANTV determinará el número de los concesionarios y condiciones de los contratos, de acuerdo con los estudios técnicos y de mercado que se realicen para estos efectos” y “la(s) concesión(es)”, previstas en el artículo 41 de la Ley 1753 de 2015”.

4.12. Resultados individuales

Se pasa ahora a analizar la búsqueda individual de términos sin resultados en la combinación de comandos en la relatoría del Consejo de Estado:

Resultados Consejo de Estado – Instrumentos de soft law sin cruce de palabras			
Palabra clave	Res	Con	Observaciones
“Guía ambiental”	3	1	<u>76001-23-31-000-1999-02013-01</u> 63001-23-31-000-2001-00922-01 11001-03-24-000-2002-00374-01
“Responsabilidad social empresarial”	0	0	
“Norma técnica”	6	0	11001-03-24-000-2009-00038-00 25000-23-27-000-2004-92213-01 25000-23-24-000-2000-00736-01 25000-23-25-000-2004-00812-01 (auto) 11001-03-06-000-2004-01606-01 (concepto) 11001-03-24-000-2002-00050-01
“Reglamento técnico”	26	1	11001-03-24-000-2008-00231-00 11001-03-24-000-2012-00370-00 (auto) 25000-23-24-000-2011-00603-01 11001-03-24-000-2010-00205-00 11001-03-24-000-2010-00001-00 11001-03-24-000-2016-00295-00 (auto) 11001-03-24-000-2009-00038-00 11001-03-15-000-2017-02571-00

			44001-23-31-000-2011-00164-01 11001-03-24-000-2016-00295-00 (auto) 11001-03-26-000-2016-00052-00 11001-03-06-000-2016-00142-00 concepto 11001-03-24-000-2010-00329-00 25000-23-24-000-2010-00609-01 76001-23-31-000-2003-00002-01 41001-23-31-000-2010-00454-01 11001-03-27-000-2008-00035-00 11001-03-24-000-2007-00090-00 11001-03-24-000-2006-00230-00 11001-03-24-000-2010-00148-00 (auto) 25000-23-26-000-2003-01473-01 (auto) 11001-03-24-000-2010-00095-00 (auto) 11001-03-24-000-2010-00001-00 (auto) 15001-23-31-000-2001-01919-01 (auto) 05001-23-31-000-2005-03488-01 (auto) <u>11001-03-24-000-2002-00050-01</u>
“Permiso negociable de emisión”	0	0	
“Cupo negociable de emisión”	0	0	
“Acuerdo informal”	0	0	
“Derecho” y “técnica”	416 ⁶⁵³	1	<u>66001-23-31-000-2012-00269-01</u>
“Memorando de entendimiento”	0	0	

Guía ambiental

De esta forma se encuentra que bajo el criterio de “guía ambiental” en la relatoría del Consejo de Estado, se arroja una sentencia⁶⁵⁴ del 10 de mayo de 2012 mediante la cual la alta corte establece que lo dispuesto en la Guía Ambiental para Proyectos de Distribución Eléctrica se constituye en el fundamento de las autoridades ambientales para su proceso de control y seguimiento de proyectos, actividad propia de sus funciones, así:

“Las entidades del Sector Eléctrico Colombiano, particularmente las empresas distribuidoras de energía eléctrica, pueden encontrar en este documento un derrotero práctico para iniciar, mejorar, corregir o complementar su gestión ambiental en cada una de las fases de un proyecto de distribución, desde su planeamiento y diseño hasta su desmantelamiento y cierre, incluyendo la remodelación y/o ampliación de sistemas existentes. (numeral 1.3. ibídem). A su vez, la Guía Ambiental establece que las autoridades ambientales pueden hacer uso efectivo de esta Guía dentro de su proceso de control y seguimiento de proyectos, ya que esta recoge lo esencial de un proyecto de distribución eléctrica en términos de afectación al entorno natural y socioeconómico, y presenta soluciones típicas y viables para su prevención, corrección, mitigación y/o compensación”.

⁶⁵³ Se revisaron las 416 providencias, pero no se referencian por el elevado número de resultados sin coincidencia.

⁶⁵⁴ Exp 76001-23-31-000-1999-02013-01. Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso.

Dentro de las autoridades ambientales se pueden enunciar dos autoridades regulatorias mencionadas en el capítulo III del presente trabajo, la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD)⁶⁵⁵.

Reglamento técnico

En los resultados hallados en la relatoría del Consejo de Estado, en la sentencia de 3 de septiembre de 2004 ⁶⁵⁶, el alto tribunal administrativo determinó la nulidad de las Resoluciones mediante las cuales la SIC fijó unos requisitos técnicos para el sector plásticos, sobre las cuales adolecía de competencia. No obstante, también hace referencia ⁶⁵⁷ a su función de acreditación ante el Sistema Nacional de Normalización, Certificación y Metrología conforme a lo que disponga mediante un reglamento técnico dictado por ella misma, así:

“El artículo 17⁶⁵⁸, (...) consagra que la Superintendencia de Industria y Comercio es el organismo que acredita, mediante resolución motivada a las entidades que solicitan operar como organismos pertenecientes al Sistema Nacional de Normalización, Certificación y Metrología, **de conformidad con el reglamento técnico que expida para tal efecto**; y que igualmente le corresponde supervisar a dichos organismos y vigilar y controlar a los fabricantes e importadores de bienes y servicios.

De lo que ha quedado reseñado colige la Sala que para que la Superintendencia de Industria y Comercio pueda expedir regulaciones, como las acusadas, es menester que en el sector de PLÁSTICOS, al que pertenecen los productos PVC y C.P.V.C. no haya normas técnicas oficializadas. Y la facultad para expedir reglamentos técnicos se relaciona con la acreditación de organismos de certificación e inspección y laboratorios de pruebas, ensayos y metrología.

En el caso sub examine dentro de los documentos que se recaudaron como prueba a solicitud del actor, se encuentran las Resoluciones (...), a través de las cuales, entre otros aspectos, se oficializaron con carácter obligatorio las normas técnicas colombianas del sector plásticos.

(...).

Lo anterior pone de manifiesto que la Superintendencia de Industria y Comercio no es competente para imponer a los productos condiciones adicionales a las normas técnicas colombianas oficiales obligatorias”.

⁶⁵⁵ <https://www.grupoenergiabogota.com/eeb/index.php/transmision-de-electricidad/sector-energetico-en-colombia>

⁶⁵⁶ Exp 11001-03-24-000-2002-00050-01. Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁶⁵⁷ Si bien como obiter dicta.

⁶⁵⁸ Decreto 2269 de 16 de noviembre de 1993.

Derecho y técnica

Por otro lado, en sentencia de 19 de abril de 2018⁶⁵⁹, el Consejo de Estado dispuso que, con base en las recomendaciones técnicas de la CARDER, tanto el Municipio como las entidades territoriales (entiéndase una Corporación Autónoma Regional como la CARDER) debían ejercer sus funciones de inspección, vigilancia y control de la siguiente forma:

“E]s procedente conforme al carácter preventivo que reviste la acción popular, señalar que corresponde al Municipio, según lo dispuesto en la Ley 1523, realizar las obras necesarias para solucionar los problemas de erosión, socavación y deslizamientos en la zona del acueducto del barrio San Diego, siguiendo las recomendaciones técnicas de la CARDER, pues es el responsable directo de la implementación de los procesos de gestión del riesgo, de ahí que la Sala considere que asistió razón al a quo al declarar la amenaza de los derechos colectivos a la seguridad y prevención de desastres por parte de aquél. (...). [S]i bien en primera medida le corresponde al Municipio en materia de gestión de riesgo implementar, ejecutar y desarrollar las políticas, actividades y gestiones tendientes a precaver la ocurrencia de un desastre en los puntos afectados, también lo es que en atención a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, el Departamento está obligado a ejercer sus funciones de inspección, control y vigilancia, en coordinación con las demás entidades territoriales, en aras de evitar factores de riesgo ambiental que conduzcan a la afectación de recursos naturales, ya que hace parte de sus competencias legales”.

Es decir, se deben tener en cuenta las recomendaciones técnicas del CARDER, toda vez que se constituye como una entidad territorial con la cual el Municipio debe coordinarse para ejercer las funciones de inspección, control y vigilancia. Es decir, la entidad territorial adopta sus propias recomendaciones al momento de ejercer funciones inherentes a su naturaleza.

Por último, se recoge lo relativo a la búsqueda de la única autoridad administrativa independiente que no arrojó ningún resultado individualmente:

Resultados Consejo de Estado – Autoridades Administrativas Independientes sin cruce de palabras			
“Cruce de palabras”	Res⁶⁶⁰	Con⁶⁶¹	Referencias analizadas
“Unidad de Proyección Normativa y Estudios de Regulación Financiera”	0	0	

4.13.Otros resultados

A continuación, se muestran los resultados que a pesar de obtener concordancias, el análisis de la sentencia no versaba sobre los instrumentos de *soft law* administrativo combinados y por tanto no clasificaron en la búsqueda cruzada:

⁶⁵⁹ Exp: 66001-23-31-000-2012-00269-01. Consejera Ponente: María Elizabeth García González

⁶⁶⁰ Resultados arrojados. Si una vez realizada la búsqueda combinada no se obtenían resultados, se procedía a buscar solamente la entidad.

⁶⁶¹ Concordancias.

Corte Constitucional de Colombia – Resultado por Cruce de palabras (autoridad regulatoria + instrumento de soft law)			
Combinación	Res	Con	Referencias analizadas
“Comisión de Regulación de Energía y Gas” AND “Acuerdo informal”	1	0	T-920/02
“Superintendencia de Sociedades” AND “Acuerdo informal”	1	0	C-620/12
“Corporación Autónoma Regional” AND “Permiso de emisión”	2	1	<u>T-154/13</u> T-026/99
“Superintendencia Financiera de Colombia” AND “Memorando de entendimiento”	1	0	A-333/06
“Superintendencia de Notariado y Registro” AND “Memorando de entendimiento”	1	0	A-333-06
“Superintendencia de Industria y Comercio” AND “Memorando de entendimiento”	1	0	C-210/16
“Superintendencia de Sociedades” AND “Memorando de entendimiento”	1	0	C-685/11
“Parques Nacionales Naturales de Colombia” AND “Memorando de entendimiento”	1	1	<u>SU-698/17</u>
“Autoridad Nacional de Licencias Ambientales” AND “Memorando de entendimiento”	1	1	<u>SU-698/17</u>
“Agencia Nacional del Espectro” AND “Memorando de entendimiento”	1	0	A-343/09
“Superintendencia de Puertos y Transportes” AND “Memorando de entendimiento”	1		T-1217/08
“Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios” AND “Memorando de entendimiento”	1	0	C-620/15

"Banco de la República" AND "Memorando de entendimiento"	6	0	C-275/19, SU-649/17 C-620/15, C-169/12 C-685/11, C-941/10
"Corporación Autónoma Regional" AND "Memorando de entendimiento"	3	1	C-381/19 C-275/19 <u>SU-698/17</u>

CONCLUSIONES

La globalización ha traído consigo transformaciones en las dinámicas en las que se desenvuelven las relaciones entre Estados. La ciencia jurídica, por supuesto, no ha sido ajena a esta realidad. El sistema clásico de fuentes del Derecho se ha visto inmerso en una evolución que bien podría llegar a cuestionar su esencia por cuenta de la inserción de mecanismos de derecho blando de naturaleza administrativa.

La transformación del derecho administrativo se da acorde con las transformaciones del Estado, desde sus relaciones internacionales con un mundo globalizado, hasta con la incidencia mayor de elementos técnicos **como documentos que influyen en la creación de las normas**. Así, ante una ausencia de certeza científica, los avances de los Estados y el derecho han sido pragmáticos pero limitados a su estructura. El derecho administrativo, a pesar de su alta dependencia del orden legal y más recientemente constitucional, se empieza a ver limitado ante la progresiva tecnificación de las ramas del derecho, lo que puede generar un estado progresivo de incidencia técnica con el *soft law* como protagonista.

Se observa en el estudio del *soft law* que cada vez cuenta con más profundidad y en múltiples campos⁶⁶². Sin embargo, en el derecho administrativo se viene abriendo paso como una fuente de carácter pseudo-obligatorio y vinculante y de altísima relevancia que procura la adaptación de la administración pública a las exigencias del mundo globalizado.

Sin embargo, no se comparte la idea de que el *soft law* administrativo no tiene ya características plenamente identificadas. Si bien puede que no exista un consenso en su definición, es posible considerar que sí puede hablarse de una caracterización mínima y de ejemplos plenamente identificables dentro de los ordenamientos jurídicos que derivan en instrumentos de *soft law* administrativo, tema que debe ser estudiado en el marco de otra investigación, pero sobre el cual me permito esbozar la caracterización de siete particularidades identificables en estos instrumentos: son normas no obligatorias (1) y por tanto no vinculantes (2), las cuales no cuentan con un control de impugnación (3). A su vez, se entienden como normas subsidiarias e indirectas (4), con efectos *ad intra* o *ad extra* (5), cuya naturaleza recae en dos acepciones, bien sean expedidas por la Administración Pública o utilizadas por esta (6). Es así como son normas orientadoras y dinamizadoras del ejercicio de la función pública, a partir de la identificación como mandatos de optimización (7).

Así como la jurisprudencia, que en el sistema clásico de fuentes del derecho administrativo se consideró como una fuente indirecta del mismo, pero se ha convertido en una fuente absolutamente indispensable en el civil law, el *soft law* administrativo se esgrime como el fenómeno de apertura a la modernización de la rama del derecho administrativo.

En consonancia, los riesgos que podría presentar son el menoscabo de la seguridad jurídica y el principio de legalidad principalmente, por cuenta de su uso sin restricciones y de la falta de conceptualización y caracterización del mismo. En ese sentido, debe abogarse por un estudio que abarque tanto su incursión en el mundo globalizado, como su uso puntual en el

⁶⁶² Como las normas técnicas, por ejemplo.

ejercicio de la función pública por parte de las autoridades administrativas, como actores de la dinámica estatal junto a los ciudadanos.

Lo cierto es que no todos los doctrinantes que mencionan el tema del *soft law* se atreven a esbozar un concepto del mismo. Tampoco pareciera ser su objetivo principal en su desarrollo investigativo. Lo que sí se observa es su estudio cada vez más a profundidad y en múltiples campos⁶⁶³.

Es indiscutible que el libro más referenciado entre los académicos de habla hispana es el de Daniel Sarmiento, especialmente en lo que se relaciona con su definición y teorización conceptual.

Santaella señala:

*... A pesar del creciente protagonismo del juez de la Administración, la ciencia jurídico-administrativa tiene la obligación de mirar más allá de los precedentes o de las líneas jurisprudenciales, de apreciar su objeto de estudio en toda su extensión y de efectuar una reconstrucción de este ámbito de la manera más fiel a la realidad posible*⁶⁶⁴.

De acuerdo con lo anterior, la constitucionalización del derecho administrativo, a pesar de estar directamente regida por una jerarquía jurídica, en el proceso de consolidar su desarrollo técnico y recomendaciones, se controvierte al mismo tiempo el sistema que lo ordena, ergo, su jerarquía jurídica. Por lo tanto, paradójicamente, solamente el orden *hard law* es el que permite la entrada del *soft law* como fuente. Por lo tanto, las autoridades autónomas independientes son un ente administrativo proactivo que impulsa a la Administración Pública a adaptarse a nuevas contingencias, que van desde recomendaciones técnicas hasta procesos ejecutivos regulatorios⁶⁶⁵. Siendo las autoridades autónomas independientes actores que se enfrentan a un constante proceso de actualización y optimización técnica acorde con las necesidades institucionales en un entorno globalizado, en el que son un motor de gran importancia en la de transformación del Estado, ya que “si las actividades del hombre se globalizan, se globaliza el Derecho⁶⁶⁶”.

En el caso colombiano, se resalta cómo los principios generales y constitucionales del derecho, se desenvuelven, a partir de la vigencia de la Constitución del 91 como parte fundamental de las fuentes del derecho y del derecho administrativo, a pesar de haberse considerado como criterios auxiliares incluso en el propio texto de la Carta Magna. No obstante, el desarrollo que se ha evidenciado en la aplicación de la normativa institucional denota una importancia cada vez más relevante en el sentido de otorgarle a los principios generales y constitucionales del derecho una fuerza vinculante como producto de la

⁶⁶³ Como las normas técnicas, por ejemplo.

⁶⁶⁴ Santaella. Página 104.

⁶⁶⁵ Penagos, G. *Derecho administrativo*. Librería el Profesional. 1994. Páginas 28-29.

⁶⁶⁶ Guacaneme... Página 168.

adaptación que ha tenido que sortear el derecho administrativo en la constante adaptación a la que se ha visto sometido.

Por otra parte, los principios generales se entienden como mandatos de optimización, de acuerdo con Alexy⁶⁶⁷, puesto que “no es posible una dogmática adecuada de los derechos fundamentales sin una teoría de los principios⁶⁶⁸”. Por lo tanto, derechos y principios se entrelazan en pro del cumplimiento y salvaguarda de los primeros, con base en los segundos. En ese sentido, cabría preguntarse si el *soft law*, cuyo tratamiento en la doctrina española se ha dado a partir de su consideración de mandato de optimización no cumple el mismo fin de los principios generales, cuya función recae en la definición de situaciones complejas, cuya balanza se incline en favor de dos o más cuestiones jurídicas de difícil solución. La jurisprudencia dejó de ser una fuente obligatoria de exclusiva aplicación en los sistemas de derecho anglosajón para convertirse, incluso, en el eslabón más fuerte y con mayor preponderancia a la hora de justificar una decisión o determinar una política estatal.

Esto, aunado a lo descrito por Kelsen cuando afirma que “una norma es válida como norma únicamente porque se ha originado de una determinada manera, porque ha sido creada en conformidad con cierta regla, porque ha sido establecida siguiendo un método específico⁶⁶⁹”. Por lo tanto, la falta de legitimidad de los instrumentos de *soft law* recae, entre otros, por la forma como son deliberadas y tramitadas por parte de órganos sin autoridad legal o social. Sin embargo, no se puede estar de acuerdo con la idea de que el *soft law* administrativo no tiene ya elementos perfectamente identificados. Aunque no hay consenso en su conceptualización, es viable analizar su irrupción en los órdenes legales por cuenta de unas características propias que estos instrumentos de *soft law* administrativo presentan.

Por otro lado, el desarrollo teórico de las AAI como elementos de configuración y transformación de las estructuras del Estado, ha ido de la mano con una multiplicidad de procesos evolutivos en dimensiones como la política y la económica. La consolidación del Estado regulador da inicio a una investigación de la academia que, más que desarrollar un análisis general para la conceptualización universal de las AAI, tiende a entenderlas como elementos directamente dependientes de las realidades y contextos de cada uno de los países en los que se desenvuelven.

En las investigaciones en lengua hispana los trabajos a los que más se remiten los autores, son las experiencias investigativas francesas, precisamente por enmarcarse dentro de un orden jurídico continental y no anglosajón, como corriente contrapuesta. Aunque no puede desconocerse el aporte de autores como García Llovet como un referente importante en el estudio de las AAI en español.

Igualmente, observa que hablar de AAI en Colombia no sería del todo correcto dadas las especificidades que los entes con pretensión regulatoria ostentan, por lo que el término más adecuado sería el de autoridades regulatorias. Por tanto, las diferentes denominaciones de

⁶⁶⁷ Rivero Ortega, R. y Arenas Mendoza, H.A. *Derecho administrativo general*. Ibáñez. 2018. Página 149.

⁶⁶⁸ Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. El Derecho y la Justicia. 2002. Página 25.

⁶⁶⁹ Kelsen, H. *Teoría pura del derecho*. Editorial Trotta. 1934. Página 83.

estas entidades como AAI, entes independientes o autoridades regulatorias difícilmente pueden ser sinónimos.

Las propias sentencias aquí referenciadas se constituyen como la fuente directa de argumentación sobre la incidencia de los diversos roles de las AAI en la construcción de bases jurisprudenciales a través de mecanismos de *soft law*. Al respecto, se pudo evidenciar de la búsqueda en las relatorías de las dos altas cortes, que el uso de instrumentos de *soft law* administrativo colombiano en la argumentación de sus providencias es aleatorio y depende en gran parte de la naturaleza de la autoridad regulatoria y del propio mecanismo de *soft law*. Es decir, se encontraron combinaciones que arrojaron múltiples resultados y viceversa. No obstante, se puede concluir que la utilización de estas herramientas de derecho blando es aceptada y de hecho analizada por parte de ambas Corporaciones, a pesar de que se reflejan sentencias en las cuales es explícito que estos recursos de *soft law* no se constituyen como actos administrativos, dado su carácter no vinculante. En la gran mayoría se guarda silencio al respecto.

Por su parte, se observa que al hacer referencia a los reglamentos o a las normas técnicas, las mismas se incorporaban al ordenamiento jurídico colombiano mediante mecanismos de *hard law* administrativo como Decretos o Resoluciones. Por este motivo, la búsqueda con base en los mismos no arrojaba un número significativo de resultados, toda vez que se convertían en lo que Santaella denomina la oficialización de las normas técnicas, perdiendo su carácter de derecho blando⁶⁷⁰.

Otro resultado se deriva del hecho de que la búsqueda con el comando “memorando de entendimiento” no trajo frutos y su uso se encuadra someramente en el *soft law* internacional para el acatamiento de convenios extranjeros, como en la sentencia C-169/12⁶⁷¹ mediante la cual se declara la exequibilidad del Acuerdo Bilateral de Inversiones suscrito entre Gran Bretaña y Colombia y el memorando de entendimiento se encuentra ajustado a la CP y su interpretación no altera las competencias del Banco de la República.

Por último, puede mencionarse el hecho de que se enviaron derechos de petición a las 23 entidades en estudio solicitando información relacionada con el objeto de la tesis, frente a lo cual todas afirmaron que ninguna de ellas había sido notificada de fallos mediante los cuales el Consejo de Estado o la Corte Constitucional hubiesen utilizado instrumentos de *soft law* para definir la estructura de las autoridades administrativas independientes colombianas. Al respecto, se resalta lo innovador del tema de estudio, a pesar de ser una materia que ha estado presente desde hace varios años en la jurisprudencia colombiana.

⁶⁷⁰ En sentencia bajo el radicado No. 25000-23-24-000-2000-00736-01, se realiza la distinción: “El objeto de la visita practicada por la entidad demandada y que dio lugar al acto acusado, entre otro, era justamente el previsto en dicho artículo, de allí que las normas técnicas a que estaba sujeta esa entidad eran las normas técnicas colombianas oficiales obligatorias pertinentes a tal objeto”. La entidad referida es la Superintendencia de Industria y Comercio.

⁶⁷¹ Exp: LAT-377. M.P.: María Victoria Calle Correa.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Acevedo Aguirre, A. M. *El Derecho internacional ambiental en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: Una relación indefinida*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2016.
- Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. El Derecho y la Justicia. 2002
- Aranguren, J. C. A., & Walker, A. G. *Derecho administrativo y globalización*. Garrigues Cátedra, Universidad de Navarra. 2004.
- Arboleda Perdomo, E.J. *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá: Legis. 2012.
- Bauman, Z. *Modernidad líquida*. Ciudad de México: Fondo de cultura económica, 2015.
- Beck, U., Moreno, B., & Borrás, M. R. *¿Qué es la globalización?* Barcelona: Paidós, 1998.
- Béjar Rivera, J. L. *Fundamentos de Derecho Administrativo, objeto, historia, fuentes y principios*". Ciudad de México: Tirant lo Blanch. 2012.
- Berlin, I. *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza. 1996.
- Betancor Rodríguez, A. *Las administraciones independientes: un reto para el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Tecnos. 1994.
- Black, J. *Constitutionalising Self-Regulation*. The Modern Law Review. Vol 59. Núm. 1. 1996.
- Bobbio, N. *Estado, Gobierno y Sociedad*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica. 1989.
- Bobbio, N. *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis. 1991.
- Bodino, J. *Los Seis libros sobre la República*. Madrid: Tecnos. 1997.
- Botero Rico, C.M. *Análisis del sector público de las telecomunicaciones en Colombia*. Bogotá: Sello editorial, Universidad de Medellín. 2016.
- Bourdieu, P. *El sentido práctico*. Madrid: Taurus, 1991.
- Campanelli Espíndola, M.J. *La construcción de un concepto llamado regulación. Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*, Tomo I, Comparaciones y comentarios. Traducción Universidad del Rosario. Bogotá: L'harmattan, 2009.
- Carbonell, M. *La globalización y el orden jurídico*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2007
- Cassagne, J.C. *Los grandes principios del derecho público*. Biblioteca internacional de derecho público. Editorial Temis. 2018.
- Castro Novoa, L. M. *Fragmentación, soft law y sistema de fuentes del derecho internacional de los derechos humanos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales "Gerardo Molina". 2014.
- Chevallier, J. *La régulation juridique en question*. Paris: Droit et société, 2001.
- Chevallier, J. *El Estado posmoderno*. Bogotá D.C.: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2011.
- Chinkin, C. M. «Normative Development in the International Legal System», en Shelton, D. (ed.), *Commitment and compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*. Oxford: Oxford University Press. 2000.
- Concha, J. *Apuntamientos de Derecho Constitucional*. Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia. 2010.
- Constant, B. *Del espíritu de la conquista*. Madrid: Tecnos. 1988.
- Cortés, E. «Fluidez y certeza del derecho. ¿Hacia un sistema abierto de fuentes?» En: Ramírez Cleves, G. A. *El derecho en el contexto de la globalización*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007.
- Darnaculleta i Gardella, M. M. et al. *Estrategias del Derecho ante la Incertidumbre y la Globalización*. Barcelona: Marcial Pons. 2015.

- Darnaculleta i Gardella, M. M. *La autorregulación regulada. Derecho administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada*. Gerona: Universitat de Girona. 2002.
- Darnaculleta i Gardella, M. M. *Derecho administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada*. Gerona: Universitat de Girona. 2000.
- Descalzo González, A. *La noción de derecho administrativo en España: algunas cuestiones de reciente actualidad*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2011.
- Esteve Pardo, J. *Autorregulación, Génesis y efectos*. Aranzadi: Cizur Menor. 2002.
- Fukuyama, F. *The end of history and the last man*. Nueva York: Simon and Schuster. 2006.
- García de Enterría, E., & Fernández, T.-R. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Civitas. 1997.
- García Maynez, E. *Introducción al estudio del derecho*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 1980.
- Garrido, M.C. *Las agencias estatales de naturaleza especial en Colombia*. Revista digital de Derecho administrativo. Universidad Externado de Colombia. 2016.
- Gascón y Marín, J. *Tratado de Derecho Administrativo: Principios y Legislación Española*. Madrid: Editorial Bermejo. 1952.
- Gazier, F., & Cannac, Y. *Etude sur les autorités administratives indépendantes*. Paris: Conseil d'État. 1984.
- Gordillo, A. *Derecho administrativo de la economía – Tomo I*. Ciudad de México: Ediciones Macchi. 1967.
- Gómez Mejía, F.E. *Fundamentos de derecho administrativo colombiano*. Editorial Kelly. 1969.
- Guacaneme Pineda, R.E. y Avendaño Castro, W.R. *El concepto de globalización en la jurisprudencia colombiana (2000-2014). Análisis jurisprudencial en tres cortes colombianas: Constitucional, Suprema de Justicia y Consejo de Estado*. Revista Académica y Derecho. Universidad Libre seccional Cúcuta. 2015.
- Guarino. *Quale amministrazione? Il Diritto amministrativo degli anno 80*. Milano: Giuffrè, 1985.
- Hart, H. *El concepto de Derecho*. 2.ª ed. Trad. Genaro Carrijo. Ciudad de México: Editorial Nacional. 1980.
- Heller, H. *Teoría del Estado*. México. Fondo de Cultura Económica. 1942.
- Henderson, James D. *La modernización en Colombia: los años de Laureano Gómez 1889-1965*. Medellín: Universidad de Antioquia. 2006.
- Herrera Robles, A. *Aspectos generales del derecho administrativo*. Universidad del Norte. Ibáñez. 2012.
- Hobbes, T. *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica. 2011.
- Huntington, S. P., & Abadía, J. P. T. *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*. Barcelona: Paidós. 1997.
- Iregui Parra, P.M. *Precedente judicial en el contencioso administrativo. Estudio desde las fuentes del derecho*. Editorial Universidad del Rosario. 2016.
- Kelsen, H. *Teoría Pura del Derecho*, traducción de Charles Eisenman. París, Dalloz, 1962.
- Klopper, M. *En torno a las nuevas formas de actuación medioambientales del Estado*. Documentación Administrativa. Madrid: INAP. 1993.
- Laidi, Z. *A world without meaning: the crisis of meaning in international politics*. Londres: Psychology Press. 1998.
- Laporta, F. *El imperio de la Ley. Una visión actual*. Madrid: Tratta. 2007.
- Locke, J. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Madrid. Alianza Editora. 1996.
- López Peña, E. L. *Servidores Públicos y Soft Law*. Bogotá: Editorial Temis. 2016.
- Marcou, G. *La regulación y los servicios públicos: las enseñanzas del Derecho comparado en Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*, t. i, “Comparaciones y comentarios”. Trad. Universidad del Rosario. Bogotá: L'harmattan. 2009.
- Marcou, G. *et. al. Le Modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*. Paris: Societé de législation comparée. 2011.

- Martínez, M. S. *Las autoridades independientes: un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*. Madrid: Editorial Ariel. 2002.
- Mitnick, B. M. *La economía política de la regulación*. Trad. De Adriana Sandoval. México: Fondo de Cultura Económica. 1989.
- Mitrany, David. *The progress of International Government*. New Haven: Yale University Press.
- Moderne, F. *Los usos de la noción de 'regulación' en el Derecho positivo y en la doctrina jurídica de los Estados de la Unión Europea*, en *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*, t. i, "Comparaciones y comentarios" Trad. Universidad del Rosario. Bogotá: L'harmattan. 2009.
- Montaña Plata, A. y Ospina Garzón, A.F. *La constitucionalización del derecho administrativo. XV Jornadas internacionales de derecho administrativo*. Universidad Externado de Colombia. 2014.
- Moreau, J. *Droit administratif*. Paris: Presses universitaires de France. 1989.
- Pardo, J.E. *Lecciones de derecho administrativo*. Sexta edición. Barcelona: Marcial Pons. 2016.
- Parada, R. *Concepto y fuentes del derecho administrativo*. Barcelona: Marcial Pons. 2008.
- Penagos, G. *Derecho administrativo*. Librería el Profesional. 1994.
- Penagos, G. *Derecho administrativo: nuevas tendencias. Tomo I - parte general*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2004.
- Perdomo, C. *Regulación económica: caracterización y control*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2014.
- Ponce Solé, J. *Derecho administrativo global. Capítulo III Procedimiento administrativo, globalización y buena Administración*. Barcelona: Marcial Pons. 2010.
- Puig, A. G. *Derecho Administrativo para Ciencias Económicas*. Salta: Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Salta, 2003.
- Quinche Ramírez, M.F. *Derecho constitucional colombiano*. Sexta edición. Bogotá. Editorial Temis. 2015
- Rawlings, R. *Soft law never dies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. Restrepo, M. et. al. *El derecho administrativo en los albores del siglo XXI*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2007.
- Restrepo, M. et. al. *El derecho administrativo en los albores del siglo XXI*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2007.
- Restrepo Medina, M., Escobar, L., López, M., & Rincón, J. *Globalización del Derecho administrativo, Estado regulador y eficacia de los derechos*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012.
- Restrepo Medina, M. A., & López Cardenas, C. M. *Adecuación de la administración pública colombiana al modelo de Estado regulador*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2015.
- Rivero Ortega, R. y Arenas Mendoza, H.A. *Derecho administrativo general*. Ibáñez. 2018.
- Rodríguez Rodríguez, L. *Derecho administrativo general y colombiano*. 12ª edición. Bogotá: Temis. 2008.
- Sabourin. P. *Recherche sur le notion Autorité Administrative en droit francais*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence. 1967.
- Santaella Quintero, H. *Normas técnicas y Derecho en Colombia. Desafíos e implicaciones para el Derecho en un entorno de riesgo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2008.
- Sánchez Pérez, A. *Las normas de derecho blando: un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2012.
- Santofimio Gamboa, J.O. *La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2010.
- Sarmiento, D. *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la administración*. Navarra: Thomson/Civitas. 2008.

- Schmidt – Assmann, Eberhard. *La teoría del Derecho Administrativo como sistema*. Barcelona: Marcial Pons. 2003.
- Schmitt, C. *Teoría de la Constitución*. Paris: Pressas universitarias de Francia. 1993.
- Stiglitz, J. *La Gran Brecha*. Taurus. 2015.
- Suárez Tamayo, David. *Huida o vigencia del derecho administrativo: el caso de los servicios públicos domiciliarios. Transformaciones - Tendencias del derecho administrativo*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez. 2010.
- Tafur Galvis, A. *Las entidades descentralizadas*. Bogotá: Temis. 1977.
- Trippel, C. *Derecho interno y derecho internacional*. Madrid: Taboada. 1939.
- Valencia Tello, D. C. *Globalización y Derecho Administrativo*. En: Arenas Mendoza, H. A. *Instituciones de Derecho Administrativo – Tomo I: La Administración y su Actividad*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2016.
- Vaquer Aloy, A. *El “Soft Law” europeo en la jurisprudencia española: doce casos*. Lleida: Universitat de Lleida. 2013.
- Vedel, G. *Derecho Administrativo*. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980.
- Verdross, A. *Derecho internacional público*. Biblioteca Jurídica Aguilar. Madrid. 1985.
- Von Ihering, R. *El fin del Derecho*. Buenos Aires. Heliasta. 1978.
- Vidal, J. y Molina Betancur, C. *Derecho Administrativo*. Bogotá: Legis, 2016.
- Weber, M. *La Política como vocación*. Barcelona: Editorial Ópera Mundi. 1999.
- Younes Moreno, D.J. *Derecho constitucional colombiano*. Decimocuarta edición. Bogotá. Legis. 2016.
- Zolo, D. *Globalizzazione: Una mappa dei problema*. Laterza: Editori Laterza. 2004.

Capítulos de libro

- Baquero Córdoba, R. *Estado, economía y derecho*. En: Ortiz Zamora, L.A. *Derecho público económico*. San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental. 2008.
- Barrojo Iniesta, I. *El intento de huir del derecho administrativo*. Revista Española de Derecho Administrativo. 1993.
- Cortés, E. *Fluidez y certeza del Derecho, ¿hacia un sistema abierto de fuentes?* En: Adame, J. *Derecho civil y romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados*. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 2007.
- David, R. *Tratado de derecho civil comparado*. 2ª edición. Editorial Aguilar. Madrid. 1953. En: Iregui Parra, P.M. *Precedente judicial en el contencioso administrativo. Estudio desde las fuentes del derecho*. Editorial Universidad del Rosario. 2016.
- Escudero Alday, E. *El concepto de soft law. Capítulo 4. Proyecto de investigación I+D Derecho y construcción social de la identidad*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. 2016.
- Joskow, P.L., y Noll, R.G. *Regulation in Theory and Practice: An Overview*. En G. Fromm (Eds). *Studies in Public Regulation*. EE.UU. The Massachussets Institute of Technology. 1981.
- Knop, L.E. *¿Existe un discurso sobre la autorregulación? Sobre la semántica del concepto (autorregulación)*. Traducido del alemán por Mario Garvin, Akademische Mitarbeiter des Sprachlehrinstituts der Universität Konstanz. En: Darnaculleta i Gardella, M. M. et al. *Estrategias del Derecho ante la Incertidumbre y la Globalización*. Barcelona: Marcial Pons. 2015.
- Laguna del Paz, J.C. *La renuncia de la Administración al derecho administrativo*. Revista de Administración Pública. 1995.
- Lessa Mattos, P.T. *The regulatory reform in Brazil: new decision making procedures and accountability mechanisms*. En Kingsbury, B., et al. *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*. Buenos Aires: Editorial RPA. 2009.

- López-Jurado, F. B. *Efecto del riesgo sistémico sobre la regulación del tráfico aéreo*. En: Darnaculleta i Gardella, M. M. et al. *Estrategias del Derecho ante la Incertidumbre y la Globalización*. Barcelona: Marcial Pons. 2015.
- Monroy Cabra, M.G. *Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional*. Universidad del Rosario. 2007. En: Iregui Parra, P.M. *Precedente judicial en el contencioso administrativo. Estudio desde las fuentes del derecho*. Editorial Universidad del Rosario. 2016.
- Serrano Salomón, D.A. *La huida del derecho administrativo en España y en Colombia*. Un panorama desde las entidades descentralizadas. *Revista de Derecho Público* No. 34. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. 2015.
- Spiecker, G. y Döhman, I. *Instrumentos estatales para la superación de escenarios de incertidumbre y autorregulación*. En: Darnaculleta i Gardella, M. M. et al. *Estrategias del Derecho ante la Incertidumbre y la Globalización*. Barcelona: Marcial Pons. 2015.
- Turpin, C. *Quasi-Legislation: Recent Developments in Secondary Legislation*. En: Ganz, G. *Modern Legal Studies*. The Cambridge Law Journal. 1988.
- Uprimny, Rodrigo. *Bloque de Constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal*. En: *Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal*. Escuela Judicial Rodrigo Lara. Bogotá. 2004.
- Villar, B. *La teoría pluralista del Estado de Kelsen y la globalización*. En: Ramírez, G. *El Derecho en el contexto de la globalización*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2007.

Artículos

- Alonso García, R. *El soft law comunitario*. *Revista de Administración Pública* Núm. 154. Enero-abril 2001.
- Bohórquez Montoya, J. P. *El Poder Constituyente, Fundamento de la Democracia: Carl Schmitt*. *Revista Papel Político*. 2006.
- Boyle, A. *Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law*, *International and Comparative Law Quarterly* (vol. 48 n° 4). 1999.
- Calvino, Gustavo. *La carta de intención y el memorándum de entendimiento*. *Revista* N° 9 Oct.-Dic. 2005.
- Coviello, Pedro J.J. *Los principios generales del derecho frente a la Ley y al reglamento en el derecho administrativo argentino*. *ReDA* núm. 62. 2007.
- Del Saz, Silvia. *La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones: aplausos y críticas*. *Revista de Administración Pública*.
- Del Toro Huerta, M. I. *El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*. *Anuario mexicano de derecho internacional*. 2006.
- Esteve Pardo, J. *Decidir y regular en la incertidumbre. Respuestas y estrategias del derecho público*. En: Darnaculleta i Gardella, M. M. et al. *Estrategias del Derecho ante la Incertidumbre y la Globalización*. Barcelona: Marcial Pons. 2015.
- Fonnegra Osorio, C. P. Benjamin Constant. *Libertad, democracia y pluralismo*. *Estudios Políticos*, 47, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia. 1996.
- Fonseca Ramos, M. *Las fuentes formales del derecho colombiano a partir de la nueva Constitución*. *Revista de Derecho*. Universidad del Norte. 1992. Página 33.
- García Llovet, E. *Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho*. *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*. 1993.
- Klabbers, J. *The redundancy of soft law*. *Nordic Journal of International Law*. 1996.
- Lara Arroyo, J. L. *La regulación administrativa en materia económica y sus nuevas manifestaciones: La irrupción del denominado Soft Law*. *Revista Ars Boni Et Aequi*. 2011.
- López Daza, G.A. *El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces?* *Cuestiones constitucionales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM.

2011. Mazuelos Bellido, Á. *Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?*. Revista Española Derecho Europeo. 2003.
- Mendoza-Alonzo, P., & Parra-Sepúlveda, D. (2015). *El principio de no presunción de la solidaridad de deudores: Del Code Napoleón a los principios del soft law*. Revista Jurídicas. Julio-diciembre 2015.
- Quintero, H. S. *Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa*. Revista Digital de Derecho Administrativo, n.º 5. Primer semestre de 2011.
- Sánchez Luque, G. *¿Las empresas prestadoras de servicios públicos privadas son entidades estatales?* Revista Contexto. 2008. Sarmiento, D. "La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law". Cuadernos de derecho público. 2006.
- Santaella Quintero, H. *Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa*. Revista Digital de Derecho Administrativo, n.º 5, primer semestre/2011.
- Taruffo, M. *Precedente y jurisprudencia*. Revista precedente. 2007.
- Vieira Posada, E. *Evolución de las Teorías sobre Integración en el Contexto de las Teorías de Relaciones Internacionales*. Revista Papel Político, No. 18. 2005. Vizcarra, F. *Premisas y Conceptos Básicos en la sociología de Bourdieu*. Revista de Estudios sobre las Culturas Contemporáneas, vol. VIII, núm. 16. Diciembre 2002.

Providencias judiciales (en orden de aparición)

Consejo de Estado

- Exp: 25000232500020050066203(AP). C.P: María Claudia Rojas Lasso
- Exp: 11001032400020040022701. C.P: Guillermo Vargas Ayala
- Exp: 11001-03-24-000-2004-00253-01. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno
- Exp 11001-03-24-000-2005-00301-00. Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso
- Exp: 11001-03-24-000-2013-00257-00. C.P: Guillermo Vargas Ayala
- Exp: 11001-03-24-000-2005-00284-01. C.P. Martha Sofía Sanz Tobón
- Exp 11001-03-24-000-2001-00244-01. Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
- Exp: 11001-03-24-000-2005-00366-00. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno
- Exp: 11001-03-24-000-2005-00019-01. C.P: Rafael Enrique Ostau de Lafont Pianeta.
- Exp: 11001-03-24-000-2005-00231-01. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno
- Exp: 11001-03-26-000-2015-00021-00. Consejero Ponente: Jaime Luis Berdugo Pérez.
- Exp: 11001-03-24-000-2002-00178-01 (7973). Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Exp: 11001-03-24-000-2002-00176-01. Consejera Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero
- Exp: 11001-03-24-000-2001-00154-01 (7931). Consejero Ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola.
- Exp: 85001-23-31-000-2005-00640-01. Consejero Ponente: María Inés Ortiz Barbosa
- Exp: 11001-03-24-000-2002-00153-01. Consejero: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
- Exp: 11001-03-24-000-2013-00328-00. Consejero: Oswaldo Giraldo López
- Exp: 11001-03-25-000-2014-00024-00. Consejera: Sandra Lisset Ibarra Vélez
- Exp: 13001-23-31-000-2010-00784-01. Consejero Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés
- Exp: 11001-03-24-000-2002-00092-01. C.P: Olga Inés Navarrete Barrero.
- Exp: 25000-23-24-000-2012-00832-01. Consejero Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez
- Exp: 76001-23-31-000-1999-01944-01. Conejero: Hernán Andrade Rincón
- Exp: 25000-23-27-000-2001-90479-01. Consejero: Marco Antonio Velilla
- Exp: 76001-23-31-000-1999-02013-01. Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso

Exp: 25000-23-27-000-2001-90479-01. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno
Exp: 11001-03-24-000-2002-00050-01. Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
Exp: 11001-03-24-000-2014-00032-003007-14. Consejero Ponente: César Palomino Cortés
Exp: 73001-23-31-000-2004-02155-01. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez
Exp: 66001-23-31-000-2012-00269-01. Consejera Ponente: María Elizabeth García González

Autos

Exp: 11001032600020160014000 (57.819). Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero
Exp: 11001-03-24-000-2012-00358-00. Consejera Ponente: María Elizabeth García González
Exp: 11001-03-24-000-2016-00598-00. Consejero Ponente: Oswaldo Giraldo López
Exp: 11001-03-24-000-2016-00390-00. C.P.: Oswaldo Giraldo López

Corte Constitucional

Sentencias

C-293 de 2002. M.P: Alfredo Beltrán Sierra
C-988 de 2004. M.P: Humberto Sierra Porto
T-236 de 2017. M.P: Aquiles Arrieta Gómez
C-339 de 2002. M.P: Jaime Araujo Rentería
T-1077 de 2012. M.P: Jorge Ignacio Pretelt
T-104 de 2012. M.P: Nilson Pinilla Pinilla
T-397 de 2014. M.P: Jorge Iván Palacio Palacio
T- 622 de 2016. M.P: Jorge Iván Palacio Palacio
C-423 de 1994. M.P: Vladimiro Naranjo Mesa
C-593 de 1995. M.P: Fabio Morón Díaz
C-262 de 1995. M.P: Fabio Morón Díaz
C-275 de 1998. M.P: Carmenza Isaza de Gómez
C-578 de 1999. M.P: Antonio Barrera Carbonell
C-580 de 2013. M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
C-150 de 2003. M.P: Manuel José Cepeda Espinosa
C-017 de 2018. M.P: Diana Fajardo Rivera
C-438 de 2017. M.P: Gloria Stella Ortiz Díaz
T-240 de 2016. M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
T-136 de 2013. M.P: Jorge Iván Palacio Palacio
T-071 de 2017. M.P: Aquiles Arrieta Gómez
T-117 de 2016. M.P: Alberto Rojas Ríos
T-386 de 2012. M.P: Jorge Iván Palacio Palacio
T-329 de 2008. M.P: Rodrigo Escobar Gil
T-286 de 2006. M.P: Rodrigo Escobar Gil
C-466 de 2017. M.P: Carlos Bernal Pulido
C-673 de 2015. M.P: Luis Ernesto Vargas Silva
C-235 de 2014. M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
C-625 de 2003. M.P: Clara Inés Vargas Hernández
T-675 de 2017. M.P: Alejandro Linares Cantillo
T-407 de 2017. M.P: Iván Humberto Escrucería Mayolo
T-688 de 2014. M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez
T-030 de 2017. M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado

T-387 de 2018. M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado
T-421 de 2015. M.P: Myriam Ávila Roldán
T-329 de 2018. M.P: Cristina Pardo Schlesinger
T-507 de 2017. M.P: Iván Humberto Escrucería Mayolo
T-448 de 2017. M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado
T-731 de 2016. M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
T-148 de 2016. M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
T-108 de 2015. M.P: Jorge Iván Palacio Palacio
T-558 de 2013. M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez
T-825 de 2011. M.P: Jorge Iván Palacio Palacio
T-111 de 2003. M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra
T-858 de 2004. M.P: Clara Inés Vargas Hernández
T-1223 de 2005. M.P: Jaime Córdoba Triviño
T-959 de 2005. M.P: Gerardo Monroy Cabra
T-641 de 2006. M.P: Manuel José Cepeda Espinosa
T-006 de 2007. M.P: Nilson Pinilla Pinilla
T-616 de 2007. M.P: Jaime Córdoba Triviño
T-974 de 2007. M.P: Nilson Pinilla Pinilla
T-1055 de 2008. M.P: Jaime Araújo Rentería
T-683 de 2008. M.P: Mauricio González Cuervo
T-603 de 2015. M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado
T-627 de 2012. M.P: Humberto Antonio Sierra Porto
T-585 de 2010. M.P: Humberto Antonio Sierra Porto
T-213 de 2010. M.P: Juan Carlos Henao Pérez
T-623 de 2016. M.P: Alejandro Linares Cantillo
C-1062 de 2008. M.P: Nilson Pinilla Pinilla
T-114 de 2018. M.P: Carlos Bernal Pulido
C-951 de 2014. M.P: Martha Victoria Sáchica Méndez
T-122 de 2018. M.P: Carlos Bernal Pulido
C-742 de 2015. M.P: María Victoria Correa
T-224 de 2006. M.P: Clara Inés Vargas Hernández
T-302 de 2017. M.P: Aquiles Arrieta Gómez
T-265 de 2015. M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
T-753 de 2014. M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
T-288 de 2011. M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
T-089 de 2006. M.P: Jaime Córdoba Triviño
T-391 de 2005. M.P: Alfredo Beltrán Sierra
T-822 de 2003. M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra
T-028 de 2008. M.P: Viviana del Socorro Pérez Álvarez
T-129 de 2019. M.P: José Fernando Reyes Cuartas
T-154 de 2018. M.P: José Fernando Reyes Cuartas
T-086 de 2017. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio
T-918 de 2011. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
T-927 de 2010. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva
T-275 de 2015. M.P: María Victoria Calle Correa
C-699 de 2015. M.P: Alberto Rojas Ríos
T-385 de 2013. M.P: María Victoria Calle Correa
T-1189 de 2008. M.P: Manuel José Cepeda Espinosa
T-227 de 2017. M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez

T-095 de 2015. M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
T-500 de 2012. M.P: Nilson Pinilla Pinilla
C-519 de 2016. M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
T-139 de 2016. M.P: Jorge Iván Palacio Palacio
T-774 de 2015. M.P: Luis Ernesto Vargas Silva
T-488 de 2014. M.P: Jorge Iván Palacio Palacio
T-231 de 2017. M.P: María Victoria Calle Correa
SU-426 de 2016. M.P: María Victoria Calle Correa
C-165 de 2019. M.P: Alejandro Linares Cantillo
C-403 de 2010. M.P: María Victoria Calle Correa
C-822 de 2012. M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
C-644 de 2017. M.P: Diana Fajardo Rivera
C-711 de 2012. M.P: Mauricio González Cuervo
T-690 de 2017. M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez
T-025 de 2004. M.P: Manuel José Cepeda Espinosa
T-154 de 2013. M.P: Nilson Pinilla Pinilla
T-129 de 2011. M.P: Jorge Iván Palacio Palacio
T-361 de 2017. M.P: Alberto Rojas Ríos.
T-329 de 2010. M.P: Jorge Iván Palacio Palacio
T-432 de 2009. M.P: Nilson Pinilla Pinilla
T-497 de 2017. M.P: María Victoria Calle Correa
T-683 de 2012. M.P: Nilson Pinilla Pinilla
T-971 de 2014. M.P: Jorge Iván Palacio Palacio
C-252 de 2019. M.P: Carlos Bernal Pulido
C-608 de 2010. M.P: Humberto Antonio Sierra Porto
T-163 de 2018. M.P: Cristina Pardo Schlesinger
T-1258 de 2008. M.P: Mauricio González Cuervo
T-1266 de 2008. M.P: Mauricio González Cuervo
C-860 de 2016. M.P: Humberto Antonio Sierra Porto
SU-698 de 2011. M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez
T-298 de 2017. M.P: Aquiles Arrieta Gómez
T-397 de 2014. M.P: Jorge Iván Palacio Palacio
T-713 de 2016. M.P: María Victoria Calle Correa
C-359 de 2016. M.P: Luis Guillermo Pérez

Autos

A-327 de 2010. M.P: Humberto Antonio Sierra Porto
A-381 de 2010. M.P: Humberto Antonio Sierra Porto
A-085^a de 2011. M.P: Humberto Antonio Sierra Porto
A-172 de 2011. M.P: Humberto Antonio Sierra Porto
A-273 de 2011. M.P: Humberto Antonio Sierra Porto
A-448 de 2017. M.P: Alberto Rojas Ríos
A-330 de 2016. M.P: Luis Ernesto Vargas Silva
A-038 de 2012. M.P: Humberto Antonio Sierra Porto
A-096 de 2017. M.P: Luis Ernesto Vargas Silva
A-222 de 2016. M.P: Jorge Iván Palacio Palacio
A-040 de 2017. M.P: Jorge Iván Palacio Palacio
A-073 de 2014. M.P: Luis Ernesto Vargas Silva

A-054 de 2016. M.P: Jorge Iván Palacio Palacio

Otras Referencias

- Acosta, E. *Autorités de Régulation en France et en Colombie*. Tesis de Maestría. Burdeos: Université de Bordeaux. 2015
- Departamento Nacional De Planeación (DNP). *Elementos básicos sobre el Estado colombiano*. Bogotá. 2010.
- Medina González, K. A. *La presencia del soft law en el derecho administrativo colombiano. Los documentos Conpes como manifestación del soft law en Colombia*. Tesis de Maestría. Bogotá: Repositorio de la Universidad del Rosario, 2015.
- Melo Salcedo, I. M. *Los órganos autónomos e independientes*. Bogotá: Repositorio de la Universidad Sergio Arboleda. 2015.
- Ribera, R. *La Guerra Fría: Breves Apuntes para un Debate*. San Salvador: Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, 2017. Disponible en: <http://uca.edu.sv/filosofia/admin/files/1201495260.pdf>
- Sánchez Hernández, H. A. *La noción de autoridad administrativa independiente en España y en Colombia*. Tesis de Doctorado. Madrid: Repositorio Universidad Carlos III de Madrid. 2015.