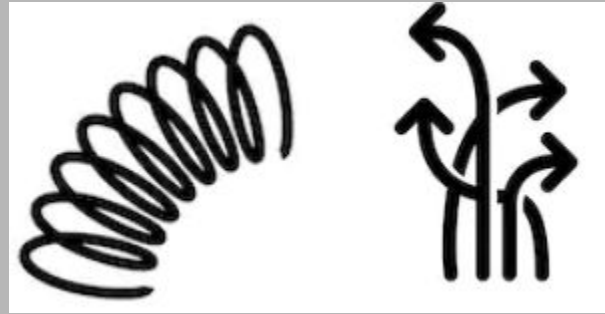


“La responsabilidad disciplinaria del servidor público a la luz de las normas de derecho blando”



Mario Felipe Daza Pérez
@mariodaza
#DivulgaciónJuridica

Etimología y evolución

El soft law es un concepto desarrollado en la doctrina anglosajona exactamente derecho internacional que se utilizó para para identificar y definir el alcance, el valor jurídico y los efectos de determinados instrumentos que carecen de carácter vinculante pero que tienen una relevancia jurídica.

Llamadas también como normas dúctiles de regulación en Japón como *gyōsei shidō* (行政指導) en Estados Unidos y el Reino Unido como *administrative guidance*, en Francia como actos de administración interior y en la antigua Roma se les denominaba “*leges imperfectae*”, norma que carecía de la “*sanctio*”, es así que se hablaba de una “*lex imperfecta*”, es decir, actos administrativos no creadoras de derecho en la actualidad.

Concepto y finalidad

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

Sánchez Pérez dice con respecto a la definición de las normas blandas que estas son un “*derecho mudo e inofensivo*”, que se trata de carriles de circulación del derecho positivo que están a disposición de las autoridades superiores de la administración en virtud del poder jerárquico y discrecional que se torna cada vez más en una “*zona gris de ilegalidad*”, debido a un déficit de regulación normativa.

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

En este sentido la finalidad del soft law no es la de eludir los principios de seguridad jurídica, o el imperio de la ley, estos “*juegan en campos diferentes*”, pretenden más bien jugar en aquellos lugares de los que la clásica regulación basada en los principios citados ya se ha retirado. Dice Rafael Escudero que el concepto de soft law no está en su obligatoriedad sino más bien, en sus intereses comunes, recíprocos o complementarios.

“Las sociedades posmodernas se confrontan así con un problema de “governabilidad”, que requiere nuevos métodos, diferentes de las técnicas de gobierno”. -Jacques Chevallier

droit **et** société

Maison des Sciences de l'Homme

L'État post-moderne

Jacques Chevallier

4^e édition

Série politique

35

LGDJ

lextenso éditions

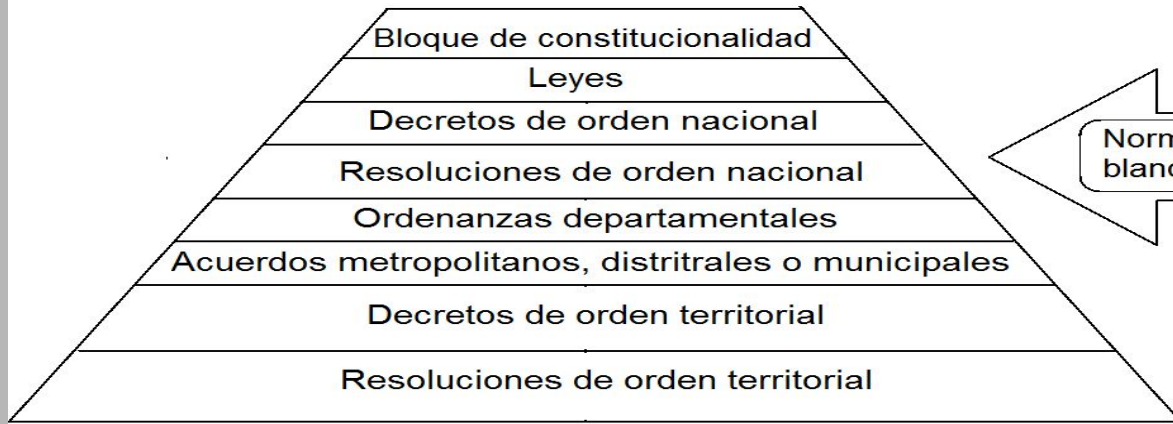
La fuente

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

Santaella expresa que existe nueva producción normativa conocido como “esquemas jurídicos”, que es más contemporáneo, notable en la amplificación del ordenamiento, ya que el derecho administrativo se ha expandido a todas partes, pues este deja de ser meramente interno, monopolizado por el Estado para empezar a recibir también el input externo. Lo cual se traduce en fragmentación e hiperespecialización del sistema de fuentes.

Dogmática y tipología

De esta forma tenemos, que las normas blandas administrativas podrían considerarse como normas secundarias, pero no vista como lo establecía Herbert Hart sino que son derivadas de esas normas primarias (parasitario) duras, pues las normas dúctiles destiladas de estas son las que producen una regulación distinta informal cuyo fin es *“interpretar, aclarar, orientar, informar, describir, etc”*, una situación en concreto (entonces, su desplazamiento no es vertical sino horizontal, de afuera hacia adentro). Sobre su estructura lógica-deóntica se podría decir que las normas blandas tienen composición de regla y no bien en sentido de principio como pensaría Alexy. Se diría que es un mandato que necesita ser optimizado, pero no, está determinado en el sentido de ser normas incluso *contra legem*, volviéndose cada vez más formal y menos informal.



- Directivas
- Instrucciones
- Circulares
- Protocolos
- Recomendaciones
- Conceptos jurídicos
- Oficios
- Memorandos
- Actas
- Guías
- Manuales
- Información al público
- Documentos CONPES
- Modelos
- Estandares
- Códigos de buen gobierno
- Códigos de conducta
- Normas, reglamento o estudio técnico
- Instructivos de planeación
- Mapa de procesos
- Documentación de procedimientos
- Registros
- Formatos
- Terminos de referencias
- Permiso o cupo negociable de emisión
- Acuerdo informal
- Responsabilidad social empresarial
- Catálogos
- Cartas de servicios
- Plantillas
- Directrices presidenciales

Existen planes y programas de la administración que obedecen a una tipología heterogénea. También se habla sobre pactos, acuerdos, convenios, plantillas, comunicados, lineamientos, códigos o normas deontológicas, cartas de servicios, catálogos, trinos, notas, normas técnicas, distinguiéndose esta última de las reglamentaciones técnicas que son vinculantes, pero también puede que un reglamento asuma una norma técnica obligatoria, es diferente directrices presidenciales a los negociadores de paz en la Habana (Cuba), guías ambientales, código de buena práctica, permisos o cupos negociables de emisión, acuerdos informales, etc.

- **CIRCULARES:** Llamadas a veces también en otros ordenamientos jurídicos como “*cartas de instrucción, cartas circulares o simplemente como instrucción*” por los doctrinantes, son las únicas normas blandas (por ahora) que pueden ser demandadas “*en principio*” por mandato legal a través del medio de control de nulidad.
- **PROTOSCOLOS:** Son procedimientos que deben seguirse (órdenes); por ejemplo los órganos subordinados, ante una situación concreta, ejemplo de ello tenemos los Autos 4 y 5 de 2009 emanados de la Corte Constitucional de las cuales se ordena a la Procuraduría General de la Nación establecer un protocolo en materia de desplazamiento forzado, indígenas, comunidades afro.
- **INSTRUCCIONES:** En estricto sentido, constituyen a su vez una forma irregular de la administración, su misión principal es ayudar a los órganos subordinados (digamos, a los entes territoriales) a interpretar la ley y otras normas de derecho duro, garantizando una aplicación normativa donde existan conceptos jurídicos determinados/indeterminados.
- **DIRECTIVAS:** Constituyen unas pautas acerca del entendimiento y alcance de la legislación; son normas de conducta en el ejercicio de la gestión pública o propósitos constitutivos de programas de Gobierno, en la que se cuenta a los entes territoriales y a los organismos de control.
- **RECOMENDACIONES:** Son a razón de su naturaleza consultiva y funcional, tal como las que se generan con los denominados: “*Documentos CONPES*” -como especie de las recomendaciones- (a pesar que se llegue a expresar que son “*vinculantes*”), también están los que expide el Consejo o Comisión de Política Criminal. En todo caso este tipo de instrumento constituye una nueva base para el derecho administrativo, con lo que se crea de un derecho duro y favorece el acoplamiento entre el Estado, la sociedad civil y la economía en un modo global.

El problema

Se ha dicho que las normas blandas son inimpugnables, pero esto no es tan cierto, porque cuando lo dejan de ser, se convierten en sujetas a control de legalidad, tal como ha sucedido con las circulares, oficios, conceptos, directivas y demás tipología mencionada... el elemento original lo toma por fuera de la jurisdicción (por medio del criterio material). *“Toda clase de circulares [en sentido amplio], con independencia de su objeto, por ser expresión del ejercicio de la función administrativa a cargo de las autoridades que la expidan, se encuentran sujetas al control de los jueces de la Administración”*. Sentencia del 27 de noviembre de 2014, exp, 2012-00533-01, M.P. Vargas Ayala.

“Mediante estos mecanismos se crea toda una “legislación” [normas blandas] paralela a la establecida por el Congreso, altamente perjudicial para los usuarios en cuanto complica en extremo su información y comprensión acerca de los derechos que los asisten y toda vez que introduce de manera recurrente nuevos requisitos y trámites que dificultan el efectivo acceso de las personas a los servicios que presta el Estado y aun el cumplimiento de sus propias obligaciones. Pero, ante todo, esos actos, toda vez que agreguen nuevos requisitos, trámites y documentos no contemplados por el legislador, para obtener el reconocimiento de un derecho, para ejercer una actividad, o para cumplir una obligación frente al Estado, son abiertamente inconstitucionales, pues chocan de manera directa con lo dispuesto en la Constitución Política”. Cfr. T-335 de 1997. Hernandez Galindo.

Efectos

- **AD EXTRA:** Su finalidad es la ordenación de las relaciones entre particulares, se trata, por tanto, de un soft law con efectos hacia terceros, *“códigos de conducta, códigos de buen gobierno, recomendaciones o directrices, de órganos independientes”*.
- **ESTATAL-PRIVADO:** Es una expresión normativa depositada en manos de entes privados; en este caso una persona física o jurídica que ejerce una potestad normativa por “delegación”, pero con la importante característica de que los efectos jurídicos de las normas aprobadas solo surten efectos entre un grupo reducido de personas (normas técnicas, o estándares de conducta).
- **AD INTRA:** Es una forma de regulación sin efectos jurídicos adoptada por un poder público en el ejercicio de sus potestades públicas, para la ordenación de su organización interna [que es el que nos interesa en esta presentación].

Las circulares e instrucciones como expresión de la potestad normativa interior (con efectos ad intra), está envuelto en el círculo de una relación de sujeción especial, la cual tenemos la siguiente:

- **AD INTRA UNILATERAL:** Este tipo de soft law vendrá en algunos casos predeterminado por una normativa propia que establecerá los procedimientos de adopción y los efectos del mismo.
- **AD INTRA PACCIONADO:** Los actos o instrumentos de soft law público que pueden articularse a través de acuerdos entre dos o más poderes públicos, o entre dos o más órganos integrados en estructuras públicas.

Uso injustificado y test de ductilidad

Consecuencia de todo esto, se encuentra que se genera un uso inadecuado de la reserva de instrucción que para Sánchez Pérez se da sobre:

- Las fuentes del derecho, (cuando se graba contenido de reserva)
- Sobre la reserva de ley (sustituir)
- Sobre el control de legalidad (inmunidad judicial)
- Mecanismo de producción normativa (mutación sin tener procedimiento de reforma, derogación, creación),y
- Sobre la organización de administración nacional-territorial (alterna el marco de competencias hacia una recentralización)

Según Druzin la norma blanda tiene tanto poder, lo cual puede conllevar a consecuencias negativas, me refiero a los instrumentos cuasi legales que no tienen fuerza legal, como declaraciones y directrices no vinculantes creado por gobiernos (organismo de control) y organizaciones privadas.

- **INSTRUMENTO:** Directiva 1 del 26 de enero de 2012
- **RESERVA DE INSTRUCCIÓN:** *“Evaluación de políticas públicas en materia de la infancia, la adolescencia y la juventud”*
- **AGREGACIÓN NORMATIVA:** Transgrede la Ley 1098 de 2006 y el a misma Ley 734 de 2002, al pretender obligar indirectamente a cofinanciar la ley de la aplicación a la entidades territoriales en sus planes de desarrollo.
- **EXCLUSIÓN DE CONTROL DE LEGALIDAD:** Evade el control judicial tanto constitucional como legal.
- **MUTACIÓN NORMATIVA:** Se reforma la norma constitucional del artículo 365, basado en el principio de suficiencia hacendística y la Ley 1098 de 2006 basado en supuestas transferencias de competencias.

Dice además que en la Circular 002 del 16 de marzo de 2020 el Congreso de la República aplazó las sesiones hasta el 3 de abril, (la competencia debe ser del presidente), el Invias en la Circular 001 del 23 de marzo de 2020, con fundamento en el Decreto Legislativo 457 de 2020 sobre aislamiento, informó sobre la suspensión de obra, interventoría, convenio, prestación de servicios, resultando que en la Ley 80 no existe no existe suspensión unilateral, sino bilateral y por último, el 18 marzo de 2020 el ICBF bajo un acto suspendió unilateralmente los términos, y procedimientos sancionatorios, disciplinarios, etc, siendo esta actuación de reserva legal, pero da la casualidad que el Decreto 491 de 2020 los convalidó con *“dudosa validez”*.

Investigaciones disciplinarias por incumplimiento de normas blandas

En lo relacionado a este punto, y como tarea principal de esta investigación le fue solicitado al coordinador del Grupo de Dirección, Control y Administración Funcional del SIM de la Procuraduría General de la Nación indicar cuántos y que (en caso tal que los haya) Alcaldes, Gobernadores, miembros de corporaciones públicas, tanto como servidores públicos de nivel territorial y nacional que sean de su resorte (competencia) han sido investigados o sancionados en Colombia por incumplimiento de normas blandas. De esta forma, fue comunicado que una vez adelantada la búsqueda en la base de datos del Sistema de información Misional SIM, se encontraron los siguientes resultados, discriminados por cargo y número de procesos, de 1879, 406 como procesos activos y 1473 como procesos inactivos. Con un corte desde el 2007 hasta el 2020.

