

**EL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA  
EN CABEZA DE LOS MINISTROS EN COLOMBIA**

**ALICIA JACKSON ARCHBOLD**

**INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA - UNICOC  
COLEGIO JURÍDICO Y DE CIENCIAS SOCIALES**

**CHÍA - CUNDINAMARCA**

**2017**

**EL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA  
EN CABEZA DE LOS MINISTROS EN COLOMBIA**

**ALICIA JACKSON ARCHBOLD**

Monografía como requisito para obtener el título de ABOGADO

**ASESOR TEMÁTICO:**

Dr. Carlos Fernando Amaya Rodríguez

**INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA - UNICOC  
COLEGIO JURÍDICO Y DE CIENCIAS SOCIALES  
CHÍA - CUNDINAMARCA**

**2017**

Nota de aceptación

---

---

---

---

---

---

---

---

Firma del jurado

---

Firma del jurado

Bogotá, D.C. 19 de julio de 2017

## **DEDICATORIA**

*A Dios.*

Por haberme permitido llegar hasta este punto y haberme dado salud para lograr mis objetivos y retos, para los que necesité mucha fortaleza, paciencia y persistencia para llegar a la cumbre de la carrera.

*A mis familiares.*

Que siempre me apoyaron incondicionalmente, porque ellos han dado razón a mi vida con sus consejos y acompañamiento permanente, en los momentos difíciles atravesados y por la voz de aliento para no desfallecer en cada etapa de la carrera. A todos ustedes gracias porque son una bendición para mí.

## **AGRADECIMIENTOS**

A mis maestros.

Por su gran motivación para la culminación de mis estudios profesionales en Derecho y por compartir siempre su sabiduría. De antemano un agradecimiento especial a mi director de trabajo Dr. Carlos Fernando Amaya, que, con sus conocimientos, sus orientaciones, persistencia, paciencia y dedicación en este trabajo, quien me animó para impulsar el desarrollo de mi formación profesional como abogada. A UNICOC, por haberme abierto las puertas y acogido en sus aulas, gratitud inmensa.

A mis amigos.

A mis compañeros de clase, con quienes compartí grandes momentos en los cuales nos hicimos amigos inseparables, aprendiendo de las dificultades de la vida y contando con una mano amiga siempre. A aquellas amistades que han contribuido con el logro de esta ardua tarea.

Agradecimientos infinitos a la Secretaría de Educación de San Andrés Islas, de quien recibí su apoyo incondicional en los permisos para esta etapa de mi vida y quien ha sido parte fundamental en esta gran tarea de ser profesional del Derecho.

## TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN .....	9
JUSTIFICACIÓN.....	10
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	11
OBJETIVOS.....	13
Objetivo General.....	13
Objetivos Específicos .....	13
METODOLOGÍA .....	14
CAPÍTULO I.....	15
POTESTAD REGLAMENTARIA .....	15
1.1 Concepto.....	15
1.2 Potestad reglamentaria en cabeza del Presidente .....	17
1.3 La potestad residual de los Ministros .....	19
1.4 La potestad reglamentaria – derecho comparado .....	20
1.4.1 Alemania .....	20
1.4.2 Estados Unidos.....	21
1.4.3 Colombia.....	21
CAPITULO II .....	23
POTESTAD REGLAMENTARIA COMO FUENTE DEL DERECHO .....	23
2.1 Fuentes del derecho .....	23
2.2 Clasificación de las fuentes del derecho.....	24
2.2.1 Fuentes materiales del derecho .....	24
2.2.3 Fuentes formales del derecho.....	25
2.2.3.1 La Ley .....	26
2.2.3.2 La costumbre.....	27
2.2.3.4 Los principios generales del derecho.....	28
2.2.3.5 La equidad.....	29
2.2.3.6 La doctrina .....	30

2.3 Constitución Política, ley y reglamento como fuentes formales en la potestad reglamentaria .....	31
2.3.1 Constitución Política.....	31
2.3.2 Ley .....	32
2.3.3 Reglamento .....	33
CAPITULO III .....	37
CARACTERÍSTICAS DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA.....	37
3.1 Naturaleza ordinaria.....	37
3.2 Limitada .....	38
3.3 Derivada.....	40
3.4 Permanente.....	42
3.5 Inalienable, intransferible, inagotable.....	43
CAPITULO IV .....	45
MARCO CONSTITUCIONAL, LEGAL, Y JURISPRUDENCIAL EN EL TEMA DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA.....	45
CONCLUSIONES .....	51
BIBLIOGRAFIA.....	54

## INTRODUCCIÓN

El alcance de la Potestad Reglamentaria en cuanto a la capacidad de producir normas de un rango inferior a las leyes, es la facultad que le es atribuida al Presidente de la República y sus Ministros en Colombia; su origen, sus límites, su funcionalidad en el sector público a través de pronunciamientos administrativos, su importancia en el nivel jerárquico de normas en un Estado Social de Derecho como el nuestro. La Administración Pública y/o el sector ejecutivo, en este caso los Ministros, también tienen atribuida una potestad normativa cuyos productos, si bien están situados en un plano inferior al de las leyes, constituyen la denominada Potestad Reglamentaria.

Ahora bien, la iniciativa de trabajo sobre el tema que hoy me ocupa, no fue más que la falta de claridad sobre la procedencia de la figura de Potestad Reglamentaria de los Ministros, es decir, la controversia entre las facultades del Presidente de la República en calidad de máximo jefe de estado y representante de la administración y la potestad subordinada atribuida a los agentes de la administración como lo son sus Ministros.

Así las cosas, un punto de gran importancia es esclarecer si pueden existir o no reglamentos independientes de la Ley, en donde las atribuciones del Gobierno le permitan ejercer su Potestad Reglamentaria sin que con ello se extralimite sus funciones en materias con reserva legal o materias que simplemente se puedan regular por la Ley y otros reglamentos, respetando lo dispuesto por la Constitución y las leyes.

De acuerdo a lo planteado el tema se encuentra organizado en cuatro capítulos, los cuales abarcan la conceptualización y antecedentes de la Facultad Reglamentaria como fuente de derecho, desarrollándose el concepto de Potestad Reglamentaria, su origen histórico, aplicación en Colombia y en el Derecho comparado, además de su tratamiento constitucional, legal y jurisprudencial.

## JUSTIFICACIÓN

Son muchos los motivos por los cuales el tema del presente trabajo investigativo ha despertado el interés personal para abordar desde una óptica legal, constitucional y jurisprudencial lo que en la práctica no es fácil identificar. Uno de ellos, por cuanto se trata de una problemática que ocupa no sólo el escenario de los cuerpos colegiados conformado por las altas cortes, sino también a los entes control del Estado. Además, cuando se dice que no es fácil identificar este tema en el ámbito normativo, es precisamente porque una cosa es el elemento de la subordinación intrínseca de la Potestad Reglamentaria señalada en la Ley y otra el aval constitucional que por mandato de la norma de normas se les confiere a los Ministros en Colombia para hacer leyes reglamentarias.

La competencia de los Ministros se ha visto, en este orden de ideas, desbordada por las decisiones arbitrarias que día a día son adoptadas detrás del escudo denominado “Potestad Reglamentaria”. ¿Aquellos actos administrativos expedidos “sin límite” por los Ministros en el país, encuentran su razón de ser en la Constitución Nacional o en la Ley? La respuesta a esta pregunta es la que se va a encontrar una vez se culmine con la tarea de investigar y los resultados serán expuestos en la tesis que a continuación se desarrolla.

## PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La Potestad Reglamentaria se entiende como

“... la producción de un acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la Ley... para encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real”. Tal facultad se concreta en la expedición de las normas de carácter general que sean necesarias para la cumplida ejecución de la Ley. Toda facultad de regulación que tenga como contenido expedir normas para la cumplida ejecución de las leyes, pertenece, en principio, por atribución constitucional, al Presidente de la República, sin necesidad de que la Ley así lo determine en cada caso. Dentro del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, la potestad reglamentaria tiene un lugar propio. Por virtud de ella el Presidente de la República expide normas de carácter general, subordinadas a la Ley y orientadas a permitir su cumplida aplicación. Tales normas revisten, además, una forma especial, y se expiden con la firma del Presidente y el Ministro o Director de Departamento Administrativo del ramo”<sup>1</sup>.

El Ordenamiento territorial Colombiano, es claro en su contenido en lo que respecta a la Potestad Reglamentaria que debe ejercer el Presidente de la Republica, y a su vez consagra a quienes debe delegar que desde el ámbito administrativo ejerzan en el cumplimiento de las reglamentación que sustenta la Ley que le es dado por el Legislativo, desde el poder Ejecutivo los Ministros y los Jefes de Departamentos Administrativos son los directos responsables y que de manera subordinada les es dada esta misión. Resulta entonces muy distante de la finalidad que persigue la Potestad Reglamentaria en cabeza del Ejecutivo y de lo que se percibe de la delegación a los Ministros, ya que en ocasiones estos funcionarios desbordan el sentido propio de la reglamentación y/o asumen sus propios intereses sin el debido respeto que deben asumir dentro de las facultades que deben ir al unísono de lo asignado desde el requerimiento expuesto en el reglamento que emite su superior jerárquico el Presidente de la Republica, quien a su vez está en reglamentando con las bases jurídicas de la Constitución Política Nacional, la Ley y la reserva legal del Legislativo. Siendo así resulta una actuación grosera cuando se extralimita, asume fuera

---

<sup>1</sup> Sentencia C-805/01

del contexto de la norma reglamentaria o desatiende omitiendo lo estrictamente encomendado. Han sido conocidas las contravenciones que riñen con el bienestar de la Administración del gobierno colombiano, por las arbitrariedades cometidas de los Ministros además de otros funcionarios que también el Presidente le delega la misión de poner en práctica la reglamentación específica dentro las competencias que ejercen.

A lo anterior inquieta y resulta cuestionable si no se dan los controles, revisiones de los Actos administrativos que le dan vida a la reglamentación de la Ley, que sucede con los organismos de control, con el poder Legislativo, con las personas del Estado que no se pronuncian algunas veces de lo que no comulga con la Ley y por ende con lo normado en la Constitución Política.

En los anteriores términos, resulta confusa la posición de la Honorable Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre el carácter subsidiario, como característica propia de la Potestad Reglamentaria de los Ministros en un estado social de derecho como el nuestro, y esto motiva a investigar los elementos que den lugar a un claro concepto de su origen normativo surgiendo así la pregunta problema, que fundamenta a esta monografía ¿El carácter subordinado de la Potestad Reglamentaria de los Ministros es un concepto legal o constitucional?

# OBJETIVOS

## Objetivo General

Determinar si el carácter subsidiario de la Potestad Reglamentaria de los Ministros es un concepto que tiene sustento legal o constitucional.

## Objetivos Específicos

- Analizar el concepto genérico de la potestad reglamentaria del presidente de la República y de los Ministros en Colombia.
- Identificar las características de la potestad otorgada a los Ministros.
- Realizar un estudio de la ubicación constitucional, legal y jurisprudencial de la potestad reglamentaria en cabeza del Ejecutivo.

## **METODOLOGÍA**

La metodología utilizada en este trabajo fue la investigación explicativa-cualitativa, ya que es un método de investigación que se basa en el análisis subjetivo e individual, siendo una indagación interpretativa que nos conlleva a identificar una problemática, partiendo de la recolección de información por medio la Constitución Política Nacional, bases de datos bibliográficos, doctrinales, gacetas jurisprudenciales del Consejo de Estado, la Corte Constitucional, para así dar respuesta a los objetivos que son materia de estudio.

# CAPÍTULO I

## POTESTAD REGLAMENTARIA

La Potestad Reglamentaria tiene aspectos, que permiten que su estudio sea interesante; la cual debe ser tenida en cuenta y aplicada por todos los funcionarios del Estado en especial los Ministros, al trazar una línea de separación respecto al concepto legal o Constitucional, teniendo en cuenta la complejidad en el ejercicio que se configura la norma a través del reglamento, con observancia de las disposiciones imperativas de carácter superior como lo es nuestra Constitución. Se puede decir que es un aspecto relevante de la función administrativa, en donde se le permite a la Administración afrontar a través de este mecanismo aspectos de la organización del Estado, ya sea por vía general o normativa, articulándose con la tarea del Legislativo, permitiendo al Ejecutivo establecer reglas de funcionamiento de la Administración para regular materias que eran exclusivas de la ley y es aquí donde se intenta precisar la naturaleza jurídica de la Potestad Reglamentaria.

### 1.1 Concepto

Para comenzar a desarrollar correctamente la temática es indispensable examinar la etimología de la expresión “Potestad” y así comprender el sentir del legislador cuando lo establece en nuestro ordenamiento.

De acuerdo a la Real Academia Española la expresión “Potestad” proviene de latín” Potestas - ātis”, “Dominio, Poder, Facultad que se tiene sobre algo”.<sup>2</sup>

Es importante precisar que para el Derecho Romano este término tenía dos representaciones, la primera cuando se trataba de Potestas como poder sobre la Rex o cosa, y en derecho público a la facultad o a la competencia que tenían los magistrados al emitir Ius Edicendi que era

---

<sup>2</sup> Real Academia Española (2014). Diccionario de la Lengua Española. (Edición 23). 2014 Madrid, España: Espasa-Calpe.

precisamente la posibilidad de dar publicación a sus conceptos o edictos, en este sentido el concepto que acoge el constituyente para redactar lo que quedaría a la luz de la Carta Política de 1991, en su Título VII correspondiente a lo que atañe respecto “De la Rama Ejecutiva”, Capítulo I Art, 189 Numeral 11 en el que faculta al Jefe del Ejecutivo y máxima autoridad administrativa del Estado a: “Ejercer mediante Potestad Reglamentaria, mediante la expedición de decretos, resoluciones, y ordenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”, por consiguiente, se infiere la actuación organizada, por medio de la cual el Presidente materializa este mandato constitucional, facultad que si bien es de carácter legislativo, en el entendido que permite la creación de reglamentos para transigir la eficacia y ejecución de la Ley, es el mismo legislador quien le otorga esta facultad explícitamente, sin que el efectuar dicha potestad signifique un acto de inconstitucionalidad, o que trasgreda o se permita otorgarle poderes extremos al Ejecutivo en cabeza del Presidente de la República, que este a su vez le posibilite ingresar a campos exclusivamente de la función del Legislativo.

Asimismo, la Corte Constitucional ha dejado presente en sus pronunciamientos que la potestad Reglamentaria no es exclusiva del Presidente de la República como referencia en la sentencia C 350/97. La jurisprudencia señala que en un Estado Social de Derecho como el nuestro la Constitución le ha conferido al sr. Presidente de la Republica, un poder reglamentario, pero no debe ser interpretado como exclusivo de este. Lo anterior, por cuanto es necesario extender esta potestad a autoridades y organismos administrativos distintos al ejecutivo y esta posibilidad es dado por la propia Ley.

Se concluye entonces, que la Potestad Reglamentaria, es una facultad que se le otorga a la administración pública, permitiendo la materialización del contenido de una Ley susceptible de reglamentar, con el fin de que sea aplicable y eficaz. En el caso colombiano, dicha potestad está en cabeza del Presidente de la República, según el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política

Teniendo en cuenta que la finalidad de toda Ley es que se logre su correcta aplicación, la constitución otorga al Jefe de Estado de Gobierno y Máxima Autoridad Administrativa a expedir decretos, reglamentos y órdenes, para dar cumplimiento a tal cometido. Pero no se puede desconocer que dicha facultad es solo en cabeza del Presidente sino también algunas autoridades estatales. Esta disposición constitucional permite que la Ley sea ejecutable, evitando la extralimitación en sus actos administrativos para la aplicabilidad de la Ley de carácter general y de lo que le es conferido en su materia.

En la ley 153 de 1887, en su artículo 12, las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la Potestad Reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes.

Ahora bien, por considerarse la Potestad Reglamentaria de los Ministros, una atribución dada por la facultad legal que se le ha dado al Ejecutivo, en cabeza del Presidente de la Republica para expedir actos de contenido reglamentario con fuerza de Ley, es pertinente precisar, sobre dichas prerrogativas de la máxima autoridad administrativa.

## **1.2 Potestad reglamentaria en cabeza del Presidente**

La Potestad Reglamentaria ejecutada por el Presidente de la República tiene unas condiciones especiales, respecto a la actividad legislativa que realiza el Congreso de República, garantizando así que todos los decretos reglamentarios deben nacer a la existencia jurídica y normativa para ejecutar y planificar todo lo concerniente a leyes que exigen por sí solas su reglamentación por parte del Ejecutivo.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente Martha Sofía Sanz Tobón, Sentencia de 25 de octubre de 2007, Número Interno 11001-03-24-000- 2004-00109-01, Actor: Gustavo Gallón Giraldo, infiere que el papel de la Potestad

Reglamentaria es coadyuvar al cumplimiento de la Ley, teniendo presente el contenido de materia legal y las limitaciones que opondrían la efectividad de la Ley y de la Constitución. De igual manera refiere que es fundamental conocer que el Único organismo facultado para hacer, modificar y derogar las leyes es el Legislador, razones por la cual la Potestad Reglamentaria no se ejecutara al libre albedrío, esta depende de lo estrictamente delegado sin interpretaciones ni adoptando la reserva legal.

La jurisprudencia constitucional ha insistido en que la Potestad Reglamentaria contenida en el artículo 189, numeral 11, ha de ejercerse por mandato de la norma fundamental, de conformidad con los preceptos legales y constitucionales. Así, los actos administrativos emitidos como consecuencia del ejercicio de dicha potestad únicamente pueden desarrollar el contenido de la Ley. Desde esta perspectiva, al Presidente de la República le está vedado ampliar o restringir el sentido de la Ley. No puede tampoco suprimir o modificar las disposiciones previstas en la legislación pues con ello estaría excediendo sus atribuciones. Es de desatacar aquí, que no todas las leyes ordinarias requieren ser reglamentadas. Existen leyes que han sido formuladas por el legislador de manera tan detallada y los temas en ellas contenidos han sido desarrollados en forma tan minuciosa, que prima facie no habría espacio para una reglamentación ulterior. La facultad reglamentaria no es absoluta y debe ejercerse dentro de las fronteras que marcan la Constitución y la Ley, teniendo por objeto contribuir a la concreción de la Ley, encontrándose, por consiguiente, subordinada a lo dispuesto por ella sin que sea factible alterar o suprimir su contenido ni tampoco reglamentar materias cuyo contenido esté reservado al Legislador.<sup>3</sup>

En este orden de ideas, podemos concluir que corresponde al Presidente reglamentar las leyes para facilitar su aplicación. Eso lo hace mediante decretos llamados precisamente reglamentarios. También puede dictar decretos simplemente ejecutivos para cumplir sus funciones como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa. Estos decretos tienen vigencia mientras el Presidente no los modifique o, como actos administrativos que son, no hayan sido suspendidos o anulados por la justicia contenciosa administrativa. Estos

---

<sup>3</sup> Corte Constitucional Sentencia C-1005 de 2008.

decretos pueden ser demandados por inconstitucionalidad o ilegalidad ante el Consejo de Estado.<sup>4</sup>

### **1.3 La potestad residual de los Ministros**

El ejercicio de esta función con criterio residual y subordinado del presidente de la república, se fundamenta constitucionalmente en el artículo 208. Los Ministros del Gobierno tienen dentro de sus funciones reglamentar sobre diversos temas relacionados a su cargo, desarrollando los principios y reglas para la debida aplicación de la Ley, actividad realizada no con el ánimo de modificarla, ampliarla o restringirla, sino de complementación.

Al pertenecer los ministerios a la rama ejecutiva y ejercer la atribución para expedir disposiciones, colaboran con el Presidente de la República al cumplimiento de la función administrativa, contribuyendo y promoviendo el desarrollo de la sociedad a través de la dirección, la ejecución de políticas, planes y programas, de acuerdo con las calidades y las facultades atribuidas constitucional y legalmente. Asimismo, encontramos el fundamento de esta potestad en la ley 489 de 1998, Artículo 59°.- Funciones. Corresponde a los ministerios y departamentos administrativos, sin perjuicio de lo dispuesto en sus actos de creación o en leyes especiales:

“Delegación. Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente Ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores y/o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias; Toda institucionalidad pública tiene su representante legal que le asiste cumplir misionalmente sus funciones y competencias, estas estarán encaminadas con procesamientos reglados que estarán dentro de la reglamentación que emana de una Ley, por lo

---

<sup>4</sup> Constitución Política de Colombia 1991. Título VII De la Rama Ejecutiva. Capítulo I. Del Presidente de la República. Art. 189. Numeral 11

tanto está obligado a que sus acciones sean guiadas por la ruta del deber ser, así estará conforme con los fines de la Administración y de la delegación por sus superiores, con el debido cumplimiento a las jerarquías normativas.

De tal forma está establecido este aspecto, que un Ministro dentro de su fuero normativo no puede extralimitarse en sus funciones, abrogándose competencias que no son de su alcance, como ha ocurrido en algunas ocasiones, causando inconvenientes y perjuicios al Presidente de la República, que jerárquicamente es su jefe inmediato. Posterior a lo cual se deben hacer las respectivas rectificaciones y reordenamientos pertinentes para clarificar la inapropiada actuación ministerial.

Particularmente considero que en la actualidad este concepto ha sido malinterpretado y mal empleado por los Ministros en Colombia, por cuanto existen ejemplos claros de la extralimitación de funciones de estos ministros, al momento de tomar decisiones que se traducen en actos administrativos en muchos casos infundados, falsamente motivados o viciados de nulidad por incompetencia. Estos ejemplos no se especifican en este trabajo, pero pueden ser consultados en los reportes de los medios de comunicación o inclusive directamente en ciertos despachos de ministros a nivel nacional, tales como ministro de minas y energía, ministerio de educación, ministerio de defensa entre otros. La tarea sería atrevida pero seguramente llegaríamos a la conclusión que en nuestro país si suceden este tipo de situaciones.

## **1.4 La potestad reglamentaria – derecho comparado**

### **1.4.1 Alemania<sup>5</sup>**

En este país, a partir de 1789, prevaleció el régimen absolutista restringido, con un parlamento y el monarca, sistema denominado Monarquía Constitucional o Monarquía limitada, tanto el parlamento y el monarca emitían reglamentaciones, y del mismo nivel que las leyes, se dan

---

<sup>5</sup> Constitución de los Estados Unidos de América 1787, [www.constitutionfacts.com/content/constitution/files/USConstitution\\_Spanish.pdf](http://www.constitutionfacts.com/content/constitution/files/USConstitution_Spanish.pdf)

cambios sustanciales apartir del siglo XIX en el que los Reglamentos emitidos por el monarca, debían autorizarse por el parlamento, y se presentaban las limitaciones del poder reglamentario, sujetándose a lo contemplado en la Constitución.

#### **1.4.2 Estados Unidos**

Vergara (1940)<sup>6</sup>, refiere que el surgimiento de la Potestad Reglamentaria nace en USA, con La constitución de 1781 de Estados Unidos, y esta concede en el Presidente la potestad delegada por el poder legislativo, con unas funciones especificas al cual debía limitarse a ejecutar las leyes y realizar los respectivos nombramientos que le competían, no tendría poder de reglamentar solo estaría facultado para cumplir determinada instrucción para el ejercicio de sus funciones. Se habla de Potestad Reglamentaria apartir de la constitución de 1787.

#### **1.4.3 Colombia**

Según Álvarez (2013)<sup>7</sup>, Con reconocimiento universal a nuestro país Colombia como Estado Social de Derecho y Democrático, no cabe dudas de la existencia de una estructura organizativa en los poderes Legislativos, Ejecutivo y Judicial, además de una jerarquía de normas para la conducción de determinada materia y para el logro de los fines de la Nación, en esa separación de poderes le corresponde a cada institución ejercer las funciones dentro del limite y espacio normativo interno y constitucionalmente establecido.

Es necesario anotar que no existiría un orden en el manejo del Estado, si se desconociera la Constitución Política de 1991, como la primera norma que regula los intereses generales, y en ella se encuentran todas las directrices para que las autoridades de la Republica dentro de sus

---

<sup>6</sup> Vergara, N. (1940). Potestad Reglamentaria y facultades extraordinarias del Gobierno. Editorial Santa Fé. Bogotá.

<sup>7</sup> Álvarez, (2013). Límites constitucionales de la potestad reglamentaria en materia de calidad de la Educación Superior en Colombia. Universidad Santo Tomas de Aquino, Bogotá. Tomado de [repository.usta.edu.co/handle/11634/811](http://repository.usta.edu.co/handle/11634/811).

funciones garanticen su aplicación y que a través de la dentro de la esa supremacía que tiene la esta carta magna se promuevan los fines del Estado.

La Potestad Reglamentaria el legislador la concede por mandato constitucional al Presidente de la Republica como principal ejecutivo en encargado de la administración del Estado Colombiano, para que emitir reglamentaciones de carácter general, sin extralimitarse en el cumplimiento de la aplicabilidad de la Ley.

Savigny (como se citó en Álvarez, 2013), opina que el origen de las normas jurídicas tiene relevancia en su fuerza y eficacia. El ejercicio de la potestad de reglamentar las leyes, concierne a la estructura del ordenamiento jurídico. Kelsen, ilustro gráficamente de forma piramidal La jerarquía de las normas jurídicas para ser desarrolladas, señala Savigny, que no todas las fuentes tienen el mismo valor, y que las normas expedidas por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria, tiene una jerarquía inferior al de las normas constitucionales y legales.

Se concluye entonces, que, en el derecho internacional, comparando las funciones que tienen la máxima autoridad administrativa o el jefe de cada Estado, pueden existir disposiciones especiales y de hecho todas se someten a normas especiales, pero con fundamento a la constitución de cada país. Esto quiere decir, que ninguno se aparta de los principios constitucionales para ejercer tal Potestad Reglamentaria.

## **CAPITULO II**

### **POTESTAD REGLAMENTARIA COMO FUENTE DEL DERECHO**

La Constitución contiene las bases fundamentales de otras normas que estructuran las fuentes del derecho, estas son conocidas como: La Ley, la costumbre, la jurisprudencia, los principios generales del derecho, la equidad y la doctrina, estas normas caracterizan los procedimientos de las instituciones formales con potestad normativa, reconocidas para regular los diversos comportamientos y procedimientos; Estas fuentes del derecho nos sirven para fundamentar la relevancia de las normas secundarias que proceden, junto con otras dictadas por órganos o entes en el ejercicio de una potestad reconocida por el ordenamiento que a su vez opera en el medio material determinado como propio, es decir el campo de jerarquía normativa, la competencia y distribución de materias o tareas delegadas por la fuente o norma que prevalece sobre otra según sea la función de la categoría de la autoridad o del órgano que las emite y la atribución para la regulación de determinados asuntos.

#### **2.1 Fuentes del derecho**

En la procedencia de las normas primarias y secundarias, es necesario tener en cuenta las fuentes del Derecho para observar dentro de ellas cómo se perciben y qué lugar ocupa la Potestad Reglamentaria.

La Expresión fuente se refiere “al lugar o nacimiento de algo” en este sentido hablar de fuentes del derecho significa el lugar, o elementos que dieron su origen, y que permitieron la consolidación del derecho como ciencia jurídica, es acertado decir que las fuentes del derecho es la misma norma, que dependen de sus diferentes caracterizaciones, sean formales, materiales, escritas o no escritas (tradición oral y costumbres comunitarias) tienen una funcionalidad en cada Estado según su estructura.

Teniendo en cuenta lo anterior, el ex Magistrado del Consejo de Estado Hernández (1997) señala que en Roma, desde la compilación de Justiniano, se realizó una clara distinción sobre todas aquellas formas que permitían formar el Derecho y que indefectiblemente han aportado la base de legislaciones, constituciones y sistemas de juzgamiento a nivel mundial.<sup>8</sup>

De allí que parten corrientes filosóficas del Derecho como el Ius positivismo, Ius natura, Ius argumentativismo, y el Ius realismo Jurídico, etc., que le permiten a los Estados adoptar una u otra forma de legislación y sistemas acusatorios y de justicia.

Hans Kelsen en su obra “la Teoría Pura del Derecho”, hace mención sobre las fuentes del Derecho y comparte la validez de la norma constitucional que es de mayor jerarquía que la inferior, relaciona el ente normativo superior argumentando que por encima de este, no puede existir otra norma, y que la creación de la norma la realiza el cuerpo legislativo, en su máxima expresión la Ley.<sup>9</sup>

## **2.2 Clasificación de las fuentes del derecho**

### **2.2.1 Fuentes materiales del derecho**

La doctrina jurídica ha considerado este aspecto como las normas positivas, provenientes del Derecho natural.

---

<sup>8</sup> Hernández, A. (1997). Las ideas políticas en la historia. U. externando. Pp. 89-122.

<sup>9</sup> Kelsen, Hans. Teoría pura del derecho. Editorial. Porrúa. 2015.

En este orden de ideas, una cosa son las fuentes formales y otras las materiales. Las materiales como aquellos elementos que dan origen a las normas jurídicas y las fuentes formales como los procedimientos o pautas procedimentales que permiten la materialización de dichas normas.

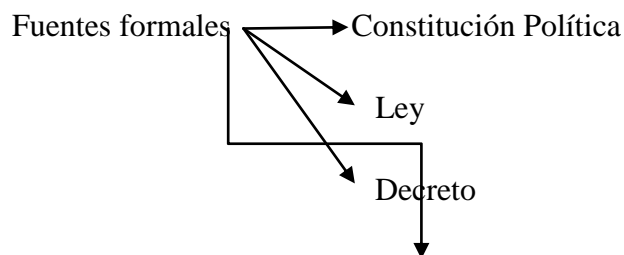
Respecto a la noción de fuente material del Derecho, tenemos que Truyol (2005) se refiere a aquellos factores que originan las normas jurídico-positivas. Factores que provienen del Derecho natural y que las define como las situaciones históricas, contingentes y mutables, exigencias ético naturales, que están llamadas a regular; circunstancias como políticas, sociológicas, económicas, el medio geográfico, entre otras, y que ayudan a determinar el contenido de la misma y surgiendo así el Derecho.<sup>10</sup> Se debe hacer la diferenciación entre fuentes materiales, como los hechos que al interior de la sociedad dan lugar al nacimiento de las normas jurídicas. De otro lado tenemos que las fuentes formales son aquellos procedimientos utilizados para dar calidad de norma jurídica a las fuentes materiales.<sup>11</sup>

### 2.2.3 Fuentes formales del derecho

Puede entenderse como las reglas procesales o el conjunto de procedimientos que permiten el desarrollo de la norma jurídica.

Definido como aquellos procedimientos utilizados para dar calidad de norma jurídica a las fuentes materiales.<sup>12</sup>

Estos conceptos ayudan a vislumbrar la jerarquización de leyes y normas en Colombia, de la siguiente manera:



<sup>10</sup> Truyol, A. y otro en Monroy C. Aproximación. al concepto de fuente del derecho Internacional. Estudios Socio-Jurídicos Bogotá. 77-91. Julio-diciembre.2005

<sup>11</sup> Naranjo, V. (1987). Instituciones Políticas. Temis. Segunda Edición.

<sup>12</sup> Idem

## Ordenanza-Resoluciones y Acuerdos Municipales

Según esto, las leyes en Colombia no solo son creación del legislador sino también del Ejecutivo de manera excepcional, cuando expiden decretos leyes.

### 2.2.3.1 La Ley

De acuerdo con nuestra conceptualización, la Ley no es otra cosa que las disposiciones o reglas de conducta, que permite al hombre desenvolverse en la sociedad, estableciendo límites y orden. La doctrina, la jurisprudencia y el legislador han dado una definición distinta, pero acertada a la vez.

Encontramos que la Real Academia de la Lengua española tiene varios significados de la palabra ley entre los que a continuación se relacionan: Del latín LexLegis. Regla fija a la que está sometido un fenómeno de la naturaleza. Precepto dictado por la autoridad competente, en que se manda o prohíbe algo, en consonancia con la justicia y para bien de los gobernados. En el régimen constitucional, disposición votada por las Cortes y sancionada por el jefe de Estado. Legislación (el conjunto de leyes). El Gobierno debe actuar conforme a la Ley.

Para algunos autores como Monroy Cabra en su obra de: “Introducción al Derecho”,<sup>13</sup> clasifica las fuentes formales del Derecho de la siguiente forma: la Ley, la costumbre, la doctrina, la jurisprudencia. Siendo la doctrina y jurisprudencia como fuentes en sentido estricto. En la actualidad la equidad, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del Derecho son denominados “criterios auxiliares” Art, 230 CP.

---

<sup>13</sup> Monroy Cabra, Marco Gerardo. Introducción al derecho.

FUENTES FORMALES DEL DERECHO	CRITERIOS AUXILIARES DE INTERPRETACION
LA LEY ( PRIMARIA) LA COSTUMBRE ( PRIMARIA)	JURISPRUDENCIA  LA EQUIDAD LA DOCTRINA PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

\*NOTA: Constitución Política de Colombia Artículo 230 y Ley 157 de 1883.

### 2.2.3.2 La costumbre

La costumbre, que viene del latín *cosuetumen*, se define como los hechos, usos repetitivos y constantes, con la conciencia o convicción de que los mismos son de carácter obligatorio. AFTALION señala al respecto: “La Costumbre es la repetición de la conducta en interferencia intersubjetiva”.<sup>14</sup>

Para Santo Tomás de Aquino en el “Tratado de la ley” expresa que “De la Costumbre se supedita que el Juez la acoja como fuente y la aplique a la solución de la controversia”<sup>15</sup> La costumbre como fuente formal del Derecho es anterior al Ius Positivo, es decir estos actos y hechos repetitivos permitieron la materialización por escrito de estas acciones en sociedad, con la finalidad de darle solución a conflictos o controversias que se suscitaban entre las partes.<sup>16</sup>

En Colombia, aunque la Carta Política de 1991 no es explícita en la adopción de la Costumbre como fuente del Derecho, si lo hizo el legislativo por medio de la ley 153 de 1887 en su art 13 afirmando lo siguiente: “La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva”

<sup>14</sup> Aftalion, E. Opus. Cit. pág., 689

<sup>15</sup> De Aquino, T, El Tratado de la ley (summa I-II, questio 97 art. 3)

<sup>16</sup> Hernández, c. (2010) la costumbre como fuente del derecho. rev. criterio jurídico garantista.

De otro lado, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 13 entendido que la expresión "moral cristiana" significa "moral general" o "moral social", como se indica en la parte motiva de la sentencia.<sup>17</sup>

### **2.2.3.3 La jurisprudencia**

La Jurisprudencia que del latín. Iuris- prudencia, es el Conjunto de las sentencias de los tribunales, y de la doctrina. Es así, que cuando no haya norma exactamente aplicable al caso que se controvierte, se aplicará la jurisprudencia que se relacione y que regulen casos o materias semejantes; para ilustrar la anterior premisa, el código sustantivo del trabajo, nos trae en su título preliminar “De los Principios Generales, artículo 19. Normas de aplicación supletoria”, de manera que los principios que se deriven de este Código, la jurisprudencia, la costumbre o el uso, la doctrina, los Convenios y Recomendaciones adoptados por la Organización y las Conferencias Internacionales del Trabajo, en cuanto no se opongan a las leyes sociales del país, los principios del derecho común que no sean contrarios a los del Derecho del Trabajo, para así obtener una decisión enmarcada dentro de un espíritu de equidad.

Como ya se ha afirmado la Jurisprudencia está consagrada en el artículo 230 Constitución Política de 1991, como criterio auxiliar de interpretación. Los Tribunales, y las altas cortes bajo la estructura del Estado Colombiano son quienes emiten esta clase de providencias con carácter vinculante.

### **2.2.3.4 Los principios generales del derecho**

Los principios generales del derecho son dogmas, que tienen como finalidad servir de sustento a los diferentes ordenamientos jurídicos existentes. Para La filosofía Cartesiana los principios generales del derecho son los dogmas fundamentales del sistema normativo, que constituyen los

---

<sup>17</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-224 DE 1994. Magistrado Ponente. Jorge Arango Mejía.

fundamentos esenciales”<sup>18</sup>Del Vecchio afirma que los principios generales del derecho son verdades supremas del Derecho.

Según Naranjo (2008), los Principios Generales del Derecho son “Enunciaciones normativas de valor genérico que condicionan y orientan la comprensión del ordenamiento Jurídico, tanto para su aplicación como para la creación de nuevas normas”, enunciando algunos principios generales del derecho<sup>19</sup>, tales como igualdad, equidad, buena fe, legalidad, juez natural, juicio sin dilación, plazo razonable, favorabilidad y non bis in ídem.

Los principios generales del derecho son enunciaciones que indiscutiblemente constituyen la base del ordenamiento jurídico en Colombia, dichos principios aunque no estén en forma expresa consagrados, algunos de ellos se manifiestan en el artículo 29 de la CP de 1991, del debido, pues como lo resalta la carta en el inciso primero este derecho se aplicará a todas las actuaciones administrativas y judiciales, derecho fundamental que encierra principios tan esenciales para el Estado Social de Derecho como la legalidad, presunción de inocencia, y el principio de la doble incriminación.

#### **2.2.3.5 La equidad**

La Equidad que del lat. *Aequitas*, -*ātis*. Es la disposición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que merece.

Para el derecho romano, en tiempos de la “*Res Publicae*” el pretor magistrado, del latín *Praieri* que significa “ir al frente de otro”, quien tenía la facultad de darle solución a todos los conflictos que se suscitaban y que tenían como marco el *Ius Civilis*, la equidad como principio de

---

<sup>18</sup> Del Vecchio, Giorgio. *Filosofía del derecho*.

<sup>19</sup> Naranjo, V (2008). *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Edit. Temis. 2008.

interpretación de la Ley para solucionar las controversias, incluso para crear Derecho sin cambiar las disposiciones del Derecho Romano.<sup>20</sup>

En Colombia en el art 230 superior señala que la equidad es un criterio auxiliar, de igual forma en la Ley 153 de 1887 en su artículo 5.

### **2.2.3.6 La doctrina**

La doctrina es conocida como aquellas compilaciones y escritos que realizan los eruditos en derecho, y que permiten darle valor como fuente del derecho y/o criterio auxiliar.

El aporte de la doctrina constitucional ha sido bastante notable, prueba de ello lo constituye la sentencia de la Corte Constitucional en sentencia T 760 de 2008 en la que claramente la Corte señala que, para invocar el Derecho a la Salud, ya no es necesario hacerlo por conexidad con el derecho a la vida.<sup>21</sup>

De lo anterior se colige que en el sistema jurídico se encuentran normas de diferentes rangos y hay una que es fundamental para la validez de las otras, su origen es por excelencia el punto de referencia de toda normatividad que se emane de la base de toda organización legal. Haciendo uso de la estructura de Kelsen, en donde se puede observar que la jerarquía de las normas se determina por los diferentes órdenes que se erigen como fundamento de las inferiores, de donde se parte de la Constitución o norma fundamental como cabeza o principal, seguida del nivel legal o leyes generales, en un nivel inferior las normas jurídicas individualizadas como los reglamentos, siendo la norma superior la razón o fuerza de la inferior, de aquellas normas dictadas por los órganos del legislativo, así como las dictadas por los órganos del Ejecutivo, en el caso en que se ejerce las facultades legislativas.

---

<sup>20</sup> Hernández, (1997). Las ideas políticas en la historia. U. externando. Pp. 89-122.

<sup>21</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda. Sala Segunda de Revisión Derecho fundamental a la salud.

De otro lado las sentencias de las altas cortes forman precedente jurisprudencial para los casos similares, ya que el alcance de estos pronunciamientos emitidos por estos órganos es interpretar las normas jurídicas, su aplicación y adecuación a un caso concreto, que contiene sub reglas o pautas conforme a la conformación del derecho a circunstancias de la realidad, lo que implica que se debe entender como una norma jurídica no vinculante de manera general, porque puede tener variables en los diferentes casos en donde se desee aplicar.<sup>22</sup>

### **2.3 Constitución Política, ley y reglamento como fuentes formales en la potestad reglamentaria**

Es de anotar que corresponde con sujeción a la Ley el deber de dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la Administración, los relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos, en los aspectos no previstos por el legislador, la Constitución Política, Ley y reglamento como fuentes formales en la Potestad Reglamentaria son las encargadas de regular en su contenido lo atinente a esta.

#### **2.3.1 Constitución Política**

La Constitución les asignó a determinados órganos en lo atinente a ciertas materias una facultad de regulación. Este fue, por ejemplo, el caso del Consejo Superior de la Judicatura entidad que según el artículo 257 Superior “le corresponde con sujeción a la ley “dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia, los relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador.” Ha mencionado la Corte Constitucional, igualmente el caso del Contralor General de la República quien según el artículo 268 C. N. debe “prescribir

---

<sup>22</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda. Sala Segunda de Revisión Derecho fundamental a la salud.

los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse." (Numeral 1º) y "Dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial." (Numeral 12). A su vez, al Contador General, funcionario de la Rama Ejecutiva, le correspondía, de acuerdo con el artículo 354 de la Constitución, "... determinar las normas contables que deben regir en el país, conforme a la Ley." Del mismo modo, que la Junta Directiva del Banco de la República ejercía las competencias de regulación que le correspondían de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 371 y 372 de la Constitución.<sup>23</sup>

No menos cierto es que las competencias mencionadas con antelación se distinguen de la Potestad Reglamentaria radicada en cabeza del Presidente de la República según lo dispuesto en el artículo 189 numeral 11. Así, ha enfatizado la Corporación que “por fuera de los casos especiales previstos en la [Norma de Normas], la competencia primaria para la reglamentación de la ley orientada a garantizar su cumplida ejecución [correspondía] al Presidente de la República.”<sup>24</sup> Desde luego, también ha puesto énfasis en que lo dicho hasta aquí no resulta óbice para que, “de manera general, se pueda afirmar la existencia de ciertas competencias de regulación para órganos administrativos diferentes, y para el caso concreto, de los Ministros del Despacho.”<sup>25</sup>

### **2.3.2 Ley**

Al decir que la actividad reglamentaria está limitada tanto por el principio de legalidad en donde es competencia del Congreso, como por la reserva de ley bajo el concepto de que no se puede reglamentar asuntos en los que la Constitución haya reservado expresamente a la ley, como por ejemplo regular asuntos referentes a los derechos fundamentales de los ciudadanos, o crear impuesto, o establecer penas ya que no puede abarcar asuntos de los que la Constitución no le ha autorizado desarrollar. Ahora bien respecto a la potestad reglamentaria originada por

---

<sup>23</sup> Corte Const. Sentencia C-1005 de 15 de octubre de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

<sup>24</sup> Corte Const. Sentencia C-1005 de 15 de octubre de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

<sup>25</sup> Corte Const. Sentencia C-1005 de 15 de octubre de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

ministerio de la ley existen varios casos de los que se pueden señalar (i) las superintendencias (ii) las comisiones de regulación (iii) los Ministerios (iv) el INPEC, la característica que diferencia el ejercicio de esta clase de Potestad Reglamentaria es su objeto de regulación ya que este es más técnico y de carácter administrativo.<sup>26</sup>

En este orden de ideas, no se puede justificar una actividad reglamentaria de asuntos que no son de su competencia para restringir derechos o libertades ciudadanas, ya que se estaría frente a una normatividad viciada de nulidad por falta de competencia para su regulación. El reglamento es limitado, no puede establecer normas nuevas esto quiere decir que la actividad legislativa que le compete al Congreso de la República no puede ser sustituida por la actividad reglamentaria por cuanto se estaría desconociendo la primacía de la Constitución y de lo que allí establece como actividad legislativa.

### **2.3.3 Reglamento**

La actividad reglamentaria está limitada tanto por el principio de legalidad o a la competencia del Congreso, así como por la reserva de Ley bajo el concepto de que no se puede reglamentar asuntos en los que la Constitución haya reservado expresamente a la Ley, como lo relacionado a regular asuntos referentes a los derechos fundamentales de los ciudadanos, o crear impuesto, o establecer penas, como ejemplos de esta reserva, ya que no puede abarcar asuntos de los que la Constitución no le ha autorizado desarrollar, tareas que le son conferidas directamente al ente legislador.

Al llegar a este enfoque encontramos que nuestra Corte guardiana de nuestra Constitución, ha dispuesto que la reserva de la Ley tiene diferentes significados, en lo que refiere a la prohibición general para establecerse restricciones a los derechos constitucionales fundamentales en fuentes diferentes a la Ley, aduciendo que solo normas con rango de Ley pueden hacer una regulación

---

<sup>26</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 27 de mayo de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

principal que los afecte, tenemos además que se utiliza como sinónimo del principio de legalidad o de cláusula de competencia del Congreso, esto es que todos los temas pueden ser regulados por el órgano legislativo mediante Ley y que la actividad de la administración, a través de su Potestad Reglamentaria, debe fundarse en la constitución cuando se trate de disposiciones constitucionales con eficacia directa, o en la Ley.

Por lo tanto, “dentro del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, la Potestad Reglamentaria cuenta con un lugar propio, de ahí que el Presidente de la República, expide normas de carácter general, subordinadas a la ley y orientadas a permitir su cumplida aplicación. Estas normas revisten además de una forma especial, expidiéndose con la firma del Presidente y del Ministro del departamento administrativo del ramo.”<sup>27</sup>

“De igual importancia, el reglamento como fuente de derecho es limitado, ya que no puede establecer normas nuevas, esto quiere decir que la actividad legislativa que le compete al Congreso de la República no puede ser sustituida por la actividad reglamentaria por cuanto se estaría desconociendo la primacía de la constitución y de lo que allí establece como actividad legislativa. Así las cosas, no se puede justificar una actividad reglamentaria de asuntos que no son de su competencia para restringir derechos o libertades ciudadanas, ya que se estaría frente a una normatividad viciada de nulidad por falta de competencia para su regulación. En relación a lo manifestado por el Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha hecho su aporte en cuanto a disponer que se debe tener una carga mínima de intensidad normativa previa para que el ejercicio de la potestad reglamentaria se justifique y tenga razón de ser, estando limitada tanto por la Constitución, como por la ley teniendo obligaciones negativas de (i) no reglamentar lo que la ley previamente no le haya autorizado. (ii) no puede modificar o cambiar en sentido material y formal de una ley, esto es su espíritu. (iii) Y no puede reglamentar asuntos que no ejecuta la administración.”<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-1005 de 15 de octubre de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>28</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-508 de 3 de julio de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra

Además, la Potestad Reglamentaria puede ampliar o restringir su radio de acción dependiendo del ejercicio legislativo del Congreso de la República, ya que como lo ha dispuesto la doctrina y la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional dicha potestad es inversamente proporcional a la extensión de la ley, ya que, si la ley regula o desarrolla un tema determinado de manera precisa, el campo de acción para la regulación a través de los poderes reglamentarios es limitada. Dependiendo de la voluntad del legislador se determina el ejercicio de esta potestad.<sup>29</sup>

Ahora bien, el Honorable Consejo de Estado ha concluido que el artículo 189 de la Constitución Política fija los límites y alcances de este poder al enmarcarlo dentro de dos criterios expresamente señalados el de competencia y el de necesidad. Criterio de competencia o atribución que si bien responde a la obligación del Gobierno de hacer cumplir la Ley tiene sus propios límites en la Ley reglamentada y no puede el Presidente de la República, so pretexto de reglamentarla crear una nueva norma no contenida en aquella, ni modificarla para restringir o extender su alcance ni contrariar su espíritu o Finalidad. El criterio de "necesidad" consagrado expresamente en el artículo 181 de 11 de la Constitución Política enmarca el Poder Reglamentario a aquellos casos en que la Ley por ser oscura, condicional o imprecisa lo exija de manera que no es procedente hacer uso del Poder Reglamentario cuando la Ley contiene ordenamientos precisos, claros e incondicionados que no requieren de regulación adicional para su ejecución, pues en tal circunstancia el reglamento no sólo no es necesario, sino que se desconoce el mismo criterio de necesidad previsto en la norma superior.

Si bien el poder reglamentario está implícito en la necesidad y obligación del Gobierno de hacer cumplir las leyes, como antes se anotó, su legitimidad deriva siempre la Ley reglamentada en donde encuentra sus límites naturales sin que pueda el Presidente de la República pretender sustituir la Ley, para buscar una aplicación conveniente a través del reglamento.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-508 de 3 de julio de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra

<sup>30</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Rad. 5393.

Se concluye entonces que las fuentes formales de la Potestad Reglamentaria, básicamente la Constitución, la Ley y los Reglamentos son la esencia jurídica escrita para que pueda ser revisada y evaluada en su contexto para su respectivo desarrollo en cualquiera de las potestades administrativas autorizadas para ejecutar la Ley delegada, y aunque la supremacía sea en cabeza del Presidente de la Republica la Potestad Reglamentaria, le corresponderá ser respetuoso en la reserva del legislador y de aspectos que se relacionen con los derechos humanos así mismo las demás autoridades tienen estos límites, y la responsabilidad de ejercer la competencia de la Potestad Reglamentaria amparada en por el principio de legalidad; La Ley se constituye en la principal fuente de la Potestad Reglamentaria seguida de la Constitución en su jerarquía, los reglamentos son los actos administrativos que hacen que se cumpla la Ley.

## CAPITULO III

### CARACTERÍSTICAS DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

La esencia de la Potestad Reglamentaria por ser una disposición de carácter general dictada por la administración y subordinada a la ley, hace referencia a una situación concreta y determinada en razón a la organización de la administración o el ejercicio de su actividad, es así que su integración, los límites y sus alcances nos permite identificar una serie de características que hará más fácil entender la Potestad Reglamentaria como tal. Podemos afirmar que este acto legislativo es una declaración soberana de origen constitucional para estipular en una materia el desarrollo de su competencia, de acuerdo a su aspecto inicial e incondicional que emana de la Ley fundamental y que trae consigo la ejecución por parte de los entes administrativos o ejecutivos como se les quiera denominar. Teniendo en cuenta lo expuesto, a continuación, se procurará determinar las características de la potestad reglamentaria, tomando como fuente de la Sentencia 1005, MP Sierra Porto Humberto.<sup>31</sup>

#### 3.1 Naturaleza ordinaria

La Potestad Reglamentaria se considera como el reconocimiento de facultades al Ejecutivo, cuyo fundamento está consagrado directamente en la Constitución, dicha potestad está en cabeza del Presidente de la República, según el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.<sup>32</sup> Esta disposición autoriza al Presidente de la República en su calidad de jefe de estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa, el desarrollo de sus funciones a expedir normas jurídicas necesarias como decretos, reglamentos y órdenes para precisar el ejercicio de estas facultades en las disposiciones debidamente aplicadas, cumpliendo con la dinámica de la Ley.

---

<sup>31</sup> Corte Constitucional. Sentencia 1005 de 2008. M.P. Sierra Porto Humberto Antonio.

<sup>32</sup> El artículo 189 de la Constitución Política dispone: Artículo 189.

Cabe anotar, que la Constitución determina de forma precisa que existen a parte del presidente otras autoridades con esta facultad, posición que permite o no su ejecución y desarrollo de lo dispuesto en el reglamento, que a su vez sirve para ejecutar la Ley, sin que para su ejercicio se necesite una adecuación distinta a la emitida por el mandato constitucional. Así como se afirma en el Auto 049 del 20 de febrero de 2008 con Ponencia del Honorable Ex Magistrado Jaime Córdoba Triviño:

“... Es ordinaria debido a que se trata de una competencia adscrita por la Constitución dentro de las funciones propias de la Rama Ejecutiva, sin que para su ejercicio requiera de habilitación distinta de la norma constitucional que la confiere...”<sup>33</sup>

En cuanto a la supremacía de la ley encontramos que la Constitución es la máxima entre las fuentes del derecho, es decir que toda norma jurídica se somete a una jerarquía en donde se guarda un orden de prelación, ya que poseen un rango gradualmente de menor escala, como lo referencia Hans Kelsen. Es decir, que la Constitución es la fuente principal del derecho y su jerarquía deviene de ella, por ello, esta es primordial y prevalece sobre cualquier otra fuente del derecho.

### **3.2 Limitada**

La Potestad Reglamentaria es de carácter restrictivo habida cuenta que solo puede tratar sobre materias precisamente delimitadas por el legislador, es decir no puede realizar funciones correspondientes al Congreso, tales como constituyentes, judiciales etc.

Como lo manifiesta la carta constitucional:

“Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

---

<sup>33</sup> Sentencia C-049 / 2008 Corte Constitucional

1. Interpretar, reformar y derogar las leyes.
2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones”.

Así mismo, le corresponde al Congreso reformar la constitución, hacer las leyes y ejercer el control político sobre el gobierno y la administración, como lo manifiesta la Carta Política en su artículo 114.<sup>34</sup>

A su vez, la separación de las ramas de poder en los Estados democráticos, tiene una relación directa entre el poder y el control, mejor llamado como la Teoría de Montesquieu de pesos y contra pesos, que deduce que la división en la estructura del Estado limita y tiene función restrictiva entre los poderes. Teniendo en cuenta que cada una de la división de poderes realizada en Colombia particulariza institucionalmente el conocimiento, dando cumplimiento a las funciones propias, con respecto a la Potestad Reglamentaria como función administrativa del ejecutivo, como lo señala Naranjo (1995),<sup>35</sup> en lo relativo a los criterios que definen la función y particularmente al criterio material como la realización de actos jurídicos subjetivos, no obstante a diferencia de la función legislativa en la que los efectos jurídicos son generales. En cuanto al criterio formal de la función administrativa hace relación con los actos jurídicos que permiten el desarrollo para el cumplimiento de la Ley.

Es decir, que la Potestad Reglamentaria como facultad otorgada al Ejecutivo por parte de la Carta Política tiene el margen de aplicación y ejecución, de la misma forma se puede expresar que esta facultad debe tener un punto de restricción, que evite la extralimitación reglamentaria por parte del ejecutivo. En esta disposición de orden constitucional se declara expresamente que es el Congreso el encargado de ejercer control político y administrativo sobre el gobierno, con lo cual se garantiza en primera medida la no extralimitación de estas facultades por parte del ejecutivo. Por lo que el Congreso de la República guarda la posibilidad de derogar los actos

---

<sup>34</sup> Constitución Política de 1991. Título V De la Organización del Estado, Capítulo I correspondiente a la Estructura del Estado. Artículo 114.

<sup>35</sup> Naranjo, (1995) Teoría Constitucional e instituciones Políticas. Edit. Temis.

administrativos que se desprendan de las facultades excepcionales, esto también como medida protección de la seguridad jurídica, y el Estado social de Derecho.

En cuanto al principio de la reserva legal, comprende las materias o asuntos respecto de los cuales la Constitución exige su regulación por norma con rango de Ley. Aunque la Ley no las regule, en ningún caso estas materias pueden ser reguladas por normas reglamentarias. De otro lado, la reserva opera al margen de las concretas definiciones constitucionales, que significa que por mínima que sea la materia de cualquier índole, cuando es objeto de regulación por Ley, ya no puede ser regulada por el reglamento, ya que el rango se ha elevado en un nivel superior y es inaccesible a la Potestad Reglamentaria. Esto inerencia definitivamente en el espectro de creación legislativa que el Ejecutivo en ningún tiempo puede extralimitar sus funciones y pasar al campo de la reserva normativa legal.

### **3.3 Derivada**

El carácter derivado de la Potestad Reglamentaria requiere de la preexistencia de material legislativo para su ejercicio.<sup>36</sup>De lo anterior se infiere que la Potestad Reglamentaria debe provenir de la Ley, para este caso la constitucional y que de allí viene la autorización, es decir una manifestación de una potestad que difiere de la función de ejecutar o aplicar la ley, esto es, se ejerce tanto la función del Ejecutivo y la Facultad de Reglamentar de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y en la Ley.

Teniendo en cuenta que, el principio de legalidad hace referencia a la validez que tienen las actuaciones administrativas, comprendidas estas dentro del marco de la Ley y la Constitución.

---

<sup>36</sup> Corte Const. Auto 049 del 20 de febrero de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Que cita: Corte Constitucional, sentencias C-734/03 y C-852/05.

Todo acto jurídico que se derive de la función pública será tendente a ser declarado en nulidad.<sup>37</sup>

De donde se determina que las funciones del Ejecutivo están enmarcadas por el cumplimiento del principio de legalidad, también es importante establecer que la presunción de legalidad de los actos administrativos debe entenderse conforme al ordenamiento jurídico, y por lo tanto se infiere obligatoriedad, y admite prueba en contrario.

Es así, que en nuestra Carta Política en artículo 209 se encuentra consagrado el principio de legalidad que versa sobre la protección al individuo frente a las actuaciones de las autoridades públicas, manifestación que requiere de una regulación jurídica previa que limite los poderes del Estado, de manera que ninguna actuación dependa del libre albedrío de las autoridades, sino que este sujetas a los procedimientos señalados en la Ley o los reglamentos, es decir, del ordenamiento jurídico colombiano sin excepción.

Con esto se quiere decir, que los límites de la Potestad Reglamentaria son los condicionamientos que circunscriben el ejercicio de la administración en cuanto a los hechos que se trata de regular y el respeto a los principios generales del derecho.

Teniendo en cuenta lo anterior, las actuaciones administrativas encuentran también su fundamentación en los principios generales del derecho y de la administración, pues el ejercicio de esta actividad, no solo debe regirse de acuerdo al mandato constitucional y legal, sino que además se le suma la importancia de la aplicación de los principios en cada acción que despliegue la administración, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, el cual señala que “Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente con arreglo

---

<sup>37</sup> Santofimio (1996). Tratado de derecho administrativo: introducción a los conceptos de la administración pública y derecho administrativo. Ed. Dvinni. V.I Bogotá, Pp.36\_56.

a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad”

Se tiene entonces que, todas las actuaciones administrativas deben estar basadas en el respeto por los principios mencionados, así como la subordinación a la Constitución y a la Ley, por ende, cualquier acto que este por fuera del marco de este marco referencial, es susceptible de ser declarado inconstitucional o nulo, de acuerdo a la competencia.

Si bien es cierto, que la Corte Constitucional tiene como función, estudiar la constitucionalidad de los decretos ley emitidos por el Gobierno colombiano, cabe precisar que la Constitución Política de 1991, atribuye al Consejo de Estado conocer de las acciones de nulidad y constitucionalidad de las cuales no son atribuibles a la función de la corte constitucional, según el art 237, inciso 2, del Título VIII, capítulo III de la Carta Política de 1991 a los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no es de la Corte Constitucional.

### **3.4 Permanente**

Respecto a la Potestad Reglamentaria del Ejecutivo, su carácter permanente, no requiere autorización por parte del Legislador pues ya está consagrado en la Carta Política Artículo 189 numeral 11.

Es decir, mientras esta normatividad tenga vigencia quien ostente esta potestad puede ejercerla cuantas veces lo crea necesario y en cualquier tiempo, pues no hay límite alguno para el desarrollo de la misma. No hay término de preclusión para el ejercicio de esta facultad.

### **3.5 Inalienable, intransferible, inagotable**

La Potestad Reglamentaria es irrenunciable, intransferible, inalienable, hacen parte de los elementos esenciales para que se cumpla la administración su función de ejecución de las leyes.

El Consejo de Estado explica las características de la Potestad Reglamentaria, teniendo como referencia la sentencia con ponencia de la Magistrada Ruth Estella Correa de octubre de 2011, sección tercera refieren que “la Potestad Reglamentaria debe ser desarrollada por el gobierno, Ministros, o jefe de departamento administrativo pues de lo contrario no tendría fuerza vinculante” a esto es lo que la corte llama refrendación ministerial, mecanismo para “atemperar” el presidencialismo en Colombia, la Constitución obliga que la Potestad Reglamentaria sea suscrita por el Ministro o Jefe del Departamento Administrativo” lo cual indica que este mecanismos de Refrendación haga responsable al Ministro del acto administrativo que se realiza.

Por esta razón se puede decir que la Potestad Reglamentaria, si bien es un mecanismo para darle vida y desarrollo a las leyes, estos reglamentos hacen que la labor del legislativo sea apoyada por parte de esta figura, teniendo en cuenta que el mismo aparato creador de la legislación en Colombia no es suficiente, y por ende descarga esta responsabilidad en el Ejecutivo.

El riesgo de caer en un sistema precisamente presidencialista siempre existirá, pero el constituyente, y el legislador limita en sus diferentes normas la función reglamentaria, las altas cortes ejerciendo su control correspondiente han podido vivenciar que el Ejecutivo en numerosas ocasiones ha extralimitado sus funciones trasgrediendo los conceptos constitucionales y olvidando la motivación del Estado Social de Derecho desde 1991.

Pese a que parecieran conceptos generales sobre el tema que se esta desarrollando, todos estos aspectos expuestos en precedencia, ayudan acercarnos a la respuesta de nuestra pregunta

problema, toda vez que ilustran los casos en que se ve aplicada la potestad del Presidente como máxima autoridad administrativa y los casos en que, por medio de este, se transfiere a los Ministros ciertas prerrogativas en el mismo sentido, de expedir actos de contenido reglamentario.

Siendo, así las cosas, hasta esta instancia se observa cómo se ha abordado el tema desde perspectivas y conceptos locales como también a partir del derecho comparado y fuentes del derecho.

## CAPITULO IV

### MARCO CONSTITUCIONAL, LEGAL, Y JURISPRUDENCIAL EN EL TEMA DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

La mayor manifestación de autoridad y poder, que puede predicarse del denominado poder ejecutivo, es su facultad de reglamentación, la cual no es otra cosa, que aquellas acciones encaminadas a operativizar, materializar y hacer viva las disposiciones contenida de manera genérica o abierta en la Ley.

Esta facultad la establece la misma Constitución a los entes que integran la rama ejecutiva, en todos sus órdenes y bajo condiciones explicitas, en el caso del Presidente de la República esta se encuentra consagrada en el artículo 189<sup>38</sup> de la Constitución Política, en este se faculta directamente a la primera autoridad administrativa del país, para que reglamente las leyes o decretos con fuerza de Ley a fin de que estos puedan aplicarse a las situaciones particulares que la vida presenta.

Tal facultad es predicable, en términos semejantes a los que le asiste al primer mandatario, en cuanto los cuerpos ministeriales, quienes, según la misma Constitución, son representantes directos de este, para el desarrollo de políticas públicas propias de un sector determinado<sup>39</sup>

El marco referencial en el cual se desarrolla la Potestad Reglamentaria en cabeza de Ejecutivo, implica la exploración inicialmente y de manera primordial en el marco constitucional, por desprenderse de allí, como norma suprema la autorización o la facultad del Ejecutivo en cabeza del Presidente para ejercer la Potestad Reglamentaria y como delega o transfiere esa facultad a

---

<sup>38</sup> Constitución política de 1991, Título VII De la Rama Ejecutiva. Capítulo I del Presidente de la República, Art. 189. Francisco Gómez Sierra. Editorial Leyer.

<sup>39</sup> Rodríguez, Libardo. Estructura del poder Público en Colombia, acerca de la naturaleza de los ministerios. Temis.2004

sus Ministros, Jefes de Departamentos Administrativos y otros funcionarios de la administración. Seguido del marco legal transitado en nuestro ordenamiento y finalizando con los pronunciamientos de nuestras altas cortes como la Constitucional y el Consejo de Estado.

Es claro que esta facultad no modifica la Ley, ni la amplía, ni restringe su naturaleza, no desborda los límites de la Potestad Reglamentaria en virtud de la cual se dicta, si esto sucede se estaría ante la violación directa a la norma superior, que al ser otorgada ese poder lo limita; lo que busca la Potestad Reglamentaria es el desarrollo de la Ley, ya que sus alcances se manifiestan dentro de sus límites, lo que busca es alcanzar los fines que propuso el legislador.

En consecuencia, se define y se delimita la reserva de la administración, lo que permite que el Ejecutivo reglamente de manera autónoma, pero sin desconocer el órgano legislativo como competencia normativa para restringir al gobierno en su facultad, lo que hace que haya un equilibrio de poderes, sin embargo es de anotar que en nuestro sistema la separación de poderes trae consigo el requisito de ejecutar tal facultad solo en determinadas materias que la Ley le impone, es decir no la puede ejercer al libre albedrío, sino como lo determina en el artículo 150 de la Constitución Política.

Por otra parte, el artículo 9 de la Ley 489 de 1998 regula la figura de la delegación administrativa de funciones de las autoridades públicas, y señala al respecto, que (...) en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente Ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias. Sin perjuicio de las delegaciones previstas en leyes orgánicas, en todo caso, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de organismos y entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa podrán delegar la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la Ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el

propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente Ley (...) <sup>40</sup>

De lo anterior se colige que, para el ejercicio de la Potestad Administrativa, debe estar plasmado expresamente en la norma, de ahí que las funciones que emanan de la constitución no pueden ser contrariadas por otras disposiciones de menor rango. Es decir, la norma dice qué puede y que no puede reglamentar la administración central, manifestándolo de manera puntual como se puede evidenciar en el artículo 11 de la Ley 489 de 1998.

Finalmente, la figura de la Potestad Reglamentaria de los Ministros a través de las facultades dadas al ejecutivo y su máxima autoridad, el Presidente de la Republica, no solo se encuentra fundamentada en la Constitución y la Ley, sino que una gran parte de su desarrollo ha sido por parte de la jurisprudencia, así, por ejemplo:

En sentencia C 917 de 2002, con ponencia del Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Señaló que...mientras el Presidente expide las pautas para el cumplimiento de la voluntad legislativa, los organismos subordinados emiten la reglamentación necesaria para pormenorizar el proceso de implantación de esa voluntad. Es esta una función de afinamiento que procede desde los trazos más amplios fijados por el legislador hasta los detalles prácticos más concretos, establecidos por el ejecutor de la medida. Esta asignación gradual de potestad de reglamentación se justifica en la medida en que es en los organismos administrativos en donde reposa la información inmediatamente relacionada con el funcionamiento práctico de las herramientas de creación legislativa.

La jurisprudencia ha subrayado igualmente que la Potestad Reglamentaria de la Ley descansa en el jefe del Ejecutivo (Art. 189-11 C.P.). Por ello sostiene que esa facultad, que consiste en "

---

<sup>40</sup> Ley 489 de 1998. Artículo 9.

la producción de un acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la Ley... Para encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real". Se concreta en la "expedición de las normas de carácter general que sean necesarias para la cumplida ejecución de la Ley" La Corte Constitucional ha dicho que la función de legislar está reservada al órgano de representación popular y sólo de manera excepcional al Presidente de la República.

Igualmente, en sentencia C 028 de 1997 el Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero conceptúa, sobre límites de Potestad Reglamentaria, como potestad, inalienable, intransferible, inagotable la función legislativa no se ejerce únicamente en el momento de dictar la Ley, sino que tiene lugar cuando se la modifica o adiciona, cuando se la interpreta con autoridad y cuando se la deroga. Al definir las reglas básicas sobre la vigencia de las normas legales, que comienza con su promulgación y termina con su derogación o con la declaración total o parcial de inexecutable, es indispensable resaltar que, salvo los casos de condicionamientos surgidos del control de constitucionalidad, aquéllas no pueden sufrir modificaciones imputables a la actividad de quien carezca de la competencia legislativa. Esta última puede provenir de la cláusula general de competencia en cabeza del Congreso o de los casos excepcionales previstos en la Constitución, en los cuales el Presidente de la República goza de atribuciones para expedir decretos dotados de la jerarquía y la fuerza de las leyes.

Es decir, que para esta facultad no hay plazo y que se puede ejecutar en cualquier momento, siendo irrenunciable por lo que esta atribución es indispensable para el Ejecutivo ya que la función deviene de la norma superior, es decir por mandato general y constitucional, el desarrollo de esta facultad no es opcional, sino al contrario se hace exigible para el cumplimiento de los fines del estado con la ejecución de la misma.

La Corte Constitucional en sentencia C 704 de 2010, hace mención a los requisitos para el ejercicio de la Potestad Reglamentaria, que según la corte tiene que cumplirse con dos preceptos:

- Existencia de un contenido Material Legal que pueda ser reglamentado.
- El respeto por parte de quien expide la reglamentación con las demás leyes de orden constitucional.

En sentencia 016 de 1985 del Consejo de Estado, comparte que la función de la Potestad Reglamentaria tiene su raíz en la gestión y actos de la administración, lo que a la luz de este concepto la Potestad Reglamentaria el Ejecutivo no es más que un acto administrativo.

Según providencia de la misma Alta Corte, Sección Segunda en Auto 110001032500020140154200 (49722014), refiere sobre las características de la Potestad Reglamentaria del Ejecutivo, a saber:

- Potestad Inalienable,
- No tiene plazo, se puede ejercer en cualquier tiempo,
- Es de naturaleza ordinaria
- Derivada, limitada, y permanente.
- Carácter irrenunciable

A estas características de la Potestad Reglamentaria el Consejo de Estado hace una exposición sobre el carácter inalienable y permanente de la Potestad Reglamentaria del ejecutivo.

Como podemos evidenciar en este trabajo, la injerencia directa que ha tenido la jurisprudencia en el tema de la Potestad Reglamentaria, no obstante, ha de tenerse presente que la jurisprudencia no es fuente de creación del derecho objetivo, es decir, no crea norma, sólo la interpreta o aplica, de ahí que complementa el ordenamiento jurídico. El análisis tanto constitucional como legal de la producción de normas por parte del poder ejecutivo adopta potestades legislativas para un buen ejercicio hermenéutico y su desarrollo jurisprudencial en aras de salvaguardar los preceptos constitucionales, delimitando reglas claras de juego, para el

respeto de la norma suprema, para evitar los vacíos, las sombras, abusos e interrogantes que se suscitan constantemente en el ejercicio del poder.

Como se observa en las anteriores intervenciones jurisprudenciales, se resalta la Supremacía Constitucional, en el sentido de que sus mandatos otorgan como norma imperante, una guía que señala los caminos a seguir sobre el resto de la estructura del Estado que se encuentra codificada y escrita abarcando el tema de la Potestad Reglamentaria determinando no solo el contenido general de la disposición, sino que se sustrae los límites implícitos derivados de sus propias normas, remisiones, principios y características, en aras de facilitar específicamente el cumplimiento de la ley, es decir parte del límite establecido a la facultad reglamentaria del Gobierno y esta barrera consignada en la Constitución Política como fundamento de los fines del estado en la interpretación vinculante de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, lo que garantiza la no extralimitación en el ejercicio del poder por parte del ejecutivo.

## CONCLUSIONES

De lo dicho en precedencia, se concluye que la Facultad Reglamentaria se originó por los cambios sociales que obligaron a replantear el concepto de poder político de la administración estatal, que el mismo no estuviera concentrado ni personificado en un solo titular, de encontrar en la separación de poderes una respuesta a la lucha por las libertades individuales y de crear una balanza en el ejercicio de la configuración normativa. Con todo se constata que los casos presentados demuestran que la evolución de la Potestad Reglamentaria como fuente de derecho en cada país evolucionó de forma particular, dependiendo del sistema de gobierno y de las formas de Estado que cada uno desarrollaba. Según la naturaleza de esta potestad, el origen y las razones que se dan en la actualidad como fuente de derecho es porque de manera expresa se plasma en la Constitución.

El ejercicio de la Potestad Reglamentaria requiere de la configuración previa en un contenido legal, del cual se desprende que el presidente tenga la autorización para desempeñarse en su función reglamentaria, con la adecuada aplicación.

Es así que, la Potestad Reglamentaria se considera de carácter constitucional, en el sentido de que la Ley superior otorga esa facultad al Presidente de la República, que no por este hecho se desvanece o desaparece cuando es ejercida por otros funcionarios del ejecutivo, de igual forma dicho carácter se encuentra implícito de manera que el modo de transmitir dicha facultad, también se encuentra constitucionalmente respaldada tanto en las funciones propias del Presidente , como en la misma figura delegataria que realiza el ejecutivo en sus diferentes niveles. En todo caso la sujeción a la Ley por parte del Ejecutivo, resulta imperativo su cumplimiento del desarrollo de las leyes marco o los que corresponda los decretos, reglamentos.

Observándose al respecto, que la tarea de los Ministerios consiste en desarrollar funciones previamente determinada en la legislación y en el reglamento, por lo que en relación con la

posibilidad de regulación que les asiste, su competencia es de orden residual y sus atribuciones ostentan un carácter subordinado a la Potestad Reglamentaria del Presidente de la República, así como atañen únicamente al ámbito de su respectiva especialidad.

Cuando la administración ejerce la Potestad Reglamentaria está sometida a una serie de limitaciones, en donde no podrá regular aquellas que son competencia exclusiva del poder legislativo, únicamente asuntos propios de la administración, aquí el reglamento debe ajustarse a la legalidad, respetando el principio de reserva legal y la jerarquía de las normas, de modo que este no vaya en contra con lo dispuesto en la Ley, además el dictado por una autoridad inferior no puede contradecir el dictado por otra de superior rango, así mismo debe ser aprobado por el órgano competente, de no ser así estaríamos frente a una nulidad de pleno derecho, a lo que se debe ajustarse al procedimiento legalmente establecido y estén al tenor del mismo espíritu de la Ley. Esta facultad trae sin duda una finalidad pública o sea de interés público, lo que deniega cualquier intención de darle aplicación a la Facultad Reglamentaria con el fin de aprovecharse para uso personal o a favor de un tercero, ya que es otorgada constitucionalmente. Es por esto que la administración pública como la manifestación del estado, en su actividad le permite en este caso al ejecutivo llevar a cabo el cumplimiento de los fines del estado.

De lo expuesto se infiere, que el carácter subordinado de la Potestad Reglamentaria de los Ministros, es un concepto constitucional porque ostenta de la norma superior la facultad como fundamento principal, mientras que en el concepto legal encontramos la forma de desarrollar dicha función, siendo necesaria en la medida en que ordena y da vida a las leyes emitidas por el legislador. Las normas del ejecutivo por su naturaleza se encuentran en un rango inferior al de la Ley según la teoría kelsiana, pero el carácter subsidiario encuentra su razón de ser en las disposiciones constitucionales que señalan las facultades en cabeza del Presidente y de allí sus funciones en los ministerios a su cargo, es así, que este acto administrativo según competencia es facultado como lo consagra la Constitución Política, al mismo órgano ejecutivo, en cabeza del Presidente como jefe supremo o autoridad administrativa y este a su vez a los Ministros del despacho a expedir la normatividad jurídica necesaria (decretos, reglamentos y resoluciones),

como se ha dicho en repetidas ocasiones para concretar en forma dinámica la Ley; ya que el objeto de dicha facultad, es que las disposiciones legales puedan tener un ámbito de aplicación debido, sin embargo la Constitución de manera precisa determina, que no solo a través del Presidente de la República se puede ejercer la potestad reglamentaria, pues si bien existen otras autoridades como los Ministros, que poseen dicha facultad. En este tema la autorización emanada de la Carta suprema, es la que permite o no su ejecución y desarrollo de lo que se debe disponer en el reglamento y a su vez fomenta a que la Ley sea ejecutable, observando siempre el ordenamiento legal y el constitucional y así evitar la extralimitación en facultades que no le correspondan. La motivación de estos actos administrativos expresan su objeto y debe ser la máxima expresión de los argumentos de dicha motivación, ya que le da vida a una Ley y con ello se le da el sustento, los reglamentos ajustados al ordenamiento jurídico y a la necesidad de dicha reglamentación; de donde los efectos jurídicos se imponen como acto-regla, puesto que el reglamento fortalece el ordenamiento jurídico complementando las leyes, a lo que las decisiones y actos de los funcionarios públicos hacen parte del ordenamiento jurídico interno.

Importante es que se ejerza un control permanente a cada una de las actuaciones de los Ministros, cuando mediante sus actos administrativos adoptan decisiones desbordando sus facultades reglamentarias, las cuales son conferidas en la Constitución y consecuencias de las funciones que ejerce el Presidente como máxima autoridad del Ejecutivo, por cuanto la Ley permite que reglamenten mas no modifiquen las normas generales.

En este orden propongo la presentación de un proyecto de Ley que se someta al estudio del Congreso para establecer las medidas de dicho control.

Finalmente, se hace necesario la capacitación de cada uno de los funcionarios que a cargo tiene los Ministerios para ser reforzados jurídica y éticamente en aras de no incurrir en vías de hecho o en extralimitación de sus funciones, teniendo en cuenta sus facultades meramente reglamentarias.

## BIBLIOGRAFIA

Duguit, L. (1975) *Las Transformaciones del Derecho*. Buenos Aires: Ed. Heliasta..

Esguerra, J. (2004) *La Protección Constitucional del Ciudadano*. Primera Edición. Bogotá. Editorial Legis. (1975

Gallego, A. (1971). *Ley y reglamento en el derecho público occidental*. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid. (ps. 100-101).

García, E. (1998) *Legislación Delegada Potestad Reglamentaria y Control Judicial*. Editorial Civitas S.A. Pág., 44.

García, E., y Fernández, T. (2011) *Curso de derecho administrativo*. 10º edición, Civitas. Madrid. t. I. (ps. 179 a 183).

Jiménez, J. (1987) *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Revista Española de Derecho Constitucional. Ariel, Barcelona. Año 8. Núm. 23. Mayo-Agosto 1988.

Mayer, O. (1982) *Derecho administrativo alemán*. 2ª ed. Depalma.

Moncada, J. (2007) *El Reglamento como Fuente de Derecho en Colombia*. Bogotá. Editorial Temis S.A. 136

Rawls, J, (1978) *Teoría de la Justicia*. Teoría de la Justicia. Fondo de Cultura Económica.

Santamaría, J. (1991). *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. t. I. (ps. 706-711).

Santofimio, J. (2003). Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Editorial Universidad Externado de Colombia.

Sen, A. (2009). La idea de la Justicia. Madrid. Editorial Taurus.

Sierra, H. (1998). Concepto y Tipos de Ley en la Constitución Colombiana. Universidad Externado de Colombia.

Tocquerville, A. (2002). De la Democracia en América. Madrid. Editorial Alianza.

Vergara, N. (1940) Potestad Reglamentaria y Facultades Extraordinarias del Gobierno. Bogotá. Editorial Santa Fe.

Torres, G. (1979). Potestad Reglamentaria del Estado. Primera Edición. Temis

Martin, R. (2005). Manual de Derecho Administrativo. España.

Rodríguez, L. (2004). Estructura del Poder Público en Colombia. Editorial Temis.

Charry, J. (1993). Sistema Normativo de la Constitución de 1991. Ed. Temis. Bogotá.

Corte Constitucional

Sentencias de Constitucionalidad

Corte Const. C-220 de 29 de abril de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Const. C-710 de 5 de julio de 2001. M.P. Jaime Cordoba Triviño.

Corte Const. C-805 de 1 de agosto de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Const. C-234 de 2 de abril de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Const. C-508 de 3 de julio de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Const. C-852 de 17 de agosto de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Const. C-782 del 26 de septiembre de 2007. M.P. Jaime Araujo Rentería.

Corte Const., C -162 de 21 de febrero de 2008. M.P. Humberto Sierra Porto.

Corte Const. C-1005 de 15 de octubre de 2008. M.P. Humberto Sierra Porto.

Corte Const. C-372 de 27 de mayo de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Const. C-820 de 13 de octubre de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Auto

Corte Const. Auto 049 del 20 de febrero de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño

Consejo de Estado.

Consejo de Estado. Rad. 348 de 2009.

Consejo de Estado. Rad. 282 de 2011.

Consejo de Estado. Rad. 350 de 2011.

Consejo de Estado. Rad. 386 de 2011.

Consejo de Estado. Rad. 901 de 2011.

Consejo de Estado. Rad. 1687 de 2011.

Consejo de Estado. Rad. 3819 de 2011.

Consejo de Estado. Rad. 9552 de 2011.

Consejo de Estado. Rad. 37785 de 2012.

Consejo de Estado. Rad. 39093 de 2012.

Consejo de Estado en Sentencia Sección tercera 1100103260002007004000 (32244) Magistrada  
Ponente: Ruth Estella Correa Palacio

Consejo de Estado, Sección Segunda Auto 110001032500020140154200 (49722014)

Consejo de Estado. Providencia de noviembre 18 de 1999 De lo Contencioso  
administrativo, Sección 3, Magistrado Ponente Ricardo Hoyos Duque.