



**ANALISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD  
REGLAMENTARIA DEL DECRETO 2235 DE 2012 EN EL SECTOR MINERO  
COLOMBIANO.**

**JUAN DAVID GALLEGO MORA**

**UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMERICANA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**MEDELLIN**

**2014.**



**ANALISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD  
REGLAMENTARIA DEL DECRETO 2235 DE 2012 EN EL SECTOR MINERO  
COLOMBIANO.**

**JUAN DAVID GALLEGO MORA**

***PRESENTADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE:***

**ABOGADO**

**ASESORA:**

**Dra. LAURA MARCELA HOLGUIN**

**Docente Facultad de Derecho.**

**UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMERICANA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**MEDELLIN**

**2014.**



**ANALISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD  
REGLAMENTARIA DEL DECRETO 2235 DE 2012 EN EL SECTOR MINERO  
COLOMBIANO.**

**Juan David Gallego Mora**

**INTRODUCCIÓN**

La regulación contenida en la Carta Suprema de 1991, específicamente en el artículo 189 numeral 11, en relación con la facultad reglamentaria en cabeza del Presidente de la República, consagra que dicha potestad debe ejercerse con el objetivo de garantizar el cumplimiento de las leyes a través de la expedición de decretos, resoluciones y órdenes.<sup>1</sup>

Ahora, lo establecido en la carta constitucional genera serios interrogantes en relación sobre cómo debe ejecutarse la prerrogativa reglamentaria que le compete a la rama ejecutiva del poder público, sin que ello implique la modificación, interpretación y creación de situaciones jurídicas no contempladas en las leyes, en concordancia con el principio de jerarquía normativa, que en palabras del maestro Hans Kelsen<sup>2</sup>, consiste en una “construcción escalonada” –o gradual- “de normas recíprocamente supra y subordinadas”, lo que se traduce en que la validez de una norma dependerá siempre del resultado de un juicio entre su nivel de escalonamiento y el contenido que posea.

---

<sup>1</sup> Vid. Constitución Política de Colombia. Bogotá 1991. Art 189-11.

<sup>2</sup> Kelsen, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado, cit, pag. 215



Debe entenderse en principio, que el ánimo del constituyente no fue otro que facultar a las autoridades administrativas a expedir normas con rango reglamentario, es decir, disposiciones jurídicas subordinadas a las leyes, que asistieran la ejecución de las mismas sin exceder, restringir su aplicación, ni llegar a ser la fuente de otras prescripciones normativas.

Establecidos los lineamientos propios que rigen la actuación administrativa, como lo es la supremacía constitucional, como base de un sistema normativo, se tiene claro entonces, que el ejercicio de la facultad otorgada por el constituyente es de carácter subordinado y que debe realizarse conforme a lo ordenado en la ley y la constitución, para garantizar la protección de los derechos e intereses legítimos de los administrados.

Empero a lo anterior, la prerrogativa reglamentaria en cabeza del ejecutivo, se ha venido ejerciendo en contravía de la disposición fundamental anteriormente mencionada; pues como se tratará de vislumbrar a lo largo de este trabajo investigativo, y para el caso en concreto, se realizará un análisis de constitucionalidad del decreto 2235 de 2012, donde se podría evidenciar el desconocimiento de las disposiciones normativas, no obstante lo anterior debe integrarse en igual medida un análisis al sustento jurídico de las decisiones de autoridades internacionales a nuestro ordenamiento jurídico, es decir la producción de efectos jurídicos a los administrados dentro de un Estado miembro.

En líneas de lo expresado, en el caso previsto, la actuación viciada de la rama ejecutiva del poder público puede dar lugar a la concreción de un daño antijurídico; en el entendido de que las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado<sup>3</sup> y siendo uno de estos, garantizar la prosperidad social, como un elemento preponderante,” las autoridades de la republica están instituidas para proteger

---

<sup>3</sup> Constitución Política de Colombia. Bogotá 1991 art 209.



a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades”<sup>4</sup>. Por tanto estas deben velar, por medio de sus actuaciones, la salvaguarda del ciudadano de a pie y siempre dirigir éstas a su protección y no por el contrario menoscabar sus derechos y libertades.

Así las cosas, resulta importante analizar en escenario de discusión, la ejecución del respectivo decreto reglamentario expedido por el gobierno, el cual se encuentra bajo el amparo del principio de presunción de legalidad de los actos administrativos, con esto se afectan situaciones jurídicas concretas y se da lugar a la producción de daños antijurídicos, producto de la ilegalidad del acto en mención, dando como resultado la obligación de repararlos por parte del Estado Colombiano. Lo anterior debe estar en consonancia con la finalidad establecida en la carta suprema, en el sentido de que la constitución se encuentra en el grado más alto dentro de la jerarquía de las normas.

---

<sup>4</sup> *Ibíd.* art 2



**ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD  
REGLAMENTARIA DEL DECRETO 2235 DE 2012 EN EL SECTOR MINERO  
COLOMBIANO.**

El ordenamiento jurídico Colombiano- *entendido este como un conjunto de normas-*, apela su validez y pertinencia en una norma superior, idea que ha sido explicada ampliamente por el maestro Hans Kelsen en su obra *TEORÍA PURA DEL DERECHO*. “es pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico”<sup>5</sup>.

Dicho esto, de la palabra “norma fundamental” se desprende la validez de las normas subordinadas, esto es, de aquellas cuya creación depende de otra norma jerárquicamente superior, lo que implica que el juicio de validez de la norma inferior resulte de confrontar en escala normativa ambas disposiciones jurídicas; con lleva esto finalmente a que la producción legislativa, reglamentaria, jurisdiccional y los actos jurídicos no solo de derecho privado sino también cualquier tipo de disposición que pretenda ingresar al ordenamiento jurídico deben ser consecuentes con lo que el profesor Rodolfo Correa ha denominado como “norma superior fundante”<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> KELSEN, HANS. *Teoría Pura del Derecho*. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Décima Segunda Edición. Buenos Aires, 1974.pag. 107

<sup>6</sup> CORREA, RODOLFO ANDRÉS. *Teoría General del Derecho*. Colombia. Biblioteca Jurídica Dike. 2009. p 172.



Haciendo mención, al ordenamiento jurídico Colombiano, se debe dejar claro que él, dio especial preferencia a la aplicación de las disposiciones constitucionales<sup>7</sup>, esto bajo el entendido de ser pilar fundamental del sistema normativo; ya que al tener la connotación de “norma de normas” se convierte en el eje central, no solo de la labor legislativa y reglamentaria de los poderes públicos, sino que como se ha venido reiterando de cualquier tipo de actuación que tenga como finalidad el ingreso a dicho sistema.

En aras de dar una mayor aplicación a lo anteriormente dicho, la honorable Corte Constitucional, en sentencia C-415 del 6 de junio 2012 con magistrado ponente MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, hace alusión a los principios de unidad y jerarquía normativa, principios que van en concordancia a lo manifestado sobre la norma fundamental; esta corporación indicó:

*“La supremacía de la Constitución Política sobre el resto de prescripciones del sistema de derecho nacional, es un principio estructurante del orden jurídico: el conjunto de prescripciones que integran el derecho positivo, se ordena en un sistema normativo, en virtud de la unidad y coherencia que le imprimen los valores, principios y reglas establecidas en la Constitución. En otras palabras, el orden jurídico de la sociedad política se estructura a partir de la Carta Fundamental”.*

Consecuente con lo anterior, reposando la supremacía en la constitución, da pie para hacer mención al concepto de jerarquía normativa, el cual al ser consagrado como principio, lo

---

<sup>7</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Bogotá. 1991. “ARTÍCULO 4. la constitución es norma de normas, en todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicaran las disposiciones constitucionales”.



convierte en fuente pero “esta fuente del Derecho, es considerada por algunos ordenamientos jurídicos, v.gr. el Colombiano, como criterio auxiliar de la aplicación oficial del Derecho, excepto cuando los mismos se encuentren consignados en el propio sistema positivo, caso en el cual serán fuente formal del mismo”<sup>8</sup>. Por lo tanto, al estar consagrado dentro del cuerpo normativo de la constitución, el anterior principio, implica que tenga la característica de fuente formal, haciendo entonces esto, que deba ser de obligatorio cumplimiento dentro del ordenamiento jurídico.

En líneas de lo expresado, dicha Corporación ha reiterado en sus fallos que los entes territoriales, en sus actuaciones deben procurar cumplir y hacer cumplir cada uno de los presupuestos consagrados dentro de la carta magna.<sup>9</sup>, en aras de armonizar las disposiciones normativas con los fines esenciales del Estado social de derecho<sup>10</sup>, lo anterior en aras de enfatizar, el respeto por el principio de jerarquía normativa.

No obstante lo dicho, dentro del decreto objeto de estudio se hace mención a la decisión 774 de 2012 de la Comunidad Andina de Naciones –CAN- donde se “*adopto la política andina de lucha contra la minería ilegal*” es decir basa sus efectos jurídicos dentro del ordenamiento jurídico colombiano, en una decisión de una autoridad de carácter internacional, llevando entonces al interrogante de ¿qué papel juegan dentro de nuestro ordenamiento jurídico las

---

<sup>8</sup> CORREA, RODOLFO ANDRÉS. Teoría General del Derecho. Colombia. Biblioteca Jurídica Dike. 2009. p 198.

<sup>9</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Bogotá. 1991 art 305-1, 315-1.

<sup>10</sup> Señaló la Corte. “Es la garantía básica del Estado constitucional de derecho. Asegurar que efectivamente todos los poderes públicos sujeten sus actos (aquí quedan comprendidos entre otros las leyes, las sentencias y los actos administrativos) a las normas, valores y principios constitucionales, de modo que cada una de las funciones estatales sea el correcto y legítimo ejercicio de una función constitucional. Esta jurisdicción asume como competencia especialísima la guarda de los derechos fundamentales buscando, conforme a la expresa y reiterada intención de todos los constituyentes, la efectividad de los mismos y su oponibilidad frente a todos los órganos del poder público” CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-06 de 1992. Magistrado Ponente: EDUARDO CINFUENTES MUÑOZ.





decisiones de organismos internacionales? Pues bien debe decirse que “entre el Derecho internacional y el derecho interno se establecen relaciones que en Colombia se explican con base en la teoría dualista, por lo cuanto se entiende que la validez del Derecho internacional en el plano interno depende de su transformación en Derecho nacional mediante su reconocimiento en el Derecho interno”.<sup>11</sup> Conforme a lo anterior, en el Estado colombiano los tratados internacionales tienen validez una vez sea aprobados mediante una ley del congreso<sup>12</sup> y se haya declarado su exequibilidad por parte de la Corte Constitucional.<sup>13</sup>

Es así como “las relaciones al interior de la comunidad internacional son reguladas por el derecho internacional, que es un sistema legal convencional que se rige por relaciones de coordinación; a diferencia del derecho interno de los Estados nacionales, que se expide por autoridades legítimas, tiene una estructura jerárquica definida tanto legislativa como administrativamente y se gobierna por una relación de subordinación”<sup>14</sup>

Conforme a lo anterior, debe abordarse el tema de los efectos jurídicos surgen de los tratados internacionales suscritos por Colombia, trayendo así el concepto de “*bloque de*

---

<sup>11</sup> ANZOLA GIL, MARCELA. Teoría constitucional. Bogotá D.C. temis. 1995. Pág. 29-30.

<sup>12</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.1991.santa fe de Bogotá. ARTICULO 224 “*los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el congreso. Sin embargo, el presidente de la republica podrá dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales, que así lo dispongan. En este caso tan pronto como un tratado entre en vigor provisionalmente, deberá enviarse al congreso para su aprobación. Si el congreso no lo aprueba, se suspenderá la aplicación del tratado.*”

<sup>13</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.1991.santa fe de Bogotá. ARTICULO 241. Numeral 10. “*Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.*”

<sup>14</sup> PALLARES BOSSA, Derecho Internacional Público. Bogotá D.C. Leyer .2004. pág. 12-13



*constitucionalidad*”<sup>15</sup> entendiéndose este según la jurisprudencia constitucional como “esta compuesto por aquella normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros de control constitucional de las leyes. Ello bien sea porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, porque son normas situadas en el nivel constitucional, como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal cual sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos.”<sup>16</sup>

En igual medida establece “que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo confronta se resuelve en ultimas en una violación del estatuto superior. Esto significa que la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la carta.”<sup>17</sup>

No obstante lo anterior la h. Corte Constitucional al referirse al tema de los tratados internacionales ha planteado un diferencia en el contenido de estos, es por ello que “en principio, integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato: (i) el preámbulo, (ii) el articulado de la Constitución, (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos

---

<sup>15</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.1991.santa fe de Bogotá. ARTICULO 93” Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

<sup>16</sup> Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-191. Bogotá D.C. 1998. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>17</sup> Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-358. Bogotá D.C. 1997. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.



humanos (C.P. art. 93), (iv) las leyes orgánicas y, (v) las leyes estatutarias. Por lo tanto, si una ley contradice lo dispuesto en cualquiera de las normas que integran el bloque de constitucionalidad la Corte Constitucional deberá retirarla del ordenamiento jurídico, por lo que, en principio, los actores tienen entonces razón en indicar que la inexecutableidad de una disposición legal no sólo se origina en la incompatibilidad de aquella con normas contenidas formalmente en la Constitución.

No todos los tratados y convenios internacionales hacen parte del bloque de constitucionalidad, pues tal y como la jurisprudencia de esta Corporación lo ha señalado en varias oportunidades, “los tratados internacionales, por el sólo hecho de serlo, no forman parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, no ostentan una jerarquía normativa superior a la de las leyes ordinarias”. En efecto, la Corte ha señalado que, salvo remisión expresa de normas superiores, sólo constituyen parámetros de control constitucional aquellos tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos (i) y, que prohíben su limitación en estados de excepción (ii). Es por ello, que integran el bloque de constitucionalidad, entre otros, los tratados del derecho internacional humanitario, tales como los Convenios de Ginebra, los Protocolos I y II y ciertas normas del Pacto de San José de Costa Rica.”<sup>18</sup>

En este orden de ideas, la decisión 774 de 2012, fue expedida por la CAN, y donde se reitera que Colombia es un Estado miembro, suscribiendo el mismo en Bogotá el 26 de mayo de 1969, Acuerdo que fue aprobado por el Congreso de nuestro país mediante la Ley 8ª. del 14 de abril de 1973, es decir que su incorporación al ordenamiento jurídico se cumplió a cabalidad, sin embargo el rango dentro de la escala normativa del ordenamiento jurídico colombiano se sitúa al lado de las leyes ordinarias, es decir que debe en igual forma respetar el estatuto constitucional

---

<sup>18</sup> Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1490. Bogotá D.C. 2000. Magistrado ponente Dr. Fabio Morón Díaz



al igual que las demás normas ubicadas en dicha escala, en el sentido de que su contenido no involucra la protección o reconocimiento de derechos fundamentales, sino por el contrario plantea prohibiciones dentro de los Estados miembros.

Abarcada la importancia sobre las normas y su obediencia a un mandato superior, tanto en su creación como en su contenido- validez formal, validez material- la constitución ha otorgado “al poder público o constituido”<sup>19</sup>, para el caso concreto a la rama ejecutiva, la potestad de expedir decretos y resoluciones para garantizar la ejecución práctica de una ley que regula de forma general una materia determinada.

Conforme a lo anterior, debemos ahora hacer mención, del concepto de la potestad reglamentaria, el cual consiste en asegurar el desarrollo operativo de una ley<sup>20</sup>, observando única y exclusivamente lo que esta consagra, fundamento que adquiere importancia a la luz de lo que el ilustrado ensayista Montesquieu ha denominado “la teoría de los pesos y los contrapesos”, principio doctrinal que es fuente de inspiración del actual constitucionalismo colombiano, y que de facto aporta una clara distinción entre la praxis legislativa y la consecuente ejecución reglamentaria<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Cf. CORREA, RODOLFO ANDRÉS. op. cit, p 206.

<sup>20</sup> En Colombia, por ejemplo, la Constitución Política, dispone sobre este tema lo siguiente: ARTÍCULO 189-11 CORRESPONDE AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA COMO JEFE DE ESTADO, JEFE DEL GOBIERNO Y SUPREMA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA: Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

<sup>21</sup> “De esta manera, el Pueblo soberano entendió que al existir diferentes poderes constituidos, cada uno de ellos debía proferir piezas normativas de diferente rango, de forma tal, que se articularan entre sí para garantizar la plenitud, consistencia y economía de todo sistema jurídico. De allí que la regla general prescriba que el Congreso, en virtud del ejercicio del principio democrático, expide las leyes (art. 150 C.P.); que las demás autoridades del ejecutivo y los órganos autónomos e independientes expidan disposiciones administrativas y reglamentarias; y que quienes administran justicia dicten providencias judiciales, hasta articular un orden normativo, en el que cada una de las piezas cumple funciones específicas dentro del sistema. “QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. Los decretos en el sistema normativo colombiano. Una política estatal de intervención normativa. Vniversitas. Bogotá. N° 116. Pág. 55.



Dicha potestad nace entonces, de “la creciente complejidad, rapidez de la evolución y dependencia de la ciencia y la técnica de las relaciones sociales, otorga al reglamento una función de primera importancia en el ordenamiento”<sup>22</sup>. Lo anterior obedece a la incapacidad que tiene el legislador para dar una respuesta eficiente y eficaz a las exigencias actuales de un Estado, ya que el mismo tiene una connotación general, además de ser un ente de carácter político; *a contrario sensu*, en la administración y sus dependencias, primará el carácter técnico, debido a que cada una de estas, velará por las políticas implementadas bajo su competencia<sup>23</sup>. Como sustento a lo anterior la honorable Corte Constitucional en sentencia C-1005 de 2008 con magistrado ponente el Dr. HUMBERTO SIERRA PORTO, trae a colación lo siguiente:

*“Existe en el ordenamiento jurídico vigente un compendio de normas que trazan unas fronteras a la facultad de regulación del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en relación con actividades turísticas por lo cual esta facultad se encamina a concretar aspectos residuales y complementarios de la legislación general ajustada, en todo caso, a lo que dispongan los órdenes normativos de más alto rango: la Constitución, la Ley y el Reglamento expedido por el Presidente de la República. En el presente caso, se trata, además, de materias directamente relacionadas con la especialidad del ramo, de donde la posibilidad de regulación que el artículo 8º literal (d) y el artículo 11 parágrafo segundo le confieren al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo se circunscribe a aspectos técnicos y operativos estrechamente relacionados con el ramo y este organismo*

---

<sup>22</sup> PAREJO ALFONFO, LUCIANO. Lecciones de Derecho administrativo. Bogotá-. Universidad externado de Colombia. 2011. pág. 121.

<sup>23</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.1991.santa fe de Bogotá. ARTICULO 208. Los ministros y los directores de departamentos administrativos son los jefes de la administración en su respectiva dependencia. Bajo la dirección del Presidente de la República, les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley.



*debe, en consecuencia, observar las normas constitucionales, legales y reglamentarias. El ejercicio de esta facultad de regulación en ningún caso implica el reconocimiento de una potestad autónoma y desligada de cualquier límite.” (subrayado fuera de texto)*

La jurisprudencia ha manifestado, que la potestad reglamentaria se justificaba por necesidades prácticas, “pues la ley no podía descender a los detalles de aplicación, ni el congreso tenía tiempo para discutirlos. No hay legislador que pueda regular todos los pormenores del derecho administrativo”<sup>24</sup> dejando así claro, la importancia que genera dicha potestad dentro de nuestro ordenamiento, toda vez que la ejecución de una ley cuando está no es tan concisa, puede depender de una correcta reglamentación por parte del gobierno.

Ciertamente, la potestad reglamentaria como fuente formal del derecho, en la medida en que se concreta en la expedición de decretos <sup>25</sup>, puede ser entendida según Libardo Rodríguez como “la facultad que tienen las autoridades administrativas para dictar normas de carácter general o reglamentos, de modo que el presidente de la república, al encontrarse ante una ley, puede dictar normas también generales, respetando esta última, pero que concreten más su contenido con el fin de facilitar o hacer posible su aplicación práctica”<sup>26</sup>.

En el plano positivo, la potestad reglamentaria se ve reflejada principalmente en el desarrollo de la función otorgada por el constituyente, al presidente de la república, sin embargo esta no es absoluta, sino que en ciertos aspectos existe también una potestad residual y

---

<sup>24</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 31 de enero de 1939, cit. Reiterada en CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 18 de octubre de 1946

<sup>25</sup> OSSORIO, MANUEL. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1981.p 204. Indica el autor que los decretos han de ser dictados dentro de las facultades reglamentarias que incumben al Poder Ejecutivo, para el cumplimiento de las leyes y sin que de modo alguno puedan modificar el desarrollo de estas.

<sup>26</sup> Cfr. RODRIGUEZ, LIBARDO. Derecho administrativo general y colombiano. Doceava edición. Santafé de Bogotá: temis.2000. pág. 70.



subordinada en la labor que cumplen los Ministros y los directores de departamentos administrativos en sus respectivas dependencias como se dijo anteriormente. En líneas de lo expresado, la sentencia C-1005 de 2008 de la Honorable Corte Constitucional, con magistrado ponente HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, resalta lo siguiente:

*“La tarea de los Ministerios consiste en desarrollar funciones previamente determinadas 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 de regulación ostentan un carácter subordinado a la potestad reglamentaria del Presidente de la República así como atañen únicamente al ámbito de su respectiva especialidad. A la luz de la jurisprudencia constitucional no resulta inconstitucional que una ley le confiera de manera directa a los/las ministros (as) del despacho atribuciones para expedir regulaciones de carácter general sobre las materias contenidas en la legislación, cuando estas tengan un carácter técnico u operativo, dentro de la órbita competencial del respectivo Ministerio, por cuanto, en ese caso, la facultad de regulación tiene el carácter de residual y subordinada respecto de aquella que le corresponde al Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria.”*

Traduce lo anterior, que tiene la facultad constitucional-siempre haciendo la salvedad, de que la misma radica en la suprema autoridad administrativa y como se dijo la facultad de los



ministros tiene un carácter residual y subordinada<sup>27</sup>- de ejecutar la ley y garantizar la consecución de las políticas de gobierno, desarrollándola de modo más particular, concreto y que orienten el adecuado funcionamiento de su sector y el cumplimiento de la función administrativa.

En rigor, señala Santofimio Gamboa<sup>28</sup>, “la potestad normativa esta en relación con los poderes de orientación política, dirección, estructuración, regulación, diseño y fijación de directrices para el contenido de los fines estatales asignados a la administración. Todo esto como es obvio, dentro del contexto de los principios y parámetros constitucionales y legales respectivos”. Siempre haciendo la salvedad del respeto por todo lo que se abarca en un ordenamiento.

Ahora, en pronunciamiento del honorable Consejo De Estado, en Sala unitaria de lo contencioso administrativo en auto del 14 de junio de 1963 con consejero ponente ALEJANDRO DOMÍNGUEZ MOLINA hace alusión a las limitaciones del poder discrecional de la rama ejecutiva en la expedición de normas reglamentarias, aclarando:

*“El Decreto que se expida en ejercicio de [la potestad prevista en el artículo 189 numeral 11] debe limitarse a dar vida práctica a la ley que tiende a desarrollar y sólo puede desenvolver lo que explícita o implícitamente está comprendido en la ley*

---

<sup>27</sup> La corte define” la potestad reglamentaria para el efectivo cumplimiento de la ley corresponde al presidente de la república, quien habrá de ejercerla mediante la expedición de los decretos, resoluciones y ordenes que resulten necesarios para ello, lo que indica que no puede tal atribución que a el le asigna la constitución desplazarse a uno de los ministerios, ni a ningún otro de los organismos del Estado, pues esa potestad se atribuye al presidente como suprema autoridad administrativa, quien desde luego, al ejercerla habrá de expedir los decretos necesarios con la firma del ministro del ramo correspondiente” CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 066 de 1999. Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz y Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>28</sup> SANTOFINIO, JAIME ORLANDO. Tratado de derecho administrativo. Segunda edición. Tomo uno. Santafé de Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2000. Pág. 439





*y, por tanto, no puede introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de sus disposiciones. De lo contrario, se estaría frente a una extralimitación de funciones por cuanto se invadiría el ámbito de competencia asignado por la Constitución al Legislador “.*

De manera recurrente, el máximo tribunal administrativo hace alusión a las limitantes que posee la potestad reglamentaria, lo que nos lleva al planteamiento del interrogante sobre ¿Cuáles son entonces los límites del ejercicio de la potestad reglamentaria que se concreta en el expedición de decretos y resoluciones?

Pues bien, diremos que los actos ejecutivos del Gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria tienen fuerza obligatoria siempre y cuando estos: i) no desconozcan las disposiciones constitucionales, ii) no modifiquen el contenido de la ley y iii) no establezcan criterios de interpretación, pues de llegar a trasgredir tales fines funcionales, se desbordaría la prerrogativa reglamentaria otorgada por la norma suprema y podría ocasionarse eventualmente la producción de un daño antijurídico, ocasionado esto por la ilegalidad de un acto.

Sobre el tema de los límites de la potestad reglamentaria, al igual que la jurisprudencia<sup>29</sup>, la doctrina, ha establecido unos límites al ejercicio de la potestad reglamentaria de los cuales cabe destacar los enunciados por el maestro OSCAR ANIBAL GIRALDO<sup>30</sup>, en relación con la expedición de decretos y resoluciones por parte de la rama ejecutiva del poder público, los cuales:

---

<sup>29</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 10 de octubre de 1962 manifiesta el máximo órgano contencioso administrativo, “El grado de la reglamentación lo señala tácitamente y en cada caso el propio cuerpo legislativo. Tanta será la materia reglamentable por el Ejecutivo, cuanto determine la necesidad de realizar el estatuto expedido por las cámaras”.

<sup>30</sup> GIRALDO CASTAÑO, OSCAR ANIBAL. Derecho administrativo general. Decreto reglamentario. Octava Edición. Medellín. Señal Editorial. 2010. pág. 44.



- *“No pueden ir en contra de la ley que reglamenta, porque, como su finalidad es su aplicación, mal podría contrariarla.*
- *No pueden interpretar la ley. La interpretación corresponde, en el caso concreto al juez o funcionario encargado de aplicarla. Si es una interpretación general o autentica, le corresponde al congreso por medio de otra ley.*
- *Solo puede introducir formas-circunstancias de tiempo, modo lugar, para el adecuado cumplimiento de la ley-no puede incluir normas.*
- *Es de carácter subsidiaria. Es la necesidad la que señala si procede o no la reglamentación, en forma tal que una ley sea tan completa que sus ordenamientos, puedan ser aplicables por sí solos, no debe ser reglamentada.”*

Atendiendo al anterior interrogante, debe dejarse claro, ante que autoridades deben exigirse los limitantes de la facultad otorgada al presidente; tenemos entonces, que de acuerdo a la constitución política de 1991, hay corporaciones que conforme a las funciones que les competen, poseen un control constitucional como lo son la corte constitucional<sup>31</sup> y el consejo de Estado<sup>32</sup>; este control “surge entonces como un mecanismo de protección a la carta, en la medida que se constitucionalizó el Derecho”<sup>33</sup> sin este tipo de guardián, podría generarse una inseguridad jurídica dentro del Estado, ya que al sobrepasar la constitución como fuente de desarrollo normativo, no habría ningún tipo de control sobre las disposiciones inmersas en el

---

<sup>31</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. 1991. Bogotá. Art. 241 y ss.

<sup>32</sup> Ibídem. Art. 237 y ss.

<sup>33</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La constitución como norma y tribunal constitucional. Editorial civitas. Madrid.1991



ordenamiento. Lo cual podría generar un menoscabo a las garantías que dentro de la esencia misma de la constitución se consagran.

La Corte Constitucional, como la primera autoridad llamada a la salvaguarda de la constitución se ha pronunciado de la siguiente manera:

*“la supremacía normativa de la constitución, tiene como su principal garantía la existencia del control constitucional, a cargo de determinados órganos del poder judicial. En principio todos los poderes públicos deben velar porque la producción del Derecho se ajusten a las reglas formales y contenidos materiales de orden constitucional, del mismo modo que sus actuaciones concretas. Así, los actos del gobierno, la actuación de las autoridades administrativas-y de algunos particulares en casos especiales-, las mismas decisiones de los jueces y los actos de legislación, se hallan dominados por el principio de supremacía de la constitución y sujetos a diversos tipos de exámenes de constitucionalidad de los mismo, en unos casos a través de las actuaciones públicas- por vía de acción o excepción- y en otros eventos mediante modalidades de control abstracto de los actos legislativos, las leyes y otras normas generales-por vía de acción o por ministerio de la constitución ”<sup>34</sup>*

Vemos como la anterior cita abarcó, todo el aparato estatal ya que del mismo surge una obligación constitucional<sup>35</sup> de respetarla. Como también se expresó dicho control radica también

---

<sup>34</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 de 2012. Referencia: D-8820. Magistrado ponente: FERNANDO YEPES GOMEZ Y MAURICIO GONZALEZ CUERVO

<sup>35</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. 1991. Bogotá. Art. 4 “a Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones



en el Consejo de Estado, a lo cual, la honorable Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

*“La titularidad del poder judicial de control de constitucionalidad abstracto, ha sido radicado en cabeza de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. En la primera, respecto de normas constitucionales, legales, decretos a los que la Constitución les asigna fuerza de ley, y otros actos con contenido material de ley o que forman parte del trámite legislativo. Al Consejo de Estado, en relación con “decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”. Con tal sistema de control judicial se busca que en la expedición de las normas que integran el ordenamiento jurídico, se respete la jerarquía de la Carta Fundamental, como norma de normas, de modo que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplique las disposiciones constitucionales, tal como lo preceptúa el artículo 4º constitucional.”<sup>36</sup>*

De esta manera, no solo el planteamiento de la doctrina, si no también de las anteriores citas jurisprudenciales, permiten concluir lo siguiente, respecto la fuerza jurídica- *en términos de validez*- de la potestad reglamentaria, es directamente proporcional a la permisión que de la misma hace la ley y su sujeción al principio de jerarquía normativa, vemos entonces que entre más consumada sea la manifestación del legislador, los actos reglamentarios desarrollarán en

---

constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.”

<sup>36</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 de 2012. Referencia: D-8820. Magistrado ponente: FERNANDO YEPES GOMEZ Y MAURICIO GONZALEZ CUERVO



menor medida el sustrato sustancial de las disposiciones de ley, dejando claro que si bien la facultad reglamentaria puede ejercerse en buena medida, esta prerrogativa depende no solo de los límites ya esbozados, sino también de la vigencia de la norma que reglamenta, respetando aquellas materias cuya competencia es privativa del legislador<sup>37</sup>.

Dicho todo lo anterior, debe ahondarse en el tema de las facultades residuales y subordinadas de los ministros en materia de reglamentación, nótese pues que la potestad reglamentaria otorgada a las autoridades ejecutivas, por el constituyente del 1991 implica una producción normativa con efectos generales reglamentarios, “en algunas ocasiones, y así lo entendió el constituyente, es necesario extender esta facultad a las autoridades y organismos administrativos diferentes al Presidente de la República-haciendo claridad que la potestad reglamentaria radica siempre en este último, otro ítem es que ellos incentiven la misma y de una u otra manera dicho decreto lleve su firma, a los cuales se le puede designar dicha aptitud funcional por vía legal, pues solo así es posible garantizar la efectividad de la norma jurídica que produce el legislador”<sup>38</sup>, tal es el caso, de los ministros y los directores de departamentos administrativos ya que debido a su especialidad, son quienes a la luz de lo establecido por la Carta Política en el artículo 208 tienen como funciones:

---

<sup>37</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-818 de 2011. Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB. *“La Constitución Política de 1991 consagró en los artículos 152 y 153 un procedimiento legislativo cualificado en aquellas materias que el Constituyente consideró como de mayor trascendencia dentro del Estado Social de Derecho. En efecto, en dichas disposiciones no sólo se señaló el contenido material de los asuntos que deben ser reglamentados mediante ley estatutaria, sino también se ordenó el establecimiento de un trámite de formación de las mismas más riguroso en cuanto a la aprobación por mayorías especiales y a la revisión constitucional previa a la sanción, oficiosa y definitiva”*

<sup>38</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia c-350 de 29 julio 1997, Magistrado Ponente Fabio morón diaz. Referencia: Expedientes D-1548, D-1549, D-1550, D-1555, D-1558, D-1567, D-1572 y D-1574.



*Los ministros y los directores de departamentos administrativos son los jefes de la administración en su respectiva dependencia. Bajo la dirección del presidente de la república, les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley.” (Subrayado fuera del texto original).*

Si bien, la facultad reglamentaria es una actividad prolija, debe tenerse claro su carácter subsidiario -diferencia palmaria con los decretos autónomos constitucionales<sup>39</sup>- ya que su existencia dependerá de la autorización que de la misma haga la ley, por lo cual a cada Ministerio se le entrega un sector administrativo con la finalidad de llevar a cabo las funciones asignadas, las cuales, para el caso que nos ocupa están contenidas en el artículo 59 de la ley 489 de 1998, en síntesis:

*“Artículo 59. Funciones. Corresponde a los ministerios y departamentos administrativos, sin perjuicio de lo dispuesto en sus actos de creación o en leyes especiales:*

*(...)*

*“2. Preparar los proyectos de decretos y resoluciones ejecutivas que deban dictarse en ejercicio de las atribuciones que corresponden al Presidente de la*

---

<sup>39</sup> Se Trae a colación lo siguiente:” es por supuesto cierto que los reglamentos autónomos no tienen entre nosotros fuerza de ley y que por consiguiente están sujetos al control de legalidad que ejerce la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Es cierto además que no teniendo fuerza de ley no pueden modificar ni derogar ninguna. Su autonomía consiste en no estar limitados o condicionados a desarrollar una ley específica y consiste en que el legislador no puede inmiscuirse en la función reguladora que con ellos desarrolla el órgano administrativo. Frente a ellos la facultad del legislativo se limita a señalar pautas generales, objetivos y criterios (art.150 Numeral 19 de la constitución política) o a precisar los fines y alcances y aun los límites de la tarea gubernamental (art. 150 numeral 21 ibídem)” GARCIA-HERREROS SALCEDO, Orlando. Lecciones de Derecho administrativo. Segunda edición. Santafé de Bogotá D.C. 1997. Pág. 301



*República como suprema autoridad administrativa y dar desarrollo a sus órdenes que se relacionen con tales atribuciones.*

*“3. Cumplir las funciones y atender los servicios que les están asignados y dictar, en desarrollo de la ley y de los decretos respectivos, las normas necesarias para tal efecto.*

*(...)*

*“6. Participar en la formulación de la política del Gobierno en los temas que les correspondan y adelantar su ejecución.”*

Es menester entonces, que teniendo claridad sobre los límites, efectos jurídicos y finalidad de la prerrogativa reglamentaria en cabeza de la rama ejecutiva del poder público, además del carácter subsidiario que radica en los ministros y directores de departamento administrativo, se analicen algunos eventos en los cuales la ejecución de estos actos administrativos, pueden dar lugar a la producción de un daño antijurídico<sup>40</sup> debido a la posible extralimitación de dicha facultad.

En línea de lo expresado, y en aras de realizar un estudio no solo desde el alcance jurídico, sino también desde la esfera socio-económica colombiana, se propone como objeto de este trabajo investigativo, el análisis del decreto 2235 de 2012; por medio del cual se reglamenta el artículo 106 de la ley 1450 de 2011- *plan nacional de desarrollo*<sup>41</sup> y la

---

<sup>40</sup> República de Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del Veintisiete (27) de enero de dos mil (2000). Radicación número. 10867. Consejero Ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRIQUEZ. Es de anotar que esta línea Jurisprudencial aclara el alcance de la palabra antijuridicidad en relación con el daño, entendido por el mismo como: “el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien en su persona, bienes, libertad, honor, afectos o creencia”.

<sup>41</sup> Cfr. República de Colombia. Congreso. Ley 1450 de 2011. artículo 106.



decisión 774 del 30 de julio de 2012 de la Comunidad Andina de Naciones, en lo relacionado con el control de la minería ilegal.

En orden a lo dicho, para iniciar nuestro análisis, diremos que el Plan Nacional de Desarrollo o PND, “es la base de las políticas de gobierno, por medio de las cuales se fijan los objetivos presidenciales producto de la confianza electoral, constituyendo así mismo la herramienta idónea para evaluar las estrategias implementadas en aras de garantizar el cumplimiento de dichos propósitos”<sup>42</sup>.

Desde esta óptica, el PND como diseño político de un grupo significativo de poder denominado “gobernante”, requiere para su ejecución la aprobación del órgano legislativo dentro de los tres meses siguientes a su presentación a través de una ley orgánica<sup>43</sup>, siendo ésta una de las leyes más importantes- *en escala normativa después de las leyes estatutarias*- debido a la reserva temática que éstas desarrollan y a su trámite para su expedición.

Entrando en materia, sin duda alguna y de conformidad a nuestro actual PND- *ley 1450 de 2011*- , la minería es una de las industrias más importantes y necesarias para la humanidad, hasta el punto de ser considerada una “locomotora” por la presencia trascendental en la historia del ser humano desde que se organizó socialmente, de allí la

---

<sup>42</sup> DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION.[en línea]. <https://www.dnp.gov.co/PND.aspx>. (citado 27 de julio de 2014)

<sup>43</sup> *Ibíd.* art.150:” corresponde al congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejercer las siguientes funciones: 3° aprobar el plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con la determinación de los recursos y apropiaciones que autoricen para su ejecución, y las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los mismos.”





trascendencia del tema y la necesidad de una adecuada intervención reglamentaria del Gobierno Nacional en este álgido sector económico<sup>44</sup>.

El sector minero, es una de las fuentes económicas más representativas de nuestro país<sup>45</sup>- *prueba de ello es su importancia porcentual en el PIB*<sup>46</sup>-, pero además, ser uno de los mercados más estigmatizados socialmente, situación que se debe a las políticas poco eficientes del Gobierno Nacional, quien continúa jalonando el sector de manera equivocada, al no diferenciar en su tratamiento jurídico a la minería ilegal de la minería criminal.

Esto para enunciar una de las múltiples razones por las cuales se han librado las nefastas batallas en las principales vías nacionales, por referenciar alguna de ellas, la sucedida el pasado mes de julio del año 2013<sup>47</sup>, a causa de la aplicación del acto administrativo regla, por medio del cual se reglamentó el artículo 106 de la ley 1450 de 2011 y la decisión 774 del 30 de julio de 2012 de la comunidad Andina de Naciones, el cual reza en su tenor literal:

---

<sup>44</sup> ÑAÑEZ AGUDELO, José Julián. Temas de Derecho minero. Economía política del sector minero colombiano en un entorno de crisis financiera global. Primera edición. Bogotá. Univ. externado de Colombia.2011.pag 42. "Colombia cuenta con una percepción de potencial geológico no tan bueno, como se ha querido hacer percibir a través del tiempo. En realidad, en este ítem el país ocupa la posición 46 sobre 71 Estados y naciones evaluados en el informe "Estudio de las empresas mineras 2008-2009" del Faser institute, siendo superado por países como México, Chile, Perú, Brasil. Sin embargo, esta posición representa una enorme mejor en la percepción del potencial geológico colombiano, pues en el informe correspondiente al año 2005-2006 el país ocupaba el lugar 56 con una calificación de 26,3 siendo 100 la mejor".

<sup>45</sup> ÑAÑEZ AGUDELO, José Julián. Temas de Derecho minero. Economía política del sector minero colombiano en un entorno de crisis financiera global. Primera edición. Bogotá. Univ. externado de Colombia.2011.pag 41. "la producción y comercialización de materias primas como minerales e hidrocarburos son aspectos estratégicos para la economía de un país, debido principalmente a que las empresas mineras-generalmente compañías transnacionales- traen y generan volúmenes de capital, infraestructura, estándares de buen gobierno, transferencia de tecnología. Para un Estado, los principales beneficios que pueden proveer una empresa minera que decida instalarse en un determinado país son: pago de impuestos, regalías, empleo, desarrollo de zonas apartadas de los principales centro urbanos, obtención de divisas y algunos intangibles, como que el sector minero internacional empiece a considerar dicho país dentro de sus planes de inversión".

<sup>46</sup> En 2009, el sector minero-energético representaba el 6,4% del PIB de Colombia, más del 50% de las exportaciones y más de 3000 millones de dólares de regalías. Según la Asociación de mineros de Colombia (ASOMINEROS), la explotación de oro podría atraer 3,3 billones de dólares en algunos años.

<sup>47</sup> EL COLOMBIANO. Primeros enfrentamientos en Cauca por el paro minero.[en línea]

[http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/P/paro\\_de\\_mineros\\_en\\_antioquia\\_inicio\\_en\\_completa\\_calma/paro\\_de\\_mineros\\_en\\_antioquia\\_inicio\\_en\\_completa\\_calma.asp](http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/P/paro_de_mineros_en_antioquia_inicio_en_completa_calma/paro_de_mineros_en_antioquia_inicio_en_completa_calma.asp) (citado el 7 de mayo de 2014)



*Artículo 106. CONTROL A LA EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE MINERALES. A partir de la vigencia de la presente ley, se prohíbe en todo el territorio nacional, la utilización de dragas, minidragas, retroexcavadoras y demás equipos mecánicos en las actividades mineras sin título minero inscrito en el Registro Minero Nacional.*

*El incumplimiento de esta prohibición, además de la acción penal correspondiente y sin perjuicio de otras medidas sancionatorias, dará lugar al decomiso de dichos bienes y a la imposición de una multa hasta de mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, que impondrá la autoridad policiva correspondiente. El Gobierno Nacional reglamentará la materia. (Subrayado fuera del texto)*

*Las solicitudes que actualmente se encuentren en trámite para legalizar la minería con minidragas a que se refiere el artículo 30 de la Ley 1382 de 2010, serán rechazadas de plano por la autoridad minera.*

*Parágrafo. El Gobierno Nacional reorganizará los municipios verdaderamente explotadores de oro y tomará medidas para aquellos municipios que usurpan y cobran por conceptos de regalías en esta materia sin tener derechos por este concepto; igualmente aquellos excedentes que se demuestren del resultado del uso indebido de estas regalías serán utilizadas como indexación e indemnización a los municipios afectados por la minería ilegal de acuerdo a la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional.”*



*Decisión 774 de 2012 Artículo 6.- Procedimientos de decomiso y/o incautación, destrucción e inutilización de bienes, maquinaria, equipos e insumos utilizados en la minería ilegal*

*Los Países Miembros se encuentran facultados para decomisar e incautar, inmovilizar, destruir, demoler, inutilizar y neutralizar, los bienes, maquinaria, equipos e insumos utilizados en la minería ilegal, para lo cual los Gobiernos reglamentarán la oportunidad y el procedimiento respectivo, a fin de hacer efectivas estas medidas.”*

En cumplimiento de estas líneas normativas y haciendo uso de la facultad reglamentaria otorgada por la carta política, el Gobierno, mediante decreto 2235 de 2012, dispuso en relación con la actividad extractiva:

*Artículo 1°. DESTRUCCIÓN DE MAQUINARIA PESADA Y SUS PARTES UTILIZADA EN ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN O EXPLOTACIÓN DE MINERALES SIN LAS AUTORIZACIONES Y EXIGENCIAS PREVISTAS EN LA LEY. Cuando se realice exploración o explotación de minerales por cualquier persona natural o jurídica, sin contar con título minero inscrito en el Registro Minero Nacional y licencia ambiental o su equivalente, cuando esta última se requiera, procederá la medida de destrucción de maquinaria pesada y sus partes prevista en el artículo 6 de la Decisión 774 de 2012 de la Comunidad Andina de Naciones, independientemente de quién los tenga en su poder o los haya adquirido.*

*(Subrayado Fuera Del Texto)*



*Parágrafo 1°. Para los efectos del presente decreto entiéndase como maquinaria pesada las dragas, retroexcavadoras, buldóceres u otro tipo de maquinaria para el arranque de minerales, con similares características técnicas.*

*Parágrafo 2°. La medida de destrucción prevista en el artículo 6 de la Decisión 774 de 2012 de la Comunidad Andina de Naciones es autónoma y no afecta las acciones penales o administrativas en curso o susceptibles de ser iniciadas. (Subrayado fuera del texto).*

Como continuación a lo anterior, es menester señalar que la ley 685 de 2001- *actual código minero*- define como título idóneo” el contrato de concesión que se celebra entre el Estado y un particular para efectuar, por cuenta y riesgo de este, los estudios, trabajos y obras de exploración de minerales de propiedad estatal que puedan encontrarse dentro de una zona determinada y para explotarlos”<sup>48</sup>.

El fundamento del contrato de concesión radica entonces en que los minerales extraídos, cualquiera sea su clase y valor, son de propiedad del Estado y si el particular desea obtener un aprovechamiento económico de los mismos, deberá contar con un título minero vigente, o en su defecto con la solicitud de legalización de la unidad minera; y finalmente- *y es apenas lógico*- realizar el pago de las regalías en proporción a las utilidades percibidas.

De conformidad a lo establecido en la ley 685 de 2001 en su art. 271, reza en su tenor literal que para poder acceder a un contrato de concesión, debe hacerse lo siguiente:

---

<sup>48</sup> Cfr. Congreso de la República de Colombia. Ley 685 de 2001. Artículo 45.



*“La propuesta para contratar, además del nombre, identidad y domicilio del interesado, contendrá:*

- a) El señalamiento del municipio, departamento y de la autoridad ambiental de ubicación del área o trayecto solicitado;*
- b) La descripción del área objeto del contrato, y de su extensión;*
- c) La indicación del mineral o minerales objeto del contrato;*
- d) La mención de los grupos étnicos con asentamiento permanente en el área o trayecto solicitados y, si fuere del caso, el hallarse total o parcialmente dentro de zona minera indígena, de comunidades negras o mixtas;*
- e) Si el área abarca, en todo o en parte, lugares o zonas restringidas para cuya exploración y explotación se requiera autorización o concepto de otras autoridades, deberán agregarse a la propuesta de acuerdo con el artículo 35;*
- f) El señalamiento de los términos de referencia y guías mineras que se aplicarán en los trabajos de exploración y el estimativo de la inversión económica resultante de la aplicación de tales términos y guías;*
- g) A la propuesta se acompañará un plano que tendrá las características y especificaciones establecidas en los artículos 66 y 67 de este Código.*

*La propuesta deberá verse en el modelo estandarizado adoptado por la entidad concedente”*

Adicionando a lo citado, en el artículo 280 de la anterior ley; en igual forma, consagra una serie de garantías que amparen, las obligaciones mineras y ambientales, el pago de las multas y la caducidad. Todo esto, debe ser tenido en cuenta al momento de poder aspirar a un



contrato de concesión minera, y así obtener la legalidad, con el fin de extraer los valiosos recursos minerales del suelo colombiano.

Debe hacerse mención que, a través del Plan Nacional de Desarrollo, se buscaba entonces por el actual Gobierno nacional “remediar” en buena parte la tardanza legislativa en relación con las prácticas mineras bastante confusas en el argot jurídico- *y digo confusas por su variable denominación-*, pero bien usuales en las poblaciones cuya mayor fuente de abastecimiento es la extracción y posterior comercialización de minerales y sus derivados.<sup>49</sup>

Entendido el ánimo dirigente de llevar al máximo de su producción a la “*Gran Locomotora*”, en consonancia con los derechos a un ambiente sano y un adecuado manejo y conservación de los recursos naturales, el gobierno buscó a través de mecanismos que garantizaran en debida forma la realización de las practicas extractivas, y la reducción y control de las actividades ilícitas cuyo financiamiento proviene de la obtención y posterior venta de los minerales<sup>50</sup>.

En el aludido pero fracasado propósito de llevar a cabo una política eficiente, en la cual se respetarán los derechos fundamentales, como el debido proceso, el derecho a la defensa y el principio de buena fe, se expidió el decreto 2235 de 2012 al cual se ha venido haciendo mención, mediante el cual se incorporó la sanción de destrucción de maquinaria pesada como

---

<sup>49</sup> Cfr. Defensoría del Pueblo. *Minería de Hecho en Colombia* Bogotá, 2011. p. 24. Sobre el particular anota esta entidad lo siguiente: “*Se ha estimado que, actualmente, al menos 15.000 familias viven de la minería de hecho o no legalizada en el país, distribuidas en unas 3.600 minas que no cuentan con un título debidamente registrado ante las autoridades mineras*”:

<sup>50</sup> Por otra parte, el gobierno ha decidido combatir la minería *criminal* mediante dos herramientas: Aumento de controles –licencia previa y otras restricciones- sobre la importación de maquinaria para evitar su uso en minería “criminal”; el decreto 2261 de 2012 avanzó en este sentido. además de la tipificación que se encuentra consagrada en la ley 599 de 2000 donde se consagra la explotación ilícita del yacimiento minero y otros materiales.



mecanismo de control a la minería ilícita, medida que no fue prevista por el actual Plan Nacional de Desarrollo sin embargo siendo autorizada por medio de la decisión 774 de 2012 de las CAN, siendo por lo tanto indispensable resolver el vital interrogante ¿Qué es minería tradicional, qué es minería ilegal y qué es minería ilícita?

Para observar la carencia de una definición normativa seria, que brinde seguridad jurídica al ciudadano del común, al aplicador de la norma, a quien reglamenta la actividad, y que desarrolle los elementos que permitan diferenciar la ilicitud de la ilegalidad; se trae a colación un extracto de los considerandos del acto regla objeto de análisis en este trabajo investigativo:

*“Que el fenómeno de la exploración o explotación de minerales ejercida sin el cumplimiento de los requisitos de ley, en algunas ocasiones, ha mutado hasta convertirse en fuente principal de financiamiento de los grupos armados ilegales sustituyendo, inclusive, la fuente tradicional de narcotráfico, con el consecuente impacto en la gobernabilidad y la seguridad nacional. En algunos casos, quienes promueven y realizan esta exploración o explotación minera sin el cumplimiento de los requisitos legales disponen de medios y formas de organización que actúan al margen de los mecanismos de control del Estado, evadiendo las normas legales y propiciando alianzas criminales entre la delincuencia organizada y grupos armados al margen de la ley, que agudizan la confrontación y los niveles de violencia en Detrimiento de los derechos de la población civil” (Subrayado fuera del texto).*



Es de anotar que bajo este panorama jurídico tan desalentador, en el cual no confluyen las garantías de los derechos fundamentales con las políticas actuales de gobierno, un número significativo de familias que se han ocupado ancestralmente en la minería, se han visto afectadas con el tratamiento indiscriminado que le han dado las autoridades administrativas a las actividades delictivas, cuya fuente de financiación proviene de la explotación de minerales y las actividades de la población como medio de subsistencia y fuente de abastecimiento de sus necesidades básicas<sup>51</sup>.

Ésta problemática, al igual que la existencia de las prácticas mineras es de antaño, la omisión legislativa y administrativa en la materia es lo que ha producido que el cauce de la actividad haya invadido la esfera de la ilicitud sin que el Estado haya encontrado las estrategias y correctivos idóneos para permitir el desarrollo de la actividad desde la institucionalidad política, razón por la cual resulta ilegal e ineficiente las actuaciones administrativas que desbordan las disposiciones contenidas en la constitución<sup>52</sup>, sea porque hacen extensivas las condiciones de aplicación de la misma o crean supuestos jurídicos que lesionan negativamente una situación o interés legítimo.

Resulta entonces para nuestro caso en cuestión, ilegal el ejercicio reglamentario que ha realizado la rama ejecutiva del poder público, máxime cuando se apela en el contenido del

---

<sup>51</sup> MASSE, Frederic y CAMARGO, Johana. Los retos de la gobernanza minero-energética. Industrias extractivas y conflicto armado en Colombia. Bogotá. Universidad externado de Colombia. 2013. Pág. 155. “la producción de oro proveniente de la minería ilegal es cada día más importante. Solo el 14% de las 53 toneladas de oro producida en Colombia en el año 2010 provino de la minería legal. El 86% restante fue extraído a partir de las operaciones de mineros artesanales, explotadores informales y organizaciones al margen de la ley.”

<sup>52</sup> En concordancia a lo anterior: “ la minería ilegal no es nueva en Colombia, pero cincuenta años de conflicto armado, sumando a dos décadas de programas de lucha contra los cultivos ilícitos, combinados con el aumento de los precios internacionales de las materias primas incentivaron a los actores armados ilegales a diversificar su portafolio de actividades ilícitas e involucrarse en la minería ilegal, bien sea presionando a los mineros artesanales tradicionales, o involucrándose directamente en la explotación ilegal de recursos a media escala”. MASSE, Frederic y CAMARGO, Johana. Los retos de la gobernanza minero-energética. Industrias extractivas y conflicto armado en Colombia. Bogotá. Universidad externado de Colombia. 2013. Pág. 156.





Decreto 2235 de 2012 a las disposiciones jurídicas establecidas en la Decisión No. 774 del 30 de julio de 2012 de la Comunidad Andina de Naciones y el artículo 106 de la Ley 1450 de 2011, normas éstas que serían aplicables en un mismo escenario, si en nuestro ordenamiento jurídico se diera cumplimiento al tenor del artículo 3 de la decisión de la CAN:

*“A los fines de la presente Decisión, las expresiones que se indican a continuación tendrán la acepción que para cada una de ellas se señala:*

*Actividad Minera: Toda actividad relacionada con la prospección, exploración, explotación, acopio, beneficio, concentración, transformación, fundición, refinación, transporte, comercialización de minerales y cierre de minas.*

*Minería Ilegal: Actividad minera ejercida por persona natural o jurídica, o grupo de personas, sin contar con las autorizaciones y exigencias establecidas en las normas nacionales.*

*Minería en pequeña escala, artesanal o tradicional: Aquella que por sus características sea calificada como tal de conformidad con las legislaciones nacionales de los Países Miembros” (Subrayado fuera del texto)*

Así las cosas ha entendido la CAN que en el orden jurídico de los países miembros existe claridad en la connotación de la actividad minera tradicional, ilegal, criminal y que para cada uno de estos casos existen mecanismos preventivos, correctivos y cooperativos que permiten al Estado ejercer un verdadero control a una de las industrias más rentables en términos económicos para el país.



Lo peor del caso, respecto de los propósitos que se han planteado desde la misma Comunidad Andina, no han sido posible practicarlos por la no aplicación de dichos propósitos, porque las iniciativas técnicas y administrativas que se han elaborado por el Gobierno Nacional, no son idóneas ni convenientes<sup>53</sup> para una población que además de ser desdichada económicamente, se le carga con el desconocimiento que del sector tienen las autoridades gubernamentales.

Es tan beligerante este decreto reglamentario, que aun a los terceros de buena fe exenta de culpa, que se ven afectados con la destrucción de la maquinaria, si bien pueden reclamar la protección de sus derechos, esto solo será posible después de la actividad desplegada por la policía nacional, que es la encargada de llevar acabo el cumplimiento del anterior procedimiento, dando a entender esto, primero el Estado actuará sin mediar reclamo y luego hará las preguntas<sup>54</sup>. Ahora en caso de que sea un tenedor, poseedor o propietario de la maquinaria, al momento de la diligencia administrativa de manera inmediata debe exhibir el título minero, para que momentáneamente se suspenda dicha actuación, y en caso de no concordar lo presentado, se procederá de manera también inmediata con la respectiva medida<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> " Uno de los aspectos más problemáticos en el caso de los decretos, que son la forma preponderante de participación del Gobierno en el sistema normativo, radica en que su expedición excluye el ejercicio del principio democrático, en la medida en que allí tan solo se contiene la voluntad del Presidente de la República avalada por el Ministro o Director de Departamento Administrativo, según la materia que corresponda, con ausencia total de debate, de deliberación. Ahora bien, si se tiene en cuenta que el principio democrático es uno de los elementos fundantes del Estado colombiano (art. 1 C.P.), es la ley y no el decreto, la que, por regla general, tiene una mayor jerarquía dentro del sistema jurídico, debiendo entonces el ejecutivo someterse a la voluntad del Congreso, que es lo que, en principio, evita nuestro modelo de Estado sea una dictadura". QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. Los decretos en el sistema normativo colombiano. Una política estatal de intervención normativa. Vniversitas. Bogotá. N° 116. Pág. 58

<sup>54</sup> Cfr. Presidencia de la República de Colombia. Decreto 2235 de 2012. Artículo 2 parágrafo 3.

<sup>55</sup> *Ibidem*. Artículo 3. "Con el fin de salvaguardar los derechos de quienes ejerzan la exploración o explotación de minerales con cumplimiento de los requisitos legales, si al momento de ejecutar la medida la Policía recibe información del mero tenedor, poseedor o propietario de la maquinaria sobre la existencia del título minero y licencia ambiental, o su equivalente, cuando esta última se requiera, procederá la suspensión de la medida de destrucción cuando el respectivo documento sea exhibido por el interesado de manera inmediata. En este caso, la



Vemos entonces que en dicho procedimiento no hay ningún tipo de medio de defensa que puedan emplear los mineros, desconociendo esto el articulado constitucional que manifiesta que “el debido proceso se aplicara a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”<sup>56</sup>.

Además de igual manera surge el interrogante, sobre donde queda entonces lo que pregonan, la carta magna en su artículo 83:

*“las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten antes estas.”*

Comparando todo lo dicho, con el decreto 2235 de 2012, no se concibe porque tal extralimitación administrativa, respecto de las garantías no solo legales sino constitucionales, que poseen los administrados, como lo son el derecho a la igualdad, a la honra, al debido proceso, entre otros. Este acto del gobierno, vulnera desde todas las perspectivas a una comunidad tan golpeada como la minera. Aunque dice establecer la excepcionalidad en algunos casos, que la minería es utilizada para financiar grupos al margen de la ley, tampoco clarifica cuales son los casos y en que situaciones tal actuar destructivo debe cesar, ya que como se especificó, una medida debería tomarse con la minería ilegal y otra muy distinta con la informal. Pareciera por consiguiente que dentro del desarrollo normativo de este decreto expedido por el

---

Policía procederá en el acto a verificar la información suministrada con la autoridad competente. De no coincidir con la información oficial, se procederá con la ejecución de la medida.”

<sup>56</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 29.



gobierno, a la hora de actuar la regla general es que todos los mineros patrocinan dichos individuos.<sup>57</sup>

Sin embargo, lo que deja un gran vacío es si al tener identificado, como fuente primordial la minería ilegal de aquellos grupos alzados en armas, porque de igual forma este despliegue administrativo, se implementa de manera injusta a mineros informales, si dentro de la misma ley se le ordena al gobierno nacional, identificar y diferenciar de la minería ilegal a la informal, tal y como se corrobora en el artículo 107 de la ley 1450 de 2011:

*” Es deber del Gobierno Nacional implementar una estrategia para diferenciar la minería informal de la minería ilegal. Deberá, respetando el estado Social de Derecho, construir una estrategia que proteja los mineros informales, garantizando su mínimo vital y el desarrollo de actividades mineras u otras actividades que le garanticen una vida digna.”(Subrayado fuera del texto)*

Vemos entonces, dentro del desarrollo de la ley 1450 de 2011, no solo se concebía combatir de manera contundente una minería que financia la inseguridad del país, sino que también pretendía estrategias orientadas a consagrar la protección al pequeño minero, quien es en ultimas, el que más sufre por la destrucción de sus elementos de trabajo, esto debido al despliegue de la policía nacional, cuya finalidad es la destrucción de los elementos utilizados para la extracción del material y posteriormente cumplida dicha función abandona el lugar,

---

<sup>57</sup> Cfr. Congreso de la república de Colombia. Ley 1437 de 2011. Artículo 3- 1” En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.”



adjudicándose grandes golpes a la delincuencia, que en muchos casos simplemente es una inoperancia del Estado a personas, que como lo dice la anterior cita, buscan garantizar una vida digna<sup>58</sup>.

Dicho esto, si bien la ley 1450 de 2011 en su artículo 106, daba un primer paso hacia las restricciones para combatir a la actividad minera ilegal, en el entendido de realizar un decomiso a la maquinaria que se utilizara en dicha labor, en el 2012 mediante la decisión 774 de la Comunidad Andina de Naciones faculto a los Estados miembros -en virtud de su plan estratégico de integración<sup>59</sup>- a realizar dicha avanzada desde múltiples acciones, esto es decomiso, incautación, destrucción, inutilizar, demoler, entre otras. Dando la posibilidad por tanto de adecuar una o varias de estas dentro de su ordenamiento, mediante la adopción de un procedimiento adecuado que proteja en igual medida los derechos fundamentales.

No obstante esto, surge el interrogante sobre ¿el acatamiento o no de dicha decisión de la CAN? En el entendido de que ya había una regulación anterior que facultaba exclusivamente el decomiso de dichos implementos en la actividad minera ilegal.

Para dar claridad a esto debe mencionarse lo dicho por CARLOS SÁCHICA en su obra “Derecho Comunitario Andino” donde planteo:

---

<sup>58</sup> Muchas de estas operaciones, dieron origen al paro nacional minero en julio de 2013, donde se expusieron puntos álgidos sobre la actuación concebida en el decreto 2235 de 2012. Un punto de acuerdo fue que Ministerio de Defensa deberá demostrar la vinculación de la explotación minera (con dicha maquinaria) con actividades ilícitas para su destrucción.

<sup>59</sup> “Una comunidad económica como la andina es una organización personificada, de origen internacional, que dispone de poder suficiente y autónomo para promover y conseguir el desarrollo de los países que la constituyen, mediante un proceso de unificación de sus actividades económicas, dentro del marco jurídico del Estatuto de su creación, mediante decisiones obligatorias para sus fundadores y habitantes” SÁCHICA, Carlos. Derecho Comunitario Andino. Editorial TEMIS. segunda edición. 1990



*“la integración es desde el punto de vista jurídico una redistribución de poderes entre los Estados intervinientes en el proceso y los órganos de la comunidad creada, pues quedan capacitados todos para generar un Derecho derivado de un tratado constitutivo, común a toda el área y que se inserta en los ordenamientos jurídicos nacionales con valor superior al de la ley nacional, a la que desplaza o sustituye, en forma directa y automática.”*

Igualmente la h. Corte Constitucional en sentencia C-137 de 1996, consagro lo siguiente:

*“Las normas supranacionales despliegan Los efectos especiales y directos sobre los ordenamientos internos de los países miembros del tratado de integración, que no se derivan del común de las normas de derecho internacional. Por una parte, esta legislación tiene un efecto directo sobre los derechos nacionales, lo cual permite a las personas solicitar directamente a sus jueces nacionales la aplicación de la norma supranacional cuando ésta regule algún asunto sometido a su conocimiento. En segundo lugar, la legislación expedida por el organismo supranacional goza de un efecto de prevalencia sobre las normas nacionales que regulan la misma materia y, por lo tanto, en caso de conflicto, la norma supranacional desplaza (que no deroga) - dentro del efecto conocido como preemption - a la norma nacional.”*

Es así, como si bien dicha decisión se enmarca dentro del ordenamiento jurídico colombiano, con efectos especiales sobre las leyes nacionales, la mismo sigue supeditada a la prevalencia constitución, esto en el entendido de que “la constitución es norma de normas”, por ello las



garantías establecidas en esta y en tratados internacionales que hagan referencia a derechos humanos por remisión expresa del bloque de constitucionalidad, están en la cúspide de la escala normativa.<sup>60</sup>

No obstante lo anterior, podría llegarse a la conclusión que estos derechos no son absolutos, y que en cierta medida pueden ser limitados, consecuencia del poder otorgado al Estado, pues bien se trae a colación lo dicho en la sentencia C- 475 de 1997 de la h. Corte Constitucional, que manifestó:

*“La Constitución no diseñó un rígido sistema jerárquico ni señaló las circunstancias concretas en las cuales unos han de primar sobre los otros. Sólo en algunas circunstancias excepcionales surgen implícitamente reglas de precedencia a partir de la consagración de normas constitucionales que no pueden ser reguladas ni restringidas por el legislador o por cualquier otro órgano público. Son ejemplo de este tipo de reglas excepcionales, la prohibición de la pena de muerte (C.P. art. 11), la proscripción de la tortura (C.P. art. 12) o el principio de legalidad de la pena (C.P. art. 29). Ciertamente, estas reglas no están sometidas a ponderación alguna, pues no contienen parámetros de actuación a los cuales deben someterse los poderes públicos. Se trata, por el contrario, de normas jurídicas que deben ser aplicadas directamente y que desplazan del ordenamiento cualquiera otra que les resulte contraria o que pretenda limitarlas. La mayoría de los derechos fundamentales pueden verse enfrentados a otros derechos o intereses constitucionalmente relevantes. En estas condiciones, para asegurar la*

---

<sup>60</sup> Se trae a colación lo siguiente: “La Carta establece una clara prevalencia de la Constitución sobre los tratados, con dos excepciones: de un lado, aquellos que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, los cuales se integran al bloque de constitucionalidad; y, de otro lado, igualmente gozan de un status particular los tratados de límites, puesto que éstos, conforme al artículo 102 de la Carta, son normas particulares pues representan elementos constitutivos del territorio nacional, y por ende del propio Estado colombiano. Por ende, con excepción de los tratados de fronteras y ciertos convenios de derechos humanos, en virtud del artículo 4º superior, son inaplicables en nuestro país todas aquellas normas previstas por instrumentos internacionales que desconozcan preceptos constitucionales. En el plano interno, la Constitución prevalece sobre los tratados, por lo cual un convenio contrario a la Carta es inaplicable. La Carta reconoce que uno de los principios que orientan nuestras relaciones internacionales es la norma *Pacta Sunt Servanda* pero sin perjuicio de la supremacía de la Constitución en el orden interno” CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-400 de 1998. Magistrado Ponente: ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.



vigencia plena y simultánea de los distintos derechos fundamentales y, adicionalmente, para garantizar el respeto de otros intereses constitucionalmente valiosos, es necesario que los derechos se articulen, auto - restringiéndose, hasta el punto en el cual resulte posible la aplicación armoniosa de todo el conjunto.”(Subrayado fuera del texto)

En líneas de lo expresado, se manifiesta lo siguiente:

*“A fin de promover la aplicación armónica e integral de los valores constitucionales, la mayoría de los derechos fundamentales se consagraron en disposiciones normativas que tienen una estructura lógica que admite ponderaciones. En efecto, más que normas que adopten expresamente las condiciones de hecho en las cuales es obligatoria su aplicación, la Carta consagra estándares de actuación que deben ser aplicados atendiendo a las condiciones que, circunstancialmente, pueden dar un mayor peso relativo a un derecho sobre otro. Ciertamente, al optar por un sistema de “pluralismo valorativo”, la Carta adoptó un modelo en el cual las normas iusfundamentales tienen una estructura lógica que exige acudir a la metodología de la ponderación para resolver los eventuales conflictos. En suma, la Constitución no consagró un sistema jerárquico entre sus normas, sino un modelo de preferencia relativa, condicionada a las circunstancias específicas de cada caso. La tarea del legislador es la de armonizar los distintos derechos y cuando ello no resulte posible, la de definir las condiciones de precedencia de un derecho sobre otro.”*

Dicho esto, analizando el caso concreto del decreto 2235 de 2012, se tiene claro una serie de limitaciones para falta de requisitos legales, referentes a la extracción minera, sin embargo al hacer un análisis minucioso sobre el procedimiento realizado para aplicar dicha sanción, es completamente vulnerador con lo consagrado en el art. 29 de nuestra carta política – debido proceso- , la aplicación de un inadecuado de procedimiento, teniendo como fundamento una avanzada contra el flagelo del narcotráfico que sufre Colombia, no puede acarrear el menoscabo de garantías fundamentales, no hay derecho de contradicción, no hay presunción de buena fe, y generan innumerables perjuicios a los mineros informales sin ningún tipo de





distinción con los grupos al margen de la ley, según lo citado anteriormente debe dársele prioridad a la avanzada contra la delincuencia sin importar las consecuencias con el ciudadano de a pie, o por el contrario salvaguardar un orden justo y garantizar los derechos que la carta magna pregonaba. Ahora no se entiende por qué estando los Estados facultados con múltiples acciones para contrarrestar la minería ilegal, se eligió la medida de destrucción y más aún bajo el procedimiento establecido bajo el decreto 2235 de 2012, que según lo planteado en la presente labor investigativa, demuestra la flagrante vulneración a derechos fundamentales como la igualdad, debido proceso, presunción de buena fe, derecho al buen nombre y a la honra, entre otros. Lo anterior bajo el entendido, que el procedimiento establecido desconoce en gran medida los derechos fundamentales establecidos en la carta constitucional.

Ahora, debe hacerse énfasis sobre lo que en principio era la medida contemplada para el actuar de la minería ilegal, según lo consagrado no solo en el PND sino que también se encuentra inmerso en la decisión de la CAN que es el decomiso; para ello el artículo 100 de código penal-ley 599 de 2000- comenta lo siguiente:

*“Artículo 100. Comiso. Los instrumentos y efectos con los que se haya cometido la conducta punible o que provengan de su ejecución, y que no tengan libre comercio, pasarán a poder de la Fiscalía General de la Nación o a la entidad que ésta designe, a menos que la ley disponga su destrucción.*

*Igual medida se aplicará en los delitos dolosos, cuando los bienes, que tengan libre comercio y pertenezcan al responsable penalmente, sean utilizados para la realización de la conducta punible, o provengan de su ejecución.*

*En las conductas culposas, los vehículos automotores, naves o aeronaves, cualquier unidad montada sobre ruedas y los demás objetos que tengan libre comercio, se*



*someterán a los experticios técnicos y se entregarán provisionalmente al propietario, legítimo tenedor salvo que se haya solicitado y decretado su embargo y secuestro. En tal caso, no procederá la entrega, hasta tanto no se tome decisión definitiva respecto de ellos.*

*La entrega será definitiva cuando se garantice el pago de los perjuicios, se hayan embargado bienes del sindicato en cuantía suficiente para atender al pago de aquellos, o hayan transcurrido diez y ocho (18) meses desde la realización de la conducta, sin que se haya producido la afectación del bien.”*

Esta medida entonces, si hubiese sido implementada, estaría supeditada a la declaración de responsabilidad penal, lo cual tendría la intervención de un tercero totalmente neutral-juez- además de una contradicción a los elementos que sean allegados sobre la investigación de la minería ilegal, dando así la posibilidad de garantizar el ejercicio cabal de los derechos de aquellos mineros artesanales, además sin dejar de lado, impedir la destrucción innecesaria de los elementos de uso diario para su jornada laboral.

Ahora después de apreciar todo el atropello a que se ha sometido, a los mineros informales, cabe plantearse el siguiente interrogante ¿qué pueden hacer las personas afectadas con las disposiciones reglamentarias que pueden adolecer de ilegalidad? Esto último, en el entendido de que va en contravía a la constitución.

Vale la pena hacer énfasis en lo anterior, y manifestar que todos los decretos de carácter general -distintos de los que tienen contenido legislativo- dictados por el gobierno nacional, no atribuidos a la Corte Constitucional, pueden también ser declarados inconstitucionales, ante el



consejo de Estado<sup>61</sup> para el caso en concreto el decreto 2235 de 2012, si bien puede atacar con el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, podría también buscarse su exclusión del ordenamiento con el medio de control de nulidad o aun siendo más acertados, debido a la clase de vulneración que se presenta por parte del Estado hacia los mineros tradicionales, conforme a lo que se ha vislumbrado por el actuar de la policía, con base a la destrucción de la maquinaria, podría ser mediante la nulidad y el restablecimiento del derecho, variando cada medio de control, por lo que pretenda el actor, ya sea la salvaguarda del orden justo o el amparo de un derecho constitucionalmente protegido.

Consecuente con lo anterior, el artículo 237, numeral 2 de la constitución política de Colombia además de los artículos 104 y 111 de la ley 1437 de 2011, el control jurisdiccional por vía de acción sobre los actos que son objeto de estudio, pertenece a la jurisdicción contencioso administrativa, con esto buscando una seguridad jurídica, para garantizar la efectiva supremacía constitucional, como se ha desarrollado a lo largo de este trabajo investigativo; debe ser uno de los pilares del Estado social de derecho además, por consiguiente *“la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho se encamina no solamente al mantenimiento de la legalidad, como se ha dicho, sino también a la protección de un derecho subjetivo amparado por una norma jurídica o a la reparación del daño causado con esa misma ocasión. En otros términos además de la petición declarativa de nulidad del acto demandado, el actor solicitara, bien un pronunciamiento declarativo subjetivo, bien una formulación de condena, ora estos dos últimos*

---

<sup>61</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 560 del 4 de agosto de 1999. Magistrado Ponente: CARLOS GAVIRIA DIAZ.



*simultáneamente*”<sup>62</sup>. Debe dejarse claro que si bien es un acto general, impersonal y abstracto, este lesiona derechos subjetivos aparados por normas jurídicas, para lo cual hace prudente el posterior pronunciamiento del aparato judicial bajo el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.<sup>63</sup> Lo anterior con fundamento además en el artículo 90 de la constitución política, que en su tenor literal plantea:

*“el estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.”*

### CONCLUSIONES.

La potestad reglamentaria en Colombia como expresión de la facultad originaria del Gobierno Nacional para expedir normas de inferior categoría y complementarias de la ley; debe su sumisión al principio de jerarquía normativa, a lo cual conlleva un recorrido, en este trabajo investigativo, por todo el ordenamiento jurídico Colombiano, partiendo del postulado, que la constitución tiene la connotación de “norma de normas”, haciéndose imperativo analizar si en su cumplida ejecución de la potestad reglamentaria, se han observado los efectos de las disposiciones constitucionales o legales, o si por el contrario ha desconocido derechos amparados en el ordenamiento jurídico colombiano. Esto emanado de la voluntad del constituyente del 91, en su artículo 189 numeral 11, donde el objeto de la misma fue darle una aplicación particular a la ley.

---

<sup>62</sup> GALINDO VACHA, Juan Carlos. Derecho procesal administrativo. pretensión de nulidad y restablecimiento del Derecho. tomo 1. Bogotá. Universidad pontificia javeriana. 2013. Pág. 228

<sup>63</sup> Cfr. Ley 1437 de 2011. Art 138 inciso segundo.



Después de establecer que el principio de jerarquía normativa, es base primordial para la validez de cualquier norma que pretenda adherirse al marco legal colombiano, de conformidad con esto, el reglamento tiene un carácter subordinado a las disposiciones no solo legales sino también constitucionales y cualquier tipo de desbordamiento a esto, tendría connotación de una extralimitación a las funciones otorgadas al ejecutivo.

Garantizar la Supremacía de la Constitución, es garantizar un verdadero límite al poder, guiando el Derecho por caminos de equidad, justicia y de seguridad jurídica por los que se llegue a la cima del respeto de todos los derechos por parte de quienes detentan el poder, para con cada una de las personas que conforman el conglomerado social. El fin del reglamento es llevar al campo de aplicación lo dicho por el legislador, por tanto, no cambiar o modificar el sentido de la ley que reglamenta es su base primordial, respetando esto si la esencia de la misma pero que su aplicación no contrarié otras disposiciones inmersas en el ordenamiento jurídico. De igual forma, se esbozó las facultades otorgadas a los ministros, y su connotación de subsidiaria y residual a la potestad del presidente de la república, bajo el entendido constitucional, que en este último es en quien radica la facultad reglamentaria en forma principal.

Dentro del decreto 2235 de 2012 expedido por el gobierno, que fue objeto de estudio se puede evidenciar, dadas las prerrogativas dilucidadas en el presente trabajo, como extralimita su poder reglamentario, al facultar a la policía nacional, a la destrucción de maquinaria pesada utilizada en la minería ilegal, siento esta una medida mucho más invasiva hacia los derechos de las personas, la decisión 774 de 2012 de la CAN fue extensa al consagra múltiples acciones en contra de dicha prohibición, ahora si se hubiera optado por el decomiso como en principio fue establecido por el PND necesariamente habría una intervención de terceros que tendrían un



criterio neutral y podría garantizársele el debido proceso, siendo este último un derecho de carácter fundamental que se viene desconociendo en dicho procedimiento, siendo aún mas estrictos debió implementarse además políticas adecuadas, que lleven verdaderamente a una inserción social del minero informal, a las estrategias establecidas dentro de la ley 1450 de 2011, se ha olvidado por completo la protección que brinda dicha ley a los mineros tradicionales, buscando prever cualquier tipo de atropello, que es precisamente lo que evidenciamos actualmente.

No obstante lo anterior, la CAN es una autoridad de carácter internacional, y que la misma se pronuncia mediante decisiones que ingresan a nuestro ordenamiento jurídico con carácter de ley ordinaria, esto siempre y cuando no posea protecciones especiales a derechos humanos, ya que de lo contrario estaríamos inmersos en una norma de rango constitucional por expresa remisión del artículo 93 de nuestra carta magna.

Si bien dicho procedimiento fue autorizado por la CAN, el mismo no puede implementar medias tan apartadas de los fines del Estado social de derecho, si bien se puede hablar de una falta de presupuestos legales, para la debida explotación minera, mediante un contrato de concesión, tampoco puede convertirse esto en un aval para cometer tal abuso. Dicho esto si bien es una su inserción en el ordenamiento jurídico se produjo por un pronunciamiento de un organismo internacional, el mismo no puede desconocer garantías constitucionales dadas por el constituyente a los administrados.

Debería entonces, obrar como se dijo a lo largo del trabajo investigativo, la medida de comiso o por lo menos una garantía de debida defensa que permita controvertir los elementos



allegados para la aplicación de tal medida, de igual forma implementar un adecuado acompañamiento al minero de pequeña escala, sujeto de protección dentro del PND, sin embargo al llegar el Estado, con tal procedimiento sin la debida concientización dentro de la comunidad minera, destruyendo el sustento de un núcleo familiar, vulnerando flagrantemente la vigencia de un orden justo; con esta medida lo único que se logra es engrosar no solo las listas de desempleados, sino también promover verdaderamente al abandono estatal al que está acostumbrado gran parte del país.

Por lo tanto, al tratar de reglamentar esta ley, el jefe supremo de la administración pública, ha desconocido los límites constitucionales, siendo obligatoriamente necesaria la intervención de las personas afectadas, solicitando por medio de demanda, la suspensión provisional como medida cautelar, para que la autoridad competente-jurisdicción contencioso administrativo- declare su nulidad y les restablezca el derecho lesionado, o si por el contrario, lo que se busca es la salvaguarda de orden justo, donde prime lo consagrado dentro de la “norma fundante”, el medio de control pertinente, será entonces la nulidad por inconstitucionalidad, conllevando así la pérdida de sus efectos dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

La función administrativa como fin, siempre ha tenido la ardua labor de alcanzar unos ideales, que propendan por beneficiar a cada uno de los individuos del conglomerado social, bajo el entendido de lineamientos como son la igualdad, eficacia, moralidad, entre otros. ese ideal superior a lograr, en el Estado Social de Derecho instituido por Colombia con la Constitución Política de 1991, no es otro que la dignidad humana, valor que propende por satisfacer las necesidades de cada uno de los individuos de la sociedad, propiciando unas



condiciones de vida más favorecedoras, pero en el objeto de estudio del presente trabajo investigativo, lo que se observa es un detrimento a las garantías constitucionales, sobre las que además tienen una especial protección legal los mineros tradicionales, no se puede combatir el flagelo del narcotráfico a costas del detrimento patrimonial de ciudadanos del común, debe haber un equidad siempre en el actuar del Estado y no imponer cargar a quien no tiene por qué soportarlas, o en pocas palabras ser justo en su acometida contra la delincuencia.

### **Referencias**

ANZOLA GIL, MARCELA. Teoría constitucional. Bogotá D.C. temis. 1995.

CORREA, RODOLFO ANDRÉS. Teoría General del Derecho. Colombia. Biblioteca Jurídica Dike. 2009. p 172.

GALINDO VACHA, Juan Carlos. Derecho procesal administrativo. Pretensión de nulidad y restablecimiento del Derecho.tomo1. Bogotá. Universidad pontificia javeriana. 2013.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La constitución como norma y tribunal constitucional. Editorial civitas. Madrid.1991

GARCIA-HERREROS SALCEDO, Orlando. Lecciones de Derecho administrativo. Segunda edición. Santafé de Bogotá D.C. 1997.

GIRALDO CASTAÑO, OSCAR ANIBAL. Derecho administrativo general. Decreto reglamentario. Octava Edición. Medellín. Señal Editorial.2010.

KELSEN, HANS. Teoría General del Derecho y del Estado, cit.

KELSEN, HANS. Teoría Pura del Derecho. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Décima Segunda Edición. Buenos Aires, 1974.pag. 107.





MASSE, Frederic y CAMARGO, Johana. Los retos de la gobernanza minero-energética. Industrias extractivas y conflicto armado en Colombia. Bogotá. Universidad externado de Colombia. 2013.

ÑAÑEZ AGUDELO, José Julián. Temas de Derecho minero. Economía política del sector minero colombiano en un entorno de crisis financiera global. Primera edición. Bogotá. Univ. externado de Colombia. 2011.

OSSORIO, MANUEL. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1981.p 204.

PALLARES BOSSA, Derecho Internacional Público. Bogotá D.C. Leyer .2004.

PAREJO ALFONFO, LUCIANO. Lecciones de Derecho administrativo. Bogotá-. Universidad externado de Colombia. 2011

QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. Los decretos en el sistema normativo colombiano. Una política estatal de intervención normativa. Vniversitas. Bogotá. N° 116.

RODRIGUEZ, LIBARDO. Derecho administrativo general y colombiano. Doceava edición. Santafé de Bogotá: temis.2000.

SÁCHICA, Carlos. Derecho Comunitario Andino. Editorial TEMIS. Segunda edición. 1990.

SANTOFINIO, JAIME ORLANDO. Tratado de derecho administrativo. Segunda edición. Tomo uno. Santafé de Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2000.

### **Normas consultadas.**

Constitución Política de Colombia. Bogotá 1991.

Comunidad Andina de Naciones. Decisión 774 de 2012

Decreto 2235 de 2012



Defensoría del Pueblo. Minería de Hecho en Colombia Bogotá, 2011

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION.[en línea]

<https://www.dnp.gov.co/PND.aspx>. (Citado 27 de julio de 2014)

EL COLOMBIANO. Primeros enfrentamientos en Cauca por el paro minero.[en línea]

[http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/P/paro\\_de\\_mineros\\_en\\_antioquia\\_inicio\\_en\\_completa\\_calma/paro\\_de\\_mineros\\_en\\_antioquia\\_inicio\\_en\\_completa\\_calma.asp](http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/P/paro_de_mineros_en_antioquia_inicio_en_completa_calma/paro_de_mineros_en_antioquia_inicio_en_completa_calma.asp) (citado el 7 de mayo de 2014)

Ley 8ª de 1973,

Ley 489 de 1998

Ley 599 de 2000

Ley 685 de 2001

Ley 1437 de 2011

Ley 1450 de 2011

### **Jurisprudencia consultada.**

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 31 de enero de 1939, cit. Reiterada en CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 18 de octubre de 1946

CONSEJO DE ESTADO, en Sala unitaria de lo contencioso administrativo en auto del 14 de junio de 1963

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 10 de octubre de 1962

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del Veintisiete (27) de enero de dos mil (2000). Radicación número. 10867

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-06 de 1992.



CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-137 de 1996

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-358 de 1997.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 475 de 1997.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-400 de 1998.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 066 de 1999.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 560 de 1999.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1490 de 2000.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1005 de 2008.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-818 de 2011.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415 de 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-191 de 1998.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia c-350 de 1997