

Primera parte

Doctrina y Jurisprudencia



Revista de la Academia
Colombiana de Jurisprudencia
enero-junio, 2024

¿ATAJOS CONSTITUCIONALES O INCONSTITUCIONALES?

SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LEYES Y DE ACTOS REFORMATORIOS DE LA CONSTITUCIÓN

Luis Eduardo Cerra Jiménez*
*Académico de número,
capítulo seccional (Barranquilla)*

Resumen: Este ensayo académico examina jurídicamente si al proferir la Corte Constitucional de Colombia el Auto 272 de 2023 dentro del Expediente D-15040 (Juicio de constitucionalidad de la Ley 2272 de 2022) y contemplar en dicha providencia judicial la posibilidad de que en los juicios de constitucionalidad de las leyes que esa corporación adelante, se pueda decretar –como medida cautelar– la suspensión provisional de sus efectos, y con ello llegar a incurrir o no en atajos que resulten constitucionales o inconstitucionales.

Palabras clave: Corte Constitucional; competencia; incompetente; autohabilitación constitucional; inconstitucional.

* Magistrado y expresidente del Tribunal Contencioso-Administrativo del Atlántico, con estudios de posgrado en Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Administración Pública, Derecho Tributario, Argumentación Jurídica y Filosofía en las universidades Santo Tomás, Libre, Escuela Superior de Administración Pública, del Norte, Salamanca, Alicante y del Atlántico, respectivamente. Profesor universitario en Derecho Público y Filosofía del Derecho en la Universidad Libre de Colombia, seccional Barranquilla. Miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia (ACJ) y de la Asociación Colombiana de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (Asofides).

Contacto: lcerrajimenez@gmail.com

CONSTITUTIONAL OR UNCONSTITUTIONAL SHORTCUTS? PROVISIONAL SUSPENSION OF LAWS AND REFORMING ACTS OF THE CONSTITUTION

Abstract: This academic essay legally examines whether the Constitutional Court of Colombia issues judicial injunction 272 of 2023 within File D -15040 (Judgment of constitutionality of Law 2272 of 2022) and contemplate in such judicial order the chance that in the trials of constitutionality of the laws that the mentioned judicial corporation transacts, it can be decreed –as a precautionary measure– the provisional suspension of its effects, and thereby incur or not into shortcuts that are constitutional or unconstitutional.

Keywords: Constitutional Court of Colombia; competence; incompetent; self-habilitation; constitutional; unconstitutional.

A través de Comunicado 06 de marzo 1 y 2 de marzo de 2023, la Corte Constitucional de Colombia anunció que se aprestaba, en lo sucesivo, a suspender provisionalmente leyes, lo que debía entenderse tanto las formales como las materiales, decisión que se expresó en Auto 272/23 (de 2 de marzo de 2023), proferido dentro del Expediente D-15.040 contentivo de la acción de inconstitucionalidad contra los artículos 2 (parcial), 12 y 18 de la Ley 2272 de 2022.

Sea lo primero decir que dicha posición representa un giro drástico de esa alta corporación judicial, en el sentido de abandonar abruptamente lo que había sido una posición reiterada y pacífica desde que ese tribunal constitucional entró en funcionamiento, la cual había consistido, con fundamento en la Constitución Política de 1991, en que no se le había asignado por el constituyente la facultad de proferir esa medida cautelar, por lo que se consideró que dicha competencia no le estaba asignada y que, por consiguiente, le estaba vedada.

Vale precisar que el anotado pronunciamiento se produjo con motivo de la resolución de una solicitud de medida cautelar que fue formulada respecto de los incisos tercero y cuarto del numeral 2 del literal C) del artículo 2º de la Ley 2272 de 2022, “Por medio de la cual se modifica, adiciona y prorroga la Ley 418 de 1997, prorrogada, modificada y adicionada por las Leyes 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006, 1421 de 2010, 1738 de 2014 y 1941 de 2018, se define la política de paz de Estado, se crea el servicio social para la paz, y se dictan otras disposiciones”.

Es relevante advertir que los artículos 6 y 121 de la Constitución Política de Colombia, adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, los cuales se encuentran vigentes, preceptúan, respectivamente, en cuanto a las competencias y atribuciones de las autoridades lo siguiente:

Artículo 6º. Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

Lo anterior en contraste con el ejercicio de los derechos, los cuales no necesariamente están ni deben estar contemplados *íntegra* y taxativamente en la Constitución, pues el artículo 94 de ella estatuye que los derechos y garantías contenidos en esta y en convenios internacionales vigentes, “no deben entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.” De manera que, si bien pueden existir derechos que estén por fuera de la Constitución, ello no impide ni justifica que el contenido material de esa gama de derechos no se garantice y materialice.

Ahora, por otra parte, en tratándose de competencias y atribuciones de las autoridades, es una exigencia expresa de la Constitución Política que aquellas sí deban estar contenidas expresamente en el ordenamiento jurídico; por consiguiente, de no existir taxativamente en este último, no deben darse por supuestas como resultado de meras inferencias deductivas, inductivas y abductivas.

Puede apreciarse que, mientras el artículo 6 de la Constitución Política solo establece la responsabilidad de los particulares por la infracción que estos hagan a la Constitución y a la ley, el transcrito artículo 121 de la misma Carta Política estatuye que, en tratándose de las autoridades del Estado, estas no podrán ejercer funciones diferentes a las contempladas en la ley y la Constitución.

Antes de avanzar en este análisis, es oportuno precisar que, en relación con el instituto procesal de la suspensión provisional de actos administrativos, pueda utilizarse en procesos contenciosos administrativos; el artículo 238 de

la Constitución Política de Colombia autoriza a la jurisdicción contencioso administrativa, respecto de los efectos de los actos administrativos, a que se suspendan. Esa norma constitucional dice lo siguiente: “*La jurisdicción contencioso-administrativa* podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, *los efectos de los actos administrativos* que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.” (Énfasis agregado)

Lo anterior significa que, en tratándose de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, ella solo tiene la connotación de medida cautelar. La existencia de dichos actos ni su validez quedan suspendidas, sino únicamente su eficacia, vale decir, los efectos que el acto pudiera producir.

Si bien los artículos 229, 230, 231, 232, 233, 234 y 235 de la Ley 1437 de 2011, establecen disposiciones que permiten adoptar medidas cautelares respecto de actos administrativos, entre ellas las de suspensión provisional de sus efectos, se repite, ello tiene su autorización en el citado artículo 238 superior.

En la Constitución Política de Colombia de 1991, incluidas sus reformas, y en el resto del ordenamiento jurídico colombiano, no existe una norma jurídica que faculte a la jurisdicción constitucional, específicamente a la Corte Constitucional de Colombia, para suspender precautelativamente los efectos de las leyes y decretos legislativos. Ahora, esa competencia tampoco puede asumirse respecto de la suspensión provisional de actos reformativos de la Constitución Política, hasta que se produzca la sentencia, con el argumento de que el inciso primero del artículo 241 de la Constitución Política establece: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución [...]”, pues, a renglón seguido esa norma constitucional complementa y advierte inequívocamente que esa competencia es “en los estrictos y precisos términos de este artículo...”.

Si hemos de establecer la semántica de los dos términos contenidos en esa última expresión, el Diccionario de la Academia de la Lengua española dice sobre las palabras “estricto” y “preciso”, respectivamente, lo siguiente:

1. *adj.* Estrecho, ajustado enteramente a la necesidad o a la ley y que no admite interpretación.
2. *adj.* Perceptible de manera clara y nítida.

Ahora, para que la Corte Constitucional de Colombia suspenda provisionalmente, esto es, como medida cautelar, una ley formal o material, así como un acto reformativo de la Constitución, no es válido invocar el argumento *a fortiori*, esto es, el de que si la jurisdicción contencioso administrativa puede suspender un acto administrativo, con mayor razón podría hacerlo la Corte Constitucional respecto de leyes formales o materiales, con la tesis de que esta última corporación judicial es de mayor jerarquía y tiene la guarda de la integridad de la Constitución, pues, como ya se advirtió, para la jurisdicción contencioso administrativa existe una norma constitucional expresa que así lo autoriza, específicamente el artículo 238 superior, pero para la suspensión provisional de leyes, decretos leyes y actos reformativos de la Constitución no existe en esta similar autorización para la Corte Constitucional. Vale recordar que las competencias no se transmiten de una institución a otra por inferencia, asimilación u osmosis.

Así, para que la Corte Constitucional de Colombia pueda disponer, como medida cautelar de orden procesal, la suspensión provisional de leyes y decretos legislativos (y con mayor razón la de los actos reformativos de la Constitución Política de Colombia), es necesaria la existencia de una norma de jerarquía constitucional en la que expresamente así lo haya autorizado el constituyente, pues, si para la suspensión provisional de los actos administrativos el constituyente, en la Carta Política de 1991, lo estatuyó en una cláusula de estirpe constitucional, con mayor razón, en tratándose de leyes, decretos-leyes y actos constituyentes, se requiere que previamente se haya asignado una expresa e inequívoca competencia en la Constitución Política.

Es pertinente advertir que en ninguna de las competencias de control de constitucionalidad contempladas por el constituyente en la Constitución Política de 1991 está estatuida la facultad o atribución de la Corte Constitucional para suspender provisionalmente la ejecución o cumplimiento de leyes, decretos-leyes o la de actos legislativos reformativos de la Constitución. Por el contrario, *ex professo o expressis verbis*, esto es, deliberadamente, el constituyente estatuyó como principio constitucional que las instituciones constituidas –entre ellas la Corte Constitucional–, no tendrían competencias o atribuciones distintas de las que les estuvieren expresamente asignadas por aquel.

Debe tener algún sentido que el constituyente haya establecido en la Constitución Política la medida cautelar de la suspensión provisional de los actos administrativos, pero que *ex profeso*, esto es, deliberadamente, no haya estatuido en la Carta Política esa medida cautelar de suspensión provisional para las leyes y los actos constituyentes.

Por muy importante y necesaria que sea la Corte Constitucional de Colombia, ello no la habilita para asumir que tiene facultades implícitas, y por ese sendero ejercerlas, pues esa asunción puede provocar que dicha corporación se convierta en una especie de monarquía judicial. Es aberrante concebir que se pueda interpretar el alcance de las propias facultades de manera amplia.

Es de recordar que desde el Acto Legislativo 3 de 1910, año este en el cual se introdujo en el ordenamiento jurídico de Colombia el control constitucional (judicial) de las leyes y -al menos-, hasta antes de que la Corte Constitucional asumiera el control general de constitucionalidad de las leyes, decretos con fuerza de ley y actos legislativos (en este último caso, por vicios de procedimiento), si bien hubo declaratorias de inconstitucionalidad de actos reformativos de la Constitución Política (como fue el caso de la pequeña constituyente¹ promovida en el gobierno del presidente Alfonso López Michelsen), no se constituyó precedente alguno en el cual la Corte Suprema de Justicia suspendiera previa y provisionalmente alguna de esa clase de normatividades. Respecto del control de constitucionalidad de las leyes y decretos leyes no se asumió que quien puede lo más, puede lo menos. Es decir, que si la Corte tenía la facultad de decretar su inexequibilidad, ello implicara la competencia para suspenderlas provisionalmente.

Por otra parte, con la expedición de la Constitución de 1991, se asignó a la Corte Constitucional de Colombia el control general de constitucionalidad sobre las leyes, decretos-leyes y de las reformas de la Constitución por vicios de procedimiento, aunque, tempranamente, por interpretación de esa corporación judicial, esta asumió la competencia sobre actos reformativos de la Constitución, cuando se advirtiera que por esa vía se hubiera sustituido la Carta Política.

¹ La Asamblea Nacional Constituyente se aprobó por el Congreso de la República de Colombia, mediante el Acto Legislativo 02 del 19 de diciembre de 1977.

Volviendo al acto administrativo, ha de advertirse que este no supone ni se constituye, y ni siquiera se semeja o asimila a la expresión directa o indirecta de una disposición legal ni de facultades legislativas, pero una ley o decreto-ley sí supone la manifestación soberana de una autoridad legislativa, esto es, el Congreso de la República o la del Presidente de la República, en este último caso en ejercicio de facultades legislativas (como en los estados de excepción), o cuando pone en vigencia el Plan de Desarrollo Económico y Social, porque el Congreso de la República no lo expida en el término máximo que tuvo para ello. En ambos casos, el ejercicio de esa facultad se hace sustentada, además, con la invocación de competencias contenidas en la Constitución Política. En el caso de la ley formal sustentada en los debates parlamentarios y su respectiva aprobación, y en el caso de los decretos legislativos, en la justificación contenida en la parte motiva del respectivo decreto.

De manera que en estos casos el argumento *a fortiori* sí es necesario y válido, para presumir, en principio, que una norma materialmente legislativa es constitucional, llámese ley o decreto legislativo. Se repite, hasta ese estado la ley o el decreto legislativo cuentan, en principio, con la legitimidad popular, pues ambas instituciones (Congreso de la República y Presidente de la República) cuentan con justificación, en principio competencial, dado que ambas tienen legitimidad popular por quienes escogieron sus personeros o representantes, esto es, los ciudadanos. De modo que las decisiones que aquellos adoptan están sustentadas en una argumentación justificativa; por tanto, no sería a través de una medida precautelar –la cual no está contemplada en la Constitución Política– que se deba y pueda legitimar la suspensión de los efectos de la ley formal o material, más cuando no está prevista esa medida cautelar como opción de orden constitucional.

Ahora, en el evento de que la Corte Constitucional de Colombia considere que esa medida cautelar –no estatuida aún en el ordenamiento jurídico colombiano– es necesaria de contemplar, la solución no debe ser la de sustituir al constituyente, sino la de exhortar a este, –al menos en la expresión institucional más inmediata y expedita, que es el Congreso de la República–, para que contemple la posibilidad de estatuir la, mas no la de sustituir a esa corporación ni a ninguna otra expresión legítima del constituyente,

pues, si bien es cierto, en algunos casos, la Corte Constitucional de Colombia ha sustituido con vocación transitoria al legislador, en esos eventos lo ha hecho para garantizar derechos, como ha ocurrido en fallos sobre eutanasia, interrupción del embarazo, matrimonio en parejas del mismo sexo, etc.; pero ello no es válido, legítimo ni procedente para crear un nuevo contenido normativo en la Constitución Política y, con base en él, asumir competencias que corresponden a otras instituciones del Estado, pues, sencillamente, por mucho que la Corte Constitucional de Colombia tenga dentro de su competencia el control constitucional, no tiene funciones constituyentes, y por esta vía –la cual sería de *facto*– se convertiría en constituyente, dado que, en la práctica, desconocería o modificaría la Constitución Política, específicamente, ejerciendo competencias de las cuales carece constitucionalmente y para cuya justificación competencial, se autohabilitaría.

Nótese que ni siquiera estamos en una situación de urgencia o emergencia nacional inaplazable que requiera de la competencia de la Corte Constitucional para suspender provisionalmente leyes, decretos legislativos, e inclusive actos reformativos de la Constitución. Precisamente, la ausencia de urgencia, respecto de la necesidad de decretar la suspensión provisional de la Ley de Paz Total, se pone de manifiesto en el Auto 272 de 2 de marzo de 2023, proferido por la Corte Constitucional.

En el entretanto que el constituyente decida dotar o no a la Corte Constitucional de competencia para suspender provisionalmente leyes, decretos leyes y actos reformativos de la Constitución, previa reforma de la misma, lo evidente es que, hasta ahora, el alto tribunal constitucional no tiene esa competencia, y la autohabilitación no sería la fórmula legítima para lograrlo.

Recálcense, la Corte Constitucional, prevalida de la condición de ser la corporación que define la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, un decreto-ley o de un acto reformativo de la Constitución, no debe adoptar decisiones que puedan llegar a sustituir al constituyente.

En este escenario, en el cual la Corte Constitucional de Colombia estatuiría el procedimiento de estudio y la materia objeto de examen, el mecanismo para optar por la medida cautelar, así como la decisión que impacte la Constitución, ya por el procedimiento adoptado (por cierto, sin competencia) y que transgreda el texto constitucional, en cuanto lo adicione, pues se

trata de una institución de rango constitucional cuya creación es propia del constituyente y no del juez. Luego, el adoptar una competencia que no le ha sido asignada por la Constitución, significaría convertir a la Corte Constitucional en constituyente de facto, tanto en su órbita competencial como respecto del procedimiento al cual debe someterse. En ambos casos, esa corporación judicial, pese a tener categoría de constituida, trocaría y se desdoblaría, convirtiéndose también, para esos efectos, en institución o corporación constituyente *de facto*.

Las normas de la Constitución Política de Colombia no autorizan el ejercicio de las denominadas competencias implícitas. Recuérdese, una vez más, que si bien los particulares pueden hacer todo lo que no les esté prohibido; los servidores públicos, como lo son los magistrados de la Corte Constitucional, solo pueden hacer lo que les esté permitido, conforme a los citados artículos 6 y 121 de la Constitución de 1991.

Por otra parte, al anunciar la Corte Constitucional en el Auto 272 de 2 de marzo de 2023, proferido dentro del expediente D-15.040 que se aprestaba, en lo sucesivo, a suspender leyes formales y materiales que considere violen la Constitución Política (sin tener competencia expresa para ello), es una noticia que debería preocuparnos grandemente.

En efecto, en el citado Auto 272, el alto tribunal constitucional de Colombia, luego de reconocer: “Como regla general, la Corte ha señalado en el pasado que no procede la suspensión de normas, como medida provisional”. Y agrega:

No obstante, en casos excepcionales, frente a una norma abierta o manifiestamente incompatible con la Constitución, que pueda producir efectos irremediables o que lleve a eludir el control de constitucionalidad, es necesario que la Corte adopte medidas, también excepcionales, orientadas a impedir la producción de efectos del acto objeto de control. Lo anterior tiene sustento en la necesidad de garantizar la eficacia del principio de supremacía constitucional, con lo cual, en virtud de una reinterpretación de las facultades de la Corte para cumplir funciones de guardiana de la supremacía de la Constitución, se ajusta el precedente.

De lo anterior se desprende que, no solo no había un precedente, sino una ausencia absoluta de competencia constitucional para, por vía jurisprudencial, arrogarse esa facultad. Expresado de otra forma, la falta de

habilitación de la Corte Constitucional, para suspender provisionalmente las leyes formales y materiales (decretos leyes), no ha derivado de la falta de precedente, sino de la ausencia de competencia expresa para ello en la Constitución.

Adviértase que la Corte Constitucional reconoce que en el pretérito esa misma corporación ha señalado “que no procede la suspensión de normas, como medida provisional...”.

De lo expuesto hasta aquí, nótese que la Corte Constitucional:

1. No admite expresamente que la Constitución NO ha establecido la medida cautelar de suspensión provisional sobre leyes, decretos leyes y actos legislativos; sin embargo, soslaya esa falencia o ausencia, atribuyéndosela vía precedente.
2. Pese a lo anterior, esto es, aunque reconoce la ausencia de asignación de competencia por el constituyente, justifica su utilización de manera genérica “... frente a una norma abierta o manifiestamente incompatible con la Constitución que pueda producir efectos irremediables o que lleve a eludir el control de constitucionalidad”, y considera necesario que la Corte Constitucional *motu proprio*, esto es, sin que el constituyente le haya asignado esa facultad, ejerza la atribución de adoptar medidas de suspensión provisional. Y, lo que es más grave, reconoce que esas medidas serían “excepcionales”, en tanto no serían siquiera medidas cautelares previstas en alguna parte recóndita del ordenamiento jurídico, sino aquellas medidas que la Corte Constitucional estatuya con competencias desconocidas y sin facultades atribuidas por la Constitución u otra fuente normativa de autoridad superior.
3. Señaló la Corte Constitucional en el Auto citado, que en esos eventos esa corporación adoptaría “medidas, también excepcionales”, sin que precisara cuáles, por lo que sería una facultad abierta y amplia de la cual se estaría autohabilitando, lo cual significa que podría tratarse de medidas *sui generis*, que ni siquiera estuvieren contempladas por el ordenamiento jurídico para otras autoridades judiciales, esto es, podría tratarse de medidas cautelares que ni siquiera estuvieran contempladas para los casos en que sí procede la

suspensión provisional, se repite, como en la jurisdicción contencioso administrativa (art. 238 C.P.), con lo cual la Corte Constitucional no solo se autohabilitaría para suspender leyes, decretos leyes y hasta actos legislativos, sino también se autohabilitaría para imponer medidas no previstas en el ordenamiento jurídico, circunstancia que no sería equiparable, siquiera a la de aquellas autoridades judiciales que sí tienen competencia para decretar algunas medidas cautelares.

4. Si en la misión de guardiana de la Constitución Política la Corte Constitucional advirtiera, –como es evidente que lo ha hecho– que carece de competencia asignada por la Constitución para emitir medidas cautelares de suspensión provisional de leyes, decretos leyes y de actos legislativos, ni siquiera por la necesidad que pudiera existir de ello, lo que corresponde no es autohabilitarse sino exhortar al constituyente, en principio al Presidente de la República y al Congreso de la República, para que contemplen la posibilidad de promover la correspondiente reforma constitucional, tendiente a que se estudie la posibilidad de asignarle esa competencia. Con ello no tendría que recurrir a argumentos de autoridad, para que se estudie la posibilidad de asignarle la competencia de adoptar medidas cautelares respecto de leyes, decretos leyes y actos reformatorios de la Constitución que, cualquier ciudadano, el Procurador General de la Nación, el Presidente de la República o el propio Congreso de la República, adviertan que alguna disposición de la Constitución Política o de las normas reformatorias de esta puedan vulnerar los principios o aspectos basilares de la misma.
5. Los cuatro (4) requisitos señalados por la Corte Constitucional en el Auto 272 de 2 de marzo de 2023. Expediente D-15.040 de 2 de marzo de 2022, para efecto de contemplar la posibilidad de medidas “*de protección y eficacia*”, las califica esa corporación judicial como “*cautelares*” y “*como atribución propia de la Sala Plena de la Corte Constitucional*”, sin que la Constitución Política haga referencia a esa competencia o atribución ni a ese tipo de medidas.

En lo que se refiere a la remisión que hace la Corte Constitucional al reglamento de la Sala Plena, si examinamos esa normatividad interna de

ese alto tribunal constitucional, se observa que ella no contempla expresa ni tácitamente esa atribución que señala la Corte en el Auto 272 de 2 de marzo de 2023.

En síntesis, los cuatro (4) requisitos que menciona la Corte Constitucional en el citado auto, para efectos de decretar “*una medida de protección y eficacia*”, “*como atribución propia*”, no se encuentran preestablecidos en ninguna disposición constitucional o legal, sino que los creó por vía interpretativa.

Esos cuatro (4) requisitos que la Corte Constitucional señala en el referido Auto 272 de 2 de marzo de 2023, los enumeró en los siguientes términos:

(i) el carácter excepcional de la medida; (ii) la existencia de una disposición *prima facie* abierta o manifiestamente inconstitucional que produce efecto irremediable o llevan a eludir el control de constitucionalidad; (iii) la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida, y (iv) la ineficacia de los otros mecanismos de protección y efectividad del orden constitucional. La providencia se adoptará por la Sala Plena a solicitud de cualquier magistrado, y en el auto que la decida establecerá su alcance y duración.

Sobre el particular cabe preguntarse si esos “requisitos mínimos” que menciona la Corte Constitucional no se encontraban preestablecidos, ¿cómo pudo exigirse que se cumplieran?

Las previsiones contenidas en los artículos 6 y 121 de la Constitución Política y la no institucionalización de la suspensión provisional de leyes formales y materiales, supone que para las instituciones del Estado, entre ellas la Corte Constitucional, está vedada la adopción de institutos jurídicos que no estén previstos en la Carta Política. Además, se presume la constitucionalidad de las leyes y decretos leyes expedidos, tanto por el legislador natural (Congreso) como por el legislador constitucional (excepcionalmente habilitado: Presidente de la República), ambos legitimados, por tener un origen popular nacional, del que, por cierto, carece la Corte Constitucional.

El inmenso prestigio y reconocimiento que ha ganado la Corte Constitucional de Colombia, desde su entrada en funcionamiento en 1992 hasta hoy, podría correr el riesgo de socavarse por asumir atribuciones de las cuales carece. Vale decir que, por esas decisiones de autoatribución de facultades, las competencias que tenga una corporación judicial de tanta importancia nacional, en principio, no deberían estar en cuestionamiento.

La competencia para establecer la suspensión provisional o cualquiera otra medida cautelar en las acciones públicas de inconstitucionalidad estaría reservada al constituyente, lo cual, se repite, se desprende de la competencia asignada por este a la jurisdicción contencioso administrativa en el artículo 238 de la Constitución Política para decretar la suspensión provisional de actos administrativos.

Así, además de que la Constitución no establecía (y aún no lo establece) la posibilidad de que la Corte Constitucional suspenda leyes formales o materiales, a la fecha en que esa corporación judicial profirió el Auto 272 de 2023, ni siquiera el reglamento interno de la Corte Constitucional (Acuerdo 02 de 22 de julio de 2015, modificado por el Acuerdo 01 de 19 de marzo de 2020, expedido por esa misma corporación judicial, a través del cual unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional), lo establecía, y a la fecha tampoco establece la posibilidad de suspender provisionalmente leyes, decretos leyes ni actos reformativos de la Constitución, es decir, ni siquiera en el reglamento de la propia Corte Constitucional, esa corporación judicial se ha asignado la competencia de decretar como medida cautelar la suspensión provisional de leyes, de decretos leyes ni de actos reformativos de la Constitución, en el curso del proceso judicial de inconstitucionalidad de esas normas, lo que, en el evento de hacerlo, tampoco sería suficiente para legitimar esa competencia.

La competencia expresa y explícita que el constituyente le dio a la jurisdicción contencioso administrativa para suspender provisionalmente actos administrativos sería igualmente exigible para que la Corte Constitucional pueda suspender provisionalmente leyes, decretos con fuerza de ley y actos reformativos de la Constitución, mucho más de aquellas que se invoquen a título de competencias implícitas, siendo que ese tipo de normas tienen mayor cobertura y efecto en el ordenamiento jurídico y dado que son expedidas por el legislador ordinario (Congreso de la República) o el legislador extraordinario (Presidente de la República). En ambos casos con legitimación ciudadana popular; además investidos, en principio, de competencia por la Constitución Política.

Sería entendible que una Constitución Política estableciera facultades implícitas, siempre que así lo haya decidido el constituyente fundacional. Pero no es de recibo ni legítimo que, encontrándose expedida la Constitución

que no lo permite, la corporación judicial que tiene a su cargo la guarda de la integridad de la Carta Política prohija y legitime la constitucionalidad de facultades implícitas sobre competencias no asignadas por el constituyente.

Es de esperar que si la Corte Constitucional invoca facultades excepcionales que no están contenidas en la Constitución deba indicar en dónde están o de dónde emanan, a fin de que pueda determinarse la fuente de su competencia en materia de suspensión de leyes, decretos leyes o de actos reformatorios de la Constitución.

En todo caso, en este escenario excepcional, con fundamento en los principios de autorrestricción judicial, democrático y de Estado social de Derecho, medida como la señalada, deberá considerar unos presupuestos mínimos.

En efecto, uno de los aspectos más relevantes de los fundamentos del constitucionalismo contemporáneo, además del acuerdo acerca de los derechos y deberes que las personas y ciudadanos tenemos, el pacto que hemos solemnizado en la Constitución Política es en cuanto a las competencias, no solo a las que tienen las instituciones, sino a las atribuciones que pudieran llegar a tener.

Resulta sorprendente que luego de pregonar y defender la Corte Constitucional el principio contenido en la Carta Política, consistente en que solo son ejercitables competencias que estén constitucionalmente atribuidas y asignadas, ahora se entronice un peligroso, delicado, y deslegitimador camino de asumir que la Corte Constitucional puede fijar sus propias competencias y atribuciones, haciendo abstracción de la Carta Política.

Prohijar esa tesis conduciría, a la postre, a que la Corte Constitucional, en el futuro mediato, inclusive inmediato, pudiera desconocer las normas constitucionales a las que debe estar sometida.

Ahora, en el auto citado, la Corte Constitucional se autohabilita, fijándose los requisitos que fueron transcritos párrafos arriba. Basado en ellos, esa corporación judicial se autohabilita para suspender leyes formales y materiales, e inclusive actos reformatorios de la Constitución, pese a que esta no le otorga esa competencia. Entre otros argumentos implícitos invocados, el consistente en que es guardiana de la Constitución, pero soslayando que carece expresamente de esas facultades, dado que es evidente, se repite,

que el constituyente no se las asignó. Concretamente, hace abstracción de los artículos 6 y 121 de la Constitución Política ya citados.

En ninguna de las modalidades de control de constitucionalidad contempladas en la Constitución Política de 1991 se ha estatuido la facultad a la Corte Constitucional para decretar una medida cautelar consistente en suspender provisionalmente la ejecución o cumplimiento de la norma constitucional, la ley o el acto legislativo demandado u objeto de control oficioso.

Frente a lo expuesto vale preguntarse: ¿quién debe señalar casos excepcionales?, ¿la propia Corte Constitucional o el Constituyente? Si se optara que es la primera, se asumiría que ella, pese a ser un poder constituido, pueda fungir, en el marco de un proceso, como poder constituyente, lo cual resultaría contrario a la Constitución Política, entre otras razones porque es una corporación constituida que no tiene esa atribución ni alcance. Resulta más armónico con la Constitución Política entender que sea el mismo constituyente el llamado a estatuir esa medida precautelativa de suspensión provisional de los efectos de leyes, decretos legislativos, e inclusive de actos reformativos de la Constitución. En este último caso, porque por esa vía, la sustitución de la Carta Política podría tener origen en la propia Corte Constitucional y no en los demás poderes constituidos como el Congreso de la República y el Presidente de la República.

Como ya se ha advertido, la propia Corte Constitucional estableció en el citado Auto 272 de 2023 cuáles serán los procedimientos ius constituyentes por los cuales esa corporación judicial se considera habilitada para reformar la Constitución Política y, lo que es más grave, respecto de sus propias competencias.

Ahora, aun cuando se anuncia que, en adelante, la Corte Constitucional decretará medidas cautelares cuando quiera que encuentre que hay normas legales que violen ostensiblemente la Constitución, es de advertir que esta medida de suspensión provisional en sede del proceso judicial de control de constitucionalidad se constituye en una nueva modalidad de medio de control precautelativo constitucional no previsto en la Carta Política.

Volviendo al citado Auto de 272 de 2023, emanado de la corporación judicial que tiene a su cargo la guarda de la integridad de la Constitución Política, y el deber de respetarla, no solo como institución constituida

sino como guardián de la Carta Política, se impone el interrogante: ¿ante quién se demandaría la inconstitucionalidad de disposiciones formalmente jurisdiccionales, pero materialmente normas constituyentes?, ¿acaso, ante la misma Corte Constitucional, que las produjo a fin de que sea resuelta por conjueces elegidos por los propios magistrados autores de la reforma constitucional, o en sustitución (por impedimento manifestado) de los magistrados que expidan la providencia que tenga vocación de sustituir parcialmente la Carta Política?

Vale advertir, que a través de la historia del constitucionalismo colombiano ha sido una constante no otorgar a la jurisdicción constitucional la facultad de imponer medidas precautelativas, en tratándose del ejercicio del control constitucional sobre leyes formales, leyes materiales o actos reformativos de la Constitución Política.

Ahora, resulta pertinente decir que la falta de competencia de la Corte Constitucional para suspender las leyes de manera general, ciertamente no la inhibe ni imposibilita para decretar la excepción de inconstitucionalidad, pero, en un caso concreto y específico, mas no de manera general, impersonal y abstracta, como en este caso se pretende.

Es desconcertante que algunos eminentes juristas califiquen la mentada decisión como de “... efectiva guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”.²

Quienes sostienen esa tesis, argumentan que lo que cabe resaltar de esa decisión

... es lo referente a la posibilidad –aceptada por la Corte, aunque no se disponga en este caso– de suspender con carácter provisional, mientras se tramita el proceso, normas jurídicas sujetas a su control, cuando sea ostensible y abierta su oposición a la Constitución y se entienda que puede acarrear una vulneración irreparable.

Por supuesto que esa consideración es importante, pues en el evento de que estuviera autorizada y contemplada la suspensión provisional de leyes, esa medida precautelativa debería tener como causal, entre otras, la oposición ostensible de la ley a la Constitución Política; de lo contrario no habría razón o motivo para decretarla. Ahora, lo que en este caso hace improcedente

² Diario *El Tiempo*, 22 de julio de 2023, página 1.9.

la suspensión provisional es que esta medida no está contemplada como causal de suspensión provisional de las leyes, decretos-leyes ni de los actos reformativos de la Constitución, y no le correspondería al juez, por más alta jerarquía que tenga, hacer uso de una medida cautelar que no está prevista en la Constitución para el control de constitucionalidad de las leyes y actos reformativos de la Constitución.

Se podría aducir que es *iuspositivista* el tratamiento que el autor de este escrito le da al examen de la Corte Constitucional (contenida en el Auto 272 de 2023) que estableció que, en adelante, podrá suspender provisionalmente leyes y decretos leyes (con razones que también serían aplicables a los actos reformativos de la Constitución Política).

Sobre el particular debo manifestar que no encuentro que sea válida la decisión de la Corte Constitucional de arrogarse la facultad de suspender provisionalmente leyes y decretos leyes, pues, sencillamente, no está contemplada en la Constitución. Y aunque ello puede ser calificado de positivismo jurídico, no puede obviarse que dicha concepción es la que impera en nuestro sistema constitucional, lo cual se desprende de la lectura de los artículos 6 y 121 de la Carta Política; así, se requiere que haya una autorización expresa del constituyente para que se entienda la habilitación para proceder o actuar en consecuencia. Es aceptable que, en el contexto de las normas legales, se pueda inferir una facultad que previamente establezca la Constitución. Sin embargo, no es válido que, en ausencia de una norma constitucional específica, la rama jurisdiccional, en particular la Corte Constitucional, pueda, además de crearla, autohabilitarse con ella.

Para ejercer una facultad, que no solo no le ha sido atribuida, sino que, del contenido normativo de la propia Constitución le ha sido tácitamente prohibida, sobre la base de los artículos 6 y 121 de la Constitución, así como de una interpretación sistemática y *a fortiori*, a partir del artículo 241 superior en cuyo contenido señala: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”, pero no de cualquier manera, o mejor, no como a dicha corporación judicial le parezca, sino en los términos en que seguidamente y en el mismo inciso primero del artículo 241 de la Carta Política lo establece, esto es “en los estrictos términos de este artículo.” Y, dicho artículo –ni ningún otro de la Constitución– autoriza al máximo tribunal constitucional para

suspender provisionalmente leyes, decretos leyes o actos reformatorios de la Constitución.

Tampoco hay en alguna parte de la Constitución una norma expresa o tácita que autorice a la Corte Constitucional (institución no constituyente sino constituida) para que, por vía de interpretación, cree o asuma facultades o atribuciones para ampliar y extender sus propias competencias.

El artículo 238 de la Constitución Política de 1991 es muestra fehaciente que cuando el constituyente ha querido que una autoridad judicial tenga la competencia para suspender provisionalmente decisiones de los órganos constituidos, así lo ha dispuesto expresamente, como lo hizo con la jurisdicción contencioso-administrativa.

Tratándose de la Constitución Política, como expresión y obra del poder constituyente, su interpretación debe ser, prioritariamente, conforme al “Preámbulo”, y sus “principios fundamentales” (Título I), dentro de los cuales está el artículo 2 de la Constitución, el cual establece como fines esenciales del Estado “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.”

La Corte Constitucional puede interpretar los derechos, los deberes, así como las finalidades de la Constitución, pero no está facultada por esta para establecer ni fijar sus propias competencias.

Así, la Corte Constitucional, como corporación judicial constituida, no tendría competencia para fijar o extender sus atribuciones más allá de las que expresamente le haya atribuido la Constitución Política.

Bibliografía

COLOMBIA. Constitución Política de la República de Colombia de 1991.

Corte Constitucional de Colombia. Auto 272 de 2023.

HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. “La suspensión provisional”. *El Tiempo*, julio 22 de 2023. <https://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/jose-gregorio-hernandez/la-suspension-provisional-columna-de-jose-gregorio-hernandez-788606>

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Academia Española de la Lengua*. España: Real Academia Española, 1992.