DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LEYES EN LA CORTE CONSTITUCIONAL: ¿MIMETISMO DE FUNCIONES DEL CONSEJO DE ESTADO?

Maria José Jaraba Márquez[1]

Trabajo de grado presentado para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo

Tutor

Cristian Andrés Díaz Díez, Magíster (MSc) en Derecho

Universidad de Antioquia

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Especialización en Derecho Administrativo

Medellín, Antioquia, Colombia

2023

[1] Abogada de la Universidad de Antioquia. Profesional Jurídica en la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la misma Universidad. Correo electrónico: mariajosejaraba24@gmail.com. Este artículo se presenta para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

Cita	(Jaraba Márquez, 2023)
Referencia **Estilo APA 7 (2020)**	Jaraba Márquez, M. J. (2023). *De la suspensión provisional de leyes en la Corte Constitucional: ¿mimetismo de funciones del Consejo de Estado?* [Trabajo de grado especialización]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.

creative commons BY NC SA

Especialización en Derecho Administrativo, Cohorte XIX.

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
Vicerrectoría de Docencia

Sistema de Bibliotecas

Biblioteca Carlos Gaviria Díaz

Repositorio Institucional: http://bibliotecadigital.udea.edu.co

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

Rector: John Jairo Arboleda Céspedes.

Decana: Ana Victoria Vásquez Cárdenas.

Coordinador de Posgrados: Cristian Guardia López.

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

RESUMEN

Este artículo tiene como propósito analizar cómo opera la figura de la suspensión provisional de leyes en la Corte Constitucional en el marco del procedimiento de constitucionalidad, en contraste con su aplicación en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con los actos administrativos; lo anterior en el marco del Auto 272 de 2023 que abrió la posibilidad de aplicar, de forma excepcional, dicha figura para la Corte Constitucional. Para dicho proceso, la información será consultada mediante bases de datos, repositorios institucionales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, la ley y los distintos doctrinantes que desarrollan el tema, a la luz del principio democrático, el de legalidad y el de separación del poder público; y el papel del juez constitucional. Con ello se espera indagar si es conveniente y ajustado a la Constitución que la Corte acuda a dichos mecanismos cautelares, de acuerdo con la naturaleza de su control y el rol que desempeña dentro de una cierta forma de Estado.

Palabras clave: i) Control constitucional; ii) Competencia; iii) Juez constitucional; iv) Medidas cautelares.

SUMARIO

Introducción. II. Definición y antecedentes de la suspensión provisional: ¿una figura novedosa en el ordenamiento jurídico colombiano? III. La suspensión provisional en el Consejo de Estado: ¿mimetismo de facultades en la Corte Constitucional? IV. Del papel del juez y tribunal constitucional. V. Conclusión. VI. Referencias Bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

La formulación e introducción del modelo constitucional de 1991 supuso también la transformación del sistema de fuentes del derecho y la función del juez en el Estado. La idea del valor normativo de la Constitución y su concepción de norma fundamental[2] y suprema implicó por un lado un límite al poder[3], ya que la validez normativa estaría condicionada a su adecuación al texto constitucional; por el otro, otorgó a los jueces un amplio margen de interpretación, debido a la tipología principialística[4] en la cual se encuentran enunciadas las normas constitucionales.

Así pues, el tribunal constitucional cobra especial relevancia en razón de que este, tal como lo preceptúa el artículo 241, "se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo" (Constitución Política, 1991), con lo cual le corresponde realizar la interpretación de su contenido, ya sea para el análisis de un caso concreto (control concreto) o de cara a la revisión de la constitucionalidad de las disposiciones normativas (control abstracto).

La suspensión provisional de los actos administrativos es una facultad que tiene como propósito "evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico continúen surtiendo efectos, dada la presunción de legalidad que los acompaña, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad" (Consejo de Estado, Rad. 11001-03-26-000-2014-00101-00 (51754) A, 2016).

En esos términos, dicha potestad ha sido típicamente adjudicada a los jueces de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, los cuales, atendiendo a la competencia expresa en la

---

[2] En su texto: la garantía jurisdiccional de la Constitución, Kelsen (2016) comprendía que *"la Constitución es siempre fundamento del Estado, la base del orden jurídico que pretende conocerse (...)"*.

[3] García de Enterría (1991) advierte que (…) *"la vinculación normativa de la Constitución afecta a todos los ciudadanos y a todos los poderes públicos, sin excepción, y no solo al Poder legislativo como mandatos o instrucciones que a éste solo cumpliese desarrollar – tesis del carácter programático de la Constitución –; y entre los poderes públicos, a todos los jueces y tribunales – y no solo al Tribunal Constitucional" (...)*. En mi concepto se sustituiría la expresión por "incluyendo al Tribunal Constitucional". Lo anterior con el propósito de aclarar que, incluso la Corte Constitucional también se encuentra sometido al propio texto constitucional.

[4] El Estado Constitucional implica una transformación en la concepción de las normas jurídicas, pues éstas ya no parten de una lógica de reglas, sino que introducen los principios, los cuales, de acuerdo con Zagrebelsky (1995) "carecen de supuesto de hecho (…), a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles reaccionar ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance". (p. 111)

Constitución y la Ley 1437 de 2011 se encuentran facultados para acudir a dicho instrumento, siempre y cuando concurran los supuestos establecidos para su procedencia.

Pese a que, históricamente, la Corte Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia que este tipo de medidas son improcedentes en el procedimiento de constitucionalidad, en comunicado del 2 de marzo de 2023, el tribunal abrió la puerta a la aplicación, en casos excepcionales, de medidas (también excepcionales, advierte la Corte) que tengan como finalidad "impedir la producción de efectos del acto objeto de control" (Corte Constitucional, Auto 272, 2023). Lo anterior, en el marco de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra de la Ley 2272 de 2022, conocida como la "ley de paz total".

Esto resulta trascendental a la luz de este artículo, porque se quiere analizar si es procedente dicha facultad en el ejercicio del control constitucional abstracto que realiza la Corte a las leyes objeto de su conocimiento. La situación resulta problemática, ya que, dentro de sus funciones, no se le ha otorgado explícitamente la competencia expresa para adoptar este tipo de medidas cautelares, generando una tensión en relación con el principio democrático, suplantando, en cierta medida, la voluntad del constituyente y, además, desnaturalizando el propósito de la jurisdicción y el control constitucional.

Para ello se realizará, en primer lugar, una revisión de los antecedentes históricos de la figura de la suspensión provisional y su aplicación cronológica. Posteriormente, se hará un estudio de dicha medida cautelar (suspensión provisional) y su procedencia en el Consejo de Estado, contrastando la forma en que la Corte Constitucional decide utilizar dicha figura y finalmente, se abordará la naturaleza del juez y el control constitucional, como un límite al ejercicio de ciertas potestades otorgadas a otros jueces.

De acuerdo con lo esbozado, se espera indagar, a modo de conclusión, si es conveniente y ajustado a la Constitución que la Corte acuda a la suspensión provisional en el procedimiento de constitucionalidad o si, por el contrario, se encuentra ejerciendo de forma mimética una potestad que no le compete, atendiendo a la naturaleza del control constitucional, el propósito del juez en

un Estado Constitucional, y a la luz del principio democrático y la voluntad soberana del constituyente.

II. ANTECEDENTES Y DEFINICION DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL: ¿UNA FIGURA NOVEDOSA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO?

La suspensión provisional se constituye como una tipología particular dentro de la categoría de medidas cautelares que existen en el ordenamiento jurídico y en el derecho público[5]. Su procedencia ha sido tradicionalmente atribuida a la Jurisdicción Contencioso Administrativa (por competencia expresa, no implícita) en el trámite judicial de nulidad de los actos administrativos, con el propósito de que estos no surtan efecto, en tanto se estudie de fondo su constitucionalidad o legalidad. Es preciso indicar que, al tratarse de un mecanismo cuya naturaleza es temporal y accesoria, la ley y la jurisprudencia han indicado que esta solo puede ser solicitada bajo unos presupuestos determinados previamente, dentro de los que se encuentra como requisito básico que "el acto esté produciendo sus efectos jurídicos" (Consejo de Estado, Rad. 11001-03-26-000-2014-00101-00 (51754) A, 2016).

Dicha medida cautelar ha sido identificada como una figura de vieja data en el sistema colombiano. De acuerdo con Malagón Pinzón (2011), es posible rastrear sus antecedentes desde el período colonial español, la cual tuvo un especial desarrollo en el siglo XIX por parte de la Corte Suprema de Justicia. Sus orígenes obedecen a la máxima *"se obedece, pero no se cumple"*, al advertir que las normas adoptadas desde la corona española, "no se ajusta[ban] a los hechos americanos o que fueran injustas" (p. 351).

En principio, dentro de su evolución fue entendida como un recurso o garantía procesal que no estaba asociada al derecho público. Su procedencia estaba destinada a "proteger el derecho de

[5] Existen otras medidas cautelares parecidas que incluyen más conductas: por ejemplo, las medidas provisionales de suspensión en el trámite de acciones populares y de tutela, o las otras medidas cautelares de suspensión previstas en la Ley 1437 de 2011, distintas a la suspensión provisional del acto administrativo (por ejemplo, se puede suspender la ejecución de un contrato o de un procedimiento administrativo). También se habla de la suspensión provisional como medida cautelar en el procedimiento administrativo, distinto del que se maneja por la Jurisdicción Contenciosa. Para efectos de este artículo se abordará la figura desde ésta última perspectiva, en el trámite contencioso y contra los actos administrativos.

defensa del demandado en pleitos civiles" (Malagón, 2011, p. 354) y operaba solo para asuntos específicos, cuando de éstos se pudiese producir escándalo conocido o daño irreparable. En ningún caso, se interponía en contra de disposiciones que tuvieran la tipología de leyes o disposiciones programáticas.

A nivel procesal, el conocimiento de la solicitud de suspensión provisional iba dirigida a la autoridad que era competente de ejecutar y sancionar la disposición que afectaba al destinatario y esta determinaba si aplicaba o no al caso concreto. En relación con el aforismo de *"obedecer, pero no cumplir",* es preciso indicar que en la época colonial "la conducta de obedecer se entendía como acatar y reconocer a la autoridad real" (Malagón, 2011, p. 355), mientras que el cumplimiento tenía relación con la producción de efectos jurídicos, esto es, de la eficacia de la disposición. Para entonces, las consecuencias jurídicas de dicha decisión implicaban: la suspensión de ejecución de la norma objetada y el posterior pronunciamiento por parte del legislador, quien podía ratificar o revocar la disposición de manera definitiva; propósito que, actualmente, se espera de la figura de suspensión en el proceso jurisdiccional, pues con ello se quiere evitar la producción de efectos de una norma que posiblemente sea contraria al ordenamiento jurídico.

Dentro de la historia constitucional colombiana, la suspensión provisional de disposiciones normativas se reconocía en las Constituciones de 1858 y 1863. Un elemento que merece la atención en este punto tiene que ver con el contexto en donde se propuso dicha figura, pues atendía a una configuración de Estado particular, en donde subsistían estados independientes, libres y soberanos, sometidos a las decisiones de un gobierno general (Confederación Granadina y Estados Unidos de Colombia). En dichos textos constitucionales, la Corte Suprema de Justicia tenía la competencia expresa de suspender aquellos "actos expedidos por las legislaturas de los Estados" (Malagón, 2011, p. 356), que fueran contrarios a la Constitución o a las leyes de la Confederación o los Estados Federales, respectivamente.

En términos generales, es posible identificar importantes transformaciones en relación con el periodo colonial. Respecto al acceso a la justicia, la suspensión provisional se erigió como un mecanismo que todos los ciudadanos y el ministerio público, en cabeza de la Procuraduría podrían

interponer. Adicionalmente, ya no se trataba de un caso entre particulares, sino que le competía el estudio sobre las disposiciones de ley o con fuerza material de ley (Malagón, 2011, p. 359).

Ahora bien, la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, la creación de un tribunal constitucional como intérprete autorizado y la formulación de una tipología de Estado determinado (Estado Social de Derecho) supuso el estudio de la aplicación de medidas cautelares, como la suspensión provisional, dentro del procedimiento de control abstracto de las disposiciones sujetas a control por parte de la Corte Constitucional. La posición había sido unívoca en el sentido de reconocer tales medidas como improcedentes e inviables debido, principalmente, a las competencias expresas del tribunal constitucional otorgadas por el constituyente, definidas "en los estrictos y precisos términos" del artículo 241 constitucional.

En Auto 368 del 2015, la Corte Constitucional precisó que "en la enumeración taxativa de las competencias realizadas por el constituyente de 1991 no se incluye la posibilidad de disponer la suspensión de la aplicación de normas de rango legal o constitucional que estén bajo su conocimiento […]". Además, no resulta admisible, la atribución implícita de competencias, bajo el entendido de que, si el constituyente se la otorgó a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, así debería entenderse de forma análoga para la Corte Constitucional.

En igual sentido se dispuso que, si bien en materia de control concreto está permitida la formulación de medidas cautelares:

> Hay que advertir que las normas procedimentales aplicables a la acción de tutela, contenidas en el Decreto 2591 de 1991 e invocadas por los solicitantes como referencia sobre la aplicabilidad de medidas provisionales para la suspensión de la aplicación de actos en asuntos de conocimiento de la Corte Constitucional, no son trasladables al trámite de las acciones de inconstitucionalidad que, por otro lado, se encuentran regidas por el Decreto 2067 de 1991 (Corte Constitucional, Auto 368, 2015)

La anterior distinción se sustenta sobre la base que

> las materias reguladas por ambos decretos son sustancialmente distintas, y las medidas provisionales del Decreto 2591 de 1991 no se acomodan a los procesos de control abstracto de constitucionalidad, pues solo toman sentido en el marco de un proceso de control concreto (Corte Constitucional, Auto 161, 2020).

Asimismo, cuando la Corte Constitucional se pronunció acerca de la Ley 137 de 1994 –Ley Estatutaria de Estados de Excepción– manifestó que, si su marco de actuación estaba dado por los precisos términos del artículo 241 de la Constitución Política, "mal puede una ley, como es la que se estudia, establecer la suspensión provisional de dichos actos jurídicos, lo que configura una clara y abierta violación de la normatividad suprema" (Corte Constitucional, Auto 161, 2020). Para el caso, el proyecto de ley formulaba la prohibición de que, en la eventual configuración de un estado de excepción, las normas expedidas por el Gobierno que fueran declaradas inconstitucionales o "fuese suspendidas" no pudiesen ser reproducidas con posterioridad.

De acuerdo a lo expuesto, se quiere dejar plasmado y reseñado que, si bien la evolución histórica de la suspensión provisional ha dejado entrever la posibilidad de su aplicación a disposiciones de ley o con fuerza material de ley, es necesario advertir los escenarios particulares y las finalidades para las cuales fue formulada en su momento, pues atendiendo al modelo de Estado que se tiene actualmente y a la naturaleza del control constitucional, resultaría inconveniente, como pasará a exponerse a continuación, que se disponga del uso de medidas cautelares como la suspensión provisional en el procedimiento de constitucionalidad abstracto, afectando principios medulares de un Estado Social de Derecho como el de legalidad, separación de poderes y el democrático.

III. LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL EN EL CONSEJO DE ESTADO: ¿MIMETISMO[6] DE FACULTADES EN LA CORTE CONSTITUCIONAL?

[6] El Diccionario de la Real Academia Española define mimetismo como aquella *"propiedad que poseen algunos animales y plantas de asemejarse a otros seres de su entorno".* Con ello se quiere plantear lo siguiente: ¿la Corte Constitucional, al abrir la posibilidad de aplicar la suspensión provisional en el procedimiento de constitucionalidad, planteó reglas precisas para la aplicación de la figura, tal como sucede en la jurisdicción contenciosa administrativa, específicamente en el Consejo de Estado? ¿su aplicación podría abrogarse de forma automática? ¿sería procedente aún si dispone de unas reglas de autocontrol que permitan establecer en qué casos aplican y en qué otros no? ¿se asemeja al ejercicio de la potestad del Consejo de Estado u obedece a otros propósitos y formas de operancia?

Como ya se ha venido exponiendo, el constituyente dispuso expresamente que la suspensión provisional era procedente en la Jurisdicción Contencioso - Administrativa. Desde la Ley 167 de 1941 (primer código de lo contencioso administrativo) se hablaba en el Capítulo X, artículos 94 y siguientes, que "el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos podrían suspender los efectos de un acto o providencia" (Congreso de la República, 1941), mediante unas reglas determinadas. Actualmente, el artículo 238 de la Constitución de 1991 dispuso que será "la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo [quien] 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".

En su momento, la Ley 167 de 1941, que fue referenciada, disponía que la procedencia de la suspensión del acto o providencia aplicaba en los siguientes casos:

1. Que la suspensión sea necesaria para evitar un perjuicio notoriamente grave.
   Si la acción es la de nulidad, basta que haya manifiesta violación de una norma positiva de derecho.
   Si la acción ejercitada es distinta de la de simple nulidad del acto, debe aparecer comprobado, aunque sea sumariamente, el agravio que sufre quien promueva la demanda.
2. Que la medida se solicite de modo expreso, en el libelo de demanda o por escrito separado, antes de dictarse el auto admisorio de aquélla.
3. Que la suspensión no esté prohibida por la ley.

Un elemento que resulta llamativo es que la ley preceptuó en su momento que, en aquellos casos tramitados ante el Consejo de Estado, la solicitud de suspensión se resolvería por parte del sustanciador en el mismo auto que la demanda se admite; situación que aquí empieza a ser distinta del tratamiento que le da la Corte Constitucional en el Auto 272 de 2023, pues en dicha corporación será el magistrado sustanciador quien proyecte la decisión para que sea la Sala Plena la que se pronuncie sobre el asunto.

Posteriormente, los artículos 152 y siguientes del Decreto 01 de 1984 mantuvieron la figura de la suspensión en el Título XVII,. Sin embargo, a diferencia del primer código contencioso, se suprimieron los requisitos de "perjuicio notoriamente grave" y que la suspensión no estuviese "prohibida por la ley. En términos procedimentales, el Decreto *ibidem* trasladó el conocimiento y decisión de la solicitud a la Sala o sección respectiva del Consejo de Estado, en el auto admisorio de la demanda. Adicionalmente, se dispuso que frente a dicha decisión procedería el recurso de reposición.

En la actualidad, la Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo– conservó la suspensión provisional, en desarrollo del artículo 238 de la Constitución Política. En relación con los requisitos dispuestos para su procedencia, se encuentran importantes modificaciones, toda vez que ya no se dispone particularmente un capítulo para la suspensión, sino que esta se encuentra contenida como una de las posibles medidas cautelares que el accionante tiene a su disposición. El artículo 233 ibidem define los requisitos para decretar las medidas cautelares, así:

> […] Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

De lo anterior, se tiene que la medida de suspensión provisional en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se ha flexibilizado en el tiempo. Sobre el artículo precitado la Sección Tercera del Consejo de Estado ha dicho que

> […] con esta disposición, la Ley 1437 de 2011 introdujo una variación importante en relación con los requisitos de la suspensión provisional de actos administrativos, pues mientras el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo condicionaba la medida a

> que la infracción de la norma superior fuese manifiesta y surgiera únicamente de la confrontación directa entre el acto demandado y los preceptos invocados en la solicitud de imposición de la medida, el actual estatuto de procedimiento administrativo presenta un régimen más flexible que: i) no exige que la vulneración o violación sea ostensible o manifiesta; ii) permite analizar no solamente las normas invocadas en la solicitud sino también las que se señalen en la demanda; y (iii) faculta al juez para adentrarse en un análisis probatorio del material aportado con la solicitud de suspensión, a fin de establecer si el acto administrativo vulnera las normas invocadas y si, en consecuencia, es procedente decretar la medida solicitada (2021, Rad. 2194450 11001-03-26-000-2020-00042-00 65992).

En este sentido, la figura de la suspensión provisional en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no contempla requisitos demasiado rigurosos para su procedencia. Vale la pena preguntarse, entonces, ¿por qué es inconveniente dicho mecanismo en el procedimiento de control abstracto que realiza la Corte Constitucional? ¿es la competencia la única razón que impide la operancia de la figura? ¿no podría considerarse que la suspensión es una competencia implícita de la Corte para salvaguardar la integridad y supremacía de la Constitución Política, en los términos del artículo 4° y 241 del texto constitucional?

Sobre este tema, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C-352 de 2017, al estudiar una demanda de inconstitucionalidad de algunos artículos del Decreto Ley 2067 de 1991, por medio del cual "se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional". Los demandantes proponían la existencia de una omisión relativa legislativa, ya que no se contemplaba la suspensión provisional como medida cautelar dentro del procedimiento de la acción pública de inconstitucionalidad, no obstante, la Constitución sí la contempló, como ya vimos, para la Jurisdicción Contenciosa; situación que impedía, según aquellos, la garantía y efectividad de la Constitución y el desconocimiento de algunos artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En el caso bajo estudio, el Tribunal Constitucional se inhibió de emitir algún pronunciamiento de constitucionalidad respecto de lo demandado por el cargo de ineptitud sustancial de la demanda. Lo anterior significa que la Corte consideró que no existía

desconocimiento por parte del constituyente el hecho de no advertir esta potestad para la Corte Constitucional, pues:

> i) […] Colombia es un Estado Social de Derecho, por lo que la atribución de las competencias a las autoridades públicas, de cualquiera de las ramas del poder o de los órganos constitucionalmente autónomos, debe resultar de una decisión expresa prevista en el ordenamiento jurídico; y (ii) porque no es comparable la suspensión de un acto administrativo, con la suspensión de los efectos de una ley, y con mayor razón de un acto reformatorio de la Constitución, en razón del lugar que estas normas ocupan dentro del sistema de fuentes del Derecho, así como del estrecho vínculo de las leyes con el principio democrático, elemento que no es de la esencia de los actos administrativos (Corte Constitucional, Sentencia C 352, 2017).

De esta manera, se determinó que las competencias en el marco de un Estado Social de Derecho no pueden ser aplicables de forma análoga, mimética o extensible. Si bien existen competencias atípicas atribuibles a dicho Tribunal, estas no hacen referencia al trámite de constitucionalidad, toda vez que, "dichas atribuciones están regladas en el Decreto Ley 2067 de 1991, en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 23 transitorio de la Constitución" (Corte Constitucional, Sentencia C 352, 2017).

Así expuesto, resulta determinante indagar los motivos por los cuales la Corte Constitucional, aun teniendo una posición pacífica por años, decide virar su jurisprudencia en el marco del Auto 272 de 2023, al abrir la posibilidad de aplicar la suspensión provisional en el trámite del control constitucional. Pasará entonces a estudiarse los argumentos que sustentan dicho Auto, dejando como abrebocas los siguientes interrogantes: ¿bajo qué tesis se sostiene la abrogación automática de una competencia? ¿son idóneos, necesarios y proporcionales los requisitos que propone el máximo tribunal constitucional para introducir dicha figura? Lo anterior teniendo en cuenta que están en juego el principio de legalidad, democrático y de separación de poderes; al tratarse de un pronunciamiento a través de un Auto, ¿se entiende que es de unificación y por tanto la Corte sentó precedente? ¿se extenderá solamente a leyes o a disposiciones con fuerza material

de ley, o incluso los actos reformatorios de la Constitución? ¿cómo se ejercerá el control respecto de estos actos? ¿cuál será su procedimiento?

IV. SOBRE EL CONTROL CONSTITUCIONAL Y EL PAPEL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL AUTO 272 DE 2023.

La Corte Constitucional, mediante Auto 272 de 2023, modificó su posición parcialmente en relación con la aplicación de medidas cautelares, específicamente lo relativo a la suspensión provisional, en el proceso de constitucionalidad de leyes. En el caso examinado, el accionante interpuso la acción de inconstitucionalidad en contra de los artículos 2 (parcial), 12 y 18 de la Ley 2272 de 2022. Particularmente, se solicitó la imposición de la medida cautelar sobre los incisos tercero y cuarto del numeral segundo del literal (c)[7], relativos a los procesos que se adelantarían en el marco de la política de paz del Gobierno Nacional, indicando que estos constituyen un grave riesgo para los derechos de las víctimas, en el sentido de que se estaría evitando garantizarles a éstas verdad, justicia y reparación en los eventos de graves violaciones a derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

Para el estudio de la solicitud, la Corte analizó y reflexionó sobre los siguientes tópicos: i) la competencia para dictar medidas cautelares en el proceso de constitucionalidad, ii) el ajuste o modificación parcial del precedente constitucional sobre la operancia de la suspensión provisional, como medida excepcional para evitar el control constitucional o un perjuicio irremediable y finalmente, iii) el análisis del caso concreto de la petición. Si bien en la parte resolutiva la Corte

[7] Artículo 2° de la Ley 2272 de 2022. Para los efectos de esta ley se entenderá por seguridad humana y por paz total, lo siguiente: […] c) En el marco de la política de paz, el Gobierno podrá dos tipos de procesos: ii) acercamientos y conversaciones con grupos armados organizados o estructuras armadas organizadas de crimen de alto impacto con el fin de lograr su sometimiento a la justicia y desmantelamiento. […] Se entenderá como parte de una estructura armada organizada de crimen de alto impacto a los ex miembros de grupos armados al margen de la ley, desmovilizados mediante acuerdos pactados con el Estado Colombiano, que contribuyan a su desmantelamiento.

Se creará una instancia de Alto Nivel para el estudio, caracterización y calificación de las estructuras armadas organizadas de crimen de alto impacto que puedan verse beneficiadas por esta ley. Dicha instancia debe ser coordinada por el Ministerio de Defensa Nacional y contará con la participación de la Dirección Nacional de Inteligencia y el Alto Comisionado para la paz […]

negó la procedencia de la medida, es preciso analizar los argumentos que sustentan el auto en términos de idoneidad y si estos se encuentran ajustados en términos constitucionales.

Como ya se ha puesto de manifiesto, el primer punto problemático, en relación con la figura de la suspensión provisional en el procedimiento de constitucionalidad abstracto, es la falta de competencia expresa de la Corte Constitucional para ejercer dicha potestad. Al respecto, la tesis que sostiene el máximo Tribunal en dicho Auto parte de la base de la supremacía constitucional[8], de la obligación que tienen las autoridades – incluida la Corte – de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución[9], de la separación de poderes en relación con las demás ramas del poder público y de las condiciones en las cuales el Congreso debe sesionar, teniendo en cuenta que carecerá de validez toda reunión de los miembros de dicha Corporación que se realice por fuera de las condiciones constitucionales[10].

Como se afirma en el Auto, "en el constitucionalismo colombiano no existe una regla que proscriba determinado mecanismo de protección de origen legal o judicial, o que estos instrumentos deban estar taxativamente previstos en la Constitución" (Corte Constitucional, 2023). Sin embargo, olvida la Corte un elemento básico de la organización del Estado, y es que la condición esencial para el ejercicio de una potestad debe estar contenida expresamente en alguna disposición jurídica que previamente la habilite para su desarrollo. Esta es una de las manifestaciones básicas del principio de legalidad y de separación de poderes que gobierna todo Estado de Derecho.

Si bien la Corte Constitucional ha adoptado en varias de sus decisiones[11] la teoría de los controles implícitos, la cual otorga "la posibilidad de que el tribunal en el desarrollo de los fines estatales pueda atribuirse facultades que no están descritas en la Constitución Nacional" (Gelvez & Gutiérrez, 2019, p. 29), resulta relevante preguntarse, entonces, ¿qué límites tendrán estos

[8] El artículo 4° de la Constitución Política contiene la noción de supremacía constitucional al disponer que "la Constitución es norma de normas" y que, en todo caso, ante la existencia de alguna incompatibilidad entre las disposiciones jurídicas y el texto constitucional, se aplicará de manera preferente lo preceptuado por este último.
[9] Artículo 2° Ibidem
[10] Al respecto, no es muy clara la interpretación que se hace del artículo 149 de la Constitución Política, pues la Corte no precisa cuáles son las condiciones constitucionales idóneas para que se considere que el Congreso no está incurriendo en una arbitrariedad en relación con sus funciones.
[11] Por ejemplo, en las sentencias C-1040 de 2005, C-1043 de 2005 y C-034 de 2006 que hablan sobre los límites al poder de reforma y el test de sustitución.

poderes? ¿qué herramientas de defensa se tendrá para controvertirlos y ante quién se podrán someter a control? ¿en dónde queda el principio de auto restricción en las actuaciones del Tribunal Constitucional?

En el auto se sustenta que en los casos en donde exista una omisión relativa legislativa, se "cuenta con la atribución de efectuar control jurisdiccional" por parte de la Corte. No obstante, la existencia de una laguna no se puede colmar mediante interpretación. Al respecto Guastini (2014) pone de presente que:

> […] la laguna, si se presenta, se presenta solo después de realizada la interpretación; para colmarla, no queda sino integrar el derecho, es decir, crear derecho nuevo; y la producción de una norma nueva, idónea para colmar una laguna, es algo conceptualmente distinto de la interpretación de una disposición preexistente: no se trata de interpretación sino de construcción jurídica. (p. 145).

Con lo anterior, no se quiere indicar que los jueces no puedan dar lugar a la creación del derecho, ni tampoco se espera que la Corte Constitucional ejerza una especie de control constitucional notarial o que deba dejar pasar situaciones que parecen ser inconstitucionales. Sin embargo, las formas y procedimientos para ejercer dichas potestades deberían quedar expresas en alguna disposición jurídica, dejando precisados los límites y competencias de cada órgano del poder, incluyendo a la Corte, no solo de cara a las otras ramas o entidades estatales, sino también frente a la relación con los ciudadanos, con el propósito de no sorprenderlos en los procesos e imponer cargas adicionales que no se tenían previstas a la hora de ejercer el derecho de acceso a la justicia y a la garantía de la Constitución.

Asimismo, no se quiere negar la dimensión política que puede tener el Tribunal Constitucional en la toma de decisiones en el ordenamiento jurídico, toda vez que es una "jurisdicción sobre lo político", pero ésta "no es equiparable a una jurisdicción política" (Ángel, p. 368). Por lo anterior, su competencia se limita a la Constitución y nada más que a ella, esto es, se niega "en todo caso, su consideración como poder constituyente propio, ya que lo considera como un poder constituido que actúa como una prolongación y garantía del poder constituyente

originario" (Ángel, 1998, p. 368). Por lo tanto, no le es dable la suplantación de la voluntad del constituyente en el sentido de admitir que, si la potestad sobre la suspensión provisional se la otorgaron al Consejo de Estado, así mismo debería entenderse para la Corte Constitucional.

En la decisión adoptada se pretende perseguir un fin loable al querer adoptar mecanismos que impidan la ocurrencia de fenómenos como la elusión constitucional o afecten de manera irremediable los derechos consagrados constitucionalmente. Pese a esto, en el Auto 272 de 2023, no se explica de forma suficiente por qué los instrumentos disponibles para impedir la producción de dichos efectos, tales como la modulación de los efectos de las sentencias o el trámite de urgencia[12] (mecanismos que ya se tienen expresamente dispuestos en el ordenamiento), resultan poco efectivos o idóneos en el trámite de inconstitucionalidad. Tampoco se advierten las razones de modificar un precedente que venía siendo pacífico hasta el año 2022.

Con todo esto, el Tribunal Constitucional se aventuró a formular un ajuste en relación con su propio precedente, al determinar una serie de subreglas para la procedencia de la suspensión provisional. Dice la Corte que el ajuste está dirigido "a aquellas circunstancias límite en que se esté ante normas prima facie abierta o manifiestamente inconstitucionales y con efectos irremediables o que llevan a eludir el control de constitucionalidad y se cumpla con las condiciones específicas de excepcionalidad" (Auto 272, 2023). Adicionalmente, se deja precisado que esta no se trata de una facultad genérica, esto es, "aplicable a todo escenario de control de constitucionalidad" (Auto 272, 2023), aunque dicha afirmación resulta contradictoria en el sentido de que no se definen específicamente los contextos en donde será admitida la suspensión, ni se advierte si el juez podrá ejercer la solicitud de oficio, pues la legitimidad de proponerla a la Sala Plena está en manos del magistrado sustanciador.[13]

En este sentido, la Corte Constitucional propone seis requisitos o "estándares estrictos" para el decreto de la medida cautelar, así: i) debe ser excepcional, en el sentido de que es necesario

[12] El artículo 9° del Decreto 2067 de 1991 dispone que "entre la presentación del proyecto de fallo y la deliberación en la Corte deberán transcurrir por lo menos cinco días, salvo cuando se trate de decidir sobre objeciones a proyectos de ley o en casos de urgencia nacional".

[13] El ciudadano demandante solo estará legitimado para proponer al magistrado sustanciador o a cualquier magistrado la solicitud, pero ello no implica que pueda ser ejercida directamente.

determinar si existen otros instrumentos idóneos que resultasen menos lesivos para la presunción de constitucionalidad; ii) procede únicamente sobre disposiciones prima facie abierta o manifiestamente inconstitucionales y que iii) producen un efecto irremediable o que eludan el control de constitucionalidad; iv) la suspensión queda supeditada al cumplimiento de un juicio estricto de proporcionalidad; v) se debe contar con un soporte de decisión mayoritario, esto es, cuenta con la mayoría de los votos de los magistrados y vi) procederá exclusivamente a solicitud del magistrado sustanciador.

En este punto es preciso considerar el razonamiento lógico de la Corte Constitucional en los juicios de constitucionalidad. Guastini (2014) dispone que "significado *prima facie* (a primera vista) es aquel que resulta de la comprensión inmediata e irreflexiva del texto normativo, a la luz de usos lingüísticos comunes, es decir, de las reglas sintácticas y semánticas de la lengua" (p. 108). Aun cuando se trata de un juicio abstracto, no es común que la Corte acuda a razonamientos de naturaleza "*prima facie*", especialmente porque los asuntos a los que se acude mediante acción de inconstitucionalidad resultan de una complejidad tal, que es imprescindible hablar de un juicio *all-considered* o "todo-considerado", pues éste es el "resultado de la problematización del significado *prima facie* […] y de una reflexión ulterior" (p. 108). Además, se trata del contraste de una norma tipo regla (la ley) frente al texto constitucional que se encuentra estructurado bajo la lógica de los principios.

Tratándose de lo anterior, "los principios constitucionales, a causa de su indeterminación, no son susceptibles de aplicación sin una previa concreción. Mejor aún, decir "aplicar" un principio significa precisamente concretarlo" (Guastini, 2014, p. 211). Dada la heterogeneidad lógica en el contraste de normas y principios, resulta casi imposible que el resultado del ejercicio interpretativo del juez constitucional tenga como consecuencia que una disposición sea prima facie "abierta" o "manifiestamente" inconstitucional, tal como dispone la Corte en su Auto.

En este orden de ideas, resulta problemático, debido al momento procesal en donde se estudia la posibilidad de suspender provisionalmente una disposición, pues se requiere un nivel de reflexión muchísimo más complejo para determinar que una norma infringe la Constitución. Lo precedente implicará: o que la Corte se tome un tiempo adicional en el trámite de acción de

inconstitucionalidad, constituyendo una posible mora en la administración de justicia y la garantía de la Constitución; o que finalmente se vuelva una carta blanca para determinar que cualquier disposición contiene una premisa abierta o visiblemente inconstitucional; o en definitiva no habrá lugar a su aplicación, precisamente por una imposibilidad lógica en el análisis.

Distinto se muestra el ejercicio en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues si bien se encuentran similitudes en relación con la motivación para pretender la suspensión, esto es, la violación de una disposición normativa, el demandante tiene, en todo caso, la carga argumentativa de sustentar las razones, pues tal transgresión debe surgir del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas que son llevadas en conjunto con la solicitud. Así, la procedencia de la suspensión implica, como mínimo, que se indique el concepto de violación de las normas superiores.

Lo anterior nos lleva a cuestionar un último punto en relación con la legitimidad de la acción y el derecho de acceso a la justicia, pues a diferencia de lo que sucede en la Jurisdicción Contencioso Administrativa[14], frente a la Corte, la parte accionante solo podrá sugerirle al magistrado sustanciador que formule la suspensión provisional a la Sala Plena, para que ésta decida sobre su procedencia o no. En virtud de dicha afirmación, el Tribunal Constitucional justifica esta distinción, pues el primer análisis "recae sobre actos u actuaciones administrativas que carecen de la ascendencia democrática directa con la que sí cuenta la legislación" (Auto 272, 2023).

No obstante, sería pertinente examinar si la Corte Constitucional, dada su naturaleza contramayoritaria, contiene en términos democráticos la posibilidad de restringir el derecho de acción de los ciudadanos en la acción pública de inconstitucionalidad, con una agravante y es el desplazamiento de dicha legitimidad hacia un mismo integrante de la corporación. De allí que surja el principal problema del control constitucional, el cual, como indica Hart Ely (1997): "un cuerpo que no es electo, ni es políticamente responsable de otra manera significativa, les está diciendo a

[14] El artículo 233 de la Ley 1437 de 2011 dispone que: "la medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso. El juez o magistrado ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda".

los representantes elegidos por el pueblo que no pueden gobernar como lo desean[15]" (p. 23). Se concluye que el Auto resulta inconveniente e incluso inconstitucional, pues no se precisan los términos en que se realizará el procedimiento, si la decisión podrá ser objeto de recursos y, de ser así, ¿ante quién se ejercerá dicho control? ¿no estará la Corte desbordando su competencia en este sentido, al contemplar asuntos que no se encuentran determinados en el Decreto 2067 de 1991?

Expuesto este panorama, se tiene que la decisión que toma la Corte de ajustar su precedente, en relación con la suspensión provisional en el trámite de la acción de inconstitucionalidad, carece de coherencia y rigurosidad en la argumentación, y tiene problemas en relación con el razonamiento lógico de los postulados normativos bajo su estudio e incluso se presenta una extralimitación de funciones al formular procedimientos y restringir el ámbito del acceso a la justicia a los ciudadanos. Resulta trascendental poner la mirada en estos "poderes implícitos" que ejerce el Tribunal Constitucional, pues como advierte Hart Ely (1997): "el público ha llegado a esperar que la Corte intervenga en contra de abusos mayores. Y entonces la Corte debe intervenir. ¿Debe intervenir? Yo sostendría que no, al menos no tal como se formula aquí. Pero ¿puede salirse con la suya si interviene? Ciertamente" (p. 68).

V. CONCLUSIÓN

La suspensión provisional se constituye como la especie dentro del género de las medidas cautelares. Su propósito está orientado a evitar, de manera accesoria y transitoria, la producción de efectos jurídicos de disposiciones normativas que parecen ser contrarias a las normas superiores. Históricamente, es posible rastrear sus antecedentes en el ordenamiento jurídico colombiano, con propósitos distintos y en contextos diferenciados, que van desde el ámbito privado hasta su uso como un mecanismo de naturaleza pública; pasando de un ejercicio frente a las disposiciones normativas de ley o con fuerza de ley en contraste a las Constituciones de la Confederación Granadina y los Estados Unidos de Colombia, hasta su asiento en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en el modelo constitucional formulado en 1991.

[15] Se considera poco adecuado el uso de la expresión "como lo desean", pues no se trata de que los representantes legislen a su arbitrio, sino que puedan formular las disposiciones normativas necesarias, dentro de los límites constitucionales y legales que se tienen, dando lugar a la mayor eficacia de los derechos y garantías consignados en el propio texto constitucional.

Precisamente, la Constitución Política, dispuso expresamente que sería la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo quien tendría la potestad expresa de suspender los actos administrativos objeto de su conocimiento. Ahora, es la Corte Constitucional quien mediante el Auto 272 de 2023 se auto-atribuye dicha competencia, en virtud de la supremacía constitucional y atendiendo a una interpretación amplia de las funciones establecidas en el artículo 241 constitucional, desconociendo el principio de auto restricción del juez constitucional, el principio de legalidad en el Estado de Derecho y la separación de poderes.

Si bien se considera que, actualmente, existen elementos dentro de la teoría jurídica para entablar una discusión acorde, en relación con la introducción de mecanismos cautelares en el proceso de la acción de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional en dicho pronunciamiento carece de fundamentos sólidos para considerar la procedencia de la suspensión provisional y crea un gran escenario de indeterminación, pues los criterios creados parecen constituir una carta blanca sin ningún tipo de control e introducen limitaciones a los ciudadanos, de cara al ejercicio del derecho de acceso a la justicia y la garantía de la Constitución.

Al estudiar el funcionamiento de dicha figura en un órgano de similar naturaleza, como podría ser el Consejo de Estado, lo cierto es que, en los términos formulados, la Corte Constitucional se extralimitó en sus funciones bajo el argumento de la teoría de los poderes implícitos, la cual siempre debería ser mirada con sospecha, pues en un sistema de frenos y contrapesos tendríamos que obtener certeza de los límites en los cuales se pueden ejercer las potestades de las autoridades y que, de ser arbitrarias, se tuviera el respectivo control. Sin embargo, el ajuste al precedente se considera poco idóneo y necesario, pues existen mecanismos igualmente efectivos y con menos posibilidad de restricción, en relación con el principio de legalidad y el democrático, como lo son la modulación de los efectos de las sentencias y el trámite de urgencia, e incluso se podría pensar por la vía democrática la inclusión o modificación de las competencias del artículo 241.

VI. REFERENCIAS

ÁNGEL MARÍN, J. (1998). Naturaleza jurídica del tribunal constitucional. Colección Ariel Derecho.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (2011). Ley 1437 de 2011. 18 de enero de 2011. D.O: 47.956 del 18 de enero de 2011.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (1941). Ley 167 DE 1941. 24 de diciembre de 1941. D.O: 24.853 del 7 de enero de 1942.

CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C. (2021) Sentencia del 26 de noviembre de 2021. Rad. 219445011001-03-26-000-2020-00042-00 (65992). [C.P] Nicolás Yepes Corrales.

CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A. (2016). Sentencia del 12 de febrero de 2016. Rad. 11001-03-26-000-2014-00101-00 (51754) A. [C.P] Carlos Alberto Zambrano.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA [Const]. 7 de julio de 1991 (Colombia).

CORTE CONSTITUCIONAL. (2023). Comunicado del 6 de marzo de 2023. [M.P] Jorge Enrique Ibáñez Najar.

CORTE CONSTITUCIONAL. (2021). Auto 581 de 2021. [M.P] José Fernando Reyes Cuartas.

CORTE CONSTITUCIONAL. (2020). Auto 161 de 2020. [M.P] José Fernando Reyes Cuartas.

CORTE CONSTITUCIONAL. (2017) Sentencia C 352 de 2017. [M.P] Alejandro Linares Cantillo.

CORTE CONSTITUCIONAL. (2015). Auto 368 de 2015. [M.P] Mauricio González Cuervo.

DE ENTERRÍA, E. G., (1985). La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas.

FERRER MAC-GREGOR, E. (2019). Los poderes del juez constitucional y las medidas cautelares en controversia constitucional. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en: http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/30774?show=full

GELVEZ RINCÓN, C. F., & GUTIÉRREZ CARRILLO, N. V. (2019). La suspensión provisional de efectos jurídicos de una ley ordinaria como medida cautelar innominada en la acción pública de inconstitucionalidad en Colombia.

GUASTINI, R. (2014). Interpretar y Argumentar. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. Traducción de Silvina Álvarez Medina.

HART ELY, J. (1997). Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

KELSEN, H. (2016). La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Ensayos Jurídicos. Universidad Autónoma de México (UNAM).

MALAGÓN-PINZÓN, M. (2011). La suspensión provisional y la Corte Constitucional. Raíces históricas, persistencias y transformaciones hasta el presente. Estudios Socio Jurídicos, 13 (1), 349-364.

ZAGREBELSKY, G. (1995). El derecho dúctil. Colección Estructuras y Procesos Serie Derecho. Madrid: Editorial Trotta.