

Taxatividad constitucional o discrecionalidad judicial. Una revisión a los límites de la Corte Constitucional en Colombia

*Constitutional taxativity or judicial discretionality. A review of the limits
of the Constitutional Court in Colombia*

John Fernando RESTREPO¹

Lady Juliana GUEVARA²

Resumen: Este escrito tiene por objeto identificar los principales cambios que ha sufrido el artículo 241 superior, en el que se señalan “taxativamente” las funciones de la Corte Constitucional como guardián supremo de la Carta. Estos cambios han tenido lugar por vía de actos legislativos y de pronunciamientos de la Corte Constitucional. A través de ellos se ha transformado la función de la Corte Constitucional ampliando su radio de acción de forma significativa. Describe tales cambios con el ánimo de someter a discusión el alcance, deliberado o necesario, de un órgano encargado de decir qué dice y cómo debe entenderse la Constitución, más allá de lo dispuesto por el poder constituyente primario.

Palabras clave: Estado constitucional de derecho, discrecionalidad judicial, control constitucional.

Abstract: The purpose of this document is to identify the main changes that the superior article 241 has undergone, in which the functions of the Constitutional Court as supreme guardian of the Charter are “taxatively” indicated. These changes have taken place through legislative acts and pronouncements of the Constitutional Court. Through them the function of the Constitutional Court has been transformed, expanding its scope of action significantly. It describes such changes with the aim of subjecting to discussion the scope, deliberate or necessary, of a body in charge of saying what the Constitution says and how it should be un-

1 Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad del Valle (Cali, Colombia). Correo electrónico: restrepo.john@correounivalle.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4561-3041>

2 Profesora de Derecho Público de la Universidad de Medellín (Medellín, Colombia). Correo electrónico: ljguevara@ude-medellin.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5778-799X>

derstood, beyond what is established by the primary constituent power.

Keywords: Constitutional rule of law, judicial discretion, constitutional control.

1. Introducción

En el orden constitucional ocurren varias contradicciones estructurales que definen la esencia del tránsito del estado legalista al orden constitucional³. Tal orden, siguiendo a Prieto Sanchís, significa la sumatoria de cuatro variables: (i) una Constitución que se erige como norma primera del orden jurídico, para sustituir el imperio de la ley, que condiciona formal y materialmente el resto del orden normativo; (ii) una incorporación de máximas normativas, de innegable sustrato moral, que integran un paradigma de lo que debe ser la relación entre derecho y sociedad, expresadas en derechos fundamentales, principios y valores constitucionales; (iii) una defensa judicial de la Constitución, que mediante el control constitucional asegura que toda norma sea compatible formal y materialmente con las disposiciones constitucionales; y (iv) una Constitución rígida. Es decir, aquella cuyo proceso de reforma resulta más complejo que el exigido en la expedición de una ley ordinaria⁴.

Este orden constitucional en el que las máximas legales sucumben ante la instalación de una norma constitucional y un lenguaje de máximas jurídicas de estirpe moral como derechos fundamentales o principios constitucionales no opera de manera pacífica; ni en su concepción teórica ni en su desarrollo operativo⁵. En materia sustantiva ocurre un cambio en el sistema de fuentes que exige necesariamente replantear la discrecionalidad judicial por cuanto los jueces intervienen de manera directa en el proceso de creación del derecho⁶. En materia procedimental advertimos tres grandes contradicciones que exigen pasar al tablero, de manera periódica, la validez o pertinencia del orden constitucional⁷.

Estas tres contradicciones pueden recogerse así: *contradicción 1*, ocurre en el interior del régimen democrático constitucional en el que las minorías gozan de una esfera especial de protección⁸. Los derechos contramayoritarios de las minorías han llevado, en no pocas ocasiones, a advertir que la mejor manera de asegurar su efectiva esfera de protección es impedir

3 López (2023), p. 23.

4 Prieto (2013), p. 25.

5 Mejía y Pabón (2023), p. 94.

6 Ferrajoli (2007), p. 102.

7 Rojas (2022), p. 143

8 Zamorano (2023), p. 397.

que la disputa se dirima en las urnas⁹. Minoría es un término empleado en el lenguaje constitucional para hacer referencia a un sujeto o una colectividad cuya esfera de protección de derecho acarrea un costo electoral potencialmente alto o que carece de la presión mediática suficiente para lograr que sus exigencias tengan eco normativo. Minoría no se define desde una perspectiva numérica sino desde la fatal contradicción con la que el establecimiento reconoce los derechos que reclaman, pero omite sistemáticamente su protección efectiva. En esta dirección podemos enunciar algunos ejemplos de minorías: (i) migrantes; (ii) reclusos; (iii) minorías étnicas; (iv) población sexualmente diversa; (v) discapacitados; y (vi) reinsertados. Democracia sin voluntad mayoritaria es, en términos modernos, una notable contradicción¹⁰. Sin embargo, esta aparente negación es la esencia de una democracia en la que se les asegura a las minorías que sus derechos sean concebidos como carta de protección que representan una esfera de lo indecible en términos proselitistas o electorales de los que las mayorías pueden disponer.

Contradicción 2, ocurre con la materialización de los estados de excepción¹¹, durante los cuales se suspende el orden constitucional en favor del Poder Ejecutivo, con el único objetivo de asegurar su restablecimiento y preservación cuando se han configurado escenarios fácticos y jurídicos en los que el orden jurídico ordinario es insuficiente, como puede ocurrir en un caso de guerra exterior, conmoción interior o una emergencia social, económica y ambiental¹².

Contradicción 3, ocurre cuando la Corte Constitucional, guardián supremo de la Constitución, actúa por fuera de los mandatos taxativos trazados por el poder constituyente, con el único objetivo de asegurar la preservación del orden constitucional y la supremacía de la Constitución como norma de normas¹³. Esta tercera contradicción, expresada en los múltiples cambios de sentido, contenido y redacción que ha sufrido el artículo 241 superior, representa el objeto de estudio y análisis de este artículo. La voluntad del constituyente expresó de manera taxativa unas funciones que la Corte Constitucional ha modificado, según el caso, con el fin de asegurar la supremacía de la Constitución o la integridad del orden constitucional. Esta indisciplina operativa de lo que ordenó el poder constituyente primario y lo que ha hecho el poder constituido en cabeza del órgano que lidera la jurisdicción constitucional, ha dado lugar a debates esenciales para el constitucionalismo, porque en dicha actuación se juega la esencia

9 Zagrebelsky (2008), p. 28.

10 Bobbio (2006), p. 69.

11 Agamben (2014), p. 26.

12 Tobón (2019), p. 39.

13 Solozábal (2022), p. 241.

del poder limitado de todos los órganos a las disposiciones constitucionales¹⁴.

En este caso, el escenario de discusión es menos legible sobre lo que puede hacer un poder constituido a la luz de los mandatos constitucionales, porque en los mismos términos de la Corte Constitucional, cuando ella interpreta a la Constitución, no hay distancia entre una y otra, ni de una hoja de papel¹⁵. El Poder Legislativo y el Ejecutivo son limitados jurídicamente por la Corte Constitucional, en el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad¹⁶. La Corte Constitucional, conforme las reglas propias del uso del control constitucional, asegura que las normas sean compatibles, de forma y fondo, con las máximas constitucionales. Ahora bien, de tal potestad jurisdiccional podría ocurrir que el orden judicial se desborde en su procedimiento y en su contenido porque lo expresado por la Corte puede desbordar el alcance material de sus funciones y quedar exento de límites. En ese escenario, los límites parecen diluirse en razón de la relación compleja y absorbente de la Corte con la Carta.

Este trabajo fue elaborado a partir de una metodología cualitativa; cimentada en un enfoque descriptivo y crítico que utilizó dos tipos de fuentes normativas para identificar la transformación que ha ocurrido con respecto al artículo 241 superior. Estas fuentes son los actos legislativos y la jurisprudencia de la Corte Constitucional; a partir de su descripción y análisis sobre lo que significa cada cambio del artículo en cuestión, será posible entregarle a la comunidad académica mayores luces argumentativas sobre la naturaleza, alcance y desarrollo de esta tercera contradicción, con respecto al actuar de la Corte Constitucional, sobre sus funciones como guardián e intérprete de la Carta en el interior de un orden constitucional en el que no siempre es posible diferenciar si dicho orden condiciona el actuar de la Corte o es la propia Corte Constitucional la que define el sentido de comprensión sobre aquello que llamamos sistema normativo constitucional.

2. Estructura de la transformación del artículo 241 superior

El artículo 241 superior representa la adopción del orden constitucional de derecho con el que se pone fin al sistema legalista que nuestra vida republicana utilizó a lo largo de casi dos centurias¹⁷. El artículo 4 superior declara a la Constitución “como norma de normas”. Allí se instala la modificación al sistema de fuentes con el que el imperio de la ley cede ante el imperio del orden constitucional¹⁸. Este artículo exige como complemento que haya un órgano que

14 Araújo (2015), p. 160.

15 Corte Constitucional de Colombia, C-113 de 1993; C-037, de 1996; SU-309, de 2019.

16 Quinche (2023), p. 45.

17 López (2008), p. 7.

18 Zagrebelsky (1999), p. 110.

asegure la integridad de la guarda y supremacía del orden constitucional a quien la Asamblea Constituyente denominó Corte Constitucional¹⁹.

La Corte Constitucional forma parte de la rama judicial del poder público. Está integrada por un número impar de miembros elegidos por el Senado para periodos individuales de 8 años, de sendas ternas que integran el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado²⁰. La Corte Constitucional es la máxima autoridad de la jurisdicción constitucional, y sus funciones constitucionales, de conformidad con el artículo 241 superior, pueden expresarse en estos términos:

1. Definir la constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución.
2. Definir la constitucionalidad de algunos proyectos de ley.
3. Definir la constitucionalidad de todas las leyes.
4. Definir la constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley.
5. Definir la constitucionalidad de los decretos legislativos.
6. Pronunciarse sobre los procesos de tutela.
7. Darse su propio reglamento.

Esta lista de funciones estaba redactada a lo largo de once numerales en los que la Asamblea Constituyente fijó en una dirección en que tales funciones se ejercerían de manera literal y taxativa. Y se entendía que sobre dichas funciones debería operar el ejercicio de actuación del guardián supremo de la Carta, con el objetivo de que la Constitución como norma superior asegurara su posición normativa de manera expresa e inequívoca. Los cambios que han transformado de manera significativa este artículo, y con él, el modo de proceder de la Corte Constitucional, pueden recogerse así: (i) revisión a los decretos estatutarios; (ii) revisión formal y material a los actos reformativos de la Constitución; (iii) revisión a la omisión legislativa; (iv) alcance de la procedencia de la acción de tutela; (v) suspensión automática y temporal de los efectos de ejecución de una norma cuya implementación pudiera acarrear un perjuicio irremediable, hasta que se resuelva de fondo su constitucionalidad; y (vi) decisión sobre conflictos de competencia. Esta lista no obedece a un criterio cronológico y tampoco a una jerarquía del tamaño o alcance del cambio; pues cada uno de ellos, según el contexto y la norma sobre la que recae la reflexión institucional y el marco de actuación de la Corte Constitucional, ahondan de manera sustancial y en sí misma, en el tercer tipo de contradicción ocurrente en los sistemas constitucionales.

Este último cambio citado sobre dirimir conflictos de competencia tiene su origen en una

¹⁹ Buenahora (2021), p. 310.

²⁰ Tobo (2004), p. 92.

decisión funcional y no interpretativa sobre el alcance de los mandatos constitucionales que rigen a la Corte Constitucional. Al promulgarse la Constitución en 1991 se fijaron once numerales donde se describía la funcionalidad de la Corte Constitucional en pro de asegurar la supremacía e integridad de la Constitución.

Desde 1991 y hasta 2015, el artículo 241 estuvo integrado por once numerales, terminando siempre con la potestad administrativa de que la Corte Constitucional se diera su propio reglamento. A partir de la expedición del acto legislativo 02 de 2015, declarado exequible mediante Sentencia C-285 de 2016, las funciones de la Corte Constitucional no se modifican en sentido sino en contenido. El anterior numeral once, de darse su propio reglamento, pasa a ser el numeral doce; por cuanto el nuevo numeral once consagra en la Corte Constitucional la facultad para dirimir los conflictos de competencia entre las diferentes jurisdicciones. Enunciado esto, procederemos a explicar los cambios sustanciales al artículo 241 superior donde se entenderá el origen de esta tercera contradicción del orden constitucional. Ello, en razón de que la Corte Constitucional ha entendido que ser su guarda exige, indefectiblemente, proteger no solo sus mandatos sino su espíritu, visible más allá de los “*estrictos y precisos términos*” con los que se refirió a su acción la Asamblea Constituyente; y que al día de hoy, con toda certeza, asistimos a una lista de funciones constitucionales, que entre la voluntad de la Asamblea y las reformas procedentes por medio del Congreso y de la misma Corte Constitucional, es igual a trece.

3. Cambio 1. Revisión a los decretos estatutarios

Los numerales cinco y siete del artículo 241 superior indican que la Corte Constitucional revisa la constitucionalidad de dos tipos de decretos. El numeral cinco hace alusión a los decretos con fuerza de ley; y el numeral siete a los decretos legislativos.

Los decretos con fuerza de ley son normas que expide el Gobierno en desarrollo de una facultad que, por vía legal, concede el Congreso en el marco de la conveniencia o necesidad públicas. El control constitucional que ejerce la Corte Constitucional sobre estos decretos es *rogado* (debido a que la competencia de la Corte Constitucional para resolver su exequibilidad está sujeta a la presentación de una acción de inconstitucionalidad); *posterior* (por cuanto el decreto es revisado por la Corte Constitucional cuando ya ha generado efectos jurídicos); e *integral* (por cuanto la revisión atiende vicios materiales de su contenido o de procedimiento en su formación).

Los decretos legislativos son normas de rango supralegal que se expiden durante la aper-

tura y vigencia de los estados de excepción²¹. Con esta nueva nominación se quiso superar el consagrado estado de sitio que regulaba la Constitución presidencialista de 1886 y se fijaron unas reglas constitucionales y legales cuya filosofía era limitar la excepcionalidad institucional en la que el Poder Ejecutivo se reviste de un poder tan amplio, que al parecer ni el límite político (rendición de cuentas ante el legislador), ni el jurídico (control constitucional posterior, automático, integral y excepcionalmente oficioso a los decretos legislativos en cabeza de la Corte Constitucional) resulta ser suficiente para asegurar la efectiva protección de los derechos fundamentales y la estructura republicana de un poder tripartito y autolimitado²².

El otro tipo de decretos expedido en el seno de la rama ejecutiva son los decretos reglamentarios. Estos decretos se expiden en ejercicio de una función administrativa y, por ende, son susceptibles de revisión por el Consejo de Estado en desarrollo de la acción de nulidad por inconstitucionalidad (artículo 237 superior). El artículo 189 # 11 superior radica en el Ejecutivo la potestad reglamentaria. Esta potestad es un ejercicio administrativo de colaboración armónica entre el legislador (que expresa su voluntad normativa a través de máximas universales) y el Ejecutivo (que desarrolla el orden funcional de aplicación de la ley).

Existe una notable diferencia entre los decretos que reglamentan leyes y los decretos que reglamentan decretos legislativos (expedidos por el Presidente y todos sus ministros durante los estados de excepción). Los decretos reglamentarios de ley tienen un control constitucional rogado, posterior e integral en cabeza del Consejo de Estado. Los decretos reglamentarios de decretos legislativos tienen un control constitucional automático, posterior e integral en cabeza del Consejo de Estado. Aparentemente, uno y otro tipo de decretos gozan del mismo control constitucional, pero no es así. El control constitucional que opera sobre los decretos que reglamentan leyes es rogado. Esto significa que la competencia del Consejo de Estado para decidir su constitucional está sujeta a la presentación de una acción de nulidad por inconstitucionalidad (artículos 40 y 237 # 2 superiores); por el contrario, el control constitucional que opera sobre los decretos que reglamentan decretos legislativos es automático, esto significa que se conserva la misma lógica de asegurar un control jurídico de manera más expedita a las actuaciones extremas que se le confían al Ejecutivo cuando resulta necesario restablecer el orden constitucional (artículo 20, Ley N.º 137 de 1994). El resto de estructura del control constitucional que recae sobre uno y otro decreto es posterior, integral y está en cabeza del Consejo de Estado, debido a la función administrativa con la que se erige su expedición.

Ahora bien, ¿qué tipo de control constitucional y en cabeza de quién está radicada la competencia para definir la constitucionalidad de decretos que reglamenten normas constitucio-

21 Pérez (2004), p. 538.

22 Quinche (2009), p. 503.

nales? Este es el caso del decreto reglamentario 2591 de 1991 que expidió el Gobierno con el objeto de atender el mandato constitucional de reglamentar la acción de tutela (artículo 5b transitorio superior).

Como decreto reglamentario se entiende que se expide en ejercicio de una función administrativa, por ende, el órgano competente para resolver su constitucionalidad debe de ser el Consejo de Estado; y dado que dicha potestad reglamentaria no se expide en el marco de un estado de excepción, entonces el control constitucional sobre dicho decreto reglamentario habrá de ser *rogado* (mediado por una acción de nulidad por inconstitucionalidad), *posterior* (cuando ya ha empezado a generar efectos jurídicos, dada su presunción de constitucionalidad) e *integral* (revisión a vicios procedimentales y sustantivos).

Aquí se advierte una adición sustantiva al artículo 241 superior, que tiene lugar mediante el artículo 10 transitorio superior en el que se señala que los decretos que reglamentan estos mandatos constitucionales tendrán fuerza material de ley, y por ende el órgano competente para conocer de su constitucionalidad será la Corte Constitucional. Tenemos entonces que la Corte Constitucional es el órgano competente para resolver la constitucionalidad de tres tipos de decretos: (i) decretos legislativos²³; (ii) decretos con fuerza de ley²⁴, expedidos en ejercicio de la potestad concedida por el Congreso mediante una *ley de facultades*²⁵; y (iii) decretos expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria sobre mandatos constitucionales. Este tercer tipo de decretos, que reglamentan un mandato constitucional, para el caso cuyo objeto de desarrollo versa sobre asuntos que se reglamentan mediante ley estatutaria (artículo 152 superior), serán concebidos como decretos estatutarios, y en razón de tal potestad, la revisión de constitucionalidad será competencia exclusiva de la Corte Constitucional, excluyendo así al Consejo de Estado.

4. Cambio 2. Revisión formal y material a los actos reformativos de la Constitución

Los numerales uno y dos del artículo 241 superior señalan explícitamente que la revisión

23 “Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos [...] con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución”. (Artículo 241 # 7 superior).

24 “Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno [...] por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación”. (Artículo 241 # 5 superior).

25 “Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara. El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos [...] dictados por el gobierno en uso de facultades extraordinarias”. (Artículo 150 # 10 superior).

a los actos reformativos de la Constitución ocurre “solo por vicios de procedimiento en su formación”. Esta disposición establece que los medios de reforma (referendo, acto legislativo y Asamblea Constituyente) podrán demandarse ante la Corte Constitucional solo en sentido formal. Esto por cuanto asegura la naturaleza de una Constitución rígida en la que efectivamente sí proceden reformas, pero trazadas por un trámite más complejo que el exigido para la expedición de una ley ordinaria.

En principio, es posible afirmar que todo acto reformativo de la Constitución solo puede aceptar una discusión formal y nunca material; esto por cuanto es evidente que todo acto de reforma contiene un sentido que contradice lo establecido por la voluntad inicial del constituyente primario. Reforma a la Constitución significa modificar sustancialmente un enunciado que en un momento institucional el poder constituyente quiso instalar en el resorte constitucional, pero ocasiones posteriores han exigido modificar dicha disposición, para lo cual resulta necesario valerse de diferentes medios de modificación de la Carta.

En Colombia, el artículo 374 superior consagra tres vías de reforma a la Constitución: (i) los *actos legislativos*²⁶, que son normas a través de las cuales el Congreso, en ejercicio de la función constitucional, modifica enunciados constitucionales; (ii) el referendo, que es una norma de base ciudadana que se propone revestir de legitimidad democrática un acto de reforma constitucional, por cuanto exige de unos umbrales de participación y de decisión en los que el pueblo soberano decide sobre el alcance y contenido de su norma rectora; y (iii) la Asamblea Constituyente, máxima instancia del orden constitucional por cuanto en su seno se asienta el poder constituyente primario. Poder fundacional de un orden jurídico y político revestido de competencia para transformar un sistema normativo o erigir un nuevo Estado.

El numeral primero del artículo 241 superior faculta a todo ciudadano a presentar una acción pública de inconstitucionalidad, reglamentada en el Decreto 2067 de 1991, contra todo acto reformativo de la Constitución, *solo por vicios de procedimiento en su formación*. Esto es, verificar que se satisfagan los requisitos constitucionales de quien tiene competencia para adelantar la iniciativa de reforma. Que la Registraduría confirme la validez de las firmas ciudadanas que respaldan la iniciativa de la ley que convoca a referendo; que no se sobrepasen los topes de financiación que exige la ley para cada acto ciudadano de reforma; que el tránsito legislativo de convocatoria a referendo o de expedición de acto legislativo se agote en debida

26 Este es el medio más recurrente por medio del cual se ha reformado la Constitución. Entre los años 1993 y 2021 se han expedido 57 actos legislativos a través de los cuales ha resultado necesario definir la competencia del Congreso frente a modificaciones estructurales de la Carta.

forma conforme los debates exigidos y sus mayorías respectivas.

“Solo por vicios de procedimiento en su formación” exige afirmar que el contenido material que se discute en referendo o en acto legislativo está por fuera del alcance de lo que la Corte Constitucional debe calificar como exequible o no. Y con mayor evidencia, los temas que sean objeto de discusión y agenda de la Asamblea Constituyente, durante su funcionamiento, estarán debido a su naturaleza fundacional del orden jurídico, exentos de control constitucional²⁷.

El numeral segundo del artículo 241 superior establece una condición importante que solo aplica para el referendo y la convocatoria a Asamblea Constituyente, dejando por fuera al acto legislativo, al que de conformidad con el artículo 241-1 superior, su revisión constitucional solo tendrá lugar como consecuencia del ejercicio ciudadano de incoar la acción de inconstitucionalidad²⁸. De tal forma, que en caso de que no haya demanda ciudadana de inconstitucionalidad sobre la ley que convoca a referendo o Asamblea Constituyente, la Corte Constitucional será competente para ejercer un control constitucional automático, previo y según los términos literales de constitucionalidad: exclusivamente formal. Control constitucional automático, porque sin mediar demanda de inconstitucionalidad, se instala como trámite de procedencia, antes de la votación ciudadana, que la Corte Constitucional declare su exequibilidad. Pues en caso de declararse inexecutable, será inviable e improcedente el pronunciamiento ciudadano. El control constitucional es previo porque la ley que convoca al pueblo sobre asuntos de reforma constitucional solo será vinculante dentro del orden jurídico cuando habiendo llegado la consulta a las urnas se satisfaga el *umbral*²⁹ de participación y decisión que demanda la ley para uno y otro caso.

Con respecto al tipo de control constitucional de los actos reformativos de la Constitución “solo por vicios de procedimiento”, la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-551 de 2003 vierte en la doctrina constitucional la teoría sobre los vicios de competencia a la hora de expedir una norma mediante la cual se modifique la Constitución, sobre la cual la Corte Constitucional ha de asegurar su guarda e integridad.

El aspecto medular de esta sentencia radica en la diferencia meridiana que ocurre entre reforma y sustitución de la Constitución, que se incorpora a nuestro orden jurídico por vía de jurisprudencia porque dicha distinción no fue propuesta por la Asamblea Constituyente.

27 Carbonell (2015), p. 111.

28 Naranjo (2006), p. 421.

29 El pueblo convocará a Asamblea Constituyente cuando así lo disponga el voto favorable de una tercera parte del censo electoral (artículo 376 superior). La decisión de reforma constitucional en sede de referendo tendrá lugar cuando se satisfagan dos condiciones: (i) que haya una votación de la mayoría de los sufragantes y (ii) que en dicha contienda electoral haya tomado parte al menos una cuarta parte del censo electoral (artículo 378 superior).

Nuestra Constitución es una Constitución rígida por cuanto establece unos requisitos especiales de procedencia en caso de querer modificar algún mandato normativo que instaló el constituyente primario. Afirma la Corte Constitucional que revisar los vicios de procedimiento se expresa en dos aspectos esenciales sobre los cuales radica la revisión de constitucionalidad del acto modificatorio de la Constitución. En un primer momento será esencial revisar todos los aspectos sustantivos del trámite con el que se ha adelantado el acto reformativo de la Constitución. Un ejemplo de esos aspectos estructurales del trámite se expresa en las firmas que explicitan el respaldo ciudadano; el régimen de mayorías que dirige el tránsito legislativo; el actuar dentro de las legislaturas correspondientes o el respeto por los toques de financiación a cada expresión ciudadana. En un segundo momento será necesario determinar si quien propone la modificación constitucional, expresada en términos de reforma o de sustitución, tiene competencia para hacerlo.

Reforma, siguiendo la voz de la Corte Constitucional, significa una modificación constitucional que no compromete los presupuestos básicos de la parte dogmática de la Constitución como principios o valores constitucionales o el núcleo esencial de los derechos fundamentales y sus medios de protección³⁰. Porque cuando tales preceptos resultan afectados con la modificación constitucional ocurre que ya no se asiste a una reforma sino a una sustitución. Sustitución es entonces un cambio total o parcial de elementos estructurales de la Constitución³¹. A juicio de la Corte Constitucional, la potestad para sustituir una Constitución solo puede recaer en el poder constituyente primario. Un poder creador del orden jurídico que no está regido por mandatos constitucionales porque su poder es precedente a todo orden normativo, y que dentro de nuestro régimen constitucional solo tendría lugar cuando así se exprese la Asamblea Constituyente; mediante la convocatoria, instalación y acción de la Asamblea Constituyente no se avisa una reforma sino una sustitución. En cambio, el poder de reforma no es un poder fundacional. Es una expresión de modificación de la Constitución que está en cabeza de un poder constituido, un poder constituyente secundario o derivado a quien los mandatos constitucionales expresados en principios, en valores, en derechos fundamentales y en el bloque de constitucionalidad le limita y le condiciona su marco de libertad o la liberalidad con la que actúa. Así pues, que aunque la Carta exprese la competencia para revisar solo los vicios de procedimiento, a juicio de la Corte Constitucional resulta necesario revisar vicios materiales para poder establecer si en dicha modificación hay un límite de competencia, porque quien lidera la sustitución constitucional no tiene la facultad constitucional de hacerlo. Y permitírsele representa debilitar el orden constitucional que ella está llamada a conservar en su calidad de guardián y garante de la Carta.

30 Corte Constitucional de Colombia, C-249 de 2012.

31 Corte Constitucional de Colombia, C-294 de 2021.

En el interior de nuestro orden constitucional este poder constituido, habilitado para reformar la Constitución, está en cabeza del pueblo cuando actúa mediante referendo o del Congreso de la República cuando se expresa a través de la expedición de actos legislativos. Mediante las sentencias C-551 de 2003 y C-141 de 2010, la Corte Constitucional desarrolla la “teoría de los vicios de competencia” por medio de la cual se propone cumplir el deber de guardián de la Carta y justificar la imposibilidad de que el acto legislativo o el referendo generen cambios sustanciales al orden constitucional. Para la Corte, un cambio sustancial del orden normativo exige revisar la naturaleza jurídica y política del órgano de quien emana dicha disposición normativa. Los cambios estructurales al orden constitucional no expresan una reforma sino una sustitución³².

Los principios constitucionales y el núcleo esencial de los derechos fundamentales son susceptibles de una protección instrumental en tanto solo el poder constituyente primario puede disponer de ellos. Los demás órganos, expresados en la voluntad de un referendo o de un acto legislativo, son expresiones de un poder constituido; esto es, un poder que carece de competencia suficiente para disponer de medios de transformación superior del orden constitucional, que bajo ninguna circunstancia pueden concebirse como análogos o similares al poder constituyente primario. Solo a él, expresado en la Asamblea Constituyente, le ocupa la validez y legitimidad para superar el umbral de una reforma y proponerse una sustitución del orden constitucional.

Este es el punto central de la argumentación que ofrece la Corte Constitucional para cobijar bajo la revisión estrictamente formal un vicio sustantivo que pueda tener origen en una fuerza política constituida, y no constituyente, con el cual se corre el riesgo de alterar, de manera sustantiva, el orden constitucional que ella debe guardar. Identificar el contenido de la pregunta sobre lo que verse el referendo o cualquier medio de reforma constitucional no es un asalto a la Carta por medio de la Corte sino su mayor expresión de guarda y defensa, por dos razones. Razón 1: la Corte Constitucional asume a cabalidad la unidad y cuidado de toda expresión constitucional de conservación de los mandatos superiores de la Constitución. Razón 2: a través de la teoría de los vicios de competencia, la Corte Constitucional, sin discutir la constitucionalidad o no del sentido material del medio de reforma, que revisa de manera automática y previa, se asegura que ningún acto reformativo, que comprometa elementos estructurales de la esencia del Estado, se incorpore al orden jurídico, dado que el objeto constitucional de actuación de la Corte Constitucional es impedir que cualquier expresión de un poder constituido se arroge una competencia fundacional de la que carece en su totalidad.

32 Corte Constitucional de Colombia, C-551 de 2003.

5. Cambio 3. Revisión a la omisión legislativa

El numeral cuarto del artículo 241 superior declara a la Corte Constitucional como el órgano competente para resolver las acciones de inconstitucionalidad, que por vicios de forma o de fondo demanden los ciudadanos contra una ley. Ley concebida dentro de las fuentes del derecho como la expresión normativa de voluntad jurídica y política que pronuncia el legislador en términos de abstracción y de universalidad. Una ley es un acto jurídico que desarrolla un supuesto fáctico y le anexa una consecuencia. A partir de las leyes se define la titularidad de los derechos. Sin embargo, mediante la Sentencia C-108 de 1994 la Corte Constitucional instala una nueva manera de entender el derecho y, por ende, amplía su radio de acción en materia de control constitucional al aceptar que también procede el pronunciamiento constitucional sobre omisiones legislativas.

¿Puede hacerse control sobre una ley que no existe? A esta pregunta responde afirmativamente la Corte Constitucional, en tanto guardián supremo de la Carta, porque advierte que esta se desconoce por dos vías. O porque se hace y se actúa de manera contraria a lo que ella dispone; o porque no se hace lo que ella ordena.

No hacer lo que ella ordena tipifica una omisión. Y frente a dicha omisión que compromete el cumplimiento de un mandato constitucional, de quien la Corte Constitucional es su guardián, sí resulta correcto y procedente intervenir. Para la Corte Constitucional es claro que no se hace alusión a una simple omisión, en el sentido de no actuar frente a un requerimiento específico. Omisión constitucional, que justifica su intervención, es la evidencia del incumplimiento de un deber de acción que estaba en cabeza del legislador porque una disposición normativa superior así se lo ordenaba. Con base en este criterio de lo que debió hacerse en pro de desarrollar las órdenes constitucionales y no se hizo (omisión legislativa absoluta), o de lo que se hizo de manera insuficiente (omisión legislativa relativa), la Corte Constitucional desarrolló mediante su jurisprudencia la justificación de corregir la insuficiente legislación porque esta puede advertirse como: (i) discriminatoria³³; (ii) deficiente³⁴; y (iii) incompleta³⁵.

La Corte Constitucional concluye que su intervención en la revisión de las demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa tendrá lugar cuando se advierta la ocurrencia de tres variables: (i) que exista una disposición expresa que le ordene al legislador ocuparse sobre la expedición legal de alguna materia específica; (ii) que haya ocurrido un tiempo razonable y proporcional para poder exigirle al legislador la expedición de dicha ley; y (iii) que se explicita del letargo institucional y funcional del legislador en la expedición de la reclamada

33 Corte Constitucional de Colombia, C-555, de 1994.

34 Corte Constitucional de Colombia, C-543, de 1996.

35 Corte Constitucional de Colombia, T-408, de 1998.

ley una vulneración estructural de derechos fundamentales que resultan desprotegidos y cuya protección efectiva resulta indeterminada en el tiempo.

Entender esta proposición en perspectiva del orden constitucional es esencial para advertir que cuando la Corte Constitucional modifica el numeral cuarto del artículo 241 superior también está reconociendo la potestad de colegislar en razón de la protección y garantía de los derechos fundamentales que el legislador ha dejado desprotegidos en razón de un letargo funcional injustificado. Al respecto, pueden advertirse tres expresiones materiales de legislación por vía de jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando: (i) permitió que las parejas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio³⁶; (ii) permitió que las parejas del mismo sexo pudieran llevar a cabo un proceso exitoso de adopción de un menor³⁷; y (iii) definió un plazo de hasta 24 semanas para que la mujer en estado de gestación, en ejercicio del uso libre y pleno de sus derechos sexuales y reproductivos, pudiese acceder a la interrupción voluntaria del embarazo sin que el derecho penal se lo reproche³⁸.

6. Cambio 4. Alcance de la procedencia de la acción de tutela

El Estado social de derecho en Colombia es incomprensible sin la acción de tutela³⁹. Esta representa la mejor aproximación de la Constitución a cada sujeto en Colombia. Gracias a la acción de tutela se ha articulado la discrecionalidad judicial, el acceso a la administración de justicia y la realización efectiva del núcleo esencial de los derechos fundamentales en favor de población marginada y vulnerable⁴⁰.

Afirma Mauricio García que, en un país como Colombia, la élite le facilita al Estado el abandono de sus obligaciones estatutarias en términos de realización de servicios públicos o de derechos fundamentales. Esto por cuanto la élite al advertir que el Estado presta un servicio de manera deficiente, en vez de exigirle intervención, sencillamente diseña una plataforma institucional, operativa y funcional para corregir, a su favor, la continuidad del servicio. Ejemplo de esta tesis es la privatización de la salud, del transporte, de la educación, del empleo, de la administración de justicia o de la seguridad personal. La élite asume, gracias a su capacidad de pago, la continuidad de sus servicios o la posible mercantilización de derechos con los que, reemplazando al Estado, atiende a todos aquellos abandonados del Estado⁴¹.

36 Corte Constitucional de Colombia, C-577, de 2011.

37 Corte Constitucional de Colombia, C-683, de 2015.

38 Corte Constitucional de Colombia, C-055, de 2022.

39 Vila (2009), p. 502.

40 Gómez (2018), p. 31.

41 García (2021), p. 16.

Sin embargo, frente a este escenario de mercantilización de los servicios y de los derechos fundamentales, la acción de tutela se ha convertido en el principal, quizá único, recurso del que disponen los usuarios-clientes para asegurar la totalidad de expresiones fácticas dirigidas a desarrollar la mayor esfera posible de dignidad, de supervivencia o de autodeterminación⁴². Ha sido en sede de tutela donde el operador judicial ha dado vida al Estado social de derecho⁴³; ha trazado relaciones horizontales y proporcionales entre trabajador y empleador⁴⁴; ha trasladado derechos de estirpe prestacional a la categoría de derechos fundamentales como el acceso al agua potable⁴⁵, la salud⁴⁶, la seguridad social⁴⁷, la educación⁴⁸ y el derecho a que sea intentado⁴⁹.

A partir de las decisiones de los procesos de tutela sobre los que se ha pronunciado la Corte Constitucional, se ha construido una extensa línea argumentativa sobre su uso, oportunidad y condiciones esenciales en el interior del orden constitucional en Colombia, en estos términos:

(a). La acción de tutela tiene una vocación subsidiaria y residual (artículo 86 superior), en el entendido de que esta solo es procedente cuando no existe otro medio jurisdiccional de actuación, o que se presente como una medida cautelar para evitar un perjuicio irremediable. La Corte Constitucional ha privilegiado el principio constitucional de celeridad (artículo 209 superior) para corregir el formalismo de operadores judiciales que solo al tenor de la subsidiariedad declaran la improcedencia de la acción de tutela, al advertir la existencia de otra vía administrativa o judicial de actuación. Ha declarado la Corte Constitucional que la acción de tutela sí es procedente, incluso frente a la existencia de otros medios judiciales de defensa en atención a dos variables: (i) que se presente de manera concurrente con los otros medios de actuación, como medida cautelar a fin de evitar un perjuicio irremediable⁵⁰; y (ii) cuando pueda demostrarse que habiendo otros medios judiciales de protección al derecho fundamental amenazado, estos carecen de idoneidad⁵¹ o eficacia⁵².

(b). Se ha creído que la acción de tutela al resolver una cuestión constitucional entre accio-

42 Duarte (2023), p. 191.

43 Corte Constitucional de Colombia, T-406, de 1992.

44 Corte Constitucional de Colombia, SU-380, de 2021.

45 Corte Constitucional de Colombia, T-179, de 2013.

46 Corte Constitucional de Colombia, T-760, de 2008.

47 Corte Constitucional de Colombia, T-628, de 2007.

48 Corte Constitucional de Colombia, T-743, de 2013.

49 Corte Constitucional de Colombia, T-057, de 2015.

50 Corte Constitucional de Colombia, T-260, de 2018.

51 Corte Constitucional de Colombia, SU-961, de 2009.

52 Corte Constitucional de Colombia, T-211, de 2009.

nante y accionado solo tiene efectos jurídicos vinculantes, de manera exclusiva y excluyente, para las partes directamente implicadas en la litis. Sin embargo, dado el alcance de la acción de tutela como medio de constitucionalización de múltiples expresiones en las que pueda verse comprometido un derecho fundamental, la Corte Constitucional se valió de su condición de guardián de la Carta para definir el alcance de sus fallos.

Al efecto inicial *inter partes*, la Corte Constitucional estableció para casos icónicos resueltos en sede de tutela que, a futuro, todo supuesto fáctico idéntico debería ajustarse a lo resuelto por la Corte Constitucional. Esto significó la evolución del efecto *inter partes* hacia un efecto *inter pares*. La Corte Constitucional buscó asegurarse un marco constitucional de igualdad, confianza legítima y previsibilidad en la actuación jurisdiccional en las decisiones de tutela. Esta posición se conoció en el inicio del desarrollo jurisprudencial como *Cláusula Angarita*, haciendo alusión y homenaje al magistrado Ciro Angarita Barón⁵³, uno de los magistrados más decisivos de los primeros años de funcionamiento de la Corte Constitucional. Se valía de sus sentencias como herramienta pedagógica de formación jurisdiccional, social y política sobre lo que significaba la transición de un orden legalista hacia un régimen constitucionalizado en el que el juez dejaba su clásica posición operativa de aplicación del derecho, emanado del legislador *todopoderoso*, para convertirse en garante de los derechos fundamentales y en hacedor de la justicia material⁵⁴.

Posteriormente, se transitó del efecto *inter partes* al *inter pares* al fijar la condición de similitud fáctica como condición esencial para resolver el caso a futuros actores sobre el mismo punto de derecho. Toda situación idéntica, debatida con posterioridad, debería ajustarse a lo ya resuelto por la Corte Constitucional. Adicionalmente, conoció la Corte Constitucional de la esfera de protección de ciertos derechos fundamentales que cobijaban a todo un colectivo, sin que la totalidad de este hubiese incoado la acción de tutela. De tal forma que cuando la Corte Constitucional resolvió de fondo la cuestión, atendiendo el principio de favorabilidad, estableció que el efecto de lo resuelto sería *inter comunis*. En este sentido, su decisión afectaría, favorablemente, a un colectivo específico común, incluso frente a quienes no presentaron la acción de tutela, pero comparten, en el caso concreto, el mismo punto de derecho; tal como ha ocurrido con la decisión sobre expresiones del orden prestacional, penitenciario, pensional o sindical⁵⁵.

(c). La Corte Constitucional ha desplegado un relato constitucional para explicar por qué sí es coherente dentro del orden constitucional, que sea procedente, de manera excepcionalí-

53 Herrán (1998), p. 42.

54 Cano y Toro (2023), p. 34.

55 Corte Constitucional de Colombia, SU-1023, de 2001.

sima, la acción de tutela contra providencia judicial. Pues ha entendido que el Poder Judicial no está exento de ligerezas funcionales, conceptuales o administrativas a la hora de interpretar la mejor esfera de protección de un derecho fundamental, que puede resultar lesionado en el interior de un proceso jurisdiccional. Declarar procedente la acción de tutela contra una providencia judicial es una posición entrópica. Es permitir la corrección constitucional en el interior del mismo Poder Judicial con el objeto de asegurar que los mandatos constitucionales, expresados en la defensa de los derechos fundamentales, tenga lugar de manera eficiente.

Posición necesaria pero no pacífica porque ello implica revestir de competencia a la Corte Constitucional, en última instancia, para corregir lo actuado por órganos de cierre de otras jurisdicciones. En el papel constitucional, cada jurisdicción cuenta con un órgano de cierre. Y en el interior de dicha jurisdicción, la competencia está claramente delimitada sobre la esfera de lo orgánico y de lo sustantivo. Sin embargo, ser la máxima autoridad de la jurisdicción constitucional ha llevado a la Corte Constitucional a revisar, revocar o corregir, por vía de tutela, sentencias proferidas por el Consejo de Estado⁵⁶, la Corte Suprema de Justicia⁵⁷ o tribunales.

Decisiones que bajo los principios de autonomía judicial, cosa juzgada e inmutabilidad de la sentencia no debería permitir una nueva discusión en derecho. La Corte Constitucional tiene claro que la excepcionalísima procedencia de la acción de tutela contra una providencia judicial se separa sustancialmente de la discusión sobre la ocurrencia de una conducta punible en el seno del actuar jurisdiccional, y que dicha acción, no es una extensión procesal a través de la cual se corrige una omisión procesal en cabeza de alguna de las partes. Es una discusión vinculante liderada por la Corte Constitucional con respecto a una interpretación de lo que ha debido ser el modo de proceder del juez accionado. Sobre la ocurrencia o no de un prevaricato la Corte Constitucional no interviene sino sobre el razonamiento, proporcionalidad o pertinencia constitucional de lo actuado en el interior del desarrollo jurisdiccional en el que resulta comprometida la integridad de una máxima constitucional expresada en principios constitucionales o derechos fundamentales.

Aquí se presenta uno de los puntos medulares del orden constitucional, expresado como superación del orden legal⁵⁸. La decisión inmutable del órgano de cierre sobre un punto de derecho se expresó en términos de seguridad jurídica en el orden legal. Hoy la seguridad jurídica no se anula, sino que se transforma; porque ya no se expresa en la voz legal del juez que

56 Mediante Sentencia SU-167 de 2023, se revoca la providencia proferida por la Sección tercera, Subsección B del Consejo de Estado, con el objeto de asegurar la tutela de los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y reparación.

57 Mediante la Sentencia T-238 de 2022, se revoca la providencia proferida por la Sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia, a fin de asegurar la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso, el acceso a la administración de justicia y la personalidad jurídica.

58 Balaguer (2020), p. 27.

de manera automática aplica lo trazado en el Código, sino que ahora se le exige a todo operador jurídico fundar su actuación en una norma compatible, en términos de favorabilidad del extremo más vulnerable, con las máximas expresadas en principios, valores y normas constitucionales del orden interno o internacional. Es un espectro más amplio y exigente en términos argumentativos que difícilmente puede comprender o aceptar aquel a quien el derecho se le presentaba como un relato exegético o una expresión de autoridad judicial plegada a la ley.

Esta amplitud argumentativa de la discrecionalidad judicial y el derecho supralegal en el que una tutela puede corregir lo que otrora un órgano de cierre declaraba definitivamente, le ha exigido a la Corte Constitucional trazar las condiciones procesales, declarativas y argumentativas a través de las cuales la acción de tutela contra una providencia judicial resulta, excepcionalmente, procedente. El primer término empleado era el de procedencia de la tutela contra la providencia judicial por la ocurrencia de una vía de hecho en la que el operador judicial asaltaba de manera flagrante el orden constitucional al separarse del precedente sin ofrecer la argumentación requerida o imponer, de manera restrictiva, el sentido normativo frente a la protección de un derecho fundamental⁵⁹. A partir de esta sentencia la Corte Constitucional dejó de hablar de error por vía de hecho y empezó a edificar dos pilares argumentativos sobre los cuales podría resultar, excepcionalmente, procedente la acción de tutela contra providencia judicial. Al primer pilar lo denominó condiciones generales de excepcionalísima procedencia, y al segundo pilar lo denominó condiciones específicas de excepcionalísima procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial⁶⁰.

Los elementos constitutivos de las condiciones generales de excepcionalísima procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, y que deben agotarse en su totalidad, son: (i) que la actuación judicial que se reprocha sea de notable relevancia constitucional en la medida en que resulte necesario definir la naturaleza, contenido o alcance de un derecho fundamental o de un principio constitucional desconocido en el proceso; (ii) que se asegure la naturaleza de subsidiariedad propia de la acción de tutela, al demostrar que se han agotado todos los medios judiciales tendientes a proteger el derecho fundamental lesionado por el cual se reprocha la providencia judicial; (iii) que se asegure el requisito de inmediatez, en tanto ocurra un término razonable entre la ocurrencia del fallo proferido y la presentación de la acción de tutela que lo reprocha; y (iv) que se enuncie la condición fáctica o jurídica en que la irregularidad procesal tiene una incidencia directa en la lesión a un derecho fundamental.

Al menos uno de los elementos constitutivos de las condiciones específicas de excepcionalísima procedencia de la acción de tutela, que exige demostrarse como base del reproche a

59 Corte Constitucional de Colombia, C-590, de 2005.

60 Corte Constitucional de Colombia, SU-128, de 2021.

la actividad judicial, es: (i) defecto orgánico, que ocurre cuando el funcionario que profiere la providencia reprochada carece absolutamente de competencia para ello; (ii) defecto procedimental absoluto, que tiene lugar cuando el juez actúa, deliberadamente, al margen de lo procesalmente establecido; (iii) defecto fáctico, cuando se advierte que el operador judicial carece de apoyo probatorio racional y razonable para aplicar la base normativa que soporta su decisión; (iv) defecto material, que tiene lugar cuando la base normativa que soporta la decisión es inexistente o explícitamente contraria a los mandatos propios del orden constitucional; (v) error inducido, en el que resulte posible advertir que el operador judicial fue víctima de un engaño proferido por terceros, y con ocasión de ese engaño el operador judicial toma una decisión lesiva de un derecho fundamental; (vi) indebida o insuficiente motivación de la providencia judicial reprochada, por cuanto ello privilegia una potestad inadmisibles para el operador judicial y anula sistemáticamente los preceptos constitucionales de publicidad, legalidad, validez, razonabilidad y controversia; (vii) desconocimiento del precedente, en este lugar se entiende que la Corte Constitucional ha fijado un sentido de comprensión de un derecho fundamental, y sobre el mismo supuesto fáctico y jurídico el operador judicial decide aplicar una disposición legal que contradice lo fijado por la Corte Constitucional o sencillamente omite sujetarse a la disposición interpretativa y normativa de lo establecido por el supremo intérprete de la Carta; y (viii) violación directa de la Constitución por cuanto se lesiona el núcleo esencial de un principio constitucional o de un derecho fundamental.

7. Cambio 5. Suspensión automática y temporal de los efectos de la ejecución de una norma hasta que se resuelva de fondo su constitucionalidad

El Comunicado 06 del 2 de marzo de 2023 (auto 272/23) tiene ocasión cuando la Corte Constitucional conoce una demanda ciudadana de inconstitucionalidad contra los incisos 3 y 4 del numeral segundo del literal (c) del artículo 2 de la Ley N.º 2272 de 2022, en la que bajo el sentido más amplio de construcción de paz se le concede al Gobierno la posibilidad de adelantar procesos de negociación transicional con estructuras criminales organizadas de alto impacto. A juicio del accionante, dicha liberalidad operativa en favor de la gestión del Ejecutivo compromete de manera sustancial el derecho de las víctimas a exigir la no transacción política de presuntos responsables de crímenes atroces y se restringiría el alcance de los mandatos vinculantes del bloque de constitucionalidad en materia del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El accionante solicita, en el marco de la celeridad y la inmediatez de salvaguarda del orden constitucional, que se suspenda, como medida provisional, la ejecución de dichas máximas legales, hasta que la Corporación decida de fondo, conforme al procedimiento que rige este tipo de acciones ciudadanas, mediante las cuales pretende asegurarse el derecho fundamental de acceso y supremacía de las

disposiciones constitucionales.

La Corte Constitucional, de manera unánime, define la necesidad constitucional de modificar el precedente con respecto a la procedencia de suspender normas, como medida provisional, donde advierta que su ejecutoria genera una ostensible incompatibilidad constitucional. Hasta la fecha, siempre había sostenido que tal potestad era improcedente porque dicha competencia solo se había conferido en favor de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a la luz de lo dispuesto en el artículo 238 superior. Establece que su condición de guardián de la Carta le exige adoptar medidas excepcionales de protección del orden constitucional a fin de limitar las medidas excepcionales que se arroga el Ejecutivo.

Esta atribución funcional que se autoconfiere la Corte Constitucional tendrá lugar cuando se advierta que: (i) la medida goza de una condición excepcional; (ii) la ejecutoria de efectos de la norma a suspenderse resulte manifiestamente incompatible con las máximas constitucionales; (iii) la facultad de suspender la ejecutoria de la norma, como medida temporal, satisface las exigencias de necesidad, efectividad y proporcionalidad; y (iv) los demás mecanismos de protección del orden constitucional resulten ineficaces.

A juicio de la Corte Constitucional su actuación se sostiene en razón de asegurar la integridad de los principios constitucionales de autorrestricción judicial, régimen democrático, constitucional y social de derecho. A partir de este pronunciamiento ocurre una nueva función en favor de la Corte Constitucional que no fue concedida por la Asamblea Constituyente, ni mediante un acto legislativo. Es la jurisprudencia de la Corte Constitucional, expresada en un auto, quien desarrolla el texto constitucional en su contenido y espíritu.

8. Conclusiones

Transitar del orden legalista al constitucional ha significado la puesta en escena de múltiples instituciones que se transforman necesariamente al dejar de regirse por la ley y pasar a concebir el mundo de la vida, de los derechos, de la verdad y de la justicia material según el relato constitucional y sus expresiones derivadas de lo que hace y dice la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia, por medio de la cual colabora armónicamente con las expresiones de administración de justicia, legislación y reforma de la Constitución.

Esta actuación de la Corte Constitucional entre lo que dice la Carta y lo que ella expresa como norte de actuación, representa, al igual que la imposibilidad de resolver toda decisión ciudadana en las urnas o ampliar la esfera del poder de la rama ejecutiva durante los estados

de excepción para que se restablezca la institucionalidad, una de las tres grandes contradicciones estructurales que ocurren en el interior de nuestro sistema normativo, donde la Constitución es norma de normas. Y su contenido material se debate entre lo que dice el texto y lo que hace decir de ella la Corte Constitucional.

Este trabajo ha mostrado que a lo largo de treinta años de funcionamiento de la Corte Constitucional el artículo 241 superior, que consagraba taxativamente sus funciones, ha sufrido dos tipos de cambios. De un lado, se han aumentado numéricamente sus funciones y se ha ampliado, condicionado e intervenido el escenario de actuación con respecto a lo regido por la Asamblea Constituyente.

Se han ampliado dos numerales. Uno alusivo a la actuación de la Corte para dirimir los conflictos de competencia entre jurisdicciones, tal como lo fijó el Congreso mediante un acto legislativo que la Corte Constitucional declaró exequible. El segundo numeral que se adiciona, ocurre mediante el Comunicado de prensa 06 de 1 y 2 de marzo de 2023. La Corte Constitucional declaró procedente la ocurrencia de una medida excepcional a actuaciones excepcionales de creación del orden normativo, cuya ejecución en sí misma puede significar un daño al funcionamiento republicano del Estado o la integridad de los derechos fundamentales. En esta dirección, la Corte Constitucional declaró procedente la competencia, tal como le confirió la Asamblea Constituyente en favor del Consejo de Estado, para suspender temporalmente la aplicación de una norma, de donde se derive un perjuicio irremediable, mientras se resuelva de fondo su exequibilidad.

En el interior de los numerales del artículo 241 superior ha habido lugar a cambios sustanciales derivados de la posición de la Corte Constitucional a su condición de guardián e intérprete supremo de la Constitución: (i) ha declarado que los actos legislativos y el referendo constitucional no pueden ser vías a través de las cuales la Constitución pueda resultar sustituida, por cuanto ello implicaría aceptar que el poder constituido actúa de conformidad con una competencia de la que carece de manera absoluta. La Corte Constitucional reconoce que la revisión a los simples vicios de procedimiento en la formación de los actos reformativos de la Constitución es un elemento insuficiente para conservar su lugar de guardián de la Carta y del espíritu del sistema normativo amenazado por un cambio estructural de quien, a juicio de la Corte Constitucional, no tiene competencia para hacerlo; (ii) ha declarado la procedencia para pronunciarse, en sede de acción de inconstitucionalidad, no solo sobre las leyes sino sobre la omisión legislativa que en razón de la incapacidad de gestión del Congreso de la República desatienda el deber de hacer lo que la Constitución le ordena o proteger de manera superficial la integridad de un derecho fundamental; con lo cual resulta que la Corte Constitucional como máxima autoridad de la jurisdicción constitucional no solo cumple una

función judicial administrando justicia, sino que también desempeña una función legislativa, cuando resuelve de fondo los vacíos o limitaciones que por incapacidad de actuación del legislador exige de la Corte una decisión de fondo que asegure la mayor esfera posible de dignidad sobre la cual gravita el Estado constitucional de derecho en el que la Corte actúa y dinamiza su jurisprudencia; (iii) ha ampliado el alcance de sus fallos en sede tutela, instrumento por excelencia de protección, creación y realización de los derechos fundamentales. Ha dado al efecto de sus sentencias un alcance *inter pares*, *inter comunis* o *erga omnes* cuando lo ha considerado necesario para asegurar la interpretación o el régimen posible de lo que deben hacer, no hacer o dar los sujetos de derecho, en el interior del orden constitucional, frente al sentido de los derechos fundamentales.

Para la Corte Constitucional, actuar conforme a las funciones del artículo 241 “en los estrictos y precisos términos” que le fijó la Asamblea Constituyente resulta insuficiente para cumplir a cabalidad con la función de guardián y garante de los mandatos constitucionales. Esto, por cuanto tales mandatos se expresan tanto en el contenido literal de la Carta como en su espíritu. Espíritu que no se circunscribe exclusivamente a lo señalado taxativamente en el artículo 241 superior, sino que debe leerse de una manera integral a la luz de otros mandatos compatibles vertidos en diferentes máximas constitucionales como la primacía del trato digno a todos los sujetos de derecho (artículo 1 superior); la realización de un orden justo (artículo 2 superior); la supremacía de la Constitución sobre las demás normas (artículo 4 superior); la aplicación del derecho conforme al principio de favorabilidad (artículo 29 superior); la correspondencia del actuar institucional conforme a máximas garantistas derivadas del derecho comparado (artículos 93 y 94 superior); y la colaboración armónica (artículo 113 superior). Máximas a través de las cuales se advierte la contradicción propia de un orden constitucional en el que mediante la actuación de la Corte Constitucional se conceden unas funciones que no le dio el poder constituyente, pero a su vez, se conduce el Estado mismo a la realización de las máximas constitucionales que le caracterizan y describen su esencia.

Bibliografía citada

Agamben, Giorgio (2014): *Estado de excepción* (Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora).

Araújo, Jaime (2015): *Filosofía o teoría del derecho constitucional* (Bogotá, Ibáñez).

Balaguer, Francisco (2020): “La teoría de las fuentes del derecho del estado constitucional”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (N.º 34), pp. 13-37.

- Bobbio, Norberto (2006): *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política* (México, FCE).
- Buenahora, Jaime (2021): *El proceso constituyente de 1991. De la propuesta estudiantil a la quiebra del bipartidismo* (Bogotá, Ibáñez).
- Cano, Andrés y Toro, Laura (2023): *Justicia constitucional y control de constitucionalidad* (Cali, Diké).
- Carbonell, Miguel (2015): *Introducción al derecho constitucional* (México, Tirant Lo Blanch).
- Duarte, Carlos (2023): “El Estado social de derecho expósito: la sostenibilidad fiscal y la regresión de los derechos sociales en Colombia”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (N.º 48), pp. 183-218.
- Ferrajoli, Luigi (2007): *Principia iuris. Teoría de la democracia* (Madrid, Trotta).
- García, Mauricio (2021): *La quinta puerta* (Bogotá, Ariel).
- Gómez, Diego (2018): *El principio de inmediatez en la acción de tutela* (Cali, Diké).
- Herrán, María (1998): *Ciro Angarita, retador* (Bogotá, Unicef).
- López, Diego (2008): *El derecho de los jueces* (Bogotá, Legis).
- López, Francisco (2023): “Consideraciones sobre la relación de identidad entre Estado y Derecho en Kelsen”, en *El Basilisco. Revista de materialismo filosófico* (N.º 58), pp. 19-27.
- Mejía, Andrés y Pabón, Liliana (2023): “¿Quién juzga? Una aproximación al diseño de los tribunales de decisión constitucional en Suramérica”, en *Revista Derecho del Estado* (N.º 58), pp. 91-119.
- Naranjo, Vladimiro (2006): *Teoría constitucional e instituciones políticas* (Bogotá, Temis).
- Pérez, Jacobo (2004): *Derecho constitucional colombiano* (Bogotá, Temis).
- Prieto Sanchís, Luis (2013): *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica* (Madrid, Trotta).

Quinche, Manuel (2023): *Los test constitucionales* (Bogotá, Temis).

Quinche, Manuel (2009): *Derecho constitucional colombiano. De la carta de 1991 y sus reformas* (Bogotá, Editorial Universidad del Rosario).

Rojas, Alberto (2022): *El poder de las minorías en la Corte Constitucional de Colombia* (Bogotá, Planeta).

Solozábal, Juan (2022): “Alguna literatura reciente sobre los tribunales constitucionales”, en *Revista de Estudios Políticos* (N.º 198), pp. 240-260.

Tobo, Javier (2004): *La corte constitucional y el control de constitucionalidad* (Bogotá, Ibáñez).

Tobón, Mary (2019): *Los estados de excepción. Imposibilidad de suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales* (Bogotá. Ibáñez).

Vila, Iván (2009): *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo* (Bogotá, Legis).

Zagrebelsky, Gustavo (2008): *Principios y votos. El tribunal constitucional y la política* (Madrid, Trotta).

Zagrebelsky, Gustavo (1999): *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Madrid, Trotta).

Zamorano, Raúl (2023): “Derecho y democracia en la periferia de la sociedad moderna. Estructuras semánticas y expectativas”, en *Cuestiones Constitucionales* (N.º 48), pp. 389-415.

Jurisprudencia citada

Corte Constitucional de Colombia: Auto 272 de 2023, M.P. Jorge Ibáñez.

Corte Constitucional de Colombia: Sentencia SU-167 de 2023, M.P. Diana Fajardo.

Corte Constitucional de Colombia: Sentencia T-238 de 2022, M.P. Paola Meneses.

Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-055 de 2022, M.P. Antonio Lizarazo.

- Corte Constitucional de Colombia: Sentencia SU-380 de 2021, M.P. Diana Fajardo.
- Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-294 de 2021, M.P. Cristina Pardo.
- Corte Constitucional de Colombia: Sentencia SU-128 de 2021, M.P. Cristina Pardo.
- Corte Constitucional de Colombia: Sentencia SU-309 de 2019, M.P. Alberto Rojas.
- Corte Constitucional de Colombia: Sentencia T-260 de 2018, M.P. Alejandro Linares.
- Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-285 de 2016, M.P. Guillermo Guerrero.
- Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-683 de 2015, M.P. Jorge Palacio.
- Corte Constitucional de Colombia: Sentencia T-057 de 2015, M.P. Martha SÁCHICA.
- Corte Constitucional de Colombia: Sentencia T-743 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas.
- Corte Constitucional de Colombia: Sentencia T-179 de 2013, M.P. Gabriel Mendoza.
- Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-249 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao.
- Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-577 de 2011, M.P. Gabriel Mendoza.
- Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-141 de 2010, M.P. Humberto Sierra.
- Corte Constitucional de Colombia: Sentencia T-211 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas.
- Corte Constitucional de Colombia: Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda.
- Corte Constitucional de Colombia: Sentencia T-628 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas.
- Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-590 de 2005, M.P. Jaime Córdoba.
- Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-551 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre.
- Corte Constitucional de Colombia: Sentencia SU-1023 de 2001, M.P. Jaime Córdoba.

Corte Constitucional de Colombia: Sentencia SU-961 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo.

Corte Constitucional de Colombia: Sentencia T-408 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes.

Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-543 de 1996, M.P. Carlos Gaviria.

Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo.

Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-555 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes.

Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-108 de 1994, M.P. Hernando Herrera.

Corte Constitucional de Colombia: Sentencia C-113 de 1993, M.P. Jorge Arango.

Corte Constitucional de Colombia: Sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita.

Normas jurídicas citadas

Acto Legislativo 2 de 2015, Congreso de la República de Colombia.

Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional 114, julio 4 de 1991.

Decreto 2591 de 1991, Presidencia de la República de Colombia.

Decreto 2067 de 1991, Presidencia de la República de Colombia.

Ley N.º 2272 de 2022, Congreso de la República de Colombia.

Ley N.º 137 de 1994, Congreso de la República de Colombia.