

SUPREMACÍA JUDICIAL: EL CONTROL CONSTITUCIONAL DEL DERECHO VIVIENTE EN COLOMBIA*

*Michael Cruz Rodríguez***

Fecha de recepción: 19 de febrero de 2018

Fecha de evaluación: 5 de abril de 2018

Fecha de aprobación: 6 de abril de 2018

Artículo de investigación

doi: <https://doi.org/10.18359/prole.3322>

Forma de citación: Cruz Rodriguez, M. (2018). Supremacía judicial: el control constitucional del Derecho viviente en Colombia. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 21(42), 111-133, doi: <https://doi.org/10.18359/prole.3322>

RESUMEN

Se sostiene que la Corte Constitucional ha usado la distinción disposición/norma ejerciendo control sobre la jurisprudencia de las altas cortes estratégicamente, para reivindicar su superioridad funcional como guardiana de la Constitución y obtener soporte judicial para sus decisiones, evitando confrontaciones directas o “choques de trenes” con dichas cortes. Como consecuencia de esto, se presentan algunas ambigüedades sobre la concepción y aplicación del derecho viviente. Para desarrollar esta hipótesis el artículo se divide en tres partes. La primera presenta el uso de la distinción disposición/norma y sus repercusiones políticas, luego reconstruye la doctrina, significado y alcance del derecho viviente, como escenario constitucional en el que dicha distinción tiene aplicación. La segunda parte evalúa el uso estratégico de la claridad y la ambigüedad de la doctrina, interpretando el sentido de la validez constitucional del derecho viviente, la forma en que se realiza su control respecto a la comunidad jurídica y la extensión de dicho concepto a la jurisprudencia interamericana. La última parte sintetiza las conclusiones.

Palabras clave:

Control constitucional; Corte Constitucional; derecho viviente; disposición jurídica; norma jurídica supremacía judicial.

* Este artículo de investigación fue elaborado con el auspicio de la Convocatoria Nacional de Proyectos para el fortalecimiento de la Investigación, Creación e Innovación de la Universidad Nacional de Colombia 2016-2018. Código Hermes: 35623.

** Abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Candidato a doctor en Derecho por la misma universidad. Integrante del Grupo de Investigación COPAL de la misma institución. Correo electrónico: mcruzro@unal.edu.co

COURT SUPREMACY: CONSTITUTIONAL REVIEW OF LIVING LAW IN COLOMBIA

ABSTRACT

The article argues that the Constitutional Court has used the provision/regulation distinction by strategically exerting control over the jurisprudence of high courts in order to recognize its functional superiority as guardian of the Constitution and obtain judicial support for its decisions, avoiding direct confrontations or “choque de trenes” with such courts. As a result, some ambiguities about the conception and application of living law are presented. To formulate this hypothesis, the article is divided into three parts. The first one presents the use of the provision/regulation distinction and its political repercussions and then systematically reconstructs the doctrine, meaning and scope of living law, as a constitutional scenario in which such distinction is applicable. The second part evaluates the strategic use of clarity and ambiguity in the doctrine, interpreting the sense of constitutional validity of living law, how it is controlled with respect to the legal community and its extension to the inter-American jurisprudence. The last part summarizes the conclusions.

Keywords:

Constitutional Court; constitutional review; court supremacy; living law; legal provision; legal regulation.

SUPREMACIA JUDICIAL: O CONTROLE CONSTITUCIONAL DO DIREITO VIVO NA COLÔMBIA

RESUMO

Argumenta-se que o Tribunal Constitucional utilizou a distinção de disposição/regra exercendo controle sobre a jurisprudência dos tribunais superiores estrategicamente para reivindicar sua superioridade funcional como guardião da Constituição e obter apoio judicial para suas decisões, evitando confrontos diretos ou “choques de trem” com esses tribunais. Como consequência disso, existem algumas ambiguidades sobre a concepção e aplicação da lei viva. Para desenvolver esta hipótese, o artigo está dividido em três partes. A primeira apresenta o uso da distinção disposição/regra e suas repercussões políticas, depois reconstrói a doutrina, o sentido e o alcance da lei viva, como cenário constitucional em que essa distinção tem aplicação. A segunda parte avalia o uso estratégico da clareza e ambiguidade da doutrina, interpretando o significado da validade constitucional da lei viva, o modo como seu controle é realizado respeito da comunidade jurídica e a extensão desse conceito à jurisprudência interamericana. A última parte sintetiza as conclusões.

Palavras-chave:

Supremacia judicial; Tribunal Constitucional; lei viva; controle constitucional; disposição jurídica; norma jurídica.

Introducción

La Corte Constitucional Colombiana ha ejercido control constitucional, a través de la doctrina del derecho viviente, sobre la jurisprudencia de las altas cortes e incluso sobre la doctrina especializada que fija el sentido real de las normas. Según esta doctrina, las interpretaciones dominantes en las altas cortes o en la comunidad jurídica de doctrinantes pueden ser excepcionalmente objeto de control constitucional, en la medida en que su contenido normativo debe estar en concordancia con la Constitución. Este control se efectúa merced a la superioridad funcional de la Corte como guardiana de la Constitución y tiene como consecuencia la posibilidad de demandar por inconstitucionalidad las interpretaciones de las altas cortes.

La teoría del derecho viviente otorga un peso significativo a la jurisprudencia y a la doctrina especializada como fuentes de derecho, pero sometidas a control judicial. La Corte ha revisado dichas interpretaciones reivindicando su competencia para sacarlas del ordenamiento jurídico cuando no respetan la Constitución, sobre la base de que su función no se limita a la revisión de las disposiciones sino de las normas que se extraen de aquellas por vía de la interpretación. Por eso, la Corte ha establecido una serie de estándares que permiten identificar el derecho viviente y presentar cargos de constitucionalidad en su contra. Con todo, el uso de dicha doctrina plantea inquietudes sobre la competencia de la Corte y ambigüedades interpretativas en el uso de la distinción entre disposición y norma.

El presente trabajo plantea que la Corte Constitucional en ejercicio de su función de control constitucional ha usado estratégicamente la distinción entre disposición y norma con el fin de extender su control sobre la jurisprudencia de las altas cortes, pero tratando de evitar una confrontación directa o un nuevo “choque de trenes” con estas y reivindicando su superioridad funcional como guardiana de la Constitución. Este uso estratégico ha traído como consecuencia algunas ambigüedades sobre la

concepción del derecho viviente y la forma en que se realiza su control. Para desarrollar esta hipótesis el artículo se divide en tres partes. En la primera parte se plantea el alcance político de la distinción entre disposición y norma, y se muestra sistemáticamente la doctrina del derecho viviente como escenario en el que dicha distinción se aplica. En la segunda parte se realiza una evaluación de este uso y se resaltan las perplejidades interpretativas que ha tenido. En la última parte se sintetizan las conclusiones.

A. El carácter normativo del derecho viviente

La distinción entre disposición y norma ha sido usada en diversos escenarios del control constitucional para justificar la facultad de adoptar decisiones positivas que no se restrinjan a la declaratoria de exequibilidad o inexecuibilidad, sino que tengan en cuenta los efectos jurídicos y sociales de dichas declaraciones. El uso expandido de la distinción abarca el ámbito de las interpretaciones judiciales de orden legal en la medida en que estas constituyen normas jurídicas de aplicación real. A continuación, se reconstruye el origen de la distinción y la manera en que se ha adaptado para estructurar la doctrina del derecho viviente.

I. Un problema iusfilosófico de alcance político

El origen de la distinción entre disposición y norma suele atribuirse a las primeras decisiones del Tribunal Supremo alemán a la hora de resolver el problema de identificar el objeto de control constitucional (Chiassoni, 2011, p. 8). La respuesta de este, así como de la mayoría de tribunales en el mundo que deben afrontar la cuestión, es que el objeto de control son las normas jurídicas y no las disposiciones. Aunque la solución parece obvia, determinar cuál es la norma que se infiere de una o varias disposiciones y declarar su conformidad o no conformidad con la Constitución, revela el al-

cance político de dicha distinción en términos del comportamiento estratégico de los jueces¹.

Pese a que la distinción entre disposición y norma sea teóricamente sencilla, no está exenta de operaciones ideológicas en la práctica judicial. Según Guastini (2011), una disposición es un enunciado escrito proveniente de alguna fuente jurídica y una norma es un enunciado que otorga sentido a una o varias disposiciones: mientras que la disposición es el texto “por interpretar” la norma es el texto “interpretado”; se trata de una relación de significativa a significado en la que uno no puede existir sin el otro (Guastini, 2011). De ahí que, cuando las cortes deciden declarar la inconstitucionalidad de una norma, puedan eliminar del ordenamiento varias disposiciones que la contienen, un fragmento de alguna disposición e, incluso, el entendimiento que se deriva de las disposiciones. Así, puede conservarse la disposición jurídica, el texto, siempre que de él se derive una interpretación, una norma, que se ajuste a la Constitución. En Colombia, la Corte Constitucional denomina a esta operación *principio de conservación del derecho* (C-273/1999; C-995/2001).

En la práctica judicial, esta teoría ha servido para que las cortes operen como actores políticos calificados y usen estratégicamente la distinción según el soporte público con el que cuentan. Esta calificación es indicativa de que no actúan solamente motivados por restricciones o incentivos políticos; también tienen algo que perder, o ganar, en el ámbito jurídico y,

especialmente, en el ámbito judicial (Shapiro, 1964; Friedman, 2006; Roux, 2013). En esa medida han ejercido funciones que aparentemente exceden su competencia, tales como legislar, determinar la competencia jurídica de los actores políticos o condicionar la interpretación y aplicación de los textos jurídicos. Este uso acomodaticio responde a “operaciones ideológicas” ineludibles y criticadas incluso en el ámbito de la teoría del derecho (Kennedy, 1997; 1999). Por ejemplo, cuando se otorga correspondencia biunívoca a disposición y norma, o se admite la existencia de normas en ausencia de disposiciones, pues una u otra concepción tienen efectos políticos distintos en la adopción de decisiones específicas (Guastini, 2011). Lo anterior parece una consecuencia inevitable del ejercicio del control constitucional como una actividad jurídico-política: determinar cuáles son las normas revisadas y someterlas a los parámetros constitucionales, sin perder de vista los efectos que tendrán las decisiones judiciales.

Esta actividad encuentra justificación en la óptica del realismo y del positivismo jurídico. Desde el primero, si las disposiciones normativas son indeterminadas, precisamente la interpretación —como proceso— es la que permite fijar el significado real y efectivo de las normas —como resultado—, sin que exista razón alguna para que este sentido real de las normas, como conjunto de hechos, escape a la Constitución y pueda por ello ser objeto de una interpretación decisoria sobre su conformidad con esta (Guastini, 2015). Desde el segundo, se trata de una versión ampliada de la actividad creadora de normas, denominada por Hart (1994) *intersticial*, lo cual refuerza la tesis de la discrecionalidad judicial en que se basa el positivismo jurídico y el carácter relativamente incierto de la *regla de reconocimiento*: un hecho dentro del cual se incluye el control constitucional del sentido real de las normas de origen judicial. Así, la norma interpretada por los jueces puede ser objeto de control abstracto, en virtud del mismo margen de discrecionalidad con que puede distinguirse

¹ La teoría de la elección racional ha tenido gran influencia en el análisis del comportamiento estratégico de los jueces para evidenciar el peso de las preferencias personales e ideológicas en la decisión judicial (Segal y Spaeth, 1993; 2002; Epstein y Knight, 1998; 2000). Esta concepción dominante ha venido siendo discutida por el nuevo institucionalismo histórico, que otorga un peso significativo a las prácticas institucionales (Clayton y Gillman, 1999). Excede el propósito de este trabajo realizar un análisis de elección racional de cada decisión judicial; antes bien, la hipótesis se ubica como una interpretación de las prácticas de la Corte en perspectiva de su posición institucional.

entre disposición y norma jurídica, pero aplicando un juicio de validez constitucional (Guastini, 1995).

Con todo, el control constitucional sobre las interpretaciones de otros jueces, en cuanto productores de normas jurídicas a partir de disposiciones, no es solo una implicación lógica de la distinción entre disposición y norma; también obedece a movidas argumentativas de las cortes para mantener o elevar su posición institucional dentro del poder judicial: esto es, el incremento de su poder como consecuencia de que jueces y cortes implementen directamente sus decisiones, aunque esto varíe respecto a los actores políticos (Hall, 2011). Lo anterior puede significar la confrontación con otros actores judiciales sobre la base del respaldo de actores políticos, o el apoyo estratégico de actores judiciales para obtener aceptación y soporte respecto al poder de revisión de las cortes constitucionales (Landau, 2015). En el caso colombiano, el uso de la distinción entre disposición y norma en el marco de la doctrina del derecho viviente parece obedecer a este último incentivo: consolidar la autoridad de la Corte sin generar un “choque de trenes”, similar al ocurrido en torno a la procedencia de la acción de tutela contra providencias de las altas cortes (Cruz Rodríguez, 2018, pp. 85-120).

II. El derecho viviente: significado y alcance

El desarrollo de la doctrina del derecho viviente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional evidencia un avance relativamente pacífico de su poder de revisión sobre las interpretaciones de otras altas cortes. De las 59 decisiones —entre los años 2000 y 2017— en las que se ha mencionado la doctrina del derecho viviente, solamente en nueve casos (15,2%) se han efectuado declaraciones de invalidación de interpretaciones de las altas cortes y en un caso respecto a la interpretación del Ministerio de Educación (C-1093/2003). En 30 decisio-

nes se han validado interpretaciones judiciales (50,8%) y en veinte no ha habido pronunciamiento específico sobre estas (33,8%), pese a que la doctrina del derecho viviente como tal haya hecho parte de la *ratio decidendi* en 13 de estos casos. La ausencia de choque ha permitido desarrollar estratégicamente a la Corte una definición del derecho viviente que sirve para identificarlo, una serie de estándares que le habilitan para ejercer control constitucional y algunos requisitos para presentar cargos de inconstitucionalidad que aparentemente limitan el alcance de su intervención, con lo cual ha reivindicado su supremacía judicial como guardiana de la Constitución.

Para la Corte Constitucional, el derecho viviente significa una interpretación dominante de carácter judicial o asentada en la doctrina especializada que determina el sentido o significado real de una norma y su aplicación. Este significado, sentido o contenido normativo constituye el objeto del juicio de constitucionalidad y debe derivar del texto de las disposiciones legales. Aunque el primer pronunciamiento que juzgó una interpretación judicial se dio en el 2000 (C-1436/2000), al año siguiente la Corte estableció tres elementos definitorios del derecho viviente: la consistencia, la solidez y la relevancia de la interpretación (tabla 1).

Tabla 1. Concepto de derecho viviente

Elementos definitorios del Derecho Viviente	
Consistencia	(i) La interpretación debe ser firme y coherente así no sea idéntica y uniforme, no puede ser contradictoria o ser una controversia jurisprudencial.
Solidez	(ii) La interpretación debe estar consolidada, reproducida en varias decisiones. Excepcionalmente, puede admitirse que se derive de solo una decisión.
Relevancia	(iii) La interpretación debe tener peso significativo para determinar el alcance y los efectos de la norma o el sentido de la disposición.

Fuente: Elaboración del autor con base en Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-557 de 2001, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Adicionalmente, la doctrina especializada también constituye derecho viviente, pues, al igual que la jurisprudencia, permite fijarles sentido a las normas siempre que sea una orientación dominante, bien establecida. Para esto, debe valorarse la expansión de dicho consenso académico en términos cuantitativos y la autoridad académica de los doctrinantes en términos cualitativos. Lo anterior no significa que las interpretaciones jurisprudenciales o doctrinales dominantes sean *per se* constitucionales. En efecto, la competencia de la Corte Constitucional es ejercer el control constitucional sobre el sentido atribuido a las disposiciones constitucionales tanto por jueces como por la comunidad jurídica de doctrinantes.

Para ejercer dicho control constitucional, la Corte ha creado una serie de estándares que demarcan su labor. En primer término, el juicio de constitucionalidad se realiza sobre el contenido normativo decantado por las interpretaciones autorizadas y no sobre su significado hipotético, pues este contenido tiene fuerza material de ley (C-207/2003; C-557/2001; C-258/2013). En segundo término, el control constitucional es un juicio abstracto sobre el contenido de la norma y no significa intromisión o desplazamiento de la competencia de los jueces para aplicar la ley en cada caso concreto (C-426/2002; C-987/2005; C-259/2015). Por último, a la Corte le corresponde asegurar la subordinación de los funcionarios judiciales a la Constitución: ya sea en forma indirecta por medio de sentencias interpretativas, o ya sea en forma directa, cuando ciertas interpretaciones planteen problemas constitucionales y de manera excepcional deban controlarse (C-569/2004; C-539/2011; C-645/2012). Así, el derecho viviente no restringe la autonomía del juez constitucional para ejercer control sobre este, declarando la inexequibilidad de interpretaciones jurisprudenciales o doctrinales (C-901/2003; C-1093/2003; C-390/2014).

Adicionalmente, este control tiene carácter *excepcional* y por eso les corresponde a los demandantes ante la Corte la obligación de

demostrar que el derecho viviente realmente vulnera la Constitución, a fin hacer conducente el pronunciamiento judicial sobre la especificidad constitucional y no desbordar el poder de la Corte sobre ámbitos de carácter legal que corresponden a otras jurisdicciones. Para ello, la Corte ha construido una serie de requisitos que buscan hacer más exigente la carga argumentativa de los demandantes, pese a la naturaleza pública e informal de la acción de inconstitucionalidad. Dentro de estos se destacan algunas especificidades sobre los requisitos generales de un cargo de constitucionalidad: claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia (tabla 2).

Estas exigencias argumentativas han sido reiteradas (C-842/2010) y usadas respecto a otras doctrinas, como en el caso de la sustitución de la Constitución (C-599/2010; C-249/2012), para fundamentar el alcance de las sentencias interpretativas de la Corte sobre la base de la distinción entre disposición y norma (Sánchez Sánchez, 2005). En el caso de la doctrina del derecho viviente, los requisitos permitieron a la Corte declararse inhibida por ineptitud sustantiva de la demanda en eventos en los que, según el análisis efectuado por los magistrados, se presentan simples hipótesis hermenéuticas (C-803/2006; C-158/2007; C-159/2007), se cuestionan interpretaciones derivadas de normas sin fuerza material de ley (Auto 103/2005; C-304/2013), se presentan demandas de constitucionalidad para intentar resolver casos particulares (Auto 196/2005; C-422/2006) o, incluso, problemas de la *praxis judicial* que deben resolverse en el ámbito de cada jurisdicción (C-048/2004; C-187/2008). Es decir, casos en los que no se acredita la norma derivada de la disposición de manera efectiva para proceder al juicio de constitucionalidad.

La mayoría de decisiones se orientaron a reconocer la existencia del derecho viviente producido por la Corte Suprema de Justicia (Aclaración de Voto C-1294/2001; C-875/2003; T-666/2003; T-951/2005; T-389/2006; T-950/2006;

Tabla 2. Elementos del cargo constitucional contra el derecho viviente

Idoneidad de cargos constitucionales contra el derecho viviente	
Requisito	Descripción
Claridad	(i) Debe señalarse la disposición demandada (<i>el texto</i>). (ii) Debe identificarse el contenido normativo o norma derivada de dicha disposición, la interpretación consistente, consolidada y relevante que constituye derecho viviente (<i>la norma</i>) que involucra un problema constitucional.
Certeza	(i) La interpretación acusada debe fijar realmente el contenido de la(s) disposición(es); debe ser una interpretación plausible de esta(s). (ii) La interpretación acusada debe tener sustento real (es usada por los operadores jurídicos y vivida por los ciudadanos) y no puede ser una mera “hipótesis hermenéutica” del demandante. (iii) La interpretación debe derivarse de normas con fuerza material de ley y no de normas de inferior jerarquía o la <i>praxis judicial</i> .
Especificidad	(i) Debe establecerse la oposición concreta entre el contenido normativo demandado y la constitución sin usar argumentos vagos, indeterminados, indirectos, abstractos o globales.
Pertinencia	(i) Debe indicarse la relevancia constitucional del cargo con base en la interpretación de una norma constitucional: son inadmisibles los reproches de índole legal, personal o de simple conveniencia.
Suficiencia	(i) Debe presentarse argumentos persuasivos que demuestren la existencia de la interpretación acusada como derecho viviente: el cargo debe despertar una mínima duda sobre su presunción de constitucionalidad.

Fuente: Elaboración propia con base en Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C- 802/2008 M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

C-1086 /2008; C-1122/2008; C-637/2009; C-842/2010; C-442/2011; C-491/2012; C-193/2016; C-344 /2017), por el Consejo de Estado (C-557/2001; C-955/2001; C-426/2002; C-1436/2000; Salvamento de Voto C-1114/2003; C-043/2004; C-569/2004; C-459/2004; C-038/2006; T-248/ 2008) o la Fiscalía General de la Nación y algunos tribunales de inferior jerarquía como parte de la comunidad jurídica (C-893/2012). Incluso, como forma de reiterar la obligatoriedad del precedente constitucional y su autoridad prevalente, la Corte Constitucional ha señalado que su propia jurisprudencia constituye derecho viviente (T-265/2013; C-418/2014; SU-214/2016). Así, pese a que las escasas declaraciones de invalidez del derecho viviente han generado un mayor grado de controversia, el significado y el alcance de esta doctrina para elevar la posición institucio-

nal de la Corte como censora de la jurisprudencia ha sido producto de las decisiones de inhibición y de exequibilidad simple o condicionada, las cuales no plantean confrontación directa con las otras altas cortes.

III. Invalidaciones restringidas

Las controversias han sido escasas y no han generado choques continuos entre las cortes con la misma envergadura de aquellos ocurridos ante la tutela contra providencias. Entre los años 2000 y 2017, se cuentan solamente nueve decisiones en las que se declara la invalidez del derecho viviente por vía de acción pública de inconstitucionalidad y dos decisiones de tutela en la que se desestima la interpretación del Consejo de Estado (15,2%). Mientras que,

Tabla 3. Declaraciones de invalidez constitucional del derecho viviente.

Decisión	Autoridad Controlada	Disposición	Norma (Interpretación que constituye Derecho viviente)	Ministerio Público	Sentido de la decisión	Resolución
C-426/2002 MP: Rodrigo Escobar Gil	Consejo de Estado	Art. 4 D. 1/1984 Código Contencioso Administrativo	La acción de simple nulidad procede contra actos de contenido particular cuando lo indique la ley o cuando éstos representen un interés para la comunidad (doctrina de 1996).	Oposición	La acción de simple nulidad también procede contra los actos de contenido particular y concreto, cuando la pretensión es exclusivamente el control de la legalidad en abstracto del acto.	Exequibilidad condicionada
C-207/2003 Escobar	Consejo de Estado	Art. 17 L.144/1994	El recurso extraordinario de revisión para las sentencias sobre pérdida de investidura puede incoarse dentro de los cinco años siguientes a su ejecutoria en procesos posteriores al 19 de junio de 1994 (cuando entra en vigencia la ley).	Respaldo	El recurso extraordinario de revisión también procede para todas las sentencias ejecutoriadas antes de la vigencia de la L. 446/1998, incluidas las proferidas con anterioridad a la vigencia de la L. 144/1994, y el término de caducidad de cinco años se cuenta a partir del 8 de julio de 1998, fecha de publicación de esta última ley.	Exequibilidad condicionada
C-1093/2003 M.P.: Alfredo Beltrán Sierra	Ministerio de Educación Nacional	Art. 27 L. 39/1992	Los exámenes de Estado deben hacerse incluso a estudiantes de programas académicos sin registro o no reconocidos. El efecto es que con el examen se puede convalidar dichos programas.	Respaldo	Los exámenes de Estado no se pueden realizar a estudiantes egresados de programas académicos no aprobados ni registrados por el Estado, solo de aquellos que no están vigentes.	Exequibilidad condicionada
C-569/2004 Rodrigo Uprimny Yepes (e)	Consejo de Estado	Arts. 3, 46.48. L. 472/1998	La acción de grupos es procedente cuando este es preexistente y reúne condiciones uniformes respecto al daño.	Respaldo	Es inconstitucional exigir la preexistencia del grupo frente al daño, aunque esta sea una interpretación plausible, por eso la parte de la disposición demandada de la que deriva este entendimiento.	Inexequibilidad parcial de la disposición
T-836/04 M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra	Consejo de Estado	Aplicación de la C-426/2002 MP: Rodrigo Escobar Gil	La acción de nulidad no procede contra actos particulares y no procede la tutela contra providencias judiciales.	Sin intervención	La acción de nulidad procede contra actos particulares si su pretensión es el control de legalidad abstracto. Esta subregla es de obligatorio cumplimiento e incurren envía de hecho los jueces que no la acaten, caso en el que procede la acción de tutela.	Revoca decisión del Consejo de Estado y ampara derechos del demandante

(Continúa)

Tabla 3. Declaraciones de invalidez constitucional del derecho viviente. (Continuación)

Decisión	Autoridad Controlada	Disposición	Norma (Interpretación que constituye Derecho viviente)	Ministerio Público	Sentido de la decisión	Resolución
C-645/2012 M.P.: Nilson Pinilla Pinilla	Corte Suprema de Justicia	Art. 53 L. 1453/2011 Mod. Art. 301 L. 906/2004 Código Penal	Dos interpretaciones de la CSJ: a) La rebaja de pena (1/4 parte) cuando hay flagrancia aplica solo en la imputación. b) La misma rebaja aplica en todas las etapas procesales.	No evoca la teoría pero respalda la exequibilidad condicionada.	La rebaja de pena (1/4) debe extenderse a todas las oportunidades procesales en las que es posible al sorprendido en flagrancia allanarse a cargos y suscribir acuerdos con la Fiscalía General de la Nación.	Exequibilidad Condicionada
C-258/2013 M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub	Corte Suprema de Justicia	Art. 17 L. 4/1992	Varias interpretaciones sobre pensiones de congresistas: a) Extensión de los beneficios del régimen de transición a los afiliados no afiliados al régimen especial; b) Calcular el Ingreso Base de Liquidación según los ingresos del último año de servicios; c) Liquidar todas las prestaciones con base en dicho IBL; d) Ajuste anual según el aumento del salario mínimo; e) No hay topes para las mesadas.	No evoca la teoría, pero respalda la interpretación de la CSJ.	Interpretaciones ajustadas a la Constitución: a) No se extiende el régimen de transición a los no afiliados porque viola el principio de igualdad; b) el IBL se calcula solo con los factores con los que efectivamente se cotizó, con todos los ingresos viola el principio de solidaridad; c) Las prestaciones se liquidan con el promedio general (10 años); d) El ajuste anual sigue la regla general (la variación del IBC); e) 25 smlmv es el tope establecido en el AL 1/2005 y debe ser aplicado por los jueces.	Inequilibrio parcial y exequibilidad condicionadas.
T-265/2013 M.P.: Jorge Iván Palacio	Consejo de Estado	Arts. 54, 55 N.º 2, 57 D. 1791/2000	El llamado a calificar servicios en la Policía Nacional es una facultad discrecional absoluta y que no requiere motivación.	Sin intervención	El llamado a calificar servicios en la Policía Nacional es una facultad discrecional relativa y requiere motivación.	Confirma parcialmente y ampara parcialmente.
C-390/2014 M.P.: Alberto Rojas Ríos	Corte Suprema de Justicia	Art. 317 L. 906/2004 Código de Procedimiento Penal.	El vencimiento del término de 120 días como causal de libertad se cuentan a partir de la audiencia de formulación de acusación.	No evoca la teoría, pero apoya la exequibilidad condicionada contra la interpretación de la CSJ.	La formulación de acusación es un acto complejo que inicia desde la presentación del escrito de acusación, por eso desde dicha presentación debe contarse el término de 120 días como causal de libertad.	Exequibilidad condicionada

Fuente: Elaboración del autor.

en doctrinas como la acción de tutela contra providencias judiciales la Corte Constitucional se pronunció en forma continua y reiterada en contra de la interpretación de las otras altas cortes hasta que sus marcos argumentativos fueron aceptados (Cruz Rodríguez, 2018), la intervención constitucional para declarar la invalidez sobre el derecho viviente ha tenido un carácter restringido. No obstante, la potencia de la doctrina para justificar la intervención ha sido efectiva en estos casos.

Por ejemplo, la controversia más destacada fue la primera declaración de exequibilidad condicionada sobre la procedencia de acción de nulidad sobre actos particulares, la cual operó respecto a una de las interpretaciones del Consejo de Estado con base en la teoría de los motivos y finalidades (C-426/2002). La Corte Constitucional consideró que la interpretación del Consejo de Estado, que restringía la procedencia de la acción de nulidad contra actos de contenido particular, a casos en los que lo indicara la ley o cuando estos representen un interés para la comunidad, era una violación de la Constitución. En su lugar, estableció que la interpretación constitucional de la disposición acusada habilitaba el uso de la acción de nulidad cuando la pretensión es exclusivamente el control de la legalidad en abstracto sobre el acto. Por su parte, el Ministerio Público se opuso a la doctrina del derecho viviente, por considerar que el sentido normativo fijado por el Consejo de Estado respecto a la aplicación de una norma legal no podía ser objeto de control por parte de la Corte Constitucional (C-426/2002. Concepto del Procurador General de la Nación. F. J. V.).

El Consejo de Estado se negó, inicialmente, a aceptar la interpretación de la Corte Constitucional y su negativa fue atacada por el demandante mediante acción de tutela por desconocer el precedente constitucional (T-836/2004). La aclaración de voto de dicha decisión permitió dilucidar que no se declaraba inexecutable en su integridad la teoría de los motivos y finalidades sino la interpretación

particular efectuada con base en esta por parte del Consejo de Estado en 1996 (T-836/2004, Aclaración de Voto). Esta aclaración fue ratificada posteriormente usando la distinción entre disposición y norma, no solo para especificar qué contenido normativo era inconstitucional sino para justificar la ausencia de cosa juzgada material (C-259/2015). Para algunos doctriantes esta controversia constituyó un verdadero choque de trenes, en la medida en que no hubo claridad sobre el alcance de la declaración de invalidez hasta que se produjo dicha ratificación (Aranda, 2006; Bornacellu, 2012; Sánchez Baptista, 2015).

Otro ejemplo, claramente estratégica pero menos controversial, fue la interpretación de la preexistencia del grupo como requisito de procedencia para incoar la acción de grupo, según la interpretación del Consejo de Estado (C-569/2004). En esta decisión, la Corte consideró que la disposición era ambigua y se prestaba para varias interpretaciones plausibles, dentro de la que se encontraba la realizada por el Consejo de Estado. Es decir, pese a que la interpretación efectuada por el Consejo de Estado era inconstitucional, constituía una opción hermenéutica posible. Sin embargo, antes que achacar el problema a la interpretación judicial y pronunciarse directamente sobre el derecho viviente, pues se trataba de una interpretación dominante, la Corte Constitucional decidió retirar del ordenamiento algunas expresiones de la disposición constitucional que supuestamente producían la ambigüedad. De esa manera, dejó sin sustento la interpretación del Consejo de Estado sin atacarla directamente, en la medida en que atribuyó a dicho fragmento de la disposición la causa del sentido normativo inconstitucional.

Declaraciones de invalidez como estas se dieron en cinco oportunidades contra las interpretaciones del Consejo de Estado, tres contra las interpretaciones de la Corte Suprema de Justicia y solo una frente a una autoridad no judicial: el Ministerio de Educación Nacional. En estas decisiones la Corte Constitucional admitió las demandas contra las interpretaciones,

aceptándolas como derecho viviente, pues otorgaban sentido normativo a las disposiciones legales. Posteriormente, fijó dicho sentido normativo o norma *strictu sensu* para proceder a aplicar el juicio de constitucionalidad sobre ella, identificando las interpretaciones divergentes y fijando aquella que se ajustaba a la Constitución. De esta manera, reivindicó su supremacía judicial para efectuar el control constitucional sobre el derecho viviente.

En la tabla 3 se sistematizan las declaraciones de invalidez constitucional del derecho viviente realizadas por la Corte Constitucional y el rechazo de interpretaciones judiciales en ejercicio del control concreto por vía de tutela.

En suma, la distinción entre disposición y norma es un asunto iusfilosófico de alcance político, en términos de su uso estratégico en ámbitos como el control constitucional del derecho viviente. En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha usado la doctrina del derecho viviente —fundada en dicha distinción— para extender su poder sobre otros jueces y sobre la comunidad jurídica, reivindicando su supremacía judicial como guardiana de la Constitución. De esa manera, ha establecido el significado del derecho viviente como una interpretación sólida, consistente y relevante para determinar el sentido normativo de las disposiciones, y ha fijado una serie de requisitos de idoneidad para los cargos por inconstitucionalidad que pretendan atacarlo.

La doctrina del derecho viviente, sin embargo, solo se ha usado para invalidar las interpretaciones de otras cortes en un 15,2% (nueve casos de un total de 59 decisiones sobre el particular) durante un periodo de 17 años. Lo anterior permite inferir que la doctrina se ha consolidado sobre la base de legitimar las interpretaciones legales antes que sobre su invalidación por vía del control constitucional. De esta manera, la Corte ha evitado la confrontación con los jueces, pero ganando estratégicamente soporte dentro de ellos como ejecutores de sus decisiones. Con

todo, la aplicación de la doctrina del derecho viviente también ha producido una serie de ambigüedades sobre el uso de la distinción entre disposición y norma y sobre la competencia de la propia Corte Constitucional.

B. Claridad y ambigüedad estratégicas

La vaguedad en las decisiones judiciales ha sido catalogada como un factor que permite a las cortes maniobrar en situaciones de incertidumbre política y liberarse de presiones externas (Staton y Vanberg, 2008). Precisamente, una decisión vaga tiene menores probabilidades de implementación que una decisión clara, pues esta última eleva las probabilidades de una respuesta positiva por parte de otros actores; especialmente, de los actores judiciales frente a decisiones ciertas (Corley y Wedeking, 2014). De ahí que el uso de la distinción entre disposición y norma, a la hora de evaluar el derecho viviente, pueda interpretarse como estratégica según su claridad y según la respuesta que pretenda de parte de los actores políticos y judiciales.

Para el caso del control constitucional del derecho viviente por parte de la Corte, interpretar el uso de la distinción implica comprender el sentido estratégico de sus declaraciones de validez constitucional sobre la jurisprudencia de las otras cortes. Esto es, la manera en que la supremacía judicial de la Corte ha evolucionado gracias al apoyo o validación de las doctrinas legales de las otras cortes antes que a la confrontación con estas y la declaración de invalidez de su jurisprudencia. Se trata de decisiones claras y ciertas que se aplican en forma vertical, justamente reconociendo el poder de revisión de la Corte Constitucional. Al tiempo, el uso de la distinción ha planteado algunas ambigüedades estratégicas frente al alcance del control constitucional respecto a la comunidad jurídica y a la aplicación del concepto de derecho viviente sobre la jurisprudencia interamericana.

I. Una interpretación del sentido estratégico de la validez constitucional

La jurisprudencia sobre el control constitucional del derecho viviente evidencia que la Corte usó la distinción entre disposición y norma de manera frecuente para validar las interpretaciones de otras cortes y ganar, por esta vía, la aceptación de su poder de revisión. Los elementos definitorios del derecho viviente, y los requisitos de idoneidad de los cargos de constitucionalidad en su contra, fueron usados para afirmar que la interpretación judicial no era consistente, sólida y relevante para determinar el significado normativo, por lo cual el examen de constitucionalidad no era competencia de la Corte (Inhibición-C); o que el demandante no distinguía con eficacia entre disposición y norma por no llenar los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia (Inhibición-D). En total, fueron 19 decisiones de inhibición (32,2%) en las que se reiteró el poder de revisión excepcional de la Corte Constitucional y se definieron los contornos de la doctrina del derecho viviente.

El respaldo sin confrontaciones directas también se dio mediante la declaratoria de validez del derecho viviente en veintidós decisiones de constitucionalidad (35,5%). Once decisiones (18,6%) declararon la exequibilidad simple (e) de las disposiciones reconociendo, a su vez, la validez constitucional de las interpretaciones judiciales efectuadas sobre estas. Diez decisiones (16,9%) condicionaron la exequibilidad sin entrar a reñir con la interpretación judicial dominante (EC)². En todas estas decisiones, la doctrina del derecho viviente hizo parte de la

² Este porcentaje podría aumentar: 20,3% para exequibilidad simple y 18,6% para exequibilidad condicionada, si se incluye dentro del cálculo la exequibilidad condicionada en la C-258/2013 Pretelt y la exequibilidad simple de la C-193/2016 Vargas Silva, las cuales fueron incluidas dentro del grupo de decisiones de inexecutable por contener este tipo de declaraciones, a pesar de que sus argumentos validan el derecho viviente de las otras cortes. De este modo, el respaldo se elevaría al 38,9% de las decisiones.

ratio decidendi y solo en una de ellas fue mencionada en forma colateral como *obiter dicta*.

Lo que evidencia la reiteración de la doctrina del derecho viviente mediante las decisiones de inhibición y las de exequibilidad simple o condicionada (67,7%)³, es que el sentido de la validación constitucional de las interpretaciones judiciales consolidó el poder de revisión de la Corte Constitucional sin mayores confrontaciones con las otras cortes. La Corte ha construido estratégicamente sus propias bases de soporte judicial, respaldando, en la mayoría de los casos, la jurisprudencia legal o absteniéndose de juzgarla. Esta construcción contó con el apoyo o la aquiescencia de la Procuraduría, institución que solo se opuso a su poder de revisión en dos casos (3,3%).

En la tabla 4 se sistematizan todas las decisiones judiciales en las que la Corte ha hecho mención de la doctrina del derecho viviente, las cuales sirven de evidencia empírica a la hipótesis planteada. Para ello, se destaca, en primer lugar, el tipo de uso: en la tercera columna se describe si el uso de la doctrina se realizó como parte de la *ratio decidendi* (RD), si constituyó *obiter dicta* (OD) o si fue usada como parte de algún salvamento (SV) o aclaración de voto (AV); en la misma columna se identifica si el uso validó el derecho viviente de las otras cortes (V) o si lo invalidó como una interpretación errónea (Inv.).

En segundo lugar, se indica la posición de la Procuraduría General de la Nación (Ministerio Público), como un actor que ha tenido gran influencia de las decisiones de la Corte y cuya intervención es obligatoria en los procesos de constitucionalidad; y que también ha tenido un peso importante en las decisiones de la Corte (Rodríguez Raga, 2011), sea por su apoyo (A) al uso de la doctrina como forma de control constitucional, sea por su oposición (O) a la

³ Si se incluyen las dos decisiones mencionadas en la nota anterior, este porcentaje subiría a 71,1%.

intervención judicial de la Corte, o sea por no debatir la competencia de la Corte sino, directamente, la constitucionalidad de la disposición acusada (N). Finalmente, se indica el resultado que se observó en la parte resolutive de la decisión, según haya sido inexecutable de la disposición (I), executable de la disposición (e) o executable condicionada (EC); y, en último término, inhibición respecto al cargo por falta de competencia (Inhibición-C) —cuando reconoce la competencia de los jueces ordinarios o las cortes sobre el particular—, o por ineptitud de la demanda —cuando los cargos presentados no cumplen con los requisitos de idoneidad (Inhibición-D)—.

Con todo, no puede afirmarse que el sentido estratégico coincida en todos los casos con las intenciones personales de los magistrados

y, tampoco, que el uso de la teoría no haya contado con debates entre ellos en torno a su significado en el ámbito jurídico. De hecho, algunos salvamentos y aclaraciones de voto llamaron la atención sobre el uso conveniente de la distinción entre disposición y norma, debatieron el alcance del control constitucional sobre el derecho viviente y la aplicación de dicho concepto a la jurisprudencia interamericana. De ese modo, se evidenciaron las perplejidades interpretativas en el uso de la distinción entre disposición y norma y la consistencia de la aplicación de la doctrina del derecho viviente, incluso en las decisiones de inhibición.

Por ejemplo, ante la demanda contra la interpretación del Consejo de Estado sobre la interpretación del monto de la pensión de vejez en el régimen de transición respecto a los emplea-

Tabla 4. Uso de la doctrina del derecho viviente para ejercer control de constitucionalidad.

Decisión	Autoridad controlada	Tipo de uso	Ministerio Público	Resolución
C-1436/2000 Beltrán	Consejo de Estado	RD-V	A	EC
C-557/2001 Cepeda	Consejo de Estado	RD-V	N	e
C-955/01 Monroy	Consejo de Estado	RD-V	O	Inhibición-C
C-1294/01 Monroy	n/a	AV-V	N	Inhibición-C
C-426/02 Escobar	Consejo de Estado	RD-Inv.	O	EC
C-207/03 Escobar	Consejo de Estado	RD-Inv.	A	EC
T-666/03 Monroy	Corte Suprema de Justicia	RD-V	Sin intervención	Confirma
C-875/03 Monroy	Corte Suprema de Justicia	RD-V	N	EC
C-901/03 Escobar	Doctrina Especializada	RD-V	N	Inhibición-D

(Continúa)

Tabla 4. Uso de la doctrina del derecho viviente para ejercer control de constitucionalidad. (Continuación)

Decisión	Autoridad controlada	Tipo de uso	Ministerio Público	Resolución
C-1114/03 Córdoba	Consejo de Estado	SV- V	N	Inhibición-D
C-043/04 Monroy	Consejo de Estado	RD-V	N	e
C-1093/03 Beltrán	Ministerio de Educación Nacional	RD-Inv.	A	EC
C-048/04 Beltrán	Corte Suprema de Justicia	RD-V	N	Inhibición-C
C-459/04 Araújo	Consejo de Estado	RD-V	N	e
C-569/04 Uprimny (e)	Consejo de Estado	RD-Inv.	A	I
T-836/04 Monroy	Consejo de Estado	RD-Inv.	Sin intervención	Ampara
A103/05 Sierra	Corte Suprema de Justicia	RD	Sin intervención	Rechaza súplica
T951/05 Sierra	Consejo de Estado	RD-V	Sin intervención	Revoca y rechaza
A196/05 Monroy	Tribunal Sala Penal	RD	Sin intervención	Rechaza súplica
C-987/05 Sierra	Superintendencia Bancaria	OD	N	Inhibición-D
C-038/06 Sierra	Consejo de Estado	RD-V	N	e
A148/06 Tafur	Corte Suprema de Justicia	RD	Sin intervención	Rechaza súplica
T-389/06 Sierra	Corte Suprema de Justicia	RD-V	Sin intervención	Revoca parcial y ampara
T-579/06 Cepeda	Corte Suprema de Justicia	OD-V	N	Revoca y ampara
C-803/06 Córdoba	Consejo de Estado	RD	A	Inhibición-D
T-950/06 Monroy	Corte Suprema de Justicia	RD-V	Sin intervención	Confirma
C-158/07 Sierra	n/a	RD	N	Inhibición-D
C-187/08 Sierra	Jurisdicción penal	RD	N	Inhibición-D

(Continúa)

Tabla 4. Uso de la doctrina del derecho viviente para ejercer control de constitucionalidad. (Continuación)

Decisión	Autoridad controlada	Tipo de uso	Ministerio Público	Resolución
T-248/08 Escobar	Consejo de Estado	RD-V	Sin intervención	Revoca y ampara
C-802/08 Vargas Hernández	Corte Suprema de Justicia	RD	A	Inhibición-D
C-1086/08 Córdoba	Corte Suprema de Justicia	RD-V	N	e
C-1122/08 Escobar	Corte Suprema de Justicia	RD-V	N	Inhibición-C
C-309/09 Mendoza	Corte Suprema de Justicia	RD	A	Inhibición-D
C-637/09 González	Corte Suprema de Justicia	RD-V	N	e
C-842/10 González	Corte Suprema de Justicia	RD-V	A	Inhibición-D
A072/11 González	Corte Suprema de Justicia	RD	Sin intervención	Rechaza nulidad
C-442/11 Sierra	Corte Suprema de Justicia	RD-V	A	e
C-539/11 Vargas Silva	Altas Cortes	RD-V	N	EC
C-249/12 Henao	Legislativo	OD	N	I
C-491/12 Vargas Silva	Corte Suprema de Justicia	RD-V	N	EC
C-645/12 Pinilla	Corte Suprema de Justicia	RD-Inv.	N	EC
C-893/12 Guerrero	Comunidad Jurídica	RD-V	N	e
C-258/13 Pretelt	Corte Suprema de Justicia	RD-Inv.	N	I+EC
T-265/13 Palacio	Consejo de Estado	RD-Inv.	Sin intervención	Confirma parcialmente y ampara parcialmente
C-304/13 Mendoza	Consejo de Estado-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales	RD	A	Inhibición-C
C-390/14 Rojas	Corte Suprema de Justicia	RD-Inv.	N	EC

(Continúa)

Tabla 4. Uso de la doctrina del derecho viviente para ejercer control de constitucionalidad. (Continuación)

Decisión	Autoridad controlada	Tipo de uso	Ministerio Público	Resolución
C-418/14 Calle	Superintendencia Financiera, Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia y Procuraduría General de la Nación	RD-V	A	Inhibición-D
C-635/14 Mendoza	Corte Suprema de Justicia	RD-V	A	e
C-259/15 Ortiz	Consejo de Estado	RD-V	A	e
C-284/15 González	Fuentes del derecho	OD	N	e
C-354/15 Mendoza	Consejo de Estado	RD	A	Inhibición-D
C-621/15 Pretelt	Consejo de Estado	RD	N	Inhibición-D
C-623/15 Rojas	Consejo de Estado	SV	N	I
C-183/16 Calle	Ministerio de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones y Procuraduría General de la Nación	OD	N	Inhibición-D
C-193/16 Vargas Silva	Corte Suprema de Justicia	RD-V	A	e+I
SU-214/16 Rojas	Legislativo-Rama Judicial	OD	N	Revoca y ampara
C-221/16 Rojas	Legislativo	OD	N	I
C-136/17 Linares	Autoridad Nacional de Televisión	RD	A	Inhibición-D
C-344/17 Linares	Corte Suprema de Justicia	RD-V	N	EC

Fuente: Elaboración del autor.

dos públicos, la Corte constitucional se declaró inhibida por considerar que la demanda no cumplía con los requisitos (C-354/2015). Se trató de la discusión sobre un asunto que había sido previamente tratado con *quórum* insuficiente y que condujo a declarar la nulidad de esa primera decisión (C-825/2013); debiendo ser nuevamente debatida por siete magistrados, dentro de los que se contaban cuatro

conjuces. A su vez, contó con una ponencia inicial que no logró alcanzar la mayoría y una segunda ponencia que sí lo hizo.

Una conjuenza aclaró el voto pese a compartir el resultado de la decisión (C-354/2015, aclaración de voto). A su juicio, el demandante no debía estar obligado a demostrar la existencia del derecho viviente y tener la carga

de la prueba, toda vez que la reiteración de la interpretación demandada ya había sido acreditada por el magistrado ponente inicial. En tal sentido, el argumento de la Corte, según el cual el demandante solo había citado una sentencia, se tornaba superfluo e imponía cargas al demandante que contradicen el sentido público de la acción.

El salvamento de voto fue más crítico en relación con el uso acomodaticio de la distinción entre disposición y norma jurídica. Sostuvieron los disidentes que, en vez de distinguir las interpretaciones plausibles y juzgar la constitucionalidad de aquella dominante, “La Sala Plena, en cambio, plantea una distinción artificiosa entre el escrutinio judicial de los textos legales, y el control de las interpretaciones de los referidos textos” (C-354/2015, salvamento de voto). De manera que la mayoría decidió abstenerse de ejercer control, con el argumento de que existían varias interpretaciones y que el demandante no probó que una de ellas fuera derecho viviente; aunque, en otras decisiones con cargos mal dirigidos, como se verá en el siguiente apartado, la Corte sí se había dedicado a identificar por su cuenta la interpretación dominante.

Dos elementos adicionales fueron objeto de controversia en salvamentos y aclaraciones de voto, dada la ambigüedad que para algunos significó la definición y el alcance de la doctrina del derecho viviente: el control constitucional sobre la comunidad jurídica y la obligatoriedad de un derecho convencional viviente interamericano para la propia Corte Constitucional.

II. ¿Control sobre la comunidad jurídica?

Un aspecto crítico del uso de la doctrina del derecho viviente ha sido su alcance sobre la comunidad jurídica, pues, pese al sentido atribuido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional —explicado en apartados anteriores—, la Corte también ha hecho otros usos de los mismos significantes. En efecto, la

Corte ha recurrido a la alocución derecho viviente —*diritto vivente*— no solo como sinónimo de una interpretación consistente, sólida y relevante para determinar el significado de real de las disposiciones jurídicas, sino también como posibilidad de pronunciarse nuevamente sobre los mismos preceptos normativos, cuando “ocurran cambios intempestivos de orden extrajurídico (económicos, sociales, políticos, culturales, etc.)” (C-221/2016). Este último sentido remite, más bien, al concepto de *Constitución Viviente*, según el cual la Constitución debe materialmente adaptarse a los cambios sociales y, por eso, la determinación de cosa juzgada debe ser relativamente flexible (C-570/2012; SU-047/1999; C-774/2001; C-836/2001; C-539/2011)⁴.

Adicionalmente, el concepto de derecho viviente tiene diversos significados en el ámbito de la teoría y la sociología jurídica, que no se circunscriben a la distinción analítica entre disposición y norma. Tal y como lo trató de exponer uno de los magistrados en un salvamento de voto reiterado (Salvamentos de voto a las sentencias C-901/03 y C-043/04), el derecho viviente se remonta a la obra sociológico-jurídica de Eugene Erlich, quien intentó dar al derecho un tratamiento de hecho social que puede ser explicado causalmente. Según el disidente, dicha pretensión se desvaneció ante la crítica de Kelsen, en la medida en que no se puede inferir el deber ser —el derecho— del ser —los hechos sociales—; de modo que no es metodológicamente adecuado equiparar derecho y realidad social, pues el control constitucional no puede depender de cómo se realizan las cosas en la práctica.

Con base en este excurso, el disidente pareció mostrarse de acuerdo en que se realizara control sobre el derecho viviente entendido como la manera en que es aplicado constantemente.

⁴ En Norteamérica este concepto ha sido objeto de gran debate, como un lugar común en torno a cómo se debe interpretar la Constitución (Dodson, 2008; Strauss, 2011; Fleming, 2014).

Pero, difirió con la Corte en relación con la extensión de este control a la interpretación y aplicación más allá del ámbito judicial. En sus palabras: “No es cierto, como se afirma, que el concepto de derecho viviente cobije cualquier interpretación de cualquier operador jurídico, pues solo se refiere a la interpretación consolidada que hacen los jueces; quedando excluida la interpretación que hacen otros aplicadores del derecho y con mayor razón se excluye la interpretación que hacen los doctrinantes, pues éstos no son aplicadores de normas jurídicas sino comentaristas de las mismas” (Salvamentos de voto a las sentencias C-901/2003 y C-043/2004).

Igualmente, vale la pena indicar que, en otra decisión judicial, el juicio sobre el derecho viviente de la comunidad jurídica derivó aparentemente en el control constitucional sobre “entendimientos admisibles del precepto” o hipótesis hermenéuticas, a pesar de que los cargos del demandante se dirigieran contra una interpretación descartada por la Corte Constitucional (C-893/2012). En efecto, en esta decisión la Corte avocó el análisis del “malentendido” planteado por el demandante y efectuó el control constitucional sobre los entendimientos admisibles de la disposición. Primero recurrió a la interpretación textual, finalista o teleológica, contextual y sistemática de la disposición, para evaluar si era de recibo la interpretación del demandante. Posteriormente, se basó en la comunidad jurídica, integrada, en ese caso, por la interpretación de la Fiscalía General de la Nación, una decisión de un juzgado penal municipal y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, para indicar que esa interpretación era dominante y constituía derecho viviente.

Lo anterior evidencia que la Corte estratégicamente identificó el derecho viviente *motu proprio* en algunos casos; mientras que, en otros, se abstuvo de hacerlo con el fin de no entrar en confrontaciones en el ejercicio de su poder de revisión. De esa manera, mantuvo la supremacía judicial y se apropió de la última palabra para

definir el sentido de la Constitución. Incluso, en aras de evitar la confrontación, privilegió la interpretación de las cortes nacionales respecto a la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), manteniendo relativamente esas interpretaciones bajo su control.

III. ¿Derecho convencional viviente?

En una decisión judicial que declaró la exequibilidad simple (C-442/2011), se pudo observar la supremacía judicial reclamada por la Corte Constitucional mediante la doctrina del derecho viviente, incluso por encima de la jurisprudencia interamericana. Este contradictorio reclamo, en términos de los derechos humanos, quedó registrado en los salvamentos de voto de una magistrada y un magistrado (C-442/2011, salvamentos de voto del magistrado Juan Carlos Henao Pérez y de la magistrada María Victoria Calle Correa). La cuestión debatida, según los disidentes, fue la validación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en contra de la interpretación de la Corte IDH, la cual implicaba lo contrario y era obligatoria como derecho convencional viviente para la propia Corte Constitucional.

En efecto, se demandaron las disposiciones que establecen los delitos de calumnia e injuria, por considerarse restricciones ilegítimas a la libertad de expresión y violar el principio de legalidad estricta. En sustento de los cargos se citó jurisprudencia de la Corte IDH, particularmente el caso *Eduardo Kimel Vs. Argentina*, en el que disposiciones similares fueron consideradas insuficientes para cumplir el requisito de estricta formulación y así fue aceptado por el Estado argentino. Según el demandante, los términos en que están formulados los delitos no acotan claramente las conductas punibles, permitiendo que con ello se persigan opiniones disidentes.

Para la Corte Constitucional, por el contrario, su interpretación, y aquella realizada por la Corte Suprema de Justicia, había “desarro-

llado” los elementos de aquellos tipos penales incluso con anterioridad a la Constitución de 1991. Aun cuando reconoció, al inicio de su argumentación, que la jurisprudencia de la Corte IDH es un criterio relevante como parámetro de control de constitucionalidad, afirmó que, el caso argentino

aunque constituye un precedente significativo en torno al alcance de la libertad de expresión y del principio de legalidad en la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, esta decisión no puede ser trasplantada automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un control de convencionalidad que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno. (C-442/2011)

Así, validó la interpretación de la Corte Suprema de Justicia como derecho viviente, en vez de despenalizar esas conductas como lo indican los esfuerzos del sistema interamericano de derechos humanos.

Las fuertes críticas de la magistrada disidente se refirieron a los elementos definitorios del derecho viviente que, supuestamente, la Corte Constitucional identificó en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia; así como a la obligatoriedad del derecho convencional viviente que no fue tenido en cuenta. En primer lugar, la disidente criticó la escasa argumentación de la Corte para demostrar los requisitos de consistencia, solidez y relevancia. Especialmente, porque la argumentación se basó en decisiones que, en su mayoría, proceden del siglo XIX y XX, es decir, anteriores a la Constitución de 1991: lo que resulta contradictorio, pues la interpretación de dichas disposiciones ha tenido importantes variaciones y no se ha mantenido como dominante durante cien años.

En segundo lugar, la magistrada afirmó que existe un derecho convencional viviente, según el cual las restricciones a la libertad de expresión por vía de los tipos penales vulneran la carta interamericana, así hayan sido precisa-

dos por la jurisprudencia nacional. Este sentido normativo constituye derecho convencional viviente, en la medida en que es una interpretación consistente, sólida y relevante por parte de la Corte IDH, de la Comisión IDH y de la doctrina internacional más autorizada. Así, se ha consolidado en casos como el *Ricardo Canese contra Paraguay* y *Kimel contra Argentina* y en las interpretaciones de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión IDH. La disidente propuso la exequibilidad diferida hasta que el legislativo precisara el alcance de los delitos de conformidad con este derecho convencional viviente.

El otro magistrado disidente se adhirió a los anteriores argumentos, pero añadió a sus críticas el hecho de que la Corte cambió injustificadamente de precedente mediante una pobre estructura argumentativa. Para el disidente, la Corte acudió a una argumentación falaz e inconsistente sobre el derecho viviente para justificar su decisión. En sus fuertes términos:

Y es una interpretación estrecha y falaz en la relación de causalidad que emplea, porque con muy pocas razones llega a una conclusión tan decisiva para la democracia, el respeto y protección de la pluralidad y la igualdad de oportunidades, pero también la libertad del conocimiento (arts. 1º, 3º, 40-2º *in fine*, 70 a 73 y 75 C.P.), según la cual no se vulnera la libertad de expresión con los artículos 220 y 221 del Código Penal. Esto es, que la sanción de carácter penal del sólo decir, del uso de la palabra o simple expresión de una persona, por el contenido de ese decir, está acorde la Constitución, no por cumplir con las exigencias de la regulación penal, sino por un conejo en el sombrero: “*los desarrollos de la jurisprudencia en torno a sus elementos normativos*” (C-442/2011, salvamento de voto del magistrado Juan Carlos Henao Pérez).

En suma, la claridad y la ambigüedad en el uso de la distinción entre disposición y norma en

que se basa la doctrina del derecho viviente han tenido un uso estratégico por parte de la Corte Constitucional. Así puede ser interpretado el sentido de la validez constitucional sobre la jurisprudencia de las otras altas cortes, en aras de consolidar su poder de revisión y obtener el soporte judicial para sus decisiones. Con todo, la discusión entre los magistrados ha demostrado que, en el interior de la Corte, existen aspectos debatibles sobre la coherencia de la doctrina, tales como su extensión a la comunidad jurídica o la obligatoriedad del derecho convencional viviente, discusiones que solo tienen protagonismo en los salvamentos o aclaraciones de voto.

Conclusiones

Este artículo se propuso contribuir a la comprensión de la expansión del poder judicial de la Corte Constitucional, interpretando el sentido estratégico de su control constitucional sobre las altas cortes a través de su doctrina del derecho viviente. Para ello, demostró que el uso de la distinción entre disposición y norma que subyace a esta doctrina ha permitido a la Corte actuar estratégicamente para validar la jurisprudencia de las altas cortes y, al tiempo, reivindicar su poder para revisarla. La reconstrucción sistemática de esta doctrina evidencia que la validez constitucional que la Corte Constitucional otorgó a la jurisprudencia de las altas cortes fue mayor (67,7%)⁵ y evadió las confrontaciones directas con las entidades revisadas, de manera que las declaraciones de invalidez que pudieran dar lugar a “choques de trenes” fueron reducidas (15,2%).

El derecho viviente ha sido definido por la Corte Constitucional, y en razón a dicho significado se establecieron en la jurisprudencia algunos requisitos de idoneidad para los cargos de constitucionalidad que pretendan atacarlo.

⁵ Como se mencionó, si se incluyen las dos decisiones mencionadas en la nota 24 este porcentaje subiría a 71,1%.

Los elementos definitorios del derecho viviente son la consistencia, la solidez y la relevancia de las interpretaciones para determinar el sentido o contenido normativo de las disposiciones legales. En relación con estos elementos, para que un cargo sea idóneo y pueda ser objeto de pronunciamiento constitucional, requiere cumplir con una mayor y más especial carga argumentativa en términos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia de las razones de inconstitucionalidad.

Con base en estas exigencias conceptuales y argumentativas, la Corte ha usado la distinción entre disposición y norma para respaldar la jurisprudencia ordinaria o abstenerse de juzgarla por ineptitud de la demanda. La Corte se inhibió respaldando la competencia de las otras cortes, o arguyendo la no idoneidad de los cargos en un 32,2% de los casos, mientras que en un 35,5% mediante decisiones de constitucionalidad simple (18,6%) o de constitucionalidad condicionada (16,9%) validó las interpretaciones judiciales que, en su criterio, constituían derecho viviente. Así, la claridad de la doctrina en las decisiones que respaldan a las otras cortes puede interpretarse como un intento por construir soporte judicial para implementar las decisiones de la Corte Constitucional.

Por su parte, la ambigüedad ha permitido sortear o evadir el conflicto con estas. El propio significado del derecho viviente ha sido usado en varios sentidos por parte de la Corte, algunos de los cuales hacen relación a la adaptación de la Constitución a la realidad cambiante. La extensión del concepto de derecho viviente sobre la comunidad jurídica de doctrinantes, y no solamente sobre las interpretaciones judiciales, ha tenido como consecuencia que la Corte se pronuncie sobre hipótesis hermenéuticas y no sobre las interpretaciones que definen el sentido real de las disposiciones legales. Finalmente, la aplicación del concepto respecto a la jurisprudencia interamericana ha revelado que la Corte Constitucional respalda a las cortes nacionales sobre la jurisprudencia de la Corte IDH, pese a que las interpretaciones de orga-

nismos internacionales como este constituyan elementos vinculantes para definir el sentido de las disposiciones del derecho nacional.

El análisis precedente, sin embargo, abre la puerta para interpretaciones sobre el comportamiento estratégico de la Corte Constitucional en casos más específicos, así como sobre la potencia de la distinción entre disposición y norma para ejercer control constitucional. En términos del análisis del comportamiento estratégico, es preciso que se considere con más detalle el alcance de las discusiones doctrinales y jurisprudenciales como elementos determinantes de la influencia potencial de la Corte en el sistema político y judicial. En términos del uso y los efectos entre la distinción entre disposición y norma, comparables al estudio del impacto del uso de la ponderación por parte de las Cortes, quedan aún muchos escenarios constitucionales de investigación. Con todo, el propio análisis del derecho viviente en el ámbito colombiano ha sido escaso y tanto su uso como su conceptualización son necesarios en términos teóricos y jurisprudenciales.

Referencias

- Annus, T. (2006). Courts as Political Institutions. *Juridica International*, 13(1007), 22-30.
- Aranda Camacho, C. A. (2006). Teoría de los móviles y finalidades “polémica entre las altas cortes”. *Iter ad Veritatem*, (7), 103-109.
- Bornacelli Campbell, J. E. (2012). *Teoría de móviles y finalidades. Construcción de la línea jurisprudencial. Reconstrucción argumentativa de la misma*. Tesis de Maestría, Universidad Nacional de Colombia y Universidad del Atlántico, Bogotá.
- Chiassoni, P. (2011). Disposición y norma: una distinción revolucionaria. En S. Pozzolo y R. Escudero (Eds.), *Disposición vs. Norma* (pp. 7-17). Lima: Palestra.
- Clayton, C. W., y Gillman, H. (1999). *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Corley, P. C., y Wedeking, J. (2014). The (Dis) advantage of Certainty: The Importance of Certainty in Language. *Law and Society Review*, 48(1), 35-62.
- Corte Constitucional. (1999). Sentencia SU-047. M.P.: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, 29 de enero.
- . (2000). Sentencia C-1436. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra, 25 de octubre.
- . (2001). Sentencia C-836. M.P.: Rodrigo Escobar Gil, 9 de agosto.
- . (2001). Sentencia C-557. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, 31 de mayo.
- . (2001). Sentencia C-774 M.P.: Rodrigo Escobar Gil, 25 de julio.
- . (2001). Sentencia C-955. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, 6 de septiembre.
- . (2001). Sentencia C-1294. M.P.: Manuel José Cepeda y Rodrigo Uprimny(e), 5 de diciembre.
- . (2002). Sentencia C-426. M.P.: Rodrigo Escobar Gil, 29 de mayo.
- . (2003). Sentencia T-666. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, 6 de agosto.
- . (2003). Sentencia C-1093. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra, 20 de noviembre.
- . (2003). Sentencia C-1114. M.P.: Jaime Córdoba Triviño, 25 de noviembre.
- . (2003). Sentencia C-207. M.P.: Rodrigo Escobar Gil, 11 de marzo.
- . (2003). Sentencia C-875. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, 30 de septiembre.
- . (2003). Sentencia C-901. M.P.: Rodrigo Escobar Gil, 7 de octubre.
- . (2004). Sentencia C-459. M.P.: Jaime Araújo Rentería, 11 de mayo.
- . (2004). Sentencia C-043. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, 27 de enero.
- . (2004). Sentencia C-048. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra, 27 de enero.
- . (2004). Sentencia C-569. M.P.: Rodrigo Uprimny Yepes (e), 8 de junio.
- . (2004). Sentencia T-836. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, 1 de septiembre.

- . (2005). Sentencia T-951. M.P.: Humberto Sierra Porto, 9 de septiembre.
- . (2005). Auto 103. M.P.: Humberto Sierra Porto, 24 de mayo.
- . (2005). Auto 196. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, 26 de septiembre.
- . (2006). Sentencia T-950. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, 16 de noviembre.
- . (2006). Sentencia C-038. M.P.: Humberto Sierra Porto, 1 de febrero.
- . (2006). Sentencia C-422. M.P.: Álvaro Tafur Galvis, 31 de mayo.
- . (2006). Sentencia C-803. M.P.: Jaime Córdoba Triviño, 27 de septiembre.
- . (2006). Sentencia T-389. M.P.: Humberto Sierra Porto, 22 de mayo.
- . (2007). Sentencia C-158. M.P.: Humberto Sierra Porto, 7 de marzo.
- . (2007). Sentencia C-159. M.P.: Humberto Sierra Porto, 7 de marzo.
- . (2008). Sentencia C-1086. M.P.: Jaime Córdoba Triviño, 5 de noviembre.
- . (2008). Sentencia C-1122. M.P.: Rodrigo Escobar Gil, 12 de noviembre.
- . (2008). Sentencia C-187. M.P.: Humberto Sierra Porto, 27 de febrero.
- . (2008). Sentencia T-248. M.P.: Rodrigo Escobar Gil, 6 de marzo.
- . (2009). Sentencia C-637. M.P.: Mauricio González Cuervo, 16 de septiembre.
- . (2010). Sentencia C-842. M.P.: Mauricio González Cuervo, 27 de octubre.
- . (2010). Sentencia C-599. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio, 27 de julio.
- . (2011). Sentencia C-539. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva, 6 de julio.
- . (2011). Sentencia C-442. M.P.: Humberto Sierra Porto, 25 de mayo.
- . (2012). Sentencia C-491. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva, 28 de junio.
- . (2012). Sentencia C-249. M.P.: Juan Carlos Henao, 29 de marzo.
- . (2012). Sentencia C-645. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla, 23 de agosto.
- . (2012). Sentencia C-893. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez, 31 de octubre.
- . (2012). Sentencia C-570. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 18 de julio.
- . (2013). Sentencia C-258. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 7 de mayo.
- . (2013). Sentencia C-304. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 22 de mayo.
- . (2013). Sentencia T-265. M.P.: Jorge Iván Palacio, 8 de mayo.
- . (2014). Sentencia C-418. M.P.: María Victoria Calle Correa, 2 de julio.
- . (2014). Sentencia C-390. M.P.: Alberto Rojas Ríos, 26 de junio.
- . (2015). Sentencia C-259. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado, 6 de mayo.
- . (2015). Sentencia C-354. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 10 de junio.
- . (2016). Sentencia C-193. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva, 20 de abril.
- . (2016). Sentencia SU-214. M.P.: Alberto Rojas Ríos, 28 de abril.
- . (2016). Sentencia C-221. M.P.: Alberto Rojas Ríos F.J. 4, 4 de mayo.
- . (2017). Sentencia C-344. M.P.: Alejandro Linares Cantillo, 24 de mayo.
- Cruz Rodríguez, M. (2018). La distinción en el campo jurídico: Acción de tutela contra providencias judiciales de las altas cortes (1991-2013). En: M. Cruz Rodríguez, *Altas cortes y clase política en Colombia. Tres estudios de caso en perspectiva sociojurídica* (pp. 85-120). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Dodson, S. (2008). A Darwinist View of the Living Constitution. *Vanderbilt Law Review*, 61(5), 1319-1350.
- Epstein, L., y Knight, J. (1998). *The Choices Justices Make*. Washington, D. C.: CQ Press.
- . (2000). Toward a Strategic Revolution in Judicial Politics: A Look Back, A Look Ahead. *Political Research Quarterly*, 53(3), 625-661.
- Fleming, J. E. (2014). Fidelity, Change, and the Good Constitution. *The American Journal of Comparative Law*, 62, 515-546.
- Friedman, B. (2006). Taking Law Seriously. *Perspectives on Politics*, 4(2), 261-176.

- Guastini, R. (1995). Grounds of Unconstitutionality: the Italian Case. *Cardozo Law Review*, 17, 253-268.
- . (2015). Interpretación y construcción jurídica. *Isonomía*, 43, 11-48.
- . (2011). Disposición vs. Norma. En: S. Pozzolo y R. Escudero (Eds.), *Disposición vs. Norma* (133-156). Lima: Palestra.
- Hall, M. E. K. (2011). *The Nature of Supreme Court Power*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hart, H. L. A. (1994). *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press.
- Kennedy, D. (1997). *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*. Cambridge: Harvard University Press.
- . (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*. Bogotá: Ediciones Uniandes —Instituto Pensar— Siglo del Hombre Editores.
- Landau, D. (2015). *Beyond Judicial Independence: The Construction of Judicial Power in Colombia*. Ph. D. Dissertation, Harvard University, Cambridge.
- Rodríguez Raga, J. C. (2011). *Strategic prudence in the Colombian Constitutional Court 1992-2006*. Ph. D. Dissertation, University of Pittsburgh, Pennsylvania.
- Roux, T. (2013). *The Politics of Principle. The First Sudafrican Constitutional Court, 1995-2005*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Sánchez Baptista, N. R. (2015). Los motivos y las finalidades de la acción de nulidad y de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho: el debate subsiste. *Via Inveniendi et Iudicandi*, 10(1), 119-152.
- Sánchez Sánchez, A. (2005). *Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Segal, J. A., y Spaeth, H. J. (1993). *The Supreme Court and the Attitudinal Model*. Cambridge: Cambridge University Press.
- . (2002). *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Shapiro, M. (1964). Political Jurisprudence. *Kentucky Law Journal*, 52, 394-345.
- Staton, J. K., y Vanberg, G. (2008). The Value of Vagueness: Delegation, Defiance, and Judicial Opinions. *American Journal of Political Science*, 52(3), 504-519.
- Strauss, D. A. (2011). Do We Have a Living Constitution?. *Drake Law Review*, 59, 973-984.