

---

EL DERECHO VIVIENTE COMO OBJETO  
DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN  
COLOMBIA

LIVING RIGHT AS OBJECT OF  
CONSTITUTIONAL CONTROL IN  
COLOMBIA

O DIREITO VIVO COMO OBJETO DE  
CONTROLE CONSTITUCIONAL NA  
COLÔMBIA

LE DROIT VIVANT COMME OBJET DU  
CONTRÔLE CONSTITUTIONNEL EN  
COLOMBIE

---

Fecha de Recepción: 24 de mayo de 2018  
Fecha de Aprobación: 30 de agosto de 2018

**Santiago Andrés Salazar-Hernández<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> Abogado Especialista en Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional de Colombia, candidato a Magister en Derechos Humanos de la UPTC, docente Fundación Universitaria Juan de Castellanos, miembro del Grupo de Investigación Justicia Social Primo Levi. SalazarHernandezAbogado@gmail.com. Juez tercero Civil del Circuito de Sogomoso.

## Resumen

La jurisprudencia en Colombia, a partir de los reconocimientos alcanzados desde la Constitución de 1991, junto con la norma positiva, se aúna desde la teoría del derecho viviente para constituir, verdadero derecho. No obstante, lo anterior, se hace necesario verificar si en tanto derecho, puede ser excluido de la vida jurídica, no desde la variación misma de la jurisprudencia, sino a partir del control normativo de constitucionalidad, ejercido por la Corte Constitucional. Para abordar lo anterior, se procederá siguiendo los preceptos de tal alto tribunal y desde la construcción de la correspondiente línea jurisprudencial, a establecer el alcance del control de constitucionalidad sobre el derecho viviente.

**Palabras Clave:** Derecho viviente, Control de Constitucional, línea jurisprudencial, derecho jurisprudencial en Colombia

## Abstract

The jurisprudence in Colombia, from the acknowledgments reached since the Constitution of 1991, together with the positive norm, is united from the theory of living law to constitute, true right. Notwithstanding the foregoing, it is necessary to verify whether, as a right, it can be excluded from legal life, not from the variation of jurisprudence itself, but from the normative control of constitutionality exercised by the Constitutional Court. To address the above, it will proceed following the precepts of such high court and from the construction of the corresponding jurisprudential line, to establish the scope of control of constitutionality over the living right.

**Keywords:** Living law, constitutional control, jurisprudential line, rule of law in Colombia

## Résumé

La jurisprudence colombienne, à partir des reconnaissances obtenues depuis la Constitution de 1991, avec la norme positive, est unie à la théorie du droit vivant pour constituer un véritable droit. Cependant, il est nécessaire de vérifier ce qui précède afin de savoir si elle peut être exclue de la vie juridique, non seulement de la jurisprudence elle-même, mais du contrôle normatif de la constitutionnalité exercé par la Cour Constitutionnelle. C'est ainsi que, pour aborder le sujet précédent, nous allons procéder à établir le portée du contrôle

constitutionnel du droit vivant, en suivant les préceptes de la Haute Cour et, à partir de la construction de la ligne jurisprudentielle correspondante.

**Mots clés:** le Droit vivant, contrôle constitutionnel, ligne jurisprudentielle, droit jurisprudentiel en Colombie.

### **Resumo:**

A jurisprudência na Colômbia, a partir dos reconhecimentos alcançados desde a Constituição de 1991, juntamente com a norma positiva, está unida a partir da teoria do direito vivo para constituir, direito verdadeiro. No entanto, o que precede, é necessário verificar se, como direito, pode ser excluído da vida jurídica, não da variação da jurisprudência em si, mas do controle normativo da constitucionalidade exercido pelo Tribunal Constitucional. Para tratar do exposto, procederemos seguindo os preceitos de tal tribunal superior e a partir da construção da correspondente linha jurisprudencial, para estabelecer o alcance do controle da constitucionalidade sobre o direito vivo.

**Palavras-chave:** Direito Vivo, Controle Constitucional, Linha Jurisprudencial, Direito Jurisprudencial na Colômbia.

---

## **Introducción**

Como lo señala López Medina (2006), la discusión sobre el precedente judicial como fuente de derecho, se encontró enmarcada durante el siglo anterior, en la pacífica interpretación del artículo 10 de la Ley 153 de 1887, subrogado por el artículo 4 de la Ley 167 de 1896<sup>1</sup>, por la cual se adoptó un sistema libre de jurisprudencia, esto es sin un contenido vinculante, ni para los órganos que la emitieron, ni para los jueces de inferior categoría, quienes la reconocían apenas como una fuente meramente auxiliar, dándole prevalencia al modelo francés post revolucionario, por el cual se privilegió al derecho positivo como fuente del derecho para evitar los desmanes de las autoridades judiciales.

---

1 El contenido de la norma es el siguiente: “Artículo 10. Artículo subrogado por el artículo 4. de la Ley 169 de 1896, el nuevo texto es el siguiente: Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.”

Tal postura, permaneció estática, hasta la entrada en vigencia de la Constitución de Política de 1991, a partir de la cual en el periodo comprendido entre 1992 a 2000, emanaron dos posturas frente a la fortaleza del precedente, como fuente normativa: una escéptica y otra optimista (Bernal Pulido, 2008). La primera, se reflejó en sentencias de la Corte Constitucional, como la C 131 de 1993, que declaró inexequible el carácter obligatorio de la doctrina constitucional, enunciadas en las sentencias de la Corte Constitucional. Tal postura, reiteraba la normativa de la época<sup>2</sup>, que entendía a la jurisprudencia como criterio auxiliar y que encontraba respaldo en la interpretación literal, del artículo 230 de la Constitución<sup>3</sup>. La postura optimista, de otra parte y siguiendo a Bernal Pulido (2008), establece el carácter normativo de la jurisprudencia, bajo tres argumentos principales: 1) Es imposible distinguir entre la creación del derecho y su aplicación a través de la jurisprudencia; 2) El precedente como fuente normativa garantiza la coherencia del sistema jurídico, su estabilidad, y el respeto por el derecho a la igualdad; 3) la interpretación estricta del artículo 230 de la Constitución, puede resultar fácilmente rebatible.

En cuanto el primer argumento, encontramos de la mano de Hesse (2012) que la función de interpretación constitucional, no es otra que “concretizar”, esto es incorporar la realidad a la Constitución, lo que no aparece claro en su contenido, vinculando así la interpretación, a la norma. Para el maestro alemán, la “concretización” se cumple de una manera más exacta si se encuentra orientada con los parámetros interpretativos de unidad de la Constitución<sup>4</sup>, concordancia práctica<sup>5</sup>, corrección funcional<sup>6</sup>, eficacia integradora<sup>7</sup> y fuerza normativa de la Constitución<sup>8</sup>. López Medina (2004), por su parte, y con relación al segundo argumento da cuenta cómo la jurisprudencia constitucional, entendió que el precedente libre, anterior a la Constitución de 1991, genera un

2 Para el efecto se pueden consultar los artículos 21 y 23 del Decreto 2067 de 1991 y el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

3 El texto constitucional es del siguiente tenor: “Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la *jurisprudencia*, los principios generales del derecho y la doctrina *son criterios auxiliares* de la actividad judicial.” (Resaltado no original)

4 La interpretación debe efectuarse de tal forma, que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales.

5 La interpretación, antes de recurrir a la ponderación, debe procurar por la optimización de derechos en colisión.

6 El intérprete no podrá usurpar funciones otorgadas a otros órganos.

7 Se debe preferir la interpretación que promueva y mantenga la unidad política prevista en la Constitución.

8 Se deberá preferir la interpretación que maximice la eficacia de las normas ya existentes en la Constitución,

trato discriminatorio, frente a la ley y a la jurisprudencia, pues ante situación similares de hecho, la jurisdicción ofrece soluciones diferentes e incluso restrictivas de derecho, lo que a la postre significa una evidente vulneración al derecho a la igualdad. En cuanto coherencia y estabilidad, Bernal Pulido (2008) establece que en relación a la primera que se rompería con la misma ante la disparidad decisoria y frente a la segunda que los sistemas jurídicos implican la permanencia en el tiempo de sus decisiones.

La Corte Constitucional, frente al tercer argumento, en sentencias como las T 231 de 1994, T123 de 1995; T-345 de 1996 advirtió, que la interpretación literal del artículo 230 de la Constitución Política, en tanto relega a la jurisprudencia, a un simple criterio auxiliar, resulta insuficiente, por cuanto dicha normativa debe interpretarse de forma conjunta con los artículos 1, 13 y 83, de donde se deduce la fuerza vinculante de las decisiones judiciales, lo que incluso implicó que con posterioridad se estableciera el desconocimiento de la jurisprudencia como una causal de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial.

La Sentencia C 836 de 2001 de la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Escobar Gil, como lo señala López Medina (2006), representa un gran acontecimiento jurisprudencial sobre la materia, ya que concreta, el valor de la jurisprudencia, como fuente normativa en Colombia, al declarar la exequibilidad condicionada del artículo 4 de la Ley 169 de 1896, bajo el entendido de que la tanto la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, como los demás jueces, se encuentran obligados, en el caso de que deseen apartarse de la doctrina probable, deben justificar su decisión, en los términos precisos de los numerales 14 a 24 de la sentencia. En dichos numerales, la Corte Constitucional, explica que si bien los jueces se encuentran principalmente sujetos a la Constitución y la Ley como fuentes de derecho, por respeto a las garantías y libertades que tales fuentes conllevan, los jueces se ven obligados a respetar los fundamentos jurídicos con los que se resolvieron “situaciones análogas”. Así, a los jueces sólo les está permitido apartarse de la jurisprudencia en los siguientes casos: 1) Al existir cambio en la legislación que la soporta. 2) Cuando existen diversas posturas jurisprudenciales, caso en el cual el juez, debe argumentar porqué se decide por la que escoja. 3) Cuando a pesar de las similitudes, el caso es diferente al planteado en el precedente, lo cual debe ser argumentado y 4.) Por considerar errónea la jurisprudencia, lo cual implica una carga argumentativa, superior a los jueces inferiores a la Corte Suprema de Justicia.

Llama así la atención, cómo en el fallo se afirma que la doctrina probable, tiene fuerza normativa, soportada en la autoridad de la CSJ, la decantación de las decisiones de dicho órgano, y el deber de respeto de los jueces del principio de igualdad frente a la ley y de trato frente a las autoridades, y el principio de autoridad, que prohíbe actuar en contra de sus propios actos. Además, la capacidad de apartarse del precedente, lejos de restarle su condición de norma, la confirma, por cuanto le da el mismo trato que a las leyes, en relación a la excepción de inconstitucionalidad, por la cual, con la debida argumentación, se pueden dejar de aplicar al caso concreto<sup>9</sup>.

Establecido así el carácter normativo de la jurisprudencia, con relación a la jurisdicción ordinaria, en la Ley 1395 de 2010, se estableció, ante el antiguo CPC, que el magistrado ponente de la CSJ podía someter la resolución de un recurso de apelación ante sala plena especializada para establecer precedente judicial, que ante la existencia de precedentes, y que se puede fallar sin respetar el turno de entrada de un asunto al Despacho. Ya con la entrada en vigencia del Código General del Proceso, además de incluir lo anterior, se determinó como causal de inadmisión del recurso de casación, la identidad del caso con la jurisprudencia de la corte, salvo cuando se vea la necesidad de variarla, y se transcribió en su artículo 7 el contenido del artículo 4 de la Ley 167 de 1889.

Dicho artículo 7, fue sometido a control de constitucionalidad, por cuanto a criterio de los demandantes, vulnera el artículo 230 constitucional. En sentencia C 621 de 2015, la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Pretel Chaljub declaró su exequibilidad, afirmando que la doctrina probable en la Constitución de 1991 “[t]iene el valor de fuente normativa de obligatorio cumplimiento” y reiterando la postura sentada desde la sentencia C 836 de 2001, tanto de la jurisprudencia como norma jurídica, como de las subreglas, para que el juez pueda excepcionalmente apartarse de la misma.

La postura de la fuerza del precedente judicial, de los órganos de cierre, fue objeto de pronunciamiento anterior, en la sentencia C335 de 2008 de la Corte Constitucional, en la que se reafirmó con ponencia del Magistrado Sierra Porto, el carácter vinculante de las sentencias de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia – Sala Disciplinaria y el Consejo de Estado.

9 En la sentencia T 681 de 2016, la Corte Constitucional explica, que se puede acudir a tal figura cuando: 1) La norma es inconstitucional, y no es aún declarada inexecutable. 2.) Se reproduce el contenido de otra declarada inexecutable y 3) La aplicación de la norma implica consecuencias inconstitucionales.

Con relación a este último órgano, en sentencia C 816 de 2011, con ponencia de González Cuervo, al estudiar la constitucionalidad de la extensión de jurisprudencia prevista en el CPACA, iteró el carácter vinculante de las sentencias de dicho Tribunal, en especial las de unificación, siempre que se observen con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional. La Corte Constitucional con relación al carácter vinculante, de su propia jurisprudencia, en las sentencias C 621 de 2015, C 816 de 2011 y C 539 de 2011, explicó que tanto las sentencias de constitucionalidad, como las de revisión de tutela, representan precedente obligatorio, tanto para las autoridades judiciales, como para las autoridades administrativas.

Resulta tan claro, el carácter normativo del precedente judicial, que al tenor de la sentencia C 335 de 2008 de la Corte Constitucional ya referida, los funcionarios públicos, pueden cometer prevaricato por desconocimiento del precedente judicial, siempre que se trate una norma jurisprudencial reiterada, que reafirme una subregla “perfectamente consolidada”. En consecuencia, la Corte Constitucional en sentencia T 656 de 2011, afirmó que “[l]as decisiones arbitrarias que desconocen de manera injustificada el contenido y alcance de una regla jurídica establecida por una alta corte, puede configurar el delito de prevaricato, ya que en esos casos el operador no solo se aparta del precedente judicial sino también del ordenamiento jurídico, pues, en los términos del artículo 230 de la Constitución, esos pronunciamientos hacen parte del concepto de ley en sentido material.”

Además de las vías netamente penales como las descritas, el precedente en tanto norma jurídica, encuentra como mecanismo de protección la acción de tutela, que como se indica en sentencias como la T 459 de 2017 (Corte Constitucional) con ponencia del Magistrado Rojas Ríos, implica una causal específica de procedibilidad de la tutela, contra providencias judiciales, sin efectuar una especial distinción entre el precedente constitucional y el de los tribunales de cierre, pudiendo darse tal desconocimiento ante el precedente vertical, esto es por las decisiones de las Altas Cortes, o el horizontal, esto es su propio precedente.

Como se encuentra explícito en la sentencia C 836 de 2001 y reiterado en sentencias como la C 039 de 2003, T 489 de 2013, entre muchas otras, no resulta relevante y por tanto no vinculante, la totalidad del cuerpo de los fallos que componen la jurisprudencia como fuerza normativa. Al efecto y en armonía con Goodhart (1930), se debe distinguir del fallo al menos tres partes: el *decisum* que corresponde a la parte resolutive, que resulta vinculante, solo para las partes en conflicto, a menos que el fallo tenga efectos *erga omnes*; la

*ratio decidendi* que corresponde a las razones argumentativas, que llevaron a tomar la decisión, parte que resulta vinculante, en tanto precedente, y el *obiter dicta* que son argumentos apenas persuasivos, de carácter secundario en la argumentación y sin poder vinculante, como se señala en la sentencia C 569 de 2001.

Visto lo anterior, resulta inevitable concluir, que la jurisprudencia, tiene carácter normativo, sustentado principalmente en el derecho a la igualdad y que solo bajo excepcionales circunstancias, como ocurre con el derecho positivo, puede el juez apartarse del mismo, en la toma de sus decisiones, lo que se ve reforzado con la existencia de mecanismos legales y constitucionales que permiten castigar o corregir su desconocimiento, y en consecuencia la jurisprudencia, se reconoce como norma jurídica en Colombia.

## 1. La Corte Constitucional y el Derecho Viviente

Determinada la calidad de norma jurídica de la jurisprudencia en Colombia, se resolverá, si es plausible someterla a control de constitucionalidad ante la Corte Constitucional, ante probables contradicciones de las reglas en ella prevista y la Constitución Política, de acuerdo a lo planteado por la jurisprudencia de la misma Corte Constitucional, para lo cual se evaluará la línea desarrollada sobre la materia.

La Corte Constitucional, en sentencia C 557 de 2001, con ponencia del Magistrado Cepeda Espinosa, estudió la acusación dada por el demandante en contra de la expresión “solamente” del artículo 59 de la Ley 610 de 2000, por la cual se determina que: son demandables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo únicamente los actos administrativos que dan fin al proceso de responsabilidad fiscal. Para el demandante, lo anterior restringe el derecho al acceso a la administración de justicia, por cuanto impide que se realice un control judicial sobre la totalidad de los actos administrativos que la autoridad fiscal emite durante el procedimiento. A pesar de que en este caso en concreto, no se demandó la jurisprudencia contencioso administrativa sobre la materia, ni argumentada por el demandante o los intervinientes, la Corte Constitucional para resolver el caso, estableció que la norma no se puede separar de la interpretación que le fuera dada por el tribunal de cierre, para el caso el Consejo de Estado, por cuanto, en el entender de la Corte, toda norma tiene dos dimensiones que deben ser evaluadas al momento del control de constitucionalidad, una su nacimiento, esto el contexto en que fue promulgada y otra su “vida”, esto es su contexto de interpretación, acogiendo de esta forma la denominada doctrina del derecho viviente.

Así, el derecho viviente, es la norma jurisprudencial, que integra la norma positiva y la interpretación que el tribunal de cierre, sea Corte Suprema de Justicia o Consejo de Estado le da a la misma. Señaló la Corte, que para que se configure el derecho viviente, se deben cumplir con al menos tres requisitos: 1) La interpretación judicial debe ser consistente y uniforme, más no necesariamente idéntica 2). Dicha interpretación debe ser consolidada, pues salvo excepcionales circunstancias, no podría determinarse si la interpretación se extendió en la correspondiente jurisdicción y 3). La interpretación judicial debe ser relevante, para darle significado a la norma interpretada o para fijar sus alcances y efectos.

Para la resolución del caso planteado, encontró la Corte, la configuración del derecho viviente, entre la norma demandada y la jurisprudencia del Consejo de Estado, por la cual se efectúa control judicial a los demás actos administrativos, sin importar si éstos son de trámite, motivo por el cual la norma tiene un efecto y alcance diferente al planteado por el demandante, y se desarrolla precisamente como este desea. En consideración de lo anterior, encontró la Corte Constitucional que la norma acusada, no vulnera la Constitución, luego de someterla en tanto derecho viviente a un test de razonabilidad y en consecuencia, se resolvió a favor de la declaratoria de exequibilidad.

A reglón seguido, y mediante sentencia C 426 de 2002, con ponencia del Magistrado Escobar Gil, la Corte Constitucional, estudió la legalidad de la interpretación que el Consejo de Estado le daba al artículo 84 del entonces vigente Código Contencioso Administrativo, que regulaba la acción de simple nulidad. De acuerdo con el demandante, ya en la sentencia C 1436 de 2000<sup>10</sup>, la Corte Constitucional, permitió el sometimiento a control constitucional de las interpretaciones normativas, que para el asunto en concreto, correspondía a la restricción que el Consejo de Estado, por vía jurisprudencial le daba a la acción de simple nulidad.

<sup>10</sup> Mediante sentencia C 1436 de 2000, con ponencia del Magistrado Beltrán Sierra, estudió la exequibilidad del artículo 70 de la Ley 80 de 1993, que permite la cláusula compromisoria en los contratos estatales por cuanto a juicio de la demandante, permite que los árbitros se pronuncien sobre la legalidad de actos administrativos. Para soportar su posición, la demandante señala que la jurisprudencia sobre la materia del Consejo de Estado, proscribió que se interprete de tal manera la norma acusada. La Corte Constitucional acepta estudiar la constitucionalidad de la norma bajo la interpretación presentada pro la demandada y acoge la postura del Consejo de Estado para declarar la exequibilidad condicionada de la norma, proscribiendo que los árbitros se pronuncien sobre la legalidad de actos administrativos.

La limitante señalada, implicaba que a pesar del contenido de la norma, tan solo se permitía impetrar la acción de simple nulidad en contra de actos administrativos de carácter general y aquellos de carácter individual de trascendencia social, postura conocida como la “Doctrina de los Móviles y las Finalidades”. El demandante, consideró vulnerado el acceso a la administración de justicia, y al debido proceso, en razón a la restricción planteada jurisprudencialmente al derecho de acción, la cual no se encuentra en el cuerpo de la norma y por tal razón la demanda de constitucionalidad se enfiló, en contra de tal interpretación.

A pesar del desarrollo anterior, sobre la doctrina del derecho viviente, la Corte Constitucional ahora, en la sentencia C 426 de 2002, sin analizar las condiciones de existencia del mismo, si bien reconoció que no existía un cargo directo en contra de la norma positiva demandada, lo que implicaría *prima facie* un fallo inhibitorio, estableció que la jurisprudencia del Consejo de Estado, conlleva un problema de interpretación constitucional, que constituye una orientación dominante, lo que habilita a que se realice control de constitucionalidad sobre la regla de derecho, definida por vía de interpretación, sobre la procedibilidad de la acción de simple nulidad en contra de los actos administrativos de contenido particular y concreto.

La Corte Constitucional, luego de determinar su capacidad de control normativo sobre las interpretaciones jurisprudenciales, acometió el estudio de los cargos planteados y determinó la exequibilidad condicionada, no de la norma de derecho viviente, sino de la norma positiva, condicionando su entendimiento a que la acción de simple nulidad, también procede en contra de actos administrativos de carácter particular. A pesar, de que omitió verificar el cumplimiento de las condiciones señaladas en el fallo anterior sobre derecho viviente, la importancia de este fallo reside, en que por primera vez se efectúa un control de constitucionalidad sobre normas jurisprudenciales.

A través de la sentencia C 207 de 2003, con ponencia del Magistrado Escobar Gil, la Corte Constitucional, definió la constitucionalidad de la norma jurisprudencial creada por el Consejo de Estado, al artículo 17 de la Ley 144 de 1994, por la cual se regulaba el recurso de revisión sobre sentencias en procesos de pérdida de investidura, en el sentido de que dicho recurso solo era aplicable a fallos posteriores a la promulgación de la mentada ley. Al estudiar su capacidad para resolver el caso, siguiendo la postura establecida en la sentencia C 426 de 2002, la Corte Constitucional estableció, que la jurisprudencia del Consejo de Estado, genera un contenido normativo del cual es plausible realizar control de constitucionalidad. En efecto, encontró que la

misma, vulneró el derecho de acceso a la justicia, por lo que condicionó la exequibilidad de la norma positiva a que se entienda que se puede interponer el recurso de revisión, cuya caducidad inicia con la promulgación de la ley que lo consagra.

En sentencia C 875 de 2003, con ponencia del Magistrado Monroy Cabra, la Corte Constitucional estudió la constitucionalidad de la expresión “ningún varón”, que definía a los beneficiarios de la obligación alimentaria de que trata el artículo 422 del Código Civil, al ser considerada discriminatoria en contra de las mujeres. Si bien no se demandó la interpretación jurisprudencial, la Corte Constitucional, encontró en aplicación del derecho viviente, que la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, no generaba la discriminación latente en la norma positiva, motivo por el cual decidió, no declararla inexecutable sino condicionar su entendimiento, siguiendo la interpretación de la CSJ, esto es incluyendo en su aplicación a las mujeres.

Un ciudadano, demandó la interpretación que el Consejo de Estado sostenía en su jurisprudencia, sobre los artículos 3, 46 y 48 de la Ley 472 de 1998, por la cual se regulan las acciones populares y de grupo, al considerar, que la misma crea como requisito la preexistencia del grupo, para incoar la acción de grupo, lo cual no aparece en el cuerpo de la norma positiva, generando restricciones a los derechos de acceso a la justicia, igualdad y asociación. Para fundamentar su pretensión de inexecutable, el demandante argumentó que las interpretaciones judiciales pueden ser objeto de control constitucional, de acuerdo con el precedente estatuido en las sentencias C 1436 de 2000 y C 426 de 2000, cuando este involucra un problema constitucional. Al resolver el caso, a través de la sentencia C 569 de 2004, siendo ponente el Magistrado Uprinmy Yepes, la Corte Constitucional aseguró que puede asegurar la subordinación de los funcionarios judiciales a la Constitución, a través de las sentencias interpretativas o condicionadas, o en forma directa, en desarrollo de la doctrina del derecho viviente. Advirtió la Corte, que dicha doctrina tiene el propósito de armonizar, de una parte el control abstracto de constitucionalidad y el sentido concreto y efectivo de las normas en la práctica judicial y social y de otra la autonomía interpretativa de la ley de los funcionarios judiciales, con el rol de la Corte Constitucional como guardiana de la Constitución, advirtiendo que en todo caso el derecho viviente debe someterse a ésta.

De esta forma y rescatando los lineamientos vistos, en las sentencias C 557 de 2001 y C 1437 de 2000, determinó que la jurisprudencia del Consejo de Estado junto con la norma positiva, constituye derecho viviente. Examinada

así, la norma de derecho viviente, que exige la preexistencia del grupo, como requisito de procedibilidad, se concluyó que la misma resulta inconstitucional, en tanto genera discriminación frente a quienes, no fueron parte de un grupo preexistente, y que sufrieron un daño resarcible a través de la acción de grupo, en razón a la identidad frente al hecho dañoso, desnaturaliza la acción de grupo en tanto acción constitucional destinada al resarcimiento de un daño de impacto social, e impide el acceso a la justicia.

Encontró la Corte, que el Consejo de Estado llegó a la teoría de la preexistencia del grupo en razón de la duplicidad en las normas positivas. Así, para evitar que la norma interpretativa lesiva de la Constitución, perviva, declaró la inexecutable de la expresión “condiciones uniformes respecto de una misma causa” vistas en los artículos 3 y 46 demandados, advirtiendo que en todo caso, no se podrá replicar la interpretación lesiva, mientras subsistan los fundamentos constitucionales que la retiraron del ordenamiento jurídico, y que dieron pie al sentido del fallo de inexecutable que para tales efectos constituye cosa juzgada material

Frente a la demanda que unos ciudadanos incoaran en contra del artículo 289 del Código Penal, que regula el delito de falsedad en documento privado<sup>11</sup>, por cuanto la lectura de la norma no permite inferir si la conducta castigada, comprende la falsedad material, la ideológica o ambas, y la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, resolvió que comprende ambas. Tal interpretación a los ojos de los demandantes vulnera el principio de legalidad de la pena prevista en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 29 de la Constitución Política, al considerar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, construyó un marco punitivo.

Al estudiar los cargos planteados, la Corte Constitucional, en sentencia C 637 de 2009, con ponencia del Magistrado González Cuervo, encontró la existencia del derecho viviente entre la norma señalada y la jurisprudencia de la CSJ, como lo señalaron los demandantes, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional ya señalada. Sin embargo, la Corte Constitucional no encontró vulneración del principio constitucional de legalidad, por parte de la norma de derecho viviente, en tanto el sentido gramatical, natural del vocablo “falsedad”, incluye las modalidades material e ideológica como lo entendió

<sup>11</sup> La norma entonces demandada, es del siguiente tenor: “Artículo 289. Falsedad en documento privado. El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de dieciséis (16) a ciento ocho (108) meses.”

la Corte Suprema de Justicia en su ejercicio jurisprudencial, motivo por el cual se declaró la exequibilidad de la norma.

Otro tanto ocurrió en la sentencia C 422 de 2011, con ponencia del magistrado Sierra Porto, en la que la Corte Constitucional determinó que por la doctrina del derecho viviente, ciertas normas del Código Penal, no se encontraban en la indeterminación acusada por los demandantes, y de similar calado la decisión tomada por en la sentencia C 491 de 2012, con ponencia del Magistrado Vargas Silva, en la que se determinó que de acuerdo con el derecho viviente de la CSJ, no se debe penalizar el porte de dosis personal de estupefacientes, y bajo ese entendido declaró la exequibilidad condicionada del artículo 376 del Código Penal.

Ya en materia laboral y de la seguridad social, a través de la sentencia C 258 de 2013, con ponencia del Magistrado Pretel Chaljub, del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, que establecía que las pensiones de los congresistas serían equivalentes al 75% del ingreso promedio mensual, que por todo concepto recibiera durante el último año, reajutable anualmente en la misma medida que el salario mínimo. Los demandantes, aseguraron, que tal disposición atentaba en contra del principio de igualdad, la sostenibilidad financiera y la prohibición general de regímenes especiales, aunado a que no tenía en cuenta los factores de cotización previstos por el numeral 20 del artículo 48 Constitucional, incluido en el Acto Legislativo 01 de 2005. La Corte Constitucional, determinó como primera medida, la posibilidad de estudiar el asunto, en la medida de que a pesar de la derogatoria de la norma, la misma seguía produciendo efectos. Como segunda, estableció a partir de la doctrina del derecho viviente el alcance y efectos de la norma demandada, siendo éstos el que los beneficiarios del régimen especial, de congresistas, sean aquellos que ingresaron al servicio legislativo incluso con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993; que el IBL lo compone el promedio de lo devengado en el último año, sin importar su carácter remunerativo del servicio; las mesadas no se encuentran sometidas a un tope y su incremento anual se da con el salario mínimo.

Tales criterios jurisprudenciales, que establecieron a la luz del derecho viviente, los alcances de la norma demandada, fueron tomados de la jurisprudencia de la misma Corte Constitucional y del Consejo de Estado. Además, una vez decantados, fueron utilizados por la Corte Constitucional, en el fallo señalado, como criterio de comparación a la luz del test de igualdad, que no fue superado por la norma, quien en consecuencia declaró la inexecutable de algunas expresiones de la norma demandada, y lo restante lo condicionó

a que se entendiera que se debe acatar el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, norma que definirá el IBL, del cual sólo será parte los ingresos remunerativos del servicio y aclarando además que las mesadas en ningún caso podrán superar los 25 salarios mínimos legales mensuales, a partir del 1 de julio de 2013.

Reiterando, la necesidad de consultar del derecho viviente para determinar la constitucionalidad de una norma, en su verdadero sentido, la Corte Constitucional en sentencia C 234 de 2014, con ponencia del Magistrado Mendoza Martelo consultó las normas jurisprudenciales resultantes de la interpretación de una norma del Código Civil, para concluir a partir de ellas, la constitucionalidad del precepto atacado, reiterando su apreciación de oficio, para corroborar que la verdadera norma, la revelada a partir de las normas jurisprudenciales, se encuentra conforme o no con el precepto constitucional.

Finalmente, en sentencia C 344 de 2017 la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Linares Cantillo, estudió el cargo de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa del artículo 94 del Código Penal, por cuanto en dicha norma, se otorga el derecho de reparación por la conducta punible de los derechos morales y materiales excluyendo otras formas de reparación establecidas jurisprudencialmente. Nuevamente, para estudiar el alcance del precepto atacado, la Corte Constitucional, consulta las normas jurisprudencia que conforman el derecho viviente, para concluir, que al momento la jurisprudencia, no limita la reparación a ningún tipo de categoría, por lo que resultaría constitucional. Sin embargo encontró posiciones jurisprudenciales, permitirían la interpretación contraria, motivo por el cual declaró la constitucionalidad de la norma, bajo el entendido de que las categorías material y moral, son meramente indicativas y no impiden la reparación integral de las víctimas.

Decantada la posición jurisprudencial sobre la capacidad de someter a control de constitucionalidad, normas de carácter jurisprudencial, se determinará gráficamente el movimiento de la línea respectiva, la cual da cuenta de la consistencia y uniformidad de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que la misma se encuentra consolidada, dados los numerosos pronunciamientos sobre el tema, y que además tal posición jurisprudencial resulta relevante y esclarecedora sobre la potestad de control normativo, en su modalidad de control constitucional, que la Corte Constitucional, puede ejercer sobre la jurisprudencia de los tribunales de cierre.

Se aprecia además, cómo la Corte Constitucional utiliza la doctrina del derecho viviente, incluso de forma oficiosa, cuando considera que el cuerpo de



De la anterior línea jurisprudencial, y siguiendo las ideas de Hesse (2012) sobre la concretización de la constitución, a partir de la interpretación jurisprudencial, se puede concluir que desde la doctrina del derecho viviente, esto es a partir de la jurisprudencia, consistente, uniforme, consolidada y que resulta definitoria, de los alcances y efectos de una norma, que la jurisprudencia a su vez concretiza la ley, generando una norma jurídica que puede ser objeto de control constitucional por parte de la Corte Constitucional, quien a partir de sus fallos de constitucionalidad puede determinar la exequibilidad de la misma, el condicionamiento de la norma positiva para adecuar la interpretación de la misma a la Constitución o finalmente, la exclusión del ordenamiento jurídico.

### Referencias

Bernal Pulido C. (2008). El precedente en Colombia. *Revista Derecho del Estado* (21), 81 - 94

González Arango, A. (2015). El control de convencionalidad: medio de legitimación del control material de reformas a la constitución. *Summa Iuris*, 3(2), 330-354.

Haro Reyes D. J. (2015) Los sistemas de control de la constitucionalidad. Comentarios de la actualidad mexicana. *Revista Jurídica Jaliscense*. 25(53)43–69 Recuperado de [http://148.202.18.157/sitios/publicacionesite/ppperiod/jurjal/jurjal53/jurjal53\\_3.pdf](http://148.202.18.157/sitios/publicacionesite/ppperiod/jurjal/jurjal53/jurjal53_3.pdf)

Hesse K. (2012) *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, España: Fundación Coloquio Jurídico Europeo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

Insignares-Cera, S., & Molinares-Hassan, V. (2012). Juicio integrado de constitucionalidad: análisis de la metodología utilizada por la corte constitucional colombiana. *Vniversitas*, (124), 91-118.

Lancheros-Gámez, J. (2012). El precedente constitucional en Colombia y su estructura argumentativa. Síntesis de las experiencias de un sistema de control mixto de constitucionalidad a la luz de la sentencia T-292 de 2006 de la Corte Constitucional. *Dikaion*, 21 (1), 159-186.

Llorente, F. R. (1988). La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. *Revista española de derecho constitucional*, (22), 9-51.

López Medina D. (2004) *Teoría Impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá D.C. Colombia. Editorial Legis S.A.

López Medina D. (2006) *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial* Bogotá D.C. Colombia. Editorial Legis S.A.

Martínez Caballero, A. (2000). Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2(1), 9-32

Márquez Vásquez, C. I. (2006) *Consideraciones sobre el derecho viviente*. Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. Biblioteca jurídica virtual. Revista Elementos de Juicio.