



CONSIDERACIONES SOBRE "EL DERECHO VIVIENTE"

*Clara Ines Márquez Vásquez**

Tradicionalmente se ha hablado de cuatro fuentes del Derecho: la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. A través del tiempo, en el estudio del Derecho se ha hecho un análisis de cada una de ellas, la manera como se definen, como se estructuran, la importancia que tienen dentro de los sistemas de Derecho romano germánico y del "Common Law", y finalmente cómo pueden integrarse entre ellas.

En este artículo se hará un breve análisis de la importancia que cobran en el estudio de constitucionalidad del Derecho colombiano, las interpretaciones judiciales respecto a las normas jurídicas, hechas por los más altos tribunales de la jurisdicción ordinaria y contenciosa administrativa.

Si bien en la postura tradicional generalizada del Derecho romano-germánico se excluía la posibilidad de que la ley y la jurisprudencia pudieran convivir con la misma importancia, sin que la segunda pudiera llegar a convertirse en Derecho, en Colombia la posición no ha sido tan estricta, pues ya desde la Ley 153 de 1887, subrogada por la Ley 169 de 1889, artículo 4, se estableció lo que se conoció como "Doctrina Probable", en el sentido de que "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". En efecto, se reconoció un valor jurídico adicional

* | Abogada Universidad Santo Tomas de Aquino

a la jurisprudencia y no simplemente como un criterio auxiliar de interpretación.

Actualmente, en la Constitución de 1991, se reconoció el valor de máximo tribunal a la Corte Suprema de Justicia en la jurisdicción ordinaria (Art. 234 de la C.P) y al Consejo de Estado en materia contenciosa administrativa (Art. 237 Numeral 1 de la C.P). Es decir, dichos tribunales actúan como órganos de cierre dentro de su respectivo ramo, pues tienen a su cargo la función de revisión final de las sentencias que llegan a su conocimiento, y por lo tanto las decisiones que adopten generalmente serán seguidas por los jueces de inferior jerarquía funcional, pues ningún juez en principio se someterá a una revocatoria de su decisión, por desconocer el derrotero claramente fijado por su superior respecto a un tema determinado, a menos -claro está- que su argumentación jurídica sea tal que le permita razonadamente, en el caso concreto, apartarse de lo dicho por el Tribunal.

Adicionalmente, el juez aplicará la jurisprudencia, pues reconoce la importancia del principio de igualdad establecido en la Constitución Política, de dar tratamiento igual a situaciones iguales; o, como lo indicara Julio Cueto Rúa, "Las sentencias de los jueces son fuentes del derecho porque ellas inspiran a otros jueces, a los funcionarios administrativos, a los legisladores, y a los integrantes del grupo social, llevándoles a actuar de una manera similar en el futuro."

De lo anterior queda como primera conclusión, compartida por varios tratadistas respecto a la importancia de la jurisprudencia, el hecho de que la jurisprudencia está llamada a llenar de contenido las leyes en abstracto.

Pese a que la Corte Constitucional ha reconocido desde sus inicios la importancia y validez de la jurisprudencia de los demás altos tribunales, recientemente surgió en la jurisprudencia sobre control constitucional en el Derecho colombiano el denominado concepto del "Derecho Viviente", a partir de la Sentencia C-557 de 2001, M.P Manuel José Cepeda, por lo que entraremos a recopilar lo definido desde entonces frente a dicho concepto.

Pese a que no existe una definición expresa del concepto de "Derecho Viviente", se podría entender como tal el Derecho que los jueces en sus decisiones han aportado a la interpretación, desarrollo y actualización de la ley en abstracto. Así, en la Sentencia C-557 de 2001 se establece el uso de la jurisprudencia como verdadera fuente de derecho para interpretar las normas que se demandan por ser consideradas inconstitucionales y

que en ausencia de ella, se deberá "acudir a otras fuentes del derecho para interpretar los artículos demandados". Este no es un criterio absoluto o ilimitado, pues encuentra una restricción en el hecho de que dicha interpretación, de varias posibles, debe ser compatible con la Carta Política: "Cuando una norma puede ser interpretada en más de un sentido y entre las interpretaciones plausibles hay una incompatible con la Constitución la interpretación jurisprudencial y doctrinaria del texto normativo demandado debe ser tomada en cuenta para fijar el sentido, los alcances, los efectos, o la función de la norma objeto del control constitucional en un proceso, tal y como ha sido aplicada en la realidad. Si esta interpretación jurisprudencial y doctrinaria representa una orientación dominante bien establecida, el juez constitucional debe, en principio, acogerla salvo que sea incompatible con la Constitución."

Y para que se entienda conformado un verdadero Derecho Viviente, es decir una orientación jurisprudencial dominante, en los términos de la sentencia mencionada se deben reunir los siguientes requisitos: "(1.) la interpretación judicial debe ser consistente, así no sea idéntica y uniforme (si existen contradicciones o divergencias significativas, no puede hablarse de un sentido normativo generalmente acogido sino de controversias jurisprudenciales); (2.) en segundo lugar, la interpretación judicial debe estar consolidada: un solo fallo, salvo circunstancias especiales, resultaría insuficiente para apreciar si una interpretación determinada se ha extendido dentro de la correspondiente jurisdicción; y (3.) la interpretación judicial debe ser relevante para fijar el significado de la norma objeto de control o para determinar los alcances y efectos de la parte demandada de una norma."

La anterior no es una decisión caprichosa, sino que tiene un objetivo claro, que fue fijado posteriormente, con mayor claridad en la sentencia T-1294 de 2001. Entonces consideró la Corte que al utilizar dicha fuente del derecho se asegura que sus decisiones, en últimas, gocen de cierta aceptación por parte de los destinatarios de dicha sentencia, lo que en sus palabras significa que "(...) por esta vía la Corte puede delimitar el contexto dentro del cual su fallo será interpretado y aplicado, con lo cual se asegura que responda a la posición predominante en la comunidad jurídica cuya actividad interpretativa es crucial al momento de fijar el sentido de las normas. Así, la doctrina del Derecho Viviente promueve un diálogo institucional respetuoso de las competencias de los diversos órganos judiciales así

como abierto a las características del contexto hermenéutico." Posición respaldada también en la Sentencia C-955 de 2001, en donde se determinó: "En efecto, lo que persigue la doctrina del derecho viviente en el contexto del control de constitucionalidad, es equipar la norma jurídica con el acervo doctrinario y jurisprudencial de su hermenéutica, de modo que si éste se encuentra claramente establecido y ofrece rasgos de coherencia y unidad, deba el juez constitucional admitirlo como el sentido en que dicha preceptiva ha de ser interpretada, al momento de decidir sobre su exequibilidad."

Finalmente en la Sentencia C-569 de 2004, al reiterar el reconocimiento del valor del Derecho Viviente de la jurisprudencia como fuente de interpretación, queda plasmado el verdadero significado de la función de los jueces pues, "(...) el control constitucional recae sobre el derecho realmente vivido por los ciudadanos, y no sobre contenidos hipotéticos, que podrían eventualmente inferirse del texto acusado, pero que no han tenido ninguna aplicación práctica."

El texto anterior fue escrito no sólo para intentar estructurar, en alguna medida, el concepto de "Derecho viviente" dentro del derecho colombiano, sino además para estimular la producción de decisiones judiciales con un alto sentido de la justicia material y responsabilidad jurídica, que propendan a generar mayor igualdad en un Estado que valora tanto una decisión judicial coherente con su realidad social como una política de respeto por las garantías de sus ciudadanos.