



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA
T U N J A

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS,
SECCIONAL TUNJA

FACULTAD DE DERECHO



REVISTA DE DERECHO PRINCIPIA IURIS

28

Tunja, 2017 - II



OPEN  ACCESS

descarga gratuita

<http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris>

<i>Principia IURIS</i>	<i>Tunja, Colombia</i>	<i>Vol. 15</i>	<i>No. 28</i>	<i>F. 28</i>	<i>pp. 260</i>	<i>Julio Diciembre</i>	<i>2017 - II</i>	<i>ISSN: 0124-2067</i>
------------------------	----------------------------	----------------	---------------	--------------	----------------	----------------------------	------------------	------------------------

Entidad Editora

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

Directora Ediciones USTA Tunja

María Ximena Ariza García, Ph.D.
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

Editor

Ph.D. Deiby Alberto Sáenz Rodríguez

Número de la revista

Veintiocho (28)
Segundo Semestre de 2017

Periodicidad

SEMESTRAL

ISSN

0124-2067

Dirección postal

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia
Teléfono: (8) 7440404 Exts.: 31239 – 31231

Correo electrónico

revistapincipia@ustatunja.edu.co
deiby.saenz@usantoto.edu.co

Diseño y Diagramación:

Búhos Editores Ltda.

Corrección de Estilo:

Fray Ángel María Beltrán N., O.P.

Traducción portugués:

Claudia Lucía Ariza García

Traducción inglés:

William Ortiz

Traducción francés:

Andrea Jiménez Chaparro

Anotación: El contenido de los Artículos es responsabilidad exclusiva de sus autores. Todos los derechos reservados, la reproducción total o parcial debe hacerse citando la fuente. Hecho el depósito legal.

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS,
SECCIONAL TUNJA FACULTAD DE
DERECHO**

LA DOCTRINA DEL DERECHO VIVIENTE:
REPERCUSIONES DE UN CAMBIO DE
PARADIGMA DEL SISTEMA TRADICIONAL
DE FUENTES DEL DERECHO EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

DOCTRINA DO DIREITO VIVER: IMPLICAÇÕES
DE UMA MUDANÇA NO PARADIGMA DO
SISTEMA TRADICIONAL DE FONTES DE DIREITO
NA ORDEM LEGAL DA COLOMBIANA

THE LIVING TREE DOCTRINE: EFFECT OF A
PARADIGM CHANGE OF THE TRADITIONAL
SYSTEM OF LAW SOURCES IN THE COLOMBIAN
LEGAL SYSTEM

LA DOCTRINE DE L'ARBRE VIVANT : EFFET
D'UN CHANGEMENT PARADIGME DU SYSTEME
TRADITIONNEL DES SOURCES DE DROIT DANS
LE SYSTEME JURIDIQUE COLOMBIEN

Fecha de recepción: 20 de mayo de 2017
Fecha de aprobación: 22 de junio de 2017

Herman-Aranda¹

1 Doctor © en Derecho de la Universidad de Buenos Aires de Argentina. Correo: hermanaranda87@hotmail.com.

Resumen

La constitucionalización del derecho ha traído consigo nuevas teorías de interpretación tendientes al reconocimiento y materialización del concepto de justicia constitucional estatuido v. gr. la teoría del *Derecho Viviente*, perteneciente a la corriente de escuelas antiformalistas; teoría que supone una dicotomía, pues considera que “(...) *frente al derecho de los libros (o de los códigos), existe otro que surge de las dinámicas sociales y que es el que se aplica a partir de la interpretación de los órganos autorizados*” (Sentencia C 418 de 2014)

Esta teoría ha sido desarrollada por la doctrina y acogida por los altos tribunales, especialmente, en los eventos en los cuales existen interpretaciones contrarias frente a un mismo supuesto derivadas del ejercicio judicial de los máximos tribunales con el fin de pacificar las posturas y adoptar la interpretación que se ajuste a la dinámica social del momento histórico; interpretación, que resulta ser referente de obligatorio (en principio) acatamiento por parte de los jueces de menor rango en virtud de figuras tales como el precedente judicial vinculante.

El presente escrito tiene como propósito principal brindar un panorama teórico–conceptual frente al desarrollo de la teoría del Derecho Viviente por parte de la doctrina, el sistema jurídico italiano (quien ha hecho valiosos aportes al desarrollo del concepto) y especialmente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, corporación que en los últimos años ha desarrollado una nutrida línea jurisprudencial frente a los requisitos para que se configure este concepto y pueda ser eventualmente valorado dentro de un juicio de constitucionalidad.

Palabras clave: constitucionalización, derecho viviente, fuentes del derecho, paradigma.

Resumo

A constitucionalização da direita trouxe consigo novas teorias de interpretação que tendem ao reconhecimento e à materialização do conceito de justiça constitucional conforme estipulado v. gr. a teoria do direito vivo, pertencendo ao fluxo de escolas anti-formalistas; Teoria que supõe uma dicotomia porque considera que “(...) na frente do direito dos livros (ou dos códigos), há outro que emerge da dinâmica social e que é o que é aplicado a partir da interpretação dos órgãos autorizados “(Sentença C 418 de 2014)

Esta teoria foi desenvolvida pela doutrina e bem-vindo pelos tribunais superiores, especialmente nos eventos em que há interpretações contrárias diante de uma mesma suposição derivada do exercício judicial dos tribunais superiores para pacificar o postur e adotar a interpretação que se adapta às dinâmicas sociais do momento histórico; interpretação que se refere ao cumprimento obrigatório (em princípio) por parte dos juízes de menor hierarquia em virtude de figuras como o precedente judicial vinculativo.

O objetivo principal deste artigo é fornecer uma visão teórico-conceitual do desenvolvimento da Teoria da Lei Velha pela doutrina, o sistema jurídico italiano (que fez contribuições valiosas para o desenvolvimento do conceito) e especialmente na jurisprudência do Tribunal Constitucional da Colômbia, corporação que nos últimos anos desenvolveu uma linha jurisprudencial rica contra os requisitos para este conceito é configurado e pode ser eventualmente avaliado dentro de um ou de constitucionalidade.

Palavras-chave: constitucionalização, lei viva, fontes de direito, paradigma.

Abstract

The constitutionalization has brought new theories itself of interpretation aimed at the recognition and materialization of the constitutional justice concept established v.gr. The living tree theory, of the antiformalist school of law; Theory that supposes a dichotomy, as it considers that “(...) in relation to the books (or civil codes) there is a new dichotomy that emerges from the social practices and it is applied from the interpretation of the authorized authority.

This theory has been developed by the dogma and by the specialized courts, especially in the situations in which those opposite interpretations about a same assumption derived from the judicial practice of the Supreme Court with the purpose of pacifying the stances and adopt the proper interpretation that fits into the social dynamic of the historical movement; interpretation which is a mandatory model (in the beginning) the acceptance from lower status judges in virtue of the leading figures such us the binding judicial precedent.

The current paper has the main purpose of providing a theoretical and conceptual background regarding the living tree theory from the doctrine, the judicial Italian system (whose contributions have been valuable to the concept development) and especially to the jurisprudence of the Colombian Supreme Court, authority that in the last years has developed an enriched jurisprudential line in front of the requirements to make the concept draft and it can be eventually valued inside of a constitutional trial.

Key words: constitutionalization, living law, sources of law, paradigm.

Resume

La constitutionnalisation a apporté de nouvelles théories f d'interprétation visant à la reconnaissance et à la matérialisation du concept de justice constitutionnelle établi v.gr. La théorie de l'arbre vivant, de l'école de droit anti-formaliste ; Théorie qui suppose une dichotomie, car elle considère que «(...) par rapport aux livres (ou aux codes civils) il y a une nouvelle dichotomie qui émerge des pratiques sociales et qui est appliquée à partir de l'interprétation de l'aut autorisé l'horitude.

Cette théorie a été développée par le dogme et par les tribunaux spécialisés, en particulier dans les situations où les interprétations opposées d'une même supposition découlaient de la pratique judiciaire de la Cour suprême dans le but de pacifier les positions et d'adopter l'interprétation correcte qui s'inscrit dans la dynamique sociale du mouvement historique; interprétation qui est un modèle obligatoire (au début) l'acceptation des juges de statut inférieur en vertu des figures de premier plan tels nous le précédent judiciaire obligatoire.

Le présent article a pour but principal de fournir un contexte théorique et conceptuel concernant la théorie de l'arbre vivant de la doctrine, le système judiciaire italien (dont les contributions ont été utiles à l'élaboration du concept) et surtout à la jurisprudence de la Cour suprême colombienne, autorité qui, au cours des dernières années a développé une ligne jurisprudentielle enrichie devant les exigences pour faire le projet de concept et il peut être finalement évalué à l'intérieur d'un procès constitutionnel.

Mots clés : constitutionnalisation, droit vivant, sources du droit, paradigme.

Introducción

La jurisprudencia dentro del modelo tradicional de fuentes del sistema de Derecho Romano Germánico se considera como un criterio secundario, siempre a la sombra de la ley como fuente primaria. Sin embargo, con el nacimiento de las escuelas antiformalistas de interpretación se abrió la posibilidad de repensar esta estructura, promoviéndose así concepciones que otorgan importancia capital a fuentes de antaño desconocidas como la costumbre, la doctrina y la jurisprudencia.

Frente a esta última, se han desarrollado variadas e, inclusive, antagónicas posturas frente a su reconocimiento como fuente de derecho, discusión que no pretende ser abordada dentro de estas cortas líneas², pero de la que resulta de gran importancia rescatar la Doctrina Intermedia respecto de la cual Schiele Manzor citando a Castán Tobeñas (2015), manifiesta que:

“En el sistema continental se trataría de una jurisprudencia constante según el cual lo que constituye una regla jurídica es no la solución dada a un litigio aislado, sino la práctica que se deriva de la serie de decisiones que recaen sobre casos idénticos o análogos. Como tal la jurisprudencia debe ser considerada fuente del derecho distinta de las otras fuentes, más

2 Puede reconocerse como fenómeno determinante de las diferentes posturas tejidas alrededor del sistema de fuentes, el proceso de constitucionalización del derecho, debido a que, gracias a este, el concepto de validez ha sido reformulado para dar paso a conceptos de orden axiológico con mayor relevancia en la materialización del concepto de justicia constitucional.

bien le atañe a esta en definitiva la aplicación práctica y en definitiva la sistematización de las otras fuentes del derecho. (p.7)

Esta Doctrina Intermedia como se infiere de la definición precedida implica una integración de fuentes que a través de la jurisprudencia condensan reglas que se articulan con los textos originales de las Leyes que sirven de fundamento para las decisiones judiciales. La interpretación uniforme de una disposición legislativa que se conjuga con la literalidad del texto normativo correspondiente ha servido como fundamento de lo que conocemos como teoría del Derecho Viviente, el cual ha sido definido como “*el Derecho que los jueces en sus decisiones han aportado a la interpretación, desarrollo y actualización de la ley en abstracto*” (Vásquez, 2015, p. 102)

A continuación, se pretende desarrollar con mayor profundidad el concepto de Derecho Viviente, así como el desarrollo de su construcción conceptual y su aceptación y aplicación en ordenamientos jurídicos como el italiano y el colombiano concretamente.

1. El derecho viviente

La teoría del Derecho Viviente puede ser abordada desde dos aristas: la primera de ellas, el concepto de Derecho Viviente Sociológico que podría considerarse como la forma como se aprecia y se materializa el derecho en las relaciones de las personas; por otro lado, el concepto de Derecho Viviente Jurisprudencial supone el reconocimiento del primer concepto como parámetro determinante en las decisiones judiciales. En otras palabras, se habla de:

“(...) <<derecho viviente>> como un derecho directamente experimentado en la sociedad a través de relaciones jurídicas, actos y comportamientos materiales. Pero, si se tiene en cuenta la particularidad que tales <<materiales>> de la vida jurídica concreta de una sociedad, antes o después, están destinados a alcanzar en las salas de la justicia y a provocar decisiones judiciales, queda claro que el derecho viviente jurisprudencial tiende a aproximarse al derecho viviente sociológico”. (Zagrebelsky, 2010, p. 335).

Respecto del primero, el Derecho Viviente Sociológico, ha manifestado la doctrina que constituye punto de partida para replantear los conceptos de validez y eficacia de las normas o reglas jurídicas, pues:

“(...) la verdadera ciencia del Derecho o teoría general sería la sociología jurídica, en la medida en que permite conocer el Derecho “viviente”, es decir, el que verdaderamente opera en la realidad, en paralelo o incluso en oposición con el Derecho formalizado por el Estado”. (Campos, 2013, pp. 7-12)

Por otro lado, la teoría del Derecho Viviente Jurisprudencial, aunque puede ser un concepto construido desde lo particular de los ordenamientos jurídicos domésticos, en principio implica que:

“(…) se entiende la norma de ley no en las abstractas posibilidades interpretativas que descienden de los textos, sino la norma de ley tal como “vive” en la interpretación consolidada de los jueces. Estamos, por tanto, así sea bajo un determinado perfil, en el discurso de la abstracción-concreción del juicio constitucional”. (Zagrebelsky, 2010, p.333)

Se resalta dentro de este postulado, el papel interpretativo de los jueces plasmado en su jurisprudencia como fundamento de ese nuevo concepto de norma o regla que escapa a su mera literalidad jurídica.

En adelante se estudiará con mayor detenimiento este segundo concepto, el Derecho Viviente Jurisprudencial, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico italiano (abanderados en el desarrollo del concepto) y dentro del ordenamiento colombiano.

2. Desarrollo y aplicación en el ordenamiento jurídico italiano

La teoría del Derecho Viviente Jurisprudencial al interior del ordenamiento jurídico italiano, ha sido desarrollada por la Corte Constitucional Italiana, la cual reconoció en sentencia de constitucionalidad de 1956 que:

“la Corte, si bien entiende que puede y debe interpretar con autonomía de juicio y de orientaciones la norma constitucional que se asume violada y la norma ordinaria que se acusa de violarla, no puede no tener en debida cuenta una constante interpretación jurisprudencial que confiere al precepto legislativo su efectivo valor en la vida jurídica, si es verdad, como lo es, que las normas son no como aparecen en abstracto, sino como son aplicadas en la vida cotidiana por obra del juez, dirigidas a volverlas concretas y eficaces”. (Sentencia 3, 1956)

Manifiesta Groppi (2003), al respecto que la Corte,

“ha renunciado a toda libertad interpretativa, asumiendo como objeto de su propio juicio, cada vez que ha sido posible, el derecho viviente, es decir la norma producto de una consolidada interpretación jurisprudencial, apoyada por la existencia de al menos un pronunciamiento de la Corte de Casación”. (p. 497)

La teoría del derecho viviente ha adquirido tal relevancia en el modelo de control constitucional italiano que como expone Romboli (1999),

“Frente a más posibles interpretaciones, al no haberse formado en relación con ninguna de ellas un <<derecho viviente>>, el juez tiene ante todo la obligación de escoger cuál de las interpretaciones posibles pretende seguir, no pudiendo plantear a la Corte la alternativa sin previamente haber tomado una posición dejando, con ello, que sea ésta última la que elija”.
(p. 195)

Lo anterior supone que la Corte Constitucional italiana ha determinado como “requisito de procedibilidad” del análisis de una duda interpretativa o de impugnar una determinada interpretación de la disposición que no se comparte, la existencia de un Derecho Viviente. Esto, debido a que dentro del modelo jurídico doméstico italiano los jueces de inferior jerarquía son los llamados a determinar el sentido de las leyes y el control de constitucionalidad se limita a suprimir del ordenamiento jurídico las normas que sean contrarias a la Constitución. En palabras de Romboli (1999)

“La interpretación de la ley es una cuestión de competencia del juez ordinario, ajena al juicio de constitucionalidad, el cual, por el contrario, está orientado a eliminar las normas viciadas y no a valorar la incertidumbre en relación con su aplicabilidad. En este sentido, la Corte ha considerado, y en muchas ocasiones así lo ha afirmado, que el juicio de constitucionalidad de las leyes no puede ser iniciado por el juez con el fin de hacer prevalecer una interpretación de la ley respecto de otra³”. (pp. 179- 205).

La adopción de la teoría del Derecho Viviente dentro de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional italiano ha significado a su vez una forma de dar solución a las diferencias interpretativas de la Corte y los jueces de inferior jerarquía. Frente a este último hecho y en atención a la línea jurisprudencia fijada por la corporación se han fijado las siguientes reglas:

1. Si el juez de inferior jerarquía eleva acción de constitucionalidad sobre un derecho viviente determinado y esta es infundada, la Corte adoptará un pronunciamiento de rechazo⁴.
2. Si el juez de inferior jerarquía eleva acción de constitucionalidad sobre un derecho viviente determinado y está fundada, la Corte adoptará el pronunciamiento de inconstitucionalidad.
3. Si el juez de inferior jerarquía no promueve acción de constitucionalidad sobre un derecho viviente determinado, y este es constitucional, la Corte rechaza la pretensión con un pronunciamiento de interpretación conforme.

³ Cfr. Sentencias 101/1996, 258/1997 y 280/1998 de la Corte Constitucional Italiana.

⁴ Sentencias por medio de las cuales la Corte adopta de entre todas las posibles interpretaciones de una disposición concreta aquella que es conforme a la constitución.

4. Si el juez de inferior jerarquía no promueve acción de constitucionalidad sobre un derecho viviente determinado, y este es inconstitucional, la Corte lo anula y en consecuencia emite una decisión interpretativa estimatoria⁵. (Groppi, 2003, pp. 481-504).

Se debe resaltar entonces frente a la doctrina del Derecho Viviente, el trascendental papel de los jueces de menor jerarquía (pues a diferencia del sistema jurídico colombiano) son los únicos que pueden accionar el aparato jurisdiccional constitucional.

3. La teoría en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana

Dentro de contexto jurídico colombiano, la teoría del derecho viviente jurisprudencia ha sido integrada y desarrollada en nuestro ordenamiento gracias a la nutrida jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La doctrina del Derecho Viviente tuvo como antecedente próximo el concepto de Doctrina Legal (propia del sistema jurídico español y similar al concepto de “jurisprudence constante” del sistema jurídico francés) la cual se concibió como una herramienta para suprimir los vacíos jurídicos que el Legislador con ocasión a la expedición de la ley pudiera haber creado.

Este concepto es integrado dentro del ordenamiento jurídico colombiano a través de la Ley 61 de 1886, y aplicable únicamente a la interpretación tejida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. La norma en cuestión en su artículo 39 rezaba que:

*“Es doctrina legal **la interpretación que la Corte Suprema de a unas mismas leyes en tres decisiones uniformes.** También constituyen doctrina legal las declaraciones que la misma Corte haga, en tres decisiones uniformes, **para llenar los vacíos que ocurran, es decir, en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso**”.* (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Posteriormente, enseña a través de su jurisprudencia la Corte Constitucional

“(…) la Ley 153 de 1887 se encargó de ratificar la fórmula de doctrina legal, con una cierta morigeración, implementando en la definición del artículo 10 las palabras más probables y restando con ello el carácter perentorio de su implementación así: “En casos dudosos, los jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes dadas por la

⁵ Sentencias por medio de las cuales la Corte declara una disposición (previo análisis de la interpretación atribuida) a la misma contraria a la Constitución.

Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal probable". (Sentencia C 621 de 2015)

Sin embargo, el concepto de Doctrina Legal implicó la imposibilidad de que la Corte Suprema de Justicia evolucionara en sus decisiones, razón por la cual a través de la Ley 169 de 1896, deroga el concepto para introducir en el ordenamiento jurídico colombiano la Doctrina Probable, la cual es definida por el artículo 4 de la norma el cual dispone 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**"*. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Este nuevo concepto (aún vigente en el ordenamiento jurídico) implicó la abolición de las rigideces que suponía la aplicación de la Doctrina Legal y permite en forma facultativa a los Jueces de inferior jerarquía apearse o no (caso en el cual deberá argumentar las razones que fundamentan su decisión) a la jurisprudencia constante de la Corte Suprema de Justicia.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, la creación de la Corte Constitucional colombiana como guardiana de la constitución y la implementación del modelo de Estado Social de Derecho, en otras palabras, con la constitucionalización del sistema jurídico colombiano, fue necesario precisar los alcances de la teoría de la Doctrina Probable y con ocasión a una acción pública de inconstitucionalidad elevada en contra del artículo 4 de la Ley 169 de 1896 precisó que

*"La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la **autoridad otorgada constitucionalmente** al órgano encargado de establecerla y de su función **como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria**; (2) de la obligación de los jueces de materializar la **igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades**; (3) del principio de la **buena fe**, entendida como **confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado**; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, **confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular**"*. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

El segundo de los argumentos del texto transcrito implica que la interpretación y aplicación de la Doctrina Probable debe surtirse en consonancia a derechos, principios y valores propios del nuevo ordenamiento constitucional con el fin de no hacer nugatorios los intereses de los administrados. Por otra parte, el último de los argumentos supone

el primer fundamento para desarrollar la teoría del Derecho Viviendo al entender que la jurisprudencia del órgano de cierre en la jurisdicción ordinaria atiende a la realidad social y su maleabilidad en el transcurso del tiempo.

El honorable tribunal, introdujo por primera vez el concepto de Derecho Viviente en la sentencia C-557 de 2001, donde frente al tema se cuestiona sobre el valor de la interpretación normativa y el papel de la jurisprudencia y la doctrina en casos de múltiples interpretaciones posibles. Al respecto manifestó que

“(.. .) cuando una norma puede ser interpretada en más de un sentido y entre las interpretaciones plausibles hay una incompatible con la Constitución -como sucede en este caso a juicio del demandante- 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”. (Sentencia C 621 de 2015).

Se reconoce entonces el papel relevante de fuentes que antaño se consideraban auxiliares o secundarias, dentro del proceso de interpretación judicial de las normas jurídicas.

En esta sentencia, adicionalmente, el máximo tribunal de lo constitucional fijó unas reglas para poder determinar cuándo se configura un verdadero Derecho Viviente y no una simple aplicación de la Ley. Al respecto precisó que

“son requisitos sine qua non los siguientes: (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”. (Sentencia C 557 de 2001).

Adicionalmente, frente a la doctrina aclaró que a pesar de su valor para determinar el alcance de las normas, no basta por sí sola para que se configure un Derecho Viviente. Sin embargo, manifestó que

“Los requisitos mencionados anteriormente son también aplicables para apreciar el valor de la doctrina. Sin embargo, a ellos debe agregarse un elemento cuantitativo y otro cualitativo: en cuanto al primero, no es lo mismo la opinión de un ensayista que la coincidencia entre las tesis de muchos tratadistas; para que pueda ayudar a conformar un derecho viviente

la interpretación de los doctrinantes debe estar suficientemente expandida; en cuanto a lo segundo, la autoridad académica del doctrinante naturalmente le confiere un valor especial”.
(Sentencia C 557 de 2001).

Como se logra inferir de las líneas pasadas, la Corte Constitucional al interior de este fallo (hito para nuestro estudio) abrió paso a la teoría del Derecho Viviente además de fijar criterios objetivos que permitan hablar de la existencia del mismo y de su aplicación.

Posteriormente en sentencia C-1294 de 2001, dentro del salvamento de voto de los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Uprimny Yepes, se determinó con mayor claridad los alcances de la aplicación de esta teoría en el ejercicio del control de constitucionalidad de las normas. Aclararon frente a la decisión mayoritaria que

“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. Claro está que la Corte Constitucional puede apartarse de la interpretación predominante de la norma demandada cuando ésta es incompatible con la Constitución. En este caso la doctrina del derecho viviente permite que la Corte Constitucional oriente la interpretación y aplicación de las normas legales de una manera conforme a la Constitución, con lo cual cumple su función de garantizar la efectividad de las normas constitucionales que de otro modo continuarían siendo aplicadas de una manera contraria a la Carta”.
(Sentencia C 1294 de 2011).

Adicionalmente determinaron que

“Si bien la función más frecuente de la doctrina del derecho viviente es la de contribuir a fijar el significado de las normas legales sujetas a control constitucional, ésta no es la única. La doctrina del derecho viviente puede cumplir funciones adicionales al momento de determinar las características de una norma demandada. En el presente caso, dicha doctrina hubiera podido servir para determinar la vigencia de la disposición acusada en la medida en que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia indica con plena certeza que la norma demandada ha sido derogada. Ello es especialmente útil cuando la derogatoria no es expresa sino tácita y cuando la norma acusada ha sido interpretada y aplicada por la jurisdicción ordinaria o por la contenciosa durante varias décadas”. (Sentencia C 1294 de 2011).

Con estos pronunciamientos se fue fortaleciendo la teoría del Derecho Viviente Jurisprudencial en el ejercicio de la función de la Corte como guarda de la Constitución. En posteriores sentencias de la misma corporación v.gr. C – 955 de 2001, C – 901 de 2003 y T – 836 de 2004 se mantiene la misma postura jurisprudencial.

Dentro de la sentencia C-802 de 2008, en directa relación con la doctrina del Derecho Viviente, se establecieron requisitos especiales para las demandas de inconstitucionalidad contra interpretaciones judiciales; requisitos que tienen su fundamento debido a que

“Cuando un ciudadano acusa por inconstitucional la interpretación de normas con fuerza material de ley, la Corte debe obrar con especial cautela para no invadir la esfera de autonomía reservada a otras autoridades. Es por ello que, debido al carácter excepcional de esta clase de control y para que sea posible un examen de fondo, los requisitos de la demanda exigen una mayor profundidad y solidez analítica en la sustentación de los cargos, aún cuando los requisitos siguen siendo los mismos que los de cualquier otra demanda de inconstitucionalidad (...).”

Sin embargo, la Corte es clara en que no puede ceñirse a rigorismos extremos ni exigencias técnicas innecesarias, pues ello implicaría desnaturalizar la acción pública de inconstitucionalidad.

Los requisitos que señala la jurisprudencia para la procedencia de demandas de inconstitucionalidad en contra de interpretaciones judiciales son:

- a. Claridad: precisa el alto tribunal que no basta con señalar cual es la disposición acusada, sino que resulta indispensable indicar con absoluta precisión cuál es el contenido normativo o norma derivada de la disposición enjuiciada.
- b. Certeza: frente a este requisito se manifestó que i) la interpretación debe derivar directamente de la disposición acusada; ii) no puede sustentarse en simples hipótesis hermenéuticas y, iii) la interpretación no puede derivar de fuente distinta a normas con fuerza material de ley.
- c. Especificidad: que implica que los cargos de inconstitucionalidad deban ser puntuales y precisos, omitiendo cualquier argumento vago, indeterminado, abstracto o global.
- d. Pertinencia: debe el demandante señalar como y en qué medida la interpretación judicial sometida a control plantea un problema de relevancia constitucional.
- e. Suficiencia: se debe demostrar que se está ante una posición consistente y reiterada de los operadores jurídicos.

En sentencias posteriores, la Corte Constitucional consigue desarrollar el concepto con mayor claridad además de aclarar su carácter excepcional, pues en palabras de la corporación.

“En principio el control constitucional que ejerce la Corte Constitucional por demandas ciudadanas es abstracto y recae sobre leyes; por ende, no debería recaer sobre interpretaciones judiciales, es decir sobre la actividad de los jueces. En varias ocasiones esta Corporación ha optado por inhibirse respecto de aquellas demandas donde no se acusa la disposición

legal sino la aplicación o la interpretación que al respecto se hace de ella.⁶ En efecto, se ha afirmado que en principio no es competencia de la jurisdicción constitucional resolver problemas jurídicos de carácter constitucional que surjan de interpretaciones o aplicaciones de las normas legales; lo anterior por cuanto no se estaría confrontando una disposición legal con las normas constitucionales, sino la trascendencia o sentido que las autoridades judiciales o administrativas, otorguen a estas”. (Sentencia C 842 de 2010).

Sin embargo, en la providencia citada la Corte reconoce que como la primera llamada a garantizar la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en virtud del artículo 241 de la misma; corresponde a la corporación vigilar el sometimiento de los funcionarios judiciales a los preceptos de la norma máxima. Es por ello que, como una forma de vigilar este sometimiento, excepcionalmente, es posible que el control de constitucionalidad abstracto recaiga sobre la interpretación que los jueces hagan de las disposiciones legales.

Posteriormente, dentro del salvamento de voto de la sentencia C-442 de 2011, la Magistrada María Victoria Calle Correa desarrolla la doctrina en el ámbito del derecho internacional al traer a colación el concepto de “*Derecho Convencional Viviente*” el cual

“(…) mana de una interpretación consistente, consolidada y relevante de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 16 de 1972), llevada a cabo no sólo por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino también por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la doctrina más autorizada en la materia”.

En sentencia posterior, en Tribunal Constitucional precisa el modo en que nace el derecho viviente al interior del sistema jurídico colombiano. Al respecto explica la corporación que la doctrina del Derecho Viviente

“(…) surge de un estudio enmarcado por la órbita de competencia ordinaria de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado y, por ello, se desenvuelve en el plano de la interpretación de la ley, no de la Constitución, y es esencialmente una concreción del principio de legalidad, no del principio de constitucionalidad. De tal manera que el valor del derecho viviente es relativo a la interpretación de la ley demandada, lo cual no le resta trascendencia, sino que define el ámbito del mismo”.

Se infiere de las líneas transcritas adicionalmente que el ejercicio interpretativo de la ley en el que se fundamenta el Derecho Viviente encuentra su cimiento en el principio de legalidad que es desarrollado por la actividad de las cortes de cierre en cada materia; por su parte, la Corte Constitucional con fundamento en el principio de constitucionalidad concibe la doctrina desarrollada en este texto como elemento sujeto al control de constitucionalidad abstracto cuando se cumplan los requisitos desarrollados con anterioridad.

6 Entre otras, Sentencias C- 380 de 2000, C- 048 de 2004, C-103 de 2004, C-428 de 2008.

El máximo tribunal constitucional ha consolidado la teoría del Derecho Viviente en la actualidad como quiera que en sentencias recientes ha manifestado que “(...) *el propio Legislador, en la medida en que lo considere necesario y conveniente, podrá ir extendiendo esta obligación* [el acatamiento del precedente judicial] *a otras cuestiones, conforme a la teoría del derecho viviente*”. (Sentencia C 621de 2015).

Conclusiones

Pueden extraerse como conclusiones derivadas del desarrollo del presente escrito las siguientes:

- El proceso de constitucionalización del derecho ha implicado un cambio de paradigma en lo referente al sistema tradicional de fuentes, replanteando el modelo de jerarquía de fuentes con el fin de hacer prevalecer el concepto de justicia constitucional estatuido en cada ordenamiento jurídico doméstico, así como mandatos de orden internacional que se articulen a los mismos.
- Con ocasión al proceso mencionado, se ha concebido como elemento integrante de las disposiciones normativas positivas la interpretación consistente de las mismas a través de la jurisprudencia de las altas cortes, y en menor medida de la doctrina, sin que ello implique el desconocimiento de la labor de los estudiosos del derecho.
- La doctrina del Derecho Viviente nace en atención a este postulado y se puede ser abordada desde dos aristas: i) como Derecho Viviente Sociológico entendido como la forma en cómo impactan las normas a la vida en sociedad y, ii) como Derecho Viviente Jurisprudencial el cual se constituye como el entendimiento de las leyes más allá de su mera literalidad para considerar que el concepto de ley de configura con la forma en como esta se materializa en la realidad social a través de los fallos judiciales.
- Frente a la segunda de las posibilidades (Derecho Viviente Jurisprudencial) el ordenamiento jurídico italiano se ha considera abanderado al delimitar el concepto de la doctrina misma, así como fijar reglas tendientes a su aplicación en cabeza de la *corte costituzionale italiana*, para determinar en qué eventos adquiere para pronunciarse frente a Derechos Vivientes consolidados en alguna materia específica.
- La doctrina del Derecho Viviente en el ordenamiento jurídico colombiano tuvo como antecedentes la Doctrina Legal y posteriormente la Doctrina Probable; teorías que otorgan fuerza vinculante a la interpretación uniforme o consolidada a través de la jurisprudencia de las cortes de cierre en cada jurisdicción v.gr. Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, etc.

- La Corte Constitucional integró en nuestro sistema normativo la doctrina del Derecho Viviente a partir de la sentencia C-557 en el año 2001 y hasta la fecha en numerosos fallos al respecto ha venido consolidando el concepto, el ámbito de aplicación de la doctrina, los requisitos para su argumentación ante la jurisdicción constitucional en las acciones públicas de inconstitucionalidad (control concretado de constitucionalidad de las normas).
- Como se logra evidenciar dentro del desarrollo del texto, la implementación de la doctrina en nuestro ordenamiento no ha sido pacífica, pues en ocasiones han sido los magistrados de la Corte que han salvado su voto frente a sentencias concretas quienes han fijado posturas (en algunos casos mucho más sólida que la decisión mayoritaria) que han permitido entender el verdadero alcance del concepto y su aplicación en situaciones del orden interno e internacional.

Referencias

FUENTES IMPRESAS

Constitución Política de Colombia [Const] (1991) Edición 35. LEGIS

FUENTES ELECTRÓNICAS

Campos, R. (2013). Aportes estratégicos a la teoría del derecho frente al pluralismo jurídico. Investigación y Docencia.

Congreso de la Republica de Colombia (18-noviembre-1986) Por [Ley 61 de 1986] DO [37.715]

Congreso de la República de Colombia. (14-02-1897) Sobre reformas judiciales [Ley 169 de 1896] DO [10235]

Corte Costituzionale italiana. (15 de abril de 1956) Sent. 3.

Corte Constitucional, Sala Plena (05-diciembre-2001) Sent. C 1294 de 2001. [MP. MARCO GERARDO MONROY CABRA].

Corte Constitucional, Sala Plena (02- julio- 2014) Sent. C 418 de 2014. [MP. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA]

Corte Constitucional, Sala Plena (05- mayo- 2011) Sent. C 442 de 2011 [MP. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO]

Corte Constitucional, Sala Plena (31- mayo- 2001) Sent. C 557 de 2001 [MP. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA].

Corte Constitucional, Sala Plena (30- septiembre- 2015) Sent. C 621 de 2015 [MP. MARCO GERARDO MONROY CABRA].

Corte Constitucional, Sala Plena (20 – agosto- 2008) Sent. C-802 de 2008 [MP. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO].

Corte Constitucional, Sala Plena (10 de octubre- 2010) Sent. C-842 de 2010 [MP. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO].

Groppi, T. (2003). ¿Hacia una justicia constitucional “dúctil”? tendencias recientes de las relaciones entre corte constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana. Boletín Mexicano de Derecho Comparado.

Schiele, M. (diciembre, 2015). La jurisprudencia como fuente del Derecho: El papel de la Jurisprudencia. UBO. Obtenido de Universidad Bernardo O'Higgins: <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/13-Schiele.pdf>

Reyes, A. (2010). La dignidad de la persona: Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales. Madrid: Dykinson.

Romboli, R. (1999). El control de constitucionalidad de las leyes en Italia. Teoría y Realidad Constitucional, Universidad de Pisa.

Vásquez, C. (diciembre, 2015). Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Obtenido de UNAM: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juicio/cont/1/cnt/cnt7.pdf>

Zagrebelsky, G. (2008). Realismo y concreción del control de constitucionalidad de las leyes en Italia. Estudios Constitucionales.