

**Diez años de esfuerzos para reformar el artículo 230 de la Constitución Política:
¿qué debería ordenar la Constitución sobre el valor y papel de la jurisprudencia en el
derecho colombiano?**

Por Diego López Medina

Contenido

| | |
|--|----|
| 1. Introducción y contexto | 2 |
| 2. El artículo 230 de la Constitución Política en su texto y en sus prácticas | 3 |
| 3. La propuesta de modificación del Ministro Londoño Hoyos en 2002: el giro hacia un concepto de aplicación obligatoria de la jurisprudencia basada en la descongestión judicial | 5 |
| 4. La modificación propuesta en el 2008 por Valencia Cossio: precedentes para la eficiencia judicial pero sin concesiones teóricas..... | 9 |
| 5. La Ley 1285 de 2009 | 10 |
| 6. El informe de la Comisión Bonivento de 2010..... | 10 |
| 7. La Ley 1395 de 2010 | 12 |
| 8. La Ley 1437 de 2011, nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo | 13 |
| 9. La Reforma a la Justicia del Gobierno Santos | 15 |
| 10. Conclusión y recomendaciones..... | 16 |

1. Introducción y contexto

El Gobierno del Presidente Juan Manuel Santos presentó al comienzo de su gestión un proyecto de Acto Legislativo para hacer una “Reforma Judicial Constitucional”. Dicho proyecto fue originalmente presentado el 25 de Agosto de 2010 e incorpora propuestas políticas generales que al respecto había hecho el entonces candidato por el partido “Cambio Radical”, Germán Vargas Lleras y que se centraban, en lo fundamental, en la necesidad de crear de nuevo un Ministerio de Justicia luego de que éste hubiera sido eliminado durante el Gobierno de Álvaro Uribe. Este objetivo concreto efectivamente se logró con la expedición de la Ley 1444 de 4 de mayo de 2011. Continúa pendiente una Reforma Judicial más amplia de nivel constitucional que ha sido intentado al menos cuatro veces en los años recientes¹: así, en el 2002, el Ministro Fernando Londoño Hoyos presentó un Proyecto de Acto Legislativo “por medio del cual se reforma la Constitución Política en materia de Administración de Justicia” (PAL No. 10/2002- Senado); luego del fracaso de esta reforma, el Ministro Fabio Valencia Cossio presentó en el 2008 una “Reforma a la Justicia” (PAL No. 10/2008-Senado) con el propósito dual de (i) cambiar sustancialmente la composición del gobierno judicial autónomo y (ii) dar solución institucional a los múltiples choques y problemas que a esa altura ya había generado en el país el juzgamiento de congresistas dentro del fenómeno de la llamada “parapolítica”; el mismo Valencia Cossio insistió en el primer semestre de 2010 en el objetivo (ii) en un proyecto mucho más agresivo que buscaba aumentar las garantías penales de los políticos y reformular así la justicia para los aforados constitucionales, todo ello frente a la marcada resistencia de la Cortes que veían el proyecto como una forma de impedir el avance de las investigaciones en curso. Frente a todos estos reveses y buscando un mayor nivel de consenso, el Gobierno de Uribe constituyó en Diciembre de 2009² una Comisión de Expertos de la Justicia cuyo informe preliminar también terminaba con un proyecto de reforma constitucional en la materia que, sin embargo, nunca fue presentado formalmente al Congreso.

Finalmente, en el segundo semestre del 2010 y meses después de su posesión, el Gobierno Santos hizo su propia apuesta de reforma a la justicia con menos énfasis en el problema coyuntural del enjuiciamiento penal de los Congresistas y con un diagnóstico más centrado en los “problemas estructurales de la justicia” que saltan con regularidad a la palestra pública en los últimos diez años. Al inicio del gobierno Santos, Vargas Lleras fue nombrado Ministro del Interior y de la Justicia y asumió la tarea de gestionar la escisión del Ministerio. Esta reforma sólo requería de trámite legal y se logró, a la postre, mediante la Ley 1444 de mayo 4 de 2011; la oportunidad política, empero, fue aprovechada para intentar de nuevo una reforma constitucional a la justicia más integral en la que se tocaban un importante número de temas que venían circulando desde los proyectos anteriores y que el informe de la Comisión Bonivento, por su amplio espectro, terminó documentando ampliamente. Entre estos temas

¹ Véase al respecto el Informe Preliminar de la Comisión de Expertos de la Justicia (en adelante Comisión Bonivento), p. 6.

² Mediante Decreto 4932 de 2009. El Informe de la Comisión puede consultarse en http://www.elabedul.net/Documentos/Temas/Otros/Comision_de_Reforma_a_la_Justicia.pdf

que encontraron su espacio en el Proyecto de Acto Legislativo del Gobierno Santos están, entre otros, (i) la reorganización del gobierno judicial mediante la abolición del Consejo Superior de la Judicatura y su reemplazo por un Consejo Superior Judicial, (ii) la limitación de la acción de tutela contra sentencias judiciales y sí, de nuevo, (iii) la clarificación del funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia en aquellos casos en que es responsable de la investigación criminal de congresistas y otros sujetos aforados. Los componentes más técnicos del proyecto del Gobierno fueron preparados por los juristas Carlos Medellín y Néstor Humberto Martínez, ambos exministros de Justicia.

Dicho proyecto fue presentado en agosto de 2010 pero fue rápidamente retirado del trámite constituyente porque se percibió que tendría que ser concertado en sus detalles con las Altas Cortes. Para ello, en noviembre del 2010 y mediante Decreto 4095 de dicho año, se creó una Comisión Interinstitucional para la Reforma a la Justicia en la que se buscaba en diálogo más directo con la Rama. Esta concertación, empero, ha sido lenta y dificultosa hasta el punto de que el Ministro Vargas criticó en abril del 2011 el poco avance logrado y, además, pospuso de nuevo la presentación del proyecto de Acto Legislativo hasta el segundo semestre del 2011 por encontrar un “ambiente poco favorable” para su trámite en el Congreso.³

2. El artículo 230 de la Constitución Política en su texto y en sus prácticas

La Reforma constitucional propuesta, como hemos dicho, tiene un amplio rango de preocupaciones; el presente estudio apenas se concentrará en analizar las modificaciones propuestas al artículo 230 de la Constitución y, en particular, en lo que toca al valor de la jurisprudencia como fuente del derecho.

El artículo 230 vigente dice lo siguiente:

“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.”

Este artículo constitucional ha sido el centro de enérgicas polémicas. Parece, en primer lugar, establecer una primacía clara de la “ley” en sentido formal sobre otras fuentes del derecho que, calificadas como “auxiliares”, sólo deberían tener una función de clarificación y complementación de la ley cuando esta no sea clara. Sin embargo esta interpretación textualista del texto ha sido rechazada por los jueces constitucionales colombianos que le han dado a la cláusula una interpretación más consonante con el principio de supremacía constitucional que, al menos superficialmente, parece negar. En primer lugar, la Corte Constitucional ha afirmado enfáticamente que el imperio de la “ley” no se refiere, exclusivamente, a su sentido formal como decisiones “autoritativas” emanadas del Congreso o del Ejecutivo en los casos en que la Constitución lo permite. La referencia a la “ley” se debe entender en un sentido más amplio, coextensivo al de “derecho”, donde cabe

³ Revista Semana.com, Abril 8 de 2011, “Por segunda vez, Gobierno aplaza reforma a la justicia”. Publicado en <http://www.semana.com/politica/segunda-vez-gobierno-aplaza-reforma-justicia/154787-3.aspx>

preferentemente la Constitución como primer componente del mismo. Esta interpretación, por sí sola, derrota la estrictamente “legalista” que sigue siendo defendida por algún doctrinante en negación de esta clara evolución jurisprudencial.

La interpretación del artículo, en segundo lugar, ha tenido otra evolución importante. El papel “auxiliar” de la jurisprudencia haría suponer que ésta mantendría un bajo perfil dentro de las fuentes del derecho en Colombia. La “auxiliaridad” denota una cierta dependencia de los textos legales positivos ya que, bajo esta concepción, las sentencias judiciales tan sólo aclaran o complementan, en los pocos casos en que ello es necesario, las insuficiencias del generalmente certero y preciso derecho legislado. Aún más: cualquier valor de la jurisprudencia se desprende de la misma ley ya que ésta sólo está autorizada para proponer interpretaciones leales y cercanas al texto de la ley. La jurisprudencia, pues, clarifica las normas que se derivan de los enunciados legales y dicha relación es concebida como literal, próxima y fiel. Las interpretaciones jurisprudenciales son vistas entonces como emanaciones directas de la ley por lo que se trata apenas de una fuente apenas “auxiliar” de la otra. Esta cercanía lingüística y política entre sentencia y ley es parte fundamental de una cierta comprensión del “principio de legalidad” que algunos ven explícitamente reconocida en el artículo 230 de la Constitución.

Esta interpretación, sin embargo, no refleja la práctica judiciales que se han dado en Colombia y en el mundo en los últimos años: los jueces, en una actitud típicamente contemporánea, continúan interpretando el derecho positivo vigente pero han pasado a reconocer que la jurisprudencia hace algo más que explicitar contenidos normativos ya ínsitos en la ley y que sólo requieren de deducción judicial. De la mano de teoría jurídica contemporánea, se ha admitido que los jueces tienen espacios más amplios de discrecionalidad ante los textos de la norma (Hart) y que el derecho, con frecuencia, entra en complejos choques de ponderación donde la labor judicial no es meramente exegética o gramatical (Dworkin, Alexy). Bajo estas nuevas visiones de la jurisprudencia, se ha llegado a aceptar que esta ciertamente tiene algún tipo de “dependencia” de las normas constitucionales y legisladas, pero que esta no es mecánica, ni silogística ni deductiva. En esta nueva comprensión, la jurisprudencia tiene una independencia intelectual y política mucho más fuerte que lo que reconocen los legalistas clásicos. Esta independencia no conduce necesariamente a decisiones judiciales arbitrarias e inconsistentes sino que, en este escenario, se requiere reconocer a la jurisprudencia una “fuerza normativa” autónoma que vincula a los jueces en el fallo de nuevos casos. Esta fuerza normativa no es, pues, la mera lectura gramatical de la norma: introduce condiciones y normas claramente distinguibles del sustrato positivo de la decisión para, en últimas, poder decidir los casos según el complejo derecho contemporáneo.

En este escenario, pues, la jurisprudencia empieza a tener un valor autónomo como fuente del derecho. Llamarla “fuente auxiliar” parece erróneo porque se niega la importante creación de significado que se hace en las sentencias y la imputa erróneamente al texto positivo subyacente. En el desarrollo de los derechos fundamentales por parte de la Corte Constitucional, por ejemplo, el actual estado del derecho colombiano revela una amplia participación de la jurisprudencia que, a partir de los textos constitucionales, le ha dado direcciones que los mismos textos constitucionales no podrían haber tenido por sí solos por tratarse de principios generales altamente abstractos e indeterminados. Su significado final,

pues, no es “prelegislativo” sino “poslegislativo”. Cuando se acepta esta proposición se hace visible el valor ampliado de la jurisprudencia que complementa los enunciados normativos de manera mucho más dinámica de lo que acepta la teoría tradicional. En la adjudicación basada en principios, pues, la jurisprudencia asume un nuevo valor como “precedente” en el sentido en que la dirección interpretativa propuesta por la Corte, primero, no se deriva estrictamente del texto positivo (pero sin violarlo o ser expresamente contrario al mismo) y, segundo, determina una orientación para el próximo caso que debe ser respetada según el principio de igualdad.

El artículo 230, entonces, ha sido reinterpretado en Colombia con fundamento en el principio de igualdad. Según esta nueva amalgamación claramente anunciada desde sentencias del año de 1995, todos los jueces y funcionarios públicos colombianos tienen la obligación *prima facie* de fallar un caso nuevo de conformidad a los precedentes dictados por la Corte con anterioridad en casos análogos por sus hechos y circunstancias siempre que no ofrezcan motivos suficientes y razonables para separarse de dichas decisiones precedentes. Esta doctrina establece una “fuerza relativa del precedente” porque establece un deber en cabeza de los jueces de seguir los precedentes pero les reconoce una ventana de escape para que controviertan abierta, y no por inadvertencia o ignorancia, las líneas jurisprudenciales trazadas por los tribunales de cierre en Colombia. La Corte ha pensado que esta “fuerza relativa” es la que mejor pondera la tensión entre la igualdad de trato y la independencia judicial.

Esta comprensión general ha llevado a que en Colombia se desarrolle el “derecho jurisprudencial” de forma dramática en los últimos años. Varios indicios muestran un cambio profundo al nivel de la cultura jurídica: (i) existe una verdadera explosión de estudios que buscan determinar las líneas jurisprudenciales en un tema determinado, (ii) se acepta ahora sin mayor controversia que tales líneas jurisprudenciales tienen un cierto valor autónomo frente a las normas positivas subyacentes a los casos que se debaten y este valor autónomo es estudiado y usado por estudiantes y litigantes de derecho, y (iii) los jueces, en sus fallos, dedican ahora esfuerzos importantes a la reconstrucción de los precedentes en sus argumentos jurídicos de fondo. Esta visión del artículo 230, pues, ya es operativa en la cultura jurídica y es imposible negar su impacto en las dinámicas del derecho y del foro colombiano. En Colombia, pues, se ha creado por vía de interpretación una cierta práctica a la cual denominaremos, por mor de la brevedad, “precedente constitucional”.

3. La propuesta de modificación del Ministro Londoño Hoyos en 2002: el giro hacia un concepto de aplicación obligatoria de la jurisprudencia basada en la descongestión judicial

Podría decirse, para arrancar con una síntesis, que todos los proyectos de Acto Legislativo de la última década presentados por los Gobiernos de Uribe y Santos han buscado reformar el artículo 230 para reconocer abiertamente el valor aumentado que la jurisprudencia tiene en el sistema de fuentes del derecho en Colombia. Esto se ha intentado, en parte, para cerrar el argumento que los textualistas hacen con frecuencia: según ellos el actual artículo 230, de hecho, niega al valor jurídico ampliado de la jurisprudencia. De otro lado no aceptan de ninguna forma las ponderaciones con el principio de igualdad que han hecho los jueces porque

su comprensión de la hermenéutica jurídica tiende a ser rígida y unilateral. Para ellos, pues, las prácticas del precedente tienen un déficit marcado de autorización constitucional que la interpretación no puede llenar por sí sola. Las propuestas gubernamentales han buscado saldar ese déficit por distintas razones que habremos de explicar luego.

En palabras de la Exposición de Motivos que acompañó la propuesta de reforma del año 2002 presentada por el Ministro Fernando Londoño:

“Se dijo al comienzo de esta exposición de motivos que en el ambiente jurídico del país seguían vigentes las viejas ideas de la escuela de la exégesis. Según ellas, la ley es la fuente formal del derecho por excelencia, y el juez se limita a ser “la boca que pronuncia las palabras de la ley” según expresión muy prestigiosa de Montesquieu. Dentro de ese contexto, el juez no crea derecho, sino que simplemente lo aplica. Su tarea se limita al ejercicio de una función lógica, consistente en la aplicación del muy famoso silogismo judicial. En virtud de esa operación, la ley es la premisa mayor del silogismo, el hecho concreto que se le entrega al juez es la premisa menor y por fuerza surge la conclusión o consecuencia. Nada más equivocado desde luego que esa apreciación. En primer lugar, porque no hay nunca una norma que sea capaz de gobernar una realidad vital. El juez no tiene ante sí una sola norma aplicable, sino todo el universo del derecho, su estructura orgánica, y de ella deduce el juez las normas que resultan directamente puestas a su disposición para disponer una sentencia justa. Pero si hay una situación así de compleja en cuanto se refiere al aspecto normativo, en lo tocante a los hechos, el problema es todavía mucho más difícil. Porque el juez no se encuentra con una situación fáctica tan sencilla como la que permitiría la puesta en marcha del famoso silogismo judicial. Al contrario, se trata de una realidad muy compleja en cuya estructura de significado penetra el juez para determinar cuáles son los hechos que considera relevantes. Pero ahora bien, esos hechos son relevantes con respecto a unas normas que no pueden ser escogidas por anticipado. Hay entonces una tarea simultánea de selección de los hechos con respecto a unas normas y de las normas con respecto a una realidad histórica que el juez tiene que calificar.”

Para más adelante concluir:

“No quiere hacerse de esta exposición de motivos un tratado de filosofía de la interpretación del derecho. Simplemente anotar lo suficiente para demostrar que la jurisprudencia es una fuente creadora de derecho, puesto que la ley crea una hipótesis de comportamiento, que sólo se vuelven vida real a través de las situaciones individuales y concretas que se producen en el tráfico jurídico de cada momento histórico. Eso significa que el derecho prometido por el legislador, se vuelve derecho viviente en las sentencias de los jueces. Y eso supone que la jurisprudencia es una fuente formal del derecho, de primerísima importancia [...]

Pues es hora de corregir entonces la equivocación que traía el artículo 230 de la Constitución, que señalaba prácticamente como única fuente formal del derecho a la ley y otorgándole una posición subalterna y de segundo orden a la costumbre

y a la jurisprudencia. Error que venía a reafirmarnos dentro de unas concepciones exegéticas que nos han hecho mucho daño en el pasado y que estaban condicionando nuestro futuro.”

La bien conocida ideología conservadora del Ministro Londoño demuestra que existe, en todo caso, un amplio consenso entre juristas de todas las proveniencias en esta nueva forma pos-exegética de ver el derecho. La anterior exposición de motivos podría haber sido firmada también, en términos generales, por un representante del neoconstitucionalismo o del nuevo derecho. Esta sorprendente coincidencia llevó a una propuesta de artículo 230 del siguiente tenor:

“ARTICULO 9°. El artículo 230 de la Constitución quedará así:

Artículo 230.- Los jueces en sus providencias estarán sujetos a la ley escrita, a la costumbre comercial y a la jurisprudencia como normas jurídicas cuyo alcance determina la propia ley. Los principios generales de derecho, la equidad y la doctrina son criterios auxiliares de interpretación e integración normativa.

Los cuerpos colegiados que administren justicia no podrán modificar su jurisprudencia sino con mayorías calificadas y precisa motivación. La jurisprudencia de un tribunal tendrá que ser expresamente señalada como tal en la parte resolutive de las sentencias. Las motivaciones de las mismas no constituyen jurisprudencia.”

Pero claro, no todo podría ser tan pacífico como se viene sugiriendo. El Ministro pensaba, al mismo tiempo, que las actuales formas de crear jurisprudencia requerían ser disciplinadas de alguna manera porque se estaban mostrando demasiado móviles y creativas en detrimento de la seguridad jurídica. En sus palabras:

“Pero si las cosas son como se viene diciendo, es obvio que habrá que darle a la jurisprudencia la importancia que tiene dentro del mundo del derecho. Y esa jurisprudencia tiene que ser reglada de una manera mucho más clara que como ha venido siendo captada por nuestra doctrina. Para evitar cualquier equívoco, a los altos tribunales del país, a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado, se les exigirá en lo sucesivo que en las partes resolutive de la sentencia digan expresamente cuál es la jurisprudencia que contiene su fallo. Tres decisiones uniformes de cualquiera de esos tribunales, produce una jurisprudencia que servirá como antecedente para ellos mismos, de manera que puedan fallar casi automáticamente los recursos de casación y las sentencias contencioso administrativas, por lo menos en los puntos en que su jurisprudencia sea aplicable. Y por otra parte, esos dictados jurisprudenciales serán obligatorios para los tribunales, para los jueces y desde luego, para los particulares. Será la manera como la gente sepa a qué atenerse, qué será lo debido y lo indebido, cuáles son las formas de interpretación de la ley que prevalecen definitivamente.”

En este párrafo se presenta al país, entonces, una nueva concepción (aunque no muy elaborada todavía) del papel y función del precedente. El punto central es este: mientras que

en la noción de precedente que fue creando la Corte Constitucional el énfasis fue en la interpretación sustantiva de derechos fundamentales, el Ministro Londoño propone aquí un concepto de precedente basado en conceptos de seguridad jurídica y de eficiencia judicial. El establecimiento de jurisprudencia constante debe servir para que los jueces puedan fallar los casos de forma “casi que automática” en sus propias palabras. Se trataba de aumentar el poder de la jurisprudencia para evitar la presentación de nuevas demandas en temas en los que la jurisprudencia ya ofrecía soluciones claras y reiteradas. Por esta vía se exige de todos que conozcan la jurisprudencia y que orienten su conducta según sus dictámenes uniformes, trasladando así una cantidad de litigio a la exigencia de un cumplimiento *ex ante* de estas normas jurisprudenciales. El proyecto igualmente le exige a los jueces que el establecimiento de esta jurisprudencia sea lo más “legislativo” posible: no en motivaciones largas y complejas sino en “reglas” anunciadas explícitamente y rubricadas por mayorías especiales en los cuerpos judiciales de su proveniencia. Así las cosas el proyecto construye una noción de precedente tremendamente cercana a la de regla legal o legislada, y ello por razones de certeza y de eficiencia judicial. El argumento de certeza es el siguiente: el contenido y la extensión del precedente debe estar explícitamente puesta en las sentencias y no debe ser asunto de interpretación de la llamada *ratio decidendi* del fallo; el argumento de eficiencia reclama que la técnica del precedente debe ser utilizada para impedir la presentación de litigio en los que ya existe jurisprudencia clara. Este concepto “eficientista”, por darle algún nombre, está en tensión con la noción más hermenéutica y dialéctica de jurisprudencia que estaba construyendo hasta ese entonces la Corte Constitucional.

La visión “eficientista” que se acaba de describir dominará la discusión en años subsiguientes donde el Gobierno, primero, y luego el Consejo Superior de la Judicatura y el Consejo de Estado se interesarán, cada vez con más fuerza y con mayor detalle, en el impacto que sobre la productividad judicial tienen precedentes claros y bien conocidos. En el mismo proyecto del 2002 se proponían modificaciones a los artículos superiores 235 (de funciones de la Corte Suprema de Justicia) y 237 (del Consejo de Estado) que iban en el mismo sentido general. Por su equivalencia baste con citar el primero de ellos:

“ARTICULO 12°: El ordinal 1º del artículo 235 de la Constitución, quedará así:

[Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:]

1º Como tribunal de casación, unificar la jurisprudencia nacional en materia civil, laboral, mercantil y penal, a través de sentencias en cuya parte resolutive la precisará sobre el asunto que considere necesario establecerla. Tres sentencias uniformes de la Corte constituirán jurisprudencia, que servirá de antecedente para sus propios fallos y de doctrina que deberán seguir los jueces y tribunales competentes. La Corte no podrá variar su jurisprudencia sino en los términos del artículo 230 de la Constitución.”

4. La modificación propuesta en el 2008 por Valencia Cossio: precedentes para la eficiencia judicial pero sin concesiones teóricas

La eficiencia y productividad judiciales se tornaron entonces en las metas de la nueva agenda sobre el valor de la jurisprudencia propuesta por el Gobierno. En 2008 se reabre el tema con una propuesta del Ministro Valencia Cossio en que se abandona el preciosismo jurídico de Londoño y se conserva, en últimas, la modificación puntual que interesaba a la política pública de descongestión judicial:

“Artículo 8°. El artículo 230 de la Constitución Política quedará así:

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.

La ley podrá determinar los casos en que la jurisprudencia sea obligatoria para los funcionarios de la rama ejecutiva.”

Este proyecto, al igual que el de Londoño, insiste en la obligatoriedad del precedente pero por razones aún más específicas. En la propuesta de Londoño se decía, al menos en la exposición de motivos, que dicha obligatoriedad de líneas jurisprudenciales consolidadas le era aplicable a los propios jueces, a la rama ejecutiva y a los particulares en general. Se trataba de una norma sumamente ambiciosa que, en últimas, pretendía convencer al grueso social que la jurisprudencia clara debía ser utilizada como reglas de planeación de la conducta *ex ante*, sin esperar una determinación litigiosa de la situación *ex post*. En este nuevo proyecto de Valencia Cossio se conserva el texto tradicional del artículo 230 (en el sentido en que la jurisprudencia tiene puro valor auxiliar) pero se establece lo que parece ser una excepción: la jurisprudencia, pero sólo en las ocasiones determinadas por ley, será obligatoria para los funcionarios de la rama ejecutiva.

Esta redacción buscaba extender a la administración pública la aplicación *ex ante* de las reglas extraídas de líneas jurisprudenciales sólidas, evitando que dichos funcionarios obligaran a los particulares a litigar caso por caso, incluso cuando ya podían anticipar que seguramente serían condenados. Ejemplos de estos casos son variados en la jurisprudencia del Consejo de Estado, institución a la cual se buscaba reforzar la fuerza de su precedente: así, por ejemplo, se buscaba que se reconociera de forma “casi automática” las responsabilidades civil del Estado por detención ilegal cuando la Fiscalía, luego de haber restringido la libertad de un ciudadano en un proceso penal, no podía lograr una condena definitiva. Esta jurisprudencia, por ejemplo, mantenía una responsabilidad casi objetiva de la que el Estado no podía excusarse fácilmente por lo que, desde una óptica de descongestión judicial, parecía aconsejable una aplicación en sede administrativa de la jurisprudencia sin necesidad de litigio. Se trata aquí de un instituto que podríamos llamar de “extensión jurisprudencial al comportamiento de la administración pública” y se explica fundamentalmente como un mecanismo de reducción de litigiosidad y trámites al ciudadano y de la reducción de los costos judiciales y administrativos.

5. La Ley 1285 de 2009

La propuesta de 2008 buscaba, entre otras cosas, allanar el camino a técnicas de descongestión judicial basadas en la utilización “preventiva” de la jurisprudencia que ya se estaban tramitando por vía legal y que fueron finalmente expedidas en la Ley 1285 de 2009. La percepción de los reformadores de la Justicia es que estas técnicas constituían “buenas prácticas” que se habían desarrollado lentamente, en especial en la Corte Suprema de Justicia, y que merecían ser extendidas a toda la jurisdicción. Este manejo de técnicas de descongestión basada en la jurisprudencia quedó consagrado en el artículo 16 de la Ley 1285 y en ellas se incluyen aquellas situaciones en las que se justificaba variar el estricto turno de fallo de sentencias basado en varias hipótesis: i) “cuando existan razones de seguridad nacional o para prevenir la afectación grave del patrimonio nacional, o en el caso de graves violaciones de los derechos humanos, o de crímenes de lesa humanidad, o de asuntos de especial trascendencia social”; ii) el trámite preferente de procesos cuando no hay antecedentes jurisprudenciales; iii) la decisión anticipada de recursos cuando se trata solamente de reiterar jurisprudencia; y iv) la implementación de Salas Temáticas para la elaboración y estudio preferente de los proyectos de sentencia, previa clasificación y agrupación de los asuntos por materias similares permitiendo así la extensión a todos los casos del grupo de la decisión jurisprudencial adoptada.

Este último mecanismo se parece enormemente al que en el derecho comparado se ha denominado “proceso modelo” o “proceso testigo” y que se ha implementado, por ejemplo, en España y del cual la doctrina nacional ya daba cuenta a la altura del 2006 con un propósito claro, a la postre exitoso, de llevar estas técnicas a la judicatura colombiana y, en especial, a la contencioso administrativa.⁴ Esta técnica de extensión jurisprudencial a otros casos litigados ante el mismo juez de forma expedita y preferente responde a la necesidad de responder con mayor agilidad a situaciones paradigmáticas de conflicto que se presentan en la justicia masificada contemporánea. De ahí que los alemanes le hayan dado el nombre de “Massenverfahren” o “procesos masivos”. La reforma constitucional, que se estaba tramitando paralelamente, se requería porque se pensaba que esta estrategia de descongestión por vía de precedentes tenía un déficit de anclaje constitucional debido a la redacción del artículo 230. Este propósito constitucional estará a la base de propuestas ulteriores de reforma, incluida la actual propuesta del Gobierno Santos.

6. El informe de la Comisión Bonivento de 2010

Esta misma orientación general recibiría articulación expresa en el documento de la Comisión Bonivento de abril del 2010:

“[...] debe recomendarse el adelantamiento de políticas y programas urgentes para la descongestión en los sectores en que sea necesaria, acompañada, de una parte, de políticas que preventivamente garanticen el reconocimiento de derechos y cumplimiento de deberes, o que impidan o conjuren las fuentes

⁴ Diego Younes Moreno, *Estrategias para la descongestión en lo contencioso administrativo: Proceso Modelo y Proceso Testigo*. GTZ, Bogotá, 2006. La materialización del sentido general de esta propuesta se encuentra en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo del cual se hablará posteriormente.

generadoras de congestión (principalmente la derivada de políticas estatales de desconocimiento de derechos y de no cumplimiento oportuno de sus obligaciones y decisiones judiciales, o de desconocimiento de jurisprudencias reiteradas, especialmente en materia de salud.)”⁵

La jurisprudencia reiterada en salud o en responsabilidad civil extracontractual, pues, debía ser cumplida preventivamente, antes de litigio, para impedir una innecesaria congestión judicial. A pesar de ello, el enfoque general de la Comisión Bonivento es menos eficientista y se centra más en positivizar en el texto del artículo 230 la doctrina relativa del precedente que había desarrollado la Corte Constitucional. Para ellos, pues, el mismo artículo 230 actual ya tenía un contenido diferente porque aceptaban la hermenéutica dinámica que se ha propuesto de este artículo, desechando por tanto lo más textualista y literalista que otros prefieren. De esta manera, según la Comisión,

“A la vista de las consideraciones anteriores, y a pesar de la invitación que hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-836 de 2001 a que la jurisdicción común se insertara en un sistema de precedentes, ciertos jueces de la República siguen aferrados a una lectura diversa del papel de la jurisprudencia, así en la praxis, buena parte de juzgadores, le asignen un status especial, con arreglo al cual siguen su doctrina, más por respeto a la jerarquía y, claro está, por la importancia intrínseca de sus decisiones. Empero, no en pocas ocasiones, tal y como se resaltará seguidamente, no se hace un cabal ejercicio de seguimiento de la jurisprudencia aplicable, limitándose a citar una que otra doctrina de las Cortes, sin que el funcionario confirme si obedece a una línea jurisprudencial vigente. De hecho, no se tiene claridad plena y generalizada en torno al concepto y significado de “línea jurisprudencial”.

De otro lado, sobre este mismo particular, tampoco es afortunada la expresión empleada en el artículo 230 de la Carta Política, pues tilda a la jurisprudencia, en asocio de los principios generales de derecho, y la doctrina, de “criterios auxiliares”, calificación que no se compadece con su real valía y con especial status, muy diferente, por importante que sea, al asignado a la dogmática o a la doctrina de los autores.”

Dentro de este orden de ideas, la Comisión propuso su propia versión para un nuevo artículo 230:

Artículo 230. Los jueces en sus providencias están sometidos a la Constitución y la ley.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, en lo de su competencia, deberá ser considerada y acatada por jueces y magistrados, quienes, según el caso, podrán apartarse de dicha jurisprudencia, exponiendo, de manera expresa y clara los motivos que justifiquen tal separación.

⁵ Pagina 17.

Las demás autoridades públicas deberán aplicar la doctrina jurisprudencial respectiva, so pena de la imposición de las sanciones que establezca la ley.

La equidad, la doctrina y los principios generales del derecho son criterios complementarios de interpretación.

Este artículo crea un interesante balance entre dos diversas formas de entender la utilidad del precedente: en primer lugar, el uso propiamente judicial del precedente en la que los jueces no están sometidos a una disciplina absoluta sino relativa de respeto a los precedentes de las altas cortes y pueden participar en un diálogo de aplicación y consolidación de la línea jurisprudencial ponderando adecuadamente entre igualdad de trata y autonomía judicial; en segundo lugar, en el inciso tercero, se posibilita ensayar en Colombia la técnica del “proceso testigo” para permitir su extensión preventiva, ex ante, de jurisprudencia bien consolidada a las demás autoridades públicas. Esta norma, al mismo tiempo, resuelve un error craso cometido en la redacción del proyecto de Valencia Cossio: al tener una visión eficientista del precedente para efectos de descongestión hace creer que la Constitución sólo permitiría el uso de la jurisprudencia como “proceso testigo”, eliminando así la rica trama jurisprudencial que se ha venido creando en los últimos quince años con disciplinas menos severas y que, en opinión de quien este escribe, deben ser también conservadas y que encontraron expresión en lo que aquí hemos denominado “precedente constitucional”.

7. La Ley 1395 de 2010

La Ley continuó con el diseño y perfeccionamiento del instrumento del “Proceso testigo”, especialmente en lo tocante a su cumplimiento prejudicial por parte de la administración pública. En el artículo 114 de la Ley 1395 se precisaron significativamente los contornos de la institución:

“Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos.”

La norma hace referencia a algunos de los casos más estables en la jurisprudencia administrativa para evitar que la administración obligara a los particulares a litigar *ex novo*. La norma, empero, no establece una obligación clara de obediencia a la jurisprudencia porque las autoridades sólo la “tendrán en cuenta”. Igualmente empieza a despuntar una de las características más desafortunadas de la idea del precedente cuando se utiliza desde el punto de vista de descongestión judicial. Como se asume, en general, que sólo debe extenderse la aplicación preventiva del precedente en aquellos casos en que éste sea muy estable, la ley establece criterios excesivamente formalistas para su identificación. En la norma se establece una penta-reiteración jurisprudencial,

mayor en exigencia a la tradicional tri-reiteración propia de la tradicional “doctrina legal” española y latinoamericana. La hiper-formalización en la identificación del precedente va a alcanzar su mayor dificultad en la Ley 1437 de 2011 donde ya se instaure, derogando implícitamente el artículo 114 en comento, una completa, quizás excesiva, reglamentación del “proceso testigo” como forma de descongestión en el derecho administrativo colombiano. Allí se aumentan de forma significativa las características que debe tener un fallo para que sea precedente obligatoriamente extensible de manera preventiva en sede administrativa y judicial. Esta decisión del Código es plausible, aunque en mi opinión impedirá la formación de jurisprudencia robusta; lo que no debe entenderse, en todo caso, es que las nuevas disposiciones de la jurisprudencia administrativa sean aplicables al resto de las jurisdicciones que mantienen, al día de hoy, un sistema relativo de aplicación de precedentes sin las rígidas reglas de certificación previa que parece imponer la técnica del “proceso testigo”. De otra forma: como los proyectos de acto legislativo difieren a la ley la configuración del sistema de jurisprudencia, no puede concluirse entonces que el “precedente constitucional” que se ha desarrollado al amparo directo del artículo 13 pueda quedar sin legitimación o fuente ya que, por definición, no lo ha desarrollado la ley sino la propia jurisprudencia.

8. La Ley 1437 de 2011, nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

El nuevo Código establece una regulación sumamente reglamentaria en la que busca hacer un uso extensivo de la jurisprudencia como forma de descongestión judicial y administrativa. El sistema está fundamentalmente sostenido sobre cuatro pilares que constituyen una verdadera novedad, si no siempre adecuada, en el derecho colombiano.

En primer lugar, establece que ciertos pronunciamientos especialmente cualificados del Consejo de Estado constituyen “sentencias de unificación” y señala, a modo de principio en su artículo 10º, un deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia:

“Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.”

La norma, como se ve, tiene ciertas resonancias del artículo 114 de la Ley 1395 de 2011. Más adelante, en el artículo 270, se define que las sentencias de unificación jurisprudencial son aquellas emitidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado cuando (i) “profiera o haya proferido [una sentencia] por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia”; (ii) “las proferidas al decidir los recursos extraordinarios”, especialmente el de revisión y (iii) las relativas al mecanismo eventual de revisión de acciones populares y de grupo e incluso de otras acciones contenciosas cuando sean necesaria la unificación jurisprudencial (Artículo 11 de la Ley 1285 de 2009).

Con estas sentencias de unificación, a su vez, se establece un triple mecanismo de extensión de sus efectos: se crea, en primer lugar, lo que podríamos denominar un “derecho de petición de extensión de sentencias de unificación” mediante el cual el particular le pide a la administración que, en prevención de litigio, aplique obligatoriamente los precedentes existentes cuando su caso sea análogo a uno ya fallado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. En caso en que este derecho de petición no sea atendido debidamente, el particular puede acudir al Consejo de Estado para que, mediante un procedimiento jurisdiccional, la Administración sea obligado a aplicar la jurisprudencia vinculante de forma preventiva. Finalmente, el Código establece un “recurso extraordinario de unificación jurisprudencial” donde una sentencia de juez inferior puede ser infirmada por violar las sentencias de unificación.

El Código, mediante estas disposiciones, pretende resolver un problema grave que tuvo la Ley 1395 y más aún, por supuesto, las propuestas de reforma constituciones del artículo 230. En el artículo 114 de la 1395 se establecía la obligación de obedecer el precedente, pero, en realidad, no se estableció mecanismo de sanción o de imposición forzada del instituto en caso de renuencia administrativa o judicial. Para solucionar este grave problema, el Código establece un derecho de petición de particular y dos procesos judiciales independientes y aparentemente sencillos, el uno para extender preventivamente las sentencias de unificación a las autoridades administrativas sin necesidad de litigar el fondo del asunto y el otro, fundamentalmente similar, que busca el mismo propósito respecto de jueces renuentes en sus fallos a respetar la jurisprudencia bien consolidada.

Este es el instituto en términos básicos: tiene, como todo, reparos significativos. El más importante es este: para descongestionar la justicia establece dos nuevos procesos judiciales de extensión y unificación jurisprudencial. Cabe preguntarse si el remedio no será peor que la enfermedad especialmente luego de comprobar que la Administración no tendrá incentivos para empezar a cumplir ex ante la jurisprudencia. Como ello bien saben, la primera línea de defensa del Estado es obligar a los administrados a litigar: por costos, tiempos e información, entre otros factores, un alto porcentaje de los particulares se abstienen de hacerlo. Cuando no se presentan estas demandas, pues, el Estado “gana”, así sea mediante una negación del derecho subjetivo que ya parece clara en la sentencias reiteradas de los Tribunales.

Durante la corta vigencia del artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, los particulares intentaron con alguna frecuencia la extensión de la jurisprudencia sin necesidad de litigar. En los casos que conozco, la experiencia no fue del todo satisfactoria: en primer lugar, de la norma no se desprendía un deber claro y exigible; en segundo lugar, la administración no tiene la costumbre ni el incentivo para reconocer prestaciones o indemnizaciones cuando todavía disputa las bases jurídicas de dichas concesiones, no importa lo firmes que estén en la jurisprudencia de lo contencioso-administrativo; en tercer lugar, la Administración alega que la jurisprudencia siempre puede cambiar y que, por tanto, la historia del pasado no determina el curso del futuro, prefiriendo, por tanto, volver a echar los dados. ¿Quién quita que esta vez logren un cambio jurisprudencial?

9. La Reforma a la Justicia del Gobierno Santos

Dentro del marco ya comentado, el Gobierno Santos propuso una nueva propuesta de reforma:

“El artículo 230 quedará así:

Los jueces en sus jurisprudencias sólo están sometidos a la Constitución, al ordenamiento jurídico y a la jurisprudencia.

La Ley definirá los casos en que la jurisprudencia tendrá fuerza vinculante para todas las autoridades judiciales y administrativas. Los cambios jurisprudenciales sólo tendrán efectos hacia el futuro.

La equidad, los principios generales del derecho y la doctrina, son criterios auxiliares de la actividad judicial.”

Este proyecto vuelve a tocar algunos elementos ya conocidos de nuestro análisis anterior: en primer lugar, incluye a la Constitución explícitamente en su inciso 1º para zanjar de una vez por todas el debate sobre el significado del “imperio de la ley”. Esta modificación es útil porque clarifica pero no es estrictamente necesaria porque, salvo para recalcitrantes textualistas, ese ya es el significado compartido del inciso 1º vigente. Con relación al inciso 2º vuelve a aparecer la necesidad de dar apoyo constitucional al valor aumentado que se le quiere dar a la jurisprudencia para efectos de descongestión judicial en la Ley 1437 de 2011. Aunque el Consejo de Estado estima que el actual texto constitucional soporta adecuadamente las nuevas reglas de extensión jurisprudencial obligatoria, esta es una apuesta incierta. Para no incurrir en el riesgo de una inexequibilidad ante la Corte Constitucional lo ideal sería tener un texto como el propuesto que le da a la ley la posibilidad de determinar un régimen de jurisprudencia obligatoria. En mi opinión general, está bien que Colombia experimente con este sistema de Proceso Testigo. Para ello el Consejo de Estado tendrá que escoger algunos casos piloto y deberá verificar la voluntad de la Administración Pública de pasar del litigio al cumplimiento ex ante de jurisprudencia consolidada.

Pero el texto propuesto del artículo 230 tiene un serio peligro: como difiere a ley la reglamentación del valor de la jurisprudencia, parece desconocer así el desarrollo autónomo que he tenido el país el “precedente constitucional”. Como no aparece allí reconocido, el texto le dará munición a textualistas de todos los estilos para argumentar que en Colombia la única jurisprudencia obligatoria es la establecida por Ley y como el “precedente constitucional” se ha desarrollado de otras maneras, en la misma jurisprudencia, en consecuencia no existe. Esto sería regresar al comienzo del juego con enorme pérdida de lo ya ganado en discusiones sociales sobre los derechos fundamentales y muchos otros puntos de interpretación constitucional.

10. Conclusión y recomendaciones

En ese orden de ideas el artículo 230 de la Constitución podría ser adecuadamente modificado en un triple sentido: (i) en primer lugar, para clarificar la amplitud necesaria de la expresión “imperio de la ley” dentro de un estado constitucional de derecho; (ii) en segundo lugar, para recoger las prácticas judiciales que han permitido el desarrollo en Colombia de un “precedente constitucional” basado en el principio de igualdad”; y, (iii) en tercer lugar, y sin exclusión de lo anterior, autorizar a la Ley para que implemente sistemas de extensión de jurisprudencia con el objetivo de descongestionar la justicia en aquellos casos en que las decisiones de los tribunales sean ya estables y consolidadas. Estos tres propósitos generarían, al mismo tiempo, una mayor concertación entre actores políticos y jurídicos de distintas procedencias e ideologías. El actual proyecto del Gobierno realiza adecuadamente los objetivos (i) y (iii), pero descuida el (ii) como lo hicieron también los proyectos de Acto Legislativo presentados por el Ministro Valencia Cossio en su momento. Un mejor balance entre (i), (ii) y (iii) se observa en el Proyecto Bonivento.

El presente artículo cierra aquí con una recomendación independiente de reforma del artículo 230 de la C.P. Esta redacción busca ser más integral al cumplir plenamente con los propósitos (i), (ii) (iii) antes esbozados y al buscar una mejor armonización de los debates jurídicos y políticos que el artículo 230 ha ocasionado y que se ha buscado revisar en este mismo texto. La nueva redacción del artículo 230 sería la siguiente:

“Los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la Constitución, del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia. Los jueces tienen la obligación de ofrecer la mejor interpretación posible del derecho vigente y aplicarla igualitaria y coherentemente a todos y todas.

Los jueces obedecerán las reglas jurisprudenciales previamente razonadas sobre un mismo asunto a menos que puedan ofrecer argumentos suficientes y razonables para implementar una mejor respuesta al problema jurídico bajo análisis.

La Ley podrá establecer sistemas de extensión obligatoria de la jurisprudencia estable a los jueces, a la administración pública y a los particulares como forma de descongestionar el sistema de justicia y con el fin de lograr la aplicación estable del derecho.”