

FUENTES DEL DERECHO - La jurisprudencia, como criterio obligatorio y auxiliar.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 230

PRECEDENTE JUDICIAL - Carácter vinculante / REGLA DE UNIVERSALIDAD - Precedentes judiciales

El reconocimiento de fuerza vinculante a los precedentes jurisprudenciales constituye cuestión que en manera alguna resulta ajena a o contradictoria con la tradición jurídica colombiana —o con la propia de cualquier otra cultura jurídica—, si se tiene en cuenta que esa obligación de respetar el sentido y las razones que sustentan las decisiones previas se encuentra íntimamente ligada a una exigencia que cabe formular respecto de toda actuación judicial con el fin de que pueda catalogarse como ajustada al ordenamiento y que no es otra distinta a que la decisión del juez debe venir fundamentada no en criterios *ad-hoc*, caprichosos o coyunturales, sino en principios generales o en reglas que puedan ser “universalizables” en la medida en que hayan sido formulados o tenidos en cuenta para la resolución de casos anteriores o se hayan construido para fallar un supuesto específico, pero con la perspectiva de poder aplicarlos a hipótesis semejantes en el futuro. La descrita en el párrafo anterior es la que doctrinalmente ha dado en denominarse “regla de la universalización” o “regla de la universalidad” y ella se conecta, directamente, con la exigencia de respeto o con la fuerza vinculante del precedente.

PRECEDENTE JUDICIAL - Obligatoriedad como elemento del derecho a la igualdad, y los principios de buena fe y confianza legítima / PRECEDENTE JUDICIAL - Naturaleza dinámica.

NOTA DE RELATORIA: Sobre confianza legítima frente a actuaciones de autoridades judiciales, ver, Corte Constitucional, sentencia T-538 de 1.994; Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz; sentencia T-321 de 1.998; Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD Y MOTIVACION DE LAS DECISIONES JUDICIALES - Deber de incluir la consideración de las decisiones previas de casos análogos en las cuales se fundamentan.

El principio de publicidad que informa la actividad judicial, a veces de lo dispuesto por el artículo 228 superior, implica para el juez la obligación de motivar adecuada, coherente y suficientemente sus proveídos, carga de argumentación dentro de la cual se incluye la de considerar y referirse explícita y razonadamente a los pronunciamientos jurisprudenciales antecedentes en los cuales se encuentran argumentos que sustentan sus decisiones frente a casos análogos, como garantía tanto para los sujetos procesales cuanto para la comunidad en general, de que el ordenamiento está siendo interpretado y aplicado de manera consistente y uniforme.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 228

PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE - Concepto y Elementos

El precedente judicial, en tanto que elemento jurídico que ejerce una fuerza gravitacional que atrae hacia su contenido los casos concretos que deban ser resueltos en el futuro por el mismo juez o por sus subordinados funcionales

—según que se trate de precedente horizontal o de precedente vertical, respectivamente— sólo puede estructurarse correctamente a partir de la inescindible conjunción entre **(i)** los hechos relevantes del caso a decidir, **(ii)** la subregla o criterio jurisprudencial en el cual se soporta la decisión adoptada por el juez o tribunal —la ya comúnmente llamada *ratio decidendi*— y **(iii)** la parte resolutive del correspondiente fallo —*decisum*—. La identidad de patrones fácticos existente entre la decisión constitutiva de precedente y aquella(s) a la(s) cual(es) el mismo puede ser aplicado, es lo que determina que, en principio, el juez deba aplicar la misma subregla jurisprudencial para resolver el nuevo litigio —*stare decisis*—, a no ser que pueda y/o deba aducir sólidos argumentos que lo fueren a apartarse de o a no aplicar el criterio de decisión utilizado en el evento antecedente...Cuanto se acaba de exponer determina que sólo se debe catalogar como y atribuir valor de precedente vinculante a aquellas proposiciones jurídicas en la parte motiva del auto o sentencia que resulten necesarias para explicar la decisión adoptada en la parte resolutive del pronunciamiento respectivo, siempre entendidas dentro del contexto de los hechos del caso concreto decidido; los demás argumentos o análisis realizados en la providencia que no resulten necesarios para resolver el supuesto fáctico específico juzgado en ese momento, deben reputarse *obiter dicta*.

LINEA JURISPRUDENCIAL - Contenido

Las líneas jurisprudenciales, por tanto, constituyen conjuntos de fallos que cuentan con un denominador común caracterizado por determinados patrones fácticos definidos por el juez y el precedente judicial ha de ser manejado como un acervo de criterios concretos de decisión o de subreglas normativas de construcción pretoriana que se basan en la analogía fáctica existente entre casos previamente decididos y casos nuevos presentados a la consideración de los jueces, de suerte que la decisión adoptada con anterioridad dentro del correspondiente patrón fáctico ejerce fuerza gravitacional *prima facie* sobre los casos nuevos análogos por sus presupuestos de hecho.

REVISION EVENTUAL DE ACCION POPULAR - Características

a) No constituye una tercera instancia de decisión. ., , b) El *thema decidendum* de la revisión lo determina el Consejo de Estado, aunque debe guardar relación con los problemas jurídicos planteados por y/o con el contexto fáctico propio del litigio original...c) Su finalidad es la unificación de la jurisprudencia en materia de acciones populares... Esta labor de unificación de jurisprudencia asignada por la Constitución Política al Consejo de Estado, en su calidad de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, adquiere especial importancia cuando se trata de las decisiones proferidas con ocasión del trámite de las acciones populares y cuando su conocimiento se encuentra a cargo de Jueces o Tribunales Administrativos puesto que la extensión del ámbito dentro del cual pueden ser ejercidas esas acciones y el amplio espectro de irradiación de los derechos cuya protección judicial garantizan, requieren, por consiguiente, de un mecanismo efectivo por medio del cual el Consejo de Estado —en su tantas veces aludida condición de Tribunal Supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo— pueda revisar las decisiones proferidas a raíz de su instauración con el fin de unificar la jurisprudencia... d) Una vez seleccionada la providencia para su revisión, el solicitante no puede desistir de dicho trámite... e) No hay obligatoriedad para su trámite... precisamente por tratarse de un mecanismo *eventual* la ley dispone que la formulación de la solicitud de revisión, aunque se sustente en debida forma de acuerdo con los lineamientos trazados por la Sala

Plena de esta Corporación, no necesariamente debe dar lugar a la selección de la providencia correspondiente.

FUENTE FORMAL: artículo 11 de la Ley 1285 de 2009

NOTA DE RELATORIA: Sobre algunos eventos en los cuales procede la revisión, ver, Consejo de estado, Sala Plena de lo contencioso Administrativo, auto del 14 de julio de 2009, Expediente 20001-23-31-000-2007-00244-01(IJ) AG.

REVISION EVENTUAL - Es mecanismo eventual por ello aunque la formulación de la solicitud de revisión se sustente en debida forma no es obligatoria su escogencia.

Aún cuando en un caso determinado el peticionario invoque y efectivamente concurren uno o varios de los múltiples y no taxativamente precisables supuestos que cuentan con la virtualidad de abrir paso a la selección del correspondiente pronunciamiento para su revisión por parte del Consejo de Estado, la presencia de tales circunstancias *“no obliga a la selección (...) por parte del Consejo de Estado, toda vez que ese mecanismo, según lo dispone la ley de manera manifiesta, se caracteriza por ser eventual, no automático y menos absoluto”*... Por otra parte, debe tomarse en consideración que es éste último propósito de unificación de la jurisprudencia el que constituye la finalidad directa y principal de la aplicación del mecanismo de revisión eventual respecto de los procesos iniciados en ejercicio de la acción popular, sin que el citado mecanismo constituya una instancia adicional puesta a disposición de las partes para que puedan ventilar nuevamente las discrepancias que debieron ser materia de discusión en las dos instancias del correspondiente proceso.

FUENTE FORMAL: LEY 1285 DE 2009 – ARTICULO 11

REVISION EVENTUAL- Efectos vinculantes de manera relativa erga omnes de los fallos dictados en sede de revisión / DERECHO A LA IGUALDAD - No se vulnera por revisión de uno de muchos casos análogos, por el carácter obligatorio del precedente judicial contenido en las respectivas sentencias de unificación.

Los pronunciamientos de fondo proferidos por el Consejo de Estado en sede de revisión eventual de los procesos iniciados en ejercicio de las acciones populares o de las acciones de grupo producen, de un lado, unos efectos *inter partes* o *subjetivos*, que alcanzan solamente a los sujetos inmiscuidos en el proceso de origen, pero que no son aquéllos que inicial y primordialmente se buscan con la operatividad del mencionado mecanismo excepcional de impugnación, pues los propósitos de éste se enderezan, fundamentalmente, hacia la consolidación de unos efectos vinculantes de manera relativa *erga omnes* para el fallo respectivo, esto es que el precedente judicial contenido en la correspondiente sentencia de unificación, integrado de la manera antes descrita —por la inescindible conexión entre el entramado fáctico del caso, la subregla o criterio judicial de decisión y la parte resolutive del proveído—, deviene en obligatorio para todas las personas y autoridades, quienes deben estarse a su contenido para la resolución de supuestos análogos futuros, salvo que previa satisfacción de las previamente explicadas cargas de transparencia y de argumentación, se opte por apartarse de o por modificar el precedente. Sólo esta comprensión respecto de la finalidad y de los alcances de la revisión eventual de providencias encomendada al Consejo de Estado y respecto del carácter obligatorio del precedente judicial contenido en las

respectivas sentencias de unificación, permite concluir que no se conculca el derecho/principio a la igualdad cuando se sostiene que bien puede el máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo escoger un determinado caso para su revisión sin que quede por ello obligado a seleccionar también todos los demás supuestos análogos que se presenten a futuro o que hubieren tenido ocurrencia de manera simultánea o anterior.

ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - No se vulnera por revisión de uno de muchos casos análogos

La inexistencia de la obligación de seleccionar la totalidad de los fallos relacionados con una misma temática, por lo demás, tampoco vulnera el derecho fundamental de acceso a la Administración de Justicia de las personas cuyos litigios no son escogidos para revisión por el Consejo de Estado, toda vez que el pleito respectivo ha sido tramitado y resuelto ya en dos instancias, las cuales satisfacen plenamente el contenido de la aludida garantía constitucional.

REVISION EVENTUAL DE ACCION POPULAR - Es viable escoger para revisión una providencia sobre problemas jurídicos análogos a otro en relación con el cual ya hubo previamente una selección para revisión

En lo atinente a la viabilidad jurídica de la escogencia de una providencia que pone fin a un proceso iniciado en ejercicio de la acción popular y que aborde problemas jurídicos o que resuelva casos análogos a otro(s) en relación con el(los) cual(es) ya hubo previamente una selección para revisión, lo que procede sostener es que dicha alternativa, sin que resulte imperativa u obligatoria sí es perfectamente posible y, por tanto, ha de precisarse que la selección previa de un supuesto análogo mal podría determinar la imposibilidad de que, con posterioridad, se elijan para su estudio nuevas sentencias o providencias aunque los casos respectivos cuenten con patrones fácticos y/o jurídicos similares... Por consiguiente, si se reconoce —como debe reconocerse— la esencia dinámica y modificable de los precedentes judiciales, mal podría negarse al Tribunal encargado de unificar la jurisprudencia en materia de acciones populares la posibilidad de reestudiar, cuando así aparezca necesario, conveniente y oportuno, problemas jurídicos ya examinados a efectos de establecer si dentro de nuevos contextos o atendidas diversas perspectivas de análisis a las hasta entonces tenidas en cuenta, el precedente merece ser seguido o si se impone su ensanchamiento, su restricción o, incluso, su modificación.

REVISION EVENTUAL DE ACCION POPULAR - Razones de conveniencia y necesidad al decidir sobre la revisión de uno de muchos casos análogos.

Por cuanto respecta a la conveniencia y/o a la necesidad de escoger más de una o múltiples providencias sobre los mismos temas respecto de los cuales el Consejo de Estado hubiere cumplido ya la tarea unificadora de manera precisa, concreta y completa, puede sostenerse que, en principio, la escogencia de multiplicidad de casos análogos lejos de contribuir a la eficiencia y eficacia en el desempeño de dicha labor, podría generar dificultades en la medida en que tiende a tornar inocua la utilización del mecanismo de revisión eventual, dado que la providencia que en este sentido se llegare a proferir necesariamente habrá, en principio, de seguir el precedente consignado en la(s) sentencia(s) anterior(es) de unificación, con lo cual el(los) nuevo(s) proveído(s) se limitaría(n) a “repetir” lo que ya habría sido decidido y unificado, con el consiguiente desgaste de la Administración de Justicia... resulta innecesaria la selección de una providencia para su revisión eventual cuando sobre el mismo tema y en relación con idénticos

o sustancialmente similares presupuestos fácticos ya se ha(n) seleccionado previamente otra(s) providencia(s) para su revisión; naturalmente, el enunciado principio será aplicable en todos aquellos eventos en los cuales no medien razones justificativas de un apartamiento del precedente y, en consecuencia, se impone el seguimiento del mismo.

REVISION EVENTUAL DE ACCION POPULAR - No selecciona para unificar la jurisprudencia sobre reconocimiento del incentivo ante otra providencia ya seleccionada para tal fin.

En relación con el tema de la viabilidad del reconocimiento del incentivo a favor de los actores populares después de la entrada en vigencia de la Ley 1425 de 2010, cuando el proceso correspondiente ha iniciado antes de la expedición del referido cuerpo normativo, problema jurídico cuyo estudio constituye el objetivo fundamental de la solicitud de revisión eventual que mediante el presente pronunciamiento se resuelve, resulta menester destacar que si bien frente a este extremo las posturas asumidas por las Secciones Tercera y Primera de esta Corporación han resultado divergentes, lo cierto es que para decisión de esta Sala Plena, la Sección Tercera de esta Corporación, en providencia del 23 de marzo de 2011, ya seleccionó una sentencia que puso fin a un proceso de acción popular, precisamente, con el fin de unificar la jurisprudencia en torno al tema en cuestión; por ello, en la medida en que la tarea unificadora de jurisprudencia, en principio, se agotará al momento de decidir de fondo la revisión de la providencia antes referenciada, estima la Sala que en la actualidad y sobre ese mismo punto resulta inadecuado, inconveniente e innecesario seleccionar un nuevo fallo para estos mismos efectos.

NOTA DE RELATORIA: Con **salvamento** de voto de los Consejeros Stella Conto Díaz del Castillo y Danilo Rojas Betancourth, y **aclaración** de voto de los Consejeros Martha Teresa Briceño De Valencia, Luis Rafael Vergara Quintero y Alberto Yepes Barreiro.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez

Bogotá, D.C., once (11) de septiembre de dos mil doce (2.012).

Radicación número: 17001-33-31-003-2010-00205-01(AP)

Actor: Javier Elías Arias Idárraga

Demandado: Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. E.S.P. CHEC

Referencia: Revisión eventual. Acción Popular.

Debido a la necesidad de unificar criterios en torno al ejercicio de la potestad de selección de sentencias de acciones populares o de acciones de grupo para su

revisión eventual, criterios que puedan —y deban— ser atendidos por todas y cada una de las Secciones que integran la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dado que según lo preceptuado en el Acuerdo No. 117 del 12 de octubre de 2010 emanado de la Sala Plena de esta Corporación, de la solicitud de selección para la eventual revisión de providencias definitivas proferidas por los Tribunales Administrativos en segunda instancia conocen todas las referidas Secciones, sin atender a su especialidad, esta misma Sala Plena, en sesión celebrada el 2 de agosto de 2011, decidió asumir, por su importancia jurídica, el conocimiento del presente caso, de acuerdo con los dictados de los artículos 130 del Código Contencioso Administrativo y 37-5 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

Así pues, mediante el presente proveído decide la Sala la solicitud de revisión eventual de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, el 28 de abril de 2011, mediante la cual se desató el recurso de apelación interpuesto por el accionante contra el fallo dictado por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales, de 14 de febrero de 2011.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Mediante escrito presentado el 4 de mayo de 2010, el señor Javier Elías Arias Idárraga instauró demanda en ejercicio de la acción popular contra el municipio de Palestina y la Central Hidroeléctrica de Caldas CHEC S.A. E.S.P., con el fin de que se protegieran los derechos colectivos a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, como consecuencia de la omisión en la realización de los estudios de vulnerabilidad sísmica de la planta física en donde se encuentra ubicada la Central Hidroeléctrica de Caldas CHEC S.A. E.S.P. (fls. 2 y reverso cuad. 1).

2. Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales profirió sentencia el día 14 de febrero de 2011, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda (fls. 152-159 cuad. 1).

3. En escrito presentado el 24 de febrero de 2011, la parte actora interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión (fls. 162-163 cuad. 1).

4. Surtido el trámite de segunda instancia, el Tribunal Administrativo de Caldas confirmó la sentencia proferida por el Juzgado *a quo* (fls. 7-25 cuad. ppal.)

5. Solicitud de revisión eventual.

El 9 de mayo de 2011, el señor Javier Elías Arias Idárraga solicitó al Tribunal Administrativo de Caldas el envío del expediente al Consejo de Estado con el fin de que se sometiera a una eventual revisión la sentencia de segunda instancia, para lo cual, en relación con el tema del reconocimiento del incentivo en favor del accionante, esgrimió que *“si bien no quieren reconocer que quien adelanta una acción popular adquiere un derecho, sí deberían aceptar que se tiene una fuerte expectativa merecedora de protección jurídica que no debe desconocerse, (podría tenerse como una situación jurídica consolidada con vicios o defectos no imputables al actor, sino al juez), máxime cuando se está en presencia de sentencias revocadas y/o sentencias que respetando los términos legales debieron resolverse antes de la Ley 1425 pero que incumplieron los términos para la emisión del fallo y lo proferieron luego de la entrada en vigencia de la mentada ley”* (fls. 29-31 cuad. ppal.).

II. CONSIDERACIONES

Previamente a pronunciarse respecto de la aceptación o desestimación de la solicitud de revisión eventual formulada por la parte actora en relación con la sentencia de segunda instancia proferida dentro del *sub judice* por el Tribunal Administrativo de Caldas, llama la Sala la atención sobre la circunstancia consistente en que los fundamentos jurídicos invocados por el aquí demandante para solicitar la eventual revisión en comento, coinciden con aquellos que sirvieron de sustento para que la Sección Tercera, mediante auto calendado el 23 de marzo de 2011¹, seleccionara la providencia objeto de la petición de revisión que igualmente se formulara en esa oportunidad, pues tanto en un evento como en el otro, el asunto materia de análisis lo constituye la viabilidad del reconocimiento del

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Radicación: 17001-33-31-001- 2009-01489-01(AP) REV. Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Actor: Javier Elías Arias Idárraga.

incentivo en favor de los actores populares, tratándose de procesos iniciados antes de la promulgación de la Ley 1425 de 2010 pero fallados con posterioridad a la entrada en vigencia del referido cuerpo normativo.

En ese orden de ideas, además de llevar a cabo la constatación sobre la concurrencia en el presente caso de los requisitos previstos en el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 para la procedencia de la revisión eventual de providencias proferidas dentro del trámite de procesos iniciados con ocasión del ejercicio de la acción popular o de la acción de grupo, entiende necesario la Sala abordar el estudio del problema jurídico relativo a la viabilidad, a la necesidad y a la conveniencia de seleccionar, para su eventual revisión, pronunciamientos judiciales respecto de los cuales se pretende que sean examinados los mismos asuntos o materias que han motivado ya la escogencia de otra(s) decisión(es) para su eventual revisión por parte de esta Corporación, con miras a que se unifique la jurisprudencia en torno del mismo tema o problema jurídico.

Así pues, con el fin de resolver el anunciado extremo la Sala tomará en consideración **(i)** la dinámica de aplicación y de desenvolvimiento de la jurisprudencia como fuente normativa en el seno de un Estado Social y Democrático de Derecho, teniendo en cuenta que la finalidad buscada con la operatividad de la revisión eventual de providencias proferidas en sede de acción popular o de acción de grupo está constituida, precisamente, por la unificación de la jurisprudencia; **(ii)** la finalidad y las características que acompañan al aludido mecanismo de revisión eventual de providencias por parte del Consejo de Estado; **(iii)** la forma como respecto del tema aquí planteado operan mecanismos similares al de la revisión eventual a cargo del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, los cuales fueron tenidos en cuenta por el Legislador al disponer la introducción de ésta en el sistema jurídico nacional, como el *writ of certiorari* propio de ordenamientos jurídicos de tradición anglosajona —Estados Unidos, Reino Unido, Puerto Rico, entre otros— o la revisión eventual de sentencias proferidas dentro de procesos iniciados en ejercicio de la acción de tutela, a cargo de la Corte Constitucional en Colombia.

Los aludidos elementos de análisis aportan suficientes razones para establecer **(iv)** si resulta jurídicamente viable, necesario y/o conveniente que el Consejo de Estado seleccione más de un caso para, por la vía de su revisión eventual, unificar jurisprudencia en relación con el mismo punto de derecho, atendida la analogía

fáctica existente entre los diversos supuestos concretos cuya escogencia para revisión se depreca a esta Corporación.

1. El papel de la jurisprudencia en un Estado Social y Democrático de Derecho.

1.1 Sobre el carácter vinculante de los precedentes judiciales.

El reconocimiento de fuerza vinculante a los precedentes jurisprudenciales constituye cuestión que en manera alguna resulta ajena a o contradictoria con la tradición jurídica colombiana —o con la propia de cualquier otra cultura jurídica²—,

² A lo largo del siglo XX y en particular hasta la última década de dicha centuria, prácticamente no ofrecía discusión alguna en el contexto jurídico colombiano la asignación a la jurisprudencia, en el elenco de fuentes de Derecho, de un valor puramente auxiliar, instrumental e incluso secundario, toda vez que, invocando la raigambre europea-continental o la estirpe romano-germánica del sistema jurídico nacional, el rol de máxima importancia le fue atribuido siempre a la ley, con fundamento en la clásica concepción francesa de ésta como emanación de la voluntad popular expresada a través de los productos normativos elaborados por un Parlamento imbuido de los postulados y de la filosofía política subyacente a la Revolución Francesa; dicha construcción ideológica se caracterizó, como es bien sabido, por una confianza irrestricta en la actividad normativa del legislador, con cuya ilimitada racionalidad y capacidad de acierto en la regulación de la vida colectiva se correspondió la idea de omnipotencia de la ley —basada en que el legislador ha de presumirse sabio—, a la cual inicialmente se consideró plena, coherente y unitaria, de modo que el juez, al aplicarla, nada creaba, simplemente pronunciaba, como un autómatas, las palabras siempre atinadas de los textos legales. Naturalmente, la jurisprudencia, en medio de un panorama como el descrito, sólo podía desempeñar un papel accesorio y secundario. Esta concepción tuvo su reflejo en la cultura jurídica colombiana, como con meridiana claridad lo revela el artículo 17 del Código Civil, de conformidad con el cual “[L]as sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas.....”.

Pero es, sin duda, con posterioridad al tránsito constitucional de 1991, cuando ha resultado especialmente intensa la discusión en torno a los alcances que deben serle reconocidos al valor y a la fuerza jurídica del precedente judicial y se ha insistido en que el ordenamiento jurídico colombiano, de marcada raigambre romano-germánica, cuenta con evidentes particularidades que lo distancian del sistema de derecho común anglosajón, caracterizado este último, precisamente, por el indudable carácter vinculante y por la centralidad del papel que en él desempeña la noción de precedente judicial; de este modo, quienes se muestran reacios a aceptar algún grado de obligatoriedad para el precedente judicial en el derecho colombiano, señalan que es la naturaleza primordialmente jurisprudencial del sistema de *common law* el rasgo que explica el valor que, dentro de él, se atribuye al precedente, mientras que al hundir sus raíces, el ordenamiento jurídico colombiano, en la aludida tradición romano germánica —fundamentalmente legislada—, la posición de preeminencia en nuestro sistema la ocupa la ley, razón por la cual se entiende que adscribir, en el derecho nacional, valor de precedente a las sentencias judiciales, resulta extraño a los rasgos identificadores más inherentes al derecho en Colombia.

Sin embargo, la referida postura, expresada de manera tan categórica, desconoce que la evolución registrada en el seno de los dos sistemas jurídicos a los cuales se ha hecho alusión —anglosajón y europeo continental o romano germánico— durante el siglo XX, ha conducido a que se reduzcan —o cuando menos se maticen— las otrora radicales divergencias existentes entre ellos en punto del papel desempeñado por la jurisprudencia y por la ley, como fuentes formales del derecho, aunque subsistan —lo cual es evidente— importantes elementos diferenciadores. El anterior aserto resulta corroborado por el notable incremento de la presencia y del valor reconocido a la ley en los sistemas de derecho común —especialmente en el de los Estados Unidos de América—, circunstancia que se corresponde con el correlativo aumento de la importancia de la jurisprudencia en los sistemas de tradición romano germánica, de lo cual constituye ilustrativo botón de muestra el caso del derecho administrativo en Francia y en Colombia, disciplina en la cual, como es bien

si se tiene en cuenta que esa obligación de respetar el sentido y las razones que sustentan las decisiones previas se encuentra íntimamente ligada a una exigencia que cabe formular respecto de toda actuación judicial con el fin de que pueda catalogarse como ajustada al ordenamiento y que no es otra distinta a que la decisión del juez debe venir fundamentada no en criterios *ad-hoc*, caprichosos o coyunturales, sino en principios generales o en reglas que puedan ser “universalizables” en la medida en que hayan sido formulados o tenidos en cuenta para la resolución de casos anteriores o se hayan construido para fallar un supuesto específico, pero con la perspectiva de poder aplicarlos a hipótesis semejantes en el futuro.

La descrita en el párrafo anterior es la que doctrinalmente ha dado en denominarse “*regla de la universalización*” o “*regla de la universalidad*” y ella se conecta, directamente, con la exigencia de respeto o con la fuerza vinculante del precedente, que coincide con el denominado por Chaim Perelman “*principio de inercia*”, de acuerdo con el cual una opinión o una praxis que haya sido aceptada una vez, no puede abandonarse sin un motivo para ello, sin una justificación particular³ o con la consideración de Robert Alexy en el sentido de que la anotada exigencia subyace a toda concepción de la justicia, “*en cuanto concepción formal, de tratar de igual manera a lo igual*”⁴. De hecho, este autor incluye la aludida regla entre sus “*reglas fundamentales*” del discurso práctico racional y precisa que la misma implica que “*todo hablante sólo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría así mismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes*”⁵. También se ha dicho que la “regla de la universalidad” constituye una de las exigencias fundamentales de racionalidad de la argumentación jurídica y es una de las piezas clave de cualquier teoría del razonamiento práctico merecedora de atención⁶. En suma, es tal la

sabido, buen número de sus más importantes institutos pueden catalogarse como de creación jurisprudencial.

³ Cfr. PERELMAN, Chaïm y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, traducción de J. Sevilla Muñoz, Gredos, Madrid, 1989, pp. 142 y ss.

⁴ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, traducción de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 262.

⁵ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., p. 187.

⁶ Cfr. PRIETO SANCHIS, Luis, *Sobre principios y normas, Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 163.

importancia que reviste la comentada exigencia de universalidad de la argumentación jurídica, que puede afirmarse, sin ambages, que ella constituye uno de los requisitos mínimos de racionalidad de los cuales debe estar provista toda decisión judicial en una sociedad democrática.

A la mencionada regla de universalidad subyace uno de los principios constitucionales cuya salvaguarda impone el respeto al sentido y al sustento de las decisiones judiciales previas: se trata del principio constitucional y a la vez derecho fundamental a la igualdad —consagrado en los artículos 13 y 209 de la Carta⁷— en sus dos vertientes, vale decir, igualdad de todas las personas ante la ley —o mejor, ante el ordenamiento jurídico—, de un lado y, de otro, igualdad de trato por parte de las autoridades⁸. Correlato, pues, del principio de igualdad, es el derecho de todos los coasociados a que las decisiones de los jueces se fundamenten en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas, la obligación de proporcionar igualdad de trato a los casos iguales y desigualdad de tratamiento a los eventos disímiles, resulta predicable de todas las autoridades públicas, entre ellas, como no podría ser de otro modo, también de las jurisdiccionales, con lo cual devendría en contraria al principio-derecho a la igualdad una autonomía absoluta y total de los jueces para interpretar y aplicar el derecho con base, exclusivamente, en su propio entendimiento individual del texto normativo correspondiente. Por el contrario, una independencia de los jueces concebida como la prerrogativa constitucional que les permite adoptar sus decisiones ciñéndose nada más —pero tampoco menos— que al ordenamiento jurídico, comprendiendo dentro de él, como una de sus fuentes, la jurisprudencia, con el consecuente respeto al efecto vinculante de los precedentes jurisprudenciales, compatibiliza el núcleo esencial del derecho a la igualdad con las ciertamente necesarias autonomía e independencia de las autoridades judiciales para adoptar sus determinaciones.

⁷ Preceptos de cuya conjunción se deriva el aserto de acuerdo con el cual la igualdad ostenta la doble condición de derecho fundamental y de principio que orienta la actuación de todos los poderes públicos —y no sólo de la Administración, como una interpretación restrictiva y aislada del artículo 209 constitucional podría sugerirlo—.

⁸ Sobre el principio de igualdad, amplia y profusamente delineado por la jurisprudencia constitucional, pueden verse, entre otras: Corte Constitucional, Sentencia No. T-532 de 1992, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-429/94; Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell; SU-086 de 1999, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo; y T-537 de 2.000; Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

En segundo término, además del principio de igualdad y estrechamente imbricado con él, constituye fundamento de la fuerza vinculante de los argumentos que sustentan los pronunciamientos judiciales, la certeza que la comunidad jurídica aspira a tener en el sentido de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma, es decir, la garantía de que el ejercicio de la función jurisdiccional atienda a los dictados del principio de la seguridad jurídica como presupuesto de la estabilidad con la cual los ciudadanos precisan contar para ejercer sus derechos y libertades, así como para que se les asegure la vigencia de un orden justo —artículo 2 constitucional—. La relativa previsibilidad de las decisiones judiciales, la seguridad derivada de que los jueces han interpretado y continuarán interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente, provee certidumbre sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, lo cual les permite actuar libremente, de conformidad con aquello que la práctica judicial ha señalado que constituyen actividades o comportamientos protegidos por el derecho.

En tercer lugar, la obligatoriedad para el juez de no desatender injustificadamente los pronunciamientos judiciales antecedentes y la misma seguridad jurídica a la cual se ha hecho alusión, constituyen elementos sin los cuales no es posible materializar dos principios que emanan del artículo 83 de la Constitución Política: la buena fe y la protección de la confianza legítima⁹. De éstos se deriva, para los administrados, la garantía de que las autoridades del Estado no van a sorprenderlos con actuaciones que si bien aisladamente consideradas pueden

⁹ La Corte Constitucional ha definido el principio de la confianza legítima de la siguiente manera: *“Este principio pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege”*. Véanse, entre otras, las siguientes sentencias: Corte Constitucional, sentencia T-417 de 1997. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo; T-046 de 1995; Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo; C-138 de 1996. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo; C-478 de 1998; Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero; T- 364 de 1999; Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. También la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha referido a esta comprensión del aludido principio; por vía de ejemplo, puede verse Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de mayo 21 de 2002; Consejero Ponente: Juan Ángel Palacio Hincapié; Radicación número: 11001-03-15-000-2002-0042-01(PI-039). Demandado: Miguel Ángel Santos Galvis. En dicho pronunciamiento se afirmó: *“El principio de la confianza legítima ha sido estructurado teóricamente como “mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, cuando la Administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones”, y tiene como uno de sus presupuestos la necesidad de adoptar medidas por un período transitorio que adecúen la actual situación a la nueva realidad”*.

estar provistas de fundamentos jurídicos, al ubicarlas en el contexto del que ha sido el sentido de las decisiones adoptadas frente a supuestos equiparables, en realidad resultan contradictorias, de suerte que defraudan la expectativa legítima que en el interesado en la determinación se había creado con base en el comportamiento anterior de quien decide frente a situaciones de naturaleza similar. Se trata de la garantía derivada del respeto por el propio acto, que también debe ser predicable de las autoridades judiciales, a las cuales, por tanto, les están vedadas —salvo en los casos y previa satisfacción de las exigencias y cargas a los cuales se hará referencia más adelante— actuaciones que desconozcan la máxima latina *venire contra factum proprium non valet*; desde este punto de vista, el derecho de acceso a la Administración de Justicia implica también la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia¹⁰, pues, como lo ha sostenido la Corte Constitucional,

"... si esta máxima [la de la previsibilidad de las decisiones de las autoridades públicas en virtud de la tutela de la confianza legítima] se predica de la actividad del Estado en general, y se extiende también a las acciones de los particulares, donde —en principio— la autonomía privada prima sobre el deber de coherencia, no existe un principio de razón suficiente por el cual un comportamiento semejante no sea exigible también a la actividad judicial.¹¹ El derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado¹² como administrador de justicia.¹³ Esta confianza no se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad. Comprende además la protección a las expectativas legítimas de las personas de que

¹⁰ Sobre el principio de tutela de la confianza legítima en relación con las autoridades judiciales, pueden verse: Corte Constitucional, sentencia T-538 de 1.994; Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz; sentencia T-321 de 1.998; Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

¹¹ Nota original de la sentencia citada: La Corte ha referido la prohibición de venirse contra el acto propio y el principio de la confianza legítima tanto a las autoridades estatales, como a los particulares. Refiriendo este principio a la actuación de la administración, ver Sentencias T-475/92 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-578/94 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), entre otras. Refiriéndolo a la actividad de los particulares ver: Sentencia T-503/99 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), T-295/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), entre otras.

¹² Nota original de la sentencia citada: La Corte ha definido el principio de la confianza legítima de la siguiente manera: "Este principio pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege." Sentencia C-478/98 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

¹³ Nota original de la sentencia citada: Aplicando el principio de la confianza legítima en relación con las autoridades judiciales, ver Sentencia T-321/98 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra). Así mismo, la Sentencia T-538/94 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) estableció la aplicación de este principio respecto del servicio de administración de justicia y de la actividad judicial diciendo: (...).

*la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme*¹⁴.

Y en cuarto y último término, el principio de publicidad que informa la actividad judicial, a voces de lo dispuesto por el artículo 228 superior, implica para el juez la obligación de motivar adecuada, coherente y suficientemente sus proveídos, carga de argumentación dentro de la cual se incluye la de considerar y referirse explícita y razonadamente a los pronunciamientos jurisprudenciales antecedentes en los cuales se encuentran argumentos que sustentan sus decisiones frente a casos análogos, como garantía tanto para los sujetos procesales cuanto para la comunidad en general, de que el ordenamiento está siendo interpretado y aplicado de manera consistente y uniforme. Respecto de esta obligación de la autoridad judicial de motivar suficiente y razonadamente sus providencias, incluyendo la consideración de las decisiones previas en las cuales se fundamentan —o de las cuales se apartan—, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

«Pues bien: las decisiones que toma el juez, que resuelven asuntos sustanciales dentro de un proceso -v.gr. una sentencia-, deben consignar las razones jurídicas que dan sustento al pronunciamiento (...) Siempre será necesario, entonces, aportar razones y motivos suficientes en favor de la decisión que se toma¹⁵, mucho más si de lo que se trata es de garantizar el derecho a la igualdad, acogiendo argumentos ya esbozados por la jurisprudencia para la resolución de un caso.

(...)

Buena parte de la eficacia de un sistema respetuoso de los precedentes judiciales radica en la necesidad de establecer un espacio de argumentación jurídica en el que el funcionario judicial exponga razonadamente los motivos que lo llevan a insistir o cambiar la jurisprudencia vigente, pues es él quien, frente a la realidad de las circunstancias que analiza, y conocedor de la naturaleza de las normas que debe aplicar, debe escoger la mejor forma de concretar la defensa del principio de justicia material que se predica de su labor» (Subrayas fuera del texto original)¹⁶.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001; Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

¹⁵ Nota original de la sentencia citada: Sobre la necesidad de presentar las razones y motivos que soportan el seguimiento o modificación de una línea jurisprudencial pueden consultarse las siguientes sentencias: T-175 de 1997. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández, T-123 de 1998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, T-267 de 2000. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-252 de 2.001; Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. En similar sentido puede verse la sentencia C-104 de 1.993; Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

En suma, los fundamentos constitucionales del carácter vinculante y de la fuerza obligatoria de los argumentos que sustentan el contenido de las decisiones judiciales precedentes se encuentran, según se deja expuesto, **(i)** en el principio-derecho a la igualdad —de trato y ante el derecho—; **(ii)** en el principio de seguridad jurídica; **(iii)** en los principios de buena fe y protección de la confianza legítima y, finalmente, **(iv)** en el principio de publicidad de las actuaciones y de las decisiones jurisdiccionales¹⁷.

Por lo demás, oportuno resulta precisar que, cuando el inciso segundo del artículo 230 constitucional incluye a la jurisprudencia entre los “*criterios auxiliares de la actividad judicial*”, con toda claridad el precepto superior en cuestión hace referencia a las fuentes **auxiliares**, que no **subsidiarias**, de la ley, de suerte tal que el juez, en sus providencias, ha de acudir a la jurisprudencia no *en defecto* de norma positiva expresa y precisamente aplicable al caso concreto, sino *en apoyo* del acervo argumentativo en el cual sustenta su determinación. Por tanto, el sistema de fuentes del Derecho diseñado por el artículo 230 de la Constitución no le atribuye valor a la jurisprudencia tan sólo en aquellos casos en los cuales se eche de menos un enunciado normativo contenido en el ordenamiento jurídico-positivo, con base en el cual se pueda o se deba adoptar la respectiva decisión, sino que, muy por el contrario, convierte a la jurisprudencia en una herramienta argumentativa de la cual puede y debe *auxiliarse* el juez, en todos los casos, para desentrañar el sentido correcto de las normas vigentes, para asegurar su adecuada aplicación e incluso para procurar uniformidad acerca de tales

¹⁷ Tales han sido, igualmente, los argumentos con base en los cuales la Corte Constitucional ha reivindicado el respeto, por parte de las altas corporaciones judiciales, para sus propios precedentes. En este sentido, sostuvo la Corte lo siguiente:

«El respeto a los precedentes cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano. Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional. En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades. En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos. Por todo lo anterior, es natural que en un Estado de derecho, los ciudadanos esperen de sus jueces que sigan interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle un respeto por sus decisiones previas» (se ha subrayado). Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-047 de 1.999; Magistrados Ponentes: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

entendimientos; de ahí, consiguientemente, la trascendencia de que dicha fuente de derecho o criterio *auxiliar* de la actividad judicial sea manejada sin contradicciones —en cuanto ello resulte posible—, cuestión que obedece al respeto que merecen y reclaman los principios jurídicos y derechos que, según se explicó, sustentan la fuerza vinculante de la Jurisprudencia.

Con apoyo en argumentos similares a los que se han referido, la Corte Constitucional explicó cuáles son los fundamentos de la fuerza vinculante del precedente jurisprudencial sentado por la Corte Suprema Justicia —doctrina probable—, al declarar la exequibilidad del artículo 4 de la Ley 169 de 1.896, bajo la condición de que se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de casación y los demás jueces que conforman la Jurisdicción Ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquélla, están obligados a exponer de manera clara y razonada los fundamentos jurídicos que justifican su decisión de excepcionar o de modificar el precedente. En el mencionado pronunciamiento sostuvo la Corte:

«20. Con todo, como se dijo antes, la fuerza normativa de la doctrina probable proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla, unificando la jurisprudencia ordinaria nacional; (2) del carácter decantado de la interpretación que dicha autoridad viene haciendo del ordenamiento positivo, mediante una continua confrontación y adecuación a la realidad social y; (3) del deber de los jueces respecto de a) la igualdad frente a la ley y b) la igualdad de trato por parte de las autoridades y; (4) del principio de buena fe que obliga también a la rama jurisdiccional, prohibiéndole actuar contra sus propios actos»¹⁸.

1.2 El carácter dinámico, razonable y razonadamente mutable de los precedentes judiciales.

La inmutabilidad y la petrificación no son rasgos identificativos del precedente judicial; éste constituye una entidad eminentemente dinámica, como dinámicos y en absoluto estáticos son el ámbito en el cual opera —el ordenamiento jurídico— y la actividad como resultado de cuyo ejercicio se produce: la interpretación, actualización y creación del derecho, vía aplicación del mismo a los casos concretos, por parte del juez.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2.001, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Y es que la jurisprudencia, como fuente de derecho, en aras de poder cumplir con sus propósitos de regulación y de transformación sociales, precisa de la flexibilidad suficiente para adecuarse no sólo a las mutaciones que tienen lugar en el derecho positivo que aplica —o cuyo ajuste a la Norma Fundamental y al bloque de la legalidad enjuicia— sino también a los constantes cambios que tienen lugar en la realidad y en las condiciones sociales por cuya ordenación el sistema jurídico propende. De ello se deriva la imposibilidad de caracterizar a los precedentes judiciales, ciertamente obligatorios por las razones expuestas en el apartado anterior, como elementos inmodificables al punto que acaben por verse sacrificados otros valores y principios constitucionalmente protegidos —como la autonomía e independencia de los jueces, la justicia material y la prevalencia del derecho sustancial— o petrificado el derecho de manera que se le convierte en una herramienta incapaz de responder a las necesidades sociales.

Convenir en la naturaleza dinámica de los precedentes judiciales contribuye a aproximar la tarea de los jueces a mayores posibilidades de acierto y de aceptabilidad social de sus fallos¹⁹, por manera que resulta necesario admitir que el principio o “regla de la universalidad” —antes aludido— puede ser excepcionado para que resulte posible introducir los cambios de orientación a los que se viene refiriendo, pues sostener lo contrario devendría en incompatible con el hecho de que toda decisión exige una reflexión de fondo y un propósito de acertar que, en determinadas circunstancias, puede tornar en imperativo el separarse del sentido y de los fundamentos de las decisiones anteriores relacionadas con casos análogos, vale decir, modificar el precedente.

Sin embargo, la cuestión a dilucidar es la que se contrae a precisar en qué situaciones puede considerarse pertinente —y deseable— el cambio de la doctrina jurisprudencial y cuáles serían las cargas a satisfacer, por parte del juez, para abrirle paso a las anotadas modificaciones sin que resulten injustificada y desproporcionadamente afectados los bienes y principios constitucionales que soportan la fuerza vinculante del precedente —igualdad, seguridad jurídica- libertades individuales, buena fe, confianza legítima y publicidad de las decisiones judiciales—. Y, en este sentido, existe cierto consenso, tanto doctrinal como jurisprudencial en cuanto a que la modificación del precedente resulta viable, pero *“endosando en tal caso la carga de la argumentación a quien quiera apartarse.*

¹⁹ Sobre el tema puede verse BERNAL PULIDO, Carlos, *El Derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2.005, pp. 180 y ss.

*Rige pues el principio de inercia perelmaniano que exige que una decisión sólo puede ser cambiada si pueden aducirse razones suficientes para ello*²⁰. O, en palabras de Aarnio, no resulta “*sensato renunciar sin justificación a lo que ha sido adoptado como prevaleciente. Esta no es una exhortación al conservadurismo para mantener el statu quo. Es tan sólo una regla de la carga de la prueba: necesariamente, un cambio en la situación dominante tiene que ser justificado*”²¹. De ahí que Alexy esboce las siguientes dos reglas generales sobre el uso del precedente:

«(J.13) Cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión, debe hacerse. (J.14) Quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación»²².

En suma, en el ordenamiento jurídico colombiano no opera un “*sistema libre de jurisprudencia*”, en el cual el juez pueda, con apoyo en el principio de independencia y autonomía judicial, separarse libre e inopinadamente del sentido y de los argumentos que respaldan las decisiones jurisdiccionales adoptadas con anterioridad frente a casos análogos, pero tampoco se trata de un sistema de obligatoriedad absoluta del precedente, lo cual tornaría a éste inmutable y petrificaría la doctrina jurisprudencial una vez hubiere sido planteada. En Colombia, en cambio, opera un sistema que bien podría denominarse de “*vinculación relativa*” al precedente, en el cual los jueces tienen, *en principio*, el deber de atenerse al sentido y a los fundamentos de sus decisiones anteriores —en el caso del precedente horizontal— o al de las decisiones previamente adoptadas por sus superiores funcionales —en el caso del precedente vertical—, pero sin que ello constituya óbice para que, en virtud del aludido principio de autonomía judicial, puedan apartarse de la línea jurisprudencial existente, siempre y cuando expongan motivos suficientes y razonables para ello.

La existencia de la descrita posibilidad de modificación o de apartamiento del precedente resulta incuestionable en sistemas jurídicos de derecho legislado como el colombiano, en los cuales la fuente formal principal del derecho es la ley —y no la jurisprudencia—, de suerte que el funcionario judicial, en ejercicio de su

²⁰ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., p. 263.

²¹ Cfr. AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, traducción de E. Garzón Valdés, Centro de Estudio Constitucionales, Madrid, 1991, p. 260.

²² Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., p. 265.

autonomía interpretativa puede modificar, aunque obviamente no de manera caprichosa, su entendimiento de las disposiciones normativas que aplica y apartarse de las decisiones previas; empero, no está de más anotar que, incluso en los sistemas de raigambre anglosajona o de *common law*, en los cuales la fuente formal esencial del ordenamiento jurídico es el “*case law*” o derecho derivado de los precedentes judiciales, el principio del “*stare decisis*” o estarse a lo resuelto en casos anteriores, no opera con carácter absoluto, pues las más altas corporaciones se reservan la alternativa de apartarse de los precedentes con el fin de precisar, corregir o modificar sus líneas jurisprudenciales.

El precedente jurisprudencial es, entonces, modificable, siempre que se satisfagan, de un lado, una **carga de transparencia** consistente en que “*es necesario conocer y anunciar los precedentes vigentes que gravitan en contra de la nueva posición que se va a tomar, con lo que se prohíbe el cambio oculto de jurisprudencia*”²³ y, de otro, una **carga de argumentación**, que se traduce en la obligación, para el juez, de “*mostrar con claridad por qué la nueva posición jurisprudencial es superior jurídica y moralmente a la anteriormente adoptada*”²⁴, carga ésta que excluye, de tal modo, el cambio arbitrario de jurisprudencia.

La tantas veces aludida regla de universalidad puede ser, por consiguiente, legítimamente excepcionada siempre y cuando se satisfagan las antedichas cargas de transparencia y de argumentación. Pero, adicionalmente, el nuevo criterio adoptado, tras la modificación del precedente, debe formularse, de igual modo, con pretensiones de universalidad y no como una solución *ad hoc*, es decir, la regla de la universalidad implica que incluso su quiebre debe producirse respetando la regla, mediante una solución nueva que tenga carácter genérico, lo cual conlleva que la universalización, entendida como exigencia de la argumentación jurídica racional, tenga vocación de permanencia: aquello que se puede dejar de lado o modificar —razonadamente, eso sí, según se ha visto— es la norma aplicable, pero nunca el requerimiento formal de “universalidad” de la nueva solución normativa prohijada²⁵.

²³ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, segunda edición, Universidad de los Andes-Legis, Bogotá, 2.006, pp. 85 y 92-93.

²⁴ *Idem.*

²⁵ PRIETO SANCHIS, Luis, *Sobre principios y normas*, cit., p. 166.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, en esta materia, ha discurrido por derroteros similares a los que hasta ahora se han dejado expuestos, al pronunciarse sobre la exequibilidad del antes referido artículo 4 de la Ley 169 de 1.896²⁶ y se ha ocupado de identificar algunos supuestos en los cuales resulta procedente que se lleven a cabo cambios jurisprudenciales. A tal planteamiento arribó tras precisar que si bien es cierto que *“la regulación actual de los procedimientos judiciales ante las diversas jurisdicciones y de las facultades de los jueces pertenecientes a cada una de ellas son independientes”* y *“sin desconocer que la autonomía judicial varía dependiendo de la jurisdicción y de la especialidad funcional”*, no lo es menos que los razonamientos que efectúa en torno al ejercicio de la función judicial son predicables *“de los jueces que integran la administración de justicia, tanto los que corresponden a la denominada jurisdicción ordinaria, como a los que pertenecen a la justicia administrativa y constitucional”*. Sostuvo, entonces, el máximo Tribunal de la Jurisdicción Constitucional:

«21. La expresión “erróneas” que predica la norma demandada de las decisiones de la Corte Suprema puede entenderse de tres maneras diferentes, y cada interpretación da lugar a cambios jurisprudenciales por razones distintas. En primer lugar, cuando la doctrina, habiendo sido adecuada en una situación social determinada, no responde adecuadamente al cambio social posterior. Como se analizó de manera general en el numeral 18 *supra*, este tipo de error sobreviniente justifica que la Corte cambie su propia jurisprudencia. En segundo lugar, la Corte puede considerar que la jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico. En estos casos también está justificado que la Corte Suprema cambie su jurisprudencia para evitar prolongar en el tiempo las injusticias del pasado, haciendo explícita tal decisión. En tercer lugar, como resulta apenas obvio, por cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, debido a un tránsito constitucional o legal relevante.»

Esta Corporación se ha pronunciado sobre las anteriores dos posibilidades de variar la jurisprudencia, en los siguientes términos:

“44- El respeto al precedente es entonces esencial en un Estado de derecho; sin embargo, también es claro que este principio no

²⁶ El tenor literal de la norma en comento es el siguiente: *“Artículo 4. 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”*. La Corte Constitucional, en esta sentencia, decidió declarar exequible el precepto transcrito, *“siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión...”*.

debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. O, en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica. Es entonces necesario aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica -que implica unos jueces respetuosos de los precedentes- y la realización de la justicia material del caso concreto -que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas-.» SU-047/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero)» (se subraya)²⁷.

1.3 Los elementos que integran un precedente judicial vinculante.

El precedente judicial, en tanto que elemento jurídico que ejerce una fuerza gravitacional que atrae hacia su contenido los casos concretos que deban ser resueltos en el futuro por el mismo juez o por sus subordinados funcionales —según que se trate de precedente horizontal o de precedente vertical, respectivamente— sólo puede estructurarse correctamente a partir de la inescindible conjunción entre **(i)** los hechos relevantes del caso a decidir, **(ii)** la subregla o criterio jurisprudencial en el cual se soporta la decisión adoptada por el juez o tribunal —la ya comúnmente llamada *ratio decidendi*— y **(iii)** la parte resolutive del correspondiente fallo —*decisum*—.

La identidad de patrones fácticos existente entre la decisión constitutiva de precedente y aquella(s) a la(s) cual(es) el mismo puede ser aplicado, es lo que determina que, en principio, el juez deba aplicar la misma subregla jurisprudencial para resolver el nuevo litigio —*stare decisis*—, a no ser que pueda y/o deba aducir sólidos argumentos que lo fueren a apartarse de o a no aplicar el criterio de decisión utilizado en el evento antecedente.

Así pues, el precedente judicial vinculante no está constituido por cualquier aparte o segmento de un pronunciamiento jurisdiccional, elegido de manera inopinada por el operador jurídico y carente de conexión alguna con los tres elementos antes aludidos —hechos relevantes del caso (o problema jurídico abordado), subregla o

²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2.001, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

criterio jurisprudencial de decisión (*ratio decidendi*) y parte resolutive del proveído— sino, precisamente, por la conjunción de estos últimos, cuya articulación es la que permite que la jurisprudencia se utilice técnicamente de manera correcta como fuente normativa y que resulte verdaderamente limitante de los vaivenes injustificados en las decisiones de las autoridades —administrativas o jurisdiccionales— o, en otros términos, que funcione como herramienta de control frente a la arbitrariedad.

Es así como pueden distinguirse al menos dos grandes modalidades de citación jurisprudencial²⁸: **(a)** la *referencia jurisprudencial analógica* y **(b)** la *referencia jurisprudencial conceptual*. Una cita jurisprudencial analógica es aquella en la cual se refiere la *ratio decidendi* o subregla de una sentencia anterior como criterio de decisión que *prima facie* resulta aplicable al caso que se está decidiendo, porque el vínculo de autoridad que une a las dos providencias se fundamenta en la analogía fáctica existente entre los hechos del caso anterior y los hechos del caso por resolver, de suerte que el principio de igualdad fuerza a que *ab initio* los dos eventos sean fallados del mismo modo; en ese orden de ideas, si la correspondiente subregla jurisprudencial resulta genuinamente análoga y si no existen motivos suficientes y razonables para cambiar la jurisprudencia, tal citación *dispone del caso*, esto es que el caso análogo anterior ejerce una indudable fuerza gravitacional que atrae el nuevo caso hacia el contenido del criterio de decisión antecedente.

Por su parte, la referencia jurisprudencial basada en conceptos se diferencia de la anterior en que para la decisión del caso nuevo no se consideran significativas las similitudes fácticas que el mismo guarda con el caso anterior, sino más bien las conexiones temáticas o conceptuales abstractas que existan entre las sentencias; en esta modalidad de citación resulta frecuente, por tanto, suprimir el análisis e incluso la referencia a los hechos del caso anterior, con lo cual se torna intrascendente que los presupuestos fácticos del pronunciamiento antecedente sean similares a los del litigio concreto por resolver, pues basta con que se establezca una identidad en la utilización de conceptos jurídicos en abstracto —verbigracia, “igualdad”, “debido proceso”, “falla en el servicio”, “reglamento”, “responsabilidad subjetiva” o cualquiera otro—. Cuando se utiliza este segundo tipo

²⁸ LOPEZ MEDINA, Diego, *El derecho de los jueces*, segunda edición, Universidad de los Andes-Temis, Bogotá, 2006, pp. 112-118. En idéntico sentido y del mismo autor, véase *Interpretación constitucional*, 2ª edición, Consejo Superior de la Judicatura- Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2006, pp. 116-125.

de citas naturalmente la jurisprudencia no resulta, como cuando se emplea la modalidad analógica antes referida, elemento de control o parámetro decisivo para la resolución del nuevo caso.

Cuanto se acaba de exponer determina que sólo se debe catalogar como y atribuir valor de precedente vinculante a aquellas proposiciones jurídicas en la parte motiva del auto o sentencia que resulten necesarias para explicar la decisión adoptada en la parte resolutoria del pronunciamiento respectivo, siempre entendidas dentro del contexto de los hechos del caso concreto decidido; los demás argumentos o análisis realizados en la providencia que no resulten necesarios para resolver el supuesto fáctico específico juzgado en ese momento, deben reputarse *obiter dicta*.

La distinción entre *ratio* y *dictum* encuentra su justificación en que la primera —que es la que realmente está acompañada de la fuerza del precedente— constituye una formulación precisa del criterio de decisión prolijado por el juez para el caso concreto, previa consideración —por parte del propio juez o tribunal— de las posibles consecuencias de la adopción de dicho criterio, especialmente porque los hechos materia de la litis llevaron al juzgador a sopesar cuidadosamente las variables y los elementos relevantes para decidir la controversia, labor en cuyo desarrollo los jueces contaron con las aportaciones y con el auxilio de los abogados de las partes quienes, interesados en el resultado del pleito, hicieron valer material probatorio y alegaciones que contribuyeron a confeccionar, con toda la precisión posible, la subregla jurisprudencial con base en la cual habría de ser decidido el caso.

Tal la razón por la cual formulaciones más amplias de la anotada subregla o criterio de decisión así como todas aquellas consideraciones adicionales efectuadas en la parte motiva del pronunciamiento pero que no resultan necesarias para decidir el caso, carecen de la eficacia vinculante consustancial al precedente judicial, toda vez que no fueron edificadas por el juez y por los demás sujetos procesales de la manera antes descrita, a partir de la precisa consideración de los hechos materia de la litis respectiva, sino que tales *dictum* “terminan decidiendo casos que en realidad no le han sido presentados a la judicatura”²⁹ si se tiene en cuenta que “la resolución de casos abstractos, hipotéticos o no efectivos es una característica fundamental del

²⁹ LÓPEZ MEDINA, Diego, *El derecho de los jueces*, cit., pp. 220-242.

derecho legislado”³⁰, mientras que “el derecho jurisprudencial, en cambio, decide casos presentes y efectivos. La garantía de igualdad de trato proyecta estos fallos hacia el futuro, de manera que si se presenta un caso que pueda ser considerado como sustancialmente análogo al ya fallado, el juez debe estarse a lo decidido en el precedente previo (*stare decisis*)”³¹.

En definitiva, la exigencia de fidelidad al precedente —sin perjuicio de la posibilidad de modificarlo o de excepcionarlo, en los términos antes descritos— no deriva de un deber de seguir incuestionadamente las justificaciones conceptuales de los jueces superiores o las contenidas en las decisiones anteriores del mismo juez, sino de la obligación de asegurar que bajo iguales circunstancias las personas reciban trato igual.

Ahora bien, en lo atinente a los elementos de una decisión judicial llamados a integrar un precedente y en similar dirección a cuanto se acaba de exponer, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que cabe definir el precedente judicial como “aquella sentencia anterior y pertinente cuya *ratio* conduce a una regla —prohibición, orden o autorización— determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes”³², por manera que se insiste en que el precedente judicial se halla integrado por la referida conjunción entre *hechos relevantes del caso*, *ratio* y *decisum* y no por otros componentes del respectivo

³⁰ Idem.

³¹ Ibídem. El citado autor refiere —op. cit., pp. 231-233— cómo la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* proviene del derecho inglés medieval y al parecer fue mencionada por primera vez en un caso de 1673 en el cual el juez Vaughan afirmó que “un razonamiento de la Corte, si no resulta necesario para la decisión adoptada (...) no constituye un razonamiento judicial sino tan solo un mero “*gratis dictum*””. Indica, además, que en el derecho de los Estados Unidos la aludida distinción se encuentra expresamente referida en un fallo de 1821 del juez Marshall, en el cual se expresa:

“Es una máxima, que no se debe descartar, que las expresiones generales de todo fallo deben ser tomadas en conexión con el caso en donde dichas expresiones son usadas. Si [las expresiones generales] van más allá del caso, puede respetárseles, pero no deben controlar el fallo subsiguiente cuando el mismo punto sea sometido a decisión. La razón de esta máxima es obvia. El caso realmente presentado ante la Corte es investigado con cuidado y considerado con todo detalle. Otros principios que pueden servir para ilustrarlo pueden ser considerados en relación con el caso que se decide, pero su posible efecto sobre todos los demás casos futuros es raramente prevista”.

³² Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-292 de 2.006; Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. En similar sentido pueden verse las sentencias de la Corte Constitucional SU-047 de 1.999, Magistrados Ponentes: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero; T-960 de 2001, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett y SU-1219 de 2001; Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

pronunciamiento judicial, descontextualizados respecto de los tres anotados elementos:

“22. Si la parte de las sentencias que tiene fuerza normativa son los principios y reglas jurídicas, ello significa que no todo el texto de su motivación resulta obligatorio. Para determinar qué parte de la motivación de las sentencias tiene fuerza normativa resulta útil la distinción conceptual que ha hecho en diversas oportunidades esta Corporación entre los llamados *obiter dicta* o afirmaciones dichas de paso, y los *ratione decidendi* o fundamentos jurídicos suficientes, que son inescindibles de la decisión sobre un determinado punto de derecho.³³ Sólo estos últimos resultan obligatorios, mientras los *obiter dicta*, o aquellas afirmaciones que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisión, constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial en los términos del inciso 2º del artículo 230 de la Constitución. (...) La *ratio decidendi* de un caso, por supuesto, no siempre es fácil de extraer de la parte motiva de una sentencia judicial como tal, y por lo tanto, **su obligatoriedad no implica la vinculación formal del juez a determinado fragmento de la sentencia descontextualizado de los hechos y de la decisión**, aun cuando resulta conveniente que las altas Cortes planteen dichos principios de la manera más adecuada y explícita en el texto de la providencia, sin extender ni limitar su aplicabilidad, desconociendo o sobrevalorando la relevancia material de aquellos aspectos fácticos y jurídicos necesarios para su formulación en cada caso concreto”³⁴ (subrayas fuera del texto original).

La necesidad de estructurar, identificar y manejar correctamente el precedente judicial vinculante del modo que se viene explicando parecería encontrar un serio obstáculo tratándose de los pronunciamientos en los cuales los jueces se ocupan de examinar la constitucionalidad y/o la legalidad de actos normativos —leyes, decretos con fuerza de ley, reglamentos en sus diversas modalidades—, comoquiera que en tales eventos el caso, en principio, carece de un entramado fáctico concreto y explícito. Sin embargo, en relación con este tipo de pronunciamientos no se trata de que la ausencia de hechos específicos permita catalogar como precedente obligatorio cualquier argumento contenido en la parte motiva de la decisión, pues lo que habrá de hacer el intérprete es identificar la *ratio* —y el precedente obligatorio— con fundamento en el problema jurídico abordado

³³ Nota original de la sentencia citada: Sobre los conceptos de *ratio decidendi* y *obiter dicta* ver las siguientes providencias: SU-168/99, (Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz), SU-047/99 (Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero), SU-640/98 (Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz), T-961/00 (Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra), T-937/99 (Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis), Auto A-016/00 (Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis), T-022/01 (Magistrado Ponente: Cristina Pardo Schlesinger), T-1003/00 (Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis).

³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001; Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

por el juez o tribunal —el cual en veces se plantea acertadamente de forma explícita en el pronunciamiento respectivo—, así como en la conexión entre dicho problema, la(s) subregla(s) jurisprudencial o criterio(s) de decisión mediante el(los) cual(es) dicho problema es desatado y la parte resolutive del correspondiente proveído. Así lo ha expresado la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

“La Corte ha comprendido que **la ratio corresponde, pues, a la norma que aplica el juez en el caso concreto³⁵ y que esta norma comprende los hechos determinantes del caso o la situación fáctica relevante, pues tales hechos son los que concretan la norma y permiten una exigencia de igualdad de trato.** (...) Esta comprensión de la *ratio decidendi*, que supone introducir los hechos relevantes a la norma que aplica el juez, resulta plenamente armoniosa con los casos claramente contenciosos y concretos, como los que ocupan a la jurisdicción ordinaria, la contenciosa y la tutela. Sin embargo, genera enormes problemas a la hora de aplicarla para los juicios de control abstracto, en los cuales no existen hechos, sino la confrontación de normas de inferior jerarquía con otras superiores.

(...)

11.4 Según la definición de *ratio decidendi* adoptada por la Corte Constitucional, ella tiene que ver con aquello que **efectivamente aplicó el juez para resolver el caso concreto.** De allí que, tratándose del control abstracto de constitucionalidad, **la ratio decidendi se identificará a partir del problema jurídico que realmente analiza la Corte.** Lo anterior, por cuanto esta es la única manera de establecer la racionalidad de la decisión. La racionalidad de la decisión judicial supone, como mínimo, que exista un problema jurídico que se ha resuelto debidamente. A partir del problema es posible establecer si los argumentos expuestos y los análisis realizados (i) permiten resolver el problema, (ii) responden a los elementos de juicio (empíricos y jurídicos) relevantes para el caso y (iii) finalmente, si la decisión es consistente con las premisas dadas como argumentos de justificación de la decisión³⁶.

En este orden de ideas en sede de control abstracto, la ratio decidendi está controlada por dos extremos. De una parte, la decisión (resolución), en la medida en que únicamente podrá ser ratio decidendi aquello que está directamente ligado a la decisión de exequibilidad o inexecuibilidad. Por otra, el problema jurídico efectivamente analizado, en cuanto define el contenido material de la decisión. Por decirlo de alguna manera, a partir del problema jurídico es posible controlar la

³⁵ Nota original de la sentencia citada: Ver sentencia T-960 de 2002.

³⁶ Nota original de la sentencia citada: Sobre el tema de la racionalidad de las decisiones judiciales, ver la obra *The judicial application of law* de Jerzy Wróblewski y la *Teoría de la Argumentación Jurídica*, de Robert Alexy, entre otras.

construcción interna del silogismo (racionalidad interna) que aplica el juez”³⁷.

También la jurisprudencia del Consejo de Estado ha expresado una comprensión similar en cuanto a la dinámica de aplicación de los precedentes judiciales, a partir de una correcta identificación y manejo de los mismos en los términos que aquí se han dejado expuestos:

“Las aseveraciones efectuadas en los pronunciamientos citados en torno a los alcances de la inscripción, en el registro público correspondiente, de los actos o de los negocios jurídicos afectantes de la propiedad y/o de otros derechos reales respecto de vehículos automotores corresponden a desarrollos propios de un bien *obiter dicta* en la medida en que no constituyeron el sustento mismo de las decisiones adoptadas en esos casos concretos, es decir, no integran su *ratio decidendi*, con lo cual puede concluirse que no revisten el carácter relativamente vinculante de los antecedentes jurisprudenciales, carácter del cual se deriva para el operador judicial que desea apartarse de los mismos, la obligación de cumplir con las cargas de transparencia y de argumentación que le resultan exigibles a tal efecto”³⁸.

La comprensión descrita respecto del alcance de la fuerza vinculante de los precedentes judiciales y en relación con la forma de identificar en un auto o sentencia aquellos de sus elementos que integran un precedente obligatorio, permite, a su turno, entender la dinámica de evolución de las líneas jurisprudenciales al igual que las técnicas de las cuales puede valerse el juez que utiliza correctamente la jurisprudencia como fuente de Derecho.

Así, si bien lo usual debería ser que el juez se limite a *seguir* los precedentes vinculantes, excepcionalmente puede, atendiendo a las premisas antes enunciadas, *modificar* el precedente —previa satisfacción de las aludidas cargas de transparencia y de argumentación—; de otro lado, en algunos eventos el juez posterior tiene la posibilidad de *distinguir* a fin de mostrar que el nuevo caso es diferente del anterior —por manera que el precedente se mantiene incólume si bien se precisa que no resulta aplicable a ciertas situaciones, similares pero relevantemente distintas—; o, en veces, el tribunal posterior concluye que la *ratio*

³⁷ Corte Constitucional, sentencia T-249 de 2003; Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de abril de 2009; Radicación No.: 250002326000-1996-01798-01; Expediente No. 16.837; Actor: Álvaro Peña Ortega.

del caso anterior fue formulada de manera muy amplia y debe ser *restringida* o precisada en su alcance o, por el contrario, en otras circunstancias, *ampliada* a pesar de que se había entendido de forma más estrecha en el caso antecedente pero se advierte que el criterio de decisión resulta aplicable a una extensión mayor de eventos futuros³⁹; en fin, como lo ha expuesto la jurisprudencia de la Corte Constitucional,

“52- El anterior análisis justifica no sólo por qué únicamente la *ratio decidendi* es vinculante como precedente sino que además lleva a una conclusión ineludible: el juez que decide el caso no puede caprichosamente atribuir el papel de *ratio decidendi* a cualquier principio o regla sino que únicamente tienen tal carácter aquellas consideraciones normativas que sean realmente la razón necesaria para decidir el asunto. Esto es obvio, pues si se permite que el propio juez, al resolver un caso de una manera, invoque como *ratio decidendi* cualquier principio, entonces desaparecen la virtud pasiva de la jurisdicción y la propia distinción entre opiniones incidentales y razones para decidir.

Por ello, en realidad, son los jueces posteriores, o el mismo juez en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la *ratio decidendi* de un asunto, de suerte que la doctrina vinculante de un precedente "puede no ser la *ratio decidendi* que el juez que decidió el caso hubiera escogido sino aquélla que es aprobada por los jueces posteriores"⁴⁰.

Este fenómeno explica entonces ciertas técnicas inevitables que modulan la fuerza vinculante de los precedentes: así, en algunos eventos, el juez posterior "distingue" (*distinguishing*) a fin de mostrar que el nuevo caso es diferente del anterior, por lo cual el precedente mantiene su fuerza vinculante, aunque no es aplicable a ciertas situaciones, similares pero relevantemente distintas, frente a las cuales entra a operar la nueva jurisprudencia. En otros casos, el tribunal posterior concluye que si bien en apariencia, la *ratio decidendi* del caso anterior parece aplicarse a la nueva situación, en realidad ésta fue formulada de manera muy amplia en el precedente, por lo cual es necesario concluir que algunos de sus apartes constituyen una opinión incidental, que no se encontraba directamente relacionada a la decisión del asunto. El tribunal precisa entonces la fuerza vinculante del precedente, ya que restringe (*narrowing*) su alcance. En otras situaciones, la actuación del juez ulterior es contraria y amplía el alcance de una *ratio decidendi* que había sido entendida de manera más restringida. En otras ocasiones, el tribunal concluye que una misma situación se encuentra gobernada por precedentes encontrados, por lo cual resulta necesario determinar cuál es la

³⁹ LOPEZ MEDINA, Diego, *Interpretación constitucional*, 2ª edición, Consejo Superior de la Judicatura- Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla"-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2006, pp. 174-175.

⁴⁰ Nota original de la sentencia citada: Denis Keenan. *Op-cit*, p 134.

doctrina vinculante en la materia. O, a veces, puede llegar a concluir que un caso resuelto anteriormente no puede tener la autoridad de un precedente por cuanto carece verdaderamente de una *ratio decidendi* clara⁴¹.

Todas las formas argumentativas que se han mencionado y que resultan habituales en el manejo de precedentes jurisprudenciales, son y deben ser utilizadas con rigor técnico por parte de los operadores de Justicia; ellas ponen de presente, por lo demás, que la identificación e integración del precedente judicial vinculante no necesariamente depende de la formulación textual que del criterio de decisión o subregla jurisprudencial se haga formal y expresamente en el correspondiente auto o sentencia, sino de la relación existente entre hechos relevantes del caso y resolución concreta del mismo.

Las líneas jurisprudenciales, por tanto, constituyen conjuntos de fallos que cuentan con un denominador común caracterizado por determinados patrones fácticos definidos por el juez y el precedente judicial ha de ser manejado como un acervo de criterios concretos de decisión o de subreglas normativas de construcción pretoriana que se basan en la analogía fáctica existente entre casos previamente decididos y casos nuevos presentados a la consideración de los jueces, de suerte que la decisión adoptada con anterioridad dentro del correspondiente patrón fáctico ejerce fuerza gravitacional *prima facie* sobre los casos nuevos análogos por sus presupuestos de hecho; la mutación del criterio decisonal, en ese orden de ideas, sólo debería tener lugar en circunstancias excepcionales y con fundamento en motivos razonables y provistos del peso suficiente para hacer ceder, en el caso concreto, los principios y derechos constitucionales que sustentan la eficacia vinculante del precedente judicial.

2. Finalidad y características de la revisión eventual de las sentencias proferidas en acciones populares.

Doctrinariamente ha sido elaborada la noción de *procesos de impugnación*⁴² para hacer referencia a “*aquellos en que se destina una tramitación especial a la crítica de los resultados procesales conseguidos en otra tramitación principal*”⁴³, por manera que

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia SU-047 de 1999; Magistrados Ponentes: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

⁴² GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil. Tomo II. Procesos Especiales y Jurisdicción Voluntaria*, cuarta edición, Civitas, Madrid, 1998, p. 551.

⁴³ GUASP, Jaime, op. cit., p. 552.

“... la impugnación procesal se convierte, en virtud de esa autonomía, en un verdadero proceso. Mediante la impugnación procesal el proceso principal no es simplemente continuado, sino que desaparece para dejar su puesto a otro proceso distinto, aunque ligado al anterior. Así pues, la impugnación procesal se convierte en una figura de indudable sustantividad y no en un conjunto de medidas interiores propias de cada proceso en particular”⁴⁴.

En el sistema jurídico colombiano, el mecanismo de revisión eventual de providencias judiciales inicialmente introducido por el artículo 86 constitucional en relación con los fallos proferidos con ocasión del ejercicio de la acción de tutela y más recientemente prolijado por el Legislador Estatutario en cuanto respecta a las decisiones adoptadas en sede de acciones populares o de grupo, responde en considerable medida a la anotada caracterización de un proceso autónomo cuyo conocimiento se atribuye funcionalmente a la competencia del máximo órgano del correspondiente ramo de la Jurisdicción —la Corte Constitucional o el Consejo de Estado, respectivamente—, cuya tramitación se encuentra justificada en motivos, en intereses y en principios que trascienden los alcances del proceso judicial de origen y a las partes implicadas en el mismo, pues comprometen a la colectividad, a intereses o principios como la igualdad, la seguridad jurídica, la protección de la buena fe o de la confianza legítima y la realización de la justicia material.

La revisión eventual en materia de acciones populares, cuyo conocimiento se encuentra atribuido al Consejo de Estado en su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, precisamente constituye un mecanismo instituido con la finalidad de posibilitar la unificación de la jurisprudencia emanada de los pronunciamientos dictados para poner fin a litigios originados en el ejercicio de los aludidos instrumentos procesales previstos para la protección de los derechos colectivos.

Así lo deja consignado, con absoluta claridad, el inciso primero del artículo 11 de la Ley 1285 de 2009⁴⁵ —cuerpo normativo reformativo de la Ley Estatutaria de

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ La aludida disposición fue objeto del preceptivo control previo y automático de constitucionalidad cuando hacía parte del proyecto de Ley Estatutaria No. 023/06 Senado y No. 286/07 Cámara, “[P]or medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia”, mecanismo de examen constitucional cuya puesta en marcha en este caso dio lugar a que la Corte Constitucional profiriera la sentencia C-713 de julio 15 de 2008. Una vez realizado el mencionado juicio de constitucionalidad, el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 quedó con el siguiente tenor literal:

Administración de Justicia 270 de 1996—, precepto en el cual lejos de atribuirse al cauce procesal en cuestión la naturaleza jurídica de recurso —ordinario o extraordinario—, se le denomina pura y simplemente “*mecanismo*”, lo cual guarda estricta correspondencia con su antes aludida condición de *medio impugnativo especial o excepcional*, autónomo en sus propósitos respecto de aquellas finalidades perseguidas por las partes en el pleito original, aunque sin duda conectado tanto fáctica como jurídicamente con los diversos extremos debatidos en el litigio en el que encuentra origen y provisto, entre otras, de las siguientes características que resultan trascendentes para desatar el problema jurídico que se ha dejado planteado líneas atrás para su resolución en el presente proveído:

a) No constituye una tercera instancia de decisión. La revisión eventual opera frente a sentencias y a providencias en firme mediante las cuales se *pone fin* al proceso de acción popular, por manera que dentro del respectivo cauce procesal se han agotado ya las pertinentes instancias de decisión y, en caso de que el Consejo de Estado avoque el conocimiento del litigio, no lo hace en condición de

“Artículo 36A. Del mecanismo de revisión eventual en las acciones populares y de grupo y de la regulación de los recursos extraordinarios. En su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, a petición de parte o del Ministerio Público, el Consejo de Estado, a través de sus Secciones, en los asuntos que correspondan a las acciones populares o de grupo podrá seleccionar, para su eventual revisión, las sentencias o las demás providencias que determinen la finalización o el archivo del respectivo proceso, proferidas por los Tribunales Administrativos, con el fin de unificar la jurisprudencia.

La petición de parte o del Ministerio Público deberá formularse dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación de la sentencia o providencia con la cual se ponga fin al respectivo proceso; los Tribunales Administrativos, dentro del término perentorio de ocho (8) días, contados a partir de la radicación de la petición, deberán remitir, con destino a la correspondiente Sala, Sección o Subsección del Consejo de Estado, el expediente dentro del cual se haya proferido la respectiva sentencia o el auto que disponga o genere la terminación del proceso, para que dentro del término máximo de tres (3) meses, a partir de su recibo, la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo resuelva sobre la selección, o no, de cada una de tales providencias para su eventual revisión. Cuando se decida sobre la no escogencia de una determinada providencia, cualquiera de las partes o el Ministerio Público podrán insistir acerca de su selección para eventual revisión, dentro del término de cinco (5) días siguientes a la notificación de aquella.

Parágrafo 1°. La ley podrá disponer que la revisión eventual a que se refiere el presente artículo también se aplique en relación con procesos originados en el ejercicio de otras acciones cuyo conocimiento corresponda a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En esos casos la ley regulará todos los aspectos relacionados con la procedencia y trámite de la revisión eventual, tales como la determinación de los plazos dentro de los cuales las partes o el Ministerio Público podrán elevar sus respectivas solicitudes; la insistencia que pueda presentarse respecto de la negativa de la selección; los efectos que ha de generar la selección; la posibilidad de que la revisión eventual pueda concurrir con otros recursos ordinarios o extraordinarios. [En el entendido de que se trata de una competencia adicional del Consejo de Estado, de que la eventual revisión es contra sentencias o providencias que pongan fin a un proceso, proferidas por los tribunales administrativos, para unificar la jurisprudencia, y de que no impide la interposición de la acción de tutela.]

Parágrafo 2°. La ley regulará todos los asuntos relacionados con la procedencia y trámite de los recursos, ordinarios o extraordinarios, que puedan interponerse contra las decisiones que en cada caso se adopten en los procesos que cursen ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.

tribunal de instancia sino en la de órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que se apresta a proferir una decisión con miras a unificar jurisprudencia; así pues, la naturaleza jurídica del mecanismo de revisión eventual difiere por completo de la de un recurso ordinario como el de apelación e, incluso, de la del grado jurisdiccional de consulta. Por lo mismo,

b) El *thema decidendum* de la revisión lo determina el Consejo de Estado, aunque debe guardar relación con los problemas jurídicos planteados por y/o con el contexto fáctico propio del litigio original. En efecto, los argumentos esgrimidos por el solicitante, así como las motivaciones que sustentan la decisión de selección para revisión, no constituyen limitación para el Consejo de Estado respecto de los temas o problemas jurídicos que han de ser estudiados y resueltos en el respectivo fallo, dado que la consecución del propósito de unificación de la jurisprudencia exige un pronunciamiento sobre todos aquellos aspectos de orden jurídico trascendentes para el completo y correcto entendimiento de los asuntos o materias que, en cada caso, deban resolverse, precisarse o desarrollarse a propósito del ejercicio de las correspondientes acciones populares o de grupo, extremos que tan solo podrán ser realmente identificados en el momento mismo en el cual se acometa el estudio, por parte del Consejo de Estado, de la controversia que dio origen al respectivo proceso y de los detalles o aspectos concretos que la integran.

Por similares razones, en estos casos tampoco está llamada a operar la garantía de la *non reformatio in pejus*, en primer lugar porque como fundamento del propósito de unificar la jurisprudencia que subyace al mecanismo de revisión eventual se encuentra el interés general representado en la seguridad jurídica, en la tutela efectiva de la confianza legítima y en la igualdad, postulados que deben ser preservados y garantizados por los jueces de la República en el desempeño de sus funciones; como razón adicional ha de agregarse que la aludida garantía de la prohibición de reformar un fallo en detrimento del impugnante único tan sólo limita las competencias del juez superior cuando se trata de recursos ordinarios como el de apelación, situación que naturalmente resulta por completo diferente al escenario propio del mecanismo de revisión eventual.

En segundo lugar porque precisamente la unificación de la jurisprudencia, según se verá enseguida, conlleva la necesidad de decidir el caso concreto de conformidad con los criterios y con los lineamientos resultantes de tal unificación,

más allá de la incidencia concreta que los mismos pudieren tener en las posiciones o intereses jurídicos de las partes en el proceso original.

No está de más precisar, en todo caso, que el(los) problema(s) jurídico(s) a abordar y a resolver al pronunciarse de fondo el Consejo de Estado en sede de revisión eventual, debe(n) resultar relevante(s) y pertinente(s) de cara a la resolución del litigio concreto tras cuya finalización se produce la solicitud de selección para eventual revisión, pues no entenderlo de este modo permitiría al Juez de la revisión eventual, con desconocimiento precisamente de los principios en los cuales tal mecanismo encuentra anclaje constitucional —igualdad, seguridad jurídica, buena fe, tutela de la confianza legítima, derecho a la tutela judicial efectiva—, elegir inopinadamente cualquier caso específico, independientemente de su contexto fáctico o de la problemática jurídica que plantea, para sentar o variar —de modo incorrecto y antitécnico— la jurisprudencia en relación con cualquier punto de Derecho aunque el mismo carezca de relación alguna con el debate planteado en el caso concreto seleccionado.

Así lo ha entendido, por lo demás, la jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación:

“Cabe agregar que para la procedencia de la revisión es necesario que los temas tratados en la providencia definitiva, además de que reúnan las condiciones necesarias para que sean objeto de unificación de jurisprudencia, deberán tener incidencia directa e inmediata en la decisión proferida en la providencia respecto de la cual se solicite la revisión. Lo anterior con el fin de garantizar los principios de eficacia, celeridad y economía procesal, los cuales deben aplicarse en todas las actuaciones judiciales, teniendo en cuenta, además, los intereses que se persiguen en las acciones populares y de grupo”⁴⁶ (énfasis añadido).

c) Su finalidad es la unificación de la jurisprudencia en materia de acciones populares. El artículo 237-1 de la Constitución Política asignó al Consejo de Estado, de manera expresa y precisa, el carácter y a su vez las funciones que corresponden a la máxima Corporación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al consagrar como la primera de sus atribuciones la consistente en *“[d]esempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, conforme a las reglas que señale la ley”*.

⁴⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 14 de julio de 2009; Radicación número: 20001-23-31-000-2007-00244-01(IJ)AG; Actor: Gladys Alvarado Acosta y otros. Demandado: Municipio de Chiriguaná.

Ello comporta que es el Consejo de Estado, en este ramo de la Jurisdicción, el órgano constitucionalmente llamado a unificar la jurisprudencia nacional en la materia y el responsable de garantizar que tanto los Jueces y Tribunales que integran la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como los órganos y entidades que ejercen funciones administrativas —al igual que los usuarios de dicha Jurisdicción y/o de los servicios a cargo de la Administración—, cuenten con una jurisprudencia uniforme —que no inmutable— y constante, respetuosa de los principios de igualdad, seguridad jurídica, confianza legítima, buena fe y publicidad de la actividad judicial, que sirva de manera efectiva y eficaz tanto como fuente auxiliar de la Administración de Justicia, cuanto como parámetro de actuación de una actividad administrativa que encuentre en los pronunciamientos judiciales, a la vez que límites no rebasables al momento de adoptar decisiones, también criterios orientadores del sentido en el cual las mismas pueden y/o deben producirse para resultar conformes con el ordenamiento jurídico.

La anotada condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo asignada por la Carta Política al Consejo de Estado lo constituye en Tribunal de cierre en dicho ámbito de la Jurisdicción, por manera que los argumentos en los cuales se sustentan sus pronunciamientos están llamados a ser, por voluntad explícita del propio Constituyente, aquellos que orienten, de manera última y definitiva —al no existir instancia superior alguna constitucionalmente habilitada para el efecto—, la actividad de impartir justicia encomendada a todos los jueces y tribunales que integran la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Así las cosas, esta función a cargo del Consejo de Estado constituye un mecanismo de control en contra de la arbitrariedad de la Administración Pública, pero también —y no menos importante— en contra de la arbitrariedad judicial al interior de la Jurisdicción Especializada.

Esta labor de unificación de jurisprudencia asignada por la Constitución Política al Consejo de Estado, en su calidad de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, adquiere especial importancia cuando se trata de las decisiones proferidas con ocasión del trámite de las acciones populares y cuando su conocimiento se encuentra a cargo de Jueces o Tribunales Administrativos puesto que la extensión del ámbito dentro del cual pueden ser ejercidas esas acciones y el amplio espectro de irradiación de los derechos cuya protección judicial garantizan, requieren, por consiguiente, de un mecanismo efectivo por medio del

cual el Consejo de Estado —en su tantas veces aludida condición de Tribunal Supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo— pueda revisar las decisiones proferidas a raíz de su instauración con el fin de unificar la jurisprudencia, por vía de ejemplo en los eventos que en ocasión precedente —a modo puramente ilustrativo, que no taxativo— ha enunciado la Sala Plena de esta Corporación:

“Aunque no de manera exclusiva ni exhaustiva, a título ilustrativo, es posible identificar los siguientes eventos generales en los cuales está llamada a operar, a plenitud, la tarea unificadora de la jurisprudencia:

- Cuando uno o varios de los temas contenidos en la providencia respectiva hubieren merecido tratamiento diverso por la jurisprudencia del Consejo de Estado, de manera que resulte indispensable fijar una posición unificadora;

- Cuando uno o varios de los temas de la providencia, por su complejidad, por su indeterminación, por la ausencia de claridad de las disposiciones normativas en las que se funda o por un vacío en la legislación, sean susceptibles de confusión o involucren disposiciones respecto de las cuales quepan diferentes formas de aplicación o interpretación;

- Cuando sobre uno o varios de los temas de la providencia no hubiere una posición consolidada por parte de la jurisprudencia de esta Corporación.

- Cuando uno o varios de los temas de la providencia no hubieren sido objeto de desarrollos jurisprudenciales, por parte del Consejo de Estado.

(...)

Se reitera que los eventos antes expuestos lo fueron únicamente a título enunciativo, por ello, su sola mención no excluye la posibilidad de que con posterioridad y en atención a la finalidad de unificación de jurisprudencia puedan llegar a considerarse otras hipótesis que harían posible la selección de la providencia para fines de revisión⁴⁷.

Empero, en punto de la finalidad perseguida tanto con la consagración normativa como con la operatividad del mecanismo de revisión eventual en comento, si bien lo atinente al objetivo de unificación de la jurisprudencia no pareciera ofrecer discusión alguna —en cuanto a la circunstancia de constituir propósito que informa la existencia misma de la figura—, no puede expresarse cosa igual en lo relativo a los alcances de la decisión a adoptar por el Consejo de Estado frente al litigio

⁴⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 14 de julio de 2009; Radicación número: 20001-23-31-000-2007-00244-01(IJ)AG; Actor: Gladys Alvarado Acosta y otros. Demandado: Municipio de Chiriguaná.

concreto que ha escogido para su revisión, justamente como consecuencia de la realización de la anotada tarea de unificación jurisprudencial, en la medida en que ésta puede conducir, ineluctablemente, a poner de presente la existencia de contradicciones entre la providencia seleccionada para revisión y el ordenamiento jurídico.

La referida discusión quedó planteada con ocasión del pronunciamiento efectuado por la Corte Constitucional al llevar a cabo el control previo de constitucionalidad del proyecto que habría de convertirse en la Ley Estatutaria 1285 de 2009, toda vez que en el citado fallo, a partir del establecimiento de una tajante distinción entre las funciones que concierne desplegar a una Corte de Casación, de un lado y, de otro, a un Tribunal Supremo —de suerte que es exclusivamente al organismo judicial al cual se atribuye la primera de las dos mencionadas condiciones al que concierne constatar el ajuste de las providencias judiciales a la legalidad para garantizar una aplicación igualitaria y uniforme del orden jurídico⁴⁸— y de la

⁴⁸ En ese orden de ideas, en la providencia en comento se llama la atención sobre la circunstancia consistente en que el recurso de casación surgió en la Revolución Francesa como un mecanismo de cautela ante la desconfianza del Parlamento en los jueces pre-revolucionarios, mecanismo cuyo objetivo primordial estaba constituido por asegurar el respeto a la ley por parte del juez, así como la aplicación igualitaria de aquélla en la actividad de éste; dicha finalidad del recurso de casación es la que informó —según lo expone la Corte Constitucional— la implementación del mencionado recurso en el sistema jurídico colombiano al asignar el conocimiento del mismo a la Corte Suprema de Justicia, la cual “*ejerce las mismas funciones que el antiguo Tribunal de Casación, que luego se denominó Corte de Casación (Cour de Cassation), desde sus orígenes en Francia, pues es un órgano judicial de mayor jerarquía dentro del sistema judicial, encargado de asegurar el respeto de la ley y su interpretación uniforme, mediante la resolución del denominado recurso de casación*” —Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-252 de 2001, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz—.

De esta manera, entiende la Corte Constitucional que las siguientes son las características y los propósitos que acompañan el quehacer de la Corte Suprema de Justicia en su condición de Tribunal de Casación:

“5.1.- En primer lugar, la función de la Corte Suprema de Justicia como tribunal de casación consiste en ejercer el control de legalidad de las sentencias judiciales.

Esta característica implica que el tribunal de casación ejerce un control sobre la sentencia misma, “para decidir luego si se ajusta o no a lo ordenado por la ley, lo que significa que en la casación se efectúa un control de legalidad sobre los actos del juez para decidir si en ellos se produjo un error in iudicando o un error in procedendo de tal naturaleza que no exista solución distinta a infirmar, destruir, casar, la sentencia impugnada” — Corte Constitucional, Sentencia C-998 de 2004, MP. Álvaro Tafur Galvis. Ver también la Sentencia C-252 de 2001, MP. Carlos Gaviria Díaz—.

(...)

5.2.- En segundo lugar, la casación constituye un mecanismo de orden sistémico encaminado a la unificación de jurisprudencia en los asuntos propios de la jurisdicción ordinaria, con lo cual se asegura también la realización del principio de igualdad en la aplicación del derecho.

(...)

5.3.- Finalmente, en tercer lugar, la casación se concibe con el propósito de garantizar la justicia material y con ello hacer efectivo el principio de prevalencia del derecho sustancial (art.228 CP). Desde esta perspectiva, la casación “es una institución jurídica destinada a hacer efectivo el derecho material y las garantías fundamentales de las personas que intervienen en un proceso” —Corte Constitucional, Sentencias C-998 de 2004, MP. Álvaro Tafur Galvis. Ver también las Sentencias C-252 de 2001, MP. Carlos Gaviria Díaz, C-586 de 1992, MP. Fabio Morón Díaz, C-

constatación de que la anotada calidad de Corte de Casación no le fue constitucionalmente asignada al Consejo de Estado, se concluyó que a esta última Corporación no le podía entregar el Legislador la función de pronunciarse sobre la conformidad a Derecho de las providencias objeto de revisión eventual por la vía de prever ésa como una de las finalidades del anotado mecanismo de impugnación, toda vez que —en criterio de la Corte Constitucional— ello constituye labor exclusiva del Tribunal al cual el Constituyente ha catalogado como Corte de Casación. Así se expresó la Corte Constitucional en la anotada dirección:

“5.- De otra parte, el proyecto atribuye al Consejo de Estado, “*en su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo*”, la competencia para la revisión eventual de las acciones populares y de grupo. Para ello invoca tres propósitos diferentes: (i) unificar la jurisprudencia, (ii) asegurar la protección de los derechos constitucionales fundamentales y (iii) ejercer el control de legalidad respecto de los fallos correspondientes.

La Sala advierte que los fines que señala la norma para la revisión eventual guardan estrecha relación con los objetivos que por su naturaleza son propios de la casación en la jurisdicción ordinaria, según fue explicado al analizar el artículo 7° del presente proyecto. Esta circunstancia hace necesario analizar si el Congreso, en su calidad de Legislador Estatutario, puede atribuir al Consejo de Estado la facultad de actuar como “*Corte de Casación Administrativa*”, (parágrafo 2° del proyecto) y atribuirle las funciones inherentes a esa institución, o si por el contrario sólo puede asignar competencia como “*Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo*”.

6.- A juicio de la Corte, conforme al artículo 237-1 de la Constitución, las funciones que la ley puede atribuir al Consejo de Estado son sólo en su calidad de “*Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo*”, y no como una “*Corte de Casación*”, pues en el diseño constitucional colombiano estas dos calidades no son asimilables en los términos que pretende hacerlo el proyecto bajo examen.

(...)

Aún cuando las funciones como Tribunal Supremo y como Tribunal de Casación no son en sí mismas incompatibles, sino que incluso se proyectan como complementarias, lo cierto es que en el diseño acogido en la Carta de 1991 el Constituyente optó por asignar al Consejo de Estado la condición de “*Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo*”, excluyendo las funciones de Corte de Casación que sí existen en otros ordenamientos.

(...)

En suma, la Corte considera que la atribución de competencias que el legislador puede hacer al Consejo de Estado en virtud del

1065 de 2000, MP. Alejandro Martínez Caballero—. Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-713 de 2008; Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

artículo 237-1 de la Constitución, sólo puede darse en su calidad de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, pero no como Tribunal de Casación, porque esa función no ha sido asignada por el Constituyente.

7.- Las consideraciones expuestas llevan a la Corte a concluir que la facultad de revisión eventual, prevista en el inciso 1º del artículo 11 del proyecto, sólo puede hacerse como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y no como Corte de Casación.

Desde esta perspectiva, si bien es válida la facultad de revisión para (i) la unificación de jurisprudencia, pues ello es propio de un Tribunal Supremo, no puede asignarse dicha función para (ii) asegurar la protección exclusiva de derechos constitucionales fundamentales, ni para (iii) ejercer control de legalidad, por cuanto estas son atribuciones propias de una Corte de Casación (...) calidad que no ostenta el Consejo de Estado, más aún cuando las acciones populares y de grupo son acciones de clara naturaleza constitucional”⁴⁹ (énfasis añadido).

Una comprensión literal del precitado planteamiento conduciría a sostener que comoquiera que la revisión eventual sólo puede tener por objeto la unificación de jurisprudencia, sin que al Consejo de Estado le sea dado a través del mencionado mecanismo abordar el examen de legalidad de la providencia revisada, en todos aquellos eventos en los cuales el juez de la revisión eventual identifique y formule el criterio jurídico-normativo con base en el cual debe ser resuelto el caso concreto que examina —al igual que, en lo sucesivo, todos los supuestos análogos al mismo—, pero a su turno constate que dicha subregla de decisión no fue seguida por el tribunal administrativo que profirió la providencia mediante la cual se puso fin al proceso iniciado con ocasión del ejercicio de la acción popular o de la acción de grupo, con la consiguiente transgresión de uno o varios principios o preceptos constitucionales, legales o reglamentarios, a pesar de esa constatación, no podría el Consejo de Estado más que enunciar el correspondiente criterio de decisión para su futura aplicación a otros procesos pero sin hacerlo operativo en aquél que dio lugar al dictado de la providencia materia de revisión, la cual, a pesar de su contrariedad tanto para con la respectiva tesis jurisprudencial como también para con la Constitución y/o con la ley, tendría que ser mantenida incólume.

Salta a la vista que semejante conclusión desconocería abiertamente carísimos postulados constitucionales e, incluso, derechos fundamentales radicados en

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-713 de 2008; Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

cabeza de las partes en el litigio en el cual tuvo su origen el proveído seleccionado para revisión, a saber:

(i) los principios de vigencia de un orden justo, de realización efectiva de justicia material y de prevalencia del derecho sustancial —enunciados en el Preámbulo, así como en los artículos 2 y 228 constitucionales—, toda vez que la aducida ausencia de la condición y de las funciones de Corte de Casación en el Consejo de Estado —a pesar de que la propia Corte Constitucional, según se viene de destacar, expresamente reconoce que dicha labor resulta próxima e incluso complementaria con la encomendada a un Tribunal Supremo— forzaría, incomprensiblemente, a mantener inmutable un pronunciamiento judicial respecto del cual se tiene no sólo la evidencia respecto de su contrariedad con la legalidad sino también el espacio jurídico idóneo y la oportunidad pertinente para infirmarlo y proferir la respectiva decisión de reemplazo, ésta sí respetuosa tanto del criterio jurisprudencial unificado como de la legalidad objetiva;

(ii) el derecho fundamental de acceso a la Administración de Justicia —artículo 229 superior— que a su turno encuentra arraigo en uno de los fines esenciales del Estado y fundamento basilar de la existencia de la organización estatal cual es la efectiva materialización de los derechos fundamentales —artículo 2 de la Carta Política—, propósito éste que carecería de toda viabilidad real de concreción si los asociados no contaran con mecanismos institucionales idóneos para garantizar la protección y la eficacia de sus derechos; por consiguiente, el acceso a la Administración de Justicia enderezado a que ésta dispense una resolución **sustancial**, eficaz y oportuna a los litigios en los cuales se encuentran en juego los derechos de las personas, resulta consustancial a la consolidación del sistema democrático mismo y a la construcción de una ciudadanía incluyente.

En ese orden de ideas, los distintos cauces procesales, mecanismos de impugnación y demás elementos que se integran en el sistema de Administración de Justicia no pueden considerarse como norte objetivo distinto que el individuo, que la efectividad de sus derechos y que la protección real de los mismos a través de una Jurisdicción que suponga una auténtica garantía tanto de convivencia pacífica como de vigencia de un orden económico y social justo; por ello el constitucionalismo contemporáneo acepta sin titubeos que el derecho fundamental a un amparo judicial sustancial y oportuno o al acceso a la Justicia —en los términos del citado artículo 229 constitucional— impone al Estado el deber de

garantizar a los individuos bajo su égida tanto la posibilidad de poner en movimiento el aparato jurisdiccional a través de la formulación de una pretensión, como especialmente la tranquilidad consistente en que obtendrán una pronta, **efectiva y justa** resolución de la misma.

Negar al juez de la revisión eventual de las acciones populares la función-obligación de hacer efectiva la tutela judicial de los ciudadanos a través de la corrección, modificación o infirmación de providencias proferidas por los tribunales administrativos mediante las cuales se pone fin a procesos iniciados con ocasión del ejercicio de las mencionadas acciones y en las que se constata no sólo su apartamiento respecto de la jurisprudencia del Consejo de Estado sino el correlativo desconocimiento del orden jurídico, por el sólo prurito de mantener al máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ajeno a las labores de una Corte de Casación comportaría, por lo ya expuesto, vaciar de contenido el derecho fundamental de acceso a la Administración de Justicia de quienes asistirían, inermes e impotentes, a la expedición de un fallo que a pesar de unificar criterios jurídico-normativos se revelaría completamente inútil para hacer eficaces los derechos de las personas implicadas en el litigio original, con total desprecio por los fines esenciales que justifican la existencia no ya de algún mecanismo impugnatorio especial o incluso del aparato jurisdiccional, sino de la organización estatal misma.

(iii) el principio-derecho fundamental a la igualdad, si se tiene en cuenta que no se advierte la presencia de una justificación constitucionalmente admisible, razonable y proporcionada, para la disparidad de tratamiento que la postura aquí reprochada introduciría entre las partes en el proceso que originó la providencia cuya revisión éstas incluso propiciaron a fin de que se unificaran criterios jurisprudenciales en sede de acción popular o de grupo, pero que no podrían beneficiarse de dicha unificación con la aplicación del respectivo parámetro jurídico-normativo a la solución de su litigio concreto, de un lado y, de otro, todas aquellas otras personas que como partes en procesos a ser definidos igualmente con posterioridad a la formulación del criterio jurisprudencial en comento, sí podrían obtener pronunciamientos que resuelvan las respectivas controversias concretas, proferidos con observancia del mismo criterio jurídico enunciado en el fallo de revisión eventual en el cual dicho criterio no pudo ser aplicado.

(iv) además del principio de igualdad, los de buena fe, tutela de la confianza legítima, seguridad jurídica y demás postulados constitucionales mencionados en anterior apartado dentro del presente proveído, en los cuales se sustenta el reconocimiento de eficacia vinculante a los antecedentes jurisprudenciales, así como la función misma de unificación de jurisprudencia que concierne al Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo por ministerio de la Constitución Política, toda vez que, como igualmente antes se explicó, el precedente judicial en tanto que elemento jurídico que ejerce una fuerza gravitacional que atrae hacia su contenido los casos concretos que deban ser resueltos en el futuro por el mismo juez o por sus subordinados funcionales —según que se trate de precedente horizontal o de precedente vertical, respectivamente— sólo puede estructurarse correctamente a partir de la inescindible conjunción entre los hechos relevantes del caso a decidir, la subregla o criterio jurisprudencial en la cual se soporta la decisión adoptada por el juez o tribunal —la ya comúnmente llamada *ratio decidendi*— y la parte resolutive del correspondiente fallo —*decisum*—.

En el anterior orden de ideas, impedirle al Consejo de Estado —para evitar que controle la legalidad de la decisión revisada— que al pronunciarse en sede de revisión eventual resuelva el caso concreto con base en el criterio de decisión que para unificar jurisprudencia defina y adopte como conforme con el ordenamiento jurídico, supondría ni más ni menos que imposibilitar un correcto, riguroso y técnico empleo de la jurisprudencia, a la vez que, en no pocos casos, impediría la consolidación de precedentes judiciales pues si en el pronunciamiento que resuelve la revisión eventual el criterio jurisprudencial que se pretende unificar no es empleado como sustento de la decisión del caso concreto, no cabría catalogarlo más que como un mero *obiter dicta*, carente de la fuerza vinculante propia de los precedentes judiciales habida consideración de que éstos, según se indicó profusamente en este proveído, se encuentran integrados por la conjunción entre *hechos relevantes* del caso, *ratio* y *decisum*, amén de que, más grave aún, se estaría abriendo campo en el mundo jurídico a la existencia, el respeto y la ejecución de decisiones judiciales que el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo hubiere revisado, examinado y calificado expresamente de injustas y/o ilegales.

Como se aprecia, adscribir los referidos —y aquí cuestionados— alcances al aludido segmento del pronunciamiento de la Corte Constitucional contenido en la sentencia C-713 de 2008 conduciría, sin más, a privar de toda utilidad —incluso

como mecanismo conducente a la unificación de jurisprudencia— a la revisión eventual de pronunciamientos que ponen fin a procesos iniciados en ejercicio de la acción popular.

Por consiguiente, la hermenéutica que cabe realizar respecto del anotado pronunciamiento de la Corte Constitucional —en cuanto afirma que la revisión eventual no puede tener por objeto el control de legalidad de la providencia revisada— a fin de no despojar de utilidad al aludido mecanismo de revisión eventual y de la posibilidad de cumplir cabalmente con su atribución constitucional de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo al Consejo de Estado, no puede ser otra distinta a que la sola invocación o alegación de transgresiones al ordenamiento jurídico por parte del proveído que pone fin al proceso de acción popular carece de la entidad suficiente, como argumento esgrimido por el solicitante de la selección del pronunciamiento respectivo para su eventual revisión, para que el Consejo de Estado acceda a escoger el correspondiente caso; a tal efecto —es decir, con el fin de que esta Corporación seleccione un pronunciamiento para su revisión— resulta ineludible menester que se configure alguno de los eventos que ponen de presente la necesidad de proferir una decisión que unifique la jurisprudencia Contencioso Administrativa, como a modo ejemplificativo ya se enunciaron varios supuestos en el presente proveído.

No se trata, entonces, de que la posible irregularidad o ilegalidad de un pronunciamiento seleccionado para revisión no pueda ser enmendada por el Consejo de Estado —con la consecuente expedición de la pertinente providencia de reemplazo y/o adopción de las determinaciones que resulten pertinentes— una vez se haya formulado, dentro del mismo proveído que resuelve la revisión, el criterio de decisión que ha de unificar la jurisprudencia, sino, lisa y llanamente, de que la alegada inconformidad con el Derecho de la providencia cuya revisión eventual se deprecia no constituye fundamento suficiente para que la solicitud en ese sentido elevada a esta Corporación cuente con vocación de prosperidad. Así lo ha expresado, dicho sea de paso, con anterioridad, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado:

“Lo anterior en cuanto que la finalidad de la revisión es la unificación de jurisprudencia (...) lo cual comporta la labor de armonización y de unificación, precisamente, de los diferentes pronunciamientos expuestos por los distintos operadores judiciales; además, el mecanismo de revisión no tiene como propósito ejercer un control de legalidad sobre los fallos

correspondientes⁵⁰, de tal manera que la configuración de un yerro o irregularidad en el trámite del proceso respectivo o incluso en la misma providencia no será suficiente para que opere como fundamento de la solicitud de revisión”⁵¹.

Por manera que sólo a través de la anotada comprensión respecto de los alcances de la facultad de revisión eventual atribuida al Consejo de Estado, derivada de la necesidad de reconocerle un efecto útil a la función de unificación de jurisprudencia a cuya consecución se subordina el ejercicio de dicha atribución, pueden tener efectividad y materializarse los propósitos para los cuales el Legislador la consagró en el ordenamiento jurídico nacional. Debe, entonces, distinguirse entre el fin de la revisión eventual, esto es el propósito para el cual ha sido establecida —la unificación de la jurisprudencia— y el objeto sobre el cual aquella recae, que no es otro que la providencia seleccionada, sin que la misma pueda sustraerse del litigio que le dio origen y, cuando haya lugar a ello, de la necesidad de incidir en la decisión que respecto del mismo se hubiere adoptado en los fallos de instancia.

Por lo expuesto, el entendimiento que debe darse a la función de unificación de la jurisprudencia que fue legalmente atribuida al Consejo de Estado como juez de revisión de las sentencias proferidas en acciones populares, fuerza concluir que la revisión eventual no puede quedar atada a una finalidad puramente formal, pues tal interpretación resulta contraria a los fines supremos y esenciales que la Constitución Política le asigna a la Administración de Justicia; negar al Consejo de Estado la potestad/obligación de aplicar al caso concreto el criterio jurisprudencial que construye o reitera o modifica por vía de revisión eventual supondría prohijar un inaceptable modo de razonar por cuya virtud aunque se hubieren verificado la ilegalidad del fallo o decisión revisados, su injusticia, su(s) vicio(s), sus iniquidades y demás vicisitudes que pudieren en un momento dado afectar la realización material de la justicia en un caso específico, no podría hacerse nada para corregir los respectivos yerros, cuestión que resultaría, a su vez, abiertamente contraria a los pronunciamientos de la propia Corte Constitucional, Corporación para la cual *“[L]a función de unificación de la jurisprudencia es un requisito indispensable para lograr la igualdad de trato y en la aplicación del derecho, razón por la cual no*

⁵⁰ Nota original de la sentencia citada: Aún cuando el proyecto inicial aprobado por el Congreso de la República sí contemplaba dicha posibilidad, la Corte Constitucional lo declaró inexecutable mediante sentencia C – 713 de 2008. MP: Clara Inés Vargas Hernández.

⁵¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 14 de julio de 2009; Radicación numero: 20001-23-31-000-2007-00244-01(IJ)AG; Actor: Gladys Alvarado Acosta y otros. Demandado: Municipio de Chiriguaná.

*puede sujetarse a restricciones normativas que eliminan su realización en amplias áreas del derecho*⁵².

d) Una vez seleccionada la providencia para su revisión, el solicitante no puede desistir de dicho trámite. Pese a que la puesta en marcha del mecanismo de revisión eventual, como se ha indicado ya, depende necesariamente de la solicitud de parte o del Ministerio Público, lo cierto es que dicho mecanismo tiene como propósito —según igualmente se acaba de exponer— la unificación de la jurisprudencia en materia de acciones populares o de grupo, según sea el caso, labor que corresponde al ejercicio de una función institucional de carácter público.

En esa medida, una vez el Consejo de Estado avoque el conocimiento del asunto por virtud de la selección para revisión de la respectiva sentencia o pronunciamiento, no le será dable sustraerse al cumplimiento del mandato legal que dicha atribución comporta, aún cuando el peticionario de la selección para revisión manifieste que no le asiste ya interés en que la misma se surta, pues la finalidad que informa la operatividad del mencionado proceso especial de impugnación trasciende la esfera de los derechos u objetivos de las partes en el litigio original para conectarse con la salvaguarda de los principios y finalidades que interesan a la colectividad de la labor de unificación jurisprudencial constitucionalmente asignada al Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo.

e) No hay obligatoriedad para su trámite. Aún cuando la Corte Constitucional reivindicó la operatividad del principio dispositivo en lo atinente a la puesta en marcha del mecanismo de revisión eventual al considerar contraria al principio constitucional-derecho fundamental al debido proceso la posibilidad de que ésta procediere de oficio⁵³ —con lo cual la iniciativa para deprecar su trámite quedó radicada exclusivamente en cabeza de las partes en el proceso de origen o del Ministerio Público—, lo cierto es que precisamente por tratarse de un mecanismo *eventual* la ley dispone que la formulación de la solicitud de revisión, aunque se

⁵² Corte Constitucional, sentencia T-688 de 2003; Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Llynet.

⁵³ Así, respecto de la referida posibilidad de revisión eventual oficiosa, la Corte Constitucional expresó, en la sentencia C-713 de 2008, que *“permitir que la revisión eventual opere de manera oficiosa y que el Consejo de Estado pueda decidir sin ningún tipo de limitación, implicaría transferir una facultad reservada a las partes, entre las que se encuentra el Ministerio Público como garante de los intereses colectivos y de la sociedad en general, resulta contrario al debido proceso y a los derechos de los sujetos involucrados”*.

sustente en debida forma de acuerdo con los lineamientos trazados por la Sala Plena de esta Corporación⁵⁴, no necesariamente debe dar lugar a la selección de la providencia correspondiente; es por ello que el mencionado artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 —inciso segundo— dejó perfectamente claro que el Consejo de Estado puede decidir sobre “[L]a selección o no de cada sentencia o providencia”, sin perjuicio del deber que se impone a dicho Alto Tribunal, en uno u otro caso, de motivar la correspondiente decisión.

Pero lo que en manera alguna podría discutirse es que ni siquiera la cabal observancia por parte del interesado de la aludida exigencia de motivación de la solicitud de selección comporta, *per se*, la obligatoriedad de la escogencia del asunto respectivo para su revisión, pues en tal caso la misma tendría que dejar de ser catalogada como *eventual*, con evidente desconocimiento de lo querido y lo diseñado por el Legislador estatutario en esta materia; así pues, aún cuando en un caso determinado el peticionario invoque —e incluso efectivamente pudieren

⁵⁴ A este respecto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado mayoritariamente indicó que uno de los requisitos para la procedencia del mecanismo de revisión eventual es el consistente en que la solicitud respectiva se presente debidamente sustentada, pues si bien es verdad que el artículo 11 de la Ley 1285 guarda silencio a dicho respecto, no es menos cierto que tanto la finalidad buscada con la operatividad del mencionado mecanismo —que lo es la unificación de la jurisprudencia— como la imposibilidad de que el mismo pueda activarse de manera oficiosa por el Consejo de Estado, tornan indispensable que el interesado exponga las razones con base en las cuales considera que la providencia definitiva objeto de la petición puede ser seleccionada, si bien merece la pena subrayar —como la propia Sala Plena Contenciosa igualmente lo hizo— que

“... habida cuenta que el mecanismo de revisión no comporta un recurso, la sustentación a la cual se ha hecho referencia no se sujeta a las formalidades y exigencias propias que se requieren tratándose de las impugnaciones tanto ordinarias como extraordinarias previstas en la ley.

Así pues, la sustentación de la petición de revisión -que en lo posible será examinada y apreciada sin mayor rigorismo-, deberá presentarse y estructurarse con arreglo a las siguientes orientaciones:

i).- Se deberán precisar o identificar los aspectos o materias que, según el interesado, ameritan la revisión de la providencia correspondiente, con la finalidad de unificar jurisprudencia, cuestión que debe acompañarse de una explicación concisa acerca de las razones en las cuales se fundamenta la petición.

ii).- Lo anterior no supone, de manera ineludible, la necesidad de que el interesado deba expresar o enlistar, de manera detallada, exhaustiva o absoluta, las normas o posiciones jurisprudencialmente diversas en las cuales se origina la invocada contradicción jurisprudencial o la necesidad de la pretendida unificación.

iii).- Con todo, comoquiera que la sustentación no se rige bajo los mismos parámetros que se exigen para la procedencia de cualquier recurso, los aspectos o temas que indique el interesado no marcarán ni delimitarán la competencia del Consejo de Estado para encontrar otras materias que a su vez sean susceptibles de ser revisadas, lo cual lleva consigo que lo expresado por el peticionario en su solicitud de revisión no impondrá límites a esta Corporación para decidir de fondo cualquier tema que amerite su revisión”. Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 14 de julio de 2009; Radicación numero: 20001-23-31-000-2007-00244-01(IJ)AG; Actor: Gladys Alvarado Acosta y otros. Demandado: Municipio de Chiriguaná.

concurrir— uno o varios de los antes mencionados —a modo puramente ilustrativo— supuestos que cuentan con la virtualidad de abrir paso a la selección del correspondiente pronunciamiento para su revisión por parte del Consejo de Estado, como lo ha señalado la Sala Plena de esta Corporación

“... en todo caso, resulta necesario precisar que la configuración, en todos aquellos asuntos concretos, de una o varias de las hipótesis señaladas o de las demás que puedan llegar a establecerse, **no obliga a la selección de todos ellos por parte del Consejo de Estado, toda vez que ese mecanismo, según lo dispone la ley de manera manifiesta, se caracteriza por ser eventual, no automático y menos absoluto.**

Por consiguiente, a) las particularidades de cada asunto; b) el cumplimiento de los requisitos legales para la procedencia de la solicitud de revisión; c) la configuración de uno o varios de los eventos que determinen la necesidad de unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado y d) la importancia y trascendencia de los temas que se debatan en la providencia objeto de la solicitud correspondiente, serán los parámetros que esta Corporación tendrá en cuenta para efectos de definir la selección, o no, de la providencia respectiva, lo cual, por supuesto, deberá estar contenido en la motivación a que haya lugar⁵⁵ (énfasis añadido).

3. Mecanismos similares a la revisión eventual a cargo del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, tenidos en cuenta por el Legislador al disponer la introducción de ésta en el sistema jurídico nacional.

Teniendo en cuenta que uno de los criterios útiles para la interpretación de la ley, de acuerdo con lo normado en el artículo 27 del Código Civil, es el consistente en *“recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”* y habida consideración de que el tenor literal del artículo 11 de la Ley Estatutaria 1285 de 2009 no aporta mayores luces con el propósito de resolver el problema jurídico planteado al inicio de la parte considerativa del presente pronunciamiento —esto es establecer si resulta viable, obligatorio y/o conveniente seleccionar, para su eventual revisión, pronunciamientos judiciales respecto de los cuales se pretende que sean analizados los mismos temas o asuntos que han motivado ya la escogencia de otra(s) decisión(es) para su revisión por parte del Consejo de Estado—, a dicho efecto puede aportar valiosos elementos de reflexión el examen respecto de las características, las finalidades y los alcances propios de los mecanismos que

⁵⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 14 de julio de 2009; Radicación número: 20001-23-31-000-2007-00244-01(IJ)AG; Actor: Gladys Alvarado Acosta y otros. Demandado: Municipio de Chiriguáná.

fueron tenidos en cuenta por el Congreso de la República, durante el trámite de aprobación de la referida Ley Estatutaria, como referentes para la incorporación en el sistema jurídico colombiano de la revisión eventual en materia de acción popular y de grupo.

Y, en ese sentido, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Estatutaria Número 23 de 2006 radicado por el Gobierno Nacional ante el Senado de la República, al referirse al allí denominado “*mecanismo de unificación jurisprudencial*” que posterior y finalmente pasó a consagrarse como “*revisión eventual*”, se señaló de manera expresa que se trata de una “*herramienta que se asimila al certiorari del derecho anglosajón y en nuestro país a la facultad de revisión de tutela en el caso de la Corte Constitucional*”⁵⁶; asimismo, se indicó que “**la unificación jurisprudencial puede alcanzarse mejor cuando las Cortes deben decidir en forma clara y consistente un número limitado de casos seleccionados por su relevancia**”⁵⁷ (se resalta y se subraya).

Tal la razón por la cual una sucinta alusión a las particularidades y a la dinámica de aplicación de **(i)** el *certiorari* en el derecho anglosajón y de **(ii)** la revisión eventual de procesos iniciados en ejercicio de la acción de tutela que lleva a cabo la Corte Constitucional en Colombia, constituye herramienta hermenéutica de especial significación en el presente asunto toda vez que refleja tanto la finalidad como el patrón de funcionamiento que para el mecanismo de revisión eventual en sede de acciones populares y de grupo quiso llevar a la normatividad el Legislador patrio en el tantas veces mencionado artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

3.1 El writ of certiorari.

Como es bien sabido, en el sistema del *common law* la demanda instaurada ante la autoridad judicial no constituye una petición de aplicación de la norma escrita previamente establecida, sino el medio para buscar, y a falta de antecedente crear, una solución jurídica a un determinado problema de hecho; de ahí que pueda sostenerse que el *common law* se construyó con base en la institución del *writ*⁵⁸ o escrito contentivo de una petición, cuya combinación con la institución del

⁵⁶ Gaceta del Congreso No. 245 del 25 de julio de 2006, pp. 24 y 25.

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ Forma obsoleta, medieval, del participio perfecto del verbo “*to write*”.

certiorari se encuentra en los orígenes del mecanismo actualmente existente en sistemas jurídicos como el estadounidense, así:

“Como muchos legalismos, *writ* es una forma obsoleta, en este caso del participio perfecto del verbo *to write*. Se entendía como la orden del Rey al Sheriff del condado del demandado solicitándole le exigiera a dicho demandado que compareciera ante el tribunal del Rey (Curia Regis). El *writ* tenía que ser solicitado por escrito por el actor ante la Cancillería del Rey (*Chancery*) y dicho escrito de solicitud era sellado por el *Chancellor* (Canciller). Mediante la interpretación extensiva de los antiguos *writs* fueron creados nuevos *writs*.

Durante el siglo XIII con el crecimiento de la organización gubernamental, el Rey utilizó por primera vez el *writ of certiorari*, para solicitarle a sus funcionarios información sobre la materia de que éstos se ocupaban, debido a que algún particular u otro funcionario habían demandado la intervención oficial. “Certiorari” significa “cerciorarse” y por ende en su primera acepción significaba que el Rey requería cerciorarse de cierta información. En materias judiciales el *writ of certiorari* desempeñó la función de una súplica dirigida al Rey en relación con un caso del que conocía un juez”⁵⁹.

Con los referidos antecedentes, el *writ of certiorari* fue introducido en el ordenamiento jurídico estadounidense mediante el *Judiciary Act* de 1925, como un mecanismo por cuya virtud “*la Corte tiene una amplia facultad discrecional para determinar qué casos debe conocer (28 U.S.C.⁶⁰ Sección 1254). Esto le permite tener un amplio control sobre la calidad de lo que conoce y resuelve (...)*”⁶¹; por lo

⁵⁹ GÓMEZ-PALACIO, Ignacio, “Reforma Judicial: el “criterio de importancia y trascendencia” y su antecedente: el *writ of certiorari*”, en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 29, México D.F., 1999, p. 497.

⁶⁰ La sigla U.S.C. abrevia la expresión *United States Code* —el 28 U.S.C., Secciones 1251-1258, regula el *writ of certiorari*—, codificación sobre cuyo contenido y significado en el contexto estadounidense bien vale la pena traer a colación la siguiente referencia: “Cabe señalar para beneficio del no versado en el U.S.C., que el rápido crecimiento de la legislación federal de los Estados Unidos a principios del presente siglo [se refiere al siglo XX] requirió de una sistematización de la misma. En el año de 1924 se les encomendó al *Committee on Revision of the Laws of the House of Representatives*, al *Select Committee of the Senate*, a la *West Publishing Company* y a la *Edward Thompson Company*, la tarea de publicar una obra sistemática y organizada de las leyes federales. En julio de 1926 el Congreso de los Estados Unidos aceptó la compilación de la *General and Permanent Laws of the United States in force on December 7, 1925*, como el *Official United States Code*. Desde entonces han aparecido varias ediciones. El *United States Code (U.S.C.)* se divide en 50 títulos; además de leyes, en el mismo se incluyen medidas de guerra. La clasificación de la obra no es con base al nombre de la ley sino de capítulos (*chapters*) y de secciones (*sections*) (...) Después de cada período del Congreso se publican tomos adicionales con las nuevas reformas o leyes...)”. Cfr. GÓMEZ-PALACIO, Ignacio, “Reforma Judicial: el “criterio de importancia y trascendencia” y su antecedente: el *writ of certiorari*”, cit., p. 495.

⁶¹ GÓMEZ-PALACIO, Ignacio, “Reforma Judicial: el “criterio de importancia y trascendencia” y su antecedente: el *writ of certiorari*”, cit., p. 498.

demás, “*hoy en día el writ of certiorari es el recurso más importante que puede hacerse valer ante la Corte, el que además ha contribuido a que la misma no se vea hostigada por el exceso de trabajo, sin necesidad de tener que crear más tribunales*”⁶².

El carácter claramente discrecional de las facultades de la Suprema Corte estadounidense para manejar tanto la selección de casos como incluso el procedimiento y trámite mismo a imprimir al *writ of certiorari*, se evidencia en los siguientes rasgos que le son propios al comentado mecanismo:

“Conforme a la Regla 19 del *Revised Rules of the Supreme Court of the United States*, la que lleva por título *Jurisdiction on writ of certiorari*, la admisión del *writ of certiorari* es consecuencia de una “sólida facultad discrecional judicial” (“sound judicial discretion”) y deberá otorgarse sólo cuando existan “razones especiales e importantes” (“special and important reasons”), para aceptar el caso a resolución.

La misma Regla señala de manera ejemplificativa algunos casos, tales como (1) cuando una corte estatal ha decidido cuestiones federales sustanciales sobre cuya materia no se ha pronunciado anteriormente la Suprema Corte; o (2) cuando ha resuelto de una manera que probablemente no resulte consistente con decisiones anteriores de la Suprema Corte.

El otorgamiento del *writ of certiorari*, entendido como la entrada a trámite del recurso, está sujeto a un procedimiento específico y en la inmensa mayoría de los casos no entra a analizar el fondo de la cuestión (de la “litis”); sin embargo se han presentado casos en los que la Corte ha evaluado y revocado la sentencia sometida a revisión, sin embargo, esto ocurre cuando la decisión es claramente errónea o cuando la decisión está siendo esperada por una Corte para resolver un asunto.

Después de que la Corte ha aceptado a trámite el recurso, la misma está facultada para revocar la aceptación del mismo argumentando que el mismo ha sido indebidamente otorgado. Otra característica importante del recurso de *writ of certiorari* es que la Corte con frecuencia admite a trámite el recurso exclusivamente para resolver una o algunas de las cuestiones planteadas o, incluso, para resolver cuestiones que no fueron planteadas. Sin embargo, una vez que se la ha dado entrada al recurso, no se permite que el demandante plantee más cuestiones. La negativa del otorgamiento del recurso no expresa las causas de la misma⁶³ (subrayas fuera del texto original).

⁶² *Idem*.

⁶³ GÓMEZ-PALACIO, Ignacio, “Reforma Judicial: el “criterio de importancia y trascendencia” y su antecedente: el *writ of certiorari*”, cit. Pp. 499-500. En similar dirección a la anotada, véase la siguiente descripción respecto del propósito y trámite del *writ of certiorari*:

Así pues, desde su origen en el derecho anglosajón el *certiorari* funciona como un medio excepcional que responde al doble propósito de efectuar un control de la legalidad sobre las decisiones de los jueces en casos de trascendencia e impacto social, de un lado y, de otro, de producir y de uniformar la jurisprudencia mediante la expedición de opiniones de autoridad revestidas del carácter de precedente⁶⁴, las cuales solamente son proferidas “por razones considerables de peso”⁶⁵ que muy excepcionalmente guardan relación con que “el error señalado [en la providencia objeto de revisión] implica una incorrecta determinación de hechos o la aplicación incorrecta de una norma jurídica adecuadamente formulada”⁶⁶, pues en ese sentido “el Tribunal se ha autolimitado, pero tiene toda la discreción para

“La jurisdicción de la Corte, con excepciones menores, es discrecional. Cuando los litigantes solicitan de la Corte un auto de avocación (certiorari), pidiendo que la Corte conozca y se pronuncie sobre un determinado caso, la Corte decide discrecionalmente si lo hará o no.

(...)

Una negativa de avocación no implica que la Suprema Corte avale lo que el tribunal inferior decidió; significa únicamente que la Corte no está dispuesta a discutir el asunto de que se trate, por lo menos en el momento que niega la revisión. Los motivos de la negativa pueden deberse a que en su agenda no hay lugar, por haber demasiados casos pendientes; o que la cuestión de que trata el caso no es significativa; o que los hechos del caso no plantean el asunto con claridad; o también, que la Corte prefiera esperar nuevas consideraciones del problema por parte de otros tribunales para obtener un análisis más completo por parte de otros jueces.

Si se concede el auto de avocación, se fija una fecha de audiencia para el caso, en la que se presentan los alegatos de las partes. Los abogados presentan sus argumentos de manera oral ante la Corte en pleno, y el fallo se hace por escrito. En todos los aspectos de su trabajo —actuando sobre solicitudes de avocación, escuchando argumentos y decidiendo casos— la Suprema Corte actúa siempre con sus nueve jueces en conjunto, jamás opera en Salas.

Normalmente la Suprema Corte revisa un caso de un tribunal federal de apelaciones solamente después de que aquél ha emitido su decisión. Aunque la Corte puede conceder avocación para revisar un caso antes de que el Tribunal de apelaciones llegue a una decisión, esta autoridad se ejerce en contadas ocasiones y sólo cuando el asunto es especialmente urgente y de gran importancia pública. Hay sólo una circunstancia en la que la Suprema Corte puede revisar directamente un caso de un tribunal de distrito; esto es cuando el tribunal de distrito ha tomado su decisión con tres jueces. En estas circunstancias la apelación puede ser llevada directamente a la Suprema Corte” (subrayas fuera del texto original). Cfr. MEADOR, Daniel Jhon, *Los Tribunales de los Estados Unidos*, Pereznieto Editores, México, 1995, pp. 30-31. También se ocupan de abordar diversos asuntos relacionados con el funcionamiento de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, KURLAND, Philip B., *The Supreme Court and the judicial function*, The University of Chicago Press, Chicago, 1975; ROSTOW, Eugene, *The sovereign prerogative: The Supreme Court and the Quest for Law*, Yale University Press, 1962.

⁶⁴ También en relación con el origen histórico del *certiorari* se ha expresado que “[E]l auto de *certiorari*, del latín “certificar”, tiene su origen en el derecho común inglés y fue incorporado al derecho norteamericano desde la época colonial. Originalmente, constituía un recurso extraordinario y discrecional que se emitía por un tribunal de superior jerarquía, en nombre del rey. Su propósito era cerciorarse de que los tribunales inferiores no se excedieran de su jurisdicción y de que el procedimiento se siguiera de conformidad con el derecho común”. Cfr. DENTON HERNÁNDEZ, Federico, “El “*certiorari*” en el proceso apelativo de Puerto Rico y Estados Unidos”, en *La protección de los derechos fundamentales y la jurisdicción ordinaria. Presente y futuro del recurso de Casación. Memorias del IX Encuentro de la Jurisdicción Ordinaria. I Congreso de la Corte Suprema de Justicia*, Corte Suprema de Justicia, Bogotá, 2007, pp. 262-272.

⁶⁵ Ídem.

⁶⁶ Ibídem.

*establecer excepciones por las razones que estime convenientes y adecuadas*⁶⁷.

En ese orden de ideas, entre las razones que son tenidas en cuenta por el Tribunal Supremo para decidir si expide, o no, un auto de *certiorari*, se da cuenta de las siguientes:

- “1. Si la cuestión planteada es novel.
2. Si la expresión de la norma en torno a la cuestión planteada, aún cuando no sea novel, es importante para el interés público.
3. Si la norma existente debe ser redefinida o variada.
4. Si existe conflicto entre decisiones de las salas del Tribunal de Primera Instancia o entre páneles del Tribunal de Apelaciones sobre el asunto en cuestión.
5. Si la concesión del auto o la emisión de una orden de mostrar causa contribuyen de otro modo a las funciones del Tribunal Supremo de vindicar la ley y pautar el derecho en el país”⁶⁸.

La anotada naturaleza ampliamente discrecional de las facultades ejercidas por el Tribunal Supremo estadounidense, tanto para la selección de los casos como para el adelantamiento del trámite de los supuestos en los cuales decide avocar el conocimiento de un *writ of certiorari*, constituye la característica fundamental que acompaña a este medio de impugnación excepcional y permite evitar que la utilización del mismo congestione o colapse el funcionamiento del Tribunal, toda vez que el volumen de los procesos escogidos para realizar un pronunciamiento de fondo resulta infinitamente inferior al del total de solicitudes que son elevadas en ese sentido:

“El Tribunal Supremo usualmente toma su determinación final, que se emite mediante opinión escrita, luego de una revisión plenaria, aunque tiene autoridad para decidir sumariamente. Una opinión establece precedente cuando está refrendada por al menos cinco de los nueve jueces que integran el Tribunal.

Anualmente, durante cada término del Tribunal, se presentan sobre cinco mil peticiones de autos de *certiorari*. De éstas el Tribunal selecciona aproximadamente cien, es decir, menos de tres por cada cien peticiones presentadas. Ante el extraordinario volumen de casos, en aumento continuo a través de los años, sólo ejerciendo con el mayor rigor su discreción puede el Tribunal cumplir con sus funciones primordiales. Según las ha expresado el propio Tribunal: determinar cuestiones importantes de derecho federal, asegurar el cumplimiento con los precedentes del propio Tribunal, garantizar la supremacía federal y resolver conflictos

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Ibidem*.

entre cortes de jerarquía inferior atinentes a cuestiones federales”⁶⁹.

3.2 La revisión eventual de procesos iniciados en ejercicio de la acción de tutela por parte de la Corte Constitucional en Colombia.

Tal como se dejó indicado anteriormente, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Estatutaria Número 23 de 2006 radicado por el Gobierno Nacional ante el Senado de la República, el cual dio lugar a la aprobación de Ley 1285 de 2011, se señaló de manera expresa que el que quedó denominado como mecanismo de revisión eventual en materia de acciones populares y de grupo constituye una *“herramienta que se asimila al certiorari del derecho anglosajón y en nuestro país a la facultad de revisión de tutela en el caso de la Corte Constitucional”*⁷⁰.

Por ello, a pesar de que al practicar el control previo de constitucionalidad del mencionado proyecto de Ley Estatutaria la Corte Constitucional señaló que la facultad de revisión eventual de las acciones populares y de grupo atribuida al Consejo de Estado *“no puede ser asimilada a la facultad asignada a la Corte Constitucional para la revisión eventual de los fallos de tutela”*⁷¹, lo cierto es que el claro propósito del Legislador de buscar como referente para la consagración de la revisión eventual de procesos de acción popular o de grupo la dinámica de funcionamiento que dicho mecanismo tiene en el caso de la acción de tutela, constituye un elemento muy sólido a considerar para no perder de vista que en el referido pronunciamiento la Corte Constitucional basó la aludida distinción únicamente en el aspecto atinente a la exigencia de motivación de la decisión de selección para revisión, a tal punto que allí mismo advirtió que la Constitución

⁶⁹ Similares a las descritas en relación con el funcionamiento de este mecanismo en Estados Unidos, son las características que acompañan el mismo en el caso de Puerto Rico, en relación con el cual pueden ser traídos a colación los siguientes aspectos de interés: *“Las opiniones se publican y tienen valor de autoridad o precedente cuando están refrendadas por la mayoría. No se requiere para ello reiteración de la norma que implique la existencia de una jurisprudencia consolidada. Otras decisiones se emiten por sentencia; ello así cuando se plantean en ella cuestiones reiteradamente resueltas por el Tribunal. Su publicación depende de que el Tribunal así lo ordene. Una sentencia no publicada no establece norma; mucho menos revoca una norma establecida.*

(...)

Toda reglamentación aplicable a los distintos recursos apelativos –certiorari incluido- requiere que el escrito o petición contenga un señalamiento breve y conciso de los errores que, a juicio de la parte apelante o recurrente, cometió el tribunal de instancia o el Tribunal de Apelaciones en su dictamen. Por norma general, el tribunal apelativo está obligado a considerar solamente los errores señalados específicamente, pero la norma no es absoluta”. Cfr. DENTON HERNÁNDEZ, Federico, “El “certiorari” en el proceso apelativo de Puerto Rico y Estados Unidos”..., cit., pp. 262-272.

⁷⁰ Gaceta del Congreso No. 245 del 25 de julio de 2006, pp. 24 y 25.

⁷¹ Corte Constitucional, sentencia C-713 de 2008; Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Política “*autorizó directa y exclusivamente*” a la Corte Constitucional “*la decisión de revisar o no un fallo de tutela*” como una “*potestad eminentemente discrecional y autónoma*” y sólo a partir de tal diferenciación concluyó que “*si bien es constitucionalmente legítimo que el Consejo de Estado cumpla función de revisión eventual en acciones populares y de grupo, también lo es que las decisiones al respecto sean motivadas, no sólo cuando se selecciona un asunto sino también cuando se desestima su revisión*”.

Se desprende de lo anterior que la distinción que en esa oportunidad hizo la Corte Constitucional se limitó a un plano eminentemente formal y no comprendió otros aspectos de importancia como aquellos atinentes a las finalidades, al contenido, al alcance de los respectivos mecanismos o a los poderes y facultades del juez competente para conocer de los mismos, cuestiones en relación con las cuales resulta no sólo posible sino también necesario equiparar las figuras en mención.

Y es que al igual que acontece con la revisión eventual en sede de acciones populares o de acciones de grupo, la revisión eventual en materia de tutela no tiene la naturaleza jurídica de un recurso comoquiera que si bien se encuentra ligada desde el punto de vista sustancial y fáctico a un conflicto inter partes, a lo cual se añade la posibilidad legal de que el sujeto interesado pueda insistir en que la sentencia de instancia sea revisada ante la inicial negativa a hacerlo por parte de la Corte Constitucional, lo cierto es que dicho trámite responde a un interés superior, de carácter institucional y público que consiste en la guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución Política en materia de derechos fundamentales a través de la unificación de jurisprudencia en la cual se precisa el alcance y contenido de cada uno de tales derechos.

En efecto, el proceso de revisión eventual respecto de las sentencias de tutela tiene como objetivo fundamental —al igual que la revisión eventual en materia de acciones populares o de grupo, según ya se explicó— la unificación de jurisprudencia mediante la fijación de pautas de interpretación y de aplicación de las normas constitucionales relativas a derechos fundamentales para la solución de casos posteriores, a partir de la selección de litigios paradigmáticos que propician dicho objetivo⁷², lo cual impone, de manera indispensable, el estudio y la

⁷² Véanse los siguientes pronunciamientos de la Corte Constitucional: auto 027 de 30 de junio de 1998. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. En igual sentido, auto 005 de febrero 3 de 1998; Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero; auto 067 de 5 de marzo de

decisión del conflicto particular resuelto en la sentencia objeto de revisión y, por ende, abre la posibilidad, de modo obligatorio e inherente a dicho mecanismo, para que se decida sobre la confirmación, modificación o revocatoria del pronunciamiento revisado, aunque sin desconocer que este último aspecto no es el que constituye el objetivo primordial de la revisión eventual, ni implica, por tanto, que mediante la misma se pretenda “*corregir todos los eventuales errores en que hayan podido incurrir los jueces al decidir los casos*”⁷³, según lo ha precisado la propia Corte Constitucional:

“El objetivo primordial de la revisión eventual, mucho más allá de la resolución específica del caso escogido, es el análisis de fondo sobre la manera como se ha interpretado y aplicado por los jueces la preceptiva constitucional y la definición que hace la Corte, en el plano doctrinal, acerca de cómo debe entenderse y aplicarse en casos posteriores en los que surja el mismo debate, a propósito de hechos o circunstancias regidas por idénticos preceptos.

Por supuesto, es indispensable que el caso particular, a partir de ese examen, sea también resuelto por la Corte, bien confirmando, ya modificando o revocando los fallos de instancia. Pero tal resolución no es el único ni el más importante propósito de la revisión y viene a ser secundario frente a los fines de establecimiento de la doctrina constitucional y de unificación de la jurisprudencia, que tienen un sentido institucional y no subjetivo.

Así las cosas, llegado el asunto a la revisión de la Corte Constitucional, no está de por medio tan sólo el debate entre las partes, que, en principio y por regla general, resulta definido en las instancias. Desaparece entonces un interés individual y adquiere trascendencia la relación entre el caso concreto, que sirve a la Corte como elemento pedagógico, y la interpretación de la normativa constitucional que le es aplicable.

Entonces, en la sede de revisión está de por medio un indudable interés público, pues su trámite y decisión importa a toda la colectividad, en cuanto la resolución que adopte la Corte, al sentar las bases interpretativas de la Constitución, al mostrar con fuerza de doctrina constitucional cuál es el sentido en que deben entenderse los derechos y sus límites, al introducir criterios en torno a cuándo cabe la tutela y cuándo es improcedente, suministra a todos los jueces elementos doctrinales y jurisprudenciales para su actuación futura y señala pautas a las personas respecto de la Carta Política y su desarrollo. Se conjugan así en cada uno de los casos revisados por la Corte los intereses concretos de las personas comprometidas y los de la comunidad y el orden jurídico. Los afectados de modo directo

2008; sentencia T-577 de 1993; Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo; sentencia SU-913 de 2009; Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

⁷³ Corte Constitucional, auto 036 de 2007; Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

tienen derecho a una definición sobre el asunto que les concierne y la generalidad de las personas lo tiene, en el campo del Derecho Público, a conocer cómo deben resolverse, según la interpretación auténtica de la Carta, los conflictos que guardan relación con la efectividad de los derechos fundamentales"⁷⁴ (subrayas fuera del texto original).

Asimismo, en innegable paralelismo con la operatividad del antes comentado *writ of certiorari*, propio de sistemas de raigambre anglosajona, la Corte Constitucional en las decisiones que profiere en sede de tutela y en desarrollo de la aludida revisión eventual, puede obviar el estudio de uno o varios aspectos atinentes al caso decidido en la(s) sentencia(s) de instancia sometidas a revisión, lo cual obedece a la circunstancia consistente en que **la revisión eventual no opera como una tercera instancia**, pues sus objetivos trascienden el contexto fáctico del litigio concreto que da lugar al pronunciamiento por vía de revisión:

"[L]a Corte, al ejercer su función de revisión, no tiene el deber de estudiar en detalle todos los aspectos y puntos planteados por el actor en su solicitud de tutela, pues no constituye una tercera instancia en la resolución de esta clase de controversias. En efecto, si una función básica de la revisión es unificar la doctrina constitucional sobre los derechos fundamentales, y si la Corte tiene la potestad discrecional de seleccionar qué casos merecen revisión para tal efecto, entonces es claro que la Corte goza también de una razonable discrecionalidad para delimitar los temas que en el caso concreto ameritan un examen en sede de revisión. No tendría sentido que la Corte tenga una plena discrecionalidad para decidir si estudia o no un caso, pero que, por el contrario no goce de ninguna discrecionalidad para delimitar los temas jurídicos que en cada caso deben ser examinados para efectos de desarrollar su función de unificación jurisprudencial.

Por todo lo anterior, la Corte concluye que, en sede de revisión, esta Corporación no tiene el deber de estudiar, en forma integral y detallada, todos los puntos planteados por el demandante en su solicitud de tutela, pues ese debate debe ser adelantado en las

⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia T-260 de 1995; Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Tal la razón por la cual se afirma que las sentencias de revisión tienen una doble naturaleza o inciden en "un doble aspecto, con consecuencias jurídicas distintas: uno subjetivo, circunscrito y limitado al caso concreto, bien que se confirme lo resuelto en instancia, ya sea que se revoque o modifique (artículos 36 del Decreto 2591 de 1991 y 48 de la Ley 270 de 1996), y otro objetivo, con consecuencias generales, que implica el establecimiento de jurisprudencia, merced a la decantación de criterios jurídicos y a su reiteración en el tiempo". Corte Constitucional, sentencia T-175 de 1997. En igual sentido pueden verse los siguientes pronunciamientos de la Corte Constitucional: sentencia T-068 de 28 de enero de 2000; Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo; sentencia T-715 de 2001; Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández; sentencia SU-1219 de 2001; Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda; auto 031A de 30 de abril de 2002. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Auto 216 de agosto 22 de 2007 Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda. Sentencia T-505 de 20 de mayo de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

instancias, y la revisión cumple esencialmente una función de unificación jurisprudencial. (...)

Con todo, lo anterior no significa que la Corte pueda dejar de lado el estudio de cualquier planteamiento jurídico. Naturalmente que esa facultad de señalar el ámbito de análisis constitucional no puede ser arbitraria y, por lo mismo, existen algunas limitaciones a esa potestad. Surge entonces una obvia pregunta: ¿cuáles son esas limitaciones?

Pues bien, la Corte considera que el análisis en sede de revisión, ya sea por una de las salas o por la Corporación en pleno, (i) no puede dejar de lado los asuntos con relevancia constitucional y, ligado a lo anterior, (ii) tampoco puede dejar de analizar puntos que claramente llevarían a una decisión distinta...

(...)

Conforme a lo anterior, si en sede de revisión la Corte no tiene el deber de estudiar en detalle todos los puntos planteados por la solicitud de tutela (precisamente por no ser una instancia adicional), entonces es obvio que el mero hecho de que una sentencia de una Sala de Revisión no haya estudiado un tema o una pretensión de la demanda no configura, en sí mismo, una violación al debido proceso susceptible de generar la nulidad de la sentencia⁷⁵ (subrayas añadidas).

También es la discrecionalidad, entonces, la nota característica de la potestad ejercida por la Corte Constitucional para seleccionar pronunciamientos proferidos en sede de tutela con el fin de llevar a cabo su revisión eventual, discrecionalidad que le permite a dicho Alto Tribunal, por una parte, optimizar los resultados de su función unificadora de jurisprudencia a través de la escogencia de aquellos casos que por sus particularidades fácticas, por su trascendencia social, por su interés o relevancia jurídica realmente lo ameriten y, por otra, impedir que el trámite de este mecanismo excepcional de revisión conduzca al colapso de la actividad a cargo de la Corte, que es lo que ocurriría si se pretendiere seleccionar y revisar todas las decisiones de tutela proferidas dentro de determinado período o todos los fallos emitidos en relación con cierto patrón fáctico común o con determinado problema jurídico afín; así lo explicó la propia Corte Constitucional al hacer público el procedimiento que sigue para seleccionar fallos de tutela para su revisión:

“TRÁMITE DE SELECCIÓN DE FALLOS DE TUTELA PARA REVISIÓN.

Con el ánimo de ilustrar a la ciudadanía sobre la forma como se realiza el trámite de selección de tutelas, la Corte Constitucional se permite informar lo siguiente:

⁷⁵ Corte Constitucional, auto 031A de 30 de abril de 2002; Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. En igual sentido, puede verse los siguientes pronunciamientos de la Corte Constitucional: Auto 216 de agosto 22 de 2007; Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda; sentencia SU-1219 de 2001; Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda.

1. Todas las tutelas del país, hayan sido concedidas o negadas, deben ser remitidas a la Corte Constitucional para que se estudie su posible selección y eventual revisión.
2. Una vez llegan las tutelas a la Corte Constitucional, se les asigna un número interno que permite su reparto al azar para estudio y preselección.
3. Cualquier ciudadano puede y tiene derecho a solicitar directamente a la Corte el estudio de una tutela y para ello no tiene que acudir a intermediarios.
4. La designación de la Sala de Selección se realiza mediante sorteo, una semana antes de que inicie su labor, de tal forma que nadie sabe quiénes serán los magistrados encargados de ello. Los sorteos los hace la Sala Plena, en presencia de todos los magistrados y de la Secretaria General.
5. La Sala de Selección estudia las tutelas preseleccionadas, las peticiones escritas que haga cualquier ciudadano, y las insistencias de tutelas no seleccionadas el mes anterior. Para que una tutela sea seleccionada se requiere que los dos magistrados que componen la Sala voten a favor de su escogencia.
6. Si una tutela no es seleccionada, existe un plazo de 15 días calendario para insistir en su revisión, contados a partir de la notificación del auto mediante el cual se informa que la tutela no fue seleccionada. Si no se insiste en ese plazo, la tutela queda excluida de manera definitiva. Si hay insistencia, el estudio de la misma corresponde a otra Sala de Selección el mes siguiente, la cual también es sorteada al azar.
7. La insistencia sólo la pueden presentar los magistrados de la Corte Constitucional, el Procurador General de la Nación o el Defensor del Pueblo, por escrito y exponiendo los motivos por los cuales la tutela en cuestión debería ser reconsiderada para su eventual selección.
8. **La Sala de Selección es autónoma para decidir si acoge o no los argumentos presentados por quienes insisten.**
9. **Mediante este procedimiento se examinan mensualmente un promedio de 40.000 expedientes de tutela de todo el país – se radican 2.000 diarios-. De este total, sólo se selecciona para revisión aproximadamente 60 tutelas al mes.** En este proceso, participan cerca de 80 funcionarios de distintos niveles de la Corte Constitucional.
10. En todo caso, para los asuntos que no son seleccionados, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el respeto al precedente judicial por parte de todos los jueces del país, son garantías para que se asegure la protección efectiva de los derechos constitucionales...⁷⁶.

Resulta evidente, entonces, que la Corte Constitucional no selecciona —ni podría seleccionar— para su revisión todos los fallos de tutela, ni siquiera todas las decisiones de esta índole que cuenten con similares presupuestos fácticos o que versen sobre los mismos problema(s) jurídico(s) para resolver, pues para ello hace

⁷⁶ <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/tramite-seleccion.php>; consulta realizada el 30 de noviembre de 2011.

valer —tanto horizontal como verticalmente— la eficacia vinculante relativa de sus precedentes; ello sin perjuicio de poder ejercer la potestad de volver a elegir casos análogos fáctica y/o jurídicamente a otros ya seleccionados con anterioridad para unificar o incluso ratificar o variar su jurisprudencia, cuando la propia Corte lo estima necesario en virtud de la concurrencia de circunstancias cuya pertinencia o relevancia ella misma califica y que se encuentran lejos de conducirla a sostener que la escogencia de un cierto tipo de caso para su eventual revisión, la obliga a seleccionar, a futuro, todos los demás supuestos que resulten fáctica o jurídicamente equiparables al que fue materia de previa selección.

4. Sobre la obligatoriedad, viabilidad jurídica y/o conveniencia de que el Consejo de Estado seleccione más de un caso para, por la vía de su revisión eventual, unificar jurisprudencia en relación con el mismo punto de derecho, atendida la analogía fáctica existente entre los diversos supuestos concretos cuya escogencia para revisión se deprecia a esta Corporación.

En apartado anterior del presente proveído se indicó que una de las características que acompaña al mecanismo de revisión eventual de decisiones que ponen fin a procesos iniciados en ejercicio de la acción popular es la consistente en que, precisamente por tratarse de un mecanismo *eventual*, no resulta *obligatorio* —sino meramente potestativo— admitir y dar trámite a solicitud alguna de selección de las que los interesados eleven, por más que la respectiva petición sea sustentada en debida forma y que la respuesta a la misma, por parte del Consejo de Estado, deba ser motivada.

No otro es el sentido que corresponde atribuir al artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 cuando establece que el Consejo de Estado puede decidir sobre “[L]a selección **o no** de cada sentencia o providencia”, pues una hermenéutica distinta conduciría a sostener que la revisión tuviere que dejar de ser catalogada como *eventual*, con evidente desconocimiento de lo querido y lo diseñado por el Legislador estatutario en esta materia según se desprende de la historia fidedigna del establecimiento de la citada norma y de la dinámica de funcionamiento de los mecanismos procesales que el Legislador tuvo a bien considerar como referentes al consagrar la revisión eventual en sede de acciones populares y de grupo —*certiorari* y revisión eventual de fallos de tutela realizada por la Corte Constitucional colombiana—.

En ese orden de ideas, aún cuando en un caso determinado el peticionario invoque y efectivamente concurren uno o varios de los múltiples y no taxativamente precisables supuestos que cuentan con la virtualidad de abrir paso

a la selección del correspondiente pronunciamiento para su revisión por parte del Consejo de Estado, la presencia de tales circunstancias “no obliga a la selección (...) por parte del Consejo de Estado, toda vez que ese mecanismo, según lo dispone la ley de manera manifiesta, se caracteriza por ser eventual, no automático y menos absoluto”⁷⁷.

Aún cuando este solo aserto podría resultar suficiente para absolver buena parte de los interrogantes que plantea el problema jurídico por resolver en el presente pronunciamiento, considera la Sala pertinente formular algunas reflexiones adicionales en punto de la obligatoriedad, o no, de la viabilidad, o no y de la conveniencia o inconveniencia de seleccionar para su revisión pronunciamientos que ponen fin a procesos de acciones populares o de grupo que guardan similitud o incluso identidad tanto fáctica como jurídica con casos que con antelación hubieren sido escogidos con dicho propósito. Además, resulta importante distinguir entre aquellos supuestos en los cuales la decisión sobre si se selecciona, o no, el nuevo caso para su revisión debe ser adoptada *antes* de que se profiera un fallo de fondo que resuelva la petición de revisión respecto del evento análogo previamente escogido, de un lado y, de otro, los casos en que la primera de las aludidas determinaciones haya de ser proferida *después* de que se emita la segunda.

4.1 En cuanto tiene que ver con el cuestionamiento relativo a **si resulta obligatorio**, o no, admitir y tramitar todas las solicitudes de selección para eventual revisión que se formulen respecto de casos análogos a alguno(s) que haya(n) sido previamente escogido(s) con idéntico propósito, cuanto se explicó al inicio del presente apartado sería suficiente para dar una respuesta negativa y concluir que dicha escogencia en modo alguno se torna imperativa.

Empero, frente al anterior aserto podría formularse el reparo consistente en que el mismo podría resultar vulnerador del principio/derecho a la igualdad e, incluso, del derecho fundamental de acceso a la Administración de Justicia toda vez que se encontraría en una posición privilegiada, sin que aparentemente medie para ello una justificación plausible y jurídicamente atendible, la persona cuyo caso fue seleccionado para revisión y por el contrario resultarían afectadas todas las demás que, ante situaciones análogas, se ven privadas de dicha posibilidad, lo cual

⁷⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 14 de julio de 2009; Radicación número: 20001-23-31-000-2007-00244-01(IJ)AG; Actor: Gladys Alvarado Acosta y otros. Demandado: Municipio de Chiriguana.

adicionalmente les cercenaría la opción de acceder a esta instancia de la Administración de Justicia como otros usuarios de la misma.

Por otra parte, podría aducirse que la anotada respuesta negativa desconoce que el Juez debe cumplir con su función de administrar Justicia en todos y cada uno de los casos concretos que se someten a su consideración, pues lo contrario constituiría la aceptación de que la labor judicial constituye un ejercicio puramente retórico, de formulación de criterios de decisión —a través de la función de unificación de jurisprudencia— desconectados de la realidad de los litigios con existencia material, con la consecuente vulneración del derecho de las personas a obtener un amparo judicial efectivo para sus derechos o intereses legítimos. Además, podría sostenerse que la función de unificación de la jurisprudencia no comporta un fin en sí mismo, sino la consagración normativa de un medio para la realización de la Justicia, mas ese propósito de uniformidad en la aplicación del ordenamiento jurídico no se alcanzaría de forma plena si la jurisprudencia se unifica solamente para algunos casos y no para todos.

Sin embargo, tales posibles críticas —en criterio de la Sala— deben ser desestimadas. En cuanto hace a la probable transgresión del derecho a la igualdad que la conclusión aquí prolijada pudiere conllevar, no puede perderse de vista que la obtención de la igualdad absoluta entre situaciones jurídicas equiparables constituye un propósito, las más de las veces, de imposible obtención. De cara al problema jurídico que aquí se examina, la igualdad absoluta implicaría la obligación de seleccionar, sin excepción, para su revisión, *todos* los casos similares o análogos al que fue escogido para unificar jurisprudencia, tanto los que se encuentren pendientes de decisión sobre si se les escoge, o no, como aquellos para los cuales dicha oportunidad ya feneció y, de todos modos, tendrían que ser reabiertos para garantizar a plenitud esa igualdad, sin matices ni distinciones, todos aquellos que hubieren sido fallados con base en argumentos contrarios a los que sirvan de apoyo a la postura jurisprudencial alrededor de la cual se resuelva finalmente la respectiva unificación.

Más allá de los gravísimos y nada deseables efectos que semejante entendimiento derivaría para los principios de seguridad jurídica, de cosa juzgada, de tutela de la confianza legítima o de buena fe, tal interpretación lisa y llanamente desnaturalizaría por completo el mecanismo de revisión en comento, el cual en manera alguna podría ser catalogado como *eventual*, pues habría pasado a

convertirse en un trámite ineluctable, cosa que clara y abiertamente se apartaría de lo querido por el Legislador al incluir esta excepcional modalidad de impugnación en el sistema jurídico nacional, además de que tornaría en completamente inoperante el citado mecanismo, pues el trámite y decisión de fondo de tal cantidad de peticiones de revisión congestionaría a tal punto al Consejo de Estado que, prácticamente, lo colapsaría, con la consiguiente afectación para el derecho de todos los ciudadanos a obtener, no ya solamente en sede de acciones populares o de grupo sino en cualesquiera otros procesos judiciales, pronta y cumplida Administración de Justicia.

Es por ello que resulta plenamente explicable, razonable y justificado que en la Exposición de Motivos del proyecto que habría de convertirse en Ley 1285 de 2009 se hubieren incluido, como referentes para la aplicación del mecanismo en cuestión, dos figuras que atribuyen amplios márgenes de discrecionalidad al correspondiente Tribunal —la Suprema Corte estadounidense, en el caso del *writ of certiorari* y la Corte Constitucional de Colombia, en tratándose de la revisión eventual de sentencias de tutela— para escoger los casos de cuyo estudio de fondo habrá de ocuparse con fundamento en criterios como su relevancia jurídica, su trascendencia social, la necesidad de uniformizar la interpretación de un segmento normativo, entre otros, pero de suerte que se evite, de todos modos, la excesiva congestión o el colapso del órgano judicial respectivo y que se garantice, gracias a la elección de un adecuado volumen de litigios para su estudio, la calidad, la pertinencia y la oportunidad de los pronunciamientos que unifican la jurisprudencia.

Por otra parte, debe tomarse en consideración que es éste último propósito de unificación de la jurisprudencia el que constituye la finalidad directa y principal de la aplicación del mecanismo de revisión eventual respecto de los procesos iniciados en ejercicio de la acción popular, sin que el citado mecanismo constituya una instancia adicional puesta a disposición de las partes para que puedan ventilar nuevamente las discrepancias que debieron ser materia de discusión en las dos instancias del correspondiente proceso. No. Como insistentemente se recalcó en apartado previo dentro de este proveído, la finalidad primordial de la revisión eventual no es la de constatar o revisar la legalidad o la conformidad a derecho de las providencias de instancia proferidas dentro de los juicios de acción popular, pues si bien es cierto que a ello podría llegarse como consecuencia de la formulación del criterio o subregla de decisión con arreglo a los cuales se unifique

la jurisprudencia, lo cierto es que los yerros de apreciación fáctica, de valoración probatoria o de aplicación normativa no constituyen argumento o razón suficientes, *per se*, para que la solicitud de selección para revisión eventual pueda abrirse paso.

De hecho, si se entendiese que el trámite de la revisión eventual ante el Consejo de Estado constituye una tercera instancia de decisión dentro del proceso respectivo, entonces sí se configurarían flagrantes transgresiones al principio/derecho a la igualdad, pues sólo unos pocos privilegiados gozarían de juicios de tres instancias, mientras que la gran mayoría de los usuarios del servicio de Administración de Justicia verían zanjadas sus controversias en procesos de doble instancia. Por ello, en claro paralelismo con lo que acontece respecto de la revisión eventual a cargo del Consejo de Estado, la Corte Constitucional, a propósito de la revisión de sentencias de tutela ha subrayado —y ello resulta trasladable, *mutatis mutandi* al *sub judice*— que ésta tiene por objeto unificar la jurisprudencia y que sólo consecuentemente dirimir un conflicto *inter partes* y ello se suma a los argumentos que apuntan en la dirección de reconocer eficacia vinculante *erga omnes* a los precedentes judiciales en cuanto al alcance y al contenido de los derechos fundamentales definidos en sede de tutela, pues si tales decisiones sólo resultaren obligatorias para las partes en el caso concreto, el tratamiento de favor para éstas y su posición de injustificado privilegio respecto de todos quienes no vieron su litigio escogido para revisión, no pueden aparecer más patentes:

“En síntesis, como tal enfoque esterilizaría la función, debe concluirse que las sentencias de revisión que dicta la Corte Constitucional no pueden equipararse a las que profieren los jueces cuando resuelven sobre la demanda de tutela en concreto o acerca de la impugnación presentada contra el fallo de primer grado, sino que, por la naturaleza misma de la autoridad que la Constitución le confiere en punto a la guarda de su integridad y supremacía, incorporan un valor agregado de amplio espectro, relativo a la interpretación auténtica de la preceptiva fundamental sobre los derechos básicos y su efectividad.

Tales sentencias tienen un doble aspecto, con consecuencias jurídicas distintas : uno subjetivo, circunscrito y limitado al caso concreto, bien que se confirme lo resuelto en instancia, ya sea que se revoque o modifique (artículos 36 del Decreto 2591 de 1991 y 48 de la Ley 270 de 1996), y otro objetivo, con consecuencias generales, que implica el establecimiento de jurisprudencia, merced a la decantación de criterios jurídicos y a su reiteración en el tiempo, y que, cuando plasma la interpretación de normas

constitucionales, definiendo el alcance y el sentido en que se las debe entender y aplicar -lo cual no siempre ocurre-, puede comportar también la creación de doctrina constitucional, vinculante para los jueces en casos cuyos fundamentos fácticos encajen en el arquetipo objeto del análisis constitucional efectuado, siempre que tales eventos no estén regulados de manera expresa por normas legales imperativas.

De igual manera, la Corte en sentencia T- 068 de 2000 reiteró que sus sentencias de amparo no resultaban equiparables con aquellas que profieren los jueces ordinarios, por cuanto se trata de interpretar la Constitución misma. En palabras de esta Corporación:

“De aceptarse la tesis según la cual lo expresado por la Corte Constitucional en un fallo de revisión llega tan solo hasta los confines del asunto particular fallado en las instancias, sin proyección doctrinal alguna, se consagraría, en abierta violación del artículo 13 de la Carta, un mecanismo selectivo e injustificado de tercera instancia, por cuya virtud algunos pocos de los individuos enfrentados en procesos de tutela gozarían del privilegio de una nueva ocasión de estudio de sus casos, al paso que los demás –la inmensa mayoría- debería conformarse con dos instancias de amparo, pues despojada la función del efecto multiplicador que debe tener la doctrina constitucional, la Corte no sería sino otro superior jerárquico limitado a fallar de nuevo sobre lo resuelto en niveles inferiores de la jurisdicción.

Posteriormente, en sentencia C- 252 de 2001, la Corte reiteró su postura en cuanto al carácter vinculante de (sic) presentan los fallos de tutela, los cuales trascienden la resolución del caso concreto...”⁷⁸.

En el anterior orden de ideas, resulta forzoso concluir que los pronunciamientos de fondo proferidos por el Consejo de Estado en sede de revisión eventual de los procesos iniciados en ejercicio de las acciones populares o de las acciones de grupo producen, de un lado, unos efectos *inter partes* o *subjetivos*, que alcanzan solamente a los sujetos inmiscuidos en el proceso de origen, pero que no son aquéllos que inicial y primordialmente se buscan con la operatividad del mencionado mecanismo excepcional de impugnación, pues los propósitos de éste se enderezan, fundamentalmente, hacia la consolidación de unos efectos vinculantes de manera relativa *erga omnes* para el fallo respectivo, esto es que el precedente judicial contenido en la correspondiente sentencia de unificación, integrado de la manera antes descrita –por la inescindible conexión entre el entramado fáctico del caso, la subregla o criterio judicial de decisión y la parte resolutive del proveído–, deviene en obligatorio para todas las personas y

⁷⁸ Corte Constitucional, sentencia C-335 de 2008; Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

autoridades, quienes deben estarse a su contenido para la resolución de supuestos análogos futuros, salvo que previa satisfacción de las previamente explicadas cargas de transparencia y de argumentación, se opte por apartarse de o por modificar el precedente.

Sólo esta comprensión respecto de la finalidad y de los alcances de la revisión eventual de providencias encomendada al Consejo de Estado y respecto del carácter obligatorio del precedente judicial contenido en las respectivas sentencias de unificación, permite concluir que no se conculca el derecho/principio a la igualdad cuando se sostiene que bien puede el máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo escoger un determinado caso para su revisión sin que quede por ello obligado a seleccionar también todos los demás supuestos análogos que se presenten a futuro o que hubieren tenido ocurrencia de manera simultánea o anterior.

De hecho, el reconocimiento de la especial naturaleza que acompaña al mecanismo de revisión eventual en materia de acciones populares parte de admitir que en la colisión que la operatividad del mismo plantea entre los principios de igualdad formal -en el sentido de si todas las personas solicitantes de revisión eventual tienen derecho, o no, a que su caso sea seleccionado por el Consejo de Estado-, de un lado y de seguridad jurídica -y de tutela de la confianza legítima, según antes se indicó-, de otro, claramente el Legislador -con el aval de la Corte Constitucional, expresado en la sentencia C-713 de 2008 en la cual se declaró exequible la esencial característica de la *eventualidad* del mecanismo- optó por hacer prevalecer, fruto del correspondiente examen de proporcionalidad, el segundo de los principios en mención respecto del primero.

Ello se desprende, según puede advertirlo esta Sala⁷⁹, de que el anotado carácter eventual del mecanismo constituye un medio adecuado o idóneo para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo de la unificación de la jurisprudencia -con el consiguiente beneficio para los principios de seguridad jurídica y confianza legítima-, necesario en cuanto que sólo a través de la atribución de una competencia de esta índole al Tribunal Supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (artículo 237-1 C.P.) se garantizan la uniformidad y la

⁷⁹ La citada sentencia C-713 de 2008 de la Corte Constitucional no hace explícito el referido juicio de proporcionalidad, no obstante lo cual el mismo, a no dudarlo, subyace a la declaratoria de exequibilidad del mecanismo excepcional de impugnación en comento como de naturaleza *eventual*, que no *obligatoria*.

estabilidad en la aplicación del orden jurídico en materia de acciones populares y ponderado -o proporcional *stricto sensu*- en la medida en que la afectación que se causa al derecho a la igualdad resulta poco intensa -siempre los no beneficiados por la selección eventual de sus procesos gozan de la protección derivada de la obligatoriedad para todas las autoridades de respetar los precedentes jurisprudenciales, en concreto de los derivados de las sentencias de unificación proferidas en sede de revisión eventual- si se le coteja con el elevado beneficio correlativo que la eventualidad del mecanismo dispensa para la seguridad jurídica a través de la selección de casos significativos sin alterar el adecuado y eficiente funcionamiento de la Administración de Justicia.

La inexistencia de la obligación de seleccionar la totalidad de los fallos relacionados con una misma temática, por lo demás, tampoco vulnera el derecho fundamental de acceso a la Administración de Justicia de las personas cuyos litigios no son escogidos para revisión por el Consejo de Estado, toda vez que el pleito respectivo ha sido tramitado y resuelto ya en dos instancias, las cuales satisfacen plenamente el contenido de la aludida garantía constitucional. Adicionalmente, admitir que el Consejo de Estado se encuentra obligado a seleccionar todos los casos análogos a aquéllos que escoge para su eventual revisión, además de conducir al colapso de la Corporación por la congestión que ello comportaría y a la captura de la misma por los diferentes actores populares, quienes tendrían la atención casi que exclusiva de dicha Jurisdicción especializada para el examen de los asuntos por ellos planteados, generaría la muy grave consecuencia de privar de posibilidades reales de dispensar pronta y cumplida justicia a todas las demás personas que igual la Constitución Política erige en titulares del derecho fundamental de acceso a la Administración de Justicia, cuyo derecho constitucional fundamental a obtener una decisión judicial sustancial y oportuna -en litigios diversos de los de acciones populares-, quedaría inadmisiblemente postergado *sine die* como consecuencia de que el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo tendría que ocuparse, de preferencia -y casi en exclusiva- al estudio de solicitudes de una revisión que habría dejado de ser eventual y selectiva, como la diseñó y la consagró el legislador estatutario, para tornarse entonces en automática, generalizada, obligatoria e imperativa y que por esa misma vía vería mutar su naturaleza de mecanismo orientado a la unificación de jurisprudencia, a la de recurso que abriría paso a una tercera instancia de decisión respecto de todos los procesos iniciados en ejercicio de la acción popular.

Adiciónase a lo anterior que pretender que la selección para revisión de todos los casos análogos resulte imperativa imposibilitaría, eso sí, que se arribe a la adopción de decisiones verdaderamente definitivas de los litigios que se plantean ante el aparato estatal de Administración de Justicia, en un plazo razonable y con observancia de los elementos que integran tanto el contenido del derecho fundamental de acceso a la Justicia —derecho a un amparo judicial pronto y sustancial— como del principio de seguridad jurídica, con el consiguiente desconocimiento de las garantías judiciales consagradas en los artículos 8-1 y 25-1 de la Convención Americana de Derechos Humanos —en especial de la referida a la obtención de un pronunciamiento de fondo dentro de un plazo razonable— y cuya imperativa observancia en no pocas ocasiones ha subrayado la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸⁰, lo cual se corresponde con la, no por evidente menos certera, apreciación que a este respecto se ha realizado en el sentido de que “[E]l acceso a la justicia solamente se consolida cuando hay una decisión final que resuelva la acción, garantice el derecho y sea efectivamente cumplida”⁸¹.

4.2 En lo atinente a la **viabilidad jurídica** de la escogencia de una providencia que pone fin a un proceso iniciado en ejercicio de la acción popular y que aborde problemas jurídicos o que resuelva casos análogos a otro(s) en relación con el(los) cual(es) ya hubo previamente una selección para revisión, lo que procede sostener es que dicha alternativa, sin que resulte imperativa u obligatoria sí es perfectamente posible y, por tanto, ha de precisarse que la selección previa de un supuesto análogo mal podría determinar la imposibilidad de que, con posterioridad, se elijan para su estudio nuevas sentencias o providencias aunque los casos respectivos cuenten con patrones fácticos y/o jurídicos similares.

Y es que si bien es verdad que en principio podría pensarse que la negativa en seleccionar una providencia para su eventual revisión en consideración a que ya se ha escogido un proveído que trata sobre el mismo tópico con idéntico propósito, ha de dar lugar a que no resulte posible con posterioridad elegir otra providencia

⁸⁰ Por vía de ejemplo, pueden verse los siguientes pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso “Las Palmeras” vs. Colombia*, sentencia de 4 de febrero de 2000; *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, sentencia de 7 de marzo de 2005.

⁸¹ ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Misión a Colombia*, A/HRC/14/26/Add.2; 16 de abril de 2010, p. 16.

que trate sobre los asuntos ya estudiados para examinarlos nuevamente, no es menos cierto que un correcto entendimiento tanto del artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 como de las consideraciones que respecto de los alcances de la aludida disposición han sido expuestas hasta ahora, permite concluir que en la medida en que el caso concreto ofrezca circunstancias especiales que determinen la concurrencia de los presupuestos que puedan dar lugar a la selección de una providencia para su revisión eventual, resulta apenas lógico que debe admitirse la procedencia de la correspondiente selección.

En efecto, la tarea unificadora de la jurisprudencia que le corresponde ejercer a esta Corporación como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo tiene como propósito fundamental generar la confianza en los administrados acerca de que cuentan con una hermenéutica uniforme —que no inmutable—, constante y consolidada del derecho aplicable a los casos concretos, la cual ha de servir como criterio orientador y limitante, a su vez, de las decisiones proferidas por la Administración de Justicia, al tiempo que como fuente de seguridad jurídica y de confianza legítima para unos ciudadanos que, de este modo, válidamente pueden confiar en la previsibilidad de las decisiones de sus autoridades públicas.

Como se explicó en anterior apartado dentro del presente pronunciamiento, los precedentes judiciales están lejos de constituir elementos estáticos, pétreos e inmodificables pues, muy al contrario, tienen la posibilidad —y, en veces, se les plantea una auténtica exigencia— de mutar, de acondicionarse a nuevas realidades normativas, sociales o a otro tipo de variaciones en el contexto en el cual las decisiones del operador de Justicia deben ser adoptadas y aplicadas. De ahí que, previa observancia de las tantas veces mencionadas cargas de transparencia y de argumentación, los precedentes judiciales puedan ser excepcionados, restringidos, ensanchados o modificados, esencia dinámica de los mismos que da lugar al surgimiento, consolidación y evolución de líneas jurisprudenciales construidas alrededor de problemas jurídicos planteados a través de la igualmente repetida articulación entre un determinado patrón fáctico, una subregla o criterio judicial de decisión y de la resolución del supuesto específico del cual se trate.

Por consiguiente, si se reconoce —como debe reconocerse— la esencia dinámica y modificable de los precedentes judiciales, mal podría negarse al Tribunal encargado de unificar la jurisprudencia en materia de acciones populares la

posibilidad de reestudiar, cuando así aparezca necesario, conveniente y oportuno, problemas jurídicos ya examinados a efectos de establecer si dentro de nuevos contextos o atendidas diversas perspectivas de análisis a las hasta entonces tenidas en cuenta, el precedente merece ser seguido o si se impone su ensanchamiento, su restricción o, incluso, su modificación.

Naturalmente, el ejercicio de esta posibilidad de selección de nuevos casos análogos a otro(s) ya escogido(s) al mismo efecto resulta jurídicamente viable tanto antes cuanto después de que el Consejo de Estado se hubiere pronunciado de fondo para resolver la solicitud de revisión eventual del(los) supuesto(s) específico(s) que previamente hubiere elegido para examinar con el fin de unificar jurisprudencia. Cosa distinta es el juicio de conveniencia que concierne a esta Corporación realizar con el fin de establecer la pertinencia de llevar a cabo dicha selección, en uno u otro momento.

4.3 Por cuanto respecta a **la conveniencia y/o a la necesidad** de escoger más de una o múltiples providencias sobre los mismos temas respecto de los cuales el Consejo de Estado hubiere cumplido ya la tarea unificadora de manera precisa, concreta y completa, puede sostenerse que, en principio, la escogencia de multiplicidad de casos análogos lejos de contribuir a la eficiencia y eficacia en el desempeño de dicha labor, podría generar dificultades en la medida en que tiende a tornar inocua la utilización del mecanismo de revisión eventual, dado que la providencia que en este sentido se llegare a proferir necesariamente habrá, en principio, de seguir el precedente consignado en la(s) sentencia(s) anterior(es) de unificación, con lo cual el(los) nuevo(s) proveído(s) se limitaría(n) a “repetir” lo que ya habría sido decidido y unificado, con el consiguiente desgaste de la Administración de Justicia.

Así pues, sin perjuicio de reconocer que hasta cierto punto la reiteración de pronunciamientos en el mismo sentido contribuye a dar solidez a las líneas jurisprudenciales, una vez consolidadas éstas y como consecuencia de la previamente explicada fuerza gravitacional que ejercen los precedentes judiciales en relación con los casos análogos futuros a los cuales dichas subreglas jurisprudenciales resulten aplicables —*stare decisis*—, puede aseverarse que, en línea de principio, resulta innecesaria la selección de una providencia para su revisión eventual cuando sobre el mismo tema y en relación con idénticos o sustancialmente similares presupuestos fácticos ya se ha(n) seleccionado

previamente otra(s) providencia(s) para su revisión; naturalmente, el enunciado principio será aplicable en todos aquellos eventos en los cuales no medien razones justificativas de un apartamiento del precedente y, en consecuencia, se impone el seguimiento del mismo.

Empero, el postulado descrito no constituye una regla absoluta —como tampoco puede valorarse con rigidez la sustentación que el solicitante haga de su petición de revisión en la medida en que si bien la misma constituye un presupuesto de procedibilidad del mecanismo, el contenido de la solicitud no ata al Consejo de Estado en cuanto a la fijación del *thema decidendum*— pues para efectos de decidir si se selecciona, o no, una providencia definitiva para su revisión eventual resulta, más que pertinente, indispensable que se efectúe el análisis de las particularidades de cada asunto y se valoren la importancia del mismo al igual que las especificidades propias de los problemas jurídicos que se debatan en la providencia objeto de la solicitud correspondiente, por manera que si analizado el caso concreto se llegaren a encontrar supuestos de hecho o de derecho diferentes, elementos que no fueron estudiados por el Consejo de Estado previamente con ocasión de una revisión eventual o, por supuesto, razones para modificar o para apartarse del precedente, podrá y hasta resultará necesario y conveniente seleccionar la providencia para su revisión eventual.

Lo expuesto, evidentemente, dice relación con aquellos casos en los cuales las solicitudes de revisión eventual de providencias que ponen fin a acciones populares no sólo han sido admitidas a trámite sino también decididas de fondo, de suerte que existe(n) ya sentencia(s) de unificación en relación con el patrón fáctico/jurídico del cual se trate; empero, si lo que acontece es que dicha(s) petición(es) no ha dado lugar a que se dicte(n) la(s) correspondiente(s) sentencia(s) de unificación —lo cual ocurre en el presente caso—, aunque resulte jurídicamente viable —según antes se expuso— quizás no aparece conveniente y claramente no se advierte necesario continuar seleccionando para revisión nuevos casos análogos al pendiente de resolución de fondo, pues no tiene el Consejo de Estado elementos de juicio suficientes para establecer si concurren, o no, alguno(s) de los supuestos que justificaría(n) escoger el nuevo caso para que se produzca su revisión con miras a unificar jurisprudencia sobre temas o materias que están pendientes de unificación en cuanto ya se ha seleccionado un caso sobre ese mismo tópico para que se efectúe, precisamente, su revisión eventual.

5. El caso concreto.

Teniendo en cuenta todo lo hasta ahora expuesto, así como lo previsto en el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, procede la Sala a resolver la solicitud de revisión eventual de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, el 28 de abril de 2011, presentada por el señor Javier Elías Arias Idárraga en el asunto *sub judice*.

De acuerdo con lo expresado en pronunciamiento de la Sala Plena del Consejo de Estado contenido en providencia del 14 de julio de 2009⁸², constituyen presupuestos para la procedencia de la revisión eventual de providencias judiciales que ponen término a procesos iniciados con ocasión del ejercicio de la acción popular, los siguientes:

i) Que la providencia objeto de la solicitud hubiere sido proferida en un proceso iniciado en ejercicio de la acción popular o de grupo.

ii) Que la Jurisdicción llamada a conocer de tales acciones sea la Contencioso Administrativa.

A este respecto, de conformidad con lo preceptuado en el Acuerdo No. 117 del 12 de octubre de 2010 emanado de la Sala Plena de esta Corporación, de la solicitud de selección para la eventual revisión de providencias definitivas proferidas por los Tribunales Administrativos en segunda instancia, conocerán todas las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sin atender a su especialidad, previo reparto efectuado por el Presidente de la Corporación. Esta circunstancia, como se indicó desde el inicio del presente pronunciamiento, explica la necesidad de unificar criterios en torno al ejercicio de la potestad de selección de acciones populares o de acciones de grupo para su revisión eventual, los cuales puedan —y deban— ser tenidos en cuenta por todas y cada una de las mencionadas Secciones que integran la Sala Contenciosa de esta Corporación.

⁸² Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 14 de julio de 2009. Expediente: (AG) 200012331000200700244 01.

iii) Que la solicitud haya sido formulada a petición de parte o del Ministerio Público, dentro de los 8 días siguientes a la notificación de la providencia correspondiente.

iv) Que la providencia cuya revisión se pretende sea de aquellas que determinen la finalización o el archivo del respectivo proceso.

v) Que la providencia cuya revisión se depreca hubiere sido dictada por un Tribunal Administrativo.

vi) Que la providencia a ser eventualmente revisada plantee o aborde problemas respecto de los cuales quepa predicar las siguientes particularidades:

- Cumple(n) con el propósito de posibilitar, requerir o ameritar un pronunciamiento encaminado a unificar jurisprudencia.

- Tiene(n) una trascendencia e incidencia directa e inmediata en la decisión a adoptar en el caso concreto examinado.

vii) Que la petición de revisión eventual sea sustentada por el interesado, pues para decidir sobre la selección, o no, de una providencia definitiva para su revisión eventual, se requiere del estudio de los siguientes aspectos:

“... **a)** las particularidades de cada asunto; **b)** el cumplimiento de los requisitos legales para la procedencia de la solicitud de revisión; **c)** la configuración de uno o varios de los eventos que determinen la necesidad de unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado y **d)** la importancia y trascendencia de los temas que se debatan en la providencia objeto de la solicitud correspondiente, serán los parámetros que esta Corporación tendrá en cuenta para efectos de definir la selección, o no, de la providencia respectiva, lo cual, por supuesto, deberá estar contenido en la motivación a que haya lugar”⁸³.

En el presente caso concreto se trata de una acción popular iniciada con ocasión de la omisión en la cual, según lo expone la parte actora, habría incurrido la entidad pública demandada al no haber efectuado hasta la fecha los estudios de vulnerabilidad sísmica de que trata el artículo 54 de la Ley 400 de 1997, a la planta física en la cual se encuentra ubicada la Central Hidroeléctrica de Caldas S.A.

⁸³ Ibidem.

E.S.P. CHEC, razón por la cual la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la encargada de conocer del asunto.

De igual forma, esta Sala Plena es competente para conocer de la petición de revisión eventual elevada en el presente caso habida consideración de que el procedimiento que debe imprimirse a la misma, de conformidad con lo dispuesto en el mencionado Acuerdo 117 de 2010, en modo alguno excluye el ejercicio, por parte de la Sala Plena de esta Corporación, de la potestad que le confieren los artículos 130 del Código Contencioso Administrativo —C.C.A.— y 37-5 de la Ley 270 de 1996 para avocar el conocimiento de procesos debido a su importancia jurídica o a su trascendencia social, facultad a la cual puede acudir con independencia de la naturaleza del asunto a decidir y siempre que la Sala encuentre que en el mismo concurre —como acontece en el evento *sub examine*, el cual reviste indiscutible importancia jurídica— alguno de los supuestos enunciados en los referidos artículos 130 C.C.A., y 37-5 de la citada Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

La solicitud de selección para revisión eventual en el asunto *sub lite*, por lo demás, fue elevada por una de las partes, de manera oportuna y sustentada y versa sobre una providencia que puso fin al proceso, toda vez que se refiere a la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Caldas, a través de la cual se resolvió el recurso de apelación presentado contra la sentencia de primera instancia.

En cuanto al propósito de la labor de unificación de jurisprudencia que debe procurarse a través de la operatividad del mecanismo de revisión eventual en materia de acciones populares, en el citado auto del 14 de julio de 2009 la Sala Plena de esta Corporación, a título enunciativo, identificó algunos eventos en los cuales podría estar llamada a ser atendida la solicitud de revisión eventual respectiva, como por ejemplo **(i)** cuando uno o varios de los temas contenidos en la providencia respectiva hubiere merecido tratamiento diverso por la jurisprudencia del Consejo de Estado; **(ii)** cuando uno o varios de los temas de la providencia, por su complejidad, por su indeterminación, por la ausencia de claridad de las disposiciones normativas en las que se funda o por un vacío en la legislación, sean susceptibles de confusión o involucren disposiciones respecto de las cuales quepan diferentes formas de aplicación o interpretación; **(iii)** cuando sobre uno o varios de los temas de la providencia no hubiere una posición consolidada por parte de la jurisprudencia de esta Corporación o **(iv)** cuando uno o

varios de los temas de la providencia no hubiere(n) sido objeto de desarrollos jurisprudenciales, por parte del Consejo de Estado.

De nuevo descendiendo al proceso que dio origen a la formulación de la solicitud de selección para revisión eventual que se decide mediante el presente pronunciamiento, se tiene que surtido el trámite de la primera instancia, el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales profirió sentencia el día 14 de febrero de 2011, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda (fls. 152-159 cuad. 1); dicho proveído fue apelado por la parte actora (fls. 162-163 cuad. 1) y previo agotamiento del trámite de la segunda instancia, el recurso de alzada fue desatado por el Tribunal Administrativo de Caldas mediante sentencia que confirmó aquella proferida por el Juzgado *a quo* (fls. 7-25 cuad. ppal.)

En la sentencia cuya revisión se pretende en el presente caso, el Tribunal Administrativo de Caldas, para resolver el litigio que ante él se ventiló, se ocupó de adelantar el estudio de las siguientes materias: *i*) examen de vulnerabilidad sísmica del que trata la Ley 400 de 1997; *ii*) análisis sobre la procedencia del reconocimiento del incentivo para los actores populares que promovieron la acción, pero ésta no se decidió —o decidirá— sino después de la entrada en vigencia de la Ley 1425 de 2010⁸⁴.

Respecto del desarrollo efectuado por el Tribunal Administrativo de Caldas frente a estos aspectos, encuentra la Sala, de un lado, que en relación con el tema de la

⁸⁴ La Corte Constitucional declaró exequible la Ley 1425 de 2012 mediante sentencia C-630 de 2011, con fundamento, en lo sustancial, en los siguientes argumentos: *(i)* Que con la expedición de la Ley en mención no se desconoció la reserva de ley estatutaria comoquiera que si bien el referido conjunto normativo regula un aspecto propio de las acciones populares, el objeto de la regulación no trata sobre un elemento estructural ni de los principios básicos de la acción popular; no se refiere a los contenidos esenciales o nucleares del derecho a interponer tales recursos judiciales; no regula aspectos inherentes al ejercicio del derecho y tampoco constituye una regulación que se ocupe de manera integral de la acción popular en sí misma considerada ni de los principios que la rigen. Adicionalmente, a juicio de la Corte

(ii) el Congreso de la República no violó el principio de progresividad y la prohibición de regresividad de los derechos sociales, al derogar las normas que establecían un incentivo económico para el actor en las acciones populares -artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998-, toda vez que no se trata de una medida que obstaculice gravemente el acceso a un nivel de protección del cual gozaban tales derechos y por cuanto la medida propende por mejorar el ejercicio del derecho de acción en comento al paliar los efectos indeseados que la fijación del incentivo venía propiciando. Y, finalmente, entendió la Corte que

(iii) la supresión del incentivo en favor del actor popular no vulnera los principios de igualdad y de equidad de las cargas públicas ni establece una restricción injustificada al acceso a la Administración de Justicia derivada de una presunta pérdida de eficacia de la herramienta constitucional para la defensa de derechos colectivos.

protección al derecho colectivo “a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente” existen ya pronunciamientos de esta Corporación en cuyos contenidos no se presenta disparidad alguna⁸⁵, razón por la cual en lo atinente a este tema no concurre alguno de los eventos que podría dar lugar a la selección de un pronunciamiento para unificar jurisprudencia y, de otro, en cuanto tiene que ver con el reconocimiento del incentivo en vigencia de la Ley 1425 de 2010, el mismo constituye un asunto jurídico en relación con el cual ya se seleccionó una providencia para revisión y sólo a partir de su definición de fondo cuando la Sala Plena cumplirá su tarea de unificación de jurisprudencia sobre esa específica materia, por lo cual no habrá lugar a la escogencia de un caso adicional con el mismo propósito y sobre idéntica problemática.

Y es que en relación con el tema de la viabilidad del reconocimiento del incentivo a favor de los actores populares después de la entrada en vigencia de la Ley 1425 de 2010, cuando el proceso correspondiente ha iniciado antes de la expedición del referido cuerpo normativo, problema jurídico cuyo estudio constituye el objetivo fundamental de la solicitud de revisión eventual que mediante el presente pronunciamiento se resuelve, resulta menester destacar que si bien frente a este extremo las posturas asumidas por las Secciones Tercera y Primera de esta Corporación han resultado divergentes, lo cierto es que para decisión de esta Sala Plena, la Sección Tercera de esta Corporación, en providencia del 23 de marzo de 2011, ya seleccionó una sentencia que puso fin a un proceso de acción popular, precisamente, con el fin de unificar la jurisprudencia en torno al tema en cuestión; por ello, en la medida en que la tarea unificadora de jurisprudencia, en principio, se agotará al momento de decidir de fondo la revisión de la providencia antes referenciada, estima la Sala que en la actualidad y sobre ese mismo punto resulta inadecuado, inconveniente e innecesario seleccionar un nuevo fallo para estos mismos efectos.

Así las cosas, en el asunto *sub judice* los problemas jurídicos que se plantean resultan similares a aquellos que sirvieron de fundamento para que la Sección Tercera, mediante el auto del 23 de marzo de 2011⁸⁶, seleccionara la providencia

⁸⁵ Ver Sentencia del 20 de mayo de 2010, Expediente No. 50001-23-31-000-2005-10321-01(AP). Magistrado Ponente: María Claudia Rojas Lasso.

⁸⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicación: 17001-33-31-001- 2009-01489-01(AP) REV. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Actor: Javier Elías Arias Idárraga.

objeto de la solicitud en esa oportunidad, motivo por el cual ahora no resulta menester la selección de un nuevo pronunciamiento con idéntica finalidad.

Por consiguiente, se denegará la solicitud de revisión eventual presentada por la parte demandante respecto de la sentencia del 28 de abril de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

Primero: NO SELECCIONAR para revisión la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, el 28 de abril de 2011.

Segundo: NOTIFICAR la presente providencia, por estado, a las partes y al Ministerio Público.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE y PUBLÍQUESE

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN
Presidente

VICTOR H. ALVARADO ARDILA
RINCÓN
Ausente con excusa

HERNAN ANDRADE

GERARDO ARENAS MONSALVE
BÁRCENAS

HUGO F. BASTIDAS

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
VALENCIA**

Con aclaración de voto

SUSANA BUITRAGO

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
GOMEZ**

Con salvedad de voto

MAURICIO FAJARDO

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Ausente con excusa

ENRIQUE GIL BOTERO

**WILLIAM GIRALDO GIRALDO
RODRIGUEZ**

Ausente con excusa

CARMEN TERESA ORTIZ DE

**BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PAEZ
LASSO**

MARÍA CLAUDIA ROJAS

**DANILO ROJAS BETANCOURTH
GAMBOA**

Con salvedad de voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO

Ausente con excusa

MAURICIO TORRES CUERVO

Ausente con excusa

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

**ALFONSO VARGAS RINCÓN
MORENO**

MARCO ANTONIO VELILLA

Ausente con excusa

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Con aclaración de voto

ALBERTO YES BARREIRO

Con aclaración de voto

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Falta de coincidencia entre el sentido y alcance que la ponencia mayoritaria reconoce al precedente judicial y la *ratio* de la decisión que se adopta en el *sub lite*

Al abordar el carácter vinculante de los precedentes, se destaca la obligación puesta en cabeza de las autoridades judiciales de asegurarles a los asociados igualdad de trato. Ese papel –indica la decisión mayoritaria–, es el que le corresponde desempeñar a las autoridades públicas en un Estado social de derecho, tarea en la que también están comprometidas las autoridades judiciales. Cabe preguntarse, si esto es así y, claro que lo es. Cómo afirmar entonces –folio 73– que bien puede el máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa escoger un determinado caso para su revisión y no estar obligado a seleccionar uno análogo, ya fuere éste presentado en el futuro o simultáneamente, con argumentos que, en lugar de justificar el planteamiento hecho en los considerandos, evidencian el trato diferencial injustificado que se plantea.

EFICACIA – No puede ponerse en la balanza cuando está en juego la realización de la igualdad.

En efecto, el mandato contemplado en el artículo 13 es imperativo; las autoridades públicas y, ello abarca también a las judiciales, estamos llamadas a materializarlo. Alegar motivos de eficacia para incumplir con ese mandato, no parece ser suficiente motivación, cuando la igualdad resulta ser un propósito tan de primer orden y sustantivo en nuestro régimen constitucional. Desde luego, lo dicho no quiere significar que la igualdad sea un valor absoluto –ya se expuso que no lo es–. Lo que se pretende subrayar en este lugar es, más bien, que la eficiencia está lejos de ser una magnitud que pueda ponerse en la balanza cuando está en juego la realización de la igualdad.

TEORIA DEL PRECEDENTE - Las premisas normativas de las que se parte en los considerandos no se proyectan en la parte resolutive

Pese a la mencionada omisión, la ponencia –folios 22 a 32–, enumera los elementos del precedente y sostiene, asimismo, que este se encamina a asegurar que i) bajo iguales circunstancias las personas reciban igual trato y ii) la decisión adoptada con anterioridad gravita sobre las siguientes, de suerte que, solo ante circunstancias excepcionales y con fundamento en motivos razonables y provistos de peso suficiente, cabe apartarse de lo decidido. La pregunta que surge enseguida es cómo aplicar la teoría del precedente en el *sub lite* si allí mismo se toman cautelas para que una figura así carezca de toda aplicación. Dicho en otros términos, ¿cómo aplicar el precedente si, acorde con lo resuelto en la providencia mayoritaria, una vez seleccionado un asunto, no se volverá a traer a Sala el mismo tema? Por los motivos expuestos no cabe sino concluir que la providencia de la cual me distancio parte de unas premisas normativas sobre el valor del precedente y acerca de la necesidad de motivar de manera clara, transparente y coherente las decisiones judiciales–; si bien detalladamente elaboradas en los considerandos, no aparecen reflejadas en la decisión y, a la postre, el *decisum* se adopta sin que exista motivación que lo preceda.

REVISION EVENTUAL DE ACCIONES POPULARES Y DE GRUPO – Observaciones sobre el alcance dado por la decisión mayoritaria, en cuanto a su naturaleza, características y competencia del Consejo de Estado.

La decisión mayoritaria sostiene que la revisión eventual constituye un “*medio impugnativo especial o excepcional*” –folio 35– lo que, en nuestra opinión,

contradice los otros dos rasgos que, al tenor de la providencia mayoritaria, caracterizan la revisión eventual: i) ser un “*proceso autónomo*” –folios 33-34– y ii) no constituir una tercera instancia de decisión... La providencia mayoritaria hace caso omiso de que al no operar el mecanismo excepcional de la revisión eventual de manera oficiosa sino rogada –asunto que se desconoce de manera directa–, la selección debe corresponder a la solicitud presentada para el efecto, sin perjuicio de la obligación de interpretar el punto en concordancia con el principio de efecto útil frente a este excepcional mecanismo. Dicho de otro modo: desconoce la providencia mayoritaria que, en vista del carácter rogado de la facultad de revisión eventual, no habría lugar a unificar jurisprudencia sobre un punto no pedido por el solicitante. Esta Corporación carece de competencia para entrar a estudiar temas no planteados por quien eleva la solicitud de revisión eventual.

REVISION EVENTUAL – Improcedencia porque no se acreditó la vulneración de derechos o intereses colectivos y por tanto no había lugar a incentivo.

Consecuentemente, en el asunto que ocupó la atención de la Sala bien puede concluirse que, al resolver no seleccionar, no se desconoce el precedente estructurado sobre la base de que debe unificarse la jurisprudencia en torno a la aplicación de la Ley 1425, pues en el *sub lite* no se demostró la vulneración del derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres de donde es dable colegir que no hay lugar al incentivo o compensación.

SALVAMENTO DE VOTO

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero Ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

Radicación número: 17001-33-31-003-2010-00205-01(AP)SV

Actor: Javier Elías Arias Idárraga

Demandado: Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. E.S.P. CHEC

Consejera: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Con el respeto habitual por las decisiones que adopta la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, debo manifestar mi desacuerdo tanto, frente a la parte motiva como en relación con la parte resolutive de la decisión.

En el presente caso para especificar los motivos que me llevaron a separarme de manera respetuosa de la decisión mayoritaria, se divide la exposición en dos partes. Comienzo por analizar el contenido de las páginas iniciales de la ponencia –folios 5 a 31– destacando, básicamente, la falta de coincidencia entre el sentido y

alcance que se reconoce al precedente judicial y la decisión a la que se llega en el *sub lite*; enseguida se aborda el examen de lo expuesto hacia el final de los considerandos –folios 33 a 69–, que tiene que ver con la manera como se comprende y define el mecanismo de revisión eventual, a propósito de lo cual, se resaltarán algunas contradicciones conceptuales e imprecisiones en las que la providencia incurre.

Respecto del caso concreto –folios 86-93–, las observaciones se harán conjunta y simultáneamente a las que se efectúen frente a las consideraciones que sirven de sustento conceptual a la ponencia, las cuales, como ya atrás lo mencioné, poco o nada armonizan con la decisión que finalmente se adopta.

Previamente cabe precisar que la decisión mayoritaria, para deducir que el proceso de la referencia era análogo a otro ya seleccionado se apoyó en el auto calendado el 23 de marzo de 2011 –con ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa–, a su decir ambos *“iniciados antes de la promulgación de la Ley 1425 de 2010 pero fallados con posterioridad a la entrada en vigencia del referido cuerpo normativo”* –folios 3 y 4–; no obstante, debe destacarse en este lugar cómo el proceso que la mayoría trató como análogo se resolvió antes de que la Ley 1425 entrara a regir, pues la sentencia de segunda instancia se profirió el 11 de noviembre de 2010.

Y no solo eso. En el auto de 23 de marzo de 2011 CP. Jaime Orlando Santofimio el problema planteado fue el siguiente:

“En el asunto que se estudia, encontramos que la solicitud de revisión fue presentada dentro del término previsto en el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 por el actor popular quien, a la luz del mismo artículo, se encuentra legitimado para acudir al mecanismo de revisión eventual. Adicionalmente, puede constatarse que el actor puso de presente en su solicitud el tema del reconocimiento del incentivo, por lo que debe en consecuencia esta Sala determinar si la inconformidad del actor involucra en sí misma la necesidad de unificar jurisprudencia en lo que tiene que ver con el derecho al incentivo, en todos los casos de prosperidad de la acción al margen de su gestión procesal. // Lo último, teniendo en cuenta que quien solicita la revisión pone de presente la prosperidad de sus pretensiones y el reconocimiento al incentivo, justificando su inasistencia, por amenazas contra su vida, a la audiencia de pacto de cumplimiento”.

Como se constata, en el caso que se admitió para revisión eventual mediante el auto con ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio se trata de establecer si procede reconocer el incentivo económico en acciones populares cuando, por motivos de fuerza mayor, el actor popular deja de asistir a la audiencia de pacto de cumplimiento. Entretanto, en el asunto bajo consideración de la Sala la cuestión planteada se relaciona con el tránsito legislativo que derogó el incentivo económico en materia de acciones populares y de grupo y con su impacto sobre el derecho a recibirlo, cuando, como lo afirmó el actor popular, si no hubiera sido por la dilación injustificada de las autoridades judiciales, claramente se habría aplicado la ley anterior.

Ahora bien, en el *sub lite* no se demostró la vulneración del derecho o interés colectivo a la seguridad y a la prevención de desastres, motivo por el cual la discusión acerca del reconocimiento o no del incentivo económico pierde todo sentido; habría sido pertinente mostrar, más bien, las razones por las cuales el mecanismo de revisión eventual no constituye una tercera instancia –como tantas veces se afirma en la decisión mayoritaria–.

En pocas palabras, a mi juicio la decisión mayoritaria no habría podido hacer cosa distinta a exponer los motivos por los cuales en el *sub exámine*, pese a lo alegado por el actor popular, no podía accederse a la selección. Ello, empero, no sucedió. El fallo mayoritario hizo caso omiso de la improcedencia de la selección en el asunto puesto bajo su consideración y pretendió sustentar su decisión –sin lograrlo–, en un conjunto de razones desarrolladas a la manera de *obiter dictum* que no venían al caso y que finalmente resultan desconocidas por la propia decisión con lo que –como se mostrará enseguida–, además de producirse contradicciones en el terreno de la validez lógica y material se omitió dotar a la decisión de motivación.

1. Falta de coincidencia entre el sentido y alcance que la ponencia mayoritaria reconoce al precedente judicial y la *ratio* de la decisión que se adopta en el *sub lite*

La providencia de la que me aparto trata el papel de la jurisprudencia en el Estado social de derecho de manera que, en general, comparto –folios 5-32–. Sin embargo, no se explica muy bien el sentido que tiene adelantar un conjunto de apreciaciones con orientación claramente garantista cuando, la decisión que se adopta al momento de resolver el caso concreto, contraría gran parte de lo señalado en las consideraciones. Veamos.

Al abordar el carácter vinculante de los precedentes, se destaca la obligación puesta en cabeza de las autoridades judiciales de asegurarles a los asociados igualdad de trato. Ese papel –indica la decisión mayoritaria–, es el que le corresponde desempeñar a las autoridades públicas en un Estado social de derecho, tarea en la que también están comprometidas las autoridades judiciales.

Cabe preguntarse, si esto es así y, claro que lo es. Cómo afirmar entonces –folio 73– que bien puede el máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa escoger un determinado caso para su revisión y no estar obligado a seleccionar uno análogo, ya fuere éste presentado en el futuro o simultáneamente, con argumentos que, en lugar de justificar el planteamiento hecho en los considerandos, evidencian el trato diferencial injustificado que se plantea: i) el asunto no seleccionado fue fallado en dos instancias –el caso seleccionado también lo fue– y ii) si se seleccionan todos los similares, no se puede fallar en un plazo razonable, de donde se colige que el derecho a la igualdad cuya efectiva realización –según la propia ponencia–, constituye obligación principal de las autoridades judiciales en un Estado social de derecho, puede desconocerse incluso por motivos de conveniencia –folio 84– con la excusa de hacer prevalecer el principio de eficiencia.

Se afirma, ciertamente, que la igualdad absoluta entre situaciones jurídicas equiparables es imposible –folio 74–. Estoy de acuerdo; en términos concretos, humanos y sociales, no resulta factible asegurar igualdad absoluta, entre otras, porque nadie ni nada garantiza que la realización de la igualdad absoluta pueda tenerse como un valor positivo para la convivencia, tanto más cuanto se parte únicamente de situaciones asimilables en algunos puntos, pero que difieren en otros. Por ello mismo, las y los constituyentes dieron en el clavo cuando incluyeron en la redacción del artículo 13 superior, en el que se consigna el derecho a la igualdad, importantes distinciones⁸⁷.

⁸⁷ Cabe en este lugar traer a colación la manera como la jurisprudencia constitucional se ha referido reiteradamente a las mismas: *“La ley ‘debe ser aplicada de la misma forma a todas las personas’. Ésta constituye la primera dimensión del derecho a la igualdad plasmada en el artículo 13 superior, cuyo desconocimiento se concreta cuando ‘una ley se aplica de forma diferente a una o a varias personas con relación al resto de ellas’. En otras palabras, sobreviene una vulneración del derecho a la igualdad al reconocer consecuencias jurídicas diferentes a personas cuya conducta o estado se subsume en un mismo supuesto normativo. Y si bien esta manifestación del derecho a la igualdad apunta a que la ley se aplique por igual a todos, no garantiza que, efectivamente, las personas reciban el mismo trato de la ley. // Con miras a lograr este objetivo adicional, es necesario tener en cuenta la segunda dimensión del derecho a la igualdad consignado asimismo en el artículo 13 de la Constitución Política, esto es, la igualdad de trato, la cual se dirige a garantizar que la ley no regulará de forma diferente ‘la situación de personas que deberían ser tratadas igual’ ni que regulará ‘de forma igual la situación de personas que deben ser tratadas diferente’. // La tercera dimensión del derecho a la igualdad prevista también en el artículo 13 constitucional busca que todas las personas reciban, en efecto, igual protección, algo que ni la igualdad ante la ley ni la igualdad de trato pueden garantizar por sí mismas. Ello se obtiene en la medida en que se efectúen distinciones protectivas, esto es, que se proteja a las personas de forma diferente. Este desarrollo de la igualdad propende porque todas las personas gocen efectivamente de los mismos derechos, libertades y oportunidades. Tiene una connotación sustantiva pues ‘parte de la situación en que se encuentran los grupos a comparar para determinar si el tipo de protección que reciben y el grado en que se les otorga es desigual, cuando debería ser igual’; es, también, positiva, pues si se presenta una situación de desigualdad que no pueda apoyarse en razones objetivas y justificadas relacionadas con el goce efectivo de derechos constitucionales fundamentales. Corresponde al Estado adoptar ‘acciones para garantizar la igual protección’. // A la luz de lo plasmado en el artículo 13 de la Constitución Política, no resulta, pues, suficiente saber que el derecho se aplicó de modo diferente en dos situaciones en las que se ha debido aplicar de la misma forma o si al aplicarse el derecho se establecen distinciones razonables. Se exige establecer que la protección conferida por las leyes sea igual para quienes necesitan la misma protección. En breve: se debe constatar si en efecto se ha propiciado la protección requerida y, en caso de existir desigualdades, ha de determinarse si se han tomado las medidas para superar este estado de cosas de manera que se cumpla con el mandato contemplado por el artículo 13 superior. // De conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Constitución, las diferenciaciones por razón del género, y de cualquier otro referente como la raza, la condición, la opinión política o filosófica, están terminantemente proscritas – prohibición de discriminación directa–; a menos que se utilicen estas pautas para promover la igualdad de personas usualmente marginadas o discriminadas, esto es, acciones afirmativas. De lo anterior se deduce que cuando la Legislación utiliza un canon claramente indiciario de discriminación, se da paso a un juicio estricto de constitucionalidad a efecto de establecer: (i) si la medida adoptada busca una finalidad constitucionalmente imperiosa; (ii) si la medida resulta adecuada para obtener tal propósito; y (iii) si existe una proporción entre el sacrificio –de otros derechos y bienes jurídicamente tutelados– que surgen como consecuencia de haber adoptado la medida y*

Coincido, entonces, con la apreciación que hace el auto respecto de que la igualdad absoluta entre situaciones equiparables no resulta factible. En este caso podría sostenerse que lo que se busca es, precisamente, hacer abstracción de las desigualdades existentes para equiparar –bajo un punto de asimilación–, situaciones que en ciertos aspectos son equiparables y llegar así a una igualdad relativa o aproximada. En suma, que sea imposible obtener igualdad absoluta respecto de situaciones, equiparables en algunos puntos y diferentes en otros, no puede llevar a concluir que al asimilar esas situaciones bajo un término de comparación –*tertium comparationis*– se esté dejando de garantizar la igualdad.

Si, en efecto, la igualdad absoluta entre situaciones meramente equiparables resulta imposible y la igualdad constituye una de las maneras –cuando no la principal–, de realizar el Estado social de derecho, entonces, ¿cómo entender el papel del Estado social de derecho?; ¿cómo explicarnos que las y los constituyentes hayan erigido al Estado social de derecho como instrumento o vehículo para asegurar el derecho a la igualdad?; en fin, ¿cómo justificar que las autoridades públicas debamos contribuir en ese propósito tan principal si no es diluyendo ese dilema que parece *prima facie* irresoluble y recordando, precisamente, que el artículo 13 superior trata de la igualdad en términos diversos y nos enseña que ese principio puede materializarse de muy distintas formas, incluso, por medio de diferenciaciones cada vez que las circunstancias del asunto en concreto indiquen que es ésta y, no otra la mejor manera de obtener la realización de la igualdad? A propósito de lo anterior ha dicho la Corte Constitucional:

“ ... en la realidad no se presentan situaciones o personas que sean por entero iguales o totalmente distintas. Así, [se] ha subrayado: ‘ninguna situación ni persona es totalmente igual a otra, pues si lo fuera, sería la misma situación y la misma persona; y, en ese mismo contexto, ninguna situación es totalmente distinta, pues siempre existen algunos rasgos comunes entre los eventos más diversos’ (...) ¿Cómo evitar que la situación de personas que han de ser tratadas diferente se regule de manera igual y que la situación de personas que deben ser tratadas de igual manera se regule de manera diferente? En otras palabras: ¿cómo garantizar igualdad de trato? La Corte Constitucional, desde sus primeras sentencias ha puntualizado que para tales efectos resulta imprescindible ‘establecer un criterio o tertium comparationis a partir del cual se pueda determinar si las situaciones o las personas son o no iguales’. Sobre el particular, ha insistido la Corporación que la elección de ese criterio no puede ser arbitraria sino que ha de extraerse a partir de la finalidad que persigue el trato normativo objeto de análisis y debe ajustarse a los preceptos constitucionales. En tal sentido, deben ser tratadas de igual manera dos personas que de conformidad con el criterio de comparación se encuentren en similar situación”⁸⁸.

el fin que se persigue con su aplicación”. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-008 de 2010.

⁸⁸ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-543 de 2010.

En efecto, el mandato contemplado en el artículo 13 es imperativo; las autoridades públicas y, ello abarca también a las judiciales, estamos llamadas a materializarlo. Alegar motivos de eficacia para incumplir con ese mandato, no parece ser suficiente motivación, cuando la igualdad resulta ser un propósito tan de primer orden y sustantivo en nuestro régimen constitucional.

Desde luego, lo dicho no quiere significar que la igualdad sea un valor absoluto –ya se expuso que no lo es–. Lo que se pretende subrayar en este lugar es, más bien, que la eficiencia está lejos de ser una magnitud que pueda ponerse en la balanza cuando está en juego la realización de la igualdad. La eficacia tiene un carácter instrumental, no sustancial y en un Estado social de derecho, como el previsto por la Constitución que nos rige, representa un medio o vehículo para realizar valores sustantivos; no puede la eficacia considerarse como un fin en sí mismo.

Sostiene la decisión de la que me aparto –folios 9, 10, 11–, que el precedente ofrece certeza a la comunidad jurídica en cuanto asegura que las autoridades judiciales decidirán de una manera uniforme y garantiza que los asociados puedan guiarse por tales decisiones de manera que no se comprometa la buena fe, ni la confianza legítima. Según la ponencia, la observancia del precedente judicial se liga, igualmente, con el respeto por el acto propio y con el derecho de acceso a la administración de justicia.

Y es que todo lo que se considera en la providencia en relación con este punto, es así; pero nuevamente aparece una discordancia clara entre lo que se afirma en la parte considerativa y lo que finalmente se decide; de suerte que, la certeza, la buena fe, la confianza legítima y el acceso a la justicia, permanecen suspendidas en la retórica como si se tratara de un texto en el que se fijan posiciones académicas o políticas, más que de lo que realmente es, una providencia judicial en la que se exige coherencia entre lo motivado y lo resuelto de manera que pueda ejercerse control acerca de su validez y corrección.

En el *sub lite* se trata de una providencia judicial encaminada a resolver no seleccionar el asunto cuya solicitud de revisión eventual se orientó a la unificación de jurisprudencia en materia de incentivos en acciones populares, por lo que los argumentos que se esgrimen en los considerandos tendrían que exponer las razones de modo que se justifique la decisión adoptada. No obstante, ello no ocurrió así.

Es de anotar primeramente en el hipotético caso de que el actor popular –cualquiera que fuere su nombre–, tuviere derecho a que se revise la providencia y, en consecuencia, a obtener una decisión que se proyecte sobre su derecho al incentivo, porque el derecho colectivo se protegió con su concurso, ¿en dónde queda la certeza, la buena fe, la confianza del administrado y su acceso a la justicia –de las que la decisión hace gala en los considerandos así sea tan sólo *obiter dictum*–, cuando el administrado se enfrenta a que su caso no será estudiado porque similares al suyo llegaron primero? Sobre este punto guarda silencio la decisión, pero así se colige de su lectura.

Al tenor de lo establecido en la providencia, resulta imposible realizar igualdad sustancial, pues la mayoría resolvió ponerla en contradicción con el principio de eficiencia al esgrimirse que la selección de acciones populares para su revisión supone mayor trabajo y congestión, de modo que, atendiendo a motivos meramente instrumentales o de conveniencia, se desatiende la protección de derechos y principios constitucionales fundamentales, tales como la igualdad, el acceso a la administración de justicia, la buena fe y la confianza legítima, derechos y principios éstos cuya realización, a la luz de lo afirmado y decidido por la mayoría sería posible teóricamente, pero no en la práctica.

Adicionalmente, si, de un lado, se tiene en cuenta el aparte –folio 12–, en el que se aborda el principio de publicidad relacionado con la obligación de motivar las decisiones judiciales, dado que –como bien se afirma en ese lugar–, únicamente por medio de la motivación es dable conocer de manera real y oportuna las decisiones judiciales –cuestión ésta que jamás podría ponerse en tela de juicio–; y si, de otro lado, se repara en el énfasis que marca la ponencia sobre la obligación radicada en cabeza de las autoridades judiciales de motivar adecuada, coherente y suficientemente sus fallos, cabe preguntarse, entonces, ¿cuán consecuente con tan importantes e ineludibles obligaciones resulta la decisión mayoritaria? ¿Puede cumplirse con las mencionadas exigencias cuando, al tiempo que se asegura en los considerandos que el fin principal del Estado social de derecho es realizar la igualdad, en la parte resolutoria se decide no seleccionar una acción popular para la revisión con el argumento de que el caso puesto a consideración de la Sala es análogo a otros ya seleccionados y, lo que se conseguiría con ello, es aumentar el trabajo de la Sala?

La propia decisión se contradice también en este punto. Destaca que situaciones solo asimilables en algunos aspectos no pueden conducir a la igualdad absoluta. Si esto es así –y de ello no cabe la menor duda–, la relatividad resultante de toda equiparación debe abordarse en el *sub lite* con mayor cuidado y trascendencia. Dadas las disimilitudes que suelen presentar las circunstancias de hecho cuando se trata de acciones populares, equipararlas, esto es, fijar un punto de comparación que permita assimilarlas o considerarlas relativamente iguales, es una actividad que ha de estar precedida de un serio y detallado estudio acerca de los supuestos de hecho –en todas sus aristas, complejidades y matices–, y ha de ser justificado aportando motivos que armonicen con los preceptos constitucionales.

Aun así –cabe acá destacarlo–, se corre el riesgo de no haber apreciado con el detalle y la profundidad debidas situaciones difícilmente equiparables. Ya lo ha recordado la Corte Constitucional de modo reiterado: el derecho a la igualdad se desconoce no solo cuando se trata de manera desigual situaciones que deben tratarse en forma igual, sino cuando se trata de modo igual situaciones que deben tratarse diferentemente. Fijar un baremo general, abstracto, descontextualizado, cuando corresponde resolver sobre acciones populares y, con la excusa de evitar el exceso de trabajo, darle primacía al principio-instrumental de la eficacia no

resulta coherente, tanto más, si previamente se ha afirmado que uno de los principales fines del Estado social de derecho consiste en materializar la igualdad.

En otro lugar –folios 15 a 22–, la decisión se refiere al carácter dinámico y razonadamente mutable del precedente, aspecto del cual difícilmente podría discreparse. No obstante, también por ello sobresale la falta de concordancia entre lo que se afirma en las consideraciones aprobadas por la mayoría y la *ratio* de lo que finalmente la misma resuelve. La ponencia alude –a mi manera de ver con total acierto–, a la necesidad de que las sentencias judiciales sean transparentes y estén dotadas de suficiente fuerza argumentativa; sin embargo, la propia sentencia se aparta del precedente –esto es, de los autos de diferentes Secciones que han seleccionado para la revisión asuntos análogos–, sin cumplir con la carga argumentativa indispensable cuando una decisión judicial no seguirá el precedente.

A título informativo, para dejar claro con qué precedentes había trabajado la Sala hasta el momento, debe puntualizarse que la Sección Tercera para solo referirse a ésta ha seleccionado cuatro acciones populares con miras a unificar jurisprudencia en punto a la aplicación en el tiempo de la Ley 1425. Tres que tienen en común que se fallaron antes de haber sido promulgada la Ley 1425, es decir, se trata de definir si la presentación de la demanda, unida al efectivo restablecimiento del derecho colectivo, por la intervención del actor popular, constituían “*derecho adquirido*”, “*mera expectativa*” o “*legítima expectativa*” en relación con la posibilidad de recibir el incentivo –acorde con la Ley 1425–, o compensación –de conformidad con el Código Civil–, para lo cual poco importaba o podía ser vital –según la posición que se hubiere adoptado–, definir primero la naturaleza sustantiva o procesal del mecanismo para retribuir los buenos oficios del actor popular.

En el asunto que ocupó la atención de la Sala vale mencionar que la demanda se presentó el 4 de mayo de 2010, es decir, antes de la vigencia de la referida ley y la sentencia de primera instancia se dictó el 14 de febrero de 2011. Así que bien puede concluirse que la Sala, al resolver no seleccionar, no desconoce el precedente estructurado sobre la base de que debe unificarse la jurisprudencia en torno a la aplicación de la Ley 1425, pues en el asunto de que se trata no se demostró la vulneración del derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres de donde se colegía que no hay lugar al incentivo o compensación. De suerte que en el *sub lite* habría cobrado importancia, como ya se indicó, enfatizar que el mecanismo no constituye una tercera instancia y que, al margen de lo esbozado por el actor popular, no se podía acceder a la selección.

Ahora, según la mayoría, una de las derivaciones de la transparencia consiste precisamente en develar o dar conocer todos los precedentes vigentes que gravitan en contra de la nueva posición y en poner sobre el tapete los motivos por los cuales el nuevo enfoque –esto es el que se apartará del precedente–, es superior jurídicamente al anteriormente adoptado. Empero, fácilmente se constata que la ponencia mayoritaria hizo caso omiso de esta carga. No solo se echa de menos la mención de los casos seleccionados por las diferentes Secciones –que a

esta altura y como antes se indicó ya son bastante numerosos—, sino que por parte alguna aparecen los motivos que justifican el cambio de precedente en el *sub lite*.

Pese a la mencionada omisión, la ponencia –folios 22 a 32–, enumera los elementos del precedente y sostiene, asimismo, que este se encamina a asegurar que i) bajo iguales circunstancias las personas reciban igual trato y ii) la decisión adoptada con anterioridad gravita sobre las siguientes, de suerte que, solo ante circunstancias excepcionales y con fundamento en motivos razonables y provistos de peso suficiente, cabe apartarse de lo decidido.

La pregunta que surge enseguida es cómo aplicar la teoría del precedente en el *sub lite* si allí mismo se toman cautelas para que una figura así carezca de toda aplicación. Dicho en otros términos, ¿cómo aplicar el precedente si, acorde con lo resuelto en la providencia mayoritaria, una vez seleccionado un asunto, no se volverá a traer a Sala el mismo tema?

Por los motivos expuestos no cabe sino concluir que la providencia de la cual me distancio parte de unas premisas normativas sobre el valor del precedente y acerca de la necesidad de motivar de manera clara, transparente y coherente las decisiones judiciales—; si bien detalladamente elaboradas en los considerandos, no aparecen reflejadas en la decisión y, a la postre, el *decisum* se adopta sin que exista motivación que lo preceda.

Brevemente, en el caso que ocupó la atención de la Sala la decisión mayoritaria no solo incumple postulados de la lógica deductiva, pues como ya lo mencioné las premisas normativas de las que se parte en los considerandos no se proyectan en la parte resolutoria; adicionalmente se presenta un problema aún más grave: que, como consecuencia de lo anterior, la decisión se queda sin motivación.

Se sabe que uno de los deberes de las autoridades judiciales –quizá el más importante–, es el de motivar jurídicamente las decisiones adoptadas en los procesos puestos a su consideración y resolución. La doctrina suele destacar que esta obligación puesta en cabeza de los jueces no ha existido siempre y subraya cómo apenas con el surgimiento y desarrollo de la noción de Estado de derecho, unido a los avances en materia constitucional, la motivación de providencias judiciales adquiere una importancia capital. Así se ha sostenido:

“...Por eso en la ideología del Estado constitucional de derecho la presencia de una fuerte discrecionalidad en el desempeño de la función judicial no proporciona inmunidad al juez. Antes al contrario. Representa un reto para la conformación de controles jurídicos que se ejercerán sobre el proceso argumentativo que conduce desde la inicial información fáctica y normativa a la resolución o fallo”⁸⁹.

⁸⁹ Marina GASCÓN ABELLÁN, *Cuestiones Probatorias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 175.

Y es que no puede perderse de vista que las autoridades judiciales son depositarias –en representación del pueblo–, del poder jurisdiccional del Estado y, si para efectos de cumplir con la misión que por Constitución se les confía gozan de un amplio margen de configuración –desde luego no despojado de límites–, la legitimidad de sus decisiones se califica a partir de la manera como las motiven. En tal sentido también se ha recordado:

“El instrumento jurídico enderezado a garantizar que el poder actúe racionalmente y dentro de unos límites es la motivación, que no en vano ha sido calificada como el ‘signo más importante y típico de ‘racionalización’ de la función judicial’. Por ello, desde otra perspectiva, la motivación representa la cláusula de cierre para la protección de los derechos. Es más, hay quien concibe la motivación incluso como uno de los principios rectores de la ética judicial”.

Ahora bien, motivar una providencia judicial no consiste meramente en explicar las razones que conducen a la decisión o en exponer qué impulsó a los jueces a decidir de una manera y no de otra. En el campo jurídico –que es normativo–, existen unas fronteras más o menos claras que deben ser respetadas y que, en el caso colombiano, se derivan de la Constitución; específicamente, del conjunto de principios, valores y derechos fundamentales consignados en la Carta Política y de las normas o preceptos jurídicos que se adoptan o interpretan en concordancia con ella.

La Constitución, unida al conjunto de normas y preceptos que conforman el ordenamiento jurídico, representa el referente normativo a partir del cual resulta factible determinar la corrección de las decisiones judiciales y, es precisamente por ello, que la motivación se convierte en un elemento indispensable para efectuar ese control, el cual, está revestido de una profunda dimensión democrática en el sentido en que, no solo interesa a las partes del proceso, quienes podrían verse afectadas o favorecidas con la decisión, sino que está llamado a ser ejercido como *“control público o ciudadano de las decisiones judiciales”*⁹⁰. Debe tenerse presente que *“la sentencia también es un acto público o colectivo, por cuanto representa el ejercicio de un poder que es público y que por consiguiente ha de ser no solo interna o procesalmente sino también externamente controlado”*⁹¹.

Retornando a la decisión respecto de la cual me aparto, se encuentra que, pese a que la providencia hace uso, en esta parte de las consideraciones, de una retórica bien redactada y en el fondo acertada, la decisión a la que se llega –no seleccionar el proceso para la revisión eventual alegando motivos instrumentales de eficiencia–, carece, en últimas, de motivación, pues tampoco concuerda con las otras razones que se exponen –a manera de *obiter dictum*–, en las consideraciones.

⁹⁰ *Ibíd.*, p. 179.

⁹¹ *Ibíd.*, p.p. 179-180.

Y, al paso que se descubre la ausencia de validez lógica de la providencia, se constata asimismo su carencia de motivación y, por ende, la imposibilidad de saber cuán acertada o correcta es desde el punto de vista de su contenido material. Lo anterior, debe destacarse acá, le resta legitimidad a la providencia por cuanto impide que sobre ella se ejerza a cabalidad el control público; en lugar de ofrecer el auto motivos claros, transparentes y coherentes –como se anuncia en sus considerandos es lo que corresponde efectuar de modo riguroso a las autoridades judiciales–, se termina por utilizar una retórica garantista que al no coincidir con la decisión a la que se llega en el *sub lite*, despoja de motivación el *decisum*, de suerte que se priva a la ciudadanía de los elementos materiales para establecer cuán correcta desde el punto de vista jurídico fue la decisión, esto es, cuán acertada jurídicamente resulta al contrastarse con el referente normativo derivado del ordenamiento constitucional que es, finalmente, el que la gobierna y la rige.

2. Desacuerdos en relación con la manera como la ponencia entiende y define el mecanismo de revisión eventual. Algunas contradicciones conceptuales e imprecisiones en las que se incurre

Las observaciones hechas en el presente acápite se refieren, en conjunto, a una argumentación desarrollada a la manera de *obiter dictum* en las consideraciones de la providencia que recibió el apoyo mayoritario, argumentación que se concentra en un tema no directamente relacionado con la decisión. A continuación manifestamos nuestra discrepancia en relación con la forma y con el fondo de estas consideraciones.

En cuanto a la forma toda vez que, si la tarea confiada por el legislador estatutario a esta Corporación, consistente en unificar jurisprudencia y configurar precedentes en materia de protección de intereses y derechos colectivos, ha de cumplir con rigor las exigencias que se exponen en la parte considerativa de la providencia de la que me aparto, en tal caso, resulta preciso e ineludible establecer una conexión entre la decisión que se falla y los motivos que le sirven de justificación.

No se trata de elaborar documentos retóricos o textos académicos con consideraciones doctrinarias de alto vuelo para luego contradecirlas en la parte resolutive; se trata de aportar argumentos expuestos con sencillez y claridad, de modo que logren demostrar por qué la decisión que se adoptó en la providencia es la correcta observada a la luz del referente de control que ofrece el ordenamiento constitucional en su conjunto.

Insisto, si en efecto se trata, como no podría ser de otra manera, de sentar precedentes aptos para orientar a la jurisdicción contencioso administrativa, a las otras jurisdicciones y a la sociedad, en general, brindando criterios o pautas claras y sencillas que contribuyan a garantizar la debida materialización de los derechos e intereses colectivos y el ejercicio acertado de las acciones previstas en el ordenamiento constitucional para asegurar la protección de estos derechos y lograr que se apliquen los principios de seguridad jurídica, confianza legítima,

respeto al acto propio y acceso a la justicia, el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo está obligado a efectuar una labor pedagógica que favorezca una mejor comprensión del tema objeto de unificación, así como debe motivar debidamente la decisión que en este contexto se profiera.

Como ya lo resalté, desde el punto de vista de su contenido, las consideraciones de la providencia mayoritaria en relación con el mecanismo de revisión eventual de acciones populares y de grupo despiertan reparos que enseguida paso a exponer.

Comienza el auto por establecer que la revisión eventual tiene unos rasgos propios que la diferencian de los recursos ordinarios y de los recursos extraordinarios –casación y revisión–. Encuentra que para caracterizar la revisión eventual lo acertado parece ser adoptar la clasificación doctrinal referida a los denominados recursos excepcionales; procesos de impugnación excepcionales o de grado supremo dado que esta figura se corresponde con la idea de *‘un proceso autónomo cuyo conocimiento se atribuye funcionalmente a la competencia del máximo órgano jurisdiccional del correspondiente ramo de la Jurisdicción –la Corte Constitucional o el Consejo de Estado, respectivamente–, cuya tramitación se encuentra justificada en motivos, en intereses y en principios que trascienden los alcances del proceso judicial de origen y a las partes implicadas en el mismo, pues comprometen a la colectividad, a intereses o principios como la igualdad, la seguridad jurídica, la protección de la buena fe o de la confianza legítima y la realización de la justicia material’* –folios 33-34–.

La decisión mayoritaria sostiene que la revisión eventual constituye un *“medio impugnativo especial o excepcional”* –folio 35– lo que, en nuestra opinión, contradice los otros dos rasgos que, al tenor de la providencia mayoritaria, caracterizan la revisión eventual: i) ser un *“proceso autónomo”* –folios 33-34– y ii) no constituir una tercera instancia de decisión –folios 35, 67, 76–. Difícilmente se entiende cómo pueden conciliarse dos afirmaciones por entero contradictorias, tanto más cuanto la posición mayoritaria insiste que el ***“thema decidendum de la revisión lo determina el Consejo de Estado, aunque debe guardar relación con los problemas jurídicos planteados por y/o con el texto fáctico propio del litigio original”*** –folio 36; énfasis en el texto original–. Se asevera igualmente que –por similares motivos–, *“en estos casos tampoco está llamada a operar la garantía de la non reformatio in pejus”*, al respecto de lo cual se considera:

“como fundamento del propósito de unificar jurisprudencia que subyace al mecanismo de revisión eventual se encuentra el interés general representado en la seguridad jurídica, en la tutela efectiva de la confianza legítima y en la igualdad, postulados que deben ser preservados y garantizados por los jueces de la República en el desempeño de sus funciones; como razón adicional ha de agregarse que, la aludida garantía de la prohibición de reformar un fallo en detrimento del impugnante único tan sólo limita las competencias del juez superior cuando se trata de recursos ordinarios como el de apelación, situación que naturalmente resulta por completo diferente al escenario propio del mecanismo de revisión eventual”.

La providencia mayoritaria hace caso omiso de que al no operar el mecanismo excepcional de la revisión eventual de manera oficiosa sino rogada –asunto que se desconoce de manera directa–, la selección debe corresponder a la solicitud presentada para el efecto, sin perjuicio de la obligación de interpretar el punto en concordancia con el principio de efecto útil frente a este excepcional mecanismo. Dicho de otro modo: desconoce la providencia mayoritaria que, en vista del carácter rogado de la facultad de revisión eventual, no habría lugar a unificar jurisprudencia sobre un punto no pedido por el solicitante.

Esta Corporación carece de competencia para entrar a estudiar temas no planteados por quien eleva la solicitud de revisión eventual. Admitir lo opuesto significa pasar por alto el precedente sentado por la Corte Constitucional en la sentencia C-713 de 2008 mediante la cual ejerció el control previo de constitucionalidad sobre el proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. La jurisprudencia constitucional allí sentada insistió en que el principio dispositivo rige el mecanismo de revisión eventual por lo que su trámite se encuentra condicionado a la solicitud de parte o del Ministerio Público. Los Tribunales solo enviarán al Consejo de Estado aquellas decisiones sobre las cuales se haya elevado solicitud de revisión. Debe tenerse presente que la Corte Constitucional en la referida sentencia declaró inexecutable las expresiones contempladas en el inciso primero del artículo 11 “*de oficio o*” y “*Al efectuar la revisión decidirá sin las limitaciones propias de los recursos*” en los siguientes términos:

“En efecto, como la configuración de las acciones populares y de grupo parte de la base de que el trámite de recursos exige una suerte de legitimación por activa, es necesaria la intervención y solicitud directa de las partes. En esa medida, permitir que la revisión eventual opere de manera oficiosa y que el Consejo de Estado pueda decidir sin ningún tipo de limitación, implicaría transferir una facultad reservada a las partes, entre las que se encuentra el Ministerio Público como garante de los intereses colectivos y de la sociedad en general, resulta contrario al debido proceso y a los derechos de los sujetos involucrados”.

Si se carece, pues, de competencia para entrar a estudiar temas no planteados por quien eleva la solicitud de revisión eventual, lo aseverado por la mayoría no solo contradice el precedente sentado por la jurisprudencia constitucional, sino que yerra al fijar el sentido y alcance de su *ratio decidendi*. La Corte fue muy clara cuando insistió en que tratándose del ejercicio de un mecanismo rogado no podían desconocerse principios procesales tan importantes como el de congruencia y el de prohibición de *reformatio in pejus*. En síntesis, debe tenerse presente que la razón principal que llevó a la Corte Constitucional a declarar inexecutable la facultad oficiosa que el legislador le había conferido al Consejo de Estado fue, precisamente, que con el ejercicio de tal facultad se ponía en entredicho la garantía del derecho constitucional fundamental al debido proceso.

Desde luego, lo afirmado en precedencia no puede llevarse al extremo de sostener que el tribunal Supremo de lo contencioso administrativo tenga que ver limitadas sus facultades de trazar los lineamientos para la interpretación de los

derechos colectivos y tampoco podría significar que el mismo carezca de la facultad para establecer, por ejemplo, los rasgos que distinguen la acción popular de la acción de grupo, en particular, cuando esta última se circunscribe a facilitar la realización de derechos patrimoniales.

No cabe duda alguna además de que esta Corporación debe abstenerse de utilizar sus poderes para recortar garantías constitucionales y ha de encaminarse más bien a ampliarlas. En ese sentido, resulta pertinente aplicar el principio hermenéutico del efecto útil de la interpretación, así como el principio "*pro constitutione*". Es decir, ha de primar la interpretación que garantice de mejor forma la vigencia de los preceptos constitucionales, tanto más por cuanto, en materia de acciones populares y de acciones de grupo, se funge como órgano de cierre, bajo el mandato de realizar al máximo los preceptos constitucionales; esto, desde luego, no significa dejar de lado que la Corte Constitucional todavía puede pronunciarse en sede de tutela sobre la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, cosa que, en efecto, debe quedar absolutamente clara.

Puesto de otra manera: en la sentencia C-713 de 2008 precisó la Corte Constitucional que el mecanismo de la revisión eventual no puede utilizarse para ejercer funciones de protección de los derechos fundamentales ni el control de legalidad. Sin embargo, a esta Corporación le corresponde proteger los derechos constitucionales colectivos y es allí donde resulta necesario distinguir la función de unificación jurisprudencial para su protección, que nos ha sido confiada, sin inmiscuirse en las facultades del juez de tutela e incurrir en el ámbito de la casación, que resulta extraña. Tema éste pendiente de definir que la providencia soslaya y que en todo caso deberá abordarse desde la perspectiva de un asunto que efectivamente lo permita.

Ahora bien, la ponencia mayoritaria concluye –y de ello comulgo– que el entendimiento que debe darse a la tarea de unificación jurisprudencial que le fue legalmente atribuida a esta Corporación en acciones populares y de grupo, no puede quedar atada a una finalidad meramente formal, porque por esa vía podrá resultar contraria a los objetivos supremos y esenciales que la Constitución asigna a la administración de justicia.

Difícilmente puede estarse en desacuerdo con lo expuesto por la mayoría cuando señala que aunque se hayan limitado las facultades, esto no debe ser utilizado como excusa en el instante en que se evidencie una situación de injusticia o de clara vulneración de los derechos colectivos y lo que se debe es actuar a favor de asegurar la protección efectiva de tales derechos. No obstante, resulta a mi juicio problemático sostener, como lo hace la ponencia, que la *ratio decidendi* de la sentencia C-713 de 2008 tiene que ver única y exclusivamente con la necesidad de motivar o no la decisión de seleccionar para la eventual revisión y que no se relaciona con el contenido material de los poderes del juez.

Si esto último constituye efectivamente la *ratio*, no existirían argumentos suficientes para poder actuar a favor de la defensa de los derechos vulnerados y esto, creo, está lejos de haber sido el objetivo de la Corte Constitucional en la

sentencia C-713 de 2008. Queda pues de relieve que aunque la decisión se vale también en esta parte de los considerandos y –así sea solo “de pasada”–, de una argumentación garantista de derechos, ésta resulta ser muy débil en cuanto se apoya en una base conceptual exigua. Tan frágil que, basta leer la decisión adoptada, para constatar rápidamente cómo el talante garantista se evapora al momento de resolver.

Insisto en que si no obstante la Corte Constitucional declaró inexecutable las facultades que la ley le otorgaba a esta Corporación en sede de revisión eventual de acciones populares y de grupo cuando obra en calidad de Corte de Casación – al considerar que tal atribución contrariaba el tenor literal del texto constitucional–, dejó incólumes aquellas que le son propias como Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por manera que la función de unificación de jurisprudencia lleva ínsita la garantía de efectividad de los derechos e intereses colectivos bajo aplicación de postulados de justicia material, dentro del marco del debido proceso de los sujetos involucrados.

Por último, debo hacer hincapié una vez más en que, al existir falta de coherencia entre los considerandos y la decisión adoptada en la providencia mayoritaria, se desconocen principios básicos de la lógica deductiva, pues las premisas contempladas en la parte motiva no se reflejan en la parte resolutive. Ya antes llamé la atención acerca de que en el auto apoyado por la mayoría habría tenido relevancia enfatizar, por ejemplo, que el mecanismo de revisión eventual no representa una tercera instancia y que, al margen de lo esbozado por el actor popular, no se podía acceder a la selección, por cuanto no se presentó desconocimiento o amenaza de vulneración de los derechos o intereses colectivos.

Consecuentemente, en el asunto que ocupó la atención de la Sala bien puede concluirse que, al resolver no seleccionar, no se desconoce el precedente estructurado sobre la base de que debe unificarse la jurisprudencia en torno a la aplicación de la Ley 1425, pues en el *sub lite* no se demostró la vulneración del derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres de donde es dable colegir que no hay lugar al incentivo o compensación.

Por tanto, al presentarse en la providencia mayoritaria una clara discordancia entre el caso puesto a consideración de la Sala, las razones utilizadas por la mayoría para decidirlo y la parte resolutive del fallo, el auto respecto de la cual me aparto quedó, a la postre, despojado de motivación. Los argumentos desarrollados “de pasada” acerca de la naturaleza y alcance de los precedentes judiciales, al tiempo que sobre el mecanismo de revisión y en relación, entre otras, con i) la identificación del mecanismo de revisión eventual como un medio impugnativo especial o excepcional; ii) el considerarse la revisión eventual en tanto instrumento autónomo y no constituir una tercera instancia de decisión; iii) la determinación del *thema decidendum* por parte del Consejo de Estado y la ausencia de aplicación de la *non reformatio in pejus*, en fin, iv) los alcances de la *ratio* de la sentencia C-713 de 2008 que, en opinión de la mayoría, restringe el mecanismo de revisión eventual a la unificación jurisprudencial dejando de lado consideraciones

materiales, no contribuyeron a motivarla. Y no solo eso –como ya quedó suficientemente expuesto–, los referidos argumentos despiertan serios reparos de forma y de fondo.

Espero que lo dicho hasta este lugar resulte suficiente para ilustrar los motivos que me llevaron a apartarme respetuosamente de la decisión mayoritaria.

FECHA UT SUPRA

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

PRECEDENTE JUDICIAL – Discordancia en la providencia sobre el carácter vinculante.

Lo que concretamente cuestiono es que resulta contradictorio, que pasando por alto toda esta argumentación, al entrar en la cuestión que se precisaba (las reflexiones anteriores aunque valiosas bien podrían ser calificadas de meros *obiter dicta*), se termine anulando el alcance del mecanismo de selección para dar paso a una figura con atisbos meramente especulativos y que en nada contribuye al cumplimiento efectivo del valor del precedente en nuestro país. Otro punto en el que resulta cuestionable la providencia, es el relativo a las diferencias (de nuevo hay que coincidir conceptualmente pero no con las conclusiones prácticas de las reflexiones) entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*, al señalar que lo que vincula de un fallo es lo primero, cuando a la sazón en este caso, todas las reflexiones de la primera parte (los argumentos a favor de la fuerza vinculante –aunque se desnaturaliza con el calificativo de “relativa”- del precedente) resultan ajenas finalmente al tema central, o al menos, así se concluye de su claro alejamiento en la segunda parte del auto. La propia providencia pone de presente lo poco relevante que resultaron esas reflexiones, al no sujetarse a ellas.

ANIQUILACION DE LA SELECCION - Afecta derechos constitucionales

En suma, se aduce como “*fundamento del propósito de unificar la jurisprudencia que subyace al mecanismo de revisión eventual se encuentra el interés general representado en la seguridad jurídica, en la tutela efectiva de la confianza legítima y en la igualdad, postulados que deben ser preservados y garantizados por los jueces de la República en el desempeño de sus funciones*”, pero al momento de perfilar el mecanismo lo aleja de ese propósito: ¿Cómo se garantiza la efectividad de esos principios con anclaje constitucional si el mecanismo no sirve para hacer respetar en todos los eventos la jurisprudencia sentada por la Corporación? 5.6 ¿Cómo puede catalogarse de mecanismo “efectivo” en contra de “*la arbitrariedad judicial al interior de la jurisdicción especializada*” si de entrada se afirma que no serán seleccionados aquellos casos en los que se advierta un alejamiento de los jueces de instancia de la jurisprudencia de la Corporación? ...¿Cómo lograr la vigencia de un orden justo, o la realización de la justicia, o la materialización de los derechos y la prevalencia del derecho sustancial si el juez de cierre de entrada afirma que no va a seleccionar casos aunque sean similares al que sentó una jurisprudencia? ¿Es viable de verdad la materialización de los derechos fundamentales si en la práctica no se cuenta con un mecanismo que garantice la eficacia de los mismos?

INCONSISTENCIAS ARGUMENTATIVAS QUE ACUSA LA PROVIDENCIA – Motivación y razones de exceso de trabajo

Carece de sentido todo lo atrás expuesto en el proveído (que curiosamente termina por convertirse en una suerte de larguísimo *obiter dictum*, en tanto es abiertamente desconocido al momento de resolver el problema jurídico -¿cómo opera la selección en procesos de revisión eventual?-), para dar paso, a un giro argumentativo que prohíja el decisionismo, al afirmarse que la motivación de estos casos se convierte en una mera “*formalidad*” carente de sentido, olvidando que la argumentación debe acompañar a toda decisión en derecho. 14. Por otra parte, advierto una contradicción adicional y no menos evidente: Si una negativa de selección no significa que el Consejo de Estado avale la decisión del Tribunal inferior que se apartó de la legalidad o de la jurisprudencia, sino que solamente no está dispuesto a discutirlos por razones de un eventual exceso de trabajo

(hipótesis sobre la que parte), eso significa que todos los valores arriba expuestos ceden a motivos de conveniencia.

AUTO DE SELECCION PARA REVISION EVENTUAL – Motivación no es un asunto eminentemente formal

La motivación, es un asunto que lejos de ser “*eminente formal*” (como se afirma apresuradamente a fl. 64 es una cuestión de fondo y esencial. 16.1.1 Ese deber de argumentación que pesa sobre decisiones judiciales como ésta es una de las manifestaciones del desarrollo del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 superior), que no desaparece porque se tenga una doble alternativa (seleccionar o no)...16.1.2 Con esta perspectiva, estimo que la decisión de la Sala en lugar de prohiar este imperativo de argumentación, lo soslaya al dejar sentado que en adelante sólo se seleccionará un caso (sin parar mientes que en ocasiones –no todos los casos- será necesario escoger varios asuntos para que ellos guarden la debida unidad).

DERECHO A LA IGUALDAD, ACCESO A LA JUSTICIA Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA - Desconocimiento cuando no es posible estudiar otros casos porque se ha seleccionado ya uno análogo.

Cerrar las compuertas herméticamente a todos los eventos en que se pudieran seleccionar más de un fallo, entraña *per se* la violación del derecho fundamental de acceso a la justicia, y se constituye en infracción del deber de los funcionarios judiciales de respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso (art. 9 LEAJ). 18.1 Permitir que no sea posible estudiar otros casos simplemente porque ya se ha seleccionado uno, conduce a que sólo unos “elegidos” puedan verse beneficiados de la decisión del Consejo de Estado, con mengua del derecho a la igualdad delante de la ley y todo ello con grave riesgo para la tutela judicial efectiva de los derechos colectivos, que por cierto –como es sabido- afectan a todo un conglomerado social.

DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA - Desconocimiento cuando no es posible estudiar otros casos porque se ha seleccionado ya uno análogo.

En efecto, dada su íntima conexión con la hoy denominada “tutela judicial efectiva”, se traduce en ese derecho a acceder al sistema jurídico estatal con el propósito de hacer valer los derechos legalmente reconocidos y que claramente se ve conculcado cuando se le indica que su caso no será seleccionado, simplemente porque hay otro que ya lo fue. 19.3 El usuario de la administración de justicia al que se le niega la aplicación de un criterio jurisprudencial uniforme y sentado, y al que se le veda la posibilidad de que dicha circunstancia sea corregida por el respectivo órgano de cierre (en este caso el Consejo de Estado), es un usuario al que se le obstaculiza el goce y el ejercicio del derecho a acceder a la justicia, por obra y gracia de una barrera erigida, paradójicamente, por aquel que está encargado de hacer valer su contenido y alcance.

JURISPRUDENCIA – Carácter vinculante no relativo / UNIFICACION DE LA JURISPRUDENCIA – Requiere contar con mecanismos para lograr su efectiva aplicación

Y el proceso lento de fijación de la jurisprudencia exige la constatación de la adhesión prestada a los fallos del superior y a la orden de repetición. La unificación efectiva, se alcanza sólo con la existencia de instrumentos (como la

tutela contra providencias y la revisión eventual en acciones populares y de grupo) enderezados a asegurar la prevalencia de la jurisprudencia asentada. Por ello, no puede relativizarse su valor vinculante, pues tal tesis conspira contra ella y por eso debe reconocérsele en toda su dimensión el papel del mecanismo de revisión eventual. La unificación de la jurisprudencia, en la práctica, no se logra con un proveído que resuelve un caso aislado y fija un derrotero hermenéutico. Exige que esa alegada obligatoriedad de la jurisprudencia, cuente con mecanismos procesales para lograr su efectiva aplicación... En suma, frente a las anteriores argumentaciones, discrepo de la conclusión que se infiere de la providencia en el sentido que si la jurisprudencia es una genuina fuente formal, no puede terminar dándosele un carácter “*relativo*” (fl. 17 del auto), no solo porque así se afirma, sino porque así termina admitiéndose al permitir que haya decisiones en sentido contrario sin que el ciudadano tenga más remedio que admitir esta situación como el precio que debe pagarse ante un eventual colapso de la jurisdicción.

SALVAMENTO DE VOTO

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero Ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

Radicación número: 17001-33-31-003-2010-00205-01(AP)SV

Actor: JAVIER ELÍAS ARIAS IDÁRRABA

Demandado: CENTRAL HIDROELÉCTRICA DE CALDAS S.A. ES.P. CHEC

Consejero: DANILO ROJAS BETANCOURTH

1. Con todo respeto por la Sala me aparto de la decisión mayoritaria, adoptada en el auto de 11 de septiembre de 2012, por la cual se decidió no seleccionar para revisión la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, el 28 de abril de 2011, dentro del proceso de la acción popular de la referencia.

1.1 La providencia, después de hacer un estudio sobre la vinculación del precedente judicial y su carácter dinámico, sobre las notas características del instituto de la revisión eventual, sobre sus elementos comunes con “*mecanismos similares*”, concluye que aunque en el peticionario concurren uno o varios de los supuestos que tendrían la virtualidad de abrir paso a la selección, el Consejo de Estado no está en obligación de hacer la selección, toda vez que el mecanismo es eventual y no automático, ni absoluto.

1.2 Con base en este planeamiento -al estudiar el caso concreto (fls. 90 a 93)- la mayoría concluyó no había lugar a seleccionar el asunto, al estimar que, en primer lugar, en relación con el derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres no se presenta disparidad jurisprudencial alguna y, en segundo lugar, respecto al reconocimiento del incentivo con ocasión de la expedición de la Ley 1425 de 2010, ya fue seleccionado un asunto *“y sólo a partir de su definición de fondo (...) la Sala Plena cumplirá su tarea de unificación de jurisprudencia sobre esa específica materia, por lo cual no habrá lugar a la escogencia de un caso adicional con el mismo propósito y sobre idéntica problemática”*.

2. Mi disentimiento con la providencia versa tanto sobre el entendimiento que se tiene acerca de la jurisprudencia/precedente y las consecuencias que de allí se siguen, como lo que se afirma en punto de selección para revisión eventual, que por la manera como es abordado no sólo desdibuja el alcance de unificación del mecanismo, bajo argumentos que resultan contrarios a los que se dice la inspiran, sino que además resulta francamente atentatorio contra derechos fundamentales de las personas que hacen uso de este instrumento. Encuentro, además, varias deficiencias argumentativas, las que guardarían *“coherencia”* con la particular conceptualización que sobre la fuerza *“relativa”* del precedente se termina haciendo. En suma, mis reparos se harán a lo largo de este documento y de forma interrelacionada, a partir de una triple óptica: (i) de orden conceptual (sobre la fuerza del precedente); (ii) de orden constitucional (sobre cómo la aniquilación de la selección afecta derechos fundamentales) y (iii) de orden discursivo (sobre las inconsistencias argumentativas que acusa la providencia de que me separo).

3. Al comenzar la providencia se dice algo con lo que, por supuesto ha estarse de acuerdo: *“esa obligación de respetar el sentido y las razones que sustentan las decisiones previas se encuentra íntimamente ligada a una exigencia que cabe formular respecto de toda actuación judicial con el fin de que pueda catalogarse como ajustada al ordenamiento y que no es otra distinta a que la decisión del juez debe venir fundamentada no en criterios ad-hoc, caprichosos o coyunturales, sino en principios generales o en reglas que puedan ser ‘universalizables’ en la medida en que hayan sido formulados o tenidos en cuenta para la resolución de casos anteriores o se hayan construido para fallar un supuesto específico, pero con la perspectiva de poder aplicarlos a hipótesis semejantes en el futuro”*.

3.1 Debo subrayar, ante todo, que el criterio que paso a exponer no discute la obligatoriedad del juez de no desatender injustificadamente los pronunciamientos judiciales antecedentes y que comparto plenamente que este aserto se funda en el respecto de varios valores superiores de la Constitución: (i) Igualdad de trato por parte de las autoridades (derecho de todos los asociados a que las decisiones se fundamenten en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico); (ii) seguridad jurídica (certeza de la comunidad jurídica a que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma); (iii) la buena fe y la confianza legítima (garantía del respeto por el propio acto que también resulta predicable de las autoridades judiciales); (iv) el principio de publicidad que informa la actividad judicial (garantía de que el ordenamiento está siendo interpretado y aplicado de manera consistente y uniforme) .

3.2 Asimismo, comparto, no podría ser de otra forma, el que la jurisprudencia, en tanto fuente de derecho, debe ser manejada en lo posible sin contradicciones y que debe haber una argumentación clara y razonable de los fundamentos jurídicos para apartarse de ella.

4. Sin embargo, lo que concretamente cuestiono es que resulta contradictorio, que pasando por alto toda esta argumentación, al entrar en la cuestión que se precisaba (las reflexiones anteriores aunque valiosas bien podrían ser calificadas de meros *obiter dicta*), se termine anulando el alcance del mecanismo de selección para dar paso a una figura con atisbos meramente especulativos y que en nada contribuye al cumplimiento efectivo del valor del precedente en nuestro país.

5. Otro punto en el que resulta cuestionable la providencia, es el relativo a las diferencias (de nuevo hay que coincidir conceptualmente pero no con las conclusiones prácticas de las reflexiones) entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*, al señalar que lo que vincula de un fallo es lo primero, cuando a la sazón en este caso, todas las reflexiones de la primera parte (los argumentos a favor de la fuerza vinculante –aunque se desnaturaliza con el calificativo de “relativa”- del precedente) resultan ajenas finalmente al tema central, o al menos, así se concluye de su claro alejamiento en la segunda parte del auto. La propia providencia pone de presente lo poco relevante que resultaron esas reflexiones, al no sujetarse a ellas.

5.1 Otro claro *obiter* es el relativo a los juicios de constitucionalidad o de legalidad (asunto que claramente no es del resorte de las acciones populares), el cual resulta de un interés inusitado pero que evidentemente escapa al ámbito de lo que se busca decidir (fls. 27 y ss.).

5.2 Resulta francamente paradójico que una providencia que debía limitarse a señalar las directrices en materia de selección para revisión eventual, termine haciendo una extensa reflexión sobre el precedente judicial (asunto que tal y como está planteado termina siendo un abierto *obiter*) e incluso aborde expresamente el espinoso asunto de la *ratio decidendi* y del *obiter dictum*, para que a la sazón no se acoja argumentativamente a ello.

5.3 Otra opinión incidental es la que aparece cuando se refiere a “la revisión eventual” (fls. 32 y ss.), que es la instancia posterior al proceso de selección. Si se admitiese en gracia de discusión que es materia del auto, también las conclusiones que allí se consignan resultan contradictorias con la decisión que finalmente se adopta. Se dice, por ejemplo, que los procesos de acciones populares “*comprometen a la colectividad*” y ello explica la importancia de la “*unificación de la jurisprudencia*”, pero ¿qué entendió la mayoría por “*unificación*” de jurisprudencia? ¿para qué es este medio impugnativo, si el Consejo de Estado se contrae a sentar un criterio sin tomarse el trabajo de verificar si los jueces de instancia lo están siguiendo?

5.4 ¿Es la providencia el ámbito para reflexionar sobre la “revisión eventual” o para sentar las bases de la selección que la precede? El auto se extiende en reflexiones sobre aquella, dejando de lado a ésta.

5.5 En suma, se aduce como “*fundamento del propósito de unificar la jurisprudencia que subyace al mecanismo de revisión eventual se encuentra el interés general representado en la seguridad jurídica, en la tutela efectiva de la confianza legítima y en la igualdad, postulados que deben ser preservados y garantizados por los jueces de la República en el desempeño de sus funciones*”, pero al momento de perfilar el mecanismo lo aleja de ese propósito: ¿Cómo se garantiza la efectividad de esos principios con anclaje constitucional si el mecanismo no sirve para hacer respetar en todos los eventos la jurisprudencia sentada por la Corporación?

5.6 ¿Cómo puede catalogarse de mecanismo “efectivo” en contra de “la arbitrariedad judicial al interior de la jurisdicción especializada” si de entrada se afirma que no serán seleccionados aquellos casos en los que se advierta un alejamiento de los jueces de instancia de la jurisprudencia de la Corporación?

5.7 Al efecto el proveído invoca los razonamientos de la Corte Constitucional, expuestos al revisar la constitucionalidad del proyecto de ley que a la postre se convirtió en la Ley Estatutaria 1285 de 2009. Consideraciones que si bien se esgrimen para afirmar que sólo a una Corte de Casación le “conciernen constatar el ajuste de las providencias judiciales a la legalidad para garantizar una aplicación igualitaria y uniforme del orden jurídico”, no dejan de ser lógicamente contradictorias con este instituto (esa es justamente una de las contradicciones que encierra el fallo de constitucionalidad y mal se hace en esgrimirse como argumento para cercenar inopinadamente el alcance del mecanismo de la revisión eventual). Y por ello, la misma providencia se encarga de desvirtuar una lectura semejante de ese fallo. Lo que no resulta admisible, es que esta reflexión aparezca como un ejercicio especulativo para “desbaratar” el argumento de la Corte y no para aplicarlo al instituto que se está analizando: la selección en sede de revisión eventual.

6. ¿Cómo lograr la vigencia de un orden justo, o la realización de la justicia, o la materialización de los derechos y la prevalencia del derecho sustancial si el juez de cierre de entrada afirma que no va a seleccionar casos aunque sean similares al que sentó una jurisprudencia? ¿Es viable de verdad la materialización de los derechos fundamentales si en la práctica no se cuenta con un mecanismo que garantice la eficacia de los mismos?

7. Es curioso que la sentencia enuncie –criterios que una vez más se comparten- razones para señalar que en sede de revisión eventual, la providencia no sólo debe limitarse a sentar una jurisprudencia, sino que debe aplicarla en el *sub lite* ¿Acaso las razones que a partir del fl. 45 del auto se hacen para desestimar una conclusión en sentido contrario, no serían perfectamente aplicables para los “demás” casos que inopinadamente pueden ser dejados de lado según el mismo proveído? ¿Por qué sólo se ha de beneficiar un caso –únicamente so pretexto de que unifica jurisprudencia- ante la evidencia de que contrarían también la legalidad y decisiones previas en otro sentido? ¿Por qué esta sede no puede ser el espacio para infirmar y proferir la respectiva decisión en reemplazo en los demás eventos?

¿La materialización de los derechos es sólo un asunto que concierne a ese único caso que -como en una suerte de lotería jurídica- tiene la fortuna de haber sido “escogido”?

8. ¿Es la revisión eventual así concebida un mecanismo institucional idóneo para garantizar la protección eficaz de los derechos colectivos? ¿No se vacía de contenido el derecho de acceso a la administración de justicia cuando se dice de entrada en el primer pronunciamiento sobre cómo se adelanta la selección de los casos que están en las mismas circunstancias?

9. ¿Cómo puede consolidarse una jurisprudencia sentada si el mecanismo concebido para lograrlo es relegado a un ejercicio meramente academicista? ¿En dónde queda el cabal cumplimiento de su atribución constitucional como órgano de cierre de la jurisdicción si debe resignarse impotente a no seleccionar los casos en que los jueces de instancia se separan abiertamente de lo sentado?

10. ¿Cuál es el efecto útil de un pronunciamiento de unificación que no puede aplicarse a casos similares? ¿Por qué atar este mecanismo a una visión formal y muy limitada de “unificación” de jurisprudencia para un solo caso, cuando se sabe que otros se quedaron al margen de ese beneficio, es decir, en los que no se intentará corregir los yerros que bien pueden advertirse?

11. ¿Todo lo dicho sobre igualdad, seguridad jurídica, buena fe, confianza legítima y publicidad de las decisiones judiciales en qué queda, cuando se concluye que *“aunque se sustente en debida forma de acuerdo con los lineamientos trazados por la Sala Plena de esta Corporación, no necesariamente debe dar lugar a la selección de la providencia correspondiente (...) aún cuando en un caso determinado el peticionario invoque –e incluso efectivamente pudieren concurrir- uno o varios de los antes mencionados –a modo puramente ilustrativo-supuestos que cuentan con la virtualidad de abrir paso a la selección del correspondiente pronunciamiento para su revisión por parte del Consejo de Estado”*?

12. En efecto, fue precisamente con fundamento en razonamientos contrarios a los expresados al comenzar la providencia de la que me separo, que al abordar finalmente el asunto que se le planteaba (que no era la importancia del respeto al “precedente” judicial sino la procedencia de selección), se llega a la conclusión

contraria: no es relevante la igualdad, como tampoco la seguridad jurídica, mucho menos la confianza legítima. En un esquema al que parece faltarle congruencia, se deja la labor de unificación jurisprudencial confinada un territorio fundamentalmente teórico.

13. De acuerdo con este planteamiento, carece de sentido todo lo atrás expuesto en el proveído (que curiosamente termina por convertirse en una suerte de larguísimo *obiter dictum*, en tanto es abiertamente desconocido al momento de resolver el problema jurídico -¿cómo opera la selección en procesos de revisión eventual?-), para dar paso, a un giro argumentativo que prohíja el decisionismo, al afirmarse que la motivación de estos casos se convierte en una mera “*formalidad*” carente de sentido, olvidando que la argumentación debe acompañar a toda decisión en derecho.

14. Por otra parte, advierto una contradicción adicional y no menos evidente: Si una negativa de selección no significa que el Consejo de Estado avale la decisión del Tribunal inferior que se apartó de la legalidad o de la jurisprudencia, sino que solamente no está dispuesto a discutirlos por razones de un eventual exceso de trabajo (hipótesis sobre la que parte), eso significa que todos los valores arriba expuestos ceden a motivos de conveniencia.

15. Mi planteamiento es que se escojan aquellas providencias en que se acredite violación de la jurisprudencia sentada. Una discrecionalidad confundida con arbitrariedad y que impide justamente el propósito del mecanismo, esto es, asegurar el cumplimiento de la jurisprudencia sentada por el propio Consejo de Estado, es el camino no sólo a la violación de los principios que se dijo la inspiran sino a la inviabilidad del mismo instrumento.

16. Además, tampoco resulta claro asimilar este instituto al de la Corte Constitucional para efectos de tutela, a pesar de la evidente identidad de denominación, pues como la propia Corte dijo al estudiar el respectivo proyecto de norma estatutaria ello no es factible (sentencia C 713 de 2008). La diferencia estriba, como lo advirtió la jurisprudencia constitucional, en que constitucionalmente no resulta admisible que tratándose de la sede del Consejo de Estado, dicha selección no pueda ser motivada.

16.1 La motivación, es un asunto que lejos de ser “*eminente formal*” (como se afirma apresuradamente a fl. 64) es una cuestión de fondo y esencial.

16.1.1 Ese deber de argumentación que pesa sobre decisiones judiciales como ésta es una de las manifestaciones del desarrollo del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 superior), que no desaparece porque se tenga una doble alternativa (seleccionar o no). A este respecto atinadamente asegura Atienza que las decisiones de los órganos públicos no pueden presentarse de manera desnuda, desprovistas de razones, toda vez que “*la argumentación (la tarea de suministrar esas razones) acompaña a las decisiones como la sombra al cuerpo: argumentar y decidir son facetas de una misma realidad*”⁹².

16.1.2 Con esta perspectiva, estimo que la decisión de la Sala en lugar de prohijar este imperativo de argumentación, lo soslaya al dejar sentado que en adelante sólo se seleccionará un caso (sin parar mientes que en ocasiones –no todos los casos- será necesario escoger varios asuntos para que ellos guarden la debida unidad).

16.2 No es este el escenario para cuestionar si las decisiones de revisión de tutela también deberían ser motivadas (no lo son por expreso mandato supremo), pero lo cierto es que tratándose de acciones populares, ello no es factible. Para reforzar la conclusión anterior, traigo a colación el hecho de que en sede de tutela ya hay además una jurisprudencia consolidada de la Corte Constitucional, en prácticamente todos los asuntos concernientes al ámbito de su competencia.

16.3 No sucede lo mismo en sede de acciones populares, donde si bien hay un meritorio recorrido, en especial por parte de las Secciones Primera y Tercera de la Corporación, lo cierto es que son muchísimos los asuntos que reclaman una línea de unificación por el pleno de este Tribunal y por ello, todo intento de asimilación resulta ser meramente teórico.

16.4 En definitiva, a pesar de las evidentes similitudes con su homólogo en sede de tutela, no puede convertirse la revisión eventual en un privilegio de unos pocos, con pretensiones meramente académicas, y menos para prohijar la arbitrariedad en su selección, socavando así las bases de un instituto que fue concebido para

⁹² Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, p. 61 y 62.

garantía justamente de la igualdad, la certeza jurídica, la tutela de la buena fe, la garantía de la confianza legítima de todos los usuarios de la administración de justicia, la publicidad, etc.

17. A fl. 73 se plantean los cuestionamientos que se hicieron en la discusión del proveído, que por cierto, no son resueltos: (i) vulneración del principio de igualdad; (ii) el no estudiar ciertos casos (no todos como dice el auto) convertiría la labor judicial en un *“ejercicio puramente retórico, de formulación de criterios de decisión –a través de la función de unificación de la jurisprudencia- desconectados de la realidad de los litigios con existencia material, con la consecuente vulneración del derecho de las personas a obtener un amparo judicial efectivo para sus derechos e intereses legítimos”*, en tanto la consagración normativa de la *“unificación de la jurisprudencia”* es un medio para la realización de la justicia, no un fin en sí mismo.

17.1 A continuación (fls. 74 y ss.) se propone desvirtuar las críticas que planteamos algunos miembros de la Sala Plena, al hacerlo se responde escuetamente y quedan muchos interrogantes por resolver. En efecto, en cuanto hace a la *“probable (¿?) trasgresión del derecho a la igualdad”*, responde la providencia que *“no puede perderse de vista que la obtención de la igualdad absoluta entre situaciones jurídicas equiparables constituye un propósito, las más de las veces, de imposible obtención”*. Agrega que en estos casos la igualdad *“implicaría la obligación de seleccionar, sin excepción, para su revisión, todos los casos similares o análogos al que fue escogido para unificar jurisprudencia”*.

17.2 Al respecto se aduce que ello traería efectos *“nada deseables”* frente a la seguridad jurídica, la cosa juzgada, la confianza legítima y *“llanamente”* desnaturalizaría el mecanismo que ya no podría llamarse *“eventual”* y lo tornaría, además, *“en completamente inoperante”* dado que ello supondría congestionar el Consejo de Estado y *“prácticamente, lo colapsaría”*. Y en soporte se invoca la lacónica referencia que se hace en la exposición de motivos de sus *“referentes”* (*writ of certiori* y la revisión eventual de tutelas).

17.3 Considero que las objeciones enunciadas no resultan resueltas, sino que solamente se esgrimen razones de *“conveniencia”* totalmente ajenas al ejercicio judicial.

17.4 Agrega que la “*unificación jurisprudencial*” es la finalidad del mecanismo y no crear una “*instancia adicional*”. Añade que si se estima que es una instancia adicional se configuraría una flagrante violación de la igualdad “*pues sólo unos pocos privilegiados gozarían de juicios de tres instancias, mientras que la gran mayoría de los usuarios del servicio de administración de justicia verían zanjadas sus controversias en procesos de doble instancia*”. Esta objeción no es frente a los argumentos disidentes, sino frente al instituto mismo de la revisión eventual, porque lo que allí se afirma se predica tanto del evento en que se escojan muchos casos, como en aquellos en que se selecciona uno sólo, ¿hay menos violación de la señalada concepción de igualdad porque sea escogido un solo caso?

17.5 Plantea la providencia de la que disiento, en adición, que estamos ante la colisión entre los principios de igualdad y de seguridad jurídica y que, a juicio del auto que se discute, “*claramente el legislador –con el aval de la Corte Constitucional, expresado en la sentencia C 713 de 2008 en la cual se declaró exequible la esencial característica de la eventualidad del mecanismo- optó por hacer prevalecer, fruto del correspondiente examen de proporcionalidad, el segundo de los principios en mención respecto del primero*” (fl. 79). A pie de página advierte que la Corte “*no hace explícito el referido juicio de proporcionalidad*”, no obstante lo cual “*a no dudarlo, subyace a la declaratoria de exequibilidad del mecanismo excepcional de impugnación en comentario*”.

17.6 La Sala se erige de esta forma en un intérprete del fallo de constitucional, para deducir una exótica figura: “*juicio de proporcionalidad implícito*”, es decir, una inferencia que no aparece en el texto pero que se supone hecha.

17.7 Entendimientos de esta naturaleza plantean una dicotomía muy discutible entre igualdad y seguridad jurídica, en tanto como se vio y el propio auto lo reconoce en la primera parte (*¿obiter dictum?*) cuando señala que los dos están del mismo lado en función de la defensa de la fuerza vinculante de los precedentes judiciales en nuestro sistema jurídico.

17.8 Es menester insistir en que si bien la seguridad jurídica es pieza fundamental de la configuración democrática de nuestra institucionalidad, su defensa no puede ser caprichosa. Patrocinar aproximaciones como la que se esboza en la providencia de la que disiento, no solo desdibuja el sentido de este principio, sino que además justifica la coexistencia de decisiones contradictorias delante de una

misma situación, vulnerando no solo la cláusula de igualdad, sino desnaturalizando de paso el objeto de la revisión eventual, al convertirlo –sin proponérselo- en un camino hacia la arbitrariedad.

18. Cerrar las compuertas herméticamente a todos los eventos en que se pudieran seleccionar más de un fallo, entraña *per se* la violación del derecho fundamental de acceso a la justicia, y se constituye en infracción del deber de los funcionarios judiciales de respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso (art. 9 LEAJ).

18.1 Permitir que no sea posible estudiar otros casos simplemente porque ya se ha seleccionado uno, conduce a que sólo unos “elegidos” puedan verse beneficiados de la decisión del Consejo de Estado, con mengua del derecho a la igualdad delante de la ley y todo ello con grave riesgo para la tutela judicial efectiva de los derechos colectivos, que por cierto –como es sabido- afectan a todo un conglomerado social.

18.2 Para cuando se adoptó la providencia frente a la cual manifiesto mi disidencia, aún la Sala no se había pronunciado sobre la materia, de modo que ni siquiera podría esgrimirse que ya hay un pronunciamiento. Apenas una suerte de expectativa cierta de que se va a producir, pero lo allí decidido sólo va a afectar una situación concreta, dejando al descubierto multitud de casos sin una decisión idéntica, como es deseable que debiera suceder.

18.3 Se añade luego que *“la afectación que se causa al derecho a la igualdad resulta poco intensa -siempre los no beneficiados por la selección eventual de sus procesos gozan de la protección derivada de la obligatoriedad para todas las autoridades de respetar los precedentes judiciales, en concreto de los derivados de las sentencias de unificación proferidas en sede de revisión eventual- si se le coteja con el elevado beneficio correlativo que la eventualidad del mecanismo dispensa para la seguridad jurídica a través de la selección de casos significativos sin alterar el adecuado y eficiente funcionamiento de la administración de justicia”*.

18.4 Aquí se intenta realizar un juicio de proporcionalidad, pero sin todas las premisas requeridas, tal como lo exige esa técnica de razonamiento, pues habría que agregar que la no escogencia de casos que no atienden la jurisprudencia y respecto de los cuales se desestima el único medio para garantizar la unificación jurisprudencial, no sólo viola gravemente la igualdad –y no de forma “poco

intensa”- sino la propia seguridad jurídica, habida cuenta de que las partes esperan que se cumpla lo dicho por el Consejo de Estado en el tema y actúan en consecuencia. En concreto: (i) para casos como el que se estudia donde no hay una definición aún (pues evidentemente hay dos criterios encontrados entre la Sección Primera y la Sección Tercera sobre el reconocimiento de incentivo), van a quedar una cantidad de situaciones sin el supuesto beneficio de la obligatoriedad del precedente y para casos diferentes, a futuro, todos aquellos no escogidos y (ii) en los que evidentemente se apartaron de la línea jurisprudencial fijada, no hay por supuesto ninguna protección derivada de la “obligatoriedad” del precedente, sino todo lo contrario: el reconocimiento de su desamparo.

18.5 A continuación, vuelve a esgrimirse (fl. 80) frente a la supuesta no violación del derecho de acceso a la administración de justicia, que *“además de conducir al colapso de la Corporación por la congestión que ello comportaría y a la captura de la misma por los diferentes actores populares”* el Tribunal tendría que dedicarse de preferencia y *“casi en exclusiva”* de las solicitudes de revisión. Una vez más razones de conveniencia (la misma en realidad).

18.6 Aduce la providencia que la tarea unificadora de la jurisprudencia tiene *“como propósito fundamental”* generar la confianza en los administrados *“de que cuentan con una hermenéutica uniforme”*, con lo cual –se insiste- la unificación queda confinada a un asunto meramente académico y no a la solución concreta de los casos que se ventilan en la sede judicial.

18.7 Asegura la decisión que la escogencia de multiplicidad de casos análogos *“lejos de contribuir a la eficiencia y eficacia en el desempeño de dicha labor, podría generar dificultades en la medida en que tiende a tornar inocua la utilización del mecanismo de revisión eventual”* ya que se limitaría a *“repetir”* lo que ya se *“habría decidido y unificado, con el consiguiente desgaste de la Administración de Justicia”*. De nuevo, argumentos de conveniencia y no razones de orden jurídico. Ni una palabra sobre los derechos de los usuarios de la administración de justicia.

18.8 Para casos, como el que se estudiaba, esto es, pendientes de una sentencia de unificación, dice el auto que aunque resulte jurídicamente viable su selección *“no aparece conveniente y claramente no se advierte necesario continuar seleccionando para revisión nuevos casos pendientes de resolución de fondo”*,

en tanto no tiene el Consejo de Estado “*elementos de juicio suficientes*” si concurre alguno de los supuestos que justificaría escoger un nuevo caso. Llama la atención que se descarte tan drásticamente la posibilidad de selección.

18.9 Si se quisiera homologar, que no lo es del todo, como se explicó, con la selección de tutela en la Corte Constitucional, también debería tenerse en cuenta que a lo largo de 20 años la Corte ha utilizado en múltiples eventos el mecanismo con el propósito que hoy se desecha frente a acciones populares (seleccionar todos los asuntos relativos a un mismo caso justamente para dar una respuesta uniforme a todos ellos), lo cual por cierto resultaría aún más justificado dada la naturaleza de los derechos en juego (colectivos) que afectan toda una comunidad. En este caso, ha debido plantearse una “transición” para esperar a decantar la jurisprudencia y por ello en muchos casos hubiese sido preciso seleccionar todos los asuntos similares, para así sentar un criterio uniforme y esperar a que el mismo comenzase a ser aplicado por las instancias inferiores.

18.10 Por el sendero que tomó la mayoría se anima a la no utilización del instrumento, pues so pretexto de la parálisis y congestión que supondría su utilización efectiva, la comunidad se ve privada de un mecanismo valiosísimo para hacer efectiva la igualdad de trato.

19. Ahora, es preciso subrayar que la libertad del juzgador se ve limitada por la necesidad de garantizar tres postulados fundamentales del Estado social de derecho: (i) la seguridad jurídica; (ii) la garantía de la igualdad y (iii) la unidad del Derecho⁹³. Postulados que están íntimamente asociados al derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia (art. 229 constitucional y art. 2 LEAJ).

19.1 Esta garantía constitucional de acceso a la justicia es reconocida ampliamente por múltiples instrumentos internacionales: La Convención Americana sobre los Derechos Humanos, artículos 8 y 25), la Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 8), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas (art. 14) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25).

⁹³ De Otto, Ignacio, *Derecho Constitucional, Sistema de fuentes*, Madrid, Ariel, 1995, p. 290.

19.2 Derecho fundamental⁹⁴ cuya garantía debe ser efectiva y no simbólica, como pareciera quedar reducido con la decisión adoptada. En efecto, dada su íntima conexión con la hoy denominada “tutela judicial efectiva”, se traduce en ese derecho a acceder al sistema jurídico estatal con el propósito de hacer valer los derechos legalmente reconocidos y que claramente se ve conculcado cuando se le indica que su caso no será seleccionado, simplemente porque hay otro que ya lo fue.

19.3 El usuario de la administración de justicia al que se le niega la aplicación de un criterio jurisprudencial uniforme y sentado, y al que se le veda la posibilidad de que dicha circunstancia sea corregida por el respectivo órgano de cierre (en este caso el Consejo de Estado), es un usuario al que se le obstaculiza el goce y el ejercicio del derecho a acceder a la justicia, por obra y gracia de una barrera erigida, paradójicamente, por aquel que está encargado de hacer valer su contenido y alcance.

19.4 El derecho de acceso a la justicia no se garantiza solo con la posibilidad de presentar una solicitud de revisión, si esta de antemano se sabe negada, por contar con la “suerte” de haber sido el primero en plantear el asunto. O lo que es igual, si no se traduce en la práctica en la posibilidad efectiva de que el Consejo de Estado revise una decisión que se apartó de la jurisprudencia unificada, el acceso a la justicia no está materialmente tutelado.

19.5 Los derechos no se cumplen con su simple declaración, sino que se exige un mínimo de efectividad, en este caso asociada a la certidumbre en la manera como los jueces interpretan el derecho, siguiendo los derroteros de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Certidumbre que si es defraudada, acarrea una violación de la regla isonómica contenida en el artículo 13 constitucional, en tanto prevé la igualdad de trato delante de la ley, esto es, la interdicción del privilegio, en este caso a favor de un solo caso (de aplicarse con el rigor que plantea la Sala).

20. La jurisprudencia en tanto fuente formal es imprescindible dado que el proceso de interpretación de la ley es, como desde antaño dejó en claro

⁹⁴ Su carácter de fundamental está ampliamente reconocido por la jurisprudencia ver Corte Constitucional, sentencias T- 006 de 1992, C-543 de 1992; C-544 de 1992; T.554 de 1992; C-572 de 1992, T-597 de 1992, C-599 de 1992, C-093/93 T-173 de 1993, T-320 de 1993, C-544-93, T-275-94, T-416 de 1994, T-067 de 1995, C-084 de 1995, T-190 de 1995, C-037 de 1996, T- 268 de 1996, T-502-97, C-652 de 1997, C-071-99, C-742-99, T-163/99, SU-091/00, C-1195 de 2001.

Aristóteles en la *Ética nicomaquea*, connatural a la norma y por ello nuestra jurisprudencia tiene determinado que “[a]un suponiendo leyes perfectas, siempre existirá la necesidad de interpretarlas porque el legislador no puede prever todos los casos que ocurran”⁹⁵

20.1 En consecuencia es evidente que la regla isonómica exige un mínimo de certeza jurídica frente al criterio jurisprudencial que se aplique y en caso de que este se quebrante, que existan mecanismos para remediar este asunto.

20.2 Igualdad que lejos de estar en contradicción, como lo plantea la providencia de la que me separo, está íntimamente vinculada en una relación de interdependencia con el valor superior de la seguridad jurídica, pues esa “*garantía de estabilidad de las normas es la esencia misma del Estado de Derecho: generalidad, claridad, coherencia y posibilidad de cumplimiento son presupuestos de ‘moralidad del derecho o moralidad que hace posible el derecho’ en términos de Lon L. Fuller*”⁹⁶. Y esa certeza o seguridad jurídicas no depende exclusivamente de la norma positiva, sino que exige la aplicación uniforme que hagan los tribunales judiciales y si la “revisión eventual” no se erige en instrumento eficaz para ello, sino simplemente para una entelequia academicista, lejos está el juzgador de una lectura conforme a la Constitución.

20.3 ¿Dónde queda la neutralidad del derecho procesal -derecho fundamental a términos del artículo 29 CP- si la jurisprudencia, como fuente formal del derecho, no se aplica de manera uniforme en todos los casos? Estimo que la interpretación sentada se aparta del marco constitucional, pues permite la violación abierta del derecho a la igualdad, del acceso a la justicia, del principio de confianza legítima, todos ellos supuestamente base de la decisión en comento.

20.4. En definitiva, el acceso efectivo a la justicia no puede asegurarse sobre la base de que la mayor parte de los ciudadanos se verán privados de la posibilidad de que su decisión sea resuelta de manera idéntica a la sentada por la Sala en casos similares, sin un mecanismo que remedie ello.

⁹⁵ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 14 de julio de 1947.

⁹⁶ "Legislador y juez: ¿Garantías o amenazas al modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios?" en AAVV, *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, agosto de 2004, Edición especial n.º 18, Universidad Externado de Colombia.

21. Si el derecho, como señala Carnelutti, es un instrumento de la justicia⁹⁷, o más aún -según la concepción realista- es la misma cosa justa (*ipsa res iusta*), la jurisprudencia -como una fuente formal del mismo- está llamada a ser uno de sus más caracterizados instrumentos. Y no se trata de una fuente formal apenas relativamente vinculante -como se plantea en la providencia objeto de este voto particular- pues justamente al relativizar su vinculación como se hace en este, termina convirtiéndose en una mera ilusión para la comunidad, que verá impotente cómo en su caso concreto ella no es aplicada, sin que pueda acudir efectivamente al medio diseñado para ello justamente: la revisión eventual.

21.1 Parafraseando al ilustre profesor italiano, la jurisprudencia no puede convertirse en un árbol majestuoso que crece fuerte y vigoroso en la entelequia académica, pero que infecundo no produce el fruto deseado: el ser un medio (uno más del derecho, como lo es también la ley) para lograr el fin deseado: la justicia.

21.2 La interpretación judicial obra de un órgano de cierre, y más cuando éste la concibe para unificar jurisprudencia, no puede tener sólo una fuerza o autoridad relativa. No deja de ser curioso que la jurisprudencia en la práctica sea obligatoria para el propio Consejo de Estado, para los litigantes⁹⁸ y ahora también para la administración (arts. 10, 102 y 269 de la Ley 1437 de 2011), sea apenas relativamente vinculante respecto de sus principales destinatarios: los jueces y tribunales de la jurisdicción administrativa.

21.3 La jurisprudencia es fuente de derecho (y no tan sólo relativamente vinculante como matiza el auto del que me separo) y por lo mismo las tesis jurisprudenciales tienen la misma fuerza normativa de la ley, lo cual no obsta para que en uno u otro caso, el juez pueda excepcionalmente separarse de sus mandatos: sea por aplicación de la excepción de inconstitucionalidad o por vía del “*distinguishing*”⁹⁹ jurisprudencial. En cualquier caso, quien así decida actuar, tiene una fuerte carga argumentativa¹⁰⁰.

⁹⁷ Carnelutti, Francesco, *Cómo nace el derecho*, Temis, Bogotá, 2000, p. 87

⁹⁸ Aun para las concepciones más tradicionales y ortodoxas, i.e. Champeau, Edmond y Uribe, Antonio José, *Tratado de Derecho Civil Colombiano*, Tomo I, Paris, Librairie de la société de recueil général des lois et des arrêts, 1899, p. 87.

⁹⁹ Para una completa aproximación a esta terminología y de las demás asociadas, vid. Taruffo, Michele, “Dimensiones del precedente judicial” en Taruffo, M. *Proceso y decisión*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 263 y ss.

¹⁰⁰ En relación con la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad vid. Corte Constitucional, sentencia T 614 de 1992 y en relación con el precedente, ver, Corte Constitucional, sentencia C 836 de 2001, entre muchas otras.

21.3.1 De un lado, porque al desatar los litigios, se crea una nueva norma jurídica que expresa el contenido de la decisión y que obliga a las partes en contienda y que coexiste con las normas generales, como advierte Bulying¹⁰¹, habida cuenta que *“la sentencia judicial como norma individual, no sólo es una operación lógica de individualización sino también un acto de creación que implica, dentro de ciertos límites, un punto de vista sobre la justicia, una propia valoración”*¹⁰². El propio Kelsen admite que *“por precisa que la norma especial pretenda ser, la norma especial creada por la decisión de un tribunal siempre añadirá a aquélla algo nuevo (...) La individualización de la norma general por una decisión judicial es siempre una determinación de elementos no señalados por la norma general y que tampoco pueden hallarse plenamente determinados completamente por ella. Por tanto, el juez siempre es legislador, incluso en el sentido de que el contenido de sus resoluciones nunca puede encontrarse exhaustivamente determinado por una norma preexistente del derecho sustantivo”*¹⁰³.

21.3.2 Pero, además, cuando un órgano de cierre sienta jurisprudencia y al resolver los casos, aplica uniformemente un mismo criterio, de tales decisiones necesariamente surgen reglas que deben servir para resolver situaciones análogas que se presenten en el futuro. Aún en sistemas romanistas, como el nuestro, la jurisprudencia desde hace tiempo desempeña un papel destacadísimo: *“corrigiendo la imprecisión de los textos [legales], dándoles una prudente flexibilidad, deduciendo de ellos consecuencias apenas latentes allí, y formando metódicamente un sistema de soluciones prácticas que por su continuada aceptación, llega a adquirir en el hecho la misma autoridad de los actos legislativos”*¹⁰⁴.

21.3.2 Así lo reconoció la Corte recientemente al estudiar la constitucionalidad del artículo 10 de la Ley 1437, atinente al deber de aplicación uniforme de las normas y de la jurisprudencia, al estimar que *“ [e]l reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma*

¹⁰¹ Bulygin, Eugenio, “Sentencia judicial y creación del derecho”, en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEC; 1966, pp. 355 y ss.

¹⁰² Pacheco, Máximo, *Introducción al derecho*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1970, p. 348.

¹⁰³ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, 1959, p. 152. En el mismo sentido Kelsen, Hans, *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*, Reus, Zaragoza, 2009, pp. 69-70.

¹⁰⁴ Rodríguez Piñeres, Eduardo, *Derecho Civil Colombiano*, Tomo I, Medellín, Diké, 1990, p. 39

*demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto (...) Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante*¹⁰⁵.

21.4 De ahí la importancia de tener mecanismos de unificación, como el que se estudia, que deben servir no sólo –como plantea el auto- para sentar un criterio jurídico por seguir sino que debe erigirse en el instrumento adecuado para velar porque tribunales y juzgados adopten efectivamente la doctrina contenida en sus decisiones de unificación, sin perjuicio de que puedan apartarse de ella cumpliendo –como ya se indicó- con las cargas de transparencia y argumentación, o bien que “distingan” (*distinguishing*) a fin de demostrar que el caso es diferente al anterior. Lo contrario, significa no sólo cercenar seriamente el alcance del mecanismo, sino también poner en duda la autoridad de los principios y doctrinas contenidas en las decisiones de unificación que adopte esta Corporación y tornar nugatorio el respeto que los jueces deben tener de resolver de manera igual los casos iguales (Perelman), esto es, que la decisión judicial debe estar fundada al menos en una norma universal¹⁰⁶.

21.5 Por ello es forzoso admitir que “*cuando una decisión jurisprudencial es declarada formalmente obligatoria para las decisiones futuras, desempeña exactamente el mismo papel que la ley*”¹⁰⁷. Y por lo mismo, la revisión eventual debe servir para unificar efectivamente la jurisprudencia y ello supone no sólo la determinación del criterio o criterios por seguir, sino –además- controlar efectivamente que los jueces inferiores adopten diferentes soluciones frente a los mismos problemas jurídicos, pues ello supondría admitir en la práctica la coexistencia de tesis contradictorias, incompatibles o discrepantes con la fijada por el órgano máximo.

¹⁰⁵ Corte Constitucional, sentencia C 634 de 2011.

¹⁰⁶ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEC, 1989, p. 214.

¹⁰⁷ Djuvara, M., *Droit traditionnel et droit positif*, Recueil Gény, p. 269.

21.6 En otros términos, la unificación de la jurisprudencia se da no sólo en el escenario -muy importante claro está- de la decisión que adopta el criterio, sino que también se consolida y asienta, aún más, en el seguimiento que se haga de su cumplimiento y en la manera como se corrijan las eventuales contradicciones que a la misma se adviertan en las decisiones de las instancias inferiores. Y justamente esas “normas individualizadas” (y la resoluciones judiciales evidentemente lo son) de los casos concretos, de acuerdo con la Escuela Jurídica de Viena, también integran el derecho de un país.

21.7 La función de la jurisprudencia no se agota con señalar derroteros, pautas, criterios, sino que –como toda labor judicial- su razón de ser es “decidir”, que es “cortar por el medio”¹⁰⁸ y por ello la necesidad de justicia sólo queda satisfecha cuando se pronuncia la sentencia. La actividad del órgano judicial, una vez sentado un criterio, y haciendo uso de los mecanismos previstos por la ley al efecto (entre ellos la “revisión eventual”) comprende también la verificación de la estricta adhesión a esas directrices sentadas. Lo contrario sería admitir que los jueces inferiores pueden “fallar contra jurisprudencia”, sin que exista medio alguno de controlar dicha práctica.

21.8 No es insólito, pues, que un país inscrito en la tradición del sistema continental romanista como el nuestro, ya el dogma que asimilaba el derecho a la ley, ha venido cediendo terreno y hay una tendencia marcada a reconocer la autoridad del precedente, toda vez que, como advierten Colin y Capitant *“las decisiones que se suceden respecto de litis idénticas o análogas tienden fatalmente a modelarse las unas a las otras (...) la jurisprudencia se fija sobre esta o aquella cuestión (...) como una nueva disposición de derecho consuetudinario práctico que brota”*¹⁰⁹.

21.9 Y el proceso lento de fijación de la jurisprudencia exige la constatación de la adhesión prestada a los fallos del superior y a la orden de repetición. La unificación efectiva, se alcanza sólo con la existencia de instrumentos (como la tutela contra providencias y la revisión eventual en acciones populares y de grupo) enderezados a asegurar la prevalencia de la jurisprudencia asentada. Por ello, no puede relativizarse su valor vinculante, pues tal tesis conspira contra ella y por eso debe reconocérsele en toda su dimensión el papel del mecanismo de

¹⁰⁸ Carnelutti, Francesco, *Cómo se hace un proceso*, Temis, Bogotá, 2004, p. 125.

¹⁰⁹ Colin A. et Capitant H., *Tours élémentaire de droit civil français*, 1930. p. 30

revisión eventual. La unificación de la jurisprudencia, en la práctica, no se logra con un proveído que resuelve un caso aislado y fija un derrotero hermenéutico. Exige que esa alegada obligatoriedad de la jurisprudencia, cuente con mecanismos procesales para lograr su efectiva aplicación.

22. Conviene resaltar que al abordar efectivamente el caso *sub lite* la decisión de la que me separo le dedica tres folios (de 95 que integran el total del proveído) a exponer las “razones” para no escogerlo, que en realidad es una sola: que ya se seleccionó una providencias para estudiar si hay lugar o no al reconocimiento del incentivo después de la entrada en vigencia de la Ley 1425 de 2010.

23. En suma, frente a las anteriores argumentaciones, discrepo de la conclusión que se infiere de la providencia en el sentido que si la jurisprudencia es una genuina fuente formal, no puede terminar dándosele un carácter “*relativo*” (fl. 17 del auto), no solo porque así se afirma, sino porque así termina admitiéndose al permitir que haya decisiones en sentido contrario sin que el ciudadano tenga más remedio que admitir esta situación como el precio que debe pagarse ante un eventual colapso de la jurisdicción.

23.1 No es difícil concluir que la lectura que se sienta del principio de igualdad no sólo es sesgada, en tanto en la práctica sólo uno se verá beneficiado de su aplicación, sino que termina siendo sacrificada abiertamente por una particularísima interpretación el principio de seguridad jurídica.

23.2 Reitero entonces que la providencia además, muestra un claro divorcio entre la primera parte del proveído y la decisión que se adopta. Mientras en la primera parte se habla de los principios que justifican la necesaria unificación de jurisprudencia y la importante de la definición de la *ratio decidendi*, al descender estas premisas al problema jurídico que se debatía, se revela la arbitrariedad de los criterios sentados para la selección, la forma en que se deja huérfana la jurisprudencia para su efectivo cumplimiento.

23.3 ¿Cuál va a ser en adelante la “motivación” frente a los casos no seleccionados? La respuesta es simple: una “motivación” genérica ha sido implantada: o ya hubo un pronunciamiento o se va a producir uno, en todo caso de esos dos extremos no saldrá a pesar de que sea evidente la necesaria

selección. Es un velado llamado a la “resignación” del usuario de la administración de justicia.

23.4 Como se observa, son motivaciones de conveniencia las que animan la providencia de la que me aparto, y ello queda evidenciado en que la única respuesta que se encuentra a los serios interrogantes que se dejaron planteados en el momento de la discusión en Sala, se reducen a una respuesta que deja muchas dudas: la amenaza de la congestión. Precisamente la inconveniencia de la decisión que se adopta pone de relieve los riesgos de reducir a su más mínima expresión este mecanismo, en tanto aniquila su objeto.

En los términos que anteceden y con el mayor respeto por la decisión de la mayoría, dejo presentado mi salvamento de voto.

Fecha ut supra.

DANILO ROJAS BETANCOURTH

REVISION EVENTUAL - Se debió adoptar una decisión diferente en casos puntuales y especiales como el relativo al reconocimiento del incentivo en procesos iniciados antes de la Ley 1425 de 2010 y fallados con posterioridad a esta normativa.

Al ser esta discusión un asunto único y que no se presentará a menudo dentro de los muchos temas que se ventilarán a través del mecanismo de revisión eventual, estimo que, igualmente, la solución permitía hacer una excepción a la regla general que estableció la Sala en la providencia objeto de aclaración, bien sea a través de la selección para aplicar lo dispuesto en la sentencia de unificación en todos los casos en los que se solicite la revisión del punto de la vigencia del incentivo o simplemente ordenando que se deje pendiente de decisión la selección, hasta tanto se pronuncie definitivamente la Sala. En efecto, si frente al tema de la vigencia del incentivo, la Corporación se pronuncia en el sentido de indicar que el reconocimiento es procedente para aquellas acciones populares que se interpusieron antes de la entrada en vigencia de la Ley 1425 de 2010, todos los actores populares que tenían derecho a que el Juez le otorgara el incentivo lo perdieron a pesar de que, a mi juicio, lo habían adquirido desde el momento en que interpusieron la demanda fundada, situación que ya no podrá subsanarse. Debo precisar en este punto que este planteamiento aplicaría únicamente los casos en que la discusión se concrete únicamente en el reconocimiento o no del incentivo a partir de la citada Ley y no para aquellos en que se discuten aspectos como el monto que se reconoció como incentivo

**ACLARACION DE VOTO
CONSEJO DE ESTADO**

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero Ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

Radicación número: 17001-33-31-003-2010-00205-01(AP)AV

Actor: JAVIER ELÍAS ARIAS IDÁRRABA

Demandado: CENTRAL HIDROELÉCTRICA DE CALDAS S.A. ES.P. CHEC

Consejera: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Comparto la decisión adoptada mayoritariamente por la Sala Plena Contenciosa en cuanto resolvió no seleccionar para revisión la sentencia proferida el 28 de abril de 2011, por el Tribunal Administrativo de Caldas.

La providencia objeto de aclaración concluyó que teniendo en cuenta los antecedentes legislativos y las características del mecanismo de revisión eventual de las acciones populares y de grupo, con la selección de una sola providencia para revisión, la Corporación cumplirá su tarea de unificación de jurisprudencia sobre una materia específica, sin que haya lugar a la escogencia de un caso adicional con el mismo propósito y sobre idéntica problemática.

Entonces, al aplicar el anterior criterio al análisis del caso concreto, es decir, a la solicitud de revisión eventual de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, antes indicada, decidió no seleccionar la providencia con fundamento en lo siguiente:

(i) Frente al tema de la protección del derecho colectivo a la «seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente» existen pronunciamientos de la Corporación sin que se advierta disparidad de criterios.

(ii) En relación con el reconocimiento del incentivo para los actores populares que promovieron la acción antes de la entrada en vigencia de la Ley 1425 de 2010, en la que se dispuso la supresión del incentivo, pero fue decidida por el juez popular cuando ya regía la citada Ley, la Sección Tercera de esta Corporación seleccionó una sentencia con el fin de unificar la jurisprudencia en torno a este tema.

Ahora bien, aunque acompaño los argumentos que sustentaron el pronunciamiento aprobado mayoritariamente por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en punto a la selección de una providencia para agotar la labor de unificación sobre un asunto específico, considero que en los procesos en los que la solicitud de revisión verse sobre el reconocimiento del incentivo en procesos iniciados antes de la Ley 1425 de 2010 y fallados con posterioridad a esta normativa y que ya no podrían ser seleccionados, por las razones expuestas por la Sala en la providencia objeto de aclaración, se debió adoptar una decisión diferente en estos casos puntuales y especiales, por las siguientes razones:

- El incentivo es el reconocimiento que el Legislador dispuso para el actor popular que al promover la acción logró la defensa de los derechos colectivos, es decir, es la consecuencia jurídica a la interposición de una demanda fundada.
- La definición sobre el derecho o no a que se obtenga el incentivo por la entrada en vigencia de la Ley 1425 de 2010, escapa de los aspectos meramente probatorios, de interpretación sobre los derechos colectivos o del trámite propio de la acción popular, sino que constituye un asunto inherente a la persona que ejerce este tipo de acción y que su definición, en este momento, depende de la interpretación jurídica sobre la vigencia de una ley, lo cual demuestra que es una situación ajena a los temas propios de la acción popular.
- Al ser esta discusión un asunto único y que no se presentará a menudo dentro de los muchos temas que se ventilarán a través del mecanismo de revisión eventual, estimo que, igualmente, la solución permitía hacer una excepción a la regla general que estableció la Sala en la providencia objeto de aclaración, bien sea a través de la selección para aplicar lo dispuesto en la sentencia de unificación en todos los casos en los que se solicite la revisión del punto de la vigencia del incentivo o simplemente ordenando que se deje pendiente de decisión la selección, hasta tanto se pronuncie definitivamente la Sala.

En efecto, si frente al tema de la vigencia del incentivo, la Corporación se pronuncia en el sentido de indicar que el reconocimiento es procedente para aquellas acciones populares que se interpusieron antes de la entrada en vigencia de la Ley 1425 de 2010, todos los actores populares que tenían derecho a que el Juez le otorgara el incentivo lo perdieron a pesar de que, a mi juicio, lo habían adquirido desde el momento en que interpusieron la demanda fundada, situación que ya no podrá subsanarse.

Debo precisar en este punto que este planteamiento aplicaría únicamente los casos en que la discusión se concrete únicamente en el reconocimiento o no del incentivo a partir de la citada Ley y no para aquellos en que se discuten aspectos como el monto que se reconoció como incentivo.

Ahora bien, frente a la posibilidad de que los actores populares acudan a otros mecanismos de defensa, como la acción de tutela, para quienes propugnan por la procedibilidad de este medio contra providencia judicial, para obtener la aplicación de la sentencia de unificación jurisprudencial que se profiera en el tema en mención, considero que además de no resultar eficaz contribuiría a la congestión de los despachos judiciales.

Finalmente, si bien lo expuesto podría corresponder más a un salvamento de voto, he decidido acoger en su integridad la decisión mayoritaria de la Sala Plena Contenciosa incluso para los casos de reconocimiento de la vigencia del incentivo, en aras de no obstaculizar la aplicación de las decisiones de unificación jurisprudencial proferidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, pero no sin antes manifestar mi opinión personal sobre este tema concreto.

Con todo respeto,

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

REVISION EVENTUAL - Improcedencia porque el tema propuesto para unificar es obiter dicta de la decisión.

Comparto la parte resolutive del auto de la referencia en el sentido de no seleccionar para revisión la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, pero no porque existan ya providencias seleccionadas con el propósito de esclarecer y definir lo relacionado con el incentivo económico, sino por cuanto la precisión efectuada por el Tribunal, respecto a la vigencia de dicho reconocimiento constituyó un *obiter dicta* que no estructuró en manera alguna la cuestionada decisión, toda vez que en las dos instancias del proceso se denegó la protección de los derechos invocados por el actor.

REVISION EVENTUAL - No seleccionar providencias porque existe una providencia seleccionada para unificar si hay lugar o no al incentivo económico desconoce el principio de igualdad.

En mi criterio, el no seleccionar las demás providencias con igual propósito, cuando aún no hay unificación sobre el tema, puede resultar abiertamente discriminatorio y violatorio al derecho de igualdad de quienes se encuentran en las mismas condiciones y demandan igual justicia material a sus pretensiones de carácter subjetivo, en este caso, como consecuencia del amparo de los derechos colectivos invocados en cada una de las demandas, si la Sala llegase a fallar en favor de los actores populares. No puede desconocerse que el efecto útil de la unificación jurisprudencial, es lograr una misma decisión para casos iguales, luego no existiendo norma que prohíba la selección de providencias con una misma temática que la ya seleccionada, todavía sin unificar, las Secciones del Consejo de Estado no pueden perder la oportunidad para tratar de asegurar igual justicia material, procurando su selección.

ACLARACION DE VOTO

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero Ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

Bogotá, siete (7) de noviembre de dos mil doce (2012)

Radicación número: 17001-33-31-003-2010-00205-01(AP)AV

Actor: JAVIER ELÍAS ARIAS IDÁRRABA

Demandado: CENTRAL HIDROELÉCTRICA DE CALDAS S.A. ES.P. CHEC

Consejero: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Comparto la parte resolutive del auto de la referencia en el sentido de no seleccionar para revisión la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de

Caldas, pero no porque existan ya providencias seleccionadas con el propósito de esclarecer y definir lo relacionado con el incentivo económico, sino por cuanto la precisión efectuada por el Tribunal, respecto a la vigencia de dicho reconocimiento constituyó un *obiter dicta* que no estructuró en manera alguna la cuestionada decisión, toda vez que en las dos instancias del proceso se denegó la protección de los derechos invocados por el actor.

La Sala Plena plantea que existiendo una providencia seleccionada para unificar si hay lugar o no al incentivo económico para los actores populares de las acciones iniciadas con la Ley 472 de 1998 y finalizadas en vigencia de la Ley 1425 de 2010 con sentencias favorables a sus pretensiones, se hace innecesario seleccionar otra con igual propósito. A esta conclusión llega la Sala después de analizar ampliamente la naturaleza de la acción y la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional sobre el carácter eventual del mecanismo de revisión.

No obstante, en mi criterio, el no seleccionar las demás providencias con igual propósito, cuando aún no hay unificación sobre el tema, puede resultar abiertamente discriminatorio y violatorio al derecho de igualdad de quienes se encuentran en las mismas condiciones y demandan igual justicia material a sus pretensiones de carácter subjetivo, en este caso, como consecuencia del amparo de los derechos colectivos invocados en cada una de las demandas, si la Sala llegase a fallar en favor de los actores populares.

No puede desconocerse que el efecto útil de la unificación jurisprudencial, es lograr una misma decisión para casos iguales, luego no existiendo norma que prohíba la selección de providencias con una misma temática que la ya seleccionada, todavía sin unificar, las Secciones del Consejo de Estado no pueden perder la oportunidad para tratar de asegurar igual justicia material, procurando su selección.

En estos términos dejo aclarado el voto en esta providencia.

Cordialmente,

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

JURISPRUDENCIA - Fuente de derecho

En ese sentido, la Sala Plena reconoce sin ambages, que el juez, en el ejercicio de su función constitucional de administrar justicia y dirimir los casos sometidos a su conocimiento crea derecho, no se limita a decirlo. Afirmación que comparto y celebro como más adelante lo explicaré. Se señala, sin embargo, que esta característica de la función judicial sólo adquiere relevancia en aquellos casos en donde la norma no es lo suficientemente clara y pertinente, pues, en donde hay claridad, el juez sencillamente aplica el derecho. Afirmación de la que debo disentir, pues hoy la ley tiene una serie de peculiaridades que impiden ese razonamiento mecánico que presupone la providencia y que exige una labor de creación por parte del juez.

INSUFICIENCIA DE LA LEY - Necesidad de ubicar otro centro de imputación jurídica.

La ley, fuente por excelencia de los ordenamientos jurídicos que como el nuestro tiene una tradición romano-germánica, no es hoy un factor unificador de la sociedad para resolver sus conflictos con certeza y legitimidad. Si bien es uno de sus instrumentos no es el único y por tanto es necesario identificar otro centro de imputación en el ordenamiento jurídico que permita de manera efectiva, clara y veraz garantizar a la sociedad su convivencia pacífica. En ese sentido, la transformación del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho responde a la necesidad de encontrar o reconocer un centro de imputación jurídica diverso a la ley, pues ya no será ésta sino la Constitución y el reconocimiento que en ella se hace de una serie de derechos, los llamados a ocupar el lugar que los revolucionarios le concedieron a la ley soberana.

JUEZ – Capacidad de creación normativa / PRECEDENTE JUDICIAL – Carácter vinculante no relativo

En consecuencia, me aparto de lo que dice la providencia en el sentido de que solo en aquellos eventos de oscuridad o inexistencia de supuesto normativo el juez tiene la capacidad de creación normativa, pues el primer paso que éste debe agotar en su labor, es determinar si el supuesto normativo que ha de aplicar al caso concreto, efectivamente puede hacer realizable los fundamentos constitucionales, en ese orden de ideas, siempre que aplica o dice el derecho está haciendo un ejercicio de creación.. Respetuosa y comedidamente me permito aclarar en síntesis, que mientras el fallo de la referencia considera “relativamente vinculante los precedentes judiciales” sólo en aquellos casos en donde la norma no sea lo suficientemente clara y pertinente, el suscrito respetuosamente discrepa de ello en cuanto considero que el precedente puede crearse no solo en aquellos eventos de oscuridad o inexistencia de supuesto normativo, sino en todos aquellos casos en que deban aplicarse y hacer realizables los fundamentos constitucionales y en especial, los derechos fundamentales y en concreto, la tutela judicial efectiva.

ACLARACION DE VOTO

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero Ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

Radicación número: 17001-33-31-003-2010-00205-01(AP)AV

Actor: JAVIER ELÍAS ARIAS IDÁRRABA

Demandado: CENTRAL HIDROELÉCTRICA DE CALDAS S.A. ES.P. CHEC

Consejero: ALBERTO YEPES BARREIRO

Considero importante y necesario efectuar esta ratificación de mi voto a título de aclaración, para exponer brevemente mi criterio sobre algunos puntos que se exponen en el fallo y que considero de la más alta relevancia en el marco del Estado Social de Derecho, en especial, la relativa al papel que juegan en él las decisiones judiciales de las llamadas Altas Corporaciones u órganos de cierre en el actual sistema de fuentes del Derecho Colombiano.

En efecto, el fallo de la referencia, dedica todo un capítulo al carácter “**relativamente vinculante de los precedentes judiciales**”. En éste, se parte de la idea según la cual los jueces en cumplimiento de su función constitucional deben razonar sus fallos en las “**reglas**” utilizadas en providencias anteriores por el mismo fallador u otros de la misma o superior jerarquía, y que sirvieron para decidir casos anteriores y análogos o **construidas específicamente** para resolver el caso concreto sometido a su conocimiento.

Así, la providencia hace referencia a la “regla de universalización” para señalar que “*ella constituye uno de los requisitos mínimos de racionalidad de los cuales debe estar provista toda decisión judicial en una sociedad democrática*”¹¹⁰

En ese sentido, la Sala Plena reconoce sin ambages, que el juez, en el ejercicio de su función constitucional de administrar justicia y dirimir los casos sometidos a su conocimiento **crea derecho**, no se limita a decirlo. Afirmación que comparto y celebro como más adelante lo explicaré.

Se señala, sin embargo, que esta característica de la función judicial sólo adquiere relevancia en aquellos casos en donde la norma no es lo suficientemente clara y

¹¹⁰ Ver folio 8.

pertinente, pues, en donde hay claridad, el juez sencillamente aplica el derecho. Afirmación de la que debo disentir, pues hoy la ley tiene una serie de peculiaridades que impiden ese razonamiento mecánico que presupone la providencia y que exige una labor de creación por parte del juez, asunto éste que abordaré más adelante.

En ese sentido, la Sala Plena reconoce que en los casos en donde ese silogismo no es posible, le corresponde al funcionario judicial generar, construir, crear una “regla”, por no llamarla “norma jurídica” que le permita esclarecer el caso sometido a su conocimiento, toda vez que el llamado operador jurídico no puede rehusarse a fallar bajo argumentos como la carencia de elementos normativos o de su oscuridad o impertinencia, entre otros.

En consecuencia, se señala en el fallo que esa “regla” producto del análisis argumentativo que está obligado a desarrollar el juez, en aplicación de principios axiales al Estado Social de Derecho, como son la igualdad, la buena fe en su variable la confianza legítima y la seguridad jurídica, obligan a aceptar sin restricciones que la decisión judicial hace parte del **ordenamiento jurídico**.

Se entiende, entonces, por la Sala Plena, que esas “reglas” hacen parte de las fuentes del derecho, es decir, que junto a la **ley**, fuente por excelencia en el sistema romano-germánico del que somos herederos y exponentes, se erigen aquellos razonamientos de los funcionarios judiciales que le sirvieron de fundamento para resolver el caso sometido a su conocimiento, los cuales deben ser empleados por otros operadores jurídicos cuando el asunto sometido a su discernimiento así lo exija.

Así, la Sala avanza en la interpretación del artículo 230 de la Constitución Política para señalar que cuando este precepto establece que la jurisprudencia es un “criterio auxiliar de la actividad judicial” debe entenderse como “una fuente auxiliar que no subsidiaria del quehacer judicial”, en donde los jueces deben acudir a la “*jurisprudencia no en defecto sino en apoyo del acervo argumentativo en el cual sustenta su determinación*”¹¹¹.

¹¹¹ Ver folio 14.

De esta manera, el pleno de la Corporación reconoce en esta providencia puntos trascendentales que me llevaron a suscribirla, entre ellos que: **i)** las decisiones judiciales son fuente de derecho y **ii)** como fuente de derecho, éstas **deben** hacer parte del razonamiento judicial.

Es decir, los funcionarios judiciales no pueden hacer caso omiso de lo que se ha denominado “el precedente judicial” cuando las circunstancias del caso impongan su observancia. Por tanto, en el evento en que esa “regla” no pueda o deba ser tenida en cuenta, así lo debe explicitar el fallo respectivo, como un requisito de validez del mismo, pues solo es posible apartarse de la “regla” que surge de un pronunciamiento judicial, cuando el funcionario judicial que así va a obrar, despliegue una carga de argumentación que haga explícitas las razones por las cuales no hará uso de aquella.

Conclusión ésta que ha de generar un cambio en la forma como en la Corporación se asume la fuerza vinculante de ciertas decisiones, pues hoy, algunos siguen insistiendo que las providencias judiciales de las llamadas Altas Corporaciones u órganos de cierre no son fuente de derecho.

Este breve recuento de la providencia me permite, primero, celebrar el avance que esta decisión significa en nuestro sistema jurídico, pues hace explícitas algunas consideraciones que hasta hoy algunos se negaban a aceptar como aquella según la cual el artículo 230 de la Constitución exige una interpretación diferente, pues es claro que después de 20 años de la promulgación de nuestra Carta, los jueces no pueden seguir afirmando que no aplican el precedente porque en su actividad solo están sometidos **al imperio de la ley**, sin reparar en el significado que esta acepción tiene hoy en nuestro ordenamiento.

Sin embargo, debo abordar dos aspectos que son trascendentales cuando se analiza el papel que juegan las decisiones judiciales en nuestro ordenamiento, **el primero**, referido al fenómeno de lo que se denomina “insuficiencia de la ley”; y **el segundo** al lugar que, por razón de esa carencia ocupan las providencias judiciales en el ordenamiento jurídico, como a su carácter “relativamente vinculante” como se afirma en la providencia de la referencia.

- 1. La insuficiencia de la ley y la necesidad de ubicar otro centro de imputación jurídica.**

Se impone señalar y en ese sentido la aclaración de voto que suscribo, que hoy, el estudio de las fuentes del derecho en nuestro sistema jurídico debe ser diverso a como lo fue en los siglos pasados, toda vez que debemos abandonar la idea decimonónica según la cual la ley como fuente por antonomasia en nuestro sistema, es el único centro de imputación jurídica.

En mi criterio, la ley como expresión del poder soberano, ha perdido sus condiciones de generalidad, impersonalidad y abstracción que los revolucionarios franceses identificaron como base y fundamento de su ideario, pues aquella, supuestamente para distinguirla de las normas dictadas por el antiguo régimen, eran producidas por el órgano de representación popular sin sujeción a una determinada condición de la persona o grupo al que aquella se dirigía.

Esas pretensiones de generalidad, impersonalidad y abstracción se han ido perdiendo en la medida en que las condiciones materiales de la sociedad han ido cambiando y cada vez, en ejercicio del principio democrático, se dictan disposiciones para determinados grupos, según sus condiciones y necesidades, lo que ha generado una superproducción normativa caracterizada por la diversidad y la dispersión que a su vez, genera serios problemas de aplicación que maximizan la importancia de la función judicial.

La sociedad actual está compuesta por una amplia diversificación de grupos y estratos sociales que participan en el “mercado de las leyes”, lo cual ha determinado la denominada hiperinflación normativa, o pulverización del derecho legislativo, generándose con ello una explosión de legislaciones sectoriales, con la consiguiente crisis del principio de generalidad.¹¹²

Esta pérdida de las características clásicas de la ley obedece sin duda, a una acentuada diferenciación de tratamientos normativos, bien como una aplicación del principio de igualdad que exige el modelo de Estado Social de Derecho en el que el Constituyente de 1991 adscribió al Estado colombiano y, hay que decirlo, también como consecuencia de la presión que sobre el legislador ejercen los

¹¹² Tomo para explicar la crisis de la teoría clásica de la ley, estudiada como principal fuente de derecho por sus características de generalidad, abstracción e impersonalidad, el desarrollo teórico expuesto en ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia. Editorial Trotta, Madrid. 1995. Capítulo 2.

intereses corporativos. Hecho que, sin lugar a dudas, erosiona el fin supremo de la seguridad jurídica del hombre común y obviamente del operador jurídico, quien se ve enfrentado a un sinnúmero de normas contradictorias y vigentes, en donde el dilema de cuál aplicar siempre estará presente.

La creciente vitalidad de tales grupos determina, además, situaciones sociales en rápida transformación que requieren normas jurídicas ocasionales o *ad hoc* adecuadas a las necesidades y destinadas a perder rápidamente su sentido y a ser sustituidas cuando surjan nuevas necesidades, lo que genera una crisis no solo de la característica de la generalidad de la ley sino también de su abstracción.¹¹³

Igualmente resulta inocuo y reprochable negar que el acto de creación del derecho legislado sea el producto de un proceso político en el que participan numerosos sujetos sociales en conflicto, lo que conlleva al fenómeno de la negociación, la conciliación de intereses particulares, o a la llamada “contractualización” de los contenidos de la ley.

En ese orden de ideas, aquella no es ya ese acuerdo de voluntades, es simple y llanamente un mero juego de las relaciones de fuerza, y en este contexto la norma no es ese factor de unificación del sistema jurídico, sino un instrumento causal del desorden jurídico, que intenta a lo sumo poner remedio a un conflicto específico de manera *ex post factum*.¹¹⁴

El pluralismo de las fuerzas políticas y sociales conduce dialécticamente y de manera irrefutable a la heterogeneidad de los valores e intereses expresados en la ley, la cual es manifestación e instrumento de enfrentamientos y competencia entre los diversos grupos e intereses en juego y, por ende, ella no pone fin al conflicto, lo mantiene. Por tanto, aquella no puede ser catalogada como un acto impersonal, general y abstracto, expresión de intereses objetivos, coherentes, racionalmente justificables y generalizables, sino un acto personalizado que persigue unos determinados intereses particulares.

¹¹³ Ibidem.

¹¹⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. Pág. 37

En ese contexto, la ley no es garantía absoluta de unificación del derecho, sino que se convierte, la mayoría de las veces, en instrumento y causa de inestabilidad del sistema jurídico y la sociedad.

Cuando las leyes actúan como medidas de apoyo a un sujeto social definido y están determinadas por las cambiantes relaciones de fuerza más que por diseños generales y coherentes, la inestabilidad es máxima y se hace acuciante la exigencia de protección frente a esos acuerdos particulares que impulsan la legislación.

En este orden, resulta evidente que la protección necesariamente estará a cargo del juez cuando la controversia resultante de esos diversos intereses llegue a su conocimiento. De ahí que su función será la creación de una nueva norma que permita la resolución del conflicto y que por tanto pase a hacer parte del "ordenamiento jurídico" que aquel tendrá que aplicar para no desconocer entre otros el principio de igualdad en que se fundamenta hoy nuestro Estado Social de Derecho, una igualdad que no se concibe única y exclusivamente desde el tratamiento que ofrece el legislador sino todo el sistema jurídico que incluye, huelga repetirlo, las decisiones de los funcionarios judiciales.

En otros términos, la ley, fuente por excelencia de los ordenamientos jurídicos que como el nuestro tiene una tradición romano-germánica, no es hoy un factor unificador de la sociedad para resolver sus conflictos con certeza y legitimidad. Si bien es uno de sus instrumentos no es el único y por tanto es necesario identificar otro centro de imputación en el ordenamiento jurídico que permita de manera efectiva, clara y veraz garantizar a la sociedad su convivencia pacífica.

En ese sentido, la transformación del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho responde a la necesidad de encontrar o reconocer un centro de imputación jurídica diverso a la ley, pues ya no será ésta sino la Constitución y el reconocimiento que en ella se hace de una serie de derechos, los llamados a ocupar el lugar que los revolucionarios le concedieron a la ley soberana.

Ese desplazamiento de la ley frente a la supremacía de la Constitución y principalmente a los fundamentos del Estado, así como el papel preponderante que en ella tienen los derechos fundamentales, los principios y los valores en ella contemplados, permite afirmar que los jueces ya no pueden ser definidos como lo

hacia Montesquieu “... *la boca muda que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moldear su fuerza ni su rigor*”¹¹⁵.

No. El juez en este nuevo estado de cosas debe privilegiar la preeminencia de esos derechos y, en consecuencia, moldear la fuerza y rigor de la norma aplicable al caso, **creando** una nueva, compatible con las características y la realidad puesta a su conocimiento. Por tanto y como lo reconoce la Sala Plena, el juez también crea derecho.

En consecuencia, el actuar del juez debe buscar la realización de esos derechos, principios y valores constitucionales fundamentales, razón por la que el artículo 230 de la Constitución requiere una interpretación diversa, en la medida en que los jueces en el marco de un Estado Social de Derecho como el que nos rige están sometidos al imperio de aquella y a su efectiva materialización, lo que implica que aquél siempre estará en la obligación de interpretar la norma que, para el caso concreto, pueda tener aplicación a fin de garantizar la materialización de esos derechos.

Esto permite la creación de figuras tales como la unificación y extensión de la jurisprudencia, consagradas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En esa medida, el juez siempre debe buscar aquella interpretación que mejor realice aquellos presupuestos en los que hoy se erige el Estado colombiano. Por tanto, y he aquí mi principal aclaración: pese a la claridad que pueda ofrecer un determinado supuesto normativo, el funcionario judicial siempre ha de indagar si efectivamente él permite la materialización de los derechos fundamentales y de la Constitución misma, porque de no ser así, estará obligado a su inaplicación o a su adecuación para lograr la idea de supremacía y prevalencia del ordenamiento constitucional.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha indicado que:

“Una interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional

¹¹⁵ Citado por PRIETO SANCHIS, Luis. Introducción al Derecho-coordinador. Ediciones de la Universidad de la Mancha-Cuenca. 1996. Pág. 25

que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico”¹¹⁶

En consecuencia, me aparto de lo que dice la providencia en el sentido de que solo en aquellos eventos de oscuridad o inexistencia de supuesto normativo el juez tiene la capacidad de creación normativa, pues el primer paso que éste debe agotar en su labor, es determinar si el supuesto normativo que ha de aplicar al caso concreto, efectivamente puede hacer realizable los fundamentos constitucionales, en ese orden de ideas, siempre que aplica o dice el derecho está haciendo un ejercicio de creación.

En ese contexto, la providencia olvida que, como lo señalaba Hans Kelsen "... *la aplicación de derecho es de consuno producción de derecho. Ambos conceptos no expresan, como supone la teoría tradicional, una oposición absoluta. Es erróneo distinguir entre actos de producción y actos de aplicación de derecho.*"¹¹⁷

En consecuencia, es importante que se admita, sin distinguos, que cuando el juez o el operador jurídico, como suele llamarse ahora a este funcionario, aplica una norma a un caso concreto está de suyo generando otra norma, que muchos tienden a llamar "regla" o "subregla" para tratar de darle un carácter diferente y no confundirla con aquella que produce el legislador pero que, en suma, integra el ordenamiento jurídico que aquel está obligado a tener en cuenta al momento de resolver un caso concreto, pues el juez está llamado a actualizar la norma y hacer realizable al caso concreto los presupuestos constitucionales en que se funda hoy el Estado colombiano.

Huelga manifestar el carácter normativo y vinculante de nuestra Constitución Política y en ese sentido, considero, a diferencia del criterio que expresa la Sala, que la capacidad creadora de derecho por parte de quien ejerce la jurisdicción no

¹¹⁶ Cfr. Corte Constitucional sentencia C-539 de 2011. Magistrado Ponente, doctor Luis Ernesto Vargas Silva.

¹¹⁷ Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho, Universidad Autónoma de México, págs. 244 y 245.

solo se produce en aquellos casos en donde la ley es oscura o no exista un supuesto normativo que aplicar, pues se impone reconocer que la ley hoy no es el centro de imputación jurídica como lo entendieron los revolucionarios franceses, amen que, por regla general, toda norma jurídica es fuente de otra, cuya jerarquía dependerá de una serie de circunstancias, entre ellas, la naturaleza del órgano que la genere, pero de todas maneras fuente de derecho.

Sobre el particular es importante recordar lo que señalaba el filósofo argentino, Carlos Cossio, en el sentido según el cual se concibe más fácil un sistema jurídico sin legislador que sin jueces, en la medida en que sin una aplicación de la norma jurídica el derecho deja de ser lo que es.¹¹⁸

El anterior razonamiento impone, como reiteradamente lo anticipó el juez constitucional¹¹⁹, una lectura diferente del artículo 230 de la Constitución, pues es claro que el juez en el ejercicio de su labor no puede quedarse simplemente en lo que señale la ley, entendida ésta en su sentido formal, pues siempre debe determinar su alcance, hacer una actualización de la misma al contexto social en que se va a aplicar, lo que lo llevará a generar un supuesto normativo que pasará a integrar o hacer parte del sistema jurídico y que tendrá que ser considerado cuando el mismo juez u otro deba resolver un caso con características similares, en donde, como bien lo advierte la providencia de la Sala, se impone una carga de argumentación adicional para el funcionario que decida no tener en cuenta la norma, regla o subregla que generó el caso anterior.

Esta argumentación va más allá de la simple afirmación según la cual el ejercicio de la jurisdicción impone únicamente el sometimiento **al imperio de la ley**, como lo ha venido reconociendo la Corte Constitucional de tiempo atrás y hoy lo hace el pleno del Consejo de Estado con la restricción expuesta. En mi criterio el concepto de "**imperio de la ley**" a que hace referencia el artículo 230 constitucional se refiere a todo el ordenamiento jurídico y no simplemente a la ley en sentido formal, en donde la decisión judicial entra a jugar un papel preponderante.¹²⁰

En este punto específico la Corte Constitucional ha resaltado que:

¹¹⁸ Cfr. CARLOS COSSIO. La Plenitud del orden jurídico, Ed. Losada, 1936., citado por la Corte Constitucional en la sentencia C-083 de 1995.

¹¹⁹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-836 de 2001, C-335 de 2008, C-539 y C-816 de 2011, entre otras.

¹²⁰ Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-131 y C-480 de 1993, C-083 de 1995 y C-836 de 2001.

“(i) la intención del constituyente ha sido darle clara y expresa prevalencia a las normas constitucionales –art. 4º Superior- y con ella a la aplicación judicial directa de sus contenidos; (ii) que esto debe encontrarse en armonía con la aplicación de la ley misma en sentido formal, es decir dictada por el Legislador, la cual debe ser interpretada a partir de los

valores, principios, objetivos y derechos consagrados en la Constitución; (iii) que por tanto es la Carta Política la que cumple por excelencia la función integradora del ordenamiento; (iv) que esta responsabilidad recae en todas las autoridades públicas, especialmente en los jueces de la república, y de manera especial en los más altos tribunales; (v) que son por tanto la Constitución y la ley los puntos de partida de la interpretación judicial; (vi) que precisamente por esta sujeción que las autoridades públicas administrativas y judiciales deben respetar el precedente judicial o los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores; (vii) que esta sujeción impone la obligación de respetar el principio y derecho de igualdad tratando igual los casos iguales; (viii) que mientras no exista un cambio de legislación, persiste la obligación de las autoridades públicas de respetar el precedente judicial de los máximos tribunales, en todos los casos en que siga teniendo aplicación el principio o regla jurisprudencial; (ix) que no puede existir un cambio de jurisprudencia arbitrario, y que el cambio de jurisprudencia debe tener como fundamento un cambio verdaderamente relevante de los presupuestos jurídicos, sociales existentes y debe estar suficientemente argumentado a partir de razonamientos que ponderen los bienes jurídicos protegidos en cada caso; (x) que en caso de falta de precisión o de contradicción del precedente judicial aplicable, corresponde en primer lugar al alto tribunal precisar, aclarar y unificar coherentemente su propia jurisprudencia; y (xi) que en estos casos corresponde igualmente a las autoridades públicas administrativas y a los jueces, evidenciar los diferentes criterios jurisprudenciales existentes para fundamentar la mejor aplicación de los mismos, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico en su totalidad, “y optar por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley” para el caso en concreto.”¹²¹

¹²¹ Cfr. Sentencia C-539 de 2011 y C-836 de 2001.

Considero respetuosamente entonces que una interpretación armónica de la Constitución exige, para entender el verdadero alcance del artículo 230 de la Constitución, abandonar la concepción decimonónica sobre la labor del juez y la desconfianza que éste generaba en los revolucionarios franceses, para reinterpretar el papel de la jurisprudencia y su carácter vinculante, con lo cual se harán realizables los principios y los derechos fundamentales, base del ordenamiento constitucional, en especial, el de igualdad, la seguridad jurídica y la confianza legítima.

2. El carácter vinculante de las decisiones judiciales: algunas diferencias que deben ser tenidas en cuenta

Creo importante referirme al carácter vinculante y obligatorio que, en nuestro ordenamiento, tienen ciertas decisiones proferidas por los jueces y el alcance del denominado precedente judicial, pues creo que existe cierto consenso en que no toda providencia puede ser tenida como un precedente ni que todas las decisiones judiciales tienen el mismo carácter vinculante.

Sabido es que las providencias que profiere la Corte Constitucional, desde la sentencia C-083 de 1995¹²², señalan que las decisiones del intérprete autorizado de la Constitución son un criterio vinculante de la labor judicial.

En dicho fallo se definió con suma claridad que el juez constitucional como intérprete autorizado de la Constitución al desentrañar el sentido o contenido de una norma constitucional o al aplicarla directamente a un caso concreto generaba lo que se denomina **doctrina constitucional** la que, por su naturaleza, tiene un carácter vinculante en razón del carácter normativo de la Constitución, pues en aquella se interpreta la norma fundamental, interpretación que debe ser acatada por los jueces, porque de no hacerlo, se desconocería la norma fundamental misma.

En ese sentido, desde las primeras sentencias de la Corte se reconoció que:

¹²² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-085 de 1993. Magistrado Ponente, doctor Carlos Gaviria Díaz.

*“ si bien la jurisprudencia no es obligatoria (artículo 230 de la Constitución Política), las pautas doctrinales trazadas por esta Corte, que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, indican a todos los jueces el sentido y los alcances de la normatividad fundamental y a ellas deben atenerse. **Cuando la ignoran o contrarían no se apartan simplemente de una jurisprudencia -como podría ser la penal, la civil o la contencioso administrativa- sino que violan la Constitución, en cuanto la aplican de manera contraria a aquélla en que ha sido entendida por el juez de constitucionalidad a través de la doctrina constitucional que le corresponde fijar.**”¹²³ (negrita fuera de texto).*

Lo anterior significa que cuando la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales o la aplica de un determinado modo a un caso concreto, no está generando jurisprudencia, está fijando doctrina constitucional que, por envolver la interpretación de la Constitución, tiene un carácter vinculante y obligatorio para todos los jueces de la República, sin distingo alguno.

Se lee en la sentencia C-539 de 2011:

“... la Corte es la encargada de fijar la interpretación auténtica de los preceptos constitucionales, de manera que tienen un aspecto subjetivo, relativo al caso concreto, y objetivo, que implica consecuencias generales en cuanto determina el precedente judicial a ser aplicado en casos similares o análogos.

De otra parte, la Corte ha insistido en que sus sentencias de amparo tienen una proyección doctrinal vinculante, en cuanto se trata de interpretar la Constitución misma, lo cual debe tener un efecto multiplicador aplicable a los casos similares o análogos, por cuanto de lo contrario se desvirtuaría su verdadera esencia y se convertiría tan solo en otra instancia de una jurisdicción.”¹²⁴

Interpretación auténtica a la que los jueces de ninguna jerarquía pueden escapar bajo el argumento de los principios de autonomía e independencia que

¹²³ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-260 de 1995.

¹²⁴ *Ibidem*.

caracterizan la función judicial, pues estarían no solo desconociendo la Constitución, en especial, los postulados de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima en las instituciones, sino usurpando la competencia que la Carta le otorgó expresamente al Tribunal Constitucional.

Se exige un ejercicio de ponderación entre los principios de autonomía e independencia y los de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima. No basta que el juez argumente los primeros sin consideración alguna de los segundos.

En ese sentido, cuando la Corte Constitucional fija el alcance de una norma constitucional, en el caso del control abstracto de constitucionalidad o determina el alcance de un derecho constitucional fundamental, en ejercicio de su función de revisión de las acciones de tutela, esas decisiones pasan a formar parte de las fuentes formales del derecho y por ende vinculan a todos los jueces. Así lo ha reconocido expresamente el Tribunal Constitucional al señalar que:

“... si bien la parte resolutive de los fallos de revisión obligan tan solo a las partes, el valor doctrinal de los fundamentos jurídicos o consideraciones de estas sentencias trasciende el asunto concreto revisado y que en cuanto fija el contenido y alcance de los preceptos constitucionales, hace parte del concepto de “imperio de la ley” a la cual están sujetos los jueces y las autoridades públicas de conformidad con el artículo 230 Superior”¹²⁵

En consecuencia, en tratándose de la doctrina constitucional, basta un pronunciamiento de esa Corporación para que sea vinculante y obligatoria la decisión. En donde, valga decirlo, constituye doctrina constitucional la parte de la sentencia que fija el alcance de la norma constitucional o del derecho fundamental correspondiente, es decir, la llamada *ratio decidendi*. En la sentencia C-036 de 1996 se indicó que todas las expresiones de la parte motiva que tengan *“una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive”* tienen fuerza vinculante.

Los jueces solo podrán apartarse de esa doctrina cuando los supuestos del caso sometido a su conocimiento difieran del que resolvió la Corte, razón que hace inaplicable la *ratio decidendi* de la sentencia o demuestren que los valores, los

¹²⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-539 de 2011 y C-251 de 2001.

principios o derechos constitucionales se verán protegidos de una mejor manera con la interpretación que el funcionario judicial hará para el caso concreto.

Es ésta, entonces, una carga de argumentación por parte del juez que no desconoce el carácter vinculante de la doctrina constitucional, como parece deducirlo la Sala Plena en el fallo de la referencia, en sentido general refiriéndose a la jurisprudencia, al señalar que, como los jueces se pueden apartar de una decisión anterior, en este caso, por el juez constitucional, ello le imprime a la doctrina constitucional y a la jurisprudencia en general un carácter relativamente vinculante.

No. El carácter vinculante y obligatorio se mantiene, lo que sucede es que al igual que la ley, en casos determinados, su aplicación resultaría contraria a los mismos fundamentos constitucionales que le dieron origen, razón por la que en un ejercicio de ponderación y razonabilidad el juez correspondiente no debe aplicarla. Esa excepcionalidad no hace desaparecer el carácter vinculante que aquella y ésta tienen.

Ahora bien, en relación con la fuerza vinculante de la jurisprudencia de las llamadas Altas Cortes, en este caso, Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia, es necesario señalar que cuando éstas cumplen la función constitucional de unificar la jurisprudencia en torno a un tema, están generando un **precedente de obligatorio** acatamiento para los jueces, la administración y los administrados en general.

En ejercicio de esa función: la de unificación, los órganos de cierre brindan coherencia al sistema jurídico, al fijar el contenido de la ley o de la situación sometida a su conocimiento, hecho que implica su obligatoria observancia por parte de todos los operadores jurídicos sin excepción, pues nada se ganaría si, después de la labor de unificación por el órgano competente, los jueces pudieran seguir aplicando su criterio bajo la égida de una autonomía judicial mal entendida, generando no solo incoherencias en el sistema sino tratos diversos a situaciones con supuestos de hecho iguales o similares, con las implicaciones que ello tendría en principios de rango constitucional como el de la seguridad jurídica y la confianza legítima.

La coherencia en el sistema, implica aceptar de una vez por todas que cuando se presente la unificación jurisprudencial ella es obligatoria para todos los jueces sin distinción de jerarquía. En donde una modificación o cambio del criterio jurisprudencial, ha de exigir, como debe ser, la suficiente carga de argumentación para hacer compatible los derechos, principios y valores constitucionales, con la función dinámica, renovadora y de actualización que tiene la jurisprudencia en nuestro sistema jurídico.

De lo expuesto, se deduce la importancia de los mecanismos de unificación y extensión de la jurisprudencia que se contempla en los artículos 102 y 269 de la Ley 1437 de 2011.

Finalmente, es importante señalar que cada juez, en ejercicio de su función, está obligado a acatar y aplicar sus anteriores decisiones, es decir, está atado a lo que ha decidido previamente, salvo que en forma clara y razonada explique las razones que lo llevan a no aplicar el criterio empleado en decisión anterior. Es decir, el precedente horizontal también, a mi modo de ver, tiene un carácter vinculante y obligatorio para el juez que lo produjo, a efectos de no desconocer los principios de la igualdad, a la seguridad jurídica y de confianza legítima de quienes acuden a un mismo despacho judicial.

Respetuosa y comedidamente me permito aclarar en síntesis, que mientras el fallo de la referencia considera “relativamente vinculante los precedentes judiciales” sólo en aquellos casos en donde la norma no sea lo suficientemente clara y pertinente, el suscrito respetuosamente discrepa de ello en cuanto considero que el precedente puede crearse no solo en aquellos eventos de oscuridad o inexistencia de supuesto normativo, sino en todos aquellos casos en que deban aplicarse y hacer realizables los fundamentos constitucionales y en especial, los derechos fundamentales y en concreto, la tutela judicial efectiva.

En los anteriores términos dejo expuestas brevemente las razones de mi voto en relación con el fallo de la referencia y mi complacencia con el mismo.

Fecha ut supra,

ALBERTO YEPES BARREIRO