

La selección de sentencias para la unificación de la jurisprudencia

Tres historias paralelas entre la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia

JUAN CARLOS GUAYACÁN*

Sumario: I. Premisa. II. Vicisitudes jurisprudenciales de la selección de sentencias por parte del Consejo de Estado y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. III. Consideraciones dogmáticas sobre la selección de sentencias con fines de unificación de la jurisprudencia. IV. Reflexiones finales.

Resumen: En este artículo se comparan la selección de fallos de tutela para revisión eventual hecha por la Corte Constitucional, la selección de sentencias realizada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, y la selección que efectúa el Consejo de Estado respecto de los fallos proferidos por tribunales en acciones populares y de grupo. Se destacan los puntos diversos y los aspectos que tiene en común esta facultad de selección en cada uno de los altos tribunales; se hace notar que a dicha potestad no se le reconoce la misma naturaleza jurídica en todos los casos, y se reseña el perfil propio que ha ido consolidando el derecho vivo en cada uno de ellos. En la segunda parte se propone la unificación de dicha naturaleza jurídica y se advierte que si la decisión de no seleccionar una sentencia no debe ser motivada, la función de la selección no puede ser

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Sistema Jurídico Romanista de la Universidad de Roma 2 *Tor vergata*. Actualmente se desempeña como profesor en el área de Derecho Procesal de la Universidad Externado. Correo electrónico [juank87@hotmail.com].

Fecha de recepción 20 de junio de 2010. Fecha de aceptación: 16 de agosto de 2010.

de nomofilaquia sino de simple unificación de la jurisprudencia, por lo que el contenido de la providencia revisada debería permanecer incólume.

Palabras clave: Jurisprudencia, Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, sentencias, precedente.

I. PREMISA

La selección de sentencias como mecanismo de unificación de la jurisprudencia ha venido consolidándose en las últimas dos décadas en el ordenamiento jurídico colombiano. En primer lugar en materia constitucional, conforme a lo dispuesto por el inciso 2.º del artículo 86 de la Constitución¹, norma desarrollada por el artículo 33 del Decreto-ley 2591 de 1991². Se extendió luego esta posibilidad de selección de fallos, en virtud de lo dispuesto en los artículos de la Ley 1285 de 2009, a las Salas de Casación de la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado, en este último caso respecto de las sentencias proferidas por los tribunales administrativos en materia de acciones populares y acciones de grupo.

En cada uno de estos eventos la selección de sentencias ha tenido un desarrollo diverso, no obstante que, al menos aparentemente, buscan el mismo objetivo: la unificación de la jurisprudencia. En efecto, a pesar de que en cuanto tiene que ver con la selección hecha por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, expresamente se manifestó como objetivo de la selección la unificación de la jurisprudencia, con respecto de los fallos de tutela ni el artículo 86 de la Constitución, ni el 33 del Decreto 2591 de 1991, establecen expresamente que la función de la revisión eventual de estas sentencias sea la de unificar la jurisprudencia. Sin embargo, este propósito puede intuirse de dos circunstancias: la primera, que el referido artículo 33 al establecer la posibilidad de insistencia en tal revisión eventual indica que los organismos legitimados para presentar esta insistencia pueden invocar la necesidad de precisar el alcance de un derecho; la segunda, de lo expresado por la Corte Constitucional cuando examinó la exequibilidad de la revisión eventual, en la que manifestó que la labor en materia de tutela es, entre otras, de consolidación de la jurisprudencia³.

- 1 La disposición constitucional, en la parte pertinente, prescribe sobre la revisión de fallos proferidos en acciones de tutela lo siguiente: "El fallo que será de inmediato cumplimiento podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión".
- 2 El artículo 33 del Decreto 2591, en la parte que interesa destacar aquí, dispone: "La Corte Constitucional designará dos de sus magistrados para que seleccionen, sin motivación expresa y según su criterio, las sentencias de tutela que habrán de ser revisadas...".
- 3 "Es más importante, en razón de su contenido y alcances, la revisión eventual que la obligatoria, porque justamente la labor de la Corte en materia de tutela es de orientación, consolidación de la jurisprudencia y pedagogía constitucional, todo lo cual se logra más efi-

En la primera parte de este escrito se pretende reseñar lo que ha ocurrido con los dos últimos casos, es decir, de un lado, con la selección autorizada a la Corte Suprema de Justicia, y limitando el objeto de estudio a la Sala de Casación Civil, y de otro, con la selección de sentencias para revisión eventual atribuida al Consejo de Estado. Es preciso, sin embargo, advertir que esta labor se desarrolla sin perjuicio de referencias comparativas con la figura más antigua, esto es, la selección para revisión eventual de fallos de tutela. En la segunda parte, se harán algunas consideraciones dogmáticas sobre la naturaleza de recurso que en ocasiones se le da a esta selección de sentencias y la naturaleza diversa que se le reconoce en otras oportunidades, y sobre la inconveniencia de relevar la obligación de motivar la negativa de la selección, cuando ésta no sólo busca la función de unificación sino que simultáneamente persigue el control de legalidad de los fallos.

II. VICISITUDES JURISPRUDENCIALES DE LA SELECCIÓN DE SENTENCIAS POR PARTE DEL CONSEJO DE ESTADO Y LA SALA DE CASACIÓN CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Se busca aquí describir la evolución que han tenido estas figuras en los dos años escasos de existencia que ya cumplen en el momento en que se escribe este artículo. Se comienza por examinar el control automático de constitucionalidad que de las mismas hizo la Corte Constitucional, y posteriormente se estudia el desarrollo que han tenido en la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y en la Sala Plena del Consejo de Estado.

A. La selección de sentencias por parte de las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia

El artículo 7.º de la Ley 1285, modificadorio del artículo 16 de la Ley 270 de 1996, estableció que las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia podrían seleccionar sentencias objeto de su pronunciamiento con fines de unificación de la jurisprudencia, protección de los derechos constitucionales y control de legalidad de los fallos.

Sea lo primero advertir que en este evento la Ley 1285 de 2009 no estableció que tal selección tuviese como propósito una revisión eventual, simplemente se limitó a decir que las salas de casación civil, laboral y penal, "podrán seleccionar las

cientemente con unos fallos preseleccionados por su importancia y su carácter paradigmático, que con toda una suerte de sentencias obligatorias y numerosas, la mayoría de las cuales terminarían siendo una repetición de casos idénticos, que convertirían a la Corte Constitucional en una tercera instancia ahogada en un mar de confirmaciones de sentencias". Corte Constitucional. Sentencia C-018 del 25 de enero de 2003, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

sentencias objeto de su pronunciamiento” con fines de unificación de la jurisprudencia, protección de los derechos constitucionales y control de legalidad de los fallos. Sin embargo, una lectura desprevenida del artículo haría pensar que, siguiendo la huella de lo que ocurría con la selección para revisión eventual, estas salas podrían seleccionar algunas sentencias de los tribunales que no fueran susceptibles de casación, para que se surtiera este medio de impugnación respecto de las mismas. El sólo hecho de hablar de selección llevaría a pensar en una actividad realizada *motu proprio* por la corporación, quizás para procurar este recurso en beneficio de algunas sentencias que carecen del mismo⁴.

1. Control de constitucionalidad de la facultad de selección de sentencias atribuida a la Corte Suprema de justicia

No obstante las anteriores consideraciones, cuando se examinó la constitucionalidad de esta norma, mediante Sentencia C-713 de 2008, se declaró la inexecutable respecto de la protección de derechos constitucionales y se condicionó la executable de la selección a que fuese motivada en el momento en que se admitiera el recurso extraordinario de casación. Con esta interpretación fue reducido sustancialmente el espectro de influencia de esta disposición pues, realmente, lo que se derivaba de esta interpretación que hizo la Corte Constitucional, es que la Corte Suprema de Justicia convertiría esta norma en un nuevo filtro para rechazar demandas de casación, es decir, en un requisito adicional a los que ya establece el Código de Procedimiento Civil, como en efecto ocurrió, al menos en relación con la Sala de Casación Civil.

2. Selección de sentencias en la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia

Pocos meses después de entrada en vigencia la Ley 1285 de 2009, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia determinó que la facultad de seleccionar sentencias que le había sido atribuida sería aplicable a los siguientes casos:

... a) porque acusa errores de técnica, que además de ser evidentes, resultan insalvables; como por ejemplo, la falta de individualización de pruebas o la ausencia de demostración del yerro endilgado, entre otras; b) cuando incorpora aspectos o cuestiones novedosas y, por lo mismo, no admisibles en casación; c) porque los supuestos yerros fácticos en los que, eventualmente, ha incurrido el fallador, relativos a la apreciación de las pruebas, no son manifiestos o trascendentes; d) porque no se demostró el error de derecho alegado o éste es irrelevante; e) porque los errores procesales aducidos no existen o, dado el caso, fueron saneados o, no afectaron las garantías de las partes ni comportaron una lesión

4 Como ocurría con anterioridad en Derecho penal, con base en la llamada casación discrecional consagrada en el inciso 3.º del artículo 205 de la Ley 600 de 2000.

mayúscula del ordenamiento; f) por la existencia reiterada de precedentes sin que se vislumbre la necesidad de variar su sentido; g) porque, a la postre, en el asunto de que se trate no se violó, al romperse, el ordenamiento en detrimento del recurrente⁵.

El fragmento transcrito pone en evidencia que la facultad de seleccionar sentencias, fue utilizada únicamente para reafirmar algunas líneas jurisprudenciales en materia de casación, utilizándolas ahora como motivos de rechazo de la demanda en la que se concreta el recurso; en otros casos para adicionar nuevas causales de rechazo, como es el que la Corte considere que no hay lugar a unificar la jurisprudencia por la existencia de precedentes reiterados.

No parecería este el fin de la disposición, pues si se observa la norma original de la Ley 270 de 1996, allí se establecía que dichas salas actuarían dentro de sus especialidades como tribunal de casación. La nueva versión de la norma, que se incluyó en la reforma del 2009, trae como novedad la expresión, "pudiendo seleccionar las sentencias objeto de pronunciamiento", con el objeto, entre otros, de unificar la jurisprudencia. Es decir, sólo hay un elemento adicional respecto de lo que ya el ordenamiento colombiano tenía establecido, tanto legal como constitucionalmente, en relación con el recurso de casación; ese elemento adicional es la discrecionalidad de la Corte Suprema de Justicia para seleccionar algunas sentencias, discrecionalidad que resulta sugerida por el gerundio "pudiendo", que se utiliza referido a la posibilidad de selección de sentencias con fines de unificación y control de legalidad.

Había entonces dos maneras de interpretar la disposición: como una discrecionalidad ejercida al interior de los recursos de casación interpuestos ante la Sala de Casación Civil, o una discrecionalidad ejecutada para garantizar dicho recurso a sentencias que no tuvieran esta prerrogativa y que requirieran unificación de jurisprudencia. La decisión de la Corte Constitucional en la Sentencia C-713 de 2008 determinó que fuera la primera interpretación la prevalente, y sobre tal hermenéutica, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia ha realizado el desarrollo que se acaba de comentar.

B. Selección de sentencias hecha por el Consejo de Estado

Siguiendo las huellas de la revisión eventual para fallos de tutela, el legislador intentó establecer una revisión de la misma naturaleza para las sentencias proferidas por los tribunales administrativos en segunda instancia, dentro de las acciones populares y de grupo. Se trata de la eventual revisión que hará el Consejo de Estado de las sentencias o de los autos que tengan la fuerza para declarar terminado el proceso,

5 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Auto del 12 de mayo de 2009, M. P.: PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA.

proferidos en segunda instancia por los Tribunales Administrativos, figura contenida en el nuevo artículo 36A de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

Esta disposición ha tenido un desarrollo más proficuo que el del artículo 16 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. En primer lugar, porque la misma mereció un mayor esfuerzo argumentativo por parte de la Corte Constitucional, cuando esta corporación se ocupó del control de constitucionalidad previo de la Ley 1285 de 2009; y, en segundo lugar, porque esta norma ha tenido una accidentada historia en los dos años escasos que tiene de vigencia. Para reseñar esta historia se dividirá el tema en dos partes: en primer lugar se examina la norma tal como llegó al control automático de Constitucionalidad y luego se reseña la estructura definitiva de la misma después de tal control.

1. La selección para revisión eventual antes del control de constitucionalidad

Para surtir el control automático llegó a la Corte Constitucional el proyecto de un nuevo artículo 36A de la Ley 270 de 1996, compuesto por tres incisos y dos párrafos. Después de la Sentencia 713 de 2008, de la norma desapareció el inciso 2.º y fueron suprimidos varios elementos de los incisos y párrafos sobrevivientes. Veamos:

a. Estructura original de la norma

Para describir la estructura sustancial de la norma se divide la misma en siete elementos, que se juzgan como esenciales para la institución de la revisión eventual.

i. *Legitimación.* La norma original contenía una revisión eventual, que se podría llevar a cabo de oficio, por petición de parte o del Ministerio público.

ii. *Objeto.* Dicha revisión procedía respecto de las sentencias proferidas por los tribunales dentro de las acciones populares o de grupo o autos que tuvieran la fuerza de dar por terminado el proceso u ordenar el archivo del expediente.

iii. *Competencia.* La autoridad llamada a resolver sobre esa revisión eventual, en la norma original del proyecto, era la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, secciones y subsecciones del Consejo de Estado.

iv. *Fines.* Los motivos por los cuales podría solicitarse o iniciarse de oficio tal revisión eventual eran la unificación de la jurisprudencia, la protección de derechos fundamentales y el control de legalidad de los fallos.

v. *Efectos suspensivos y decisión no motivada.* La Sala Plena, sección o subsección del Consejo de Estado respectiva, no tenía la obligación de motivar la no escogencia del expediente para la revisión eventual y decidía sin las limitaciones propias de los recursos. De otra parte, la sola interposición de revisión suspendía los términos de ejecutoria de la respectiva decisión.

vi. *Trámite*. Se debe interponer dentro de los ocho días siguientes a la notificación de la sentencia o del auto que tiene el efecto de terminar el proceso u ordenar el archivo del expediente. A partir de este momento el tribunal respectivo cuenta con ocho días para remitir al Consejo de Estado el expediente. Y a partir de la llegada del mismo, el Consejo de Estado tiene tres meses para decidir sobre su escogencia. Si no resulta escogida, dentro de los cinco días siguientes a la correspondiente decisión, los mismos legitimados podrán insistir. No hay término para decidir esta revisión eventual.

vii. *Autorización para crear revisión eventual en las otras acciones contencioso-administrativas*. La norma estableció que en el futuro el legislador podría establecer mecanismos de la revisión eventual respecto de las otras acciones que se adelantan ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

2. Aspectos declarados inexecutable por la Sentencia C-713 de 2008

De los ocho aspectos destacados en el acápite anterior, la Corte Constitucional dejó incólumes tres de ellos: el que tiene que ver con el objeto de la revisión eventual, pues siguen siendo las sentencias y los autos, proferidos por los tribunales administrativos dentro de las acciones populares y de grupo, las que pongan fin al proceso. Fue también declarado executable el trámite de la misma, así como el relativo a la autorización para crear una revisión eventual en las demás acciones de la jurisdicción contencioso-administrativa⁶. Los demás puntos fueron, en mayor o menor medida, alterados por el control preventivo que ejerció nuestro tribunal constitucional sobre la norma. Veamos en particular el sentido en que fue variada la norma y las razones de las distintas inexecutableidades declaradas.

a. *La legitimación*. De la legitimación fue excluida la facultad oficiosa del juez para llevar a cabo la revisión eventual. La Corte fue enfática en que se trataba de un recurso y, en cuanto tal, el trámite del mismo dependía del impulso que le dieran las partes, pues de lo contrario se corría el riesgo de que se violara el debido proceso. Están, entonces, legitimados de manera privativa y exclusiva para pedir que se lleve a cabo la revisión eventual, cualquiera de las partes o el ministerio público.

b. *Competencia*. Fue modificada la competencia para conocer de esta revisión, debido a que la Corte encontró inconstitucional que se le atribuyera a la Sala Plena de lo contencioso-administrativo y a las subsecciones del Consejo de Estado el conocimiento de la misma, toda vez que ni la ley ni el reglamento atribuyen a aquella ni a éstas conocimiento alguno de las acciones populares o de grupo; por el contrario, la Corte Constitucional, invocando el acuerdo 055 de 2003, deter-

6 Aspecto que se encuentra incluido en el proyecto que se adelanta en el Congreso de la República para la aprobación de un nuevo Código Contencioso Administrativo.

minó en la citada Sentencia C-713 de 2008, que podrían conocer las secciones del Consejo de Estado que por reglamento interno conocen de este tipo de acciones. Así las cosas, después de proferida la sentencia de la Corte Constitucional, corresponde el conocimiento de esta revisión eventual a las secciones Primera y Tercera del Consejo de Estado.

c. *Fines*. Quizá donde mayor trabajo hizo la Corte al revisar la norma que nos ocupa, fue en cuanto a los fines de esta revisión eventual. Al respecto determinó que sus fines no podían ser los tres que originalmente había previsto el legislador, esto es, la unificación de la jurisprudencia, la garantía de protección de los intereses colectivos y el control de legalidad de los fallos. La Corte Constitucional prescribió que la revisión eventual sólo podía tener como finalidad la unificación de la jurisprudencia, declaración que basó en los argumentos que a continuación se resumen:

– Como premisa mayor dispuso que esta revisión, tal como venía dispuesta en la norma que fue objeto del control automático de constitucionalidad, coincidía en sus finalidades con el recurso de casación previsto en la acción ordinaria, de allí, derivó un primer interrogante: ¿puede el legislador atribuir funciones de Corte de Casación al Consejo de Estado? Para responderlo acudió a antecedentes jurisprudenciales de la misma Corte, contenidos en una sentencia en la que se hizo un estudio de cómo se encuentra configurado el recurso de casación en el ordenamiento colombiano.

– En este orden de ideas determinó, teniendo como antecedente la Sentencia C-252 de 2001, que la casación en Colombia no es una institución vacía de contenido, que aunque inspirada en el derecho francés, su regulación fue particular en nuestro ordenamiento, toda vez que constitucionalmente se le dio carácter de Corte de Casación, únicamente a la Corte Suprema de Justicia. En cambio, cuando se instituyó el Consejo de Estado, al mismo exclusivamente se le dieron funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo. Las funciones que un tribunal puede desarrollar en una y otra condición son completamente diversas, aunque si bien pueden ser complementarias, las funciones plenas de la casación, particularmente en lo referente al control de legalidad de los fallos, son una prerrogativa que sólo puede dar el constituyente, no el legislador.

En otras palabras, y a manera de recapitulación, la Corte Constitucional estableció que de las dos funciones que ordinariamente se le atribuyen a la casación, esto es, la unificación y el control de legalidad de los fallos, la revisión eventual sólo puede perseguir una: la unificación, pues el juicio de legalidad de los fallos está sujeto a un estudio técnico que es exclusivo del recurso extraordinario de casación, y éste a su vez es potestad exclusiva de un tribunal constitucionalmente consagrado con tal fin la Corte Suprema de Justicia.

– Pero, resta examinar la otra finalidad, la de garantizar la protección de los derechos fundamentales. Esta finalidad fue tajantemente excluida por la Corte, toda

vez que resultaría inconstitucional que una norma que versa sobre las acciones populares y de grupo, y en consecuencia sobre los intereses colectivos propiamente dichos y sobre los intereses de un grupo plural de personas, tuviese como finalidad la protección de derechos fundamentales individuales. Así las cosas, después del control previo del máximo tribunal constitucional, la única finalidad que desarrollará la denominada revisión eventual será la de unificar la jurisprudencia.

d. *Efectos suspensivos y ausencia de motivación.* Este aspecto estaba previsto en el inciso 2.º de la norma original, el cual fue declarado en su totalidad inexecutable, bajo los siguientes argumentos.

En cuanto a la ausencia de motivación, insistió la Corte en el argumento que esgrimió para declarar inexecutable la facultad oficiosa de revisar; esto es, en la naturaleza de recurso de esta revisión y por ende sujeta a todo el trámite de los mismos, en particular, a la necesidad que el justiciable conozca las razones por las cuales no se escoge la acción popular o de grupo correspondiente para ser eventualmente revisada. Aquí la Corte se encontró con una dificultad que no evitó y, por el contrario, afrontó directamente. En efecto, se preocupó la Corte Constitucional de justificar por qué ese tribunal sí tiene la prerrogativa de escoger o desechar la eventual revisión de acciones de tutela, sin que para ello deba motivar su decisión, mientras que le negaba tal prerrogativa al Consejo de Estado, tal como lo había propuesto el legislador en la norma sometida al control automático de constitucionalidad. Para justificar la diferencia la Corte Constitucional hizo énfasis en la raigambre constitucional de la revisión de los fallos de tutela, en el carácter residual de esta acción y en el riesgo de congestión si se tuviese que motivar la no escogencia.

1. La revisión eventual de los fallos de tutela tiene origen constitucional

Estimó la Corte, en la Sentencia C-713 de 2008, que existe una diferencia entre la revisión eventual de los fallos de tutela y la revisión eventual de los fallos en acciones populares y de grupo: ella consiste en su origen. El primero es de rango constitucional, el segundo de rango legal. Al ser la revisión eventual de tutelas una creación del constituyente, este mismo tenía la prerrogativa de crear excepciones a los principios constitucionales, tales como la motivación de las decisiones judiciales.

Abandonado por un momento el carácter meramente descriptivo que hasta ahora tiene el discurso, es oportuno en este momento hacer una valoración de esta forma de argumentar. Parece que la Corte Constitucional partiera de una premisa falsa, consistente en considerar que la Constitución consagró la excepción a la obligación de motivar toda decisión judicial, respecto del acto de no escogencia de las tutelas que le son enviadas para revisión. El raciocinio de acuerdo con el cual una figura jurídica consagrada por el constituyente, por ese solo hecho, no está sujeta a respetar los principios que esa misma Constitución establece, sería válido si en este caso concreto la misma Constitución hubiese establecido la ausencia de

motivación; pero la facultad que tiene la Corte de decidir sin motivar, también tuvo origen legal⁷.

En realidad se trata de dos aspectos diversos que la Corte trata indistintamente: uno, la revisión eventual de los fallos, para lo cual se le dio discreción a la Corte por mandato de la Constitución; otro, muy distinto, la ausencia de motivación del acto de no escogencia de acciones de tutela para ser revisadas, pues ésta fue establecida por un decreto del ejecutivo, el Decreto 2591 de 1991; entonces lo que instituyó el constituyente fue la eventualidad de la revisión, mientras que el ejecutivo, en funciones de legislador, estableció una excepción a la regla del deber de motivación; si ello es así, no se ve el motivo para que se le hubiese negado la constitucionalidad a la norma que establecía la misma regla para el Consejo de Estado, pues había un antecedente en el que la misma Corte había admitido que tal excepción podía ser de carácter legal. La sensación que deja el fallo es que la facultad de tomar decisiones no motivadas, no dependen del rango de la norma que la impone, sino del tribunal que profiere el acto.

2. La tutela es residual mientras que las acciones populares y de grupo son acciones principales

Otro argumento esgrimido por la Corte Constitucional para justificar la diferencia entre las prerrogativas de este Tribunal y el Consejo de Estado, consistió en destacar que el mecanismo de la tutela es residual, opera ante la ausencia de recursos; mientras que las acciones populares y de grupo son principales.

Valgan aquí dos cuestionamientos: ¿puede en realidad tenerse en cuenta como argumento para establecer que la revisión eventual realizada por la Corte Constitucional en materia de tutelas no esté sujeta a motivación, que la acción de tutela sea un mecanismo residual? ¿Puede establecerse un vínculo causal o lógico que determine que tratándose de un mecanismo residual, frente al mismo, el juez puede tomar decisiones inmotivadas? La respuesta negativa se impone; por el contrario, si se tiene en cuenta la jerarquía que ocupan los derechos fundamentales, con mayor razón se requiere que se le explique al justiciable, por qué la sentencia que reguló sus derechos no amerita ser revisada. De otra parte, el argumento del carácter residual o subsidiario no tiene la fuerza suficiente para justificar la disparidad de tratamiento, como se explica a continuación.

¿Cuáles son las consecuencias de que la acción de tutela sea un mecanismo subsidiario? Salta a la vista que una primera consecuencia es que la tutela, salvo perjuicio irremediable, es la última oportunidad de que el asunto sea examinado: exige que se hayan agotado todos los medios ordinarios de impugnación. La revisión eventual, en materia de acciones populares y de grupo, para fines prácticos, se encuentra en la

7 Artículo 33 del Decreto 2591 de 2001.

misma situación, pues frente a tal sentencia, en materia contencioso-administrativa no tiene recurso alguno, es decir, cuando el Ministerio Público o la parte solicitan tal revisión, éstas carecen de cualquier recurso.

3. El riesgo de congestión de la Corte

Se manifestó igualmente que a la Corte Constitucional se le remiten la totalidad de los fallos de tutela, mientras que al Consejo de Estado sólo llegarían aquellos donde la parte, o el Ministerio público, hubiesen solicitado el envío a este tribunal. Este es un argumento de conveniencia que, ponderado con otro que podría esgrimirse en contra, puede resultar bastante precario. En efecto, so pretexto de no congestionar un tribunal no pueden ser creados mecanismos que en la sociedad civil dejen incertidumbre. Son tan nefastas las consecuencias de un tribunal desbordado por el volumen de trabajo, como de una sociedad que advierte que ese tribunal puede tomar decisiones que la afectan, sin motivación.

C. Evolución de la selección para revisión eventual ante el Consejo de Estado

No obstante las precisiones de la Corte Constitucional, hechas en la Sentencia C-713 sobre la norma que regula la revisión eventual, la disposición después de este control automático seguía careciendo de parámetros objetivos que permitieran al juez saber cuándo había lugar a seleccionar una sentencia, es decir, la disposición requería de una regulación mayor que permitiera al juez cumplir la verdadera función de unificación de la jurisprudencia, pues tal como quedó el artículo 36A del Código Contencioso, ni el particular que solicita la revisión eventual, ni la sección del Consejo de Estado que la resuelve tienen por parte del legislador parámetros específicos para saber cuándo hay lugar a tramitarla.

Entonces, surgen ciertos cuestionamientos: ¿cuándo se debe unificar la jurisprudencia?, ¿cuándo existen dos tribunales administrativos con disparidad de criterios?, ¿cuándo la disparidad de criterios existe entre la decisión revisada y alguna decisión del Consejo de Estado, proferida durante el periodo en que este tribunal conoció en segunda instancia de las acciones de grupo?

Por qué no pensar en una regulación más precisa: exigirle al particular que solicita la revisión eventual que aporte la sentencia que resulta contradictoria con el fallo que pretende sea revisado, como un requisito de admisión. De lo contrario, cualquiera podrá invocar la unificación como motivo y, ahora que la Corte Constitucional le quitó al Consejo de Estado la prerrogativa de no motivar su decisión de no escogencia de los fallos, lo que ocurriría sería un alud de solicitudes de revisión, que congestionaría indefectiblemente la cúspide de la jurisdicción contencioso-administrativa. Dos maneras existen de evitar esa congestión: exigir al particular que solicita la revisión eventual que aporte la decisión contraria que genera la necesidad de unificar la jurisprudencia, o quitarle efectos modificatorios a la revisión eventual,

sobre la sentencia revisada; así se garantizará que el particular obra solamente en defensa de la legalidad o de la seguridad jurídica y no de sus propios intereses.

1. Precisiones del Consejo de Estado en cuanto a los motivos que dan lugar a la revisión eventual y la competencia para resolverla

Tales carencias fueron colmadas mediante auto del 14 de julio proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado en el que se determinó un elenco, no taxativo, de situaciones que podrían considerarse como justificadoras de unificación de la jurisprudencia y qué sección del Consejo de Estado debería ser la competente para conocer de este recurso de revisión⁸.

En el auto comentado la Sala Plena del Consejo de Estado acordó que serían causales de revisión eventual, entre otras, cuando la temática sobre la que verse la sentencia haya recibido distinto tratamiento en la jurisprudencia; cuando las normas que regulan la situación sean indeterminadas; cuando exista ausencia de desarrollo jurisprudencial; o cuando habiéndolo no haya una posición consolidada, la cual parece repetir el primer caso, es decir, el tratamiento contradictorio.

Determinó también el Consejo de Estado, que la competente para conocer de las petición de revisión, era la Sección Tercera en cuanto tuviera que ver con acciones populares que versaran sobre moralidad administrativa o sobre contratos estatales, y la Sección Primera cuando versara sobre acciones populares en las que se pedía la protección de los otros intereses colectivos, distintos a la moralidad administrativa, todo ello conforme al reglamento interno de la corporación establecido por los acuerdos 58 de 1999 y 55 de 2003.

Dispuso además el máximo tribunal de lo contencioso-administrativo, que la solicitud de revisión debería ser motivada, toda vez que la Ley 1285 había guardado silencio sobre este aspecto, sin embargo, contrariamente a lo determinado por la Corte Constitucional, la Sala Plena del Consejo de Estado, estableció que en cuanto la revisión eventual no comporta un recurso, la sustentación no está sujeta a requisitos específicos, como sí ocurre con los recursos ordinarios y extraordinarios. Y fue más allá el Consejo de Estado, advirtiendo que la sustentación del recurso no lo ata, y que el Consejo de Estado podrá escoger para revisión eventual, por motivos distintos a los esgrimidos por el recurrente.

Finalmente, se determinó que la providencia que decida revisar la sentencia se notifica por Estado y carece de cualquier recurso. La providencia que decide no revisar se notificará de la misma manera y carecerá de cualquier recurso; aunque se ratificó, como lo dispone la ley, la posibilidad de insistencia dentro de los ocho días siguientes a su notificación.

8 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 14 de julio de 2009, Exp. 2001-23-31-000-2007-00244-01(IJ)AG.

Con esta disposición parecía que el Consejo de Estado había terminado de estructurar el recurso de revisión eventual y se entreveía el comienzo del funcionamiento sin tropiezos de este mecanismo. Sin embargo, el 10 de febrero de 2010 la Sala Plena tomó una decisión antagónica con la providencia proferida por esa misma sala del 14 de julio de 2009, y que se acaba de comentar.

2. El fortuito e inmotivado cambio de posición de la Sala Plena del Consejo de Estado respecto de la competencia para absolver la revisión eventual

En efecto, con ocasión de la solicitud de revisión de una sentencia de acción popular en la que se pretendía la protección de la moralidad administrativa, petición que había sido regularmente admitida por la Sección Tercera conforme a lo determinado por la Sala Plena en el auto del 14 de julio de 2009, anteriormente comentado, la Sección Tercera se reunió y al parecer tomó una decisión en relación con la revisión, pero la Sala Plena, *motu proprio*, asumió el conocimiento de la solicitud de revisión y declaró la nulidad de todo lo actuado alegando la falta de competencia de la Sección Tercera, aduciendo que la competencia que le había otorgado el reglamento de la corporación, contenido en el Acuerdo 55 de 2003, operaba únicamente en ausencia de juzgados administrativos, que una vez creados estos despachos, tal sección carecía de competencia para conocer de la solicitud de revisión eventual. La decisión, como era previsible, tuvo el salvamento de voto de los magistrados de la Sección Tercera⁹.

Hasta aquí el relato de lo ocurrido con este mecanismo de revisión eventual, el cual deja bastantes perplejidades: la primera es el cambio de posición sin ninguna referencia a los argumentos por los cuales se da la variación en un lapso tan corto. Esta situación pone de presente que es oportuno que los altos tribunales tengan en cuenta que su función de unificación de la jurisprudencia les obliga a garantizar una cierta estabilidad de las decisiones, y que cualquier cambio deberá ser argumentado. Fenómeno que en el derecho norteamericano se conoce como el *overruling*¹⁰; y aunque allí se comenta en torno al fenómeno diverso del precedente judicial, resulta una institución útil a tener en cuenta, en materia de unificación de la jurisprudencia.

En efecto, si de un lado se tiende a la unificación buscando en ocasiones seguridad jurídica, también es conveniente que esa necesidad no se convierta en un factor de anquilosamiento de la jurisprudencia, ni en la pérdida para los tribunales de la posibilidad de reconsiderar a futuro sus decisiones; sin embargo en ordenamientos

9 Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 17 de febrero de 2010, Exp. 23001-23-31-000-200700325-01.

10 Renato RORDORF. "L'arte del *distinguishing* e i poteri di *overruling* del giudice di merito e di legittimità", en [<http://appinter.csm.it/incontri/relaz/13058.pdf>].

del *common law* se ha dispuesto que el *overruling* garantice que no haya sorpresas con los cambios de jurisprudencia y que los mismos resulten anunciados.

Pero al margen de esta consideración, la decisión que nos ocupa no sólo ha tomado por sorpresa el cambio súbito de opinión, sino que no existe una argumentación mínima para justificar dicho cambio de posición; veamos los principales argumentos:

– El primer argumento esgrimido es que no existía una norma que atribuyera competencia a la Sección Tercera para conocer de este recurso de revisión, contrariando abiertamente lo decidido por la misma sala seis meses antes, pues, como se ha visto, allí se había determinado, siguiendo los lineamientos que había dado la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-713 de 2008, que la competencia en virtud del reglamento del Consejo de Estado debería ser atribuida a las salas que conocían de este tipo de acciones, y que para declarar la nulidad, la causal invocada es insaneable pues se trata de una vulneración al factor funcional de la competencia y conforme al artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, ésta constituye una causal de nulidad insaneable.

Es necesario valorar la solidez de los argumentos esgrimidos por la Sala Plena del Consejo de Estado. La Corte Constitucional ya había decidido en cuanto a la competencia, y había expulsado del ordenamiento jurídico la posibilidad de que la Sala Plena y las secciones conocieran de la revisión eventual de estas sentencias. Desconocer el contenido de la sentencia implica una violación del artículo 243 de la Constitución que dota de efectos de cosa juzgada constitucional a los fallos proferidos en sentencias de control de constitucionalidad, como bien lo advierte el Consejero Mauricio Fajardo, en el salvamento de voto a la sentencia que se comenta.

– El otro aspecto es el de la declaratoria de nulidad de un fallo que ya había sido proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado. Sostener que la sentencia no existe, porque la misma no ha sido notificada, rompe principios elementales del derecho procesal. En efecto, es útil precisar que uno de los exabruptos en que se incurre en dicha providencia, es el de condicionar la existencia de una providencia a la notificación de la misma, pues dicha postura riñe con conceptos elementales de derecho procesal. Un acto que se notifica tiene que ser un acto existente; la notificación es un medio de poner en conocimiento de los destinatarios una providencia plenamente existente; la notificación no puede ser bajo ninguna circunstancia una formalidad para la existencia jurídica de una providencia.

De otra parte, si bien es cierto el régimen de nulidades en el ordenamiento colombiano permite que el juez decrete las nulidades insaneables de oficio, esta facultad se predica del juez que conoce del proceso o del trámite respectivo, de ninguna forma puede extenderse a un juez distinto, como en este caso lo era la Sala Plena.

III. CONSIDERACIONES DOGMÁTICAS SOBRE LA SELECCIÓN DE SENTENCIAS CON FINES DE UNIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Las vicisitudes jurisprudenciales reseñadas en la primera parte de este escrito obligan a realizar alrededor de las mismas algunas consideraciones de orden dogmático, a fin de valorar mediante categorías conceptuales lo ocurrido con la facultad de seleccionar sentencias con fines de unificación de la jurisprudencia. Para estos efectos, en esta segunda parte se pretende resolver los siguientes interrogantes:

¿Cuál es la naturaleza jurídica, o las naturalezas jurídicas de las distintas posibilidades de selección atribuidas a cada uno de los tribunales que fungen como órganos de cierre de la Jurisdicción Constitucional, de la Jurisdicción ordinaria y de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en el ordenamiento jurídico colombiano?

¿Es cierto que el Consejo de Estado, cuando decide adelantar la revisión eventual de los fallos proferidos por tribunales administrativos dentro de acciones populares y de grupo, solamente unifica la jurisprudencia, pero no ejerce la función nomofiláctica de control de legalidad de los fallos, como lo determinó la Corte Constitucional en la Sentencia C-713 de 2008?

¿Resulta conveniente que esta selección de sentencias, como ocurre en el caso de la realizada por la Corte Constitucional, estén relevadas de la obligación de toda providencia judicial de motivar la decisión de no seleccionar?

A. Naturaleza jurídica de la facultad de selección de sentencias ante la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia

Se advierte que el ordenamiento colombiano cuenta hoy con un solo *nomen iuris* para dos instituciones distintas: la "revisión eventual" de fallos de tutela y la "revisión eventual" de fallos proferidos en acciones populares y acciones de grupo. La primera de ellas resulta inclasificable dentro de los tradicionales medios de impugnación, pues es una prerrogativa de la Corte Constitucional, con un absoluto margen de discrecionalidad; es una facultad soberana que le ha dado la Constitución y que, con base en tal soberanía, el legislador le atribuyó, además, la prerrogativa de no motivar su decisión de no escogencia. No puede siquiera asemejarse a la diezmada consulta en materia civil, toda vez que dicha institución busca defender los intereses de las entidades del Estado¹¹, mientras que los antecedentes de la revisión en la acción de tutela, a pesar de que el artículo 86 de la Constitución no lo dispone expresamente, muestran que la intención del constituyente era la unificación de la jurisprudencia en materia de tutela de derechos fundamentales.

11 Conforme a la reforma hecha por el artículo 44 de la Ley 1395 de 2010, la consulta en el Código de Procedimiento Civil sólo procede hoy para las sentencias adversas a la Nación, los departamentos, los distritos especiales y los municipios, que no sean apeladas.

De otra parte, lo establecido por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 denota únicamente la operatividad de la impugnación y la autorización para que la no escogencia no requiera de motivación; pero ni en el texto de la Constitución ni en el texto de la ley se encuentra una manifestación expresa a que la función de tal revisión eventual sea la unificación de la jurisprudencia.

En cuanto a la selección que realizan las salas de casación, y juzgando por lo ocurrido en la sala de casación civil, parece haberse convertido en una facultad para que se inadmitan o admitan recursos de casación, lo que quiere decir que no es un recurso en sí mismo considerado, sino una actuación eventual al interior de los recursos de casación interpuestos.

Esta facultad de seleccionar sentencias, otorgada a cada uno de los altos tribunales, no tiene entonces, la misma naturaleza jurídica en cada uno de ellos. En materia de derechos fundamentales es una prerrogativa exclusiva de la Corte Constitucional, sin ninguna iniciativa por parte del justiciable. En la jurisdicción ordinaria, le corresponde esta función a la Corte Suprema de Justicia en tanto tribunal de Casación, a través del recurso del mismo nombre, con las limitaciones propias de su técnica, aumentadas con la posibilidad de seleccionar entre ellas aduciendo como argumento la unificación de la jurisprudencia; es decir, depende de la voluntad de la parte acudir o no a este mecanismo de impugnación.

En materia de intereses colectivos, protegidos ante la jurisdicción contencioso-administrativa, dicha función le fue atribuida al Consejo de Estado, pero bajo una categoría dogmática diferente a la prevista para la Corte Constitucional y la Corte Suprema, pues se trata de un recurso, que aunque no técnico como el de casación, en tanto recurso sí está sujeto a solicitud de parte, o del ministerio público; pero cuya prosperidad depende de la discrecionalidad del Consejo de Estado, discrecionalidad en un grado menor a la que le fue otorgada a la Corte Constitucional, pues su arbitrio sólo llega hasta tomar la decisión; no se le relevó de la obligación de motivar su decisión de no escoger; mientras que el arbitrio de la Corte Constitucional existe desde el nacimiento mismo de la revisión, y la decisión está por fuera de todo control por parte del justiciable.

Mientras que la revisión eventual creada por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, y vertida en el nuevo artículo 36A de la Ley 270 de 1996, instituye un recurso, sujeto a algunas particularidades, podríamos hablar de un recurso vertical, ordinario, en la medida en que no establece causales específicas para su procedencia y permite la revisión de la decisión con una sola finalidad: la unificación de la jurisprudencia.

Aunque la norma no identifica expresamente esta "revisión eventual" como un recurso, la Corte Constitucional lo calificó como tal y, *prima facie*, parecería que reúne los requisitos para que pueda ser encuadrada dentro de los mismos. En efecto, se tiene suficientemente decantado que "recurso", es la expresión jurídica que se utiliza para denotar el acto mediante el cual a la parte, o a un tercero al que se le reconoce interés, se le permite manifestar su inconformidad con la decisión

judicial. Es decir, su interposición depende de la voluntad de una de las partes –la perjudicada– y debe interponerse ante el funcionario competente.

Los motivos por los cuales se puede interponer el recurso y las facultades que este funcionario tenga frente a la decisión, varían de recurso a recurso; y tales variaciones al máximo dan lugar a que se les califique como recurso ordinario u extraordinario. Así las cosas, encontramos en principio que la denominada revisión eventual podría calificarse técnicamente de recurso. Para ratificar o desvirtuar lo dicho, veamos entonces nuevamente y de manera somera cómo funciona esta revisión, creada por la Ley 1285 de 2009.

La norma establece una legitimación activa clara para interponer el recurso: de un lado, autoriza a cualquiera de las partes, la que resulte perjudicada con la providencia, y de otro lado, al Ministerio Público. Se consagra, además, una finalidad específica a esta eventual revisión; objetivo que comparte con el recurso de casación civil y con el recurso extraordinario de súplica que rigió en materia contencioso-administrativa hasta abril del 2005, cuando la Ley 954 lo derogó: busca la unificación de la jurisprudencia.

Si se piensa en lo que distingue un recurso de otras instituciones procesales que se le parecen, como el grado jurisdiccional de consulta, es que el recurso se adelanta por voluntad de las partes, mientras que la consulta se surte por mandato de la ley; sin lugar a dudas, esta eventual revisión tiene naturaleza jurídica de medio de impugnación, solamente que cuenta con algunas particularidades, que si bien no alcanzan a desnaturalizar la institución, deben tenerse presentes.

La primera particularidad es que no existe un derecho de la parte o del Ministerio Público para controvertir los motivos que tenga el Consejo de Estado para no escoger un determinado proceso. En este caso, al Consejo de Estado se le otorgan tres meses para que pueda seleccionar; lo que quiere decir que si decide no seleccionarlo, lo único que se habrá logrado es aplazar la ejecutoria de la decisión¹²; en compensación, la Ley otorga el derecho a la insistencia que también será respondido mediante una decisión que no deberá ser motivada, pues la ley le deja una discrecionalidad al juez que recuerda las antiguas decisiones tomadas sobre la verdad sabida y la buena fe guardada.

Otro rasgo característico consiste en que, a pesar de la existencia de este recurso, si lo tomamos por tal, la Corte Constitucional condicionó la exequibilidad de la norma al entendido de que la petición de revisión eventual no hace nugatorio el derecho a interponer acción de tutela. Así las cosas, si se tiene en cuenta que la tutela no procede cuando no se han ejercido los recursos ordinarios, el Alto tribunal constitucional se cuidó de que no se interpretara que el acudir a esta petición de

12 Ya la doctrina, asumiéndolo como un recurso, advierte su inconveniencia, dada la congestión que caracteriza a la jurisdicción contencioso-administrativa, pues el mismo impide la ejecutoria de la respectiva providencia. Cfr. HERNÁN FABIO LÓPEZ. *Procedimiento Civil*, t. 2, Bogotá, 2009, pp. 423 y 424.

revisión eventual supusiera que se encuentra pendiente la evaluación de un recurso y se denegara la tutela para la protección de derechos fundamentales, sin siquiera sujetarla a la excepción del perjuicio irremediable establecido por el artículo 8.º del Decreto 2591 de 1991. En otros términos, para efectos de la acción de tutela contra las decisiones proferidas en segunda instancia por los tribunales administrativos en acciones de grupo y acciones populares, la petición de que se revise el fallo no constituye un recurso ordinario, o, si lo constituye, tiene la particularidad de no impedir la acción de tutela, sin que el juez constitucional deba entrar a revisar si se trata de evitar un perjuicio irremediable.

Recapitulando, podría concluirse que respecto de la revisión eventual creada en el artículo 36A de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, estamos frente a un recurso ordinario, en la medida que no está sujeto a causales taxativas y que, de darse el trámite, el juez puede revisar la totalidad del proceso. Esto nos lleva finalmente a una reflexión: parece paradójico que el legislador colombiano hace cinco años hubiera suprimido el recurso extraordinario de súplica¹³ que se encontraba sujeto a específicas causales, en términos generales homólogas a las del recurso de casación en la jurisdicción ordinaria y que, como éste, buscaba igualmente unificar la jurisprudencia frente a las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos; y que hoy, buscando la misma finalidad, se establezca este recurso para las acciones populares y de grupo, y además se deje abierta la posibilidad de que la ley lo establezca con posterioridad para las otras acciones contencioso-administrativas, pero ya no sujeto a unas causales que permiten establecer un diálogo entre justiciable y juzgador, sino sujeto a causales que el juez puede ir encontrando en cada caso concreto.

B. El control de legalidad de los fallos por parte del Consejo de Estado mediante la revisión eventual

No dejan de provocar alguna perplejidad los argumentos esgrimidos por la Corte Constitucional para evitar que el Consejo de Estado, en su condición de máximo tribunal de lo contencioso-administrativo, controle la legalidad de los fallos a través de la revisión eventual de sentencias proferidas en acciones populares y acciones de grupo. Y la perplejidad surge cuando se advierte que la razón esgrimida por la Corte Constitucional para negar dicha función al Consejo de Estado, acude a la distinción entre las funciones de un tribunal de casación y un máximo tribunal de lo contencioso; sin embargo las consecuencias prácticas de esa diferenciación son inexistentes, toda vez que, de todas formas, el Consejo de Estado tiene la facultad de modificar los fallos seleccionados para la denominada revisión eventual, es decir, de controlar la legalidad del fallo.

13 Derogado por la Ley 954 de 2005.

Lo anterior hace necesarias algunas reflexiones de *iure condendo*, sobre las funciones unificadora y nomofiláctica. En principio no parece inconveniente que se junte esta función con la de revisar la decisión del caso concreto; el punto es que si así se hace, en últimas, estaríamos creando un recurso, entendiendo por recurso la posibilidad de revisar, desandar, volver a andar, a discurrir un sendero ya recorrido. Si se opta por ello, parece más conveniente que no se den excepciones al principio de motivación de las providencias judiciales, pues mientras exista la posibilidad de que una sentencia que regula derechos concretos sea modificada por el juez, una ausencia de motivación genera en el usuario del servicio de justicia la misma sensación que dejaban otrora las decisiones de verdad sabida o buena fe guardada.

Desde otro punto de vista, desde la función de nomofilaquia de las decisiones judiciales, podríamos decir que el ordenamiento colombiano establece diversos mecanismos para garantizar la función, dependiendo de la jurisdicción y del tipo de derechos que se estén tutelando. Lo cierto es que, a pesar de lo manifestado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-713 de 2008, en el sentido de que el Consejo de Estado, por no ser Tribunal de Casación, no podía ejercer el control de legalidad de los fallos, en la práctica, tal control se está ejerciendo, toda vez que el Consejo de Estado, cuando estima procedente la revisión eventual puede cambiar el sentido del fallo, lo que en últimas equivale a controlar su legalidad.

C. Inconveniencia de la ausencia de motivación para la no selección de sentencias de tutela

Lo expuesto en el acápite anterior amerita una reflexión: ¿es conveniente que la procedencia de un recurso, grado jurisdiccional, o cualquier otro nombre que se le quiera dar, dependa del absoluto arbitrio de un juez, y en cuanto tal éste se encuentre relevado de motivar su decisión de no revisarlo? La respuesta, a nuestro juicio, es condicionada: depende de los efectos que tal revisión tenga.

Si la revisión tiene unos efectos *ex tunc* y externos al caso concreto, ésta parece ser una prerrogativa que no riñe con los derechos de los particulares; pero mientras la decisión afecte la sentencia, o tenga la potencialidad de modificarla, se crea en el particular una expectativa que le otorga un derecho a saber por qué la decisión que lo afectó no fue revisada.

Es cierto que en el caso de las tutelas esto tendría el inconveniente de convertir la revisión eventual en una tercera instancia, que obligaría a la Corte Constitucional a argumentar en todas las acciones de tutela por qué no revisa, lo cual haría colapsar el alto tribunal.

Entonces, la solución para no correr ninguno de los dos riesgos, es decir, ni que los justiciables puedan sentir que su sentencia de tutela tendría una última oportunidad de ser modificada, pero cuya procedencia depende por completo del arbitrio del juez y, además, que los motivos de su improcedencia permanecerán ocultos, con el correlativo riesgo que deje en el justiciable, y sin necesidad de excesiva suspicacia,

quede la sensación de que la escogencia de una sentencia depende de la capacidad de *lobby* de la persona que esté interesada, ni de otro lado, hacer colapsar el máximo tribunal constitucional, para evitar estos dos riesgos, se debería establecer que esa facultad omnímoda y absolutamente discrecional de revisar, tenga efectos únicamente hacia el futuro y no tenga la fuerza de variar la sentencia revisada.

Así, no habrá ningún sujeto de derecho concreto al que se le mutile la expectativa de que una sentencia que lo perjudica sea modificada, sin explicarle por qué a él no, y a otro sujeto sí, se le brindó dicha oportunidad; simplemente se tendrá que las sentencias que sean objeto de revisión eventual, si de tal revisión resulta que la sentencia revisada aumenta una inseguridad jurídica o que consolida una decisión contradictoria, la Corte unificará el criterio y en adelante éste hará parte del ordenamiento jurídico, y como será un precedente obligatorio, sólo así, la prerrogativa de no motivar la no escogencia, aparecerá democrática, pues la revisión eventual con la función híbrida de unificación y de modificación de la sentencia concretamente revisada, sin el deber de motivación por parte del juez, crea un desequilibrio en las relaciones entre el juzgador y el sujeto justiciable.

En otras palabras, mientras la función de la revisión eventual de los fallos de tutela siga siendo mixta, es decir, que con la misma se cumplan simultáneamente las funciones de unificación de la jurisprudencia y de reforma de la sentencia concreta, no se puede cortar el diálogo entre juez y juzgador; si, en cambio, se instituye a tal revisión eventual la función exclusiva de unificación de la jurisprudencia, la falta de motivación en la no escogencia de otras sentencias, no rompe ese diálogo, en la medida en que no afecta derechos concretos de justiciables determinados.

Recapitulando. Se puede optar por crear un recurso que tenga como motivación la unificación de la jurisprudencia, pero si ese recurso puede afectar la decisión que inspira la solicitud, cualquier decisión que se tome en este trámite, incluso la de no escogerla para ser revisada, deberá ser motivada. Si en cambio se opta porque sea recurso en interés puro de la Ley, como se denomina en la ley de enjuiciamiento civil española de 2000¹⁴, ello se puede dejar al arbitrio del juez, a condición que deje incólume la sentencia que inspiró la revisión, pues de lo contrario se estará cumpliendo la función nomofiláctica o de control de legalidad de los fallos y si ello es así, la decisión de no seleccionar una sentencia deberá ser motivada.

14 El artículo 493 de la Ley española de enjuiciamiento civil establece el denominado recurso en interés de la ley, cuya característica fundamental es que la providencia que lo resuelve debe dejar incólume el contenido de la sentencia. La disposición citada concretamente dispone: "La sentencia que se dicte en los recursos en interés de la ley respetará, en todo caso, las situaciones jurídicas particulares derivadas de las sentencias alegadas y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial. En este caso, se publicará en el *Boletín Oficial del Estado* y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los Jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo".

IV. REFLEXIONES FINALES

Para finalizar, resulta de utilidad elaborar esquemáticamente algunas reflexiones que se derivan de lo expuesto hasta aquí:

– La selección de fallos tiene distinta naturaleza jurídica en las diversas jurisdicciones. Mientras en la jurisdicción constitucional es una facultad omnímoda de la Corte que sirve de órgano de cierre para esa jurisdicción, en el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria es apenas un mecanismo para elaborar requisitos de admisibilidad de un recurso de casación. En el Consejo de Estado, no obstante la voluntad inicial del legislador, la selección para revisión eventual, después del control constitucional automático, terminó siendo un recurso y por tanto sujeto a la carga de motivación, tanto su no selección, como el acto de seleccionar un fallo.

– Resultaría conveniente hacer una homogenización de esta facultad y que el legislador opte por determinar qué naturaleza jurídica tiene la figura y si se concluye que es un recurso, el tribunal encargado de resolverlo deberá motivar no solamente las razones que llevan a la selección, sino los motivos tenidos en cuenta para excluir los fallos que no resulten seleccionados.

– Si se estima, en cambio, que tratándose de órganos de cierre, resulta un factor de congestión y colapso de estos tribunales establecer la obligación de motivar, entonces el legislador, deberá escindir la función unificadora y la función nomofiláctica de la revisión eventual y, como consecuencia de ello, para que no se lesionen inmotivadamente los derechos de ningún justiciable, esta institución deberá dejar la naturaleza de recurso, y consagrarla como facultad discrecional de los tribunales, pero cumpliendo únicamente la función de unificación de la jurisprudencia, es decir, que la revisión sólo dará lugar a un pronunciamiento de cada uno de los tribunales, para que sean tenidos en cuenta para casos posteriores, con fuerza de precedente constitucional, o de precedente judicial en el caso de las providencias proferidas por los máximos tribunales de la jurisdicción ordinaria y de lo contencioso-administrativo.

– En cuanto a la específica institución de la revisión eventual de fallos proferidos en las acciones populares y de grupo, el sórdido antecedente de la providencia del 17 de febrero de 2010, en materia de competencia para conocer de este recurso, hace necesario que el Consejo de Estado, replantee la forma de argumentación de sentencias en las que cambia intempestivamente el sentido de sus fallos