

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / FINALIDAD DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / FUERZA VINCULANTE DEL PRECEDENTE JUDICIAL / APLICACIÓN DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA - Objetivos

El recurso tiene como fines y objetivos asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida (artículo 256 CPACA). En otros términos, va encaminado al respeto del precedente judicial contenido en las sentencias de unificación, para darle eficacia a los principios - derechos de igualdad, seguridad jurídica y buena fe. (...) De modo que el recurso extraordinario de unificación tiene dos propósitos de corrección e integración normativa, el primero, de unidad de interpretación y, el segundo, de unidad de aplicación del derecho por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Como consecuencia, no solo busca adecuar las distorsiones hermenéuticas de los Tribunales Administrativos contenidos en sentencias proferidas en única o segunda instancia, sino también en la aplicación de las normas y la jurisprudencia a los casos concretos. De otro lado, el recurso tiene una finalidad de restablecimiento del derecho, ya que propende por garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 256

PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL

El recurso procede solo contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en procesos de única o segunda instancia, y esta condición fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-179 de 2016. Si la sentencia objeto del recurso tiene contenido patrimonial o económico, es necesario verificar que las pretensiones de la demanda sean iguales o superiores a los montos establecidos en el artículo 257 ibídem. **NOTA DE RELATORÍA:** Referente a la procedencia del recurso extraordinario de unificación jurisprudencial, consultar sentencia de la Corte Constitucional de 13 de abril de 2016, Exp. C-179, MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 257

CAUSAL DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / DESCONOCIMIENTO DE SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

El recurso solo puede fundamentarse en una causal, esto es, en la oposición o desconocimiento de una sentencia de unificación de esta Corporación (artículo 258 ibídem).

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 258

COMPETENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / TRÁMITE DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL

El recurso será decidido de acuerdo con la especialidad de la materia, por la Sala Plena de la respectiva Sección del Consejo de Estado (artículo 259 ibídem). Si el asunto no se puede enmarcar en ninguna especialidad, habrá que aplicarse la regla de competencia residual contenida en el Acuerdo 58 de 1999 –modificado por el Acuerdo 55 de 2003– y, por tanto, será de competencia de la Sección Primera.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 259 / ACUERDO 58 DE 1999 / ACUERDO 55 DE 2003

RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA / PARTES DEL PROCESO / TERCEROS PROCESALES / DERECHO DE POSTULACIÓN

Están legitimados en la causa para interponer el recurso las partes o los terceros procesales –esto es, quienes se hayan vinculado al proceso– que sufran agravio con la providencia. Debe ser presentado por apoderado judicial debidamente constituido, sin que sea necesario otorgar un nuevo poder; no obstante, se deberá verificar que dentro de las facultades del apoderado esté la de presentar recursos (art. 260 CPACA).

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 260

REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD / RECHAZO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL

Es importante señalar que en el párrafo del artículo 260 ibídem se introdujo un requisito de procedibilidad para la interposición del recurso. En efecto, se rechazará de plano el recurso extraordinario si la parte o tercero que lo interpone no apeló la sentencia de primera instancia ni adhirió a la apelación de otro sujeto procesal, esta exigencia opera siempre y cuando el ad quem confirme la sentencia apelada.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 260 PARÁGRAFO

INADMISIÓN DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / IMPROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL

El recurso se inadmitirá de plano, con efecto de rechazo, en caso de que sea improcedente, pese a que se hubiere concedido por el tribunal, bien sea porque la providencia no sea pasible del recurso o porque el asunto es inferior a la cuantía para que sea procedente.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / REQUISITOS FORMALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL

Los requisitos formales del recurso son los siguientes (artículo 262 CPACA): i) la designación de las partes, ii) la indicación precisa de la providencia impugnada, iii) la relación concreta, breve y sucinta de los hechos del litigio, iv) la indicación precisa de la sentencia de unificación jurisprudencial que se estima contrariada y, v) las razones que le sirven de fundamento al recurso.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 262

PROSPERIDAD DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL - Efectos / ANULACIÓN DEL FALLO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL - Desestimación / CONDENA EN COSTAS

Si el recurso prospera total o parcialmente, la respectiva Sección anulará el fallo impugnado –en su totalidad o en lo pertinente– y dictará sentencia sustitutiva o las decisiones que correspondan. Si el recurso fuera desestimado, se condenará en costas al recurrente y, de ser procedente, se dará aplicación a lo establecido en el inciso tercero del artículo 267 *ibídem* frente al pago de la caución.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 267

SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO EN LA ACTIVIDAD JUDICIAL / FUENTES DEL DERECHO / EQUIDAD / JURISPRUDENCIA / PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO / DOCTRINA

El artículo 230 de la Constitución Política determina el sistema de fuentes del derecho en la actividad judicial. En ese sentido, señala que los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley –en sentido material–, pero que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares, y si bien la norma cataloga la jurisprudencia como un criterio auxiliar de la función jurisdiccional, lo cierto es que uno de los principales objetivos de esta es que a iguales situaciones de hecho corresponda una idéntica o muy similar decisión judicial (principio de igualdad). De allí que, tanto en el sistema romano –germánico (continental) como en el common law su papel es preponderante, ya que garantiza tres pilares básicos en todo ordenamiento jurídico: (i) el derecho a la igualdad, (ii) la seguridad jurídica y (iii) el principio de buena fe.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 230

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN / SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / CONSEJO DE ESTADO / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL - Por importancia jurídica, trascendencia económica o social, decisión de recursos extraordinarios y mecanismo de revisión eventual

[C]on la Ley 1437 de 2011 se amplió ese conjunto de herramientas, al introducir la posibilidad de que el Consejo de Estado profiriera sentencias de unificación, bien por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, o por el pleno de las respectivas Secciones que lo integran, las cuales serán de obligatorio cumplimiento. (...) En esa perspectiva, las sentencias de unificación jurisprudencial son las siguientes: i) Las que haya dictado o profiera la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo por importancia jurídica, trascendencia económica o social, por la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia y las que decidan recursos extraordinarios y el mecanismo de revisión eventual. ii) Las que adopte el pleno de cada Sección del Consejo de Estado por decisión propia, o por asuntos remitidos por las Subsecciones o por los Tribunales Administrativos para unificar jurisprudencia por las mismas razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / CONSEJO DE ESTADO / CRITERIO PARA PROFERIR LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / REQUISITOS DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL

Estos son los elementos característicos de este tipo de decisiones: i) Se trata de sentencias judiciales. No son autos. ii) Son las proferidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o las Salas Plenas de las Secciones del Consejo de Estado. iii) Se adoptan por importancia jurídica, trascendencia económica o social, la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia, resolver recursos extraordinarios, y el mecanismo de revisión eventual. iv) Se establece y fija un criterio jurisprudencial uniforme frente a (i) la aplicación o interpretación de una norma, (ii) la solución específica de un supuesto de hecho (v.gr. título de imputación aplicable a la responsabilidad por acto médico), (iii) la forma de llenar una laguna o vacío normativo (sentencias integradoras), (iv) criterios de ponderación o valoración de específicas situaciones o pruebas (v.gr. valor probatorio copias simples), o (v) se establecen presunciones judiciales o de hombre (v.gr. ingreso mínimo de la víctima, entre otros). v) No necesariamente son las proferidas luego de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, sino que también las que hayan sido aprobadas con anterioridad a este ordenamiento, siempre y cuando la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o las Salas Plenas de las Secciones hayan unificado la jurisprudencia en relación con un tópico determinado, bien que el caso haya sido decidido en aplicación de las normas contenidas en el derogado Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) o en el CPACA.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011

RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL / PARTES DE LA SENTENCIA / DECISUM / RATIO DECIDENDI / FUERZA VINCULANTE DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

La sentencia tendrá efectos vinculantes –stare decisis–y será imperativo analizar su viabilidad para efectos del recurso extraordinario de unificación jurisprudencial y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia en relación con el aspecto unificado (decisum) , es decir, que será preciso identificar la ratio decidendi –razón para decidir o razón suficiente– .

PARTES DE LA SENTENCIA / IDENTIFICACIÓN DE LA RATIO DECIDENDI / RATIO DECIDENDI - Tipos de criterios o de test

Para la identificación de la ratio decidendi de una providencia se han diseñado tres tipos de criterios o de test. El primero, de Wambaugh, que sostiene que la ratio decidendi constituye la premisa mayor de un silogismo cuya premisa menor es la situación de hecho del caso y cuya conclusión es la decisión. El segundo, el de Goodhart, que diferencia entre los hechos fundamentales y los no fundamentales y, por último, el de Oliphant que representa una tendencia del realismo jurídico norteamericano porque sostiene que la ratio será la identificación de los estímulos de los jueces frente a los hechos presentados.

PARTES DE LA SENTENCIA / PARTE MOTIVADA DE LA SENTENCIA / OBITER DICTA - Noción

Los obiter dicta son los argumentos, frases y enunciados contenidos en la parte considerativa de las providencias, que cumplen distintas funciones textuales como pueden ser descripciones, reconstrucciones temáticas, explicaciones y presentación de argumentos, la aplicación de test constitucionales, las referencias doctrinales o de autoridad, y las referencias y desarrollos del derecho comparado .

NOTA DE RELATORÍA: Referente a la definición de los obiter dictum, consultar sentencias de la Corte Constitucional, T-292 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y SU-047 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL / REQUISITOS DEL PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE

De modo que la Corte Constitucional establece los requisitos para la aplicación del precedente judicial vinculante, así: i) que los hechos relevantes del nuevo caso sean semejantes a los del precedente, ii) que la regla, principio o criterio hermenéutico contenido en la sentencia precedente pueda equipararse a la que exige el nuevo caso, y iii) que la regla, principio o criterio interpretativo se mantenga, no haya cambiado o evolucionado, es decir, que no se haya recogido.

NOTA DE RELATORÍA: Referente a la aplicación del precedente judicial vinculante, consultar sentencia de 28 de septiembre de 2006, Exp. T-812, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL / PARTES DE LA SENTENCIA / DECISUM / RATIO DECIDENDI

[A]sí exista un principio jurisprudencial uniforme, resulta imprescindible en el análisis del recurso extraordinario de unificación el estudio de los hechos de cada caso concreto. En efecto, solo serán subsumibles en el campo de la sentencia de unificación procesos que discutan hechos similares que permitan hacer extensivo el precedente. En suma, no todo el contenido de la sentencia de unificación servirá de insumo para el ejercicio del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia. Solo el contenido relacionado con el decisum y la ratio decidendi del caso concreto y, por tanto, el punto de unificación será lo que permite determinar si se infirma o no el fallo proferido, en única o segunda instancia, por el respectivo tribunal administrativo.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL - Infundado / RATIO DECIDENDI / PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE / RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA / RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DE LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / SENTENCIA ABSOLUTORIA / CAUSALES EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

[L]a sentencia de unificación no definió específicamente el contenido y alcance de la expresión “la conducta no constituía hecho punible”, puesto que no se estableció si esa causal de absolución se refería, única y exclusivamente, a que la conducta fuera atípica en sentido objetivo (atipicidad objetiva) o si, por el contrario, admitía cualquier causal de exoneración o justificación que impidiera predicar la existencia de un injusto típico (tipicidad, antijuricidad o culpabilidad). En el caso concreto, el Tribunal Administrativo de Santander determinó que la causal de exoneración correspondiente a que “la conducta no constituyera hecho punible”,

para efectos de la reparación por privación injusta de la libertad, debería circunscribirse o limitarse a los eventos en los cuales el funcionario judicial penal concluyera que se presentaba un supuesto de atipicidad objetiva, pues, cualquier otra causal exonerativa de responsabilidad penal (v.gr. legítima defensa, error de tipo, error de prohibición, insuperable coacción, entre otros), debería ser juzgada bajo el régimen de falla del servicio. En tal virtud, mal haría esta Corporación en infirmar la decisión de segunda instancia, cuando lo cierto es que la sentencia de unificación, al margen de haber unificado la responsabilidad derivada de la privación injusta de la libertad de los ciudadanos, no llegó al grado de diferenciación y precisión formulada por el Tribunal Administrativo de Santander. (...) No hay lugar a estudiar si el juez se apartó de la línea jurisprudencial de esta Corporación frente al contenido y al alcance de las causales del derogado artículo 414 ibídem, dado que el recurso extraordinario de unificación jurisprudencial quedó circunscrito expresamente por el legislador a las sentencias de unificación jurisprudencial y, por tanto, a su *decisum* y *ratio decidendi*.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / PRECEDENTE JUDICIAL VERTICAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

El recurso de unificación no está diseñado para corregir cualquier desviación respecto del precedente judicial vertical, sino única y exclusivamente aquellas contenidas en sentencias de unificación jurisprudencial.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 2700 DE 1991 - ARTÍCULO 414

PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS / DESESTIMACIÓN DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / FIJACIÓN DE LAS AGENCIAS EN DERECHO

La Sala condenará en costas a la parte recurrente de conformidad con lo establecido por el artículo 267 de la Ley 1437 de 2011 “CPACA”, que impone esa consecuencia para los casos en que el recurso sea desestimado, tal y como ocurre en el sub lite. Sin embargo, de conformidad con los parámetros establecidos en el Acuerdo n.º PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, y en atención a los parámetros de naturaleza del asunto, complejidad y duración del mismo, considera la Sala que las agencias en derecho se fijarán en la suma de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a cargo de la parte actora y recurrente extraordinaria.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 267

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá, D. C, primero (1º) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 68001-33-33-001-2013-00046-01(58317)

Actor: JESÚS ANTONIO ECHEVERRY JARAMILLO Y OTROS

Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA

***Temas:** RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL. Requisitos de procedencia – competencia – cuantía. El valor del precedente en Colombia. Sistema de precedentes y sentencias de unificación jurisprudencial. Fuerza vinculante de las sentencias de unificación jurisprudencial. Necesidad de identificar la ratio decidendi del caso y los supuestos de hecho.*

La Sala Plena de la Sección Tercera decide el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 30 de junio de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y trámite procesal

1.1. Los señores Jesús Antonio Echeverri Jaramillo y Seneida Vásquez Arias, en nombre propio y en representación de su hijo menor Alejandro Echeverri Vásquez; Geraldí Echeverri Vásquez, Blanca Alice, Fabiola, Luz Marina, Juan Carlos y Luis Horacio Echeverri Jaramillo, por intermedio de apoderado judicial, presentaron demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa contra la Nación – Fiscalía General de la Nación– para que se declarara patrimonialmente responsable de los perjuicios irrogados con la privación injusta de la libertad del primero.

La parte actora, como fundamentos fácticos de la demanda, sostuvo que el 7 de septiembre de 2008, el Juzgado Quinto Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Bucaramanga impuso medida de aseguramiento de detención preventiva contra el señor Jesús Antonio Echeverri, por la presunta comisión del delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años.

Indicó que, el 5 de noviembre de 2010, el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Bucaramanga lo declaró penalmente responsable y lo condenó a la pena de ciento ocho meses de prisión, no obstante lo cual, el 21 de febrero de 2011, la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga revocó la decisión de primera instancia, lo absolvió del delito imputado y ordenó su libertad inmediata.

La demanda señala que se configuró una privación injusta de la libertad del señor Jesús Antonio Echeverri, motivo por el cual se impone la reparación del daño sufrido por este y por sus familiares.

1.2. El 13 de febrero de 2015, el Juzgado Primero Administrativo de Bucaramanga profirió sentencia en la que denegó las súplicas de la demanda. Concluyó que la medida de detención preventiva fue proferida de conformidad con la Constitución y la Ley.

1.3. La parte actora, inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación por cuanto el régimen de responsabilidad aplicable era el objetivo, razón por la que no era viable entrar a determinar si las providencias proferidas durante la investigación penal se ajustaron o no al ordenamiento jurídico.

2. Sentencia recurrida

El 30 de junio de 2016, el Tribunal Administrativo de Santander resolvió la impugnación y confirmó la providencia apelada. Precisó que, tratándose de casos como el analizado, la posición mayoritaria de esa Corporación ha prohijado la tesis subjetiva por falla del servicio, apartándose del criterio de responsabilidad objetiva adoptada por el Consejo de Estado.

Entre otros aspectos, el *ad quem* puntualizó lo siguiente (se transcribe literalmente incluso con eventuales errores):

Al respecto, la Sala se aparta de la tesis mayoritaria actual del H. Consejo de Estado, según la cual la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva no aplica de manera restrictiva a los casos en que la libertad del investigado se genera con ocasión de la configuración de causales distintas a las previstas en el artículo 414 del antiguo Código de Procedimiento Penal o de la aplicación del in dubio pro reo, sobre el particular dicha Corporación manifestó (...).

En este sentido, la Sala considera que el régimen de responsabilidad aplicable es el subjetivo... Entonces, solo procede la indemnización del Estado por privación injusta de la libertad bajo el régimen objetivo a quien haya sido absuelto al presentar las siguientes situaciones: porque el hecho no existió, porque la persona no lo cometió, o porque la conducta desplegada no era constituyente de delito. Así mismo, se aplica el régimen objetivo a aquellos casos en que el imputado se absuelve de responsabilidad penal por aplicación del principio in dubio pro reo, según el marco jurisprudencial antes citado (...).

Por lo tanto, la garantía de la responsabilidad objetiva tiene como fin salvaguardar el derecho de reparación del daño de quien se vio obligado a afrontar un proceso penal cuando el delito imputado ni siquiera existió, o cuando la persona no concretó la acción que expresa el verbo rector del tipo penal, o cuando la conducta desplegada no es constituyente de tipo penal, es decir, el acto realizado por la persona no está tipificado en el Código Penal Colombiano.

Diferente a la situación, en la cual la absolución se da como resultado de que la conducta no era antijurídica o culpable, pero sí era típica, por lo tanto existió, así pues, en dichos casos la persona en busca de que se le repare el daño deberá acreditar que el mismo (el daño) provino de una falla del servicio, como por ejemplo de un análisis inadecuado de las pruebas o de la violación a sus derechos al momento de la expedición de la medida de aseguramiento o de restricción de la libertad.

(...) Tal como se ha dejado reseñado en el acápite de antecedentes de esta providencia, la absolución del aquí demandante, señor Jesús Antonio Echeverri Jaramillo surgió como consecuencia de encontrarse configurada la causal eximente de responsabilidad denominada 'error de tipo'.

Uno de los Magistrados de la sala de decisión aclaró su voto porque, a su juicio, el análisis de la responsabilidad en el caso concreto no debió hacerse bajo el título de imputación de falla del servicio, sino de responsabilidad objetiva de daño especial. En su criterio, las pretensiones debieron ser denegadas por culpa grave de la víctima.

3. Recurso extraordinario de unificación jurisprudencial

El 12 de julio de 2016, la parte actora interpuso contra la providencia de segunda instancia recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, que fue concedido por *el ad quem* mediante providencia del 2 de agosto del mismo año.

Los fundamentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

3.1. La providencia recurrida se apartó de manera injustificada de la sentencia de unificación jurisprudencial del 17 de octubre de 2013, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el proceso número 5200123310001996745901 (23.354), M.P. Mauricio Fajardo Gómez, relacionada con la privación injusta de la libertad de los ciudadanos.

3.2. En esta decisión, la Sección Tercera sostuvo que la responsabilidad patrimonial del Estado tiene su fuente en el artículo 90 de la Constitución Política, razón por la que el juez puede establecer supuestos de responsabilidad objetiva, como ocurre con la privación injusta de la libertad, en la cual el título de imputación será el de daño especial por rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, siempre que la absolución se fundamente en cualquiera de las hipótesis del derogado artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 o en el principio de *in dubio pro reo*.

3.3. El señor Jesús Antonio Echeverry Jaramillo fue absuelto porque la conducta no era punible –error de tipo– en tal virtud, el tribunal de segunda instancia no podía apartarse de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado, como ocurrió en el caso concreto.

3.4. Así las cosas, entre la providencia impugnada y la sentencia de unificación referida existió una abierta contradicción porque el *ad quem* abordó el análisis de la responsabilidad con fundamento en la falla del servicio, es decir, de forma restrictiva.

3.5. Por consiguiente, el recurso extraordinario de unificación es procedente para que la Sección Tercera infirme la sentencia de segunda instancia y, en su lugar, dicte la correspondiente de remplazo.

4. Trámite ante esta Corporación

La Corporación admitió el recurso extraordinario por auto del 22 de noviembre de 2016 y corrió el traslado de que trata el artículo 266 del CPACA a la parte opositora y al Ministerio Público. En esta oportunidad las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. El recurso extraordinario de unificación jurisprudencial

1.1. El recurso tiene como fines y objetivos asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida (artículo 256 CPACA).

En otros términos, va encaminado al respeto del precedente judicial contenido en las sentencias de unificación, para darle eficacia a los principios – derechos de igualdad, seguridad jurídica y buena fe.

No significa lo anterior que, de esta manera, la jurisprudencia se vuelva inmutable e inalterable en virtud del recurso extraordinario de unificación jurisprudencial, lo que sí se promueve significativamente con ello es la igualdad y coherencia interna de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

De modo que el recurso extraordinario de unificación tiene dos propósitos de corrección e integración normativa, el primero, de unidad de interpretación y, el segundo, de unidad de aplicación del derecho por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Como consecuencia, no solo busca adecuar las distorsiones hermenéuticas de los Tribunales Administrativos contenidos en sentencias proferidas en única o segunda instancia, sino también en la aplicación de las normas y la jurisprudencia a los casos concretos. De otro lado, el recurso tiene una finalidad de restablecimiento del derecho, ya que propende por garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida.

1.2. El recurso procede solo contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en procesos de única o segunda instancia, y esta condición fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-179 de 2016. Si la sentencia objeto del recurso tiene contenido patrimonial o económico, es necesario verificar que las pretensiones de la demanda sean iguales o superiores a los montos establecidos en el artículo 257 ibídem.

1.3. El recurso solo puede fundamentarse en una causal, esto es, en la oposición o desconocimiento de una sentencia de unificación de esta Corporación (artículo 258 *ibídem*).

1.4. El recurso será decidido de acuerdo con la especialidad de la materia, por la Sala Plena de la respectiva Sección del Consejo de Estado (artículo 259 *ibídem*). Si el asunto no se puede enmarcar en ninguna especialidad, habrá que aplicarse la regla de competencia residual contenida en el Acuerdo 58 de 1999 –modificado por el Acuerdo 55 de 2003– y, por tanto, será de competencia de la Sección Primera.

1.5. Están legitimados en la causa para interponer el recurso las partes o los terceros procesales –esto es, quienes se hayan vinculado al proceso– que sufran agravio con la providencia. Debe ser presentado por apoderado judicial debidamente constituido, sin que sea necesario otorgar un nuevo poder; no obstante, se deberá verificar que dentro de las facultades del apoderado esté la de presentar recursos (art. 260 CPACA).

Es importante señalar que en el párrafo del artículo 260 *ibídem* se introdujo un requisito de procedibilidad para la interposición del recurso. En efecto, se rechazará de plano el recurso extraordinario si la parte o tercero que lo interpone no apeló la sentencia de primera instancia ni adhirió a la apelación de otro sujeto procesal, esta exigencia opera siempre y cuando el *ad quem* confirme la sentencia apelada.

1.6. Para el trámite del recurso se observará el siguiente procedimiento:

i) Habrá de interponerse ante el respectivo Tribunal Administrativo que profirió la sentencia de única o segunda instancia, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta.

ii) En el auto que conceda el recurso, se correrá traslado por veinte (20) días al recurrente para que lo sustente; si vencido este último término el recurso se hubiere sustentado, dentro de los cinco (5) días siguientes se remitirá el expediente a esta Corporación. En caso contrario, se declarará desierto.

iii) La concesión del recurso no impedirá la ejecutoria de la sentencia, salvo cuando se hubiere recurrido por todos los sujetos procesales de la controversia.

iv) Una vez efectuado el reparto en el Consejo de Estado, se verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para su admisión. En caso de que no se cumplan (artículo 262 CPACA), se ordenará que se subsane en el término de cinco (5) días, y si no se hiciera en ese plazo, se inadmitirá y se ordenará su devolución al Tribunal Administrativo.

El recurso se inadmitirá de plano, con efecto de rechazo, en caso de que sea improcedente, pese a que se hubiere concedido por el tribunal, bien sea porque la providencia no sea pasible del recurso o porque el asunto es inferior a la cuantía para que sea procedente.

Ahora bien, si se cumplen todos los requisitos formales y materiales se admitirá y en el mismo auto se dará traslado por quince (15) días a la parte opositora y al Ministerio Público, sino es el recurrente, para que intervengan.

v) Vencido el término anterior, el Despacho podrá, dentro de los días siguientes, citar a una audiencia, que se llevará a cabo dentro de los treinta (30) días siguientes, contados a partir de la ejecutoria del auto que la señale, que tendrá por objeto oír a cada parte por el término de hasta veinte (20) minutos.

vi) Si no se surte la audiencia, celebrada esta o declarada fallida por inasistencia de las partes, el Magistrado Ponente registrará proyecto de decisión y, si fuere sentencia, deberá ser proferida dentro de los cuarenta (40) días siguientes.

1.7. Los requisitos formales del recurso son los siguientes (artículo 262 CPACA): i) la designación de las partes, ii) la indicación precisa de la providencia impugnada, iii) la relación concreta, breve y sucinta de los hechos del litigio, iv) la indicación precisa de la sentencia de unificación jurisprudencial que se estima contrariada y, v) las razones que le sirven de fundamento al recurso.

1.8. Si el recurso fuera interpuesto por una sola de las partes, esta podrá solicitar la suspensión de la sentencia recurrida, para lo cual deberá prestar caución dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del auto que la ordene. La

naturaleza y el monto de la caución serán fijados en providencia suscrita por el Magistrado Ponente del Tribunal Administrativo (artículo 264 CPACA).

1.9. Si el recurso prospera total o parcialmente, la respectiva Sección anulará el fallo impugnado –en su totalidad o en lo pertinente– y dictará sentencia sustitutiva o las decisiones que correspondan. Si el recurso fuera desestimado, se condenará en costas al recurrente y, de ser procedente, se dará aplicación a lo establecido en el inciso tercero del artículo 267 *ibídem* frente al pago de la caución.

Si la sentencia anulada se cumplió de forma total o parcial, el Consejo de Estado dejará sin efectos los actos procesales realizados con ese fin y dispondrá que el juez de primera instancia proceda a las restituciones y adopte las medidas a que hubiere lugar.

1.10. Además, es preciso señalar que el recurso es desistible mientras no se haya adoptado la decisión definitiva que le ponga fin. Si el desistimiento solo proviene de alguno de los recurrentes, el recurso continuará con los demás sujetos procesales (artículo 268 *ibídem*). El desistimiento deberá ser presentado personalmente y será incondicional. En este evento se condenará en costas.

Por último, surge la inquietud de cuál es la naturaleza de la decisión en caso de que el recurso extraordinario de unificación se niegue. Lo anterior, por cuanto el inciso final del artículo 266 del CPACA preceptúa: *“Celebrada la audiencia o fallida esta, por la no comparecencia de las partes, el ponente registrará proyecto de decisión, si fuere sentencia dentro de los cuarenta (40) días siguientes”*.

Como se aprecia, la norma tiene una redacción equívoca porque da a entender que existe la posibilidad de decidir el recurso sin sentencia, lo que significaría que sería viable denegar la procedencia del recurso mediante auto, porque del artículo 267 se desprende inexorablemente que el fallo que declara la prosperidad del recurso es una sentencia.

De modo que podría eventualmente prohijarse una interpretación según la cual la decisión que niega el recurso podría corresponder a un auto interlocutorio. No obstante lo anterior, la Sala se aparta de esa específica lectura de la disposición final del artículo 266 del CPACA, por las siguientes razones:

i) En los términos del artículo 215 ibídem, si mediante un auto interlocutorio se negara la procedencia del recurso, tendría que ser adoptado por el Magistrado Ponente y, por tanto, sería pasible del recurso de súplica ordinario, con el agravante de que esa sería la decisión que pusiera fin a la actuación y al recurso extraordinario, es decir, que con ella finalizaría el respectivo trámite.

En otros términos, un recurso extraordinario terminaría con auto adoptado no por la totalidad de la Sala, sino en sede del recurso ordinario de súplica por los restantes Magistrados con exclusión del ponente.

ii) Si así se procediera, se atentaría contra los principios de celeridad y eficacia de la administración de justicia. En efecto, la interpretación que resulta más acorde con la filosofía y naturaleza del recurso es aquella según la cual la decisión final – bien sea que se acceda o se niegue el recurso– se habrá de corresponder a una sentencia suscrita por la totalidad de la Sección que sea del caso en el Consejo de Estado.

2. Competencia

La sentencia recurrida fue proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, en segunda instancia, en un proceso de reparación directa.

En la demanda se solicitó una condena por las siguientes sumas de dinero: i) \$154´200.000, a título de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, ii) por concepto de daño emergente \$75´000.000, iii) 900 SMMLV para cada demandante a título de perjuicios morales y iv) 900 SMMLV para cada demandante por concepto de daño a la vida de relación¹. De modo que las pretensiones son superiores a la cuantía exigida por el legislador para la admisión del recurso en procesos de reparación directa (450 SMMLV).

La sentencia de primera instancia –denegatoria de las pretensiones– fue apelada por la parte actora, quien actúa como recurrente en esta instancia.

De igual forma, el recurso fue interpuesto y sustentado de forma oportuna dentro de los plazos establecidos. Además, en el escrito del recurso se señalaron las partes, la sentencia impugnada, las razones y fundamentos del recurso y, por

¹ F. 3 a 11 y 157 a 160 c. 1.

último, se invocó como sentencia de unificación presuntamente contrariada la proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera el 17 de octubre de 2013, con número de radicación 1999-7459 (23.354), M.P. Mauricio Fajardo Gómez, relacionada con la privación injusta de la libertad de los ciudadanos.

Los procesos de reparación directa están asignados al conocimiento de la Sección Tercera, de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1998, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003.

Como consecuencia, la Sala es competente funcionalmente para conocer del recurso extraordinario de unificación jurisprudencial interpuesto por la parte actora contra la sentencia de segunda instancia del 30 de junio de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

3. Sistema de precedentes y sentencias de unificación en Colombia

El artículo 230 de la Constitución Política determina el sistema de fuentes del derecho en la actividad judicial. En ese sentido, señala que los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley –en sentido material–, pero que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares, y si bien la norma cataloga la jurisprudencia como un criterio auxiliar de la función jurisdiccional, lo cierto es que uno de los principales objetivos de esta es que a iguales situaciones de hecho corresponda una idéntica o muy similar decisión judicial (principio de igualdad). De allí que, tanto en el sistema romano –germánico (continental) como en el *common law* su papel es preponderante, ya que garantiza tres pilares básicos en todo ordenamiento jurídico: (i) el derecho a la igualdad, (ii) la seguridad jurídica y (iii) el principio de buena fe.

La jurisprudencia tiene la virtualidad de generar precedente, desde la expedición de la Ley 169 de 1896, en cuyo artículo 4 se incorporó al ordenamiento vernáculo la figura de la doctrina probable o doctrina legal: *“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”*.

Con posterioridad, las leyes, principalmente las codificaciones procesales, han establecido la importancia y obligatoriedad del precedente –vertical y horizontal– con miras a dotar de coherencia interna el sistema judicial (v.gr. artículo 7 Ley 1564 de 2012 – CGP)².

De modo que el sistema de fuentes colombiano ha sufrido una importante transformación no solo de la mano del legislador sino de los pronunciamientos de las altas cortes; se ha promovido el sistema de precedentes y, por tanto, se reconoce sin ambages la fuerza vinculante de los pronunciamientos judiciales previos, lo que garantiza, *prima facie*, que a iguales supuestos de hecho corresponda la misma solución.

Según lo expuesto, antes de la expedición de la Ley 1437 de 2011 eran dos los instrumentos metodológicos que promovían o incentivaban la coherencia del sistema judicial: la doctrina probable y el sistema de precedentes.

La Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo “CPACA”– amplió el catálogo de protección de los derechos de los administrados y, por tanto, no solo consagró una multiplicidad de medios de control que permiten juzgar con mayor rigor la actividad de la administración pública, sino que estableció controles más efectivos del procedimiento administrativo, dispuestos en aras de garantizar la efectividad de los derechos de los asociados, así como la coherencia y aplicación de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En efecto, con la Ley 1437 de 2011 se amplió ese conjunto de herramientas, al introducir la posibilidad de que el Consejo de Estado profiriera sentencias de unificación, bien por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, o por el pleno de las respectivas Secciones que lo integran, las cuales serán de obligatorio cumplimiento:

Artículo 270. Sentencias de unificación jurisprudencial. Para los efectos de este código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado

² “**Legalidad.** Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos”.

por importancia jurídica, trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

Artículo 271. Decisiones por importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia. Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público.

En estos casos corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar sentencias de unificación jurisprudencial sobre los asuntos que provengan de las secciones. Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso.

Para asumir el trámite a solicitud de parte, la petición deberá formularse mediante una exposición sobre las circunstancias que imponen el conocimiento del proceso y las razones que determinan la importancia jurídica o trascendencia económica o social o a necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.

Los procesos susceptibles de este mecanismo que se tramiten ante los tribunales administrativos deben ser de única o de segunda instancia. En este caso, la solicitud que eleve una de las partes o el Ministerio Público para que el Consejo de Estado asuma el conocimiento del proceso no suspenderá su trámite, salvo que el Consejo de Estado adopte dicha decisión.

La instancia competente decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto, mediante auto no susceptible de recursos.

En esa perspectiva, las sentencias de unificación jurisprudencial son las siguientes:

- i) Las que haya dictado o profiera la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo por importancia jurídica, trascendencia económica o social, por la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia y las que decidan recursos extraordinarios y el mecanismo de revisión eventual.

ii) Las que adopte el pleno de cada Sección del Consejo de Estado por decisión propia, o por asuntos remitidos por las Subsecciones o por los Tribunales Administrativos para unificar jurisprudencia por las mismas razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación.

Así las cosas, estos son los elementos característicos de este tipo de decisiones:

i) Se trata de sentencias judiciales. No son autos.

ii) Son las proferidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o las Salas Plenas de las Secciones del Consejo de Estado.

iii) Se adoptan por importancia jurídica, trascendencia económica o social, la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia, resolver recursos extraordinarios, y el mecanismo de revisión eventual.

iv) Se establece y fija un criterio jurisprudencial uniforme frente a *(i)* la aplicación o interpretación de una norma, *(ii)* la solución específica de un supuesto de hecho (v.gr. título de imputación aplicable a la responsabilidad por acto médico), *(iii)* la forma de llenar una laguna o vacío normativo (sentencias integradoras), *(iv)* criterios de ponderación o valoración de específicas situaciones o pruebas (v.gr. valor probatorio copias simples), o *(v)* se establecen presunciones judiciales o de hombre (v.gr. ingreso mínimo de la víctima, entre otros).

v) No necesariamente son las proferidas luego de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, sino que también las que hayan sido aprobadas con anterioridad a este ordenamiento, siempre y cuando la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o las Salas Plenas de las Secciones hayan unificado la jurisprudencia en relación con un tópico determinado, bien que el caso haya sido decidido en aplicación de las normas contenidas en el derogado Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) o en el CPACA.

4. Fuerza vinculante de las sentencias de unificación jurisprudencial

En este punto surge el siguiente interrogante *¿La sentencia de unificación jurisprudencial genera fuerza vinculante de precedente de obligatorio cumplimiento en su totalidad, o solo su ratio decidendi?*

La sentencia tendrá efectos vinculantes –*stare decisis*–y será imperativo analizar su viabilidad para efectos del recurso extraordinario de unificación jurisprudencial y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia en relación con el aspecto unificado (*decisum*)³, es decir, que será preciso identificar la *ratio decidendi* –razón para decidir o razón suficiente–⁴.

En el sistema anglosajón del *common law* se ha sostenido que no todo pronunciamiento judicial constituye un precedente; para que revista esa condición, es preciso que la opinión haya sido dada por un juez y, en segundo lugar, que el análisis realizado sea necesario para la decisión del caso específico⁵.

Para la identificación de la *ratio decidendi* de una providencia se han diseñado tres tipos de criterios o de test. El primero, de Wambaugh, que sostiene que la *ratio decidendi* constituye la premisa mayor de un silogismo cuya premisa menor es la situación de hecho del caso y cuya conclusión es la decisión. El segundo, el de Goodhart, que diferencia entre los hechos fundamentales y los no fundamentales y, por último, el de Oliphant que representa una tendencia del realismo jurídico norteamericano porque sostiene que la *ratio* será la identificación de los estímulos de los jueces frente a los hechos presentados⁶.

El profesor Goodhart cuestiona la tesis de Oliphant porque este sostiene que los hechos del caso son un factor constante, mientras que, en criterio de aquel, los supuestos fácticos son relativos, lo que implica que para efectuar un análisis de precedente es imprescindible preguntarse cuáles son los hechos relevantes sobre los que versa la controversia:

Por lo tanto, el primer y esencial paso en la determinación del principio de un caso [ratio decidendi] es averiguar los hechos materiales sobre los

³ Parte resolutive de la sentencia.

⁴ “Un precedente, por lo tanto, es una decisión judicial que contiene en sí mismo un principio. El principio subyacente que forma su elemento de autoridad a menudo se denomina la *ratio decidendi*.” Salmond, *Jurisprudence*, 7ª edición, 1924, Pág. 201. Citado por: GOODHART, Arthur “*Determining the ratio decidendi of a case*”, en: *Yale Law Journal*, VOL. XL No. 2, 1930.

⁵ Cf. GRAY “*The nature and sources of the law*”, 2a ed., 1921. Citado por: GOODHART, Arthur “*Determining the ratio decidendi of a case*”, en: *Yale Law Journal*, VOL. XL No. 2, 1930.

⁶ Cf. FALCÓN Y TELLA, María José “*La jurisprudencia en los derechos romano, anglosajón y continental*”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 47.

*cuales el juez ha basado su conclusión. ¿Existen reglas que nos ayuden a aislar estos hechos materiales? Es obvio que no se puede encontrar ninguna que nos dé invariablemente el resultado deseado, pues si esto fuera posible, la interpretación de los casos, que es una de las más difíciles de las artes, sería comparativamente fácil*⁷.

El sistema del profesor Goodhart –reconocido ampliamente por jurisprudencia y doctrina anglosajona– parte de la distinción entre hechos materiales (relevantes) e inmateriales (irrelevantes). Sostiene que los hechos materiales o relevantes son los que expresamente el juez señala y valora como determinantes para la solución de la controversia. Toda consideración estructurada en situaciones hipotéticas que no se presentan en el caso concreto, serán irrelevantes y por tanto las consideraciones sobre las mismas constituirán *dictums*.

El profesor Goodhart, en su texto sobre la determinación de la *ratio decidendi* de un caso, formula una serie de conclusiones sobre la materia. La primera, que el principio de un caso no se encuentra en las razones dadas en el fallo; la segunda, que el principio no se encuentra en el estado de derecho del fallo. En tercer lugar, que el principio no se encuentra necesariamente en una consideración de todos los hechos verificables del caso y de la decisión del juez, ya que –cuarta– el principio del caso solo se halla a partir de (i) los hechos tratados por el juez como materiales, relevantes o fundamentales y (ii) su decisión y razonamiento basado en ellos. Por último, y en quinto lugar, para determinar el principio es necesario establecer también los hechos que el juez consideró irrelevantes, pues la vinculación del precedente puede depender tanto de la exclusión como de la inclusión de hechos.

Significa lo anterior que las razones de la decisión no son las opiniones, criterios o razonamientos de derecho que formula el juez con vocación de generalidad o de forma pedagógica, sino que, por el contrario, la parte vinculante de la providencia es aquella que entra en una relación directa con los hechos relevantes del caso.

Esta explicación de la *ratio decidendi* permite fijar de manera adecuada los criterios de análisis, manejo y vinculatoriedad jurisprudencial del precedente, es decir, el ámbito en que debe seguirse (*following*), distinguirse (*distinguishing*),

⁷ GOODHART, Arthur “*Determining the ratio decidendi of a case*”, en: Yale Law Journal, VOL. XL No. 2, 1930, pág. 169 (traducción literal).

ampliarse (*broadening*), estrecharse (*narrowing*) o anularse (*overruling*)⁸. En otros términos, la fuerza vinculante del precedente está ligada a los hechos relevantes o materiales de la controversia, en tal virtud, cualquier modificación de una circunstancia fáctica que sea importante puede dar lugar a una modificación o distinción del precedente.

Por tal razón, un sistema de precedentes no garantiza que los casos pasados y futuros sean decididos y tratados como idénticos, ya que las potestades de distinguir, ampliar, restringir o anular impiden cualquier promesa en ese sentido. No obstante, con la aspiración de asegurar la igualdad de trato frente a la ley, un sistema de precedente es defendido bajo el entendido de que al menos en algún modo va a contribuir con esa esperanza⁹.

De modo que el precedente solo tiene fuerza de cohesión y unidad frente a su *ratio decidendi*, significa que el *obiter dictum* –dicho de paso– o los *obiter dicta* –*dichos de paso*– de la sentencia no tienen la virtualidad de servir de fundamento del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia.

Los *obiter dicta* son los argumentos, frases y enunciados contenidos en la parte considerativa de las providencias, que cumplen distintas funciones textuales como

⁸ “Así, cuando un fallo tenga exactamente los mismos hechos relevantes que otro, este fallo debía ser seguido en el caso nuevo, por simple aplicación del precedente. En el evento de que el nuevo caso tenga que ser decidido de manera diferente a un precedente en punto, es necesario mostrar ahora que uno de los hechos relevantes o materiales del primer caso no existen en el segundo o que existe una circunstancia material claramente diferenciadora que justifica la diferencia de trato. A este argumento se le denomina distinguir los casos. Finalmente, casos subsiguientes pueden tratar de variar la fuerza gravitacional de un precedente y ello se logra de dos maneras generales: por una parte se puede ampliar la *ratio decidendi* de un caso anterior, anunciando que el principio vale para una extensión mayor de casos futuros. Esto se logra notificando que lo que parecía ser un hecho material de la doctrina, era tan solo una circunstancia específica del caso anterior y que, en consecuencia, la aplicación del principio no depende de la existencia concreta de ese hecho en los casos futuros. A este argumento se le conoce como ensanchamiento de la *ratio decidendi*. La estrategia del angostamiento o estrechamiento de la *ratio decidendi* es exactamente inversa: se anuncia que una circunstancia fáctica del caso anterior, que había pasado desapercibida o poco notada, es un hecho fáctico material para la aplicabilidad de la doctrina y que, por lo tanto, se exige su presencia en el patrón fáctico del caso futuro. Todas estas formas argumentativas son clásicas de la doctrina de precedentes y no dependen, y ese es precisamente el punto de Goodhart, de la formulación textual del principio que haga el juez. Dependen, en cambio, de las relaciones entre hechos materiales, relevantes o claves del caso, y su resolución o disposición concreta” LÓPEZ Medina, Diego “El derecho de los jueces”, Ed. Legis, 2ª edición, Bogotá, 2006, pág. 238.

No obstante, el professor López no analiza la última posibilidad de variación del precedente, esto es, cuando se anula, recoge o supera (*overruling*). La técnica de superación del precedente tiene sentido por cuanto el juez no puede quedar anclado y vinculado en el tiempo por argumentos y criterios que fueron diseñados para situaciones pasadas ya superadas. Sobre el particular, el reconocido juez Oliver Holmes, en “La senda del derecho”, sostiene que es inadmisibles que si los fundamentos sobre los que se estructuró un precedente han desaparecido desde hace mucho tiempo, la regla simplemente persista por la imitación ciega de la misma” Cf. HOLMES, Oliver “La senda del derecho”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 57 y s.s.

⁹ Cf. A.A.V.V. “The law of judicial precedent”, Ed. Thomson Reuters, 2016, pág. 47.

pueden ser descripciones, reconstrucciones temáticas, explicaciones y presentación de argumentos, la aplicación de test constitucionales, las referencias doctrinales o de autoridad, y las referencias y desarrollos del derecho comparado¹⁰.

En efecto, la Corte Constitucional los ha definido como “*aquello que no está inescindiblemente ligado con la decisión, como las ‘consideraciones generales’, las descripciones del contexto jurídico dentro del cual se inscribe el problema jurídico a resolver o los resúmenes de la jurisprudencia sobre la materia general que es relevante para unificar [o decidir] la cuestión precisa a resolver*”¹¹.

En Colombia, la Corte Constitucional ha sostenido desde hace varios lustros que el precedente es vinculante y obligatorio. Además, ha declarado la exequibilidad de las leyes que generan respeto por el precedente y por la doctrina probable:

*El precedente judicial que implica que un caso pendiente de decisión ha de fallarse de acuerdo con el(los) caso(s) decidido(s) en el pasado únicamente cuando los hechos relevantes característicos del caso actual son semejantes a los supuestos de hecho presentes en el caso decidido con antelación; cuando la consecuencia jurídica que se aplicó para la resolución del caso anterior puede equipararse a la que se exige en el presente caso y si la regla fijada por la jurisprudencia se mantiene y no ha cambiado o no se ha evolucionado en una jurisprudencia distinta o más específica que traiga como consecuencia la modificación de algún supuesto de hecho para efectos de su aplicación*¹².

De modo que la Corte Constitucional establece los requisitos para la aplicación del precedente judicial vinculante, así: i) que los hechos relevantes del nuevo caso sean semejantes a los del precedente, ii) que la regla, principio o criterio hermenéutico contenido en la sentencia precedente pueda equipararse a la que exige el nuevo caso, y iii) que la regla, principio o criterio interpretativo se mantenga, no haya cambiado o evolucionado, es decir, que no se haya recogido.

Todo lo anterior permite entender que así exista un principio jurisprudencial uniforme, resulta imprescindible en el análisis del recurso extraordinario de unificación el estudio de los hechos de cada caso concreto. En efecto, solo serán

¹⁰ Cf. QUINCHE, Manuel Fernando “El precedente judicial y sus reglas”, Ed. Legis, Bogotá 2014, pág. 39.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-292 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. De igual forma, consultar: sentencia SU-047 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

¹² Corte Constitucional, sentencia T-812 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

subsumibles en el campo de la sentencia de unificación procesos que discutan hechos similares que permitan hacer extensivo el precedente¹³.

En suma, no todo el contenido de la sentencia de unificación servirá de insumo para el ejercicio del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia. Solo el contenido relacionado con el *decisum* y la *ratio decidendi* del caso concreto y, por tanto, el punto de unificación será lo que permite determinar si se infirma o no el fallo proferido, en única o segunda instancia, por el respectivo tribunal administrativo.

5. Caso concreto

El problema jurídico consiste en establecer si el Tribunal Administrativo de Santander desconoció la sentencia de unificación jurisprudencial proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera el 17 de octubre de 2013, exp.1999-7459 (23.354).

Es importante precisar que, en el caso concreto, el análisis del recurso extraordinario de unificación se efectuará en relación con la sentencia identificada en el párrafo anterior, con independencia de que a la fecha se hayan proferido sentencias de unificación más recientes por parte de la Corte Constitucional¹⁴ y esta misma Sala¹⁵. En tal virtud, el recurso extraordinario deberá ser decidido con base en la sentencia de unificación vigente al momento de su interposición, esto es, la providencia del 17 de octubre de 2013, exp.1999-7459 (23.354).

Como el recurso procede con fundamento en una única causal, esto es, el desconocimiento del precedente contenido en una sentencia de unificación jurisprudencial, corresponde a la Sala trazar un parangón entre la decisión recurrida y la sentencia de unificación, para determinar si el *ad quem* se apartó injustificadamente de la jurisprudencia del Consejo de Estado y, por consiguiente, si es viable infirmar la sentencia recurrida.

¹³ "Para que una decisión sea precedente de otra decisión no se requiere que los hechos anteriores y los posteriores sean absolutamente idénticos... Es claro que la relevancia de un precedente depende de la forma como se caracterizan los hechos que se desprenden del primer caso... En orden a determinar qué es un precedente, se debe vincular las similitudes relevantes entre los dos casos." SCHAUER, Frederick "Precedent", en: Stanford Law Review, Vol. 39, n.º 3, pág. 577.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera-Sala Plena, sentencia del 15 de agosto de 2018, exp. 46.947, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Significa lo anterior que, en este punto, la Sala debe circunscribirse a verificar si los hechos y las razones jurídicas de la sentencia impugnada quedaron cobijados por la fuerza vinculante del precedente –lo que algunos teóricos del derecho denominan fuerza gravitacional o sombra decisional–. Con esos fines, la Sala establecerá el contenido y alcance de la sentencia de unificación para, posteriormente, determinar si el tribunal de segunda instancia desconoció la fuerza vinculante de la decisión.

La sentencia de unificación jurisprudencial del 17 de octubre de 2013, rad. 23.354, hizo referencia al contenido del derogado artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, con miras a realizar una contextualización de la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación de la libertad de sus ciudadanos.

En ese orden, en esa sentencia se unificó la jurisprudencia de la Sección en relación con el escenario de responsabilidad consistente en la privación de la libertad de los ciudadanos. Como consecuencia, se concluyó en esa oportunidad que los tres supuestos de absolución o preclusión a que hacía referencia el derogado artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, así como el de *in dubio pro reo* debían ser decididos, por regla general, bajo o con fundamento en un título o régimen objetivo de responsabilidad, concretamente, el de daño especial por rompimiento o desequilibrio frente a las cargas públicas, salvo que se probara una falla del servicio, y sin perjuicio de la configuración de las eximentes de responsabilidad (v.gr. culpa grave de la víctima o hecho de un tercero).

De modo que, *prima facie*, podría llegar a concluirse que el *ad quem* efectivamente desconoció la jurisprudencia de unificación porque decidió, *motu proprio*, aplicar el título subjetivo de falla del servicio para resolver la controversia.

Sin embargo, la Sala advierte que no es posible declarar fundado el recurso extraordinario de unificación, porque el tribunal de segunda instancia distinguió y, por tanto, al haber hecho una diferenciación sobre los hechos objeto de juzgamiento, el asunto no quedó cobijado por la fuerza vinculante del precedente.

En efecto, la sentencia de unificación no definió específicamente el contenido y alcance de la expresión “*la conducta no constituía hecho punible*”, puesto que no se estableció si esa causal de absolución se refería, única y exclusivamente, a que

la conducta fuera atípica en sentido objetivo (atipicidad objetiva) o si, por el contrario, admitía cualquier causal de exoneración o justificación que impidiera predicar la existencia de un injusto típico (tipicidad, antijuricidad o culpabilidad).

En el caso concreto, el Tribunal Administrativo de Santander determinó que la causal de exoneración correspondiente a que “*la conducta no constituyera hecho punible*”, para efectos de la reparación por privación injusta de la libertad, debería circunscribirse o limitarse a los eventos en los cuales el funcionario judicial penal concluyera que se presentaba un supuesto de atipicidad objetiva, pues, cualquier otra causal exonerativa de responsabilidad penal (v.gr. legítima defensa, error de tipo, error de prohibición, insuperable coacción, entre otros), debería ser juzgada bajo el régimen de falla del servicio.

En tal virtud, mal haría esta Corporación en infirmar la decisión de segunda instancia, cuando lo cierto es que la sentencia de unificación, al margen de haber unificado la responsabilidad derivada de la privación injusta de la libertad de los ciudadanos, no llegó al grado de diferenciación y precisión formulada por el Tribunal Administrativo de Santander. En efecto, se reitera, en la sentencia impugnada se formuló una distinción o diferenciación para efectos de apartarse del precedente, en los siguientes términos:

Por lo tanto, la garantía de la responsabilidad objetiva tiene como fin salvaguardar el derecho de reparación del daño de quien se vio obligado a afrontar un proceso penal cuando el delito imputado ni siquiera existió, o cuando la persona no concretó la acción que expresa el verbo rector del tipo penal, o cuando la conducta desplegada no es constituyente de tipo penal, es decir, el acto realizado por la persona no está tipificado en el Código Penal Colombiano.

Diferente a la situación, en la cual la absolución se da como resultado de que la conducta no era antijurídica o culpable, pero sí era típica, por lo tanto existió, así pues, en dichos casos la persona en busca de que se le repare el daño deberá acreditar que el mismo (el daño) provino de una falla del servicio, como por ejemplo de un análisis inadecuado de las pruebas o de la violación a sus derechos al momento de la expedición de la medida de aseguramiento o de restricción de la libertad.

(...) Tal como se ha dejado reseñado en el acápite de antecedentes de esta providencia, la absolución del aquí demandante, señor Jesús Antonio Echeverri Jaramillo surgió como consecuencia de encontrarse configurada la causal eximente de responsabilidad denominada ‘error de tipo’.

Entonces, si bien la Sección Tercera –a través de sus distintas Subsecciones– ha desarrollado una jurisprudencia en relación con los supuestos y escenarios de responsabilidad objetiva en casos de privación injusta de la libertad, lo cierto es que el recurso extraordinario de unificación está circunscrito a la trasgresión de sentencias de unificación jurisprudencial y a su *ratio decidendi*.

Así las cosas, el recurso de unificación no está diseñado para corregir cualquier desviación respecto del precedente judicial vertical, sino única y exclusivamente aquellas contenidas en sentencias de unificación jurisprudencial.

Para el *ad quem*, la causal de absolución basada en que el “hecho no constituía conducta punible” está restringida a la atipicidad objetiva, es decir, a las siguientes hipótesis: i) el delito imputado no existió, ii) la persona no concretó la acción u omisión que expresa el verbo rector del tipo penal, o iii) cuando la conducta o comportamiento no es constituyente de tipo penal; de modo que, en criterio de esa colegiatura, si la absolución se produjo por ausencia atipicidad subjetiva, de antijuricidad o de culpabilidad –como ocurrió en el caso concreto– el título de imputación, en su criterio, es el subjetivo de falla del servicio.

Por tanto, no hay lugar a estudiar si el juez se apartó de la línea jurisprudencial de esta Corporación frente al contenido y al alcance de las causales del derogado artículo 414 *ibidem*, dado que el recurso extraordinario de unificación jurisprudencial quedó circunscrito expresamente por el legislador a las sentencias de unificación jurisprudencial y, por tanto, a su *decisum* y *ratio decidendi*.

Como corolario de lo anterior, la Sala declarará infundado el recurso extraordinario de unificación jurisprudencial, toda vez que el *ad quem* no se apartó de la *ratio decidendi* contenida en la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, rad. 23.354, puesto que introdujo un criterio diferenciador que no fue objeto de análisis en la decisión y, por tanto, no pudo quedar cobijado por los efectos de la unificación.

6. Costas

La Sala condenará en costas a la parte recurrente de conformidad con lo establecido por el artículo 267 de la Ley 1437 de 2011 “CPACA”, que impone esa

consecuencia para los casos en que el recurso sea desestimado, tal y como ocurre en el *sub lite*.

Sin embargo, de conformidad con los parámetros establecidos en el Acuerdo n.º PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura¹⁶, y en atención a los parámetros de naturaleza del asunto, complejidad y duración del mismo, considera la Sala que las agencias en derecho se fijarán en la suma de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a cargo de la parte actora y recurrente extraordinaria.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO. DESESTIMAR el recurso extraordinario de unificación jurisprudencial interpuesto por la parte actora, contra la sentencia del 30 de junio de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

SEGUNDO. CONDENAR en costas al recurrente, las cuales serán liquidadas de forma concentrada por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Bucaramanga, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 267 y 188 del CPACA, en concordancia con el 366 del CGP. Para tal efecto, INCLUIR por concepto de agencias en derecho, la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

TERCERO. Ejecutoriada esta providencia, REGRESE el proceso al Juzgado Primero Administrativo Oral de Bucaramanga. Además, COMUNÍQUESE esta decisión al Tribunal Administrativo de Santander.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

¹⁶ “Artículo 5. Las tarifas de agencias en derecho son: // (...) 9. Recursos Extraordinarios. // Entre 1 y 20 S.M.L.M.V.”.

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Presidente de la Sala

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

MARÍA ADRIANA MARÍN

ALBERTO MONTAÑA PLATA

RAMIRO PAZOS GUERRERO

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

NICOLÁS YEPES CORRALES

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA