

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

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

ANIQUILACION DE LA SELECCION - Afecta derechos constitucionales

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SALVAMENTO DE VOTO

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

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

Actor: JAVIER ELÍAS ARIAS IDÁRRABA

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

Consejero: DANILO ROJAS BETANCOURTH

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

menos la confianza legítima. En un esquema al que parece faltarle congruencia, se deja la labor de unificación jurisprudencial confinada un territorio fundamentalmente teórico.

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

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

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

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

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

16.1.1 Ese deber de argumentación que pesa sobre decisiones judiciales como ésta es una de las manifestaciones del desarrollo del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 superior), que no desaparece porque se tenga una doble alternativa (seleccionar o no). A este respecto atinadamente asegura Atienza que las decisiones de los órganos públicos no pueden presentarse de manera desnuda, desprovistas de razones, toda vez que *“la argumentación (la tarea de suministrar esas razones) acompaña a las decisiones como la sombra al cuerpo: argumentar y decidir son facetas de una misma realidad”*¹.

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

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

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

16.4 En definitiva, a pesar de las evidentes similitudes con su homólogo en sede de tutela, no puede convertirse la revisión eventual en un privilegio de unos pocos, con pretensiones meramente académicas, y menos para prohijar la arbitrariedad en su selección, socavando así las bases de un instituto que fue concebido para garantía justamente de la igualdad, la certeza jurídica, la tutela de la buena fe, la garantía de la confianza legítima de todos los usuarios de la administración de justicia, la publicidad, etc.

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

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

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

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

17.4 Agrega que la *“unificación jurisprudencial”* es la finalidad del mecanismo y no crear una *“instancia adicional”*. Añade que si se estima que es una instancia

¹ Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, p. 61 y 62.

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

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

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

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

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

desnaturalizando de paso el objeto de la revisión eventual, al convertirlo –sin proponérselo- en un camino hacia la arbitrariedad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

19. Ahora, es preciso subrayar que la libertad del juzgador se ve limitada por la necesidad de garantizar tres postulados fundamentales del Estado social de derecho: (i) la seguridad jurídica; (ii) la garantía de la igualdad y (iii) la unidad del Derecho². Postulados que están íntimamente asociados al derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia (art. 229 constitucional y art. 2 LEAJ).

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

² De Otto, Ignacio, *Derecho Constitucional, Sistema de fuentes*, Madrid, Ariel, 1995, p. 290.

19.2 Derecho fundamental³ cuya garantía debe ser efectiva y no simbólica, como pareciera quedar reducido con la decisión adoptada. En efecto, dada su íntima conexión con la hoy denominada “tutela judicial efectiva”, se traduce en ese derecho a acceder al sistema jurídico estatal con el propósito de hacer valer los derechos legalmente reconocidos y que claramente se ve conculcado cuando se le indica que su caso no será seleccionado, simplemente porque hay otro que ya lo fue.

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

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

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

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

³ Su carácter de fundamental está ampliamente reconocido por la jurisprudencia ver Corte Constitucional, sentencias T- 006 de 1992, C-543 de 1992; C-544 de 1992; T.554 de 1992; C-572 de 1992, T-597 de 1992, C-599 de 1992, C-093/93 T-173 de 1993, T-320 de 1993, C-544-93, T-275-94, T-416 de 1994, T-067 de 1995, C-084 de 1995, T-190 de 1995, C-037 de 1996, T- 268 de 1996, T-502-97, C-652 de 1997, C-071-99, C-742-99, T-163/99, SU-091/00, C-1195 de 2001.

Aristóteles en la *Ética nicomaquea*, connatural a la norma y por ello nuestra jurisprudencia tiene determinado que “[a]un suponiendo leyes perfectas, siempre existirá la necesidad de interpretarlas porque el legislador no puede prever todos los casos que ocurran”⁴

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

20.2 Igualdad que lejos de estar en contradicción, como lo plantea la providencia de la que me separo, está íntimamente vinculada en una relación de interdependencia con el valor superior de la seguridad jurídica, pues esa “*garantía de estabilidad de las normas es la esencia misma del Estado de Derecho: generalidad, claridad, coherencia y posibilidad de cumplimiento son presupuestos de ‘moralidad del derecho o moralidad que hace posible el derecho’ en términos de Lon L. Fuller*”⁵. Y esa certeza o seguridad jurídicas no depende exclusivamente de la norma positiva, sino que exige la aplicación uniforme que hagan los tribunales judiciales y si la “revisión eventual” no se erige en instrumento eficaz para ello, sino simplemente para una entelequia academicista, lejos está el juzgador de una lectura conforme a la Constitución.

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

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

⁴ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 14 de julio de 1947.

⁵ "Legislador y juez: ¿Garantías o amenazas al modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios?" en AAVV, *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, agosto de 2004, Edición especial n.º 18, Universidad Externado de Colombia.

21. Si el derecho, como señala Carnelutti, es un instrumento de la justicia⁶, o más aún -según la concepción realista- es la misma cosa justa (*ipsa res iusta*), la jurisprudencia -como una fuente formal del mismo- está llamada a ser uno de sus más caracterizados instrumentos. Y no se trata de una fuente formal apenas relativamente vinculante -como se plantea en la providencia objeto de este voto particular- pues justamente al relativizar su vinculación como se hace en este, termina convirtiéndose en una mera ilusión para la comunidad, que verá impotente cómo en su caso concreto ella no es aplicada, sin que pueda acudir efectivamente al medio diseñado para ello justamente: la revisión eventual.

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

21.2 La interpretación judicial obra de un órgano de cierre, y más cuando éste la concibe para unificar jurisprudencia, no puede tener sólo una fuerza o autoridad relativa. No deja de ser curioso que la jurisprudencia en la práctica sea obligatoria para el propio Consejo de Estado, para los litigantes⁷ y ahora también para la administración (arts. 10, 102 y 269 de la Ley 1437 de 2011), sea apenas relativamente vinculante respecto de sus principales destinatarios: los jueces y tribunales de la jurisdicción administrativa.

21.3 La jurisprudencia es fuente de derecho (y no tan sólo relativamente vinculante como matiza el auto del que me separo) y por lo mismo las tesis jurisprudenciales tienen la misma fuerza normativa de la ley, lo cual no obsta para que en uno u otro caso, el juez pueda excepcionalmente separarse de sus mandatos: sea por aplicación de la excepción de inconstitucionalidad o por vía del “*distinguishing*”⁸ jurisprudencial. En cualquier caso, quien así decida actuar, tiene una fuerte carga argumentativa⁹.

⁶ Carnelutti, Francesco, *Cómo nace el derecho*, Temis, Bogotá, 2000, p. 87

⁷ Aun para las concepciones más tradicionales y ortodoxas, i.e. Champeau, Edmond y Uribe, Antonio José, *Tratado de Derecho Civil Colombiano*, Tomo I, Paris, Librairie de la société de recueil général des lois et des arrêts, 1899, p. 87.

⁸ Para una completa aproximación a esta terminología y de las demás asociadas, vid. Taruffo, Michele, “Dimensiones del precedente judicial” en Taruffo, M. *Proceso y decisión*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 263 y ss.

⁹ En relación con la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad vid. Corte Constitucional, sentencia T 614 de 1992 y en relación con el precedente, ver, Corte Constitucional, sentencia C 836 de 2001, entre muchas otras.

21.3.1 De un lado, porque al desatar los litigios, se crea una nueva norma jurídica que expresa el contenido de la decisión y que obliga a las partes en contienda y que coexiste con las normas generales, como advierte Bulying¹⁰, habida cuenta que *“la sentencia judicial como norma individual, no sólo es una operación lógica de individualización sino también un acto de creación que implica, dentro de ciertos límites, un punto de vista sobre la justicia, una propia valoración”*¹¹. El propio Kelsen admite que *“por precisa que la norma especial pretenda ser, la norma especial creada por la decisión de un tribunal siempre añadirá a aquélla algo nuevo (...) La individualización de la norma general por una decisión judicial es siempre una determinación de elementos no señalados por la norma general y que tampoco pueden hallarse plenamente determinados completamente por ella. Por tanto, el juez siempre es legislador, incluso en el sentido de que el contenido de sus resoluciones nunca puede encontrarse exhaustivamente determinado por una norma preexistente del derecho sustantivo”*¹².

21.3.2 Pero, además, cuando un órgano de cierre sienta jurisprudencia y al resolver los casos, aplica uniformemente un mismo criterio, de tales decisiones necesariamente surgen reglas que deben servir para resolver situaciones análogas que se presenten en el futuro. Aún en sistemas romanistas, como el nuestro, la jurisprudencia desde hace tiempo desempeña un papel destacadísimo: *“corrigiendo la imprecisión de los textos [legales], dándoles una prudente flexibilidad, deduciendo de ellos consecuencias apenas latentes allí, y formando metódicamente un sistema de soluciones prácticas que por su continuada aceptación, llega a adquirir en el hecho la misma autoridad de los actos legislativos”*¹³.

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

¹⁰ Bulygin, Eugenio, “Sentencia judicial y creación del derecho”, en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEC; 1966, pp. 355 y ss.

¹¹ Pacheco, Máximo, *Introducción al derecho*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1970, p. 348.

¹² Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, 1959, p. 152. En el mismo sentido Kelsen, Hans, *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*, Reus, Zaragoza, 2009, pp. 69-70.

demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto (...) Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante¹⁴.

21.4 De ahí la importancia de tener mecanismos de unificación, como el que se estudia, que deben servir no sólo –como plantea el auto- para sentar un criterio jurídico por seguir sino que debe erigirse en el instrumento adecuado para velar porque tribunales y juzgados adopten efectivamente la doctrina contenida en sus decisiones de unificación, sin perjuicio de que puedan apartarse de ella cumpliendo -como ya se indicó- con las cargas de transparencia y argumentación, o bien que “distingan” (*distinguishing*) a fin de demostrar que el caso es diferente al anterior. Lo contrario, significa no sólo cercenar seriamente el alcance del mecanismo, sino también poner en duda la autoridad de los principios y doctrinas contenidas en las decisiones de unificación que adopte esta Corporación y tornar nugatorio el respeto que los jueces deben tener de resolver de manera igual los casos iguales (Perelman), esto es, que la decisión judicial debe estar fundada al menos en una norma universal¹⁵.

21.5 Por ello es forzoso admitir que “*cuando una decisión jurisprudencial es declarada formalmente obligatoria para las decisiones futuras, desempeña exactamente el mismo papel que la ley*”¹⁶. Y por lo mismo, la revisión eventual debe servir para unificar efectivamente la jurisprudencia y ello supone no sólo la determinación del criterio o criterios por seguir, sino –además- controlar efectivamente que los jueces inferiores adopten diferentes soluciones frente a los mismos problemas jurídicos, pues ello supondría admitir en la práctica la coexistencia de tesis contradictorias, incompatibles o discrepantes con la fijada por el órgano máximo.

¹³ Rodríguez Piñeres, Eduardo, *Derecho Civil Colombiano*, Tomo I, Medellín, Diké, 1990, p. 39

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C 634 de 2011.

¹⁵ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEC, 1989, p. 214.

¹⁶ Djuvara, M., *Droit traditionnel et droit positif*, Recueil Génay, p. 269.

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

21.7 La función de la jurisprudencia no se agota con señalar derroteros, pautas, criterios, sino que –como toda labor judicial- su razón de ser es “decidir”, que es “cortar por el medio”¹⁷ y por ello la necesidad de justicia sólo queda satisfecha cuando se pronuncia la sentencia. La actividad del órgano judicial, una vez sentado un criterio, y haciendo uso de los mecanismos previstos por la ley al efecto (entre ellos la “revisión eventual”) comprende también la verificación de la estricta adhesión a esas directrices sentadas. Lo contrario sería admitir que los jueces inferiores pueden “fallar contra jurisprudencia”, sin que exista medio alguno de controlar dicha práctica.

21.8 No es insólito, pues, que un país inscrito en la tradición del sistema continental romanista como el nuestro, ya el dogma que asimilaba el derecho a la ley, ha venido cediendo terreno y hay una tendencia marcada a reconocer la autoridad del precedente, toda vez que, como advierten Colin y Capitant *“las decisiones que se suceden respecto de litis idénticas o análogas tienden fatalmente a modelarse*

las unas a las otras (...) la jurisprudencia se fija sobre esta o aquella cuestión (...) como una nueva disposición de derecho consuetudinario práctico que brota¹⁸”.

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

¹⁷ Carnelutti, Francesco, *Cómo se hace un proceso*, Temis, Bogotá, 2004, p. 125.

¹⁸ Colin A. et Capitant H., *Tours élémentaire de droit civil français*, 1930. p. 30

y por eso debe reconocérsele en toda su dimensión el papel del mecanismo de revisión eventual. La unificación de la jurisprudencia, en la práctica, no se logra con un proveído que resuelve un caso aislado y fija un derrotero hermenéutico. Exige que esa alegada obligatoriedad de la jurisprudencia, cuente con mecanismos procesales para lograr su efectiva aplicación.

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

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

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

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

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

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

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

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

Fecha ut supra.

DANILO ROJAS BETANCOURTH