

Inicio con recordar que en el debate *dogmático* se muestran algunos problemas que surgen de la sola lectura integral de los textos definitivos; en el *normativo* se incursiona en la pregunta sobre la validez constitucional de la nueva figura, lo que en buena parte ya está respondido por la Corte Constitucional luego de examinar la exequibilidad de las principales normas pertinentes. El resultado del anterior debate ambienta el *teórico*, pues aquí la pregunta central gira en torno a si con la nueva normatividad se ha alterado el sistema de fuentes en Colombia y cuáles son sus consecuencias, lo que genera un diálogo en torno a las perspectivas desde las que es posible discutir acerca de la jurisprudencia: la teórica, la política, la hermenéutica y la analítica. De estos ítems, que fueron analizados en el estudio mencionado, solo me referiré a aquellos indicados en las opiniones doctrinarias y jurisprudenciales que aquí se analizarán.

1. Debate dogmático.

Quiero insistir, en primer lugar, en mi tesis acerca de que el artículo 10 del nuevo código comporta el deber de la administración de aplicar oficiosamente la extensión de la jurisprudencia, con los riesgos y beneficios que conlleva, pues si bien es cierto que la institución puede leerse como una sola figura consagrada conjuntamente con los artículos 102 y 269, también lo es que la interpretación de que se trata de una figura con tres procedimientos diferentes –oficioso, a petición de parte y judicial–, es no solo posible, sino más ventajosa para el administrado. No creo entonces que el artículo 10 deba entenderse simplemente como el conjunto de “herramientas jurídicas” que debe emplear la administración a efecto de cumplir con la materialización del principio de igualdad en materia interpretativa¹. A los argumentos expuestos en el escrito anterior, sumo ahora uno que trae el mismo Garzón para otros propósitos y es el plus de obligatoriedad que

tienen los precedentes de las altas corporaciones judiciales para la administración, como la propia Corte lo ha señalado, a diferencia de lo que ocurre con los jueces, para quienes dicha obligatoriedad tiene una intensidad menor en virtud de la autonomía e independencia que los protege².

En segundo lugar, la forma como quedó redactada la primera causal estipulada para negar la solicitud de extensión de la jurisprudencia de unificación ha puesto en duda que se trate de un asunto que eventualmente deba ser conocido por el Consejo de Estado. Según dicha norma (inc. 9 del art. 102), podrá negarse la petición: “1. Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio en el que tenga la oportunidad de solicitar las pruebas para demostrar que el demandante carece del derecho invocado. En tal caso estará obligada a enunciar cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan los medios probatorios ya mencionados”. A diferencia de las otras dos causales para negar la solicitud de extensión de la jurisprudencia unificada, en donde se exige exponer razones para justificar (i) por qué el caso es distinto (inc. 10) y (ii) por qué no se está de acuerdo con el Consejo de Estado (inc. 11) y a partir de tales razones se llega a la decisión de rechazo de la solicitud, en este caso no se toma decisión alguna sino que se habilita un período probatorio que inicialmente inhibe desestimar la solicitud, pero que está orientado a que la administración pruebe la inexistencia del derecho y a partir de ello sí tomar la decisión de rechazo. A pesar de que se obliga a la administración a indicar “cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan”, lo cierto es que las pruebas así recaudadas tienen un carácter sumario, pues no se someten a contradicción alguna y, sin embargo, con base en ellas se puede rechazar la petición. No es claro, por cierto, la duración del período probatorio y se supone que el mismo

¹ Garzón, 2014: 724. En varios apartes el autor expresa la misma idea, v.g. que el art. 10 “no implica el ejercicio oficioso de alguna actuación administrativa” (p. 723) o que la norma “no consagra o regula que para proferir la decisión, deba tener en cuenta precedentes judiciales” (p. 725), o que “la norma regula, sencillamente que la administración dentro del sistema propio continental (sistema legislado), interprete la norma respetando el principio de legalidad” (ib.)

² De hecho, la distinción que suele hacerse entre vinculatoriedad y obligatoriedad, pesa más para la administración que para los jueces.