

activismo judicial, (iii) la hermenéutica que permite al juez de cierre decir la última palabra sobre el entendimiento normativo y (iv) la perspectiva analítica, que pone de presente el debate en torno al contenido (y la estructura) de la sentencia de unificación. En este escrito solo volveré dos de las perspectivas señaladas, en la medida en que ha sido blanco de observaciones por uno de los autores que aquí se analizan.

3.1. Política y activismo judicial

Como un sucedáneo de la constatación de que la jurisprudencia es fuente de derecho y entonces del poder del juez de regular la conducta humana no solo en casos individuales, sino mediante reglas generales, la actual labor del juez se quiere ver como un desvío de lo que en sentido estricto le correspondería: aplicar la ley. Se trata de un viejo y no acabado debate que gira en torno a la competencia para establecer las reglas jurídicas de comportamiento social.

El juez que tiene la capacidad de ejercer el control judicial de normas es, necesariamente, un activista judicial. Incluso cualquier juez lo es. El primero porque es un legislador negativo o positivo y el segundo porque su rol institucional y social ha cambiado dramáticamente en pocos años, conforme a una historia que podría sintetizarse en el siguiente dictado: “de la boca de la ley a la garantía de los derechos”.

Una expresión del activismo aplicado al caso de la extensión de las sentencias de unificación jurisprudencial, quizá pueda verse alrededor del interrogante que suscita el incumplimiento de la administración de la orden que se imparta, por razones presupuestales. De hecho, Betancourth ve en ello una de las razones por las cuales esta figura impacta negativamente: “Esta solución, en mi opinión, será prácticamente imposible dadas las afugias presupuestales de la administración; de allí que por estas razones la negativa a la extensión de la jurisprudencia será la regla general, con excusas a la

mano” (Ib: 567). Y más adelante se pregunta: “¿No impedirá el éxito de este mecanismo el principio de sostenibilidad presupuestal?” (Ib: 568).

El “problema presupuestal” es un bajo continuo en el escenario de las condenas al Estado, no solo por ésta nueva vía, sino por cualquiera de las ordinarias –nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, contratos, etc.- y suele presentarse por el gobierno como el asunto que debe guiar la decisión judicial, olvidando que en el otro extremo está siempre presente el deber de protección de los derechos humanos, de lo que es precisamente garante el juez. La “afugia presupuestal” no puede entonces presentarse como un problema atribuible a la extensión de las sentencias de unificación, pues siempre ha estado y estará presente cuando haya condenas al erario público. Y en cualquier caso, la solución no sería claudicar ante la nueva institución, pues si la violación del derecho persiste, habrá que acudir a la acción ordinaria y tarde que temprano el Estado deberá responder; y ni siquiera la llamada sostenibilidad presupuestal podrá enervar los efectos de una sentencia de condena, pues lo único que autoriza, para desfortuna del afectado, es la dilación del pago.

3.2. Perspectiva analítica

El debate general existente en torno a la estructura de una sentencia judicial es particularmente relevante en este caso, pues el asunto práctico más importante respecto de la extensión y unificación de la jurisprudencia quizá sea el de saber el contenido de la sentencia que ha de ser extendida y lo que debe entenderse como unificación jurisprudencial.

Ya es un lugar común afirmar que una sentencia judicial la componen el *decisum*, la *ratio* y el *obiter* y que éste último componente no es obligatorio pues constituye reflexiones marginales a lo que se problematizó y decidió en el fallo⁸. Pero también es conocida la dificultad que en muchas ocasiones

⁸ Una buena síntesis del debate puede verse en la sentencia de la Corte Constitucional, T-766/08.