

Extensión de las sentencias de unificación de la jurisprudencia: avanza la aplicación y el debate

por: Danilo Rojas Betancourth
Consejero de Estado, Sección Tercera

En un texto anterior sobre este tema, avancé alguna opinión acerca de los tres principales debates generados por esta novedad jurídica en Colombia: el dogmático, el normativo y el teórico (Rojas, 2012). Manteniendo en lo posible ese mismo esquema, quisiera en esta oportunidad discutir brevemente algunas tesis y preguntas que se han venido generando en la doctrina y la jurisprudencia. La posición más escéptica hasta ahora conocida es la de Carlos Betancur Jaramillo (2013) y la que mayores interrogantes ha formulado es la de Juan Carlos Garzón Martínez (2014). Por su parte, el consejero Gustavo Gómez Aranguren, al aplicar el artículo 269 de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011 –en adelante nuevo código-, ha planteado un interesante punto acerca de lo que debe ser la sentencia objeto de extensión jurisprudencial.

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 interpretativa”¹. 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 periodo 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 suspendería el término para responder la petición de extensión, con las consecuencias nefastas por la dilación de la solicitud de extensión.

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.

En su momento, formulé el siguiente interrogante: si al momento de conocer el asunto el Consejo de Estado, puede entrar a examinar, precisamente, no solo si el peticionario tiene o no el derecho (a la pensión p.e.) sino si con el proceder de la administración en el que se obtuvieron pruebas no controvertidas por el peticionario y a partir de ellas concluye su no derecho, se violó el debido proceso. Pregunta que se puede agudizar más si se suma la inquietud acerca de la competencia del Consejo de Estado para conocer exclusivamente sobre dicha violación procesal y no sobre el fondo del asunto.

Garzón (2014: 729) considera que “no puede convertirse este procedimiento especial, en un debate probatorio a efecto de demostrar o no la existencia de un determinado derecho (esto corresponde al debate en el procedimiento administrativo general); por el contrario es suficiente que la autoridad administrativa, justifique la necesidad de un periodo probatorio, como causal de negativa de la petición especial de extensión de jurisprudencia”. Ambas afirmaciones parecen problemáticas. La primera porque la norma en todo caso prevé la posibilidad de que la administración solicite pruebas “para demostrar que el demandante carece del derecho invocado” y con base en ellas sí negar la solicitud de extensión de jurisprudencia. El vacío está, como ya se indicó, en que tales pruebas se hagan valer sin la debida contradicción. Si la administración habilita este contradictorio –que es lo posible y aconsejable-, la inquietud sobre lo que debe y puede hacer al respecto el Consejo de Estado quedaría resuelta; de lo contrario no parece sensato que ésta Corporación pase por alto esa situación antes de pronunciarse de fondo sobre la extensión, pues se trata de un asunto procesal inescindible del sustancial. Y la segunda porque no se ve cómo la sola justificación de la necesidad del período probatorio constituya la negativa de la petición de extensión. Por el contrario, lo que deja claro dicha pausa probatoria es la ausencia de decisión, la que solo se produciría una vez allegadas las pruebas y luego de concluir de su análisis que efectivamente hay certeza de la carencia del derecho invocado.

Tampoco se entiende la afirmación de que “este procedimiento especial no tiene como finalidad estudiar de fondo el derecho reclamado sino exclusivamente, decidir si se debe o no extender la jurisprudencia” (Garzón, 2014: 730), pues una cosa lleva la otra: si se niega la petición de extensión, la consecuencia es la denegación del derecho y a la inversa, la respuesta positiva a la extensión solicitada se traduce en la concesión del mismo, como de hecho lo confirma lo que se afirma en el inciso 4 del artículo 269: “Si la solicitud se estima procedente, el Consejo de Estado ordenará la extensión de la jurisprudencia y el

reconocimiento del derecho a que hubiere lugar. Esta decisión tendrá los mismos efectos del fallo aplicado”.

En tercer lugar, se afirma que la causal de rechazo de la extensión jurisprudencial que cuestiona la interpretación del Consejo de Estado, “no se considera que se trate de una causa abierta, sin límite alguno, a favor de la administración para que por esa vía, deje en letra muerta el mecanismo de la extensión de la jurisprudencia”, pues “las autoridades administrativas se encuentran siempre obligadas a respetar y aplicar el precedente judicial para los casos análogos o similares, ya que para estas autoridades no es válido el principio de autonomía o independencia; válido para los jueces quienes pueden eventualmente apartarse del precedente judicial de manera excepcional y justificada” (Garzón, 2014: 732). La consecuencia radical que se quiere sacar de la obligatoriedad de la jurisprudencia³, enervaría totalmente la regla de excepción que trae el código para que la administración no extienda la jurisprudencia. Sin perjuicio de mantener en términos generales dicha obligación, la norma habilita la discusión en el caso específico, lo que no quiere decir desobedecimiento pues el propio Consejo de Estado puede ratificar su tesis por la ruta del artículo 269. En cambio sí permite el conocimiento de argumentos que no se hayan observado por esta Corporación, el diálogo institucional legítimo y, de contera, una mayor legitimación de la jurisprudencia en cuestión.

Al analizar el tema ya en sede del artículo 269, el autor plantea dos interrogantes cuya respuesta deja abierta, pero que pueden apoyar nuestro argumento. Se pregunta si la administración “está facultada para plantear otra causal diferente a la invocada en sede administrativa” y, en la misma línea, si la competencia de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado “se reduce a sustentar la causal invocada inicialmente o tiene una facultad más amplia”. Sobre ellas, solo afirma: “De todas maneras cualquier respuesta, no puede desconocer el debido proceso y las garantías del peticionario en sede judicial” (Garzón, 2014: 738). Lo que habría que decir es que el carácter excepcional de la figura, que permite entrar a cuestionar una interpretación autorizada como la del Consejo de Estado, impide que la administración esgrima un argumento distinto al que llevó a negar la petición de extensión jurisprudencial, no solo porque ello sorprendería al solicitante con violación del derecho de defensa y el debido proceso, sino porque incluso se alteraría la regla general que impone demandar tomando en cuenta lo que se haya resuelto en la vía gubernativa y no otra cosa. Con mayor razón, la intervención de la ANJDE queda circunscrita al tipo de debate planteado por las partes interesadas en el caso.

³ Adelante afirma el mismo autor que el problema “de fondo” es “la facultad así sea excepcional de la administración, de desconocer la interpretación contenida en sentencias de unificación” (p. 733).

También se aborda la cuestión acerca del efecto de un eventual cambio de jurisprudencia por parte del Consejo de Estado, concediendo así que la administración tenía razón. La pregunta concreta es si “la nueva interpretación se aplica al caso bajo estudio, o surte efectos hacia el futuro” (Garzón, 2014: 738). La respuesta exige un análisis más general pues se trata de un problema que afecta todo cambio de jurisprudencia y, como se sabe, existen distintos modelos de solución. Basta por ahora decir que lo más sensato y justo es prever que el cambio cubra el caso concernido, lo que es más acorde con la tesis que otorga efectos retroactivos a las sentencias que profiere el Consejo de Estado y con el propósito querido con la habilitación del debate a pesar de existir una jurisprudencia unificada.

Recuérdese además que, en tales casos, el afectado tiene aún abierta la posibilidad de demandar por la vía ordinaria, lo que no obsta para reiterar lo dicho en nuestro anterior escrito, a saber, que el finiquito de este procedimiento judicial especial tiene como uno de sus principales objetivos desestimular la acción: Ora de la administración a la que en caso de ordenársele la extensión de la jurisprudencia y, en consecuencia, el reconocimiento del derecho solicitado, le estará vedado seguir negando tales derechos ciudadanos y, por ende, pensar en acciones de lesividad; ora de los peticionarios a quienes si se les niega la extensión de las sentencias de unificación –esto es, que la administración logró el cambio de jurisprudencia hasta entonces vigente-, tendrán que sopesar bien el hecho de que demandar a la administración –lo que seguirá siendo posible- en tal contexto, implica vencer su argumento ahora ratificado por el propio Consejo de Estado; o lo que es lo mismo: tanto la parte vencida como su abogado deberán evaluar el costo de demandar un asunto en el que acaba de cambiarse la jurisprudencia a favor de la administración.

Por último, un debate adicional lo suscita uno de los primeros pronunciamientos hechos al resolver una solicitud apoyada en el artículo 269, en donde se indicó: “El procedimiento de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado es aplicable no solamente a las sentencias de unificación jurisprudencial que se definen en los artículos 270 y 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sino también a *todo precedente judicial adoptado por el Consejo de Estado*, entendido como una sentencia en la cual esta Corporación haya adoptado una postura interpretativa determinada frente a un punto de derecho, sea que se haya desarrollado en una línea jurisprudencial o no, y siempre que se encuentre vigente y actualizada en tanto postura jurisprudencial del Consejo de Estado” (providencia de 25 de septiembre de 2013, exp. 0482-13; cursiva del texto). Con base en esta tesis, se dispuso la extensión de una

sentencia proferida por la Subsección B de la Sección Segunda que, a su turno, había reiterado otra proferida por la Sala Plena de la misma sección⁴.

Algunas reflexiones generan lo sostenido anteriormente: si bien la jurisprudencia producida por los jueces contencioso administrativos –y en especial la del Consejo de Estado- debe ser obedecida por la administración, la reclamación habilitada en el nuevo código tiene un trámite especial al que hay que sujetarse para evitar trivializar la figura. La dificultad de establecer lo que es una sentencia de unificación quiso ser resuelta por el legislador de forma taxativa en el artículo 270 y a pesar de que allí hay factores subjetivos que hacen prever que tal dificultad continúa –p.e. cuando se habla de sentencias que resuelven asuntos de importancia jurídica o trascendencia social-, debe entenderse que lo querido es asegurar que las sentencias objeto de una regulación especial como es su extensión a terceros, sean aquellas consolidadas por la Corporación y que posean el mayor respaldo institucional posible.

Ello no quiere decir que la sentencia proferida por una subsección del Consejo de Estado no tenga la vocación de ser una sentencia de unificación. Lo es en la medida en que exprese posiciones jurisprudenciales que no riñan con lo dicho en la sala plena de la misma sección –como ocurrió en el caso citado-⁵. Pero no puede ser de unificación una sentencia de Subsección que rete la jurisprudencia sostenida por una instancia de la misma Corporación de la que pueda predicarse una mayor legitimación, como sería la Sección correspondiente o la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Podría considerarse de unificación aquella providencia de subsección que sin ser contraria a otra con mejores credenciales, sea insular. Es lo que ocurriría en una sentencia fundacional en algún tema que, sin embargo, no se vuelva a reiterar por ausencia de algún caso semejante posterior. Lo único objetable aquí es que por tratarse precisamente de un asunto novedoso, debió ser resuelto en sala plena y no en subsección.

⁴ En la providencia de 11 de septiembre de 2013, exp. 2059-12, se había resuelto algo semejante. Sin embargo, allí la jurisprudencia objeto de extensión sí correspondía a una expedida por la Sala Plena de la Sección Segunda.

⁵ Un buen ejemplo de ello también puede verse en la providencia de la Sección Segunda de 7 de octubre de 2013, exp. 2032-12 en donde quedó claro que la sentencia que pretendía extenderse sostuvo la prevalencia del reajuste de la asignación de retiro aplicando el IPC del año anterior, por ser más favorable que el sistema de oscilación. Allí la Sala estimó “idéntica” la situación reclamada por considerar que en ambos casos intervino la misma parte demandada, y se trató el mismo tema –asignación de retiro con aplicación del IPC del año anterior-, con base en la misma normatividad. En igual sentido, ver las siguientes providencias: 7 de octubre de 2013, exp. 2207-12; 30 de abril de 2014, exp. 2058-12; 7 de mayo de 2014, exp. 0819-13; 21 de mayo de 2014, exp. 0991-13; 21 de mayo de 2014, exp. 0989.

En suma, no toda decisión judicial producida por el Consejo de Estado constituye precedente, ni mucho menos clasifica para ser objeto de extensión, no solo por las limitaciones normativas existentes –cuyo desconocimiento debe hacerse al menos por vía de excepción de inconstitucionalidad-, sino por el mínimo respeto debido a las decisiones que profieran las instancias de mayor peso institucional al interior de la alta Corporación.

2. Debate normativo.

La pregunta central aquí está relacionada con la validez constitucional de las normas creadoras del nuevo fenómeno de extensión y unificación de la jurisprudencia. Como el argumento principal de quienes consideraban inconstitucional los artículos 10 102 y 269 (especialmente) se tejía en torno a la (supuesta) violación del artículo 230 de la Constitución, en razón a que habría una violación al sistema de fuentes allí establecido, la respuesta dada por la Corte –aún antes de declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 10-, ha girado en torno al carácter obligatorio que por virtud del principio de igualdad tiene la jurisprudencia. Esto hace que, materialmente, la jurisprudencia sea algo más que un mero criterio auxiliar de la actividad judicial. El tema plantea una tensión entre la autonomía (interpretativa) de los jueces y el respeto por los derechos fundamentales, particularmente la igualdad⁶, que ha sido resuelta por la Corte a favor de éstos para asegurar un valor constitucional importante como es la aplicación integral y coherente del ordenamiento jurídico:

21.3. (...) En consecuencia, acreditados los presupuestos antes explicados, corresponde a la Corte adoptar una sentencia aditiva que integre al ordenamiento jurídico el supuesto normativo omitido por el Congreso. Así, la Sala declarará la exequibilidad de la disposición demandada [art. 10 del nuevo código] por los cargos analizados en esta sentencia, en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las decisiones de unificación del Consejo de Estado y de manera preferente, en razón de la jerarquía del sistema de fuentes previsto en la Carta y la vigencia del principio de supremacía constitucional, las decisiones de la Corte que interpreten las normas superiores aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto, por supuesto, sin perjuicio de las sentencias que adopta esta Corporación en el marco del control abstracto de constitucionalidad, las cuales tienen efectos obligatorios *erga omnes*, según lo prescribe el artículo 243 C.P. y, por lo tanto, no pueden ser ignoradas o sobreesidas por ninguna autoridad del Estado, ni por los particulares. Esto habida

⁶ Aunque no en los mismos términos, es una cuestión que igualmente plantea la doctrina: “si la [jurisprudencia] que expida el Consejo de Estado obliga a los miembros de su jurisdicción, es de suponer que los jueces inferiores van a perder, en cierto sentido, su autonomía, su importancia y razón de ser y terminarán, sin discusión alguna, copiando lo que manda el Superior. ¿No quedarán así los jueces de instancia reducidos a simples amanuenses?” (Betancur, 2014: 570).

consideración que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional⁷.

De modo que la jurisprudencia de unificación objeto de extensión por parte de la administración –y de obediencia en general por jueces y demás usuarios del derecho, se puede agregar-, es no solo la del Consejo de Estado –como originalmente lo consagraban los artículos 10, 102 y 269 del nuevo código-, sino también y preferentemente la de la Corte Constitucional, con lo que se asegura la aplicación integral y coherente del sistema jurídico. No hacerlo así, habría llevado a situaciones previsibles y nefastas como la negativa de la administración a extender la jurisprudencia del Consejo de Estado, esgrimiendo una tesis jurisprudencial igualmente unificada de la Corte, lo que a su turno llevaría a un pronunciamiento del Consejo de Estado por la vía del artículo 269, que de insistir en ratificar su jurisprudencia, terminaría a la postre en una tutela contra dicho pronunciamiento por parte de la Corte, con los costos institucionales que una situación extrema como esa conlleva.

Lo decisivo en todo este debate es que por vía jurisprudencial y con la autoridad que le concede el ordenamiento jurídico a la Corte en los fallos de constitucionalidad, tanto el artículo 10 como los artículos 102 y 269, deben leerse y aplicarse en el sentido de incorporar preferencialmente las sentencias de unificación de la Corte Constitucional.

Un examen obviado por la Corte –pues no hizo parte de los cargos por ella examinados- ha sido planteado por la doctrina en los siguientes términos: “¿Qué sucederá cuando la decisión del Consejo sea favorable? ¿No chocará esto con el art. 31 de la Constitución que enseña que ‘toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que establece la ley’? Estimo que el citado artículo [se refiere al 269], expedido con la mejor intención del mundo, es garantista para los administrados que sienten que tienen derecho a la aplicación uniforme de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Pero la solución no puede estar en el facilismo legal porque de por medio están los intereses generales que maneja la administración que tienen primacía sobre los particulares de los interesados...” (Betancur, 2014: 568).

Lo que entonces se pone en cuestión es el proferimiento de una sentencia que, a través del trámite sucinto del 269, ordene a la administración la extensión de la jurisprudencia y el consecuente reconocimiento del derecho solicitado. Pero la inconstitucionalidad de este proceder no se ve por parte alguna. Aparte de advertir que el nuevo código puede estimarse precisamente como una excepción legal al principio constitucional consagrado

⁷ Sentencia C-634 de 2011.

en el artículo 31, lo cierto es que algo semejante ocurre con todas aquellas sentencias que el Consejo de Estado pueda proferir autorizadamente en única instancia y, que se sepa, ello por sí solo no se ha considerado inconstitucional hasta ahora.

Tampoco es claro que exista “facilismo legal” cuando se disponga una regla a favor de las personas que demanden sus derechos. Si, además, el debate se pone en términos de enfrentar los intereses generales con los particulares, el constitucionalismo contemporáneo no le da *per se* prevalencia a ninguno de los dos y son las circunstancias concretas las que resuelven la tensión por vía de ponderación. Como se sabe, solo así se pueden tomar en serio los derechos de cada persona. Como se indicó en la introducción de este escrito, las disposiciones del nuevo código hay que leerlas en clave garantista para los administrados. En lo que sí tiene razón Betancur es en el problema presupuestal que hay de por medio, pero este ya no es un problema normativo, por lo que discutiré adelante.

3. Debate teórico.

La afirmación de que la jurisprudencia –particularmente de las altas Cortes- tiene un rol protagónico en la vida de un país, parece formar ya parte de la tópica jurídica o al menos se trata de una conclusión razonable. Y ello comporta un análisis acerca de la jurisprudencia y de quienes la producen, pues la visibilidad y el poder social de los jueces y su producido, al paso que los hace blanco de críticas, exacerban la responsabilidad de sus protagonistas. El debate teórico comprende varias perspectivas de análisis: (i) la teórica propiamente dicha que indaga por la concepción del derecho que mejor podría explicar la extensión y unificación de la jurisprudencia –v.g. iuspositivismo, iusnaturalismo, iusrealismo-, (ii) la perspectiva política caracterizada por el poder que adquiere el juez especialmente por la ruta del 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, Betancur 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 constituyen reflexiones marginales a lo que se problematizó y decidió en el fallo⁸. Pero también es conocida la dificultad que en muchas ocasiones apareja el hallazgo y la distinción entre la *ratio decidendi* y el *obiter dicta/dictum* en una sentencia. Es más, hay quienes encuentran en el *obiter* la expresión de una pedagogía jurídica necesaria de una sentencia, así no toque directamente con el asunto objeto de debate. No es este el espacio para entrar a debatir a fondo la validez y pertinencia de una tesis así concebida. En lo que sigue simplemente esbozaré los rasgos generales de lo que considero es el entendimiento que debe tener el tema⁹, en un escenario específico como el de la extensión de las sentencias de unificación proferidas por las altas Cortes.

Como el papel principal del juez es resolver problemas jurídicos –no sociales, ni políticos, ni morales, sin perjuicio que sus decisiones incidan en estos asuntos- y la sentencia debe reflejar esencialmente los argumentos que sirven de base para tomar la decisión –no hacer pedagogías sobre asuntos diferentes a los que el problema a resolver envuelve-, no es descaminado decir que las afirmaciones marginales (*obiter dicta*) deben evitarse en una sentencia. Ello no quiere decir que una sentencia no afirme pedagogías y refiera contextos para darle sentido a los argumentos (razones) en que se fundamenta la decisión. Pero tal pedagogía la debe constituir el conjunto de reflexiones que se hagan para resolver el problema planteado y explícitamente resuelto. No otro asunto. Y es saludable que en una sentencia se hagan contextos para entender mejor el problema, la hermenéutica que eventualmente se esté proponiendo y/o el análisis de los hechos.

Esto impone caracterizar bien el *obiter dicta/dictum*, pues no puede entenderse como tal el conjunto de afirmaciones de contexto, en la medida en que éstas de alguna forma se encuentran conectadas con los argumentos directamente relacionados con el problema a resolver. Son algo así como argumentos no centrales, pero sí de segundo orden. En cambio el *obiter* es o algo dicho de paso o un argumento claramente marginal; y quizá la mejor forma de identificarlo es teniendo claro el problema planteado y resuelto en la

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

⁹ Este esbozo fue presentado en el artículo de prensa titulado, precisamente, “Sobre el *obiter dictum*”, publicado en *Ámbito Jurídico* n.º 313, 17 al 30 de enero de 2011, p. 15.

sentencia. Así, los argumentos o afirmaciones que en nada apunten a sustentar o controvertir el problema resuelto, serán *obiter dicta* de la sentencia.

La práctica judicial muestra con frecuencia el uso de argumentos que son auténticos *obiter dicta*, quizá por razones bien intencionadas de aprovechar la temática general de que trata el caso –no el problema jurídico concreto- para decir cosas que tardarían en ser tratadas como auténticos problemas jurídicos, v.g. cuando entra a regir una nueva normatividad en relación con la que la comunidad jurídica en general y los jueces en particular esperan las luces oportunas de sus máximos y autorizados intérpretes. Ello estaría bien de no ser porque, de un lado como ya se dijo, el papel del juez no es el de aprovechar las sentencias para dar opiniones de todo y, de otro, tales pedagogías pueden tener usos perversos, como afirmar que como ello fue dicho por una alta Corte, constituye no su opinión sobre un tema, sino un precedente judicial que debe ser aplicado en casos posteriores en donde el problema jurídico concreto sí sea precisamente el asunto de que trató anteriormente el *obiter*.

Y aquí se encuentra el enlace que se busca con la extensión de las sentencias de unificación, pues a pesar de que un cierto concepto u opinión haya sido expresado por una alta Corte en una sentencia, no necesariamente ello constituye el precedente que deberá ser tenido en cuenta. A partir de la distinción hecha entre *ratio* y *obiter* y de la indicación problemática de incluir éstos en las sentencias, puede afirmarse entonces que para efectos del cumplimiento de los mandatos establecidos en los artículos 10, 102 y 269 del nuevo código, solo deberá ser objeto de extensión aquella parte de las sentencias de unificación que constituyan la *ratio decidendi* de la misma y, por supuesto, el *decisum*. Corolario de ello, habrá que afirmar que los argumentos, opiniones, pedagogías tipo *obiter*, en la medida en que no encuentran relación alguna con el problema jurídico planteado en la sentencia, no pueden ser objeto de extensión, ni oficiosa, ni por petición de parte, ni mucho menos por decisión judicial.

En este último caso se suscita la pregunta siguiente: como el Consejo de Estado puede ordenar la extensión de su jurisprudencia una vez hecha la solicitud correspondiente por el peticionario a quien se le negó la misma por la administración al encontrar precedente alguna de las causales señaladas en la norma para el efecto, ¿puede en ese momento incorporar como *ratio decidendi* lo que claramente es un *obiter* que pretende hacerse extensivo por la vía del artículo 102 del nuevo código? La respuesta es necesariamente negativa porque en el procedimiento especial del artículo 269 *ibídem*, el Consejo de Estado no está resolviendo un caso contencioso en donde debe plantearse y decidirse en torno a un problema jurídico concreto, sino examinando los argumentos señalados por las

partes a efectos de aplicar o no por la administración una sentencia de unificación anteriormente proferida y en donde el problema resuelto fue otro. Uno bien diferente al referido por el *obiter*.

Este escenario en cambio sí pone de presente que el primer paso que debe realizar el Consejo de Estado en este procedimiento especial, es determinar si el reclamo versa sobre la sentencia de unificación, es decir sobre su *ratio*, o sobre dichos de paso, opiniones o pedagogías contenidas en la misma, esto es sobre *obiter*. Solo una vez solventado ese presupuesto –y algunos asuntos procesales-, tiene sentido examinar el fondo del asunto, esto es, verificar si (i) el peticionario tiene derecho, (ii) el caso es igual al suyo o (iii) si la interpretación distinta propuesta por la administración es válida.

Quizá sea este el espacio en donde haya que preguntarse, como lo hace Betancur, acerca de cuál es la sentencia aplicable “cuando es razonable que estas Secciones o Subsecciones puedan sostener criterios diferentes a las sentencias de unificación de la Sala Plena” (Ib: 570). La respuesta está asociada con la que se sugirió anteriormente acerca de la responsabilidad del Consejo de Estado para vigilar que lo dicho en las sentencias de unificación estén orientadas solo por *ratio decidendi*, excluyendo los *obiter dicta*, y es que corresponde a la Corporación asegurar –aún por reglamento, como se hizo en el caso de la Sección Tercera, luego de su división en subsecciones-, el cumplimiento de las sentencias que posean una mayor legitimidad.