

EL PRECEDENTE JUDICIAL. SUS LÍMITES EN RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU IMPORTANCIA PARA LA GESTIÓN PÚBLICA

The previous judicial. its limits in relation to public administration and its importance for public management.

Óscar David Fajardo Pineda *

UNISANGIL

San Gil, Santander, Colombia

Resumen

El actuar de la administración pública, y en específico, la rama administrativa del poder público en Colombia, está regulada por las orientaciones legales y constitucionales que limitan el ejercicio del poder por revestir, en sí mismas, un carácter democrático de soberanía. En este sentido, el precedente judicial también se constituye en un instrumento orientador de las decisiones públicas, pero que, en sí, no reviste el mismo carácter democrático que se le otorga a la Constitución y la ley, por cuanto es emanado de un organismo que no ha sido filtrado por el ejercicio democrático. No obstante, el precedente judicial se ha constituido en un instrumento jurídico que orienta y, al mismo tiempo, limita el actuar del gobierno y que se ha abierto paso dentro de la arquitectura jurídica, ya no solo como fuente auxiliar de interpretación del derecho, sino como un instrumento vinculante para la gestión pública. De esta manera, el objeto del presente artículo es dar a conocer la forma en que se vincula el precedente judicial a la actuaciones que desarrolla la Administración Pública, así como los límites que han de ser tenidos en cuenta al momento de dar aplicación al precedente.

Palabras clave: precedente judicial, administración pública, Common Law, gestión pública

Abstrac

The action of the public Administration, and specifically, the administrative branch of the public power in Colombia, is regulated by the legal and constitutional guidelines that limit the exercise of power by embodying in themselves a democratic character of sovereignty. In this sense, the judicial precedent is also constituted as a guiding instrument of public decisions, but in itself, does not have the same democratic character that is granted to the Constitution and the Law, because it is emanated from a body that does not it has been filtered by the democratic exercise. However, the judicial precedent has constituted a legal instrument that guides and at the same time limits the government's actions and that has opened a path within the legal architecture, not only as an auxiliary source of interpretation of the law, but as an instrument binding for public management. In this way, the purpose of this article is to publicize the way in which the judicial precedent is linked to the actions carried out by the Public Administration, as well as the limits that must be taken into account when applying the precedent.

Keywords: Judicial Precedent, public Administration, Common Law, Public Management.

* Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Fundación Universitaria de San Gil, UNISANGIL.



Introducción

La gestión pública, entendida como el sistema de procesos a través de los cuales la administración pública lleva a cabo operaciones relacionadas con el diseño, formulación y evaluación de políticas públicas, así como la adopción de mecanismos tendientes a hacer más eficiente, eficaz, transparente y público el quehacer administrativo, llevan inmersos consigo una alta carga de legitimación democrática por medio de la cual se logra un amplio consenso, en teoría, sobre todas las decisiones que en el marco de la institucionalidad pública se toman. En este sentido, la principal fuente de control que sobre la administración pública²⁶ se ejerce está enmarcada dentro de los mismos límites que el ejercicio democrático imprime, es decir, es la misma elección democrática la que establece el cuadro fronterizo entre lo que soberanamente le es permitido a la administración y lo que se calificaría como despótico o desviación de poder.

En este contexto, el precedente administrativo se constituiría *prima facie* en una intromisión de la rama judicial en las funciones que bajo el principio de separación de poderes²⁷ han sido asignadas al sector ejecutivo y gubernamental del Estado, en la medida que el precedente se traduce en un elemento desconocido para la administración pública cuyo marco de acción ya ha sido delimitado previamente en el consenso democrático. Lo contrario sería igual a afirmar que la administración pública, es un conjunto de cuerpos que necesitan constantemente la orientación, regulación, dirección y control de órganos superiores -por cuanto la rama gubernamental es incapaz, menor de edad, poco capacitada, o despótica si se quiere aún- para poder cumplir con su cometido funcional. Pues bien, considerar a la administración pública como un conjunto de entes que, al igual que un incapaz, requieren de la tutela constante de un representante es un yerro anacrónico con la evolución histórica del Estado, aunque también es válido colocar sobre la mesa que la administración pública ha sido la mayor transgresora de derechos -si bien es cierto es la mayor depositaria de responsabilidades dentro del armazón institucional- con su consecuente repercusión y afectación en el erario²⁸.

26 Para efectos del presente escrito, el concepto de administración pública se entenderá circunscrito únicamente a la rama ejecutiva del sector público, en los términos orgánicos de la Ley 489 del 29 de diciembre de 1998.

27 En el campo del derecho constitucional es frecuente oír hablar acerca del denominado gobierno de los jueces o del activismo judicial, para referirse con ellos a una serie de actividades desplegadas por los diferentes tribunales constitucionales desde los años veinte hasta la actualidad. Actividades todas estas caracterizadas por un ejercicio extremo de las facultades conferidas a dicho órganos, e incluso en algunos casos han llegado a sobrepasar ciertos límites competenciales y, en consecuencia, han invadido las órbitas competenciales de otros poderes constituidos. Sin embargo, estas conductas han sido justificadas por los propios tribunales como los únicos medios posibles de hacer cumplir la Constitución, así como los principios, valores y derechos en ella consagrados, ya que el resto de poderes constituidos (generalmente legislativo y ejecutivo) no han tomado las medidas necesarias para la efectiva realización y garantía de la Constitución (Escobar Martínez, 2004).

28 Según la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en Colombia “el pago anual por sentencias en contra del Estado subió de forma consistente de 400 mil millones en 2008 a 800 mil millones en 2011. Con la expectativa de que el crecimiento seguirá esta tendencia, la proyección de pagos esperados en años futuros reviste una alta importancia desde el punto de vista fiscal, convirtiéndose en un rubro relevante para la elaboración del Presupuesto General de la Nación. Más aún, una valoración de este pasivo contingente es un cálculo valioso para cualquier análisis financiero del costo que para el Estado tienen las demandas en su contra” (2013, p. 5).

En este sentido, si bien la principal fuente de control que se ejerce sobre la administración es la misma señalada dentro del consenso democrático, es notorio que a causa de los desatinos de la rama ejecutiva se han causado grandes vulneraciones a los derechos de los asociados, brecha que ha abierto un campo de acción a través del cual el poder judicial ha incursionado, como ente defensor de los derechos de la comunidad, generando, por medio de sus decisiones, un espectro que también limita el actuar de la administración. En consecuencia, el precedente judicial se ha erigido como una herramienta que marca un derrotero de acción para la administración pública imprimiendo un broche de seguridad jurídica para los administrados, con su consecuente beneficio en garantía de los principios de igualdad de trato ante la ley y acceso a la administración de justicia.

El objeto del presente artículo consiste en realizar un análisis del precedente judicial administrativo, no desde la óptica de la intromisión de la rama jurisdiccional en la órbita de acción del sector ejecutivo, sino como un instrumento que, además de brindar un escudo de protección ante la posible vulneración de derechos de los asociados, es un coadyuvante valioso en la gestión pública que debe llevar a cabo la administración. La hipótesis que se maneja entonces es que, el precedente judicial administrativo, en el marco del constitucionalismo moderno, debe ser analizado como una figura judicial diseñada para orientar las decisiones de gobierno, dirigidas ellas al cumplimiento de los cometidos estatales consagrados en la Constitución Política, lo que aumenta el grado de legitimidad democrática que se circunscribe entorno a la Administración Pública, es decir, el precedente es un elemento de aseguramiento del consenso democrático y, en consecuencia, un colaborador determinante para la rama ejecutiva.

Para el cumplimiento de este cometido, el presente escrito se dividirá en tres secciones. En la primera de ellas se llevará a cabo un recuento sobre la formación originaria del precedente judicial desde el *common law* y sus diferencias con el sistema continental con el fin de establecer el propósito y fines de esta herramienta, en segundo lugar, se analizará la figura del precedente en el marco del contexto constitucional de Colombia y su importancia en pro de la garantía de los principios de igualdad ante la ley, acceso a la administración de justicia y seguridad jurídica, además de señalar los límites que reviste el precedente frente a su aplicación en la administración pública, por último, se llevara el análisis a la importancia que trae consigo el precedente para la gestión pública como instrumento de garantía del consenso político y legitimador de la voluntad mayoritaria hecho política pública.

El precedente judicial y su origen en la teoría constitucional

El precedente, entendido como la decisión anterior de una autoridad competente que fija posición interpretativa en relación con ciertas circunstancias fácticas y jurídicas puestas a su revisión, con el fin de ser aplicadas en el futuro, esto es, como antecedente vinculante generador de regla, principio o concepto aplicable a casos sustancialmente similares (Radbruch, 1958), es un instrumento originario del derecho inglés cuyo fin perseguía dar solución a conflictos puestos a consideración de un cuerpo impartidor de justicia bajo la premisa que en supuestos de hecho similares la decisión final debía ser conforme al fallo antecesor, bajo fuentes de derecho comunes.

Es así que el *common law* de creación inglesa, según Santofimio Gamboa (2010, p. 16) “logra de esta manera identidad como derecho de fuente judicial y común, opuesto a los derechos

y costumbres locales, que habían crecido en la isla durante los tiempos anárquicos anteriores a la unificación y dominación Normanda. Desde esta época, el *common law* se ha basado en la autoridad vinculante del precedente judicial que le otorga certeza jurídica al sistema y en cuyos valores ético-jurídicos pretende crear un orden jurídico auténtico”, de donde resulta la creación de un cuerpo de derecho común superior a las costumbres locales, es decir, alejado de la moral y creencias autóctonas y más bien, circunscrito a una lógica superior de derecho vinculante a toda la población y fuente para las decisiones posteriores. Este sistema no cobija solo a las relaciones entre privados, sino a aquellos negocios en los cuales la figura de la institucionalidad estatal es parte, es decir, el *common law* extiende la aplicación del derecho común a las relaciones en la que es parte la figura estatal, sujetando su actuar de acuerdo con derecho, de ahí que se afirme que en Inglaterra, como en Francia, reina al fin de cuentas la misma creencia de que la administración debe actuar siempre de acuerdo con el derecho (David, 2000).

De esta forma, en la dicotomía entre el sistema continental y el *common law* inglés, se encuentran tres aspectos que los hacen diferentes: la ausencia del elemento romano

justiniano, es decir, el efecto codificador en la formación del *common law*, provocada por la reacción anglonormanda a esta modalidad jurídica; el origen jurisprudencial de las normas del *common law*, frente al origen legal del régimen europeo; la ausencia de ideas codificadoras en el régimen inglés, en contraposición a la consolidación del sistema continental que se hace sobre la idea codificadora y del derecho escrito (Santofimio Gamboa, 2010).

Estas diferencias en la concepción del derecho, tienen grandes implicaciones sobre todo en la manera como se aplica el cuerpo de normas al Estado, resultando de ellas la supresión de las prerrogativas de la Corona en Inglaterra²⁹ bajo el sometimiento de la misma al derecho común, hecho que limitó –por no decir que clausuró– la creación de un sistema propio al estilo continental europeo de derecho administrativo.

En Inglaterra, la revolución gloriosa³⁰ generó un efecto negativo evidente para el desarrollo de un cuerpo normativo que rigiera las relaciones entre la Corona y los súbditos. A partir de este hecho histórico las cortes del *common law* y el Parlamento se repartieron el control sobre el ejecutivo. Los primeros conociendo de la legalidad de sus actos, y el segundo, el control

29 Para Eduardo García de Enterría y Tomás Fernández (2001, p. 27): “La palabra Estado es extraña al derecho inglés, mucho más el concepto. En vez de este encontramos el de Corona al que se refiere toda la organización administrativa, pero junto a la Corona está el Parlamento como órgano del pueblo”.

30 La revolución de 1688 (segunda revolución inglesa o revolución gloriosa) consolidó las libertades tradicionales, eliminó los abusos introducidos por los Tudor y los Estuardo, favoreció los intereses crecientes de la burguesía y reforzó las tendencias protestantes. Gracias a ella adquirieron firmeza los derechos del pueblo y del Parlamento frente a la Corona. Sus frutos quedaron recogidos en el Bill of Rights del 13 de febrero de 1689, que es el documento británico más semejante a las declaraciones modernas de derechos. En él se distinguen dos partes principales: una, en la que se definen las funciones, derechos y privilegios del Parlamento; otra, la que reconoce una serie de derechos concretos, como los de presentar peticiones al rey, posesión de armas, jurados obligatorios, entre otros, sobre los que se habría de articular el rule of law (Hernández Becerra, 2008). En el mismo sentido, Santofimio Gamboa (2010, p. 22) afirma que: Con la revolución gloriosa, los ingleses rompieron el absolutismo real y dieron paso a un sistema institucionalizado de separación de poderes. A diferencia de lo ocurrido en Francia cien años después, el sometimiento del monarca se produjo en Inglaterra por las comunas o ciudades y los señores o lores, no directamente por la burguesía.

sobre la actividad política (Varanno, 1986), lo que también decanta en un claro ingrediente de soberanía en el control del Parlamento en el accionar de la Corona, en la medida en que en adelante, las decisiones de aquella estarían limitadas dentro del marco que los depositantes de la soberanía -el parlamento- permitiesen³¹.

Conforme a lo anterior, el *common law* y las decisiones especiales del Parlamento constituyen un solo conjunto del derecho al cual se encuentra sometida la administración pública, generando como consecuencia que el actuar de la Corona estaría sometida a un procedimiento de legitimación que emanaba del carácter soberano y representativo del Parlamento mismo, lo que con posterioridad constituyó la fusión con los *statute law* (normas legales en sentido estricto) como cuerpo normativo al cual se regiría la actividad pública administrativa, en lo que la doctrina inglesa ha denominado como *rule of law* o sometimiento de los poderes públicos: con especial connotación el de la administración al imperio de la ley común, en contraposición al régimen continental que también es de sometimiento, pero a leyes especiales que otorgan privilegios en razón de las funciones propias y especiales que deben cumplir la administración pública.

Conforme a lo anterior, el precedente en el *common law* se configura también en un control al ejercicio de la Corona, limitando su accionar a la atención debida frente a las decisiones que previamente se habían tomado, con el ingrediente adicional que dicho precedente, a

través del Parlamento, ya no solo significaba sujeción a las decisiones anteriores, sino que dicha limitación revestía un carácter soberano representativo, con lo cual al derecho común se le suma el componente político como criterio integrador del precedente. Nótese cómo, a partir del control soberano del Parlamento frente a la Corona, el precedente se reviste de un criterio normativo y político, demostrando con ello que la administración debía también ceñirse, no solo a derecho sino al marco establecido a través de la representatividad democrática, con clara intención política.

El precedente judicial y su aplicación en Colombia tratándose de las actividades desarrolladas por la administración pública

El precedente conforme a los criterios de delimitación y control jurídico y político, es esencial en el Estado de derecho; sin embargo, también es claro que este tipo de principio no debe ser sacralizado, puesto que no solo debe petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. Esto es muy claro en los sistemas de derecho legislado, en donde la fuerza esencial del derecho es la ley, y no la jurisprudencia, por lo cual un funcionario judicial, en ejercicio de su actividad interpretativa, puede modificar, aunque obviamente no de manera caprichosa, su entendimiento de las disposiciones legales y apartarse de sus decisiones previas (Sentencia SU-047, 1999)³².

31 Citando al Albert Venn Dicey, Santofimio Gamboa (2010, p. 17) sostiene que: “en Inglaterra históricamente no ha existido un régimen jurídico especial para la administración a la usanza francesa, encontrándose en consecuencia su administración pública sujeta al derecho común y a la justicia ordinaria”.

32 Estos planteamientos de la Corte Constitucional, sin embargo, debemos acogerlos con supremo recelo frente a la función pública administrativa, en la medida que podrían ser fuente de arbitrariedad y posiblemente corrupción en detrimento del interés general si se le otorga el carácter de fuente principal de nuestro derecho y no secundaria (Santofimio Gamboa, 2010, p. 47).

La importancia del precedente judicial, tratándose de su aplicación en el actuar de la administración pública, requiere así mismo de limitaciones, a efectos de la salvaguarda de la división de poderes. Sin negar la importancia jurídica y política del precedente³³, no puede obviarse con ello que la institución democráticamente legitimada para la formulación de políticas públicas es la rama ejecutiva, y que desde la formación jurídico-positiva de nuestro ordenamiento constitucional, las decisiones jurisprudenciales deben ser respetuosas de guardar los linderos competenciales asignadas a través de la Carta Superior a cada una de las ramas del poder público.

Es así que la creación de un sistema de precedentes constitucionales, incluso en un sistema de origen romanista, legislado y de tradición continental europea como el colombiano³⁴, no solo debe apuntar a brindarle una mayor coherencia interna al mismo, sino que garantiza de mejor manera el principio de igualdad entre los ciudadanos y brinda elementos de seguridad jurídica indispensables

para las transacciones económicas y, además, garantiza la vigencia de los derechos fundamentales y, por ende, el carácter normativo de la Constitución (Sentencia C-335, 2008). Esta doctrina constitucional, se desarrolla, según Santofimio Gamboa (2010, p. 43) *“no obstante el origen continental-europeo y de profunda raigambre romano-germánica de nuestro derecho y del carácter legislado de nuestras instituciones jurídicas, que teóricamente se distancian de las fuentes anglosajonas y del sistema de derecho común que engendra la teoría del presente judicial”*, lo que demuestra la necesidad de acotación de los alcances del precedente en materia administrativa a efectos de no alterar el sistema normativo que se ha configurado a partir de la construcción histórico-legal de Colombia³⁵.

Una primera limitación al alcance del precedente judicial en materia administrativa lo constituiría el acatamiento de aquello que constituye el núcleo esencial de la decisión judicial, a saber, la *ratio decidendi*, la cual hace referencia al componente de la decisión judicial que tiene fuerza suficiente para obligar

33 Para Alberto Montaña Plata (2005, p. 17): “Resulta evidente que para hablar en términos racionales de jurisdicción de lo contencioso administrativo debe existir un Estado (en sentido moderno) y, aún más, un Estado de derecho. Esta apreciación de manera inequívoca nos dirige la mirada a una realidad política y jurídica que debe considerarse a la base de cualquier esquema jurisdiccional de esta naturaleza”.

34 Desde el punto de vista legal el precedente, o como se le vino a denominar en nuestro ordenamiento “doctrina legal más probable”, vino a consagrarse como fuente del derecho en el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 a cuyo tenor rezaba: “en casos dudosos, los jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes por la Corte Suprema, como Tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina legal más probable”.

35 En el actual sistema constitucional, el precedente no puede ser considerado como un simple recuento orientado de decisiones judiciales, en la medida del carácter auxiliar que la Constitución le ha asignado a las providencias judiciales. Lo contrario sería afirmar que, bajo los presupuestos de esta concepción formalista del derecho se entiende al precedente aplicado a la actividad administrativa, como una simple práctica de actos reiterados y sucesivos que no pueden apartarse ni mucho menos entenderse más que vinculados al principio de legalidad (Díez Sastre, 2008) (Díez Sastre, 2008). En el mismo sentido Merkl (1936) afirma que: “No es posible transferir la obligatoriedad jurídica de las prácticas de las autoridades, reconocida en los ordenamientos jurídicos que admiten precedentes (...) (...) Usos judiciales y administrativos significan, en sí mismos, sin que sean reconocidos por una forma jurídica superior, solamente una coacción psíquica que actúa como fuerza motivadora, junto a otros factores, en el procedimiento judicial y administrativo”.

y vincular a futuro a las autoridades encargadas de resolver otros casos similares (Whittaker, 2008). Este componente de la decisión puede tener diversas formas de manifestación: bien sea construyendo una verdadera regla de derecho; definiendo un concepto jurídico o, simplemente proponiendo un enunciado jurídico mucho más amplio, configurando las bases de un principio de derecho. De esta manera, la fuerza vinculante del precedente, o para ser más concretos de la ratio decidendi depende de su relación con los hechos del fallo en la cual ellos fueron declarados y de su relación con los hechos del juicio en que posteriormente se alega su aplicación (Santofimio Gamboa, 2010)³⁶.

Una segunda forma de limitación del precedente judicial, tratándose de su aplicación en las instancias de la administración pública, la constituye la diferenciación entre la fuerza vinculante de dicho precedente y su pertinencia en la aplicación en la actuación administrativa. De esta manera, la Corte Constitucional, en cuanto a la fuerza jurídica del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano, halla su razón de ser, al menos, por cuatro razones principales: (i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley, (ii) por razones de seguridad jurídica, (iii) en atención a los principios de buenas fe y de confianza legítima y (iv) por razones de rigor judicial. En tanto que la pertinencia del precedente se predica de una sentencia previa cuando: (i) la ratio decidendi presente una regla judicial relacionada con el

caso a resolver posteriormente; (ii) se trata de un problema jurídico semejante y, (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente (Sentencia T-086, 2007).

De esta manera, la aplicación del precedente judicial en materia administrativa encuentra tres límites, a efectos de no transgredir los espacios competenciales asignados por la misma Constitución Política a la administración pública, a saber, la sujeción solo a la ratio decidendi de la decisión judicial, a la fuerza vinculante del pronunciamiento en cuanto a la aplicación, interpretación y alcance de los principios y reglas del derecho, y a la pertinencia de dicho precedente en la toma de decisiones al interior de la administración, a sabiendas que los criterios de planeación, formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas no siempre pueden verse condicionadas o limitados a los precedentes judiciales, según lo ameriten así las circunstancias³⁷.

Por ende, frente a la Administración Pública, el diseño del precedente judicial debe encajarse a lograr cuatro propósitos políticos fundamentales para la salvaguarda de los derechos fundamentales y soberanos reconocidos a la población, y en garantía de la división de poderes públicos. Estos cuatro propósitos son el logro de la igualdad de trato ante las autoridades, la seguridad jurídica, el establecimiento de la presunción de buena

36 En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha señalado que: “Un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el caso del pasado, solo (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituyen la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado a una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación” (Sentencia T-158, 2006).

37 La misma Corte Constitucional ha reconocido que por razones de justicia material y adecuación de sus fallos a los cambios históricos y sociales pueden modificar el precedente constitucional (Auto 138, 2008).

fe en relación con el actuar del administrado y la confianza legítima en relación con las decisiones de la administración. Es así que la Corte Constitucional ha señalado los objetos de las decisiones judiciales indicando que: *“en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad y en la interpretación en la aplicación de la ley. (...) (...) En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de confianza legítima. (...) (...) El derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía a la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia”* (Sentencia C-836, 2001)³⁸.

Esto se debe a que el control por naturaleza de la administración pública es de tipo político, sin que ello implique transgresión al Estado de derecho, y el control que se deriva de la actividad judicial es, por esencia, jurídico, por ende, el precedente judicial aplicado a la administración deben configurarse en principios y reglas de derecho, tendiente a garantizar la soberanía política que ostenta la población³⁹. Por ende, la democracia, a través de la discusión y de la decisión mayoritaria que es inherente al proceso democrático, tiene un valor epistemológico, es decir, es una vía apta para llegar a soluciones que tienen mayor

probabilidad de ser moralmente correctas que las soluciones que se dictan a través de otros procedimientos.

Esto es así, porque la discusión generalizada, amplia, abierta y la decisión mayoritaria promueven procedimientos que tienden a la imparcialidad y al conocimiento de los hechos relevantes, porque hace que todos o una buena parte de la población hagan conocer, a través del proceso democrático, cuáles son sus intereses y que haya una tendencia a tomar esos intereses en cuenta para lograr formar coaliciones mayoritarias y que esas coaliciones no se rompan bajo la presión de otros grupos. Por ello el proceso democrático tiene una tendencia hacia una mayor imparcialidad que otros procedimientos que pueden ser utilizados y esto explica que la democracia, los procedimientos democráticos, tengan un valor epistemológico para conocer cuáles son las decisiones moralmente correctas. De esta justificación de la democracia surge una limitación a los órganos mayoritarios y es en esa limitación donde juegan un papel importante los jueces, a través de mecanismos como el control de constitucionalidad (Niño, 1989). De esta manera, la justicia administrativa, además de ajustar a derecho la actividad de la administración, desempeña una labor pedagógica, que se dirige tanto al ciudadano

38 La Corte Constitucional en la precitada providencia en ningún momento señala que dichas funciones de la actividad judicial deben ser las que vinculen el precedente judicial a la administración pública, simplemente el autor vincula dichas actividades a lo que considera deben ser los propósitos políticos de los precedentes en materia administrativa a efectos de no vulnerar el principio de separación de poderes, pero al mismo tiempo garantizar al defensa de los derechos fundamentales de los asociados.

39 Dworkin formula una distinción adicional, entre dos tipos de principios: las políticas, de un lado, y los principios en sentido estricto, del otro. Las políticas son estándares que buscan proteger un objetivo colectivo, como la seguridad nacional, o el crecimiento de la economía. Su justificación se encuentra en el bienestar de la comunidad en su conjunto. Los principios son estándares que defienden el derecho individual, como el libre desarrollo de la personalidad. Su justificación es de tipo moral y, por tanto, no depende del provecho que la comunidad obtenga de su existencia. Los jueces, en cambio, fundan y deben fundar sus decisiones en argumentos de principio. Sus razones no son de conveniencia social, sino de consistencia jurídica y moral (Rodríguez, 1997, pp. 77-78).

como a la administración, no solo jurídica sino ética y políticamente, recordándole sus deberes y enmendando sus yerros (Hernández Becerra, 2005)⁴⁰.

La importancia del precedente judicial en relación con la gestión pública

Es claro que el legislador al establecer en diferentes preceptos normativos el precedente judicial no solo hace diferencia entre jurisprudencia y presente, reconociendo autonomía a esta última figura en materia judicial, sino que adicionalmente le está otorgando a este medio, constitucionalmente auxiliar, un papel principal en la determinación del derecho aplicable a un caso concreto, indicando que para el derecho nacional resulta de mayor trascendencia el papel del juez en la construcción del sistema jurídico a través del establecimiento de precedentes jurisprudenciales (Santofimio Gamboa, 2010). Sin embargo, la excesiva tendencia a analizar la actividad administrativa desde una perspectiva de control, que toma como referencia exclusivamente la actividad de los tribunales y olvida la perspectiva de la actuación de la administración (Díez Sastre, 2008, p. 27).

Así, pues, el límite a esta construcción absoluta del precedente judicial se encontraría en el concepto de gestión pública, en virtud del cual la administración, al actuar estratégicamente, debe adaptarse a los nuevos escenarios, lo que debe pivotar en torno a la racionalización y la

planificación (Díez Sastre, 2008, p. 43).

Es necesario tener en cuenta que la administración pública no constituye un campo de estudio interdisciplinario, multidisciplinario ni transdisciplinario; tampoco un ámbito pandisciplinario. Pero puede ser abordada desde una perspectiva interdisciplinaria, multidisciplinaria, transdisciplinaria y pansisciplinaria (Guerrero, 2010, p. 11), lo cual demuestra que entorno a la administración el componente derecho es tan solo uno de la infinidad de áreas desde la que se puede abordar su actuación, razón que afirma aún la propuesta de que el precedente judicial en materia de administración solo debe ser tomado cuando del mismo se derive un garantía para los derechos políticos de los asociados.

Es así que Omar Guerrero (2010, pp. 70-71) haciendo alusión a Finer, indica que este es autor de una frase célebre: *“gobierno es política más administración”*, cuya explicación es la siguiente: uno de los actos plenos de gobierno consiste en imponer el deseo o la voluntad de unos individuos o grupos, al comportamiento de los demás, o bien, a toda la sociedad. El deseo o la voluntad pueden emanar de una mente o surgir espontáneamente. El propósito del gobierno es convertir todos los deseos o voluntades en un comportamiento autorizado y dirigido de aquellos que viven en ese ámbito que llamamos Estado. Por consiguiente el gobierno se divide estrictamente en dos partes generales, que Finer dice son definibles entre

40 Quienes sostienen la tesis a favor del activismo judicial de características absolutas generalmente tratan de eludir el fantasma antidemocrático que ronda el control constitucional. En primer término, dicen que no se perjudican los principios democráticos si los tribunales intervienen en pro del pueblo y la defensa de las libertades. Adicionalmente, afirman que los desperfectos del sistema político pueden llegar a hacer necesaria la intervención judicial en el proceso político por las siguientes razones: primero, porque el libre juego democrático puede no ser tan libre sobre todo si las reformas justamente merecidas por algunos sectores sociales están siendo entrabadas; segundo, porque los mecanismos de frenos y contrapesos entre agentes políticos adolecen de graves defectos, tales como la deferencia excesiva de la rama legislativa hacia el ejecutivo; tercero, porque el pueblo, en ocasiones, necesita protección contra sus propios desafueros (Cepeda Espinosa, 1986, p. 89).

sí, o, incluso, hasta completamente separables: el proceso político y el proceso administrativo. El primero comprende el origen, desarrollo y madurez de la voluntad social (...) (...). Por su parte, es el empleo de ese reservorio mediante un servicio público apropiado, así como medios mecánicos, espacio territorial y métodos de trabajo, con la finalidad de proveer servicios gubernamentales para quienes están sometidos a la autoridad del Estado.

De esta manera, el precedente judicial por su naturaleza y origen debe encaminar sus decisiones a impulsar el cometido del proceso político con miras a lograr la efectividad de las políticas públicas diseñadas para lograr la mencionada voluntad social. Es así que el precedente se erige con un instrumento, que emanado desde el poder jurisdiccional, coadyuva de una forma importante en el cumplimiento efectivo de la gestión pública⁴¹, siendo más que un medio de control, un instrumento de estabilización política entre la administración y los administrados⁴².

De esta forma, tal como lo señala Cabrera Mendoza en su estudio introductorio al libro *La gestión pública* de Barry Bozeman (2006, p. 20) *“en este momento cuando la toma de decisiones, la visión estratégica, el juego de actores, los problemas de eficiencia, las preferencias cliente*

– usuario, entre otros aspectos, es un campo propicio para el surgimiento de la gestión y la gerencia pública”, estableciéndose el hipotético caso de que un buen gobierno será aquel en el que el conjunto de redes de dependencias funcione bien, es decir, con eficiencia en el ejercicio de los fondos públicos, con eficacia en la interacción con agentes y agencias externas, y con legitimidad en la prestación del bien o servicio que produce.

Yes, precisamente, en ese sentido que el control jurisdiccional de la actividad administrativa puede ser considerado como una función de garantía complementaria de las libertades individuales. Pasando entonces, aunque con variaciones de la democracia constitucional propia de los ordenamientos democráticos plurales, a una forma de democracia en la que la evolución de las formas de gobierno y de la falta de protección de los derechos y de las libertades de los ciudadanos llevan al establecimiento de un nuevo proceso, generalizado, de racionalización que es la jurisdicción constitucional de los derechos basada en el principio de separación y equilibrio de los poderes (Gambino, 1997).

El precedente en relación con la administración pública es una garantía de tipo político con miras a afianzar el consenso democrático,

41 Durante las últimas décadas del siglo XX y en los inicios del siglo XXI, la administración pública, principalmente en América Latina, ha sido objeto de una serie de cambios marcados por los postulados de lo que se conoce como la Nueva Gestión Pública, la cual, según Aucoin (1995) “describe una red de postulados entre los que se incluyen que: los ejecutivos elegidos deberían resolver la ambigüedad, la incertidumbre y el conflicto alrededor de las políticas públicas a fin de describir de antemano lo que quieren que sus funcionarios realicen en un lapso determinado”. Con fundamento en este postulado, el profesor Barzelay (2001, p. 20) postula que la gestión pública son reglas y rutinas generales de gobierno, en las áreas de planeamiento de gastos y gestión financiera, función pública y relaciones laborales, contratación, organización y métodos, y auditoría y evaluación.

42 La idea de activismo judicial viene ligada estrechamente al concepto de Constitución y, por ende, al papel que desempeñan los jueces dentro de cada Estado, así como la eficacia y el reconocimiento social que gozan los parlamentos y las leyes que ellos expiden. Así pues, encontramos que anteriormente a la Constitución pertenecía al mundo de la política y no del derecho (Escobar Martínez, 2004, p. 218).

facilitando la gestión pública en relación con el establecimiento de principios y reglas de aplicación directa y orientadoras de las actividades de la administración.

Conclusiones

- Desde sus orígenes, el precedente judicial es una construcción del derecho inglés que, por medio del common law y el Parlamento fusionó las actividades de la Corona al control del derecho común y la prevalencia de las garantías soberanas impulsadas desde el mismo Parlamento.
- El precedente judicial, aplicado a la administración pública, debe buscar la garantía de cuatro derechos políticos fundamentales, a saber, el fortalecimiento de la igualdad de trato ante la ley, la seguridad jurídica, la buena fe y la confianza legítima, como principios políticos.
- Frente a la administración pública, el precedente judicial tienen tres límites en cuanto a su aplicación: la ratio decidendi, la fuerza vinculante y la pertinencia del precedente.
- Toda vez que el precedente en relación con la administración pública busca garantizar los derechos fundamentales políticos de los asociados, aquellos se constituyen no solo en control de la actividad administrativa, sino en impulsor de la voluntad política reflejada en la gestión pública.

Bibliografía

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2013). Modelo probalístico del éxito de las demandas en contra del Estado. Bogotá: Imprenta Nacional.

Aucoin, P. (1995). *The New Public Management: Canada in Comparative Perspective*. Montreal: IRPP.

Barzelay, M. (2001). *La nueva gestión pública. Un acercamiento a la investigación y al debate de las políticas*. México D.F: Fondo de Cultura Económica.

Cabrero Mendoza, E. (2006). *Gestión pública, ¿la administración pública de siempre bajo un nuevo disfraz?* En B. Bozeman, *La gestión pública. Su situación actual* (pp. 19-36). México D.F: Fondo de Cultura Económica.

Cepeda Espinosa, M. J. (1986). *Derecho, política y control constitucional*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Corte Constitucional. (29/01/1999). Sentencia SU-047.

Corte Constitucional. (09/08/2001). Sentencia C-836.

Corte Constitucional. (02/03/2006). Sentencia T-158.

Corte Constitucional. (08/02/2007). Sentencia T-086.

Corte Constitucional. (28/05/2008). Auto 138.
Corte Constitucional. 16/04/2008). Sentencia C-335.

David, R. (2000). *El derecho inglés*. San Pablo: Martins Fontes.

Díez Sastre, S. (2008). *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*. Madrid: Marcial Pons.

Escobar Martínez, L. M. (12/2004). *El gobierno de los jueces. A propósito de la articulación entre tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia Europeo*. *International Law. Revista colombiana de derecho internacional* (4), 213-230.

Gambino, S. (1997). *La jurisdicción constitucional de las leyes. La experiencia italiana desde la óptica comparada*. En G. Ruiz-Rico Ruiz, *La aplicación jurisdiccional de la constitución*. (p. 258). Valencia: Universidad de Jean - Tirant Lo Blanch.

García de Enterría, E. & Fernández, T. R. (2001). *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas.

Guerrero, O. (2010). *La administración pública a través de las ciencias sociales*. México D.F: Fondo de Cultura Económica.

Hernández Becerra, A. (2005). *Prólogo*. En A. Montaña Plata, *Dimensión teórica de la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia* (pp. 11-16). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Hernández Becerra, A. (2008). *Las ideas políticas en la historia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Merkel, A. (1936). *Teoría general del derecho administrativo*. *Revista de Derecho Privado*. Madrid.

Montaña Plata, A. (2005). *Dimensión teórica de la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Niño, C. S. (1989). *Ética y derechos humanos. un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Astrea.

Radbruch, G. (1958). El espíritu del derecho ingles. *Revista de Occidente*, 37.

Rodríguez, C. (1997). Teoría del derecho y decisión judicial. En H. Hart, & R. Dworkin, *La decisión judicial. El debate Hart - Dworkin* (pp. 15-88). Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes.

Santofimio Gamboa, J. O. (2010). *La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Varanno, V. (1986). *Problemi attuali della tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione in Inghilterra*. Milán: Giuffrè.

Whittaker, S. (2008). El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela. *Revista Chilena de Derecho*, 50.