

PERSPECTIVA DEL DERECHO COLECTIVO A LA MORALIDAD
ADMINISTRATIVA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA: ANALISIS A PARTIR DE LAS
DECISIONES JUDICIALES EMITIDAS EN LOS FALLOS DEL TRIBUNAL
ADMINISTRATIVO DE SANTANDER QUE RESUELVEN ACCIONES
POPULARES EN EL PERIODO 2008 A 2010.

MAURICIO ALBERTO FRANCO HERNANDEZ

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO
MAESTRIA EN ERMENEUTICA JURIDICA Y DERECHO
BUCARAMANGA
2012

PERSPECTIVA DEL DERECHO COLECTIVO A LA MORALIDAD
ADMINISTRATIVA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA: ANALISIS A PARTIR DE LAS
DECISIONES JUDICIALES EMITIDAS EN LOS FALLOS DEL TRIBUNAL
ADMINISTRATIVO DE SANTANDER QUE RESUELVEN ACCIONES
POPULARES EN EL PERIODO 2008 A 2010.

MAURICIO ALBERTO FRANCO HERNANDEZ

TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAGISTER
EN HERMÉUTICA JURÍDICA Y DERECHO

Directora

ANA PATRICIA PABON MANTILLA

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO
MAESTRIA EN HERMENEUTICA JURIDICA Y DERECHO
BUCARAMANGA

2012

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	7
1: LA RELACIÓN MORAL – DERECHO: POSICIONES TEÓRICAS	15
1.1 LA RELACIÓN MORAL – DERECHO: EL DERECHO COMO INTEGRIDAD EN DWORKIN	19
1.2 MORAL Y DERECHO EN ALEXY	28
1.3 ACERCAMIENTO A LA PREGUNTA POR LA RELACIÓN MORAL Y DERECHO EN HART	35
1.4 PERTINENCIA DE LAS DISCUSIONES TEÓRICAS EN LA PRAXIS:	40
2: LA APLICACIÓN DE PRINCIPIOS: PROPUESTA DESDE EL NEOCONSTITUCIONALISMO	46
2.1 NEOCONSTITUCIONALISMO Y DECISIONES DE LOS JUECES BAJO ESTE PARADIGMA.	47
2.2 APLICACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES: LA RACIONALIDAD Y RAZONABILIDAD DE LAS SENTENCIAS. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA PONDERACIÓN	55
2.2.1 Racionalidad, Razonabilidad	55
2.2.2 Proporcionalidad y Ponderación.	60
2.3 REGLAS Y PRINCIPIOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991: DESCRIPCIÓN (– ANÁLISIS DE PRODUCCIÓN DE REGLAS Y SUBREGLAS JURISPRUDENCIALES).	71
2.4 LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA COMO PRINCIPIO EN LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y COMO DERECHO COLECTIVO.	78
3. ESCENARIOS JURISPRUDENCIALES: SUBREGLAS EN TORNO AL PRINCIPIO DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA:	85
4: SUBREGLAS JURISPRUDENCIALES EN EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO:	122

4.1 FINALIDAD DE LAS ACCIONES POPULARES Y SELECCIÓN DE LA MUESTRA	123
4.2 ESCENARIOS JURISPRUDENCIALES EN LAS DECISIONES RELACIONADAS CON ACCIONES POPULARES POR VIOLACIÓN O AMENAZA DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA EN EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER.	127
4.2 SUBREGLAS JURISPRUDENCIALES IDENTIFICADAS:	142
CONCLUSIONES	148
BIBLIOGRAFIA	157

RESUMEN

TITULO PERSPECTIVA DEL DERECHO COLECTIVO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA: ANALISIS A PARTIR DE LAS DECISIONES JUDICIALES EMITIDAS EN LOS FALLOS DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER QUE RESUELVEN ACCIONES POPULARES EN EL PERIODO 2008 A 2010*

AUTOR: MAURICIO ALBERTO FRANCO HERNANDEZ**

PALABRAS CLAVES: Derecho Colectivo, Moralidad Administrativa, Acción Popular, Principios, Hermenéutica Jurídica, Jurisprudencia, Subreglas.

DESCRIPCIÓN: En el marco del Estado Social de Derecho como la forma política adoptada por el constituyente de 1991, se desarrollaron escenarios democráticos, en los que la participación del ciudadano en la defensa de sus derechos, se ve respaldada en el texto constitucional al ser incluidos en él mecanismos de participación ciudadana, tales como las acciones populares para la protección de derechos difusos como lo son los derechos colectivos y entre ellos la Moralidad Administrativa.

El trabajo de aplicación que se expone en las páginas que siguen, propuso hacer una aproximación a la perspectiva del derecho colectivo a la Moralidad administrativa, desde las decisiones que se han dado en las acciones populares, especialmente bajo la revisión del caso regional, en el periodo 2008 al 2010 en el cual se le otorgó la competencia como juez de segunda instancia a los Tribunales Administrativos.

Decidir si en determinada circunstancia se violó o amenazó un derecho colectivo, cualquiera que sea, requerirá que el derecho presentado con un contenido muy general, que no contempla todos los supuestos de hecho que se pueden dar en la cotidianidad en la que se manifiestan, sea concretado en un supuesto fáctico específico. La Moralidad Administrativa no es ajena a esta condición, siendo necesario darle un sentido para la decisión de casos en que es invocada. Darle un contenido a un derecho constitucional como le aludido, generará no pocas dificultades, máxime cuando son muchos los escenarios en los que se desarrolla la función pública del estado y en todos ellos una exigencia ética para quien funge como servidor público. Será entonces el juez quien a partir de la producción de reglas le dé cuerpo al derecho colectivo en el caso particular.

* Trabajo de Grado

** Facultad de Ciencias Humanas, Escuela de Derecho y Ciencia Política, Maestría en Hermenéutica Jurídica y Derecho. Directora. Dra. Ana Patricia Pabon Mantilla

ABSTRACT

TITLE: "Perspective of the collective right to the administrative morality in the public service: analysis apart from judicial decisions issued in administrative TRIBUINAL DE SANTANDER failures resolved popular actions in the period 2008-2010..**"

AUTHOR: MAURICIO ALBERTO HERNANDEZ FRANCO**

KEYWORDS: Collective Law, Administrative Morality, Popular Action, Principles, Legal Hermeneutics, Jurisprudence, Sub-Rules.

Description: Within the framework of the Social State of law and the way policy adopted by the constituent of 1991, developed democratic scenarios, in which the participation of the citizen in the defense of their rights, is supported in the constitutional text to be included in it mechanisms for citizen participation, such as the popular actions for the protection of rights diffuse such as collective rights, including the administrative morality.

The work of application described in the pages that follow, proposed to make an approximation to the perspective of the collective right to administrative morality, since the decisions given in the popular actions, especially under the review of the regional case, in the period 2008 to 2010 which he was granted in the competition as a judge of second instance to the administrative tribunals.

Decide whether under certain circumstances it violated or threatened a collective right, whatever, will require that law submitted a very general content that does not provide all the assumptions of fact that may occur in everyday life which are manifested, is realized in a specific factual situation. The administrative morality is no stranger to this condition, being necessary to give a sense to the decision of cases in which it is invoked. Give substance to a constitutional right as you alluded, will generate no little difficulty, especially when there are many scenarios in which an ethical requirement for who serves as a public servant develops the public function of the State and in all of them. It will then judge who from the production rules give body to the collective right in the particular case.

* Work Degree

** Faculty of Human Sciences, School of Law and Political Science. Directora. Dra. Ana Patricia Pabon Mantilla

INTRODUCCIÓN

En el marco del Estado Social de Derecho como la forma política adoptada por el constituyente de 1991, se desarrollaron escenarios democráticos, en los que la participación del ciudadano en la defensa de sus derechos, se ve respaldada en el texto constitucional al ser incluidos en él mecanismos de participación ciudadana, como reflejo del principio democrático y mecanismos para proteger los derechos consagrados en la Carta, tales como las acciones constitucionales, y en ellas, la acción popular para la protección de derechos difusos como lo son los derechos colectivos.

Estas acciones, muy conocidas y cercanas a la comunidad en general, si bien fueron concebidas en la Carta Política de 1991, sólo varios años después en 1998, se desarrolló su reglamentación, de ahí que las decisiones en relación con la protección de estos derechos por esta vía judicial, se dieron con posterioridad a dicha calenda. En un principio conocieron de estas acciones los Tribunales Administrativos en primera instancia y el Consejo de Estado en Segunda instancia en el caso en que el accionado fuera una entidad del estado. Ya para el año 2006 con la entrada en funcionamiento los Juzgados Administrativos del Circuito y las competencias para conocer de estas acciones variaron, conociendo estos juzgados en la primera instancia y lo Tribunales Administrativos la segunda, en la misma circunstancia en la que el accionado fuera un ente estatal.

Dentro de la regulación que se hizo de estas acciones en la Ley 472 de 1998, se relacionó a título enunciativo, un catálogo de derechos e intereses colectivos, susceptibles de ser protegidos por esta vía. Dentro de este inventario de derechos colectivos, se incluyó a la **Moralidad Administrativa**, sin asignarle a este derecho contenido alguno, aun cuando vale decir que en los debates de la ley si se dieron propuestas para tal efecto.

Teniendo la Moralidad Administrativa una doble connotación, como derecho colectivo y como principio que rige la función pública y ante la ausencia de definición legal, resulta relevante entonces conocer su desarrollo mediante el ejercicio de administrar justicia, conocer el contenido que al derecho colectivo le han dotado los jueces, para determinar si en un caso particular procede la acción popular y si es así, si se está frente a una violación del derecho e interés colectivo; asunto de no poca envergadura si se tiene en cuenta que la función administrativa es susceptible de ser contaminada con fenómenos de corrupción y menoscabo del patrimonio público.

El trabajo de aplicación que se expone en las páginas que siguen, propuso hacer una aproximación a la perspectiva del derecho colectivo a la Moralidad administrativa, desde las decisiones que se han dado en las acciones populares, especialmente bajo la revisión del caso regional, en el periodo 2008 al 2010 en el cual se le otorgó la competencia como juez de segunda instancia a los Tribunales Administrativos.

Decidir si en determinada circunstancia se violó o amenazó un derecho colectivo, cualquiera que sea, va a requerir partir de la base de que esta norma se presenta con un contenido muy general, que no contempla todos los supuestos de hecho que se pueden dar en la cotidianidad en la que se desarrolle el principio, Moralidad Administrativa no es ajena a esta característica, siendo necesario darle un sentido para la decisión de casos en que es invocada. Darle un contenido a un derecho constitucional como le aludido, generará no pocas dificultades, máxime cuando son muchos los escenarios en los que se desarrolla la función pública del estado y en todos ellos una exigencia ética para quien funge como servidor público.

Deberá el juez entonces, cuando se le ponga de presente la posible violación del derecho colectivo, el que ha de echar mano de todos los recursos que el derecho le provee para identificar un criterio de solución al caso, ya sea para negar la

ocurrencia de un menoscabo a la Moralidad Administrativa, o para determinar que se está frene a un desconocimiento de dicho derecho colectivo.

Como se dijo, antes de entrar en funcionamiento los juzgados administrativos, fue el Consejo de Estado el órgano que se encargó de revisar en segunda instancia, las acciones populares, de ahí que conocer la producción jurídica de esta corporación en el escenario de la aplicación del derecho colectivo se hace no menos que obligatoria para la extracción de allí de todos los argumentos que utiliza esa alta corte para interpretar el principio y dotarlo de contenido en la situación fáctica particular. Así las cosas, en la jurisprudencia de esa corporación fue necesario precisar los desarrollos teóricos adelantados por parte de los magistrados, sobre el derecho colectivo en análisis, para identificar en entre ellos escenarios de debate del mismo.

Desde la anterior situación se propuso identificar qué subreglas jurisprudenciales se plantearon en la jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Santander cuando resuelve acciones populares y que sirvan de criterio orientador en la interpretación del derecho a la moralidad administrativa, y que recogieran las pautas que sobre cada caso construyó el Consejo de Estado. Así fue planteado el problema, considerándose como hipótesis que en el tribunal existía una ausencia de subreglas para la aplicación del derecho, o la adopción por parte del Tribunal de los criterios dados por órganos de mayor jerarquía en sus fallos.

Para verificar lo anterior y partiendo de la base que en el caso de la Moralidad Administrativa se trata de decidir con base en una norma presentada a manera de principio, es necesario abordar los desarrollos teóricos y discusiones sobre este tipo de normas en el ordenamiento jurídico, su existencia, su diferencia con otras normas y su aplicación.

De igual forma el ejercicio anterior para llegar a la conclusión de si en lo regional la Jurisdicción administrativa, está tomando en cuenta los criterios de aplicación del derecho colectivo que ha trabajado el Consejo de Estado mientras fue juez de segunda instancia, o si por el contrario se apartó para exponer los propios y diseñar subreglas para la solución de casos, y si finalmente se abstuvo de argumentar para definir la pertinencia de la protección al derecho colectivo en conocimiento de dicha corporación.

Para llegar a las anteriores respuestas, no se reduce el estudio a lo decidido en los fallos de las altas cortes que tratan el tema en estudio, se hace necesario exponer como en aplicación de este tipo de derechos el juez realmente hace derecho, crea normas como subreglas de interpretación, para dotar de contenido a los principios, asunto que es de un contenido teórico que se recogió en la primera parte de este análisis.

El primer capítulo que se expone, aborda las discusiones teóricas que se han dado en torno a la relación derecho y moral, y en está, la identificación de categorías normativas que difieren de las reglas producidas por el legislador, que a su vez generan un problema de interpretación. En los desarrollos teóricos de Dworkin, Alexy y L.A. Hart., se observó cómo desde la teoría jurídica se han debatido estos temas, y a su vez se pudo observar la vigencia de este debate en el neoconstitucionalismo, que fue abordado en el segundo capítulo.

Efectuándose la revisión teórica del neoconstitucionalismo, se advirtió allí que es característico en este modelo, la posición activista del juez en el sistema jurídico, un juez creador de derecho, una Constitución Invasiva del ordenamiento, y el reconocimiento de un método diferente para interpretar la Constitución, pues su catálogo normativo está comprendido principalmente por principios. Éstos como tipos de normas que se caracterizan por su textura abierta y deben ser aplicadas mediante la ponderación.

La revisión de la literatura jurídica en relación con el neoconstitucionalismo, ofreció luces sobre la hermenéutica constitucional, en donde se hizo referencia al principio de proporcionalidad y a la ponderación, dado que los derechos constitucionales que operan como principios no pueden aplicarse por subsunción. En ese proceso interpretativo, el juez debe pasar de una norma que no ha sido concretizada, a una regla que le permita dar solución al caso concreto en el que se ha de decidir sobre la base de un principio. Estas subreglas que crea el juez para aplicar el derecho constitucional a un caso particular, servirán para resolver controversias similares en casos posteriores, de allí que en ese segundo capítulo se analizara el precedente jurisprudencial y su desarrollo en nuestro derecho.

Siendo precisamente la revisión de la jurisprudencia y su análisis la metodología para resolver el problema planteado en este trabajo de aplicación (capítulos tercero y el cuarto), la revisión de los fallos se desarrolló en la identificación de escenarios jurisprudenciales en los cuales se desarrolla el derecho colectivo en estudio, advirtiéndose que por las circunstancias en las que se debate el derecho y al darse en la jurisprudencia revisada, principalmente un debate general de la Moralidad Administrativa, no fue posible la elaboración de líneas jurisprudenciales dado la escasa jurisprudencia sobre el tema y la concordancia de los hechos, por lo que optó por realizar un análisis de los escenarios jurisprudenciales que lograron ser identificados.

Lo precedente, tanto en la Corte Constitucional como en el Consejo de Estado, observándose como una y otra corporación judicial se cita mutuamente, para la construcción de una noción de Moralidad Administrativa.

En el caso de la Corte Constitucional, fue posible obtener la información de las sentencias tanto de constitucionalidad como de tutela que abordaron el derecho colectivo o el principio inmanente a la función administra, acudiendo a la Relatoría de Corte Constitucional disponible en internet. Lo propio se hizo con las decisiones

del Consejo de Estado, dichas sentencias están disponibles en internet en el portal de la Rama Judicial, de ahí que estuviera disponible la información por años de los fallos.

Adelantada la revisión arriba descrita, en el capítulo cuarto se llevó a cabo el análisis de las decisiones adoptadas por el Tribunal Administrativo de Santander en donde fueron tenidos en cuenta los años 2008 al 2010, para la revisión de los fallos sus dictados, ubicándose los fallos en la depuración del RAP. El RAP es el registro de acciones populares que por mandato legal lleva la Defensoría del Pueblo. De los periodos arriba indicados, se identificaron 19 acciones populares relacionadas con la Moralidad Administrativa, para sobre ellas efectuar la revisión de la recepción de la jurisprudencia de los órganos judiciales superiores; pero se redujeron ostensiblemente la cantidad de fallos dictados por las salas de decisión del Tribunal Administrativo de Santander, ya que en muchos casos no hay decisión de segunda instancia o el fallo de primera no fue apelado, o dicho recurso fue interpuesto de manera extemporánea o declarado desierto al recurrente.

Finalmente en segunda instancia con decisión de fondo, se extractaron nueve (9) sentencias, en las que se pudo examinar, que no en todos los casos, existe una argumentación de parte del Tribunal en relación con el derecho colectivo a la Moralidad Administrativa, asunto que impide la identificación de subreglas de interpretación. Sin embargo en otros fallos, se observaron algunas referencias a las decisiones del Consejo de Estado, en ningún caso un esfuerzo del Tribunal por crear su propia regla de solución a las circunstancias concretas; esto último objeto de las conclusiones que se desprendieron del presente estudio.

1. LA RELACIÓN MORAL – DERECHO: POSICIONES TEÓRICAS

Hay un lugar en las discusiones teóricas sobre el derecho para referirse a la moral y al tipo de relación que se puede establecer con el Derecho. El desarrollo de la teoría del derecho al respecto evidencia la discusión en torno modo de ver la relación derecho - moral. Por una parte posiciones que rechazan cualquier acercamiento entre derecho y moral, y observan un sistema jurídico con tal complejidad que se entiende como cerrado, del cual se predica que no tiene la necesidad de atender a factores externos para solucionar los problemas que se le ponen de presente, expresándose que si a un problema no se le encuentra solución dentro del sistema, finalmente éste no es un problema relevante para el derecho. De otro lado, y en contravía a esta posición, se identifican en la teoría jurídica, los postulados que aceptan que en el entorno jurídico no se puede reducir el derecho a un sistema normativo, y que sobre todo en el caso de la decisión judicial, el derecho se ve permeado por otros factores entre ellos las concepciones sobre lo moral y sobre la política.

En Robert Alexy *el problema central de la polémica acerca del concepto del derecho es la relación entre derecho y moral* (Robert Alexy, *Concepto y Validez del Derecho*). Puede ser una forma de observar los fenómenos jurídicos, identificar su acercamiento con la moral. Se evidencia entonces como a través de los diferentes conceptos y nociones de lo que se debe comprender como jurídico, se aleja o se acerca a criterios de moralidad; en oportunidades se fusiona la moral con lo jurídico como en el caso del *iusnaturalismo* y sin ninguna timidez, partiendo de conceptos sobre lo justo y lo bueno (Aristóteles – Tomás de Aquino) como piso del derecho, desarrollándose toda una justificación del derecho, en momentos respondiendo a criterios metajurídicos. En la teoría general del derecho y el estado Kelsen se refiere a la doctrina del derecho natural en los siguientes términos:

(...) la doctrina del derecho natural se caracteriza por el establecimiento de un dualismo fundamental entre derecho positivo y derecho natural. Por encima del Imperfecto derecho positivo existe un derecho natural perfecto, absolutamente justo...¹

En otras oportunidades se hace explícita una noción hermética del derecho, como en el Positivismo, donde la ciencia pura, no permite la “contaminación” de agentes externos que alteren su autosuficiencia, observable el derecho solo desde él mismo, viendo en las consideraciones políticas, morales, económicas o sociales, agentes que no son propios de la ciencia del derecho que no requiere abastecerse de nada que no le sea propio, esto, en términos de lo jurídico mismo, sin que esto signifique que no se ocupen los positivistas en identificar una relación o justificar la irrelevancia en un sistema jurídico, comparándose igualmente la norma moral con la jurídica, atendiendo a puntos de coincidencia sin ir más allá, como es planteado por Luhmann:

(...) no se puede negar la circunstancia de que las fundamentaciones éticas y jurídicas puedan coincidir. Sin embargo, no habría que sobreestimar la relevancia práctica de estas convergencias... Estas coincidencias no tienen ninguna importancia dentro de la masa de decisiones de los tribunales y mucho menos en la orientación jurídica de la vida cotidiana...² (Luhmann, 2002, pp. 53)

Lo precedente, solo por evidenciar las diferentes posiciones sobre el derecho y su relación con la moral, sin embargo, sea como justificación de la ciencia jurídica, o sea solo un referente comparativo, por la forma como opera, la moral está en las diferentes discusiones sobre lo jurídico, bien porque lo distingue como unidad, o bien porque pueda en un momento dado presentarse como referencia para la

¹KELSEN, Hans. (1995). *Teoría General del Derecho y del Estado*. Mexico: Universidad Autónoma de Mexico, (1995), P 13.

²LUHMANN, N. *El Derecho y Sociedad*. Mexico: Universidad Iberoamericana.2002.P53

interpretación del derecho, o punto de encuentro en el campo de la decisión judicial. Se puede observar de igual forma que esta discusión en gran medida se sitúa en el choque de argumentos de *ius* positivistas y los *ius* naturalistas, pero que en un mismo sentido hoy es un planteamiento vigente, como en el caso del debate Hart- Dworkin.

Entonces se puede ver en los diferentes teóricos constantes remisiones a cuestiones, políticas, sociales, económicas y morales, ya sea para explicar el problema de la legitimidad de la norma, partiendo entonces de criterios filosóficos y políticos. De acuerdo con la concepción de Rawls expresada en los *elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho*, Oscar Mejía Quintana indica que. “... los principios de justicia operan como condiciones de legitimación del sistema en su conjunto en la medida que las instituciones tienen que adaptarse a los contenidos y prioridades fijados por ellos...”³

Desde la perspectiva en que se quiera mirar, la dimensión de lo moral aparece como referente de lo jurídico en las tesis menos positivistas, más aún en aspectos en los que dicha teoría pueda evidenciar alguna “debilidad” para resolver algún evento en particular, como es el caso de los casos difíciles.

El problema que se plantea parte entonces de la tensión entre las posiciones arriba indicadas, que por un lado defienden la posibilidad del Juez de interpretar la ley, casi como un ejercicio científico, y de otro lado la de quienes consideran que la norma jurídica para su aplicación no requiere un esfuerzo hermenéutico, siendo el juez apenas la boca de la ley (Montesquieu). Se identifica aquí un aspecto central en la dicotomía que se trata de presentar y es la mayor o menor relevancia

³MEJÍA QUINTANA, Oscar, “Elementos para una Reconstrucción del Estatuto Epistemológico de la Filosofía del Derecho” en Legitimidad, Validez y Eficacia. Prolegómenos para una Reconstrucción del Estatuto Epistemológico de la Filosofía del Derecho (Disertación de (Post)Doctorado) Bogotá, D.C.: Universidad Nacional de Colombia (Departamento de Filosofía), 2003.

que tiene lo moral en la manera de abordar lo jurídico; pero de igual manera como este concepto se aleja o se acerca de la praxis judicial, su lenguaje y la interpretación en dichos escenarios opuestos.

En Colombia sigue vigente el debate en cuestión, desde las decisiones que adoptan los jueces a través de principios jurídicos, de hecho la nueva constitución está nutrida de ellos. El orden plasmado en la nueva constitución, introduce al Estado Colombiano en lo que se conoce hoy como neoconstitucionalismo, teoría – si se quiere- permea toda la actividad estatal, y que introduce como se ha dicho la fuerza normativa que tiene el texto constitucional. *Esta corriente alude a un modelo de organización política denominado Estado Constitucional. La principal Ley de construcción de este tipo de Estado es el reconocimiento de la Supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales*⁴. En un mismo sentido, Leonardo García Jaramillo al referirse al nuevo modelo indica que existe una función dogmática de la Constitución, fortalecida a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, donde “el texto constitucional configura, ya no los derechos en la Ley, sino la Ley en los derechos⁵”.

En lo que sigue se exponen, desde la teoría jurídica, posiciones sobre la relación entre la moral y el derecho, que como se expresó en las líneas precedentes puede ir desde la negación absoluta de la relevancia de lo moral en la manera de abordar lo jurídico, hasta la aceptación que desde la interpretación jurídica se puede rastrear un componente moral; este capítulo se circunscribe a las discusiones de lo expuesto por Robert Alexy, Ronald Dworkin, L.A. Hart., pero a su vez se hará una aproximación al planteamiento de cómo en la praxis judicial se pone de relieve la disyuntiva del acercamiento moral al derecho, y su puesta en evidencia a través del fenómeno de los principios.

⁴PULIDO, Bernal. El Derecho de los Derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2008, p 149.

⁵ García Jaramillo, L. “El neoconstitucionalismo en Colombia: Entelequia Innecesaria o novedad pertinente”. p.339

Se pondrá especial énfasis en esta relación en lo que se refiere a la actividad del juez, o su relevancia en el escenario de la decisión judicial, donde como se dijo, cobra vigencia el debate.

1.1 LA RELACIÓN MORAL – DERECHO: EL DERECHO COMO INTEGRIDAD EN DWORKIN

Antes de presentar los argumentos expuestos por Ronald Dworkin sobre lo que es su concepción del derecho como integridad, y a la vez ubicar parte de su discurso en lo que se ha denominado en la teoría jurídica el paradigma interpretativo del derecho, se precisa que en su descripción el teórico analiza el problema del derecho desde la tradición Norteamericana y la Inglesa, con sus particularidades, su jurisprudencia y la adjudicación de los jueces, lo que no significa tal y como lo expresa el propio Dworkin, que su tesis no pueda ser considerada en otras latitudes.

En relación con la discusión que se ha expuesto sobre el acercamiento entre la moral y el derecho, el debate requiere hacer remisiones a la exposición de la teoría del derecho según Ronald Dworkin, quien es un referente que de manera directa conecta la moralidad con el derecho, no pudiendo este ser ajeno a aquella, especialmente en lo que denomina moralidad popular⁶ de la que se ocupa en su concepto de Derecho como integridad, que a su vez sirve para justificar el poder coercitivo del Estado, y que es aceptado por la comunidad en general.

Antes de construir su noción de derecho como integridad, Sostiene el autor que la controversia sobre el derecho puede ser vista como una controversia teórica sobre lo que cada quien (jueces y abogados) considera debe ser el derecho, no obstante

⁶ Concepto de moralidad popular de una comunidad: "... grupo de opiniones sobre justicia y otras virtudes personales y políticas que la mayoría de los miembros de dicha comunidad que la mayoría de los miembros de dicha comunidad o tal vez una élite moral dentro de la misma considera una cuestión de convicción personal..." en Dworkin, R. *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Ariel Derecho, (2008). p. 78

se parte del supuesto de que existe al menos un acuerdo sobre los hechos y sobre los fundamentos de derecho, sobre lo que han dictado las que denomina “instituciones legales”, y lo que éstas han decidido con anterioridad, o se han pronunciado sobre algo, entonces esa será la ley, ese es el derecho, y a esto le denomina “el hecho evidente”. Para contradecir el posible desacuerdo teórico que ha planteado, se refiere a este hecho evidente y señala otro foco de la controversia que pone de relieve una discusión sobre moralidad; expresa entonces:

...el derecho sólo depende de hechos históricos evidentes, que el único desacuerdo sensato sobre el derecho es un desacuerdo empírico sobre que decidieron en el pasado las instituciones legales, que aquello que denomino desacuerdo teórico es ilusorio y mejor entendido como un argumento no sobre el derecho sino lo que éste debería ser... “⁷

Al expresarse lo anterior se está indicando que el desacuerdo es sobre cuestiones de moralidad y fidelidad y no sobre derecho, aquí se pone de relieve como en la praxis jurídica hay un aspecto moral no eludible y que se puede identificar aún más en la discusión teórica sobre el derecho a adjudicar que es planteada en las controversias que se ventilan en los escenarios judiciales, como cuando se debate un caso en un estrado y la solución al mismo no la informa una regla general de derecho dictada por el congreso (si nos referimos al caso local).

Partiendo de la base entonces de lo que ha de ser el derecho, esta cuestión (que debe ser el derecho) requiere un análisis de la práctica jurídica, especialmente en las decisiones que deben adoptar los jueces. Es al interior de los debates en la administración de justicia que se pueden rastrear la disparidad de conceptos, ya que por una parte jueces y por otra los abogados, deben exponer sus tesis para la solución de un caso. Esta actividad controversial, implica la exposición de

⁷idem p. 35

argumentos, hacer planteamientos que sustenten la manera en que cada uno considera se ha de resolver las cuestiones en debate, y de este modo poner de relieve el mejor derecho, según cada cual lo ha concebido. Está claro que se hacen entonces juicios de valor sobre cuál es el derecho para el caso particular y para ello se requiere el esfuerzo interpretativo de quien expone la solución.

Lo anterior evidencia como ya se dijo, la defensa de lo que se considera es el mejor derecho al momento de la adjudicación, dicha defensa no se reduce a la aplicación directa de los antecedentes legislativos, o la inclusión de las decisiones anteriores simplemente y en todos los casos, ya que hay situaciones en las que ni unos ni otros resuelven la controversia; o puede existir casos en los que la solución a la controversia, no responde a la necesidad de administración de justicia.

Si se trata de discutir sobre lo que debe ser el derecho, entonces hay que valorar, cual es el mejor derecho. Se expone entonces: "... el razonamiento legal es un ejercicio de interpretación constructiva, que nuestro derecho consiste en la mejor justificación de nuestras prácticas legales como un todo, que consiste en la historia narrativa que convierte a estas prácticas en lo mejor que pueden ser..."⁸

La preocupación sobre cuál es el mejor derecho, se justifica por su relevancia en la sociedad, finalmente toda la comunidad es la destinataria del derecho, está en contacto permanente con él, asume posiciones críticas sobre los fenómenos jurídicos, sobre lo que hace el derecho en la sociedad, y de alguna forma el derecho en pro de su aceptación general. El derecho necesita responder a las expectativas que sobre él se tiene, pero es finalmente en la decisión de un juez donde cobra mayor importancia el discernir cual derecho va a ser el centro de una decisión, cuales antecedentes hacen mejor su justificación, pues allí se materializa la norma que en principio es abstracta e impersonal; pero cuando se toma una

⁸Idem p. 11

decisión administrativa o judicial, hay una transformación de los hechos por el derecho, afectando al destinatario del mismo, “... *las personas pueden ganar o perder más por el asentimiento de un juez que por cualquier acto general del congreso o parlamento...*”⁹

En esa actividad judicial, expone Dworkin, las herramientas que tiene el juez, los antecedentes legislativos o las decisiones precedentes, muchas veces no ofrecen elementos para resolver lo que se le ha puesto en su conocimiento, aquellos no contemplan todas las situaciones que pueden darse y ser objeto de controversia jurídica, existen zonas oscuras en el derecho, pueden encontrarse vacíos, “*al juez no le queda ninguna otra opción de ejercitar la discreción de hacer una nueva ley llenando los vacíos allí donde la ley permanece en silencio y haciéndola más precisa allí donde es vaga*”¹⁰.

En estos eventos debe concentrarse el teórico, para describir su teoría sobre el derecho como integridad, en estos escenarios donde para tomar decisiones el juez acude a elementos que podrían pensarse extrajurídicos, pero que mirados como un todo hacen parte integral del derecho, si se parte del supuesto que el juez está interpretando para una comunidad que acepta esa interpretación, estos elementos son principios, valores morales de justicia, equidad y debido proceso según Ronald Dworkin, que constituyen la integridad que el describe, y que es aceptada por una comunidad.

Se ha precisado que en su teoría Dworkin, considera que existe una controversia sobre lo que debe ser el derecho, ha dilucidado un tópico en el debate que corresponde a lo que ha denominado *hecho evidente*, en el que no se requiere discusión alguna, ya que son supuestos fácticos y de derecho aceptados, sobre lo que como ya se dijo no hay controversia, ya que nadie discutiría si una ley

⁹Dworkin, R. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel Derecho, (1989). p. 15

¹⁰Dworkin, R. *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Ariel Derecho, (2008). p. 20

expedida por el congreso es o no derecho. La divergencia en cuestión, entonces se hace palpable al momento de discernir el “derecho” que va a solucionar un caso particular planteado y para ello cuando al juez, ni ley, ni antecedentes, satisface el resultado, pero debe darse una solución, escoger el mejor derecho es un asunto de interpretación y allí su teoría del derecho como integridad, responde las cuestiones que sobre el debate se plantean. El asunto es más apreciable cuando no hay regla jurídica que resuelva el caso controvertido. El juez no va a abstenerse de decidir si encuentra un vacío, se plantea ¿qué deben hacer los jueces ante la ausencia de ley?, se propone una especie de enmienda, ya que el juez decide sobre cuál es el derecho aplicable y su decisión en este caso corresponde entonces a la norma que crea, con un contenido moral que el administrador de justicia considera es la moral socialmente aceptada, avanzando al concepto que finalmente propone de comunidad íntegra.

Por otra parte y para explicar cómo es el debate sobre el derecho, a partir del cual justifica su teoría, Dworkin plantea un debate semántico sobre lo que se considera derecho, desde la posición del observador del fenómeno jurídico, ejemplificando como dos críticos pueden estar en desacuerdo sobre si un texto es o no un poema, o sobre si la fotografía es arte, o sobre lo que quiso decir un pintor en su cuadro. Al darse un debate semántico sobre el derecho ya se genera un problema, el cual hace necesario un proceso interpretativo.

Dworkin propone una descripción de fenómenos jurídicos que le permiten hacer una lectura sobre las diferentes posiciones teóricas de lo que es el derecho, para llegar allí hay todo un proceso de interpretación, plantea que no hay discusión de fondo sobre lo que es el derecho sino a partir de casos en los que a la regla jurídica (que no hay discusión sobre la identidad de la misma) les otorga efectos distintos en un mismo caso, proponiéndose así lo que él denomina el debate sobre teorías semánticas. Expresa igualmente que se considera el debate sobre el derecho como un debate aparente, porque en realidad no es sobre que es el

derecho, sino como decidir en el caso concreto, como debe ser aquel, asunto que se ha venido exponiendo, ya que es un punto de partida sobre la relación entre el derecho y moral que se expone, que a su vez es la integración de ésta a aquel en un sentido amplio.

Igualmente parte de la existencia de tres concepciones del derecho o interpretaciones de la práctica legal, 1) convencionalismo legal; 2) pragmatismo legal y 3) Derecho como integridad, que es su propuesta y que responde lo que las otras no alcanzan, en términos de resolver las diferentes inquietudes teóricas que plantea el concepto del derecho, expresando del derecho como integridad como *la mejor interpretación de aquello que hacen y parte de lo que dicen los abogados, profesores de derecho y jueces.* ¹¹ Arenglón seguido explica que el derecho como integridad en relación con su consistencia respecto a decisiones anteriores, o su coherencia con decisiones políticas anteriores que requiere: "... derechos y responsabilidades provienen de decisiones anteriores y por lo tanto tiene valor legal, no solo cuando están explícitas, en estas decisiones sino también cuando proviene de principios de moralidad personal y política que las decisiones explícitas presuponen a través de la justificación..." ¹²

Cuando Dworkin, expone el derecho como integridad le da la propiedad al derecho, de asumir si se quiere una postura moral que abarca la de una comunidad arriba definida, el derecho es entonces, como estado y comunidad un sujeto moral¹³. En este caso se plantea la existencia de una integridad política, que le impone al estado asumir principios¹⁴ coherentes y únicos, esa coherencia

¹¹Dworkin, R. Dworkin, R. *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Ariel Derecho, (2008). p. 77

¹²Ídem

¹³ La integridad se convierte en ideal político cuando requerimos lo mismo del estado o comunidad considerada como agente moral, cuando insistimos en que el estado actúe sobre una base de principios coherentes y únicos, aun cuando sus ciudadanos estén divididos sobre cuales son en realidad los principios de justicia y equidad correctos. Ídem p 125

¹⁴Los principios según Dworkin: "... un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la

de la que habla y que se convierte en una propiedad de su noción de integridad, ya que esa coherencia indica que no puede el derecho observarse de manera aislada en un presente, sin tener en cuenta las decisiones del pasado, tanto las políticas, como las decisiones que anteceden al momento que reflejan a su vez esa moral popular de la que se habla, pero que ahora ha de ser interpretada por el juez.

Se explica entonces el derecho como integridad como una fórmula en la que existen unos principios inmanentes al derecho: justicia equidad y debido proceso, pero adicionalmente el principio de integridad, como ideal, explicando que ante existencia en algunos casos de choque entre equidad y justicia la integridad ha de ser preponderante sacrificándose alguno de los dos para satisfacción de esta.¹⁵ A su vez el derecho como integridad, nos informa que éste está conformado tanto por reglas como principios y a su vez se podría incluir la interpretación que va transformando el derecho a través de las decisiones en determinados periodos de tiempo. Para Dworkin la integridad es un ideal, fusiona la vida política y la moral de los ciudadanos, y justifica la coerción oficial, que relaciona con el derecho, para abordar el debate del concepto de derecho. *Una concepción de derecho debe explicar de qué manera aquello que considera ser derecho proporciona una justificación general para el ejercicio del poder coercitivo del estado.*¹⁶

La integridad así definida, tiene la virtud de obrar en dos campos, tanto en la Legislación como en la Adjudicación, imponiéndose como una pauta que de algún modo restringe la actividad de la autoridad política y de otro lado le impondrá al juez el respeto por un grupo coherente de principios¹⁷. Se observa aquí como la teoría en descripción busca convertirse en un paradigma, modelo, que ha superado una noción positiva de derecho y que actúa como agente regulador si se

justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad...” Dworkin, R. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel Derecho, (1989). p. 77.

¹⁵Dworkin, R. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel Derecho, (1989). p. 133

¹⁶ Ídem p142

¹⁷ Ídem p 159

quiere, de la actividad legislativa y la judicial, que tienen una y otra el deber de asumir como propias ese ideal común, o se les impone una identidad: "... la integridad requiere que las normas públicas de la comunidad sean hechas y vistas, hasta donde sea posible, como que expresan un solo esquema coherente de justicia y equidad en la proporción correcta..."¹⁸

A su vez al momento de ventilarse los casos en los estrados judiciales y el operador judicial encuentre que para decidir, las reglas predeterminadas en decisiones pasadas no resuelven desde la óptica de la integridad la controversia presentada, se le permite, en aras de defender esos principios comunes apartarse de la postura que se le revelan los antecedentes: "... Es posible alejarse de las decisiones anteriores con tal de garantizar los principios concebidos como más importantes en el esquema en su totalidad"¹⁹...

Nótese entonces como una concepción de integridad, esta enlazada a la necesidad de adoptar una postura interpretativa, por parte del operador jurídico, ya que se deben identificar, principios que permitan adoptar decisiones que respondan a la definición del derecho como integridad y a su vez la integridad misma va a revelar la solución; la integridad instruye a los jueces a que identifique derechos y deberes hasta donde sea posible, bajo el supuesto que fueron creados por lo que el autor denomina la comunidad personificada, una expresa una correcta concepción de justicia y equidad.²⁰

Como consecuencia de lo que se expone, Dworkin desarrolla una idea de juez, que es poseedor del contenido del derecho como integridad, y quien con base en las reglas que le ilustran esta teoría del derecho, va a resolver los casos más complejos que se le presenten, el juez "Hércules". El autor para exponer su estructura interpretativa, supone la existencia de un juez imaginario con poder

¹⁸ Ídem p 160

¹⁹ Ídem

²⁰ Ídem p172

intelectual y paciencia sobrehumanos que acepta el derecho como integridad.²¹ De igual forma indica Dworkin en relación con el juez: *Debe hacer unos juicios: teoría coherente sobre derechos legales, busca la mejor interpretación, construye la interpretación a partir de principios.* Debe resolver las tensiones ya que los principios compiten entre sí, resolverá si *su interpretación sobre un punto de la red de estructuras y decisiones políticas, se acomoda a una teoría que justifique toda la red una teoría coherente*²².

Se ha dicho que la integridad refiere a una comunidad de principios, que interpretan la moral de una comunidad, que el juez interpreta este fenómeno, debe asumir una actitud interpretativa y definir cuál es la mejor interpretación para cada caso; *el derecho está estructurado por un conjunto coherente de principios sobre justicia, equidad y debido proceso y que los hagan cumplir en los nuevos caso que se les presente de modo que la situación de cada persona sea justa y equitativa según las mismas normas*²³. Esta actitud informa de igual manera una concepción interpretativa del derecho, *los jueces deberían decidir que es el derecho al interpretar la práctica de otros jueces cuando deciden que es el derecho*²⁴, entonces afirma Dworkin que las teorías del derecho de alguna manera comportan interpretaciones de la práctica judicial.

En dworkin, el derecho no se reduce a un sistema de reglas expedidas por una autoridad legítima, más allá lo integran una serie de valores y principios que coadyuvan a la interpretación de los fenómenos jurídicos, adosándosele a esta concepción la noción del derecho como una especie de comunidad íntegra, que asume conceptos morales sobre justicia, equidad y debido proceso.

²¹ Ídem p173

²² Ídem

²³ Ídem p287

²⁴ Ídem

1.2 MORAL Y DERECHO EN ALEXY

En la discusión en torno a qué tipo de relación se establece entre el derecho y la moral, es necesaria la referencia a uno de los teóricos que tiene vigentes sus desarrollos en el campo de la teoría del derecho y quien de manera abierta ha abordado la controversia que se viene exponiendo. Los estudios de Robert Alexy, son un paso obligado si se pretende revisar el tema de la relación derecho y moral, tanto en su afirmación como en su negación, que como se ha dicho es un debate tradicional.

El autor en mención en su concepto del derecho frente a la relación que se plantea entre el derecho y la moral, defiende la tesis de la vinculación en oposición a las teorías positivistas del derecho sobre ese punto, y presenta argumentos que según su apreciación pueden eventualmente constituir el derrumbe del positivismo como teoría jurídica, en el sentido de que dicha convergencia es necesaria y no contingente; para hacerlo, expone las hipótesis de la vinculación y de la separación. Alexy, afirma que derecho y ley pueden converger, pero a su vez que la ley no es todo el derecho y allí pone de manifiesto lo que puede constituirse como su argumento central: como la moral funge como un elemento de corrección del derecho, y ya que un sistema jurídico tiene una pretensión de corrección, que puede ser en mayor o menor medida, existe una relación de vinculación necesaria entre el derecho y la moral. A su vez considera que la corrección en el derecho para describir su concepto de derecho, es un factor clasificante de los sistemas jurídicos y cualificante para las normas que están dentro del sistema, si en alguna medida éstas satisfacen la aludida pretensión de corrección.

Del mismo modo parte de la defensa de su tesis, con lo cual pretende demostrar su vigencia, la desarrolla analizando en el sistema de derecho, elementos normativos como los principios, cuya definición desenmascara una relación entre el derecho y la moral. Precisamente partiendo de la teoría de los principios, se

incluye en su sustentación, el argumento de que las decisiones en el derecho tiene una pretensión igualmente de justificación y en esta pretensión, los argumentos que presentan quienes intervienen en una decisión jurídica, deben buscar elementos metajurídicos, para la aplicación correcta del derecho. Vale precisar, que en este último aspecto Alexy, a diferencia de Dworkin, considera que no existe una sola respuesta correcta para la solución de un caso en el derecho, sino que a partir de la justificación de las decisiones, sobre el debate de los argumentos pueden producirse muchas respuestas, siendo la que mejor se justifica en una situación determinada la que finalmente se adopte.

En los siguientes párrafos, se hará una aproximación a la postura sobre el planteamiento que se observa en la teoría expuesta por Robert Alexy para describir su concepto del derecho, en el cual se entiende inmanente su relación conceptual con la moral desde lo que denomina la pretensión de corrección.

En Alexy como en Dworkin, la discusión sobre lo que es derecho tiene un componente semántico, cuál es el concepto de derecho, será el punto de partida para estructurar argumentos que apoyen su acercamiento o distanciamiento con elementos morales, se expuso que en relación con Dworkin, los jueces al decidir deben acudir a diferentes categorías normativas, dentro de las cuales elementos morales son tenidos en cuenta para la solución de una controversia (esta tesis se observa en Robert Alexy, en relación con la justificación en la aplicación del derecho), su noción de derecho como integridad afirma ese vínculo entre derecho y moral.

Se critica el positivismo que como teoría jurídica precisa el rechazo de la moral y su contacto con el mundo jurídico, y como el concepto del derecho para dicha teoría va a depender de lo impuesto y lo eficaz, dejando a un lado la corrección del contenido²⁵.

²⁵ ALEXY Robert, El concepto y la validez del derecho, Barcelona, Gedisa, 2008, P 14

Juristas y abogados, comunidad en general asumen lo que es el derecho como algo evidente (en Dworkin el hecho evidente), asunto que Alexy considera en principio haría superflua o innecesaria la discusión sobre qué es derecho, no obstante en los caso denominados difíciles, oscuros o de penumbra, se pone de manifiesto el concepto de derecho que en palabras del teórico subyace a la práctica jurídica²⁶. Aquí se expone una relevancia de un concepto de derecho que en un momento dado se relaciona con la justificación de la decisión en práctica judicial, derecho que no se circunscribe a la regla de derecho dictada por el legislador constitucionalmente autorizado, pues el autor entiende que derecho y ley pueden converger y a su vez el derecho puede actuar como correctivo de esa ley, *encontrarlo y realizarlo en las decisiones es la tarea de la actividad judicial*²⁷. De ahí la crítica al positivismo, que identifica el derecho con la totalidad de la leyes escritas, y cuando el operador jurídico se enfrenta a casos dudosos, la tesis más radical del positivismo no ofrece una salida, en tanto que no puede afirmarse que el sistema jurídico positivo no tenga lagunas legales y entonces deban decidirse estos casos con factores extrajurídicos. Asunto que como se verá en H. L. A. HART, se reconoce que en casos difíciles el juez crea derecho.

Se ha dicho entonces que tanto en Dworkin como en Alexy, la relación moral y derecho es conceptual e importa para el concepto de derecho. Robert Alexy, en su explicación del concepto de derecho, relaciona tres elementos, *legalidad conforme al ordenamiento b) eficacia social c) Corrección Material*.²⁸ La corrección es un factor que permite identificar concepciones de derecho positivistas y no positivistas, quien la excluye atendiendo a) y b) se encuentra en una posición positivista, y que excluye a) y b) supone al derecho como un fenómeno iusnatural²⁹. Como se dijo, la pretensión de corrección aquí es un aspecto

²⁶ibid., p. 15

²⁷Cita de Robert Alexy sobre el argumento expuesto por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en el caso de la princesa Soraya (Alexy R, 2008, P18)

²⁸ibid., p. 21

²⁹Ibid.,

nuclear, Alexy la explica como una pretensión de justicia, quien crea la norma y quien la aplica, lo hace con algún grado de pretensión de justicia, que en todo caso es una valoración moral.

Cuando se hace referencia al término pretensión, Alexy la relaciona con el punto de vista de un sujeto que ha denominado en su teoría el “participante”, éste es quien formula la pretensión de corrección, es quien adopta el punto de vista interno, es quien hace el derecho³⁰, se refiere entonces de igual modo al juez, que no es el único participante, pero importa en este caso el Juez, quien aplica el derecho, y en virtud de la aludida pretensión esta aplicabilidad del derecho ha de ser un derecho correcto, con valores de justicia, ya que un derecho injusto no puede ser tenido por tal. Este último argumento lo toma Alexy de la fórmula radbruchiana³¹, de manera que, como ya se dijo, la corrección en el derecho le otorga una dimensión ideal³², que se traduce en un derecho justo.

Como ya se sostuvo, la pretensión de corrección implica una pretensión de justificabilidad, se busca encontrar una respuesta correcta, no la única ya que *la pretensión de justificabilidad crea la posibilidad de presentar mejores contra-argumentos, que pueden cambiar la práctica de justificación en el futuro.*³³

Siguiendo con el argumento de la pretensión de corrección, en el que se entiende que en el derecho subsiste un plus de justicia, se propone que *un sistema normativo pierde su carácter jurídico si, en general, es extremadamente injusto*³⁴, indicado Alexy para este análisis dos tesis, la de la irradiación y la del derrumbe, la primera consiste en que si las normas substantivas básicas de un sistema no tiene

³⁰ Cita a Robert Alexy, en la pretensión de corrección en el derecho – la polémica sobre la relación entre derecho y moral, Robert Alexy /Eugenio Bulygin, serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, universidad externado No 18 Bogotá 2001, introducción Paula Gaido p. 21

³¹La fórmula Radbruchiana indica que un sistema jurídico extremadamente injusto no es derecho, ilustrando dicha tesis con el ejemplo de la ordenanza 11 sobre la ley de ciudadanía del Reich.

³²ibid., p. 25

³³ibid., p. 29

³⁴ALEXY Robert, El concepto y la validez del derecho, Barcelona, Gedisa, 2008., p 69

el carácter de jurídico, todo el sistema tendrá esta carencia y a su vez en la segunda, el sistema jurídico se derrumba cuando hay que negar el carácter jurídico a muchas normas, y debe leerse “carácter jurídico” como pretensión de justicia³⁵, se observa aquí como la pretensión de corrección tiene el carácter definitorio del derecho.

Sumado a la ya reiterada tesis de pretensión de corrección del derecho, también se intenta demostrar su relación con la moral a partir de la teoría de los principios³⁶. En el argumento de los principios, se parte de la base de que en el derecho positivo – recogiendo a Hart- opera una estructura abierta, cuando no se adopta una decisión a partir de las herramientas ofrecidas por el derecho, en el punto de vista de la teoría positivista, los argumentos son extra jurídicos; sin embargo si se tiene en cuenta el argumento de los principios, *el juez, también en el ámbito de apertura del derecho positivo, es decir del derecho impuesto y eficaz, esta jurídicamente ligado, y lo está de una manera que crea una vinculación necesaria ente el derecho y la moral*³⁷. Para aclarar este punto de su argumentación Robert Alexy trae a colación la decisión del tribunal constitucional federal:

*“el derecho no es idéntico a la totalidad de las leyes escritas. Frente a las disposiciones positivas del poder estatal puede existir circunstancialmente un plus de derecho, el juez en casos dudosos, sobre bases extrajurídicas, estando autorizado para hacerlos por el legislador de manera que la decisión del juez es derecho”*³⁸

Se nota como para el concepto de derecho importa la pretensión de corrección, y ésta es rastreable en la praxis judicial, cuando se aplican principios. Tanto Alexy,

³⁵ Ibid.,

³⁶ Ibid., P 79

³⁷ Ibid., p 74

³⁸ Ibid.,

como Dworkin, hacen una caracterización de los principios, distinguiéndolos de las reglas, aquí vale la pena traer dicha ilustración: Las reglas son *normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva*³⁹, las denomina mandatos definitivos aduciendo que su forma de aplicación es mediante el método de la subsunción. En el caso de los principios, éstos los denomina *mandatos de optimización*: “... *normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no solo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas...*”⁴⁰

Con el mismo esquema con el que plantea Alexy, elementos para un concepto de derecho, se pronuncia sobre su validez, en el primer caso hay que tener en cuenta los elementos de legalidad conforme al ordenamiento, eficacia y corrección material y en contraste con la validez del derecho entonces, corresponde tres conceptos, el jurídico, el sociológico y el ético⁴¹, siendo en este último caso la pretensión de corrección como requerimiento para la validez.

En relación con la validez de la norma, se recoge la ubicación de validez de Kelsen (norma fundamental), Hart (regla de reconocimiento), en el caso de la primera la validez de una norma se encuentra en otra y en el segundo caso, la *rule of recognition* conformada por las reglas de la constitución que dice que es derecho válido⁴². Alexy consiente que la validez de una norma implica como ya se dijo los tres componentes, pone de relieve de nuevo la necesidad de la pretensión de corrección, mostrando que la validez de la misma desde el positivismo no tiene una secuencia lógica, donde no se explica cómo se llega al deber de cumplir una norma por el solo hecho de hallar su validez en otra. Aquí es donde se introduce en la formulación la pretensión de corrección como pauta moral.

³⁹Ibid.,p 75
⁴⁰ibid

⁴¹Ibid., p 87

⁴²Ibid., p 104

A partir de esa pretensión de corrección define el derecho, en donde se incorporan los elementos de la validez arriba descrita, no obstante aclara Alexy, que esta definición es desde la perspectiva del participante, que como ya se indicó es aquel que se encuentra dentro del sistema – toma partida en el debate- y no es un observador externo, como es el caso del juez.

Esta definición incorpora la tesis de la vinculación, sirve a la relación conceptual que aquí se expone, al señalar por una parte la pretensión de corrección – derecho justo- se incluye en la definición del derecho todo elemento de carácter normativo que participa en el sistema, normas promulgadas por autoridad legítima, conforme a la constitución, los principios y las decisiones de los jueces. En el caso de los principios expresa Alexy, es claro que al aceptarlos dentro del sistema jurídico se evidencia la relación derecho y moral: “... *El carácter de los principios significa que no se trata simplemente de normas vagas, sino que con ellas se plantea una tarea de optimización. Dicha tarea, es en cuanto a la forma, jurídica; en el cuanto al fondo, sin embargo, es siempre también moral, a causa de su contenido moral...*”⁴³

En lo que sigue se retomará la idea que en la praxis judicial está vigente la pugna teórica sobre relación moral y derecho, y se recogerán algunos argumentos que permiten poner de manifiesto esta hipótesis, vale señalar ahora, que esta cuestión se hace relevante cuando en la decisión judicial se suscita una colisión de principios.

⁴³ ROBERT Alexy, Derecho y Razón Práctica, biblioteca de ética, filosofía de derecho y política, distribuciones fonamara, México 2002. p 14 y 15

1.3 ACERCAMIENTO A LA PREGUNTA POR LA RELACIÓN MORAL Y DERECHO EN HART

Un punto de vista que difiere de los teóricos precedentes es el que representa L.A. Hart quien describe el concepto de derecho desde una perspectiva positivista, frente a la cual Dworkin plantea su crítica. Mientras Hart precisa que no existe una relación necesaria entre el derecho y moral, en oposición a Dworkin, describiendo al derecho como un sistema de reglas primarias y secundarias, para el autor del Imperio de la justicia un concepto de derecho como interpretación incorpora necesariamente categorías distintas de las reglas, como es el caso de los principios, considerando a su vez que valores morales como la justicia, son tenidos en cuenta por el juez para adoptar una decisión.

Hart al hacer su descripción del concepto de derecho ha de referirse de alguna manera a la actividad del juez, aspecto relevante para esta primera parte, y que coadyuva al análisis de la pertinencia de la teoría jurídica en la actividad judicial, especialmente en las decisiones judiciales en la que se resuelven casos controvertidos.

L.A.Hart como ya se dijo, representa una visión positivista en la teoría del derecho, que en la controversia que se plantea representa las tesis cercanas a la separación entre derecho y moral, y rechaza la idea de una conexión necesaria entre derecho y moral. Hart no descarta que en algunos escenarios la moral y el derecho se encuentran, ni niega que pueden existir reglas de derecho que recojan reglas morales; sin embargo por oposición a quienes defienden la tesis de la vinculación, considera que la conexión entre moral y derecho no es necesaria para la elaboración de un concepto de derecho, y el sistema jurídico funciona como tal sin hacer referencias a valores morales adoptando para ello igualmente lo que él propone como el punto de vista interno y externo de un observador del sistema, y

construye la tesis de las reglas primarias y secundarias y la regla de reconocimiento.

Para explicar su concepto del derecho y con esta teoría refutar la tesis de la vinculación, Hart sostiene que en el derecho es necesario establecer cuál es el derecho válido, indicando que la validez de una norma de derecho se encuentra en otra regla jurídica y no en normas sociales o morales. Las reglas primarias son aceptadas por la colectividad y se refieren más que todo a derechos subjetivos; que ya en el caso de las secundarias, éstas son reglas que facultan la producción o derogación de otras reglas, y de ahí su elaboración en torno a la regla de reconocimiento que es fuente de validez. La conformidad de una regla con la regla de reconociendo entonces es la que permite juzgar si se trata de derecho válido.

El teórico en mención acude entonces a diferentes argumentos para sostener su tesis de la no vinculación, y acude a criterios como el de “importancia” que también sirve para distinguir las reglas morales de las jurídicas:

“... la importancia, sin embargo, no es esencial al status de todas las reglas jurídicas como lo es el status de las reglas morales. Es posible que una regla jurídica sea generalmente concebida como algo cuya preservación carece de toda importancia; en verdad puede haber consenso general de que debiera ser derogada. Sin embargo continúa siendo una regla jurídica mientras no se la derogue. Por otra parte, sería absurdo pensar que una regla forma parte de la moral de una sociedad aun cuando nadie la considerara ya importante o digna de ser conservada...”⁴⁴.

Otro aspecto diferenciador es que en el caso de las reglas morales éstas, son inmunes al cambio deliberado, en tanto que las jurídicas son susceptibles de ser

⁴⁴H. L. A. Hart, el concepto de derecho, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1998, 217p

derogadas de manera deliberada por parte del legislador⁴⁵. Hart indica que pueden haber varias relaciones entre el derecho y la moral pero esto no obsta para que los criterios de validez de una norma tenga que incluir una referencia a la moral o a la justicia⁴⁶, por oposición como ya se dijo a los anteriores teóricos quienes aceptan una conexión necesaria, ya sea en el caso de la pretensión de corrección del derecho en ALEXY, o el concepto de derecho como integridad de Dworkin.

Como un aspecto importante en la propuesta de Hart, el criterio de validez del derecho, se ha de identificar una “fórmula” que hace que las reglas dictadas por un soberano sean atendidas y a su vez permitan la continuidad en la producción legislativa;⁴⁷ así se destaca entonces la existencia de una regla especial como el enunciado de que en un grupo social el legislador tiene ese derecho porque existe la regla que lo habilita, como regla de reconocimiento, que no es una sola en la teoría del autor citado sino que existe también en categorías⁴⁸, aquí hay que hacer la precisión de que en este concepto de derecho, derecho no es todo el derecho legislado, pues hasta el mismo legislador tiene límites.

Para llegar al conocimiento de cuál es el derecho vigente en una determinada sociedad, y el derecho válido, estructura el teórico lo que denomina la regla de reconocimiento, y antes de definirla construye toda una teoría alrededor de esta, señalando que hay varios tipos de reglas de reconocimiento, que la misma tiene como función principal determinar la validez de una regla del sistema y por ende del sistema mismo, es decir una norma es derecho y es derecho válido si satisface las características de la regla de reconocimiento⁴⁹ y ésta a su vez no funda su validez en otra.

⁴⁵ Ibid 219p

⁴⁶ Ibid 229p

⁴⁷ Ibid, 69p

⁴⁸ Ibid, 75p

⁴⁹ Ibid, 129p

Es pertinente la adopción del método de identificación del derecho y derecho válido a través de las reglas de reconocimiento, para el planteamiento que se viene haciendo en este primer capítulo, ya que los jueces en la teoría de Hart, pueden de manera consiente o no asimilarlas, indica L.A. Hart: “... *el uso, por los jueces y otros , de reglas de reconocimiento no expresadas, para identificar reglas particulares del sistema, es característico del punto de vista interno...*”⁵⁰, de hecho el planteamiento de la existencia de tales reglas, obedece a la observación que hace el autor de los fenómenos jurídicos, según Hart: “... *la regla solo existe como una práctica compleja , normalmente concordante, de los tribunales , funcionarios y particulares , al identificar el derecho por referencia a cierto criterios. Su existencia es una cuestión de hecho...*”⁵¹

La identificación de tales reglas resulta de gran importancia ya que a partir de ellas se puede *reconocer o clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales, y frente a cualquier regla es posible distinguir casos centrales claros, a los que ella sin duda se aplica,*⁵² también en el caso contrario para establecer si en determinada circunstancia esa regla no ha de aplicarse, lo anterior como consecuencia del lenguaje jurídico, que reconoce Hart, al exponer la indeterminación del derecho⁵³, y la textura abierta de sus reglas; asunto que se evidencia como un problema interpretativo, habrá que escogerse la regla que define el caso particular y es un asunto del resorte del operador jurídico, pues *ni la regla puede por sí misma reivindicar sus propios ejemplos...*⁵⁴ . En este último aspecto, se reitera como Hart, reconoce que el derecho aún en su descripción a partir de reglas, por su textura abierta, genera problemas en la interpretación, y describe entonces la existencia de otras reglas como lo son los cánones de interpretación, de los que acepta *no pueden eliminar aunque si disminuir, estas*

⁵⁰Ibid, 127 y 128p

⁵¹ Ibid, 137p

⁵² Ibid, 152p

⁵³ Ibid, 155p

⁵⁴ Ibid, 157p

*incertidumbres; porque estos cánones son a su vez reglas generales para el uso del lenguaje, refiriéndose a su vez a la falta de certeza del lenguaje jurídico.*⁵⁵ Hay momentos en los que la forma como esta presentado el lenguaje de la regla, no permite en un caso particular conocer el contenido de la misma, o prestar todos los ejemplos posibles.

Es importante este desarrollo teórico, para esta primera parate, en la medida en que Hart, describe o caracteriza mejor, la manera como se presenta el derecho y se va creando como reglas a partir de fenómenos sociales, y que el alcance o significado de alguna de estas puede variar en diferentes ámbitos espaciales o temporales, así como el concepto de ella misma, y será la creación de reglas asunto pertinente ante la textura abierta del derecho o de algunas normas jurídicas. Hart indica como son jueces, tribunales y algunas autoridades quienes dan contenido y ayudan a esclarecer puntos vagos del derecho y crean nuevas reglas, que sirven como referentes para adoptar decisiones: “... *La textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran halar un compromiso, a la luz delas circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso...*”.⁵⁶

Ya desde el punto de vista de la práctica judicial y los fenómenos de interpretación del derecho, cada paradigma jurídico defiende también la interpretación de acuerdo con su concepto, y es ahí donde tal vez se matiza el positivismo de Hart, pues de acuerdo con su descripción del derecho como sistema de reglas primarias y secundarias, debe aceptar que hay casos en los que el juez no encuentra en dicho sistema una solución, teniendo que acudir a criterios extrajurídicos, lo que denomina discrecionalidad del juzgador⁵⁷, que en la práctica implica que si el juez

⁵⁵ Ibid, 158p

⁵⁶ Ibid, 168p

⁵⁷ Ibid, 15p : “... todas las reglas poseen una penumbra de incertidumbre donde el juez tiene que elegir entre alternativas...”

no encuentra en el ordenamiento jurídico una norma aplicable al caso, deberá hacer uso de otro tipo de normas, que pueden ser *morales*.

1.4 PERTINENCIA DE LAS DISCUSIONES TEÓRICAS EN LA PRAXIS:

Hasta este punto se han revisado algunas de las ideas de los filósofos del derecho con reciente influencia en la discusión que se promueve, en dicha exposición se ha tratado de mostrar sus distancias y cercanías, siguiendo como hilo conductor el problema en torno a la vinculación de la moral y el derecho en la construcción de un concepto de derecho. La moral aparece en el concepto de derecho como integridad de Dworkin vinculada a los elementos que el juez toma para adoptar un decisión, o en la hipótesis de Hart en la explicación de la textura abierta del derecho y la discrecionalidad del juez a falta de regla jurídica aplicable a un caso (como se precisó en reiteradas de las referencias expuestas) y finalmente en la pretensión de corrección del derecho expuesta por Robert Alexy.

Como colofón de este primer capítulo, se ha de justificar su intención, en la pertinencia de la interpretación para la solución de un problema jurídico, a partir de lo que cada administrador de justicia juzga que es derecho, pues de alguna manera su posición va a determinar que recursos jurídicos, teóricos y éticos que serán la base de su respuesta.

Este acápite, pone de manifiesto la necesidad de acudir a la teoría jurídica para la comprensión de la forma como se han de interpretar los fenómenos jurídicos en eventos en que no hay una regla jurídica precisada para resolver una controversia, o en el escenario en que se discute la garantía de una norma con contenido indeterminado, o a manera de principio, como es el caso de los derechos colectivos, que no están relacionados de manera taxativa y el legislador no ha proveído unos linderos en su contenido que permitan de manera indiscutible su aplicación. Aquí es donde la teoría de principios jurídicos se pone de relieve; estas

normas que son derecho indudablemente, de las que se exige su materialización, no pueden ser aplicadas en un simple ejercicio de subsunción, pues como lo explicó Alexy (recojo una cita anterior), en su construcción o formalización no tienen como las reglas una consecuencia jurídica definitiva cuando se cumple el tipo de hecho.⁵⁸

En el capítulo que sigue, se hará referencia a cómo operan los principios en el contexto constitucional contemporáneo, identificando allí un nuevo paradigma interpretativo, donde como se dijo la teoría jurídica cobra vida en el contexto de la praxis judicial.

Se recoge pues lo expuesto por el profesor Atienza en su respuesta a la pregunta, *qué puede hacer la teoría-o la filosofía-del Derecho por la práctica jurídica?*⁵⁹.

Son esenciales los aportes de la teoría pues es natural a la comprensión de los fenómenos jurídicos y precisar entre otras cosas el fin mismo del derecho, aporta a la argumentación jurídica, y en el caso que trata este trabajo de aplicación, parafraseando a Atienza su tarea es *contribuir a aclarar las cosas*⁶⁰, especialmente como se viene reiterando, cuando el juez debe decidir sobre la base de principios que será el aspecto central conductor del siguiente capítulo.

La teoría del derecho, o las teorías, sustentan la práctica; la defensa de cómo se debe decidir, qué elementos deben adoptarse para la decisión y en cuales argumentos se funda, para el caso de los administradores de justicia no es asunto de ignorar, y que de igual forma se pueden rastrear en los fallos. En párrafos atrás se hizo referencia a los casos denominados difíciles, recurrentes en cualquier tribunal, y donde para su solución no se aplica la subsunción propia en el llamado silogismo jurídico, y aquí la lógica entonces *no produce la decisión, sino que lo*

⁵⁸ ALEXY Robert, El concepto y la validez del derecho, Barcelona, Gedisa, 2008., p 75

⁵⁹ Esta pregunta corresponde a la introducción del capítulo 1 de Atienza, Manuel, Cuestiones Judiciales, Distribuciones Fontamara: México, 2002.

⁶⁰ Atienza, Manuel, Cuestiones Judiciales, Distribuciones Fontamara: México, 2002, p 9

*que produce son razones un tipo de razones-para juzgar es decisión*⁶¹, que en todo caso ha de darse. La manera como el juez recibe la teoría va influir en su práctica, si es posible una decisión objetiva o si existe un grado de subjetivismo en ella.

En la teoría se observa, en el debate sobre la existencia de una única respuesta correcta en el derecho, que en estos escenarios es en los que la justificación requerirá un esfuerzo teórico por parte del juzgador, sobre todo en los denominados casos difíciles. La justificación de la respuesta o decisión, debe necesariamente poner de relieve los elementos que el juez considera fuertes y que en su criterio hacen que deba ser aceptada. No en todos los casos se puede justificar solo con criterios jurídicos, retomando a Atienza, *la justificación de la decisiones judiciales implica necesariamente la utilización de normas y principios morales*⁶²; y también su cita a Carlos Nino: “... las normas jurídicas no constituyen razones autónomas para justificar decisiones, sino que toda justificación es una justificación moral...”⁶³. Desde luego que no se trata de defender a ultranza la tesis de la vinculación, lo que se busca es poner de presente que se ha superado ya la exégesis y el formalismo, lo cual permite explicar escenarios de *activismo judicial*. En el caso local, claramente se ve como la teoría jurídica permea las decisiones de las altas cortes. Reflejo de ello, en la *teoría impura del derecho*⁶⁴ Diego Eduardo López Medina, expone como la cultura latinoamericana ha recibido la Teoría Jurídica producida en otras latitudes (especialmente en Europa y los Estados Unidos), y en el caso Colombiano su incorporación se ha notado en la argumentación de las altas cortes. Independientemente de la correcta lectura que haga o no la corte de las obras canónicas, algunas sentencias expresamente acuden a teóricos en la sustentación de sus argumentos, para describir el derecho de acuerdo con el nuevo modelo constitucional, donde se ha puesto de relieve la

⁶¹ Ídem, p 12

⁶² Ídem, p19

⁶³ Ídem.

⁶⁴ López Medina, Diego Eduardo, *Teoría Impura del Derecho – La transformación de la cultura jurídica latinoamericana-*, Legis Editores, Bogotá, 2009.

teoría jurídica. Basta hacer una breve aproximación a algunas decisiones de la Corte Constitucional de Colombia, para reconocer la vida que tienen los conceptos tratados o contruidos por diferentes teóricos extranjeros.

La Corte Constitucional colombiana puede servir de paradigma para la hipótesis que se viene exponiendo, que con el deber a cuentas de justificar sus decisiones, se ve abocada a acudir a la teoría jurídica (sin juzgar como ya se dijo la adecuada o no adopción de la misma) para resolver problemas que desde el inicio de su existencia como tribunal constitucional, ha debido conocer, en algunos relacionados con la vigencia del orden jurídico, la validez, o la eficacia de las normas, el cambio de hermenéutica, los derechos y libertades, entre otros.

Es así como podemos ver entonces referencias a Hart y Dworkin en sentencias como la T-406 de 1992⁶⁵, en la descripción del papel del juez en el derecho y la distinción entre principios, valores y reglas, esta sentencia paradigmática por abordar los diferentes tipos de normas en nuestro ordenamiento jurídico y la justificación de los fallos en este contexto constitucional. Del mismo modo se puede observar en la sentencia C-544 de 1992 en la que la Corte Constitucional decide declararse inhibida de pronunciarse sobre los artículos y párrafos transitorios de la Constitución de 1991, reflexionando sobre la validez de una norma jurídica, vinculando a su argumento las descripciones de Kelsen y H. L.A. Hart.; el primero respecto de su norma fundamental y éste último su regla de reconocimiento, decidiendo finalmente la Corte Constitucional, como escenario imposible darle mayor o menor jerarquía a un artículo transitorio de la propia constitución respecto de uno que no lo es. En el mismo sentido argumentativo, en la Sentencia C-486 de 1993⁶⁶, la Corte cita a Hart, haciendo referencia de nuevo a su regla de reconocimiento, para tratar un tema de tránsito de constitución. También se puede rastrear la cita a John Rawls, en la sentencia que aborda el

⁶⁵ Sentencia C-406 de 1992, MP Ciro Angarita.

⁶⁶ Sentencia C-486 de 1993, MP Cifuentes Muñoz.

tema de las libertades en relación con el consumo de drogas, la C-224 de 1994⁶⁷. El evento en el que la Corte trató el tema de la *Eutanasia*, providencia en la que se hace referencia a Dworkin en el salvamento de voto del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, refiriéndose a los diversos elementos morales y políticos de los que hace uso el juez para adoptar una posición frente al caso que decide.

Para cerrar este listado de referencias jurisprudenciales, que son apenas una muestra, se pueden citar decisiones más recientes, como las proferidas en las sentencias C-122 de 2011⁶⁸ y la T-556 de 2011⁶⁹, en donde la Corte acude a Dworkin nuevamente, en la primera resolviendo conceptos sobre hermenéutica en un caso relacionado con la participación de minorías políticas y la oposición en las mesas directivas de senado y cámara; en tanto que en la segunda sentencia, se tutelan los derechos fundamentales del actor, revocándose la sentencia proferida por la sala laboral de un tribunal que negó la existencia de una relación laboral, por no tener el valor normativo de los derechos enunciados en la Constitución.

Estas sentencias se muestran como el producto de una praxis judicial que atiende una realidad que como se plantea es incontrovertible, y es que los jueces y en general los operadores jurídicos adoptan posiciones teóricas para endurecer sus argumentos, esto necesariamente trayendo a Ferrajoli, indica como la ciencia jurídica tiene un alto componente pragmático, rechazando su neutralidad predicada en los conceptos positivistas, esto pone de relieve la necesidad y se reitera la pertinencia de la teoría jurídica para la judicatura y en general para toda práctica del derecho, pues no se puede desconocer hoy *la inevitabilidad de los juicios de valor en los discursos de los juristas*⁷⁰.

Con todo, se ve presente en nuestro contexto jurídico, un marco teórico en la jurisprudencia, que mantiene la vigencia de la crítica de la necesaria vinculación

⁶⁷ Sentencia C-221 de 1994, MP Carlos Gaviria Díaz.

⁶⁸ Sentencia C-122 de 2011, MP Juan Carlos Henao Perez

⁶⁹ Sentencia C-556 de 2011, MP María Victoria Calle Correa

⁷⁰ Ferrajoli, Luigi, *Epistemología Jurídica y Garantismo*, México: Fontamara. 2004, p 112 y p 116

de elementos morales en la concepción del derecho, que cobra auge en un catálogo de principios en primer lugar consagrados en la constitución política, que requieren ser nutridos de conceptos que solo se obtienen acudiendo a esos marcos teóricos, cambiando de paso la forma de percibir y operar el derecho a las actuales generaciones de juristas, para concluir señalando que es precisamente la prolija utilización de normas con contenido de principios en nuestro derecho, la que exige por una parte un cambio en la forma de interpretar los fenómenos jurídicos y a su vez por otra, disminuye la brecha entre la moral, la política y el propio derecho⁷¹.

⁷¹Atienza, Manuel, Cuestiones Judiciales, Distribuciones Fontamara: México, 2002, p 9

2. LA APLICACIÓN DE PRINCIPIOS: PROPUESTA DESDE EL NEOCONSTITUCIONALISMO

En el capítulo anterior, se expone la discusión que en la teoría y la filosofía del Derecho da cuenta de los elementos del debate en torno a la existencia o no en el sistema jurídico de categorías normativas distintas a la ley como regla de derecho, es decir que plantea la disputa en torno a principios. Las cuestiones allí expuestas cobran vida en el marco de los Estados Constitucionales, que como en el nuestro, poseen una Constitución con pluralidad de normas contenidas en ellas, cuya forma dista mucho de las reglas. De ahí que uno de los elementos del debate este referido al valor de las normas contenidas en la Constitución, normas que son el centro de atención en los sistemas jurídicos contemporáneos. Esta circunstancia de paso trae nuevos y distintos problemas de interpretación que se han de evidenciar especialmente en la actividad judicial, así como en la aplicación de los derechos consagrados en la Constitución.

En este papel protagónico del derecho desde la constitución, se pueden identificar algunos fenómenos como el activismo judicial o constitucional, la interpretación de la ley a la luz de la constitución y la modificación del sistema de fuentes a través de las decisiones de las cortes constitucionales, todos marcados por la inclusión de diferentes categorías normativas como los valores, reglas y principios en el texto constitucional, en donde cobra relevancia la forma en que se decide cuando se trata de resolver conflictos entre principios y entre éstos y reglas, elementos todos de obligatorio abordaje en el análisis del problema objeto del trabajo que se presenta.

Así las cosas, en este capítulo se aborda el desarrollo conceptual del neoconstitucionalismo, se exponen brevemente los elementos de este enfoque y su incidencia en el contexto jurídico colombiano por considerar que ofrece respuestas a los problemas arriba enunciados; las características del

neoconstitucionalismo, así como las particularidades que presenta en torno a la interpretación constitucional como el cambio de paradigma interpretativo en la incorporación de normas con forma de principios jurídicos, serán objeto de revisión. Lo anterior para dar paso al análisis de la ubicación constitucional y legal del principio de la *moralidad administrativa*, incluido dentro del catálogo de consagraciones constitucionales incorporado en la Constitución de 1991.

Dado que el principio de la moralidad administrativa y la forma en que es aplicado por los Jueces constituye uno de los principales objetos de análisis del presente trabajo, se expondrán los elementos teóricos que permitirán analizar su estructura como principio y también como derecho colectivo. Para esto será necesario hacer una distinción entre las diferentes categorías normativas y al final desarrollar la ubicación de la Moralidad Administrativa dentro del marco legal colombiano y en la función administrativa.

2.1 NEOCONSTITUCIONALISMO Y DECISIONES DE LOS JUECES BAJO ESTE PARADIGMA.

En relación con la expresión neoconstitucionalismo se han tejido controversias sobre si es o no correcta dicha expresión y sobre su alcance. En el presente apartado se pretende exponer lo que se ha conceptualizado en torno a dicho enfoque con el fin de adoptar una noción que sirva como punto de partida para la exposición de sus características, con miras a identificar su desarrollo en el derecho colombiano.

Se puede afirmar que aun hoy no es posible emitir una definición unívoca de neoconstitucionalismo, por los diferentes usos que ha adquirido la expresión, de tal manera que no se puede efectuar una precisión conceptual definitiva, al respecto Bernal Pulido ha expuesto, refiriéndose al concepto en alusión:

“...este concepto se ha usado a veces como un cajón de sastre para referirse, de un lado, a algo ya conocido: el constitucionalismo europeo contemporáneo o constitucionalismo de la segunda posguerra, y del otro, para enmarcar las ideas de autores de variadas tendencias que incluso defienden posiciones incompatibles entre sí. Por esta razón, es extremadamente difícil hablar de una versión “estándar” de neoconstitucionalismo...”⁷².

De igual forma, en relación con dicha expresión, se ha discutido por una parte si la denominación en estudio es correcta o no, y si es justificada o es simplemente una etiqueta innecesaria⁷³; sin embargo se puede explicar la expresión a partir de lo que ha ocurrido en los diferentes Estados y desde la denominada constitucionalización del derecho, en este último caso, hablar de neoconstitucionalismo es referirse a lo que de acuerdo con Ricardo Guastini, citado por Miguel Carbonell, es *un proceso de transformación de un ordenamiento, al término de cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales*⁷⁴.

La anterior acepción no es la única (es decir el proceso de consitucionalización de un sistema jurídico), pues de otro lado, hay que tener en cuenta que muchos autores se refieren a una teoría jurídica cuando hacen uso de la expresión neoconstitucionalismo, y que entraña también una separación de las discusiones tradicionales del *iuspositivismo* y el *iusnaturalismo* tal como lo expresa Paolo

⁷² POZZOLO, Susanna, “Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional, citado en: Bernal Pulido, Carlos, El Neoconstitucionalismo al debate, Temas de Derecho Público No 76, Instituto de Estudios Constitucionales, Universidad Externado de Colombia, 2008, p 29

⁷³ CARBONELL Miguel, El Canon Neoconstitucional, Miguel Carbonell, Leonardo García Jaramillo Editores, Universidad externado de Colombia, 2010, P 165

⁷⁴ Ídem p166

Comanducci⁷⁵, con el fin de definir un objeto de estudio independiente de esas controversias tradicionales.

En este punto de análisis del concepto objeto e estudio, es pertinente recoger la distinción conceptual que hace Comanducci entre “constitucionalismo” y “Neoconstitucionalismo”, señala el autor en cita:

“El constitucionalismo ha sido fundamentalmente una ideología dirigida a la limitación del poder y la defensa de una esfera de libertades naturales, o de derechos fundamentales. Tal ideología, por un lado, tiene como trasfondo habitual, aunque no necesario, el iusnaturalismo, que sostiene la tesis de la conexión identificativa entre derecho y moral”⁷⁶”

Hecha la distinción que precede, se puede caracterizar lo que se entiende como neoconstitucionalismo, de acuerdo con *Prieto Sanchís*, quien le adjudica entre otros elementos distintivos, la existencia de una Constitución con un contenido material, sustantivo, susceptible de ser garantizado (por los jueces), que contiene principios y su aplicación requiere de ponderación⁷⁷.

Hasta aquí, se ha dado un acercamiento al contenido de la expresión “neoconstitucionalismo”, no obstante sin entrar a determinar si es o no acertado denominar el anterior fenómeno bajo esa nomenclatura, lo relevante es la existencia de una amplia influencia de las normas constitucionales en la práctica jurídica, el reconocido activismo judicial, los problemas de la interpretación de las consagraciones constitucionales, que muchas veces se presentan en la forma de

⁷⁵ Paolo Comanducci, *El Canon Neoconstitucional*, Miguel Carbonell, Leonardo García Jaramillo Editores, Universidad Externado de Colombia, 2010, p 176

⁷⁶ Ídem, p 177

⁷⁷ Bernal Pulido, Carlos, *El Neoconstitucionalismo al debate*, Temas de Derecho Público No 76, Instituto de Estudios Constitucionales, Universidad Externado de Colombia, 2008, p 11 y 12

principios, de los que se hace necesario ocuparse, así como lo relacionado con su hermenéutica.

Ahora en relación con las características del modelo neoconstitucional, se deben tener en cuenta entre otras cosas, la producción de constituciones que introducen distintivos comunes en diferentes latitudes -*el constitucionalismo globalizado*-, así como la inclusión en sus textos de los derechos fundamentales y mecanismos de control de constitucional, de jueces constitucionales y la adopción de derechos económicos sociales y culturales. Lo precedente también pone de relieve la fuerza adquirida por las constituciones en el escenario global, que ya no están limitadas a la exposición de un catálogo de valores sin fuerza normativa. Estas características así indicadas permiten identificar al neoconstitucionalismo con alguna ideología socialdemócrata⁷⁸.

Las características propias del neoconstitucionalismo se pueden transpolar a nuestro contexto jurídico, reconociendo de paso que ha generado no pocas controversias en los diferentes escaños de poder público y en la sociedad en general, ya que no se trata de un tema hipotecado a los operadores jurídicos, sino que realmente se percibe en los diferentes escenarios de participación ciudadana, especialmente en el ejercicio de las acciones constitucionales y principalmente las acciones de tutela y las populares. Ahora bien, es desde la judicatura que se hace una constante puesta en escena de la relevancia de este modelo neoconstitucional pues los jueces tiene el deber de poner en términos constitucionales los debates que se les presentan, en lo referido a las garantías procesales, y especialmente en la prevalencia de lo sustancial sobre las formalidades, asunto que en nuestro sistema jurídico es principio constitucional referente a la administración de justicia⁷⁹.

⁷⁸ CEPEDA Manuel José, MONTEALEGRE L Eduardo, Teoría Constitucional y Políticas Públicas, Bases Críticas Para Una Discusión, Manuel José Cepeda, Eduardo Montealegre L. Directores, Alexei Julio Coordinador General, Universidad Externado de Colombia, 2007,P 12

⁷⁹ Constitución Política de Colombia, Art. 228, 1991.

Es a partir de la expedición de la Constitución de 1991 que se puede hablar con propiedad de la adopción del neoconstitucionalismo en nuestro contexto, con la ya expresada primacía de la norma constitucional y de los derechos allí contenidos, la creación de una Corte Constitucional interprete natural de los mismos y la colaboración de este órgano judicial en la producción de fuentes a través de la jurisprudencia⁸⁰.

Como lo expresa Carbonell, es característico de un sistema constitucionalizado, *una constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales*⁸¹, el nuestro es un sistema constitucionalizado, donde se puede destacar la prevalencia de los principios como normas que va a vincular las decisiones de los diferentes operadores jurídicos; y como ocurre en el nuestro Estado, en donde resulta característico la aplicación directa de la constitución recogiendo así otro elemento distintivo de acuerdo con lo expresado por Guastini, en la existencia de una Constitución con poder vinculante para todos⁸².

Con estos enunciados como preámbulo se puede dar paso al tema de los principios y de la interpretación constitucional como otra característica que el autor en cita de Carbonell, quien en torno a dicho problema señala que: *“Por medio de este tipo de interpretación... se puede extraer del texto constitucional innumerables normas implícitas, idóneas para regular casi cualquier aspecto de la vida social y política”*⁸³, a partir de esas interpretaciones se juzga el contenido de

⁸⁰ BERNAL PULIDO Carlos, Teoría Constitucional y Políticas Públicas, Bases Críticas Para Una Discusión, Manuel José Cepeda, Eduardo Montealegre L. Directores, Alexei Julio Coordinador General, Universidad Externado de Colombia, 2007, P 375

⁸¹ CARBONELL Miguel, El Canon Neoconstitucional, Miguel Carbonell, Leonardo García Jaramillo Editores, Universidad externado de Colombia, 2010, P 166

⁸² CARBONELL Miguel, El Canon Neoconstitucional, Miguel Carbonell, Leonardo García Jaramillo Editores, Universidad externado de Colombia, 2010, p167

⁸³ Ídem p169

la ley, para determinar que interpretación de la ley se adapta más a la constitución⁸⁴.

En el derecho colombiano, la interpretación de la constitución que realiza el interprete autorizado por el Constituyente, tiene la virtualidad de ser vinculante, dicha jurisprudencia tiene un carácter obligatorio, constituye desde esta visión precedente judicial obligatorio: *hoy una sola sentencia de la Corte Constitucional constituye un precedente*⁸⁵, y ya la doctrina constitucional dispuesta en las diferentes líneas jurisprudenciales, han dado los argumentos para que la decisión con base en precedente sea coercitivo. La anterior como ejemplo de que en las decisiones de la Corte Constitucional, se da lugar a la disciplina judicial puesta de relieve en el modelo neoconstitucional.

La Corte Constitucional, en reiteradas oportunidades les reitera a los jueces el deber que tiene de aplicar el precedente constitucional, esta consideración puede ser vista como rasgo del neoconstitucionalismo en Colombia – que se caracteriza por una fuerte incidencia de un órgano como la corte constitucional en la decisiones de todos los jueces-; la Corte fundamenta esta fuerza vinculante, en la necesidad de salvaguardar la *seguridad jurídica, protección de la libertad ciudadana y del desarrollo económico, derecho fundamental a la igualdad, mecanismo de control judicial, unidad del ordenamiento jurídico*, entre otras razones⁸⁶.

Esta sujeción a la decisiones tomadas con anterioridad por un órgano jurisdiccional, no está restringida a las sentencias de la Corte Constitucional, de hecho, dicha corporación ha conminado a otras corporaciones a seguir estas

⁸⁴ Ídem

⁸⁵ BERNAL PULIDO Carlos, Teoría Constitucional y Políticas Públicas, Bases Críticas Para Una Discusión, Manuel José Cepeda, Eduardo Montealegre L. Directores, Alexei Julio Coordinador General, Universidad Externado de Colombia, 2007,P 376

⁸⁶ Ídem, P 394.

reglas de coherencia en las decisiones, en pro de la seguridad jurídica y el respeto a principios constitucionales fundamentales; López Medina, expone que lo anterior no implica *que los jueces estén atados absolutamente a lo ya fallado*, indica el autor en mención que en palabras de la propia Corte Constitucional se trata *de un sistema relativo de precedentes en los que éstos tiene fuerza gravitacional clara para casos futuros análogos*⁸⁷. Las otras altas cortes, también deben adoptar este modelo de aplicación del derecho y garantizar entonces los principios constitucionales, asunto del que se ocupó la corte constitucional, en relación con la expresión doctrina probable, y los fallos de las corporaciones distintas a esta⁸⁸. Esto permite concluir que en Colombia las altas Cortes también deben estar en armonía con un derecho en donde prevalecen los principios constitucionales, en que la aplicación de la constitución no se circunscriba a la Corte Constitucional sin perjuicio de su competencia como máximo tribunal de esta rama; muestra mayor de la irradiación de una Constitución altamente influyente o con la característica de ser invasora⁸⁷ como se señaló arriba.

Otro reflejo de que nuestro derecho constitucional influye en tondos los escenarios de lo público, es la participación del legislador en este modelo neoconstitucional, quien ha aceptado el paso a un modelo jurídico en el que la inclusión del precedente como fuente de derecho y con obligatoriedad en su acatamiento, en principio solo era desarrollo jurisprudencial, y aquí es donde observamos otro rasgo característico, y es el valor del Juez Constitucional en este Estado.

Como muestra de lo anterior, se observa la expedición, entre otras normas, de la ley 1395 de 2010, que en su artículo 114 declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional en sentencia C-539 de 2011, incorpora la obligatoriedad del precedente de las jurisdicciones ordinaria y contencioso

⁸⁷ LOPEZ MEDINA Diego, Teoría Constitucional y Políticas Públicas, Bases Críticas Para Una Discusión, Manuel José Cepeda, Eduardo Montealegre L. Directores, Alexei Julio Coordinador General, Universidad Externado de Colombia, 2007,P 431

⁸⁸ Sentencia C-836 de 2001, MP Rodrigo Escobar Gil.

administrativa; en los casos allí contemplados, y que de acuerdo con la sentencia de la corporación en mención, siempre que dichas decisiones se encuentren en armonía con la interpretación vinculante del tribunal constitucional⁸⁹; del mismo modo, la ley 1437 de 2011 incluye en su articulado la obligatoriedad del precedente a la manera de extensión jurisprudencial, en relación con las sentencias de unificación que dicte el Consejo de Estado, esta norma también fue objeto de pronunciamiento por la Corte Constitucional, en armonía con el argumento contenido en la sentencia arriba referenciada⁹⁰.

Lo anterior, muestra aún más la fuerte constitucionalización del derecho Colombiano, que con una influencia enorme de la actividad jurisdiccional, mueve al legislador a actualizar su actividad, reconociendo en la judicatura otro órgano del que emana una fuente más de derecho: la jurisprudencia a través del precedente judicial. Así las cosas, las decisiones que se han tomado en desarrollo de un principio, o en la argumentación que resuelve la colisión entre ellos, o de éstos y otras normas, se estructuran como fuente normativa, en las reglas y sub reglas que a partir de ese ejercicio se desarrollan por parte del juez, de forma tal que negar la recepción de este modelo neoconstitucional, en nuestro estado sería contraevidente.

Lo anterior se reafirma, cuando al parecer, ante el mandato de la Carta Política, Jueces y legisladores participan en la concreción y desarrollo de este estado neoconstitucional, la avidez del desarrollo hecho por estas ramas del poder público, es resultado de las pretensiones de “... *la concreción, la actuación y garantía de los derechos fundamentales previstos en la constitución...*”⁹¹, que como ya se dijo hace patente el modelo analizado.

⁸⁹ Sentencia C- 539 de 2011, MP Luis Ernesto Vargas Silva.

⁹⁰ Sentencia C-816 de 2011, MP Mauricio González.

⁹¹ Paolo Comanducci, *El Canon Neoconstitucional*, Miguel Carbonell, Leonardo García Jaramillo Editores, Universidad Externado de Colombia, 2010, p 179

En siguiente acápite, se hará referencia a la hermenéutica constitucional, y la producción de fuentes de derecho en las sentencias que la justicia constitucional y contencioso administrativa, producen.

2.2 APLICACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES: LA RACIONALIDAD Y RAZONABILIDAD DE LAS SENTENCIAS. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA PONDERACIÓN.

2.2.1 Racionalidad, Razonabilidad. En el marco del Estado constitucional y con la breve alusión al neoconstitucionalismo de los renglones que preceden, se ha de desarrollar la forma como en este modelo de Estado y ante la estructura normativa de la constitución, se aplica los preceptos constitucionales; este asunto requiere una especificidad tal, que representa una metodología que difiere ostensiblemente de la subsunción, o el método deductivo formalista, el tradicional silogismo jurídico, o la tradición de la exégesis, ésta última que parte del supuesto del sometimiento estricto del juzgador a la ley, la que comporta la expresión de la democracia, *de suerte que la actividad judicial es pensada como la subsunción del caso concreto en la norma general*⁹². Se observa como en este caso –*el método de subsunción*–, se pretende la defensa de la seguridad jurídica y reducir la arbitrariedad judicial, y puede identificarse en las discusiones vertidas en el primer capítulo, en el que hay, por expresarlo de algún modo una preocupación identificable en relación con conceptualizar en torno a la manera en que deciden los jueces de acuerdo con su noción de derecho.

Se ha de reconocer que la aplicación de principios o derechos con contenido abstracto difícilmente se puede llevar a cabo por el estricto silogismo jurídico, que en su presentación más fuerte se puede definir como deductivismo el cual se fundamenta en dos supuestos, por una parte la plenitud del ordenamiento jurídico y

⁹² UPRIMNY Rodrigo, “Estado social de derecho y respuesta judicial correcta” en VV.AA. Hermenéutica jurídica, Universidad del Rosario, Bogotá, 1997, P 2

por otra la pretendida neutralidad en el proceso de interpretación⁹³, asunto que desconoce de contera, que en el derecho existen diferentes categorías normativas, reglas y principios, que requieren ejercicios hermenéuticos distintos y allí el yerro, especialmente en lo relacionado con los ya mencionados derechos fundamentales aplicables a través de la ponderación, esta última objeto de tratamiento en el presente texto.

Por oposición al deductivismo judicial, con un operador judicial lector del derecho mas no activo productor, se puede ubicar un *activismo judicial*. Con los elementos expuestos en el acápite que precede, por activismo judicial se puede entender el compromiso del juez con la conformidad de su decisión en relación con los principios constitucionales, pero también, como una participación activa del juzgador en el desentrañamiento de dichos principios, que no están completamente explicitados en el texto constitucional; esto desde luego haciendo uso de un modelo de interpretación, y unos argumentos, que le permitan justificar sus decisiones.

De acuerdo con lo anotado por Ricardo Guastini, al referirse al tan nombrado *activismo*, se indica que éste favorece la creación del derecho constitucional por los jueces: “... con la finalidad de adaptar los valores constitucionales a las necesidades de la vida real, identificadas por medio de sus sentimientos de justicia...”⁹⁴, indicando también el rechazo por una interpretación literal y organicista, y que a su vez: “... favorece, por el contrario, ya sea la interpretación evolutiva o ya sea la construcción de normas implícitas a partir de principios constitucionales...”⁹⁵.

⁹³ Ídem P3

⁹⁴ GUASTINI Ricardo, La interpretación de la Constitución, Interpretación y Razonamiento jurídico, Volumen II, Ara Editores, Lima, 2010, p 45

⁹⁵ Ídem.

En este marco de la actividad judicial, en relación con la aplicación de la constitución se ha de precisar que no en todos los casos la interpretación de la constitución es distinta a la de la Ley en general o a la de cualquier otra norma del sistema jurídico, sin embargo en algunas oportunidades se ha de distinguir y esto ocurre, entre otras circunstancias, por la no especificidad de los supuestos fácticos en las normas constitucionales, que dan lugar a su indeterminación.

SusannaPozzolo explica: “... *Pero la tesis de la especificidad de la interpretación constitucional, argumentada a partir de una presunta naturaleza peculiar de la Constitución, es importante para la doctrina neoconstitucionalista porque respalda la necesidad de la interpretación moral de la constitución que, a su vez, es funcional para la persecución de objetivos de la política del derecho...*⁹⁶”. Si se acepta esta tesis, será una consecuencia de la necesidad de tener una práctica interpretativa especial para la constitución, el ya mencionado activismo del juez, esta vez retomando la reflexión de Pozzolo, en el tránsito de la pasividad del juez, a una *tarea más activa y política*⁹⁷, un agente de evolución y de cambio:

*“... también el juez ordinario está involucrado en el cambio dado que, en la medida en que el texto constitucional está sujeto a una interpretación dirigida obtener normas directamente aplicables a las controversias, también el tendrá una tarea más política...”*⁹⁸”.

Nótese aquí nuevamente el reconocimiento del juez como productor del derecho, como creador de reglas, tarea que compartiría con el órgano político. En la aplicación de principios como los que se han previsto en la constitución como derechos e intereses colectivos, cuya protección se da a través de las acciones populares, existirá la misma necesidad de actividad judicial por parte del juez

⁹⁶ POZZOLO Susanna, El Canon Neoconstitucional, Miguel Carbonell, Leonardo García Jaramillo Editores, Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2010, p 220

⁹⁷ Ídem P 221

⁹⁸ ídem

constitucional, quien a su vez, con el ánimo de darle contenido a la norma descrita como principio, construirá las reglas de aplicación en los diferentes escenarios en los que debe administrar justicia. Así las cosas, se ha de observar cómo se desarrolla la interpretación de estos derechos, y los métodos que en el caso colombiano han de utilizar los jueces, como la práctica de la ponderación necesaria para la aplicación de este tipo de normas de textura abierta, tal y como es expresado por POZZOLO: "... *El propio concepto de principio así como la idea de ponderación, parten de la base de que las disposiciones de derecho fundamental son indeterminadas e imponen a sus intérpretes llevar a cabo su concreción...*"⁹⁹.

Criterios como la racionalidad, razonabilidad, proporcionalidad y ponderación, serán los que ocuparan un espacio fundamental en términos de interpretación constitucional, para resolver la complejidad de las controversias ya planteadas, y si bien se abordará en mayor extensión en estos renglones el principio de proporcionalidad, vale expresar que la pretensión en cualquier estado es que las decisiones adoptadas por la justicia se efectúen con criterio de racionalidad, esto es la necesidad de objetividad en los fallos; sin embargo de acuerdo como lo expresa Bernal Pulido: "... *la objetividad es un ideal al que difícilmente se puede aspirar en el derecho constitucional, a causa de la indeterminación de las disposiciones constitucionales y legales...*"¹⁰⁰, y claro ha de ser así, por cómo se ha dicho ante la textura abierta de normas como lo son los principios. Estos criterios enunciados (razonabilidad, proporcionalidad y demás) no operan de manera aislada y generalmente como se concluirá con esta explicación, actúan de manera convergente, se relacionan necesariamente, de ahí que en la mayoría de los casos se haga referencia a uno y otro criterio, o se explique uno a partir del otro.

⁹⁹ Bernal Pulido, Carlos, *El Neoconstitucionalismo al debate*, Temas de Derecho Público No 76, Instituto de Estudios Constitucionales, Universidad Externado de Colombia, 2008, p 36

¹⁰⁰ Bernal Pulido, Carlos. *El Derecho de los Derechos*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2008. P 62

Entonces el criterio de la racionalidad en las decisiones judiciales se funda en las exigencias que las sentencias y sus motivaciones deben satisfacer para que sean racionales¹⁰¹; explica el autor en mención que las exigencias a las que hace referencia han sido objeto de sistematización en lo que se conoce en el ámbito del derecho como las teorías de la argumentación¹⁰², en las que su desarrollo han propendido precisamente por la motivación y justificación de las providencias en el caso de la praxis judicial, ya que cuando el juez motiva una decisión, en palabras de Uprimny :

“... no está simplemente señalando su criterio personal sobre lo justo, o mostrando que se atuvo a la ley, sino que está suministrando la razones de su decisión y refutando (o intentando refutar) las objeciones que le hayan sido o le puedan ser opuestas...¹⁰³”.

Esa necesidad del operador judicial de lograr que su decisión sea bien recibida o aceptada, impuesta dicho sea de paso por la propia constitución, implica evidenciar una carga argumentativa que propenda por la defensa de aquella, que se da en tres escenarios o en tres niveles de acuerdo con Perelman, citado por Uprimny, y refiriéndose a los auditorios en el que el juez muestra que la decisión es la mejor a las partes, *que se trata de una sentencia justa y razonable¹⁰⁴*. De acuerdo con la cita en alusión los tres auditorios serían, las partes, la comunidad jurídica y la sociedad, en el caso de la comunidad jurídica, en razón a la compatibilidad de la decisión con los criterios jurídicos aceptados por la

¹⁰¹ Ídem.

¹⁰² Ídem. En la obra en cita, el autor expone unos criterios que permiten caracterizar la racionalidad en las decisiones: Claridad y consistencia conceptual, consistencia normativa, saturación, respeto de la lógica deductiva, respeto de las cargas de la argumentación, consistencia argumentativa y coherencia.

¹⁰³ UPRIMNY Rodrigo, “Estado social de derecho y respuesta judicial correcta” en VV.AA. Hermenéutica jurídica, Universidad del Rosario, Bogotá, 1997, P 12

¹⁰⁴ Ídem.

comunidad, y en el último caso, en el entendido que aquella – la sociedad- *espera de sus jueces ante todo decisiones razonables, en vez de purismos jurídicos*¹⁰⁵.

2.2.2 Proporcionalidad y Ponderación. En cuanto al principio de proporcionalidad opera en circunstancias en las que existe la necesidad de delimitar el campo de injerencia de determinado derecho en otro, los límites de los principios; asunto que tiene especial importancia para a la postre comprender la forma como se ha decidido en relación con el principio de la moralidad administrativa y su presentación como derecho colectivo en las acciones populares. Al aproximar un concepto de principio de proporcionalidad, MIGUEL CARBONELL, lo señala como una técnica de interpretación diseñada para tutelar los derechos fundamentales: “... *expandiendo como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles ente ellos, en la medida que sea posible...*”¹⁰⁶”, de igual forma expresa: “ *el principio de proporcionalidad constituye hoy en día quizá el más conocido y el más recurrente “límite de los límites” a los derechos fundamentales, y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos...*”¹⁰⁷, vale la pena precisar que el principio de proporcionalidad se relación con las decisiones sobre la constitucionalidad de normas que verse o mejor afecten derechos fundamentales¹⁰⁸. Para caracterizar este principio en exposición, se hará referencia a la descripción que del mismo hace Carlos Bernal Pulido en su texto el derecho de los derechos, en cita.

Al principio de proporcionalidad se le incorporan tres reglas, (i) Idoneidad; (ii) Necesidad; y (iii) proporcionalidad en sentido estricto¹⁰⁹:

¹⁰⁵ Ídem.

¹⁰⁶ CARBONELL Miguel, El Principio De Proporcionalidad En El Estado Constitucional, Miguel Cabonell Coordinador, Universidad Externado, Bogotá, 2007, P 10

¹⁰⁷ Ídem.

¹⁰⁸ Bernal Pulido, Carlos. *El Derecho de los Derechos*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2008. P66

¹⁰⁹ Ídem, 67

La primera de ellas hace referencia a que toda intervención de un derecho fundamental debe ser idónea para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo; La necesidad implica que la intervención en los derechos fundamentales debe realizarse con la medida más favorable para el derecho intervenido de entre todas las medidas que revistan la misma idoneidad para alcanzar el objetivo perseguido; y finalmente la proporcionalidad en sentido estricto, donde la importancia que del objetivo que persigue la intervención del derecho fundamental debe estar en una relación adecuada con el significado del derecho intervenido¹¹⁰.

Lo anterior indica que ha de estar justificada la intervención del derecho fundamental y que el resultado ser de una favorabilidad tal que en términos del autor en mención compense dicha intervención¹¹¹, la misma que carecerá de legitimidad si no se da aplicación estricta a estos subprincipios y por ende contraria a la constitución¹¹².

En el mismo contexto interpretativo, se hace referencia igualmente a la razonabilidad y la Racionalidad de los procedimientos y razonamientos que se dan lugar en la aplicación de las normas constitucionales como los principios y los derechos, en los que se indica la necesidad de la mayor objetividad en las decisiones jurídicas, así Atienza citado por Bernal Pulido en el texto citado, indica como la razonabilidad es un concepto subsidiario de “*estricta racionalidad*”, precisando que una decisión es “*estrictamente racional*”:

“... si respeta las reglas de la lógica deductiva... los principios de la racionalidad práctica (consistencia, coherencia, generalidad y honestidad)...

¹¹⁰ Ídem. P 67

¹¹¹ Ídem.

¹¹² Ídem.

si encuentra fundamento en una fuente jurídica, y si no está fundada en criterios éticos o políticos no previstos por el ordenamiento jurídico...¹¹³”.

Esto indica que si bien ya la interpretación en estos escenarios constitucionales no es aritmética, ni formalista, si hay métodos para hacer de las sentencias unos productos justificados, bajo unos parámetros presupuestos, como los criterios antes expuestos. Ahora en el caso del ya comentado criterio de *racionalidad estricta* no se obtenga como resultado una decisión que garantice la admisibilidad de la decisión se atenderá entonces a un resultado basado en la razonabilidad, como es anotado por Atienza en el texto en cita, que de igual forma le endosa a este concepto de razonabilidad entre otras propiedades la de comportar un criterio subsidiario de la racionalidad¹¹⁴; vale la pena entonces transcribir un concepto de razonabilidad jurídica: “... *una decisión razonable es una decisión no arbitraria, es decir, fundada en una razón jurídica legítima...¹¹⁵”.*

Si bien se han tratado de abordar estos criterios de interpretación por separado, hay una realidad, y es la relación entre los mismos, como se indicó arriba, entre racionalidad y razonabilidad; pero también entre racionalidad y proporcionalidad como según lo plantea el autor citado: “... *los criterios de racionalidad regulan la argumentación jurídica que integra los subprincipios de proporcionalidad...¹¹⁶”.* Del mismo modo se dan relaciones entre los principios de razonabilidad y proporcionalidad, como en que éste último es criterio de aquél, aunque también explicando cómo se efectúa en la obra en cita a partir de su diferenciación en cuanto a su objeto: “... *mientras el objeto de la razonabilidad es la finalidad de la diferenciación, la proporcionalidad se refiere a las consecuencias jurídicas de dicha diferenciación...*”, lo precedente en el marco del desarrollo del principio de igualdad, como se pone en relevancia dentro de la sentencia C- 530 de 1993, en

¹¹³ Ídem P 68

¹¹⁴ Ídem p 69

¹¹⁵ Ídem.

¹¹⁶ Ídem. P 72

la que se discute la constitucionalidad de una norma que fija unos requisitos especiales para obtener la residencia en el Departamento Archipiélago de San Andrés, dicho sea de paso dicho compendio normativo fue declarado exequible por la corte, indicando en relación con el derecho a la igualdad, en el marco de la aplicación del criterio de racionalidad:

“... El principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta permite conferir un trato distinto a diferentes personas siempre que se den las siguientes condiciones: que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad; que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales; que el supuesto de hecho -esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga- sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna; que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican...¹¹⁷”.

Estos principios no se circunscriben al principio de igualdad; del mismo modo opera en casos como el que se puede observar en sentencias como la T-015 de 1994, en relación con la limitación de la arbitrariedad, que resolvió una acción de tutela por el derecho a la educación de un adolescente al aplicarse la medida de expulsión, expresando en relación con la razonabilidad de la decisión y la proporcionalidad en la aplicación de la medida:

“... La razón jurídica de la razonabilidad y de la proporcionalidad no es otra que la necesidad de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. El principio de proporcionalidad rige todas las actuaciones de la

¹¹⁷ Sentencia C-530 de 1993, MP. Alejandro Martínez Caballero.

administración pública y de los actos de los particulares que estén encargados de la prestación de un servicio público, cuando se trate de la imposición de una sanción que conlleve la pérdida o disminución de un derecho. Por lo tanto, si bien es cierto que el Reglamento del plantel educativo es base fundamental orientadora de la disciplina del Colegio, pues sin él no sería posible mantener un nivel de organización, es cierto también que las normas allí contenidas deben ajustarse o mejor interpretarse acorde con las circunstancias particulares de los menores...¹¹⁸”.

Así mismo en la sentencia C-916 de 2002, en la que se juzga la razonabilidad y la proporcionalidad de la medida del legislador de ponerle un límite al monto de la indemnización derivada de la conducta punible, expresado en 1000 salarios mínimos; defendiendo la corte la exequibilidad de la medida en su proporcionalidad, y ya dentro del argumento de la decisión y al conceptualizar este principio, la corporación indica:

“...En la jurisprudencia constitucional el postulado de la proporcionalidad constituye una directiva no explícitamente positivizada en la Carta Política. Desde un punto de vista abstracto, la proporcionalidad es un concepto relacional cuya aplicación busca colocar dos magnitudes en relación de equilibrio. El concepto de la proporcionalidad remite a la relación de equilibrio entre distintos pares de conceptos, como supuesto de hecho y consecuencia jurídica, afectación y defensa, ataque y reacción. Históricamente la proporcionalidad se ha asociado a conceptos e imágenes como la balanza, la regla o el equilibrio...¹¹⁹”.

En relación con la razonabilidad, la sentencia C-673 de 2001 describe el denominado test de razonabilidad, exponiendo los criterios de intensidad del

¹¹⁸ Sentencia T-015 de 1994, MP. Alejandro Martínez Caballero.

¹¹⁹ Sentencia c-916 de 2002, MP. Manuel José Cepeda

mismo. Destaca en esa decisión la explicación de la corte en el sentido de no ser el único y exclusivo método para resolver los problemas planteados para ser resueltos por la corporación, especialmente con el principio de igualdad, se trata pues de escoger el método idóneo para el caso concreto¹²⁰. De igual forma, en el caso del principio de proporcionalidad, la corte ha hecho referencia al test y la regulación de la intensidad del mismo en casos como el tratado en la sentencia C-720 de 2007.

Como ya se dijo el principio de proporcionalidad no se limita al principio de igualdad, o a fungir como límite a la arbitrariedad o a las actuaciones de la administración, también guardan una relación estrecha proporcionalidad y derechos fundamentales, ya sea en una relación de implicación¹²¹, o como límite de los límites de los derechos fundamentales, así, la proporcionalidad sirve como restricción a la potestad del estado para restringir derechos fundamentales. Bernal Pulido expone:

“... En el estado constitucional no vale cualquier restricción a los derechos fundamentales sino solo aquellas restricciones que sean idóneas para contribuir a la obtención de cierto fin legítimo; necesarias, es decir las más benignas entre todos los medios alternativos que gocen de por lo menos la misma idoneidad para conseguir la finalidad deseada...¹²²”.

Lo anterior también opera en los juicios de constitucionalidad de una ley y conlleva a la puesta en práctica del principio de proporcionalidad. Para determinar la constitucionalidad de una norma dictada por el legislador, la verificación de que la norma no contraviene derechos fundamentales, como principios, se ha de realizar un procedimiento para dicha verificación, consistente en determinar si la norma

¹²⁰ Sentencia C-673 de 2001, MP Manuel José Cepeda Espinosa.

¹²¹ ALEXY, Robert, La Construcción de los derechos fundamentales, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, P 24.

¹²² Bernal Pulido, Carlos. *El Derecho de los Derechos*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2008. P82

sometida a revisión interviene *prima facie* en la órbita de protección del derecho que se pretende preservar, des ser así, esto no basta para que sea inexecutable, es decir, de no irrumpir en la órbita de protección será constitucional, en el caso contrario se ha de pasar a otro nivel en el que se determina si es o no constitucional la norma que interviene en el contenido *prima facie* del derecho y que constituye el objeto de control por el tribunal, lo anotado explicado por Bernal Pulido en la obra en cita, quien a su vez precisa:

“... la constitucionalidad de las restricciones legislativas a los derechos se establece mediante la aplicación de varios criterios, referidos a cumplimiento de las exigencias formales que debe cumplir toda intervención – por ejemplo, si ha respetado las reservas de la ley- y al cumplimiento de las exigencias constitucionales de índole material. El criterio más importante para determinar si la ley ha cumplido las exigencias materiales es el principio de proporcionalidad...”¹²³”

Si bien es cierto existen críticas al principio de proporcionalidad, especialmente al considerarse que favorece la arbitrariedad en la decisión del juez, al respecto el autor en cita al referirse a la ausencia de objetividad absoluta o total en el derecho expone: *“... Una perfecta objetividad solo podría alcanzarse en un sistema jurídico ideal, cuyas disposiciones determinasen por completo el contenido de los principios...”¹²⁴”*. En el capítulo primero se puso de relieve la situación planteada desde los puntos de vista de diferentes exponentes de la filosofía y teoría jurídicas, especialmente en las controversias que subsisten en la aceptación de un juez activo, y aquel que aplica justicia en un derecho que goza de plenitud. José Juan Moreso, explica como en este marco de interpretación hay un trasfondo sobre la relación derecho moral, expuesta en el primer capítulo:

¹²³ Bernal Pulido, Carlos, El Neoconstitucionalismo al debate, Temas de Derecho Público No 76, Instituto de Estudios Constitucionales, Universidad Externado de Colombia, 2008, p 46

¹²⁴ Bernal Pulido, Carlos, El Neoconstitucionalismo al debate, Temas de Derecho Público No 76, Instituto de Estudios Constitucionales, Universidad Externado de Colombia, 2008, p 55

“...Aunque es verdad que en la toma de decisiones en virtud de principios aumenta la discreción, debe apreciarse cuál es la alternativa. En mi opinión, la alternativa es menor discreción judicial, pero decisiones más injustas – ene le sentido de que violan en mayor medida la autonomía personal-, puesto que lo que permite precisamente la aplicación del derecho basada en principios es la posibilidad de que los jueces acudan a las razones morales que justifican regular los casos de determinada manera...”¹²⁵”

Finalmente se ha de hacer alusión a la ponderación como método para aplicar principios, sobre la base de la consideración de la condición de peso que tiene este tipo de normas. Robert Alexy explica:

“... la determinación de la debida medida de cumplimiento de un principio, relativa a las exigencias de un principio opuesto, es la ponderación. Por esta razón la ponderación es la forma específica de aplicación del principio...”¹²⁶”.

Como se puede observar ponderación y proporcionalidad guardan esencial relación, como ya se ha venido sosteniendo, ya que en el caso de la ponderación éste método es núcleo del examen de proporcionalidad¹²⁷. Es importante entonces precisar en qué consiste la ponderación, en el marco del principio de proporcionalidad en sentido estricto, como subprincipio de éste¹²⁸.

Alexy en la obra en cita, precisa unos conceptos a atender en relación con la ponderación, distinguiéndola de la *Optimalidad de Pareto*, y refiriéndose a la *Ley de la Ponderación y la Fórmula del peso*, a los cuales se les agrega el de la *carga*

¹²⁵ MORESO José Juan, *El Canon Neoconstitucional*, Miguel Carbonell, Leonardo García Jaramillo Editores, Universidad externado de Colombia, 2010, p 200

¹²⁶ ALEXY, Robert, *La Construcción de los derechos fundamentales, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2010, P 20

¹²⁷ Ídem

¹²⁸ Ídem P 29

de la argumentación. En el primer caso, teniendo en cuenta que los principios son mandatos de optimización, que se pueden aplicar en mayor o menor medida, Alexy señala: “...aquí se trata de si a causa de las posibilidades fácticas pueden ser evitados costos para los derechos fundamentales, sin que se produzcan costos para los fines del legislador...”¹²⁹. De otro lado está la regla denominada *Ley de la Ponderación*, que alude de igualmente al carácter de optimización que adquieren los principios, y que el autor en mención define así: “... Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro...”¹³⁰, indicándose de paso que esta regla tiene unos escalones que vale la pena referenciar en esta explicación del subprincipio de ponderación, el referido al grado de no satisfacción o restricción del principio, la importancia de satisfacción del principio contrario, que en este punto ha de determinarse, y finalmente, si la importancia de satisfacción del principio contrario es justificable, para no satisfacer o restringir el otro principio¹³¹ y por último las cargas de la argumentación, que al referirse a ellas, Bernal Pulido indica que operan cuando persiste un empate luego de aplicarse el método anterior y las fórmula del peso no soluciona la controversia¹³², de tal modo que de defender un argumento de los dos posibles será el medio para unificar la resolución, en este caso las reglas propias de la argumentación definirán el asunto.

A su vez se tiene la fórmula del peso, como una referencia a los grados de las intervenciones a los derechos o los principios: “... los principios tiene un peso en cada caso concreto y ponderar consiste en determinar cuál es el peso específico de los principios que están en colisión...” , las intervenciones que se hagan a los principios en virtud del proceso de ponderación se terminan con unos grados, leve, medio y grave, el peso derivará entonces en un esquema lógico que es la

¹²⁹ Ídem, P 30

¹³⁰ Ídem.

¹³¹ Ídem.

¹³² Bernal Pulido, Carlos. *El Derecho de los Derechos*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2008. P 103

contrapartida del esquema deductivo en el caso de la subsunción¹³³. De igual forma en relación con la propiedad de peso el autor en cita expone: “... *cuando el juez o el fiscal pondera, su función consiste en pesar o sopesar los principios que concurren al caso concreto...*”¹³⁴. Así la ponderación permite establecer la optimización del principios, precisar en qué medida se protege o se restringe.

Para establecer la mayor medida de realización del principio, en los términos de Bernal Pulido, *es necesario confrontarlo con los principios opuestos o con los principios que respaldan a las reglas*¹³⁵, de paso la indicación que también es dable ejercer este método de aplicación en el conflicto entre reglas y principios. Lo precedente dentro del campo de integración como ya se explicó de los conceptos de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, que en todos los casos, se hace necesario el ejercicio de la argumentación, así si se ha reconocido, en el caso de la ponderación como *una forma de argumentación del discurso jurídico racional*¹³⁶”

A partir de estos modelos interpretativos, los jueces, especialmente las cortes, y en los casos resueltos por la Corte Constitucional, se van asignando reglas de solución a casos concretos, en los cuales tal o cual principio en colisión con otro termina prevaleciendo y como consecuencia de ello debe aplicarse en la medida allí explicitada; y en otros casos se identifica como resultado, que se le da contenido a los principios, asunto que se pone de relieve en la revisión de líneas jurisprudenciales, y que en virtud de la generalizada aceptación del precedente, tal y como se expuso líneas atrás, constituyen fuente de derecho. Esto sobre la base de que el legislador no tiene las posibilidades de establecer todos los eventos en los que se debe construir una regla para aplicar un principio.

¹³³ Ídem, P 32

¹³⁴ Bernal Pulido, Carlos. *El Derecho de los Derechos*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2008. P96

¹³⁵ Ídem, P 98

¹³⁶ ALEXY, Robert, *La Construcción de los derechos fundamentales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, P 37

Es así que, tratándose de la hermenéutica constitucional y como producto del abandono del tradicional *silogismo jurídico*, el juez activista, produce derecho, serán estos métodos los que determinaran la resolución de los conflictos ventilados en las acciones populares, para lo cual será necesario, de manera breve revisar la variada denominación de la normas incorporadas en nuestro sistema jurídico, y ya específicamente el principio de moralidad administrativa y su ubicación dentro de este sistema de fuentes, especialmente en la función pública y que será el objeto de protección a través de las acciones en mención.

Desde luego que no obstante el exceso de legislación en nuestro país, el desarrollo específico de reglas que supongan el contenido de absolutamente todos los presupuestos fácticos posibles, y que permitan un cien por ciento de concreción de un principio, también haría traumática la práctica legislativa. En palabras de Bernal Pulido: *“... En un sistema semejante, la constitución y las demás fuentes jurídicas establecerían explícitamente normas individuales que prescribirían con exactitud, qué está permitido, prohibido u ordenado para cada supuesto de hecho concebible y, como consecuencia, atribuirían a cada decisión judicial una justificación objetiva...”*¹³⁷, esto en el marco de un escenario hipotético.

Teniendo en cuenta que nuestra realidad constitucional y legislativa no es precisamente la de la especificidad, ni concreción de todos los casos, será la ponderación el medio para dar aplicación a un sistema de fuentes con una importante base de principios, no solo en nuestra constitución, sino en la legislación, como se verá más adelante, especialmente al abordarse el principio de moralidad administrativa.

¹³⁷ Bernal Pulido, Carlos, El Neoconstitucionalismo al debate, Temas de Derecho Público No 76, Instituto de Estudios Constitucionales, Universidad Externado de Colombia, 2008, p 55

2.3 REGLAS Y PRINCIPIOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991: DESCRIPCIÓN (– ANÁLISIS DE PRODUCCIÓN DE REGLAS Y SUBREGLAS JURISPRUDENCIALES).

Una vez propuesta una breve mirada a la interpretación en el neoconstitucionalismo, entendido como un cambio en el paradigma argumentativo, donde juega su papel la razón práctica, donde se acepta que en el derecho no puede haber una sola respuesta correcta según algunos de los autores citados, es preciso analizar la forma en que finalmente se concretan las subreglas que permitirán la aplicación de principios.

Este cambio en el estado constitucional, refiriéndonos al caso local, no ha sido poco controversial; por una parte, la constitución como el estatuto mayor en el ordenamiento jurídico impone su fuerza normativa, asunto por demás complejo pues su contenido normativo está dotado de principios y valores. Por otro lado está la concepción, si se quiere más formalista, de que el estatuto constitucional ordena a operadores administrativos y judiciales al sometimiento irrestricto al imperio de la ley.

Lo cierto es que antes de la promulgación de la Constitución de 1991, el código civil colombiano y la ley 153 de 1887, abordaron la descripción de las fuentes del derecho y los métodos de interpretación, y especialmente ésta última norma incluyó en la redacción de su artículo octavo la expresión: “... *cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho...*”¹³⁸; precepto que puede ser comparado con el artículo 230 Constitucional, y que en ambos casos genera controversias en las interpretaciones que se les puede dar. La Corte Constitucional efectuó su pronunciamiento sobre la constitucionalidad del citado artículo 8, precisando que

¹³⁸ Ley 153 de 1887, Artículo 8.

el alcance que de acuerdo con nuestra constitución y desde el punto de vista de la conceptualización sobre las fuentes del derecho, tienen las expresiones, reglas generales del derecho y doctrina constitucional¹³⁹. Vale precisar que al referirse a fuente, lo hace desde la perspectiva de derecho legislado. Se reconoce entonces nuestro derecho diferentes tipos de normas y a su vez formas de aplicación y se ha aclarado que el concepto de ley incluido en el artículo 230 supone una definición del contenido material de la ley, como norma y no como producto exclusivo del legislador.

No obstante la precisión anterior, dentro de ese amplio sistema de fuentes, y especialmente las referencias que se hicieron con anterioridad en torno a la obligatoriedad del precedente judicial en nuestro sistema jurídico, y sin entrar en la disertación sobre la aceptación o no del precedente como fuente de derecho en sentido formal, se van a encontrar dentro del ordenamiento dos tipologías normativas ya muy bien caracterizadas en la literatura jurídica y en la misma legislación, este reconocimiento lo expresa Bernal Pulido en los siguientes términos: “... *En el mundo jurídico global se acepta cada día más la tesis de que los sistemas jurídicos modernos están compuestos por dos tipos de normas: Las reglas y los principios.*”¹⁴⁰. Tanto reglas como principios son normas tienen esta connotación, y esta expresión según Zagrebelsky “... *alude a que algo que deba ser o producirse; en particular a que un hombre deba comportarse de determinada manera...*”¹⁴¹. Se trata de la existencia de reglas y principios, como enunciados a través de los cuales se expresa el derecho en un sistema jurídico. Teniendo en cuenta la necesaria distinción entre una y otra, se trae la que desarrolla el autor en cita, traída de las construcciones conceptuales que sobre los tipos de normas expone Alexy, según lo indica Bernal Pulido:

¹³⁹ Sentencia C- 83 de 1995, MP Carlos Gaviria Díaz.

¹⁴⁰ BERNAL Pulido, Carlos, *El Neoconstitucionalismo y la Normatividad del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p 21

¹⁴¹ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil, Ley, Derechos y Justicia*, Editorial Trotta, Cuarta Edición Madrid, 2002 p 109

“... los principios son normas, pero no normas dotadas de una estructura condicional hipotética con un supuesto de hecho y una sanción bien determinados. Más bien, los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas que juegan en sentido contrario...”¹⁴²”

De otro lado y para hacer la distinción con los denominados principios, y desde una perspectiva interpretativa, Robert Alexy señala:

Las reglas son normas, que obligan, prohíben o permiten algo en forma definitiva. Ellas son, en este sentido, mandatos definitivos. Su forma de aplicación es la subsunción. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer exactamente aquello que ella exige. Si esto se hace, la regla es cumplida; si no se hace la regla no es cumplida¹⁴³.

La mencionada distinción entre norma y principio en lo arriba expresado cobra natural relevancia, pero de igual manera evidencia en principio que la Constitución se interpreta de modo distinto a la ley, y por ende que las normas constitucionales son distintas de las legales, asunto que por obviedad no es menos relevante, ya se trata de la correcta aplicación de los derechos y la correcta hermenéutica de las normas. Zagrebelsky se refiere a lo expresado indicando, que aceptado que el derecho actual está dividido preponderantemente por principios y reglas, pertenecerán prevalentemente a la ley las denominadas reglas y a la Constitución los Principios¹⁴⁴. Ejemplifica el autor en cita el comentario en desarrollo del siguiente modo:

¹⁴²Bernal Pulido, Carlos. *El Derecho de los Derechos*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2008. P 96

¹⁴³ALEXY, Robert, *La Construcción de los derechos fundamentales, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2010, P 20

¹⁴⁴ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil, Ley, Derechos y Justicia*, Editorial Trotta, Cuarta Edición Madrid, 2002 p 109 y 110

“... Cuando la ley establece que los trabajadores en huelga deben garantizar en todo caso determinadas prestaciones en los servicios públicos esenciales estamos en presencia de reglas, pero cuando la Constitución dice que la huelga es un derecho estamos ante un principio...”¹⁴⁵”

Las reglas pueden estar explicitadas en diferentes compilaciones, como leyes, códigos, acuerdos, directivas y demás; en el caso de los principios si bien no son de exclusividad del texto constitucional como ya se dijo, ésta última norma en su descripción contempla un compendio de derechos que se comportan como tales, el caso de los derechos fundamentales, de los que tanto se ha expuesto requieren una especial aplicación, que en el caso de las decisiones sobre dichas normas en la jurisdicción constitucional constituyen *precedente*; dada la obligatoriedad del mismo, se han de tener en cuenta para la decisión de casos, los criterios desarrollados por los tribunales para resolver controversias que dichos derechos suscitan. Estos criterios, en muchos eventos son precisamente los que le darán sentido o contenido a una norma con carácter indeterminado como es el caso de los principios.

Se viene haciendo una descripción de reglas y principios, como normas, a partir de la distinción entre una y otras, desde su objeto, desde su interpretación y aplicación, que permiten identificar su campo de acción. Relevante entonces la comparación que entre ellas expone Zagreblesky:

“...las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar

¹⁴⁵ Ídem, p 110

posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas...¹⁴⁶”.

Esta circunstancia de indeterminación de los principios como se ha observado, ha sido una constante en la descripción de los mismos, y da lugar precisamente a estructurar toda esa teoría acerca de su caracterización y interpretación y aplicación; siendo pertinente indicar de acuerdo con el autor en cita que éstas norma carecen de supuesto de hecho, *sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles reaccionar ante algún caso concreto¹⁴⁷*, asunto que como se explicó no ocurre con las reglas, ya que ellas, como lo anota Bernal Pulido:

“... las reglas son aplicables por completo o no aplicables en lo absoluto para la solución de un caso determinado. Si sucede el supuesto de hecho previsto en la regla, el juez de aplicarla por completo. Si por el contrario, es supuesto de hecho previsto en la regla no se verifica, o a pesar de tener lugar, concurre una excepción estipulada por ella, el juez deberá excluir su aplicación...¹⁴⁸”.

No se trató hasta aquí pues de establecer un carácter moral o político de los principios por ser normas típicamente constitucionales, sino de establecer su ubicación en el sistema jurídico a partir de una distinción con las ya mentada reglas, pues el objeto de este capítulo es precisamente observar la *moralidad administrativa* como principio de manera que se hace propio de dicho concepto, un acercamiento especial a la aplicación de este tipo de normas.

Teniendo en cuenta lo anterior, se parte de la indeterminación de las normas en general como una realidad en el derecho y especialmente por el lenguaje, por la

¹⁴⁶ Ídem p 110

¹⁴⁷ ídem

¹⁴⁸ BERNAL Pulido, Carlos, Normatividad y Argumentación Jurídica, Interpretación y Razonamiento jurídico, Ara Editores, Lima, 2010, p 294

vaguedad del lenguaje en el derecho, existen casos en los que la norma es aplicable, también circunstancias en las que no puede serlo y los casos dudosos o difíciles¹⁴⁹. Se reitera que la indeterminación de las normas como principios, hacen necesaria su concreción a partir de la construcción de reglas, ya sea en la intervención del legislador sobre determinado principio, o en la producción judicial, que para la concreción de tal derecho, a partir del razonamiento construye la reglas, las mismas que se pueden rastrear en las diferentes decisiones de las cortes sobre tal o cual derecho, y como frente a un caso concreto se atribuyen unas reglas jurisprudenciales para la aplicación de este tipo de normas. Esto último es expuesto por Guastini aquí en referencia, que al exponer la concretización de los principios, efectúa la siguiente distinción:

“... ningún principio no es apto a funcionar como premisa en el silogismo por el cual todo órgano de aplicación aplica una regla. Los principios conciernen no la justificación “interna”-el silogismo, justamente- de las decisiones jurisdiccionales y administrativas, sino su justificación externa, es decir, son empelados en tanto que argumentos destinados a justificar la elección de las premisas...¹⁵⁰”.

Entonces ante la reconocida indeterminación e imposibilidad de la deducción propia del silogismo, la concreción del principio se seguirá de su transformación en una *regla precisa*, determinar las reglas implícitas, y a que caso éstas se aplican¹⁵¹.

Párrafos arriba, se expuso cómo el precedente jurisprudencial, está dotado de las reglas que van a determinar la aplicación de los derechos como principios; entonces, establecer que se entiende por precedente y como se ha recibido en

¹⁴⁹ GUASTINI Ricardo, La interpretación de la Constitución, Interpretación y Razonamiento jurídico, Volumen II, Ara Editores, Lima, 2010, p 24

¹⁵⁰ Ídem p 55

¹⁵¹ ídem

nuestra jurisprudencia, clarifica lo que se expone. En Colombia, se ha venido expresando: la jurisprudencia, y más el precedente, han alcanzado una fuerza vinculante, hasta el punto tal que la corporación que se aparte de su propia decisión, es decir contradiga su propio precedente podrá ser sujeto de sanción disciplinaria, ya que de contera está desconociendo un derecho a la seguridad jurídica.

Se traen entonces, unas sentencias de la corte constitucional que delimitan lo que en cada decisión tiene esa virtualidad de ser vinculante y que da lugar a la existencia de un precedente jurisprudencial propiamente dicho; que a partir de allí, en el siguiente capítulo se hará un análisis de casos, identificando dentro de estos precedentes los escenarios jurisprudenciales donde comúnmente se debate sobre el derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Así las cosas, entonces el juez concreta, particulariza, o aplica los principios, produciendo reglas para cada caso concreto, que para los efectos del siguiente capítulo, serán los escenarios jurisprudenciales, así lo evidencia la Corte Constitucional, corporación que en sentencias como la SU-1300 de 2001, indica cómo la denominada *Ratio decidendi* que como ya se dijo es la parte vinculante del fallo, será la parte de la estructura formal del fallo que reflejará las reglas explicitadas por el juez. Al referirse a esta *ratio Decidendi* la Corte la define como “... la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica...”¹⁵². Esta parte de la sentencia entonces constituye el precedente judicial. De igual forma se expresa en la sentencia C-569 de 2001, el valor de esta parte de la sentencia para la particularización en cada caso de una norma constitucional, expone entonces la corporación respecto de la *Ratio Decidendi*:

¹⁵² Sentencia SU-1300 de 2001, MP Marco Gerardo Monroy Cabra

“... contiene las razones jurídicas que orientan la decisión y la interpretación constitucional adecuada para el caso concreto y los demás que se encuentren en las mismas circunstancias. La ratio decidendi es la norma adscrita o, como la llama la corte, la subregla, que concreta las indeterminadas cláusulas constitucionales en prescripciones concretas aplicables a tipos de casos...”¹⁵³”.

Pero no se trata solo de reglas que se han de adoptar por parte de los jueces como precedente vertical u horizontal según la corporación que tenga a su cargo la aplicación del derecho al caso concreto, sino que dichas reglas tienen fuerza normativa:

“... el precedente judicial, plasmado en la ratio decidendi, se configura como una autentica norma, como una conjunción de un “supuesto de hecho y una consecuencia jurídica”, al igual que las demás reglas jurídicas...”¹⁵⁴”.

Según lo anotado entonces, y como es precisado por la Corte Constitucional, se puede expresar que las decisiones contenidas en la jurisprudencia, especialmente en aquellos fallos donde se aplican principios en un caso concreto, se pueden identificar por una parte, la norma constitucional caracterizada como principio, y de otro lado la norma –regla- que servirá para aplicarlo y restarle indeterminación.

2.4 LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA COMO PRINCIPIO EN LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y COMO DERECHO COLECTIVO.

Hasta aquí se ha propuesto identificar los tipos de normas en el ámbito de la Constitución y su hermenéutica, con especial atención en aquellas que se identifican con los principios, sobre las cuales se ha decantado en la literatura

¹⁵³ Sentencia T-569 de 2001, MP Eduardo Montealegre Lynett

¹⁵⁴ Sentencia T-1317 de 2001, MP Rodrigo Uprimnyepes

jurídica toda una teoría, que a su vez fue objeto de mención en el capítulo primero, más precisamente con las menciones a Dworkin y Alexy. A su vez, se ha revisado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional la discusión aquí planteada, donde se observa un amplio desarrollo de las teorías neoconstitucionales, y se exponen también los criterios de aplicación de los derechos como normas con estructura de principios.

Valga decir que el texto constitucional está dotado principalmente de principios, así se expuso en el capítulo anterior, muchos de estos, son derechos humanos, traducidos como derechos fundamentales, derechos económicos sociales y culturales; y así mismo, los derechos e intereses colectivos. En relación con estos últimos la Carta Política, no incorporó un listado taxativo de derechos colectivos, del mismo modo que no lo hizo con los otros grupos de derechos ya mencionados, sin embargo, la Constitución enunció algunos en su artículo 88, como el caso del patrimonio (público), el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que de definen en ella¹⁵⁵. En este subcapítulo se expone la ubicación constitucional y legal de la moralidad administrativa, como principio de la función pública, lo que supone un deber de quienes la conforman y por otra parte, como derecho e interés colectivo del pueblo en general, que a la inversa, implica el derecho ciudadano a que la administración pública atienda a este principio desde una perspectiva funcional y pública.

La Constitución Política de 1991 incluye el derecho colectivo a la moralidad administrativa, que como norma, con forma de principio, supone algún grado de indeterminación, su contenido será producto del debate efectuado en la jurisdicción en caso de suscitarse una controversia y para ese caso concreto, tal y como se ha venido sosteniendo en lo relacionado con la aplicación de los principios.

¹⁵⁵ Constitución Política de Colombia, Artículo 88

Ya en relación con el derecho colectivo a la *moralidad administrativa*, que constituirá el objeto de análisis en los siguientes capítulos, no se trata de hacer una descripción sobre qué es la Moralidad Administrativa, que de por sí es un concepto jurídico indeterminado desde la perspectiva del derecho; tampoco un análisis desde la filosofía sobre que es Moralidad o Ética, y que se entiende desde ese ámbito por Moralidad Administrativa o Ética Pública, no obstante se trata de precisamente un principio constitucional que refleja un anhelo de la sociedad, en el sentido que en cualquier organización, a sus miembros se les es exigible un determinado comportamiento. No se concibe una sociedad sin un reconocimiento de la existencia de deberes éticos, que tienden a la convivencia y la vocación de permanencia de la misma.

Esto se podría apreciar mejor con la respuesta a la pregunta planteada por Adela Cortina: *¿por qué es necesaria la ética en la vida pública?* A lo que ha de responder:

*“... Las organizaciones e instituciones de la vida pública no pueden comportarse, aunque lo quieran, de forma anormal, no pueden situarse más allá del bien y el mal morales, como si estas cuestiones no fueran con ellas, sino que se comportan necesariamente de forma moralmente adecuada o inadecuada, están altas de moral o desmoralizadas. Y les conviene optar por estar altas de moral, no sólo porque actuar con justicia al servicio de los ciudadanos es la única meta que da sentido y legitimidad a su existencia, lo cual es ya razón sobrada...”*¹⁵⁶

Como ya se expresó, no se trata pues de entrar en discusiones filosóficas sobre moralidad pública, sino abordar este principio en cuanto a su aplicación en las diferentes circunstancias que se van presentando en el desarrollo de la función administrativa y que dan lugar a que un grupo de ciudadanos vean amenazado o

¹⁵⁶ CORTINA Adela, *Hasta un Pueblo de Demonios, Ética Pública y Sociedad*, Taurus, Madrid, 1998, P23

vulnerado su derecho e interés colectivo. Se ha de partir de la base que la Moralidad Administrativa en nuestro derecho Constitucional y Administrativo, es principio y es derecho colectivo.

En cuanto a la moralidad administrativa como principio en la administración pública, se ve reflejado en la incorporación de variadas normas, por un lado en la constitución expresamente en el artículo 209:

“...La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones...¹⁵⁷”

La redacción anterior, es el marco de las actividades que adelanta la administración, quienes la conforman deben actuar con forme a esas pautas; de igual forma, de este principio en la ley, se ha llevado a las normas en las que principalmente se refleja dicha función, y requieren la participación de sus agentes, por un lado la contratación estatal regulada entre otras normas en la ley 80 de 1993 que en su estructura inicial desarrolla los principios de esta actividad estatal, especialmente en lo relacionado con la selección del contratista; en relación con la función administrativa, la ley 489 de 1998, que también es una norma contentiva de principios principalmente dirigida a la organización de la administración pública; en relación con la función pública y carrera administrativa en ley 909 de 2004, que reglamenta la integración de la denominada función pública, el acceso al empleo público, su organización, órganos de control, las situaciones administrativas y el retiro del servicio; La Ley 1474 de 2011 Estatuto Anticorrupción, que desarrolla mecanismos precisamente para precaver la violación al mentado principio especialmente por actos de corrupción, en el manejo de la cosa pública, el uso inadecuado de los recursos públicos, el irrespeto a actividades de publicidad, objetividad, régimen de inhabilidades e incompatibilidades; La Ley antitrámite contenida en el decreto 19 de 2012, que

¹⁵⁷ Constitución Política, Artículo 209

prevé una serie de mecanismo para hacer más eficiente la función de la administración. Como se puede observar las normas se circunscriben a indicar el campo en que se ha de aplicar el principio mas no lo dotan con contenido.

De otro lado, están las regulaciones legales, que buscan a través del derecho administrativo sancionatorio, efectuar el respetico juicio de reproche sobre la conducta inapropiada de los funcionarios de la administración pública, ya sea en el marco de la gestión fiscal, cuando quienes se encuentran administrando recursos públicos desatienden los anteriores principios, con en el caso de la Ley Ley 610 de 2000, que señala:

“... Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales....¹⁵⁸”

En el mismo sentido que la norma anterior, también la ley 734 de 2002, ha previsto como deber el sometimiento al principio, y desde luego el régimen disciplinario para los agentes del estado que desarrolla función administrativa. Se referencias las anteriores normas, por comportar estatutos generales sin pretender efectuar una relación única delas que incorporan este principio constitucional.

¹⁵⁸ Ley 610 de 2000, Artículo 3.

De otro lado, como ya se expresó, se encuentra el derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa, que es objeto de protección a través de la acción desarrollada en la Ley 472 de 1998, cuyos fallos en relación con este principio serán objeto de análisis en los próximos dos capítulos.

La acción popular para la defensa del derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa es autónoma, independiente de cualquier otra acción ya sea, penal, fiscal, disciplinaria o la acción de repetición, por ello independientemente de estar adelantándose una acción distinta, así lo prevé la Ley 472 de 1998:

“...Si de los hechos se desprende que se ha incurrido en una situación de orden disciplinario, la acción popular se adelantará sin perjuicio de la competencia que corresponda a la Procuraduría en materia disciplinaria. La acción popular no puede interferir las acciones disciplinarias o penales que para el caso procedan...¹⁵⁹”.

La acción popular en relación con los hechos que dan lugar al desconocimiento del principio constitucional a la moralidad administrativa, busca como consecuencia la imposición de alguna sanción de naturaleza jurídica a los infractores más allá de las consecuencias que se derivan de la acción popular, está sola circunstancia no da lugar al desconocimiento del principio del *non bis in ídem*, pues es ha de partir de la base que uno es el juicio de reproche por el comportamiento del funcionario público que desconoce este principio en su actuar y otra es la afectación del derecho colectivo. En el primer caso se puede decir que el estado sanciona una conducta, y en el segundo, la ciudadanía a través de una acción pública busca prevenir el daño o devolver las cosas a su estado anterior si es el caso.

¹⁵⁹ Ley 472 de 1998, Artículo 43.

En el siguiente capítulo, se expondrá el tratamiento que se le ha dado a este derecho colectivo en la Jurisprudencia Constitucional y en la jurisprudencia del Consejo de Estado, con el fin de analizar los diferentes escenarios jurisprudenciales en los cuales se ha decidido en relación con este principio y las subreglas producidas por esta última corporación para decidir los casos.

3. ESCENARIOS JURISPRUDENCIALES: SUBREGLAS EN TORNO AL PRINCIPIO DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA:

Efectuado el recorrido por las principales teorías que han influenciado el modelo neoconstitucional y puesto de relieve que la actividad hermenéutica que han de desarrollar los jueces en este contexto, específicamente en la aplicación de principios, supone mayor complejidad, será pertinente para el desarrollo del trabajo propuesto, analizar la jurisprudencia de las altas cortes con el fin de determinar que elementos tienen en cuenta los jueces para tomar decisiones en las que se pueda aplicar el principio de Moralidad Administrativa, de tal manera que se constituyan en subreglas aplicables a los casos futuros.

Exponer los diferentes escenarios en los que se ha de resolver con base en el principio de la moralidad administrativa, contextualizado como quedó en el último capítulo arriba desarrollado, desde la función administrativa y como derecho colectivo susceptible de ser protegido mediante acción popular, será objeto de estudio en los siguientes párrafos, ya sea identificando un concepto unívoco en relación con el principio en estudio, ya sea en la ubicación de subreglas que se nos presenten en los diferentes contextos en los que se debaten derechos colectivos, este último caso a partir de las jurisprudencias producidas en el Consejo de Estado, cuando deciden casos donde el actor popular aboga por la garantía del derecho colectivo a la Moralidad Administrativa.

En el caso de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, se revisaron tanto sentencias de tutela como de constitucionalidad, en donde la Corte se refiere al principio en cuestión. Ya en el Consejo de Estado, se buscará la existencia de líneas jurisprudenciales que permitan identificar un balance jurisprudencial sobre este derecho, y la existencia de subreglas para la aplicación en los casos específicos, finalmente ante la imposibilidad de determinar líneas jurisprudenciales, se paso a precisar entonces los escenarios de aplicación del

principio con base en los casos que han sido objeto de resolución por parte del Consejo.

I. Perspectiva del principio de moralidad administrativa a partir de la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional- Identificación de escenarios jurisprudenciales-

Se presentará entonces una síntesis de las principales consideraciones realizadas por la Corte Constitucional relacionadas con la temática de Moralidad Administrativa, y que como se verá en la revisión de la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha sido acogida por este alto tribunal en los caso en que decide acciones populares relacionadas con este principio, derecho e interés colectivo.

Es importante aclarar, que si bien en un principio se pretendió realizar un análisis detallado de la jurisprudencia emitida por ésta Corporación tomando como base el método de “Análisis dinámico de precedentes” expuesto por el profesor Diego López Medina¹⁶⁰, no fue posible aplicar dicha técnica, debido a que la jurisprudencia relacionada con Moralidad Administrativa es variada y se ha originado por hechos diferentes, por tanto, se dificultó el estudio y posterior desarrollo de una línea jurisprudencial definida y el correspondiente planteamiento de un problema jurídico homogéneo que relacionara los elementos normativos con cada situación fáctica en concreto.

No obstante¹⁶¹ en lo que sigue se exponen las principales consideraciones que ha emitido la Corte Constitucional sobre Moralidad Administrativa, identificando por tanto los “escenarios jurisprudenciales” como los denomina el profesor López

¹⁶⁰ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, El Derecho de los jueces, Bogotá: Ediciones Uniandes - Legis, 2006.

¹⁶¹ Según López Medina, cuando no es posible construir una línea jurisprudencial concreta debido a que los hechos constitutivos de la demanda son diferentes, pero reclaman la protección de un mismo derecho, nacen los llamados “Escenarios Constitucionales”, en torno de los cuales se analiza la jurisprudencia de un mismo tema, con la finalidad de unificar el problema jurídico y armonizar una respuesta común a la cuestión planteada.

Medina, al no ser factible construir una línea jurisprudencial, en razón a que las sentencias analizadas no presentan hechos similares.

Es pertinente resaltar que la Corte Constitucional no ha construido un concepto propiamente definido de Moralidad Administrativa, sin embargo se puede evidenciar que lo ha catalogado con la noción de principio y derecho colectivo, además ha dicho al respecto que, aunque la Moralidad Administrativa tiene fundamento constitucional, no es un concepto absoluto y por tanto se encuentra sujeto a algunas limitaciones; de igual manera ha precisado la cercanía de la Moralidad Administrativa con el patrimonio y los empleados públicos.

Es necesario aclarar que la Corte ha sido bastante constante y coherente a lo largo del tiempo en torno al tema de Moralidad Administrativa, por tanto no se pudo establecer una sentencia hito modificadora de línea, debido a que no se encontraron cambios teóricos sobre este punto del derecho, además como ya se expresó, no es posible construir una línea jurisprudencial propiamente dicha en este caso.

El primer escenario corresponde a los pronunciamientos de la Honorable Corporación para resolver acciones de constitucionalidad y el segundo escenario recae en las consideraciones que la Corte emite en sede de revisión de tutela.

Ahora bien, después de realizar una revisión minuciosa de los primeros pronunciamientos emitidos por la Corte, se pudo identificar que sólo a partir del año 1994 se empezó a construir consideraciones significativas en relación con la materia de Moralidad Administrativa.

En lo que respecta al primer escenario identificado anteriormente, atinente a los pronunciamientos que realiza la Corte para resolver acciones de constitucionalidad, es dado iniciar retomando lo que ésta Corporación ha dicho en

relación con los límites para la aplicación de la moralidad pública como principio de la función administrativa, sobre este punto indica la Corte¹⁶² que dichos límites se materializan en el deber de cumplimiento transparente e imparcial de las funciones asignadas a cada persona que desempeñe labores para el Estado, bien sea empleados públicos, trabajadores oficiales, contratistas o personas que ejercen un cargo de elección popular, entre otros, quienes de diferentes maneras se les aplica un régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones que deben respetar en aras de garantizar la aplicación del principio de la Moralidad Administrativa; de igual manera se establecen acciones y recursos para exigir el cumplimiento de las funciones públicas¹⁶³. Así mismo expresa la Corte, que el principio de Moralidad Administrativa predicado en el artículo 209 de la Constitución para la gestión administrativa, es por su contenido, esencial y extensible a toda la actividad estatal, en virtud de los artículos 1° y 2° de la Constitución Nacional¹⁶⁴.

En relación con los límites de la Moralidad Administrativa, la Corte en Sentencia C-1153 de 2005¹⁶⁵, consideró exequible la protección a la moralidad administrativa brindada por el supuesto de hecho prohibido en el numeral 3 del artículo 38, el cual reza que *“se puede favorecer con promociones, bonificaciones o ascensos indebidos a quienes no figuren como miembros de su partido, movimiento o grupo político”*. En dicha providencia la Corte considera que la norma demandada no va en contravía con la Carta Política y que por el contrario dichos favorecimientos se encuentran prohibidos *“a quienes dentro de la entidad a su cargo participen en su misma causa o campaña política”*.

¹⁶²Corte Constitucional, Sentencia C-988 de 2006, que resuelve la constitucionalidad del numeral 10 del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal.

¹⁶³Idem.

¹⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia C-561 de 1992. M.P. MARTINEZ CABALLERO Alejandro, Norma acusada: Decreto 2652 de 1991 arts. 27 y 28.

¹⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-1153 de 2005. M.P. MONROY CABRA MARCO GERARDO. Control constitucional al Proyecto de Ley Estatutaria N° 216/05 Senado, N° 235-Cámara, por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia.

A su vez la sentencia C-353 de 2009 se refiere a la necesidad de que las relaciones entre los órganos del Estado y sus funcionarios, se rijan por normas especiales que no solo permitan el desarrollo de las actuaciones públicas sino que a su vez protejan la *“moralidad administrativa, la transparencia de la función administrativa, el buen nombre de la administración y garanticen la idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de las actividades estatales, y prevea hechos y circunstancias que impiden a determinadas personas celebrar contratos con el Estado”*. Finalmente ha de ser así, la función pública en general tiene como destinatario principal al pueblo, sobre el recaen las potestades estatales, y a él están dirigidos buena parte de los fines del estado.

En lo que tiene que ver con el desarrollo específico de la Moralidad pública y la aplicación del principio de moralidad administrativa, la misma la Corte expresó en la sentencia C-082 de 1996:

“la regulación del ejercicio de la función pública es materia reservada a la ley. A la luz de estos preceptos constitucionales, en principio, el establecimiento de restricciones legales a los delegados de diputados y concejales para acceder a las juntas directivas de las entidades descentralizadas departamentales y municipales, está plenamente justificado. Las medidas adoptadas por la ley para asegurar la moralidad de la gestión administrativa del Estado y para librar la función pública de la corrupción, no son incompatibles con el ejercicio de la autonomía de las entidades territoriales.”¹⁶⁶

¹⁶⁶ ----- . Sentencia C-082 de 1996. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 52 (parcial) de la Ley 190 de 1995 “Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa.

A su turno en la sentencia C – 709 de 1996 la Corte considera que existe prevalencia del principio de moralidad de la función pública sobre el principio de eficacia de la actividad estatal¹⁶⁷.

En materia punitiva, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la aplicación de la Moralidad Administrativa en diferentes tipos penales que tienen en su mayoría como sujeto activo calificado a un servidor público, de manera concreta se ha pronunciado sobre el enriquecimiento ilícito aduciendo que este tipo penal tiene como finalidad garantizar la moralidad en el actuar de los funcionarios. Sobre este punto la Sentencia C 319 de 1996 ha referido que:

“esta noción de moralidad, pese a la dificultad en su definición, ha sido concebida de manera muy especial en relación con la corrupción política y administrativa, y en el horizonte del enriquecimiento ilícito (...) presupone la transparencia en la gestión pública. Por ello, la doctrina ha entendido de manera general que el principio de moralidad debe presidir toda la actividad administrativa. La actuación adelantada bajo la buena fe es constitutiva del principio de moralidad”¹⁶⁸.

Ahora bien, *“la moralidad administrativa fue contemplada en el texto constitucional desde dos dimensiones: como principio de la función administrativa y como un derecho colectivo susceptible de ser amparado a través de las acciones populares”¹⁶⁹*, es por ello que a conocimiento de la Corte Constitucional han llegado demandas de inconstitucionalidad en las cuales los accionantes consideraban que una norma en concreto violaba la moralidad administrativa

¹⁶⁷ ----- . Sentencia C-709 de 1996. Demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo del artículo 24 de la Ley 190 de 1995.

¹⁶⁸ ----- . Sentencia C-319 de 1996 (salvamento de voto JORGE ARANGO MEJIA). Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 148 del Código Penal y 1° del Decreto Ley 1895 de 1989

¹⁶⁹ ARANGUREN NIÑO Nadya Libertad y RUBIANO CUENCA Alejandro, Moralidad administrativa como derecho colectivo: análisis desde la jurisprudencia Colombiana. Trabajo de grado para optar el título de abogado. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá. 2010

como principio rector de la función administrativa y el desarrollo de la actividad pública, y de otra parte, por vía de acción de tutela en donde los accionantes invocan la protección de la moralidad administrativa como derecho fundamental. De ahí que se establezcan dos escenarios en las decisiones de la corte importantes para identificar las consideraciones que realiza la Corte Constitucional respecto de la moralidad administrativa.

De otra parte en la sentencia C-046 de 1994, la Corte afirma que el concepto de moralidad *“no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad”*¹⁷⁰, dicha afirmación fue una de las primeras en introducir el concepto de moralidad en sentido constitucional y fijar dicha noción como principio rector de la función administrativa y el desarrollo de la actividad pública. Desde este punto de vista la realización de determinadas actuaciones por parte de las personas que desempeñan la actividad pública *“pueden afectar gravemente principios de moralidad pública imperantes se vean sometidos a una restricción, consistente, por ejemplo, en limitar su realización a lugares privados o reservados o en someter su difusión pública a ciertas condiciones especiales”*¹⁷¹.

Por otra parte, en la sentencia C-088 de 2000¹⁷² la Corte trata la moralidad administrativa como derecho colectivo, y hace referencia principalmente a dos aspectos que son a saber el principio de buena fe y la imposibilidad de que éste

¹⁷⁰Corte Constitucional. Sentencia C-046 del 10 de febrero de 1994. M.P. CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo, resolvió la demanda contra el artículo 17 de la Ley 42 de 1993, sobre la organización del sistema de control fiscal.

¹⁷¹ ----- . Sentencia C-404 de 1998. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 259 del Código Penal

¹⁷² ----- . Sentencia C-088 de 2000 que resolvió una demanda de inconstitucionalidad parcial contra los artículos 51 y 40 de la Ley 472 de 1998. La norma acusada disponía que cuando se presenten sobrecostos o irregularidades propias de la contratación, deberán responder solidaria y patrimonialmente los funcionarios responsables de las irregularidades, hasta el momento en que se recupere el detrimento patrimonial causado.

sea entendido como una *“limitante para la protección eficaz de los intereses públicos y los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la integridad del patrimonio público”*¹⁷³. Este concepto así expuesto será objeto de incorporación en la jurisprudencia del consejo de estado, para determinar de alguna manera el contenido del derecho en algún caso en concreto y especialmente en relación con la actuación de los agentes de la administración.

De igual forma expresa la Corte, que así como la moralidad administrativa se entiende como un derecho colectivo, su fin es satisfacer el interés general y el bien común a través de su aplicación efectiva. En la sentencia C-449 de 1992 se reafirmó la trascendental relación que existe entre moralidad administrativa y contratación estatal, para lo cual la Corte expresó que *“la actividad contractual en el Estado Social de Derecho, es una modalidad de gestión pública que ha de guiarse por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad que los artículos 209 y 123 de la Constitución Política prevén, como parámetros específicos de la función administrativa y que, en general, constituyen núcleo axiológico inherente a la filosofía del Estado Social de Derecho”*¹⁷⁴. En la jurisprudencia del consejo de estado se observará como en el caso de la contratación administrativa se ha erigido este derecho principio como objeto de atención especial y como en buena medida los actores populares acuden a la protección del derecho colectivo para la salvaguarda de los principios que regulan esta actividad estatal.

También de dicho argumento se desprende el compromiso por la salvaguarda *“tanto del patrimonio como los recursos públicos, los cuales deben ser protegidos por las autoridades públicas a través de mecanismos idóneos que el legislador debe desarrollar para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial, originada en*

¹⁷³ *Ibíd.*

¹⁷⁴ ----- . Sentencia C-449 de 1992. del 9 de julio de 1992. M.P. (e) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Simón. Norma demandada: Artículo 33 (parcial) de la Ley 9a. de 1991.

*irregularidades que quebrantan la moralidad administrativa y generan perjuicios patrimoniales a causa de la corrupción Administrativa*¹⁷⁵.

La Corte también hace referencia a la función de la acción popular en la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, sobre este punto ha dicho que *“no se trata de la protección de meros derechos subjetivos o intereses particulares, sino que la acción popular versa sobre cuestiones de tal entidad, que su vulneración pone en peligro o ataca bienes tan valiosos para la sociedad, como la vida, la salud, el ambiente sano, el equilibrio ecológico, la seguridad, patrimonio y moralidad pública no de una persona, sino de toda una colectividad”*¹⁷⁶.

En otra oportunidad la Corte Constitucional emitió un pronunciamiento¹⁷⁷ en donde se encontraba implícita la noción de moralidad administrativa, en tal sentencia la Corte expuso que el concepto de moralidad pública va dirigido a la protección y materialización de los intereses generales, hecho que impone a la autoridades administrativas una “gestión objetiva” que les permita ser una herramienta eficaz para el cumplimiento de los fines del Estado. Además en dicho fallo se hizo alusión a la extensión de la moralidad como principio de toda la actividad estatal, lo que reafirma el sentido expuesto de que la moralidad es inherente a la actuación de los servidores públicos y de los particulares que cumplen funciones públicas.

En cuanto a la naturaleza del principio de moralidad pública, explicó la Corte que puede acarrear restricciones a la libertad, ya que éste se origina de la necesidad de mantener en armonía *“proyectos individuales de vida que, pese a ser*

¹⁷⁵ARANGUREN NIÑO Nadya Libertad y RUBIANO CUENCA Alejandro, Moralidad administrativa como derecho colectivo: análisis desde la jurisprudencia Colombiana. Trabajo de grado para optar el título de abogado. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá.2010.

¹⁷⁶Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-215 del 14 de abril de 1999. M.P. SÁCHICA MÉNDEZ, Martha Victoria, referente a la constitucionalidad de los artículos 11, 12 (parcial), 13, 27, 30, 33, 34 (parcial), 45, 46, 47, 48 (parcial), 50, 53 (parcial), 55, 65 (parcial), 70 (parcial), 71, 73, 85 y 86 de la Ley 472 de 1998.

¹⁷⁷----- . Sentencia C-988 de 2006, que resuelve la constitucionalidad del numeral 10 del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal.

*absolutamente contradictorios, resultan compatibles con una democracia constitucional y que, adicionalmente, es indispensable para conjugar la libertad individual con la responsabilidad y la solidaridad que hacen posible este modelo constitucional. En este sentido, la moralidad pública articula en el plano secular un modo de ser y de actuar que no puede soslayar la persona, portadora de derechos, que es, al mismo tiempo, sujeto individual y miembro de una comunidad*¹⁷⁸.

La Corte también hace referencia a la acción de repetición como mecanismo jurídico para garantizar la moralidad administrativa, al respecto ha expresado que tiene como fin *“proteger la integridad del patrimonio público y la moralidad y eficiencia en el desempeño de funciones públicas, en los eventos en que existe una condena de reparación patrimonial por un daño antijurídico generado por la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente estatal”*¹⁷⁹.

Por otro lado, también se ha hecho referencia a la moralidad administrativa, como derecho, escenario en que la Corte Constitucional hace referencia a las consideraciones que la Corte Constitucional ha establecido en sede de revisión de acciones de tutela, en tal medida, es dado resaltar que la Corte en la mayoría de los casos maneja la acepción de moralidad administrativa como derecho colectivo, por el tipo de acción que se estudia.

Una de las sentencias más importantes, que podría catalogarse como sentencia hito es la SU - 913 de 2009, en dicha providencia la Corte recoge el precedente sentado por el Consejo de Estado, en su Sección Tercera, Exp-AP-720 de 2005, en relación con los requisitos sustanciales para que proceda la acción popular por

¹⁷⁸ ----- . Sentencia C-404 de 1998. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 259 del Código Penal.

¹⁷⁹ ----- . Sentencia C-404 de 1998. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001.

vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa; los cuales son a saber:

1. La acción u omisión debe corresponder al ejercicio de una función pública.
2. La acción u omisión debe lesionar el principio de legalidad.
3. La desviación en el cumplimiento de la función ha de producir un perjuicio del interés general favoreciendo con ello al servidor público o a un tercero ó
4. La desviación del interés general debe ser de tal magnitud, que transgreda principios o valores instituidos previamente como deberes superiores en el derecho positivo¹⁸⁰.

En el mismo pronunciamiento la Corte reitera que la moralidad administrativa se entiende *“como el desenvolvimiento del servidor público dentro de auténticos propósitos del servicio público, con toda honestidad y desinterés y con absoluto respeto a las normas sobre obligaciones, incompatibilidades y prohibiciones”*¹⁸¹, a lo que se suma el pensamiento reiterativo de ésta Corporación en afirmar que cuando se presenta el actuar deshonesto del Estado y de sus agentes, indudablemente se configuran como sujeto activo calificado y que partiendo de esta premisa *“no sólo hay violación de la moralidad administrativa cuando hay compromiso inmediato del erario sino también ante actuaciones manifiestamente ilegales, pues es evidente que el cumplimiento del principio de legalidad hace parte del marco de la ética pública”*¹⁸².

Es de resaltar igualmente en este Escenario Constitucional, que aunque los pronunciamientos no mantienen una línea uniforme en cuanto a Moralidad Administrativa, en muchos casos¹⁸³ se observó que el actor interpuso acción de tutela por considerar vulnerados uno o varios de sus derechos fundamentales en

¹⁸⁰ ----- . Sentencia SU – 913 de 2009.

¹⁸¹ *Ibíd.*

¹⁸² *Ibíd.*

¹⁸³ ----- . Sentencia T – 238 de 1993. M .P. CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo.

razón de la actuación u omisión de algún agente o entidad del Estado, y a pesar de no haber invocado directamente la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, la Corte Constitucional en algunos fallos reconoció su vulneración. De tal modo, que es dado afirmar que las conductas desplegadas por agentes o entidades del Estado, en principio pueden amenazar o vulnerar derechos fundamentales, pero también pueden afectar el derecho colectivo a la moralidad administrativa, como lo menciona la Corte en la parte motiva de algunas de sus sentencias objeto de estudio.

Para ilustrar lo anterior se exponen algunos casos:

- Sentencia T – 238 de 1993. El accionante manifiesta que el Municipio le comunicó a él y a otros mercaderes titulares de puestos de venta en la plaza de mercado de Acacias- Meta, que debían desocupar sus casetas porque los iban a reubicar en otro lugar con el fin de mejorar "las condiciones de aseo, presentación y aprovechamiento del espacio". Afirma el actor que luego de la entrega de su caseta, el municipio no solamente incumplió su promesa sino que le entregó el puesto a un tercero.
- Sentencia T – 006 de 1995. En este caso el accionante considera que se ha vulnerado su derecho al debido proceso en la investigación disciplinaria que se le adelantó por la presunta violación al régimen disciplinario de los empleados públicos. En este caso concreto la Corte considera que *“las múltiples irregularidades cometidas en el proceso disciplinario adelantado contra el petente frustran la persecución eficaz y oportuna de las infracciones que comprometen la moralidad de la administración pública”*.
- Sentencia T – 1014 de 1999. Esta sentencia se dicta en virtud de la acumulación de tres procesos en los cuales los accionantes solicitan la protección del derecho al debido proceso, presuntamente vulnerado por las

entidades demandadas, al negar la práctica de algunas pruebas dentro del proceso disciplinario que se adelantaba en contra de cada uno de los tutelantes. En dicho pronunciamiento expone la Corte que *“debido a que media el interés público en las actuaciones procesales, las limitaciones que impone el principio de moralidad a la actividad de las partes encuentran pleno asidero dentro de nuestro ordenamiento”*, lo cual se fundamenta en el artículo 83 de la Carta Política, el cual presume la buena fe en las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas. En tal sentido, *“esta presunción, aplicada al proceso judicial, implica que unos y otras actúen de conformidad y cumplan con los principios procesales de moralidad: lealtad, buena fe, veracidad, probidad y seriedad”*.

- Sentencia T – 1083 de 2002. En el presente caso el accionante actuando en representación de su sobrino quien sufre de parálisis cerebral, considera que le han vulnerado su derecho a la igualdad porque un sacerdote en medio de una ceremonia religiosa en una catedral le negó la comunión a su sobrino por considerar que su discapacidad lo hace parecer un animal y no entender el significado del sacramento. La Corte retoma lo expuesto en la sentencia C – 404 de 1998, en donde se afirmó que la moralidad pública puede ser fuente de restricciones a los derechos constitucionales. Desde ahí, *“se espera que el Estado y los particulares respeten el código moral propio de cada comunidad religiosa, también se espera que tales códigos morales no se conviertan en normas jurídicas”*.

- Sentencia T - 216 de 2004. En la referida sentencia el accionante considera vulnerado su derecho de petición atinente al acceso a documentos públicos, por cuanto el ente accionado no contestó su petición, ni tampoco expresó los motivos de su negación. La Corte considera que *“el acceso a documentos reservados genera dificultades. Con razón, el demandante podría aducir que al impedírsele el acceso a tales documentos, estaría en imposibilidad de iniciar las*

acciones judiciales de protección de la moralidad pública”. De otra parte avala el interés del demandante en proteger la moralidad pública, pero indica que dicha protección no puede llegar hasta el punto de afectar derechos fundamentales de los asociados. Finalmente la Corte concede la protección a los derechos vulnerados del accionante y considera que la vulneración al derecho de petición compromete la moralidad pública.

- Sentencia T – 738 de 2010. El accionante interpone acción de tutela por considerar vulnerados sus derechos a la igualdad, el trabajo y el procedimiento administrativo en razón al nombramiento de un aspirante diferente a aquel que obtuvo la mayor calificación en el concurso público de méritos para proveer un cargo de gerente de una Empresa Social del Estado. La Corte decide amparar los derechos invocados, aduciendo que el principio de mérito garantiza que la función administrativa se desarrolle con fundamento en los principios constitucionales de igualdad, moralidad y teniendo en cuenta el pensamiento homogéneo de la corte en articular el principio de la moralidad administrativa con la figura de la función pública, desde lo cual toda provisión de cargos públicos debe estar investida de legalidad y transparencia.

El anterior marco jurisprudencial muestra una participación compartida entre la Corte constitucional y el Consejo de Estado en la Caracterización del principio y derecho colectivo a la Moralidad Administrativa, sobre la base del reconocimiento de aquello que se viene sosteniendo en relación con la textura abierta de los principios. De igual forma la conclusión que no es posible determinar un solo concepto de Moralidad Administrativa en la Jurisprudencia Constitucional, pues como se desprende de los diferentes escenarios en los que se ha tratado dicho principio.

II. El concepto de moralidad administrativa en jurisprudencial de Consejo de Estado – identificación de escenarios en las sentencias de la corporación.

Este acápite se busca describir los escenarios jurisprudenciales en los que se da aplicación del derecho colectivo a la moralidad administrativa en las acciones populares decididas en el Consejo de Estado y presentar un análisis del principio de moralidad administrativa a partir de las subreglas creadas por la corporación en mención, para decidir sobre la amenaza o violación del también derecho colectivo.

Para efectos de lo anterior, se hizo necesario revisar la parte motiva de las sentencias con el fin de identificar la *Ratio decidendi*, en aquellos casos que tratan del tema de estudio, que es la parte de la estructura de las sentencias que permiten rastrear la existencia de una subregla jurisprudencial, tal y como se expresó en el capítulo anterior, cuando se abordó el tema, en relación con la concretización de los principios en su aplicación por parte del juzgador.

Es importante mencionar que los principales pronunciamientos emitidos por el Consejo de Estado en materia de moralidad administrativa y que se pudieron identificar, fueron falladas entre los años 2001 y 2005. Este periodo de tiempo se justifica en el sentido que se trata de acciones populares las que se deciden, tal y como se observará en el estudio de las jurisprudencias; cabe anotar también, que la ley 472 de 1998 reglamento las acciones populares y de grupo en Colombia, y precisó que dichas acciones cuando una la parte pasiva fuera una entidad estatal, conocería la jurisdicción contencioso administrativa. Teniendo en cuenta que para el año en que entró en vigencia dicha norma, no existían los juzgados administrativos, la primera instancia entonces le correspondió a los Tribunales Administrativos y la Segunda al Consejo de Estado. Ya para el año 2006 empezaron a funcionar los juzgados administrativos y la segunda instancia la avocaron los tribunales administrativos.

Los fallos aquí abordados se han desarrollado de forma paralela y siguiendo en la mayoría de los casos los lineamientos de la Corte Constitucional, con la peculiaridad que el desarrollo de la noción de moralidad administrativa en el Consejo de Estado se enfoca en la mayoría de los casos como un derecho colectivo, reclamado mediante el instrumento jurídico de las acciones populares.

En un primer momento se observa que el concepto de moralidad administrativa no ha sido concretamente desarrollado por parte del Consejo de Estado, ni tampoco en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional como se mencionó en acápite anterior; sobre este asunto algunos autores y Consejeros consideran que la noción de Moralidad Administrativa se enmarca dentro de la concepción de “norma en blanco”¹⁸⁴, ya se precisó que los principios son normas de contenido fáctico indeterminado, como se puede ver en los dos primeros capítulos. Lo precedente en razón también a la imposibilidad de dar una definición única aplicable en todos los casos en los que se vea involucrada moralidad administrativa.

En algunos apartes de sentencias estudiadas se observa que se trabaja esta noción como derecho colectivo y otras veces como principio relacionado con la función administrativa. De lo anterior se deduce que el concepto de moralidad administrativa puede variar dependiendo del caso concreto en el que se aplique, y es en relación con dicha variación que se revisarán las subreglas para la solución de casos. A continuación se hará un recorrido por las decisiones del Consejo de Estado en relación con este derecho colectivo.

Como se dijo no hay un concepto de moralidad administrativa único, y no depende del subjetivismo del actor popular en esta tipología de acciones que se han

¹⁸⁴ ARANGUREN NIÑO Nadya Libertad y RUBIANO CUENCA Alejandro, Moralidad administrativa como derecho colectivo: análisis desde la jurisprudencia Colombiana. Trabajo de grado para optar el título de abogado. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá. 2010. Y CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 24 de agosto de 2005. C.P. GIRALDO GOMEZ, María Elena. Radicación 25000-23-26-000-2003-02458-01(AP).

de revisar a continuación, en un estado plural como este la valoración de lo moral no recae en una autoridad en particular, de tal manera que de hecho se dan controversias entre si determinada acción u omisión pueda constituir una amenaza o violación al derecho colectivo, así la aplicación de este principio como cualquier otro entraña un problema de interpretación, así lo observa el Consejo de estado: *“Claro es que la simple controversia sobre un punto de derecho no entraña comportamiento inmoral, máxime si se considera que la actividad administrativa debe fluir por cauces hermenéuticos que al tenor de los fines del Estado propicien la diversidad y pluralidad del pensamiento político, jurídico y social”*¹⁸⁵.

El marco anterior permite expresar que para el Consejo de Estado la noción de Moralidad Administrativa deberá involucrar elementos subjetivos y objetivos en su interpretación y aplicación, y que la misma en un caso concreto no tiene la vocación de erigirse como concepto absoluto para posteriores controversias, al respecto el máximo tribunal de lo contencioso concluyó que *“sus esfuerzos por darle definición, contenido y alcance no limitan ni restringen a la moralidad administrativa sino que la explican para que sea aplicada al caso concreto en consonancia con los valores y principios que la inspiran”*¹⁸⁶.

No obstante lo anterior, en la revisión jurisprudencial si se observa que el Consejo de Estado ha intentado guardar coherencia en la descripción del principio en concreto de Moralidad Administrativa que permita definir su alcance y los límites de la misma y que sirva por tanto de criterio aplicable en todos los casos similares; no obstante sobre la base del reconocimiento de la imposibilidad de concepto único, así lo ha expresado la misma Corporación: *“la pretensión de definir con una acepción única, o de dar contenido o alcance exactos y precisos a la moralidad*

¹⁸⁵ ----- Sección tercera. Sentencia del diecisiete (17) de febrero del dos mil (2000) C.P ORJUELA GONGORA Carlos Arturo, Radicación número: AP- 013

¹⁸⁶CONSEJO DE ESTADO. SALAVAMENTO DE VOTO. Sentencia del 4 de marzo de 2009. C.P. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. Radicación: 25000-23-25-000-2004-00739-02.

*administrativa no es jurídicamente correcta, incluso, constituye un error.*¹⁸⁷ Sin embargo, pese a la ausencia de una definición precisa de Moralidad Administrativa, el Consejo de Estado estableció¹⁸⁸ que hay tres clases de fuentes que sustentan su alcance y pueden servir de marco para delimitar su contenido, los cuales son:

1. La norma positiva.
2. Los principios generales del derecho.
3. El comportamiento que la sociedad califica como correcto y bueno para las instituciones públicas y sus funcionarios, en relación con la administración del Estado¹⁸⁹.

Si bien el concepto de moralidad administrativa puede nutrirse de los anteriores elementos para su aplicación, no se encuentra limitado a ellos, bien puede presentarse un caso que no pueda las anterior caracterización dar solución al caso, dada la textura abierta de las normas como principios, como lo expresa el máximo Tribunal de lo Contencioso al indicar que *“en un Estado pluralista como el que se identifica en la Constitución de 1991 (Art. 1), la moralidad tiene una textura abierta, en cuanto de ella pueden darse distintas definiciones. Sin embargo, dicho concepto se adopta como principio que debe regir la actividad administrativa”*¹⁹⁰, a su vez este reconocimiento se ve reflejado en otras decisiones, Considera el Consejo de Estado, que la moralidad administrativa *“no es un concepto unívoco que permita que sea aplicado de manera silogística, pues tiene una concepción abierta, la cual obliga en el caso concreto a recurrir a los parámetros de*

¹⁸⁷ -----, Sección tercera. Sentencia del 30 de agosto de 2007. C.P. GIL BOTERO, Enrique. Radicación: 88001-23-31-000-2004-00009-01.

¹⁸⁸ -----, Sección tercera. Sentencia del 17 de mayo de 2007. C.P. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. Radicación: AP 01353-01.

¹⁸⁹ *Ibíd.*

¹⁹⁰ -----, Sección tercera. Sentencia del 29 de enero de 2009. C.P. CORREA PALACIO, Ruth Stella. Radicación: 08001-23-31-000-2003-00013-01(AP).

*comportamiento que delimita el ordenamiento legal para quienes ejecutan la función pública*¹⁹¹.

De igual forma hay que distinguirla de otro tipo de moral. La Sala tercera del Consejo de Estado hace una distinción entre moralidad pública y moralidad administrativa estableciendo que no se ha definido la moralidad pública como un derecho colectivo, por lo cual no es susceptible de protección por vía de acción popular, considera también la misma Sala que *“si bien la moralidad pública es un valor de gran trascendencia no tiene la condición de interés colectivo y por lo mismo no es pasible de amparo vía acción popular, valor que no puede confundirse con el derecho colectivo a la moralidad administrativa”*¹⁹²

Hasta que ya se puede ver como se argumenta en pro de menguar lo etéreo de este derecho colectivo y principio a la vez. Más adelante se efectuará un análisis de casos más en concreto, sin embargo vale la pena, traer otro intento de estar corporación en estudio por describir unos elementos que faciliten la concreción del principio:

“... En síntesis, hoy en día es posible desentrañar la moral administrativa en varios lugares, unos más comunes que otros, unos más complejos que otros, unos más grandes que otros: i) al interior de la norma positiva-la Constitución, la ley, los reglamentos y en general cualquier norma del ordenamiento jurídico que desarrolle un precepto moral-: lugar en el cual, comúnmente, buscan los abogados la moralidad pública; ii) en los principios generales del derecho y en los concretos de una materia, los cuales mandan, desde una norma, actuar de un modo determinado, aunque menos concreto que el común de las normas positivas. Esta fuente de la moralidad administrativa es menos precisa, pero no por ello menos concreta en sus

¹⁹¹----- Sección tercera. Sentencia del 27 de enero de 2005. C.P. CORREA PALACIO, Ruth Stella. Radicación 25000-23-15-000-2003-01910-01(AP)DM.

¹⁹²----- Sección tercera. Sentencia del 13 de agosto de 2008. C.P. CORREA PALACIO, Ruth Stella. Radicación 25000-23-27-000-2004-00888-01(AP).

*mandatos. Admite, por esta misma circunstancia, un alto nivel de valoración, pero sin tolerar el capricho. Finalmente, iii) la moral administrativa también se halla por fuera de las normas, pero dentro del comportamiento que la sociedad califica como correcto y bueno para las instituciones públicas y sus funcionarios, en relación con la administración del Estado. Esta fuente de la moral administrativa exige del juez mayor actividad judicial, pero con ayuda de la razón y del sentido común ético puede calificar los distintos comportamientos administrativos a la luz de la moral exigible de quien administra la cosa pública. Este lugar, más abstracto aún que el anterior, exige una ponderación superior, en manos del juez, de la conducta administrativa, a la luz de la ética pública...*¹⁹³

El panorama anterior, va a ubicar al juez desde el punto de vista de la hermenéutica, en el sistema de aplicación de principios ya estudiado en otro capítulo, este desarrollo jurisprudencial será el que permitirá determinar un marco para el reconocimiento en un caso concreto del derecho a la moralidad administrativa.

Del análisis realizado a la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre moralidad administrativa, se tiene entonces que dicha Corporación también estudia de manera sistemática el principio en mención, y lo relaciona por Conexidad con otros derechos o principios legales y constitucionales, lo que también implica que las decisiones que se adopten al interior de los despachos judiciales y que se refieran al concepto de moralidad administrativa, deben atender a las características del caso concreto y a la repercusión que en el mismo traiga la vulneración al derecho colectivo de la moralidad administrativa y eventualmente la afectación de otros derechos conexos¹⁹⁴. En el siguiente capítulo se pondrá de

¹⁹³ Sentencia del 30 de agosto de 2007, expediente AP-0009. Sección Tercera. Reiterada en sentencia del 5 de marzo de 2008, expediente AP-1402. Sección Tercera.

¹⁹⁴ -----, Sección tercera. Sentencia del 6 de septiembre de 2001. C.P. BALLESTEROS CARRILLO, Jesús María. Radicación: 13001-23-31-000-2000-0005-01(AP-163).

relieve esta forma de tratamiento del derecho colectivo en la jurisprudencia local, pues como se expondrá allí, son varios los derechos e intereses colectivos que invocan los actores populares, para su protección por el juez constitucional.

El Consejo de Estado considera ya en relación con la protección por vía de acción popular:

“la moralidad administrativa, como derecho colectivo que puede ser defendido por cualquier persona, del cual se destacan estas características: a) es un principio que debe ser concretado en cada caso; b) al realizar el juicio de moralidad de las actuaciones, deben deslindarse las valoraciones sobre conveniencia y oportunidad que corresponde realizar al administrador de aquellas en las que se desconozcan las finalidades que debe perseguir con su actuación; c) en la práctica, la violación de este derecho colectivo implica la vulneración de otros derechos de la misma naturaleza”¹⁹⁵.

Ahora bien, teniendo en cuenta los lineamientos establecidos por la Corte Constitucional en lo que tiene que ver con moralidad administrativa y los cambios socio-políticos que han acontecido en Colombia; el Consejo de Estado en su jurisprudencia ha establecido algunos elementos que debe tener en cuenta el Juez al momento de fallar un caso donde sea necesario la aplicación del concepto de moralidad administrativa, y con los que dicho principio se relaciona como los se esbozan a continuación:

1. La Moralidad Administrativa y el Principio de Legalidad.

En algunas ocasiones las conductas de la Administración transgreden el ordenamiento jurídico, lo que se traduce en actuaciones u omisiones ilegales que afectan la moralidad administrativa. El Consejo de Estado ha establecido que la

¹⁹⁵----- Sección tercera. Sentencia del 31 de mayo de 2007. C.P. ARCINIEGAS ANDRADE, Camilo. Radicación 23001-23-31-000-2004-00620-01(AP).

moralidad administrativa se ve afectada por conductas de la administración o sus funcionarios, que transgreden el ordenamiento jurídico; sin embargo no toda ilegalidad constituye una vulneración a la moralidad administrativa; ya que solo ésta se infringe cuando se prueba la mala fe en la actuación de la administración¹⁹⁶.

Además se indica que no siempre la conducta que transgreda el ordenamiento jurídico será ilegal, en término de la corporación en referencia:

“existe un espacio en donde las decisiones de la administración no son susceptibles de ser calificadas por el juez desde el punto de vista de la estricta legalidad, pues corresponden a la ponderación de criterios de conveniencia y oportunidad, que compete hacer al administrador. Igualmente, con fundamento en esos mismos parámetros, se tendrá presente que la simple trasgresión al ordenamiento jurídico no atenta contra la moralidad administrativa, pues deben tenerse en cuenta otras circunstancias que indiquen la irregularidad en las actuaciones públicas, así como la vulneración a otros derechos colectivos”¹⁹⁷

Con lo expuesto por el Consejo de Estado se puede entender que solo la conducta del agente de la administración que se lleva a cabo con mala fe y el dolo y se encuentre además revestida de antijuridicidad, puede en un momento dado, contrariar la Moralidad Administrativa, ya que como lo expresa, no se trata simplemente de la ilegalidad en abstracto de una actuación administrativa.

Frente a este tema el Consejo de Estado ha reiterado que no es suficiente demostrar que un funcionario público realizó una acción u omisión que

¹⁹⁶-----, Sección tercera. Sentencia del 26 de septiembre de 2002. C.P. GIRALDO GÓMEZ, María Elena. Radicación: 41001-23-31-000-2002-0800-01(AP-537).

¹⁹⁷-----, Sección tercera. Sentencia del 27 de enero de 2005. C.P. CORREA PALACIO, Ruth Stella. Radicación 25000-23-15-000-2003-01910-01(AP)DM.

eventualmente pueda afectar la moralidad administrativa, en razón a que la mera conducta no constituye vulneración a este derecho colectivo ni a otros conexos, en tal sentido expresa el Alto Tribunal que *“la sola omisión en la transferencia de recursos de una entidad estatal a otra de la misma naturaleza no afecta la moralidad administrativa; sería necesario que los actores probaran además (de la conducta de omisión imputada), la presencia de elementos de carácter subjetivo contrarios a los fines y principios de la administración (conductas amañadas, irregulares o corruptas que favorecen el interés particular a costa de ignorar los fines y principios de la recta administración)”*.¹⁹⁸ De tal modo que la acción y omisión del servidor público no debe evaluarse de una manera subjetiva por funcionario judicial o el actor, y por el contrario debe demostrarse que dicha acción u omisión está directamente relacionada con la mala fe, el dolo, y la antijuridicidad.

Adicionalmente el Consejo de Estado ha establecido que *“la sola desatención de los trámites, procedimientos y reglamentos establecidos normativamente para el ejercicio de la función pública, en que el encargado de la misma incurra, no lleva a concluir automáticamente y sin fórmula de juicio, la vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa; y como ya se dijo además, es necesario además, que de la conducta transgresora del ordenamiento establecido pueda predicarse antijuridicidad”*¹⁹⁹.

2. Relación de la Moralidad Administrativa con otros derechos colectivos y principios de la Función Pública.

La actuación ilegal que realice la Administración y con la cual se afecte la moralidad administrativa, debe implicar que dicha acción u omisión amenace o vulnere derechos colectivos. La Sala tercera del Consejo de Estado ha reconocido

¹⁹⁸-----, Sección tercera. Sentencia del 3 de marzo de 2005. C.P. GIRALDO GOMEZ, María Elena. Radicación 25000-23-27-000-2003-2304-01(AP).

¹⁹⁹-----, Sección tercera. Sentencia del 9 de agosto de 2007. C.P. ARCINIEGAS ANDRADRE CAMILO. Radicación:19001-23-31-000-2004-01837-01(AP).

que la moralidad administrativa es un derecho colectivo de *“tercera generación, que se fundamenta en un principio constitucional cuya aplicación, por parte del juez, supone un especial método de interpretación que permita garantizar, de una manera eficaz, la vinculación directa de la función administrativa con el valor de los principios generales proclamados por la Constitución”*²⁰⁰.

3. Fuero de atracción²⁰¹.

En virtud del fuero de atracción la Jurisdicción Contencioso Administrativa es la encargada de juzgar la vulneración de los derechos colectivos y cualquier caso en el que la administración sea parte de manera directa o indirecta.

4. Método especial de interpretación.

El Consejo de Estado considera que es importante el uso de un método especial de interpretación para la aplicación de la moralidad administrativa, por ello esa Corporación²⁰² insistió que aquellas conductas desplegadas por la Administración para que vulneren la Moralidad Administrativa deben ser prácticas corruptas, realizadas con dolo, mala fe y desviación de poder en el servidor público. Nótese que aquí el Consejo de Estado se refiere a la corrupción otro concepto de abierta vaguedad, que complejiza aún la concreción del principio, no obstante servir de pauta interpretativa.

De esta manera se ha de expresar que se observa que la mayoría de las sentencias que desarrollan la noción de moralidad administrativa se producen

²⁰⁰-----, Sección tercera. Sentencia del 19 de abril de 2007. C.P. HERNANDEZ ENRIQUEZ ALIER EDUARDO. Radicación:19001-23-31-000-2004-01536-01(AP).

²⁰¹ -----, Sala plena de lo contencioso administrativo. Sentencia del 9 de diciembre de 2003. C.P. ARCINIEGAS ANDRADE, Camilo. Radicación: 25000 23 26 000 2002 1204 01 (AP) IJ.

²⁰² -----, Sección tercera. Sentencia del 3 de marzo de 2005. C.P. GIRALDO GÓMEZ, María Elena. Radicación: 25000-23-27-000-2003-2304-01(AP) y CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 2 de agosto de 2005. C.P. CORREA PALACIO, Ruth Stella. Radicación: AP-66001-23-31-0002004-00601-01.

como consecuencia de la puesta en conocimiento de hechos que vulneren o amenacen derechos e intereses colectivos, actividad desarrollada por los actores populares que invocan la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa en sede contencioso administrativa, así como la inclusión en dichas acciones de otro derecho que se encuentre indirectamente relacionado con éste, debido a la acción u omisión de la Administración Pública.

Ahora bien, teniendo en cuenta como ya se dijo, que el Consejo de Estado ha desarrollado la moralidad administrativa en la mayoría de los casos como derecho colectivo en la decisión de acciones populares, se puede decir que su alcance se ha venido *“decantando a partir de la definición de una serie de criterios que permiten su protección de manera objetiva, a partir de la aplicación a cada caso concreto de principios hermenéuticos y de sana crítica. Así, el concepto de moralidad administrativa se vincula al ejercicio de la actividad administrativa bien a través de las autoridades instituidas para el efecto bien a través de particulares en ejercicio de funciones administrativas”*²⁰³.

Expuesto lo precedente se han de referenciar ciertos escenarios jurisprudenciales en los que típicamente se debate este derecho colectivo, como el caso de la producción de actos administrativos que afecten la moralidad administrativa, en las actividades de los agentes de la administración en la contratación administrativa, o en materia de tributación y la defensa del patrimonio público, y en relación con la carga de la prueba en estos eventos.

En relación con los **Actos Administrativos** en la revisión jurisprudencial realizada, se pudo identificar que varios de los actores consideran vulnerado el derecho colectivo a la moralidad administrativa en razón a que a su juicio había existido desviación de poder por parte de algún funcionario de la administración

²⁰³ ARANGUREN NIÑO Nadya Libertad y RUBIANO CUENCA Alejandro, Moralidad administrativa como derecho colectivo: análisis desde la jurisprudencia Colombiana. Trabajo de grado para optar el título de abogado. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá. 2010.

pública al producir un acto administrativo. Al respecto el Contencioso ha expresado que *“la determinación de lo que debe entenderse por moralidad no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, ha de considerarse como contrario a la moralidad administrativa toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta”*²⁰⁴.

También el Máximo Tribunal de lo Contencioso se ha referido a la relación entre moralidad administrativa y el principio de legalidad, estableciendo que éste último es *“uno de los parámetros para establecer la vulneración a la moralidad administrativa, porque es en el derecho positivo donde la actuación de las autoridades públicas tiene su justificación, sin que la inobservancia de los trámites establecidos en las normas para el cumplimiento de las funciones, genere automáticamente vulneración a la moralidad administrativa, situación a la que se llega cuando además de infringir la legalidad, la conducta del funcionario desatienda la finalidad del servicio y satisfacción de las necesidades e intereses de la colectividad, para en cambio destinarse a intereses personales del funcionario, ajenos al cumplimiento de la misión que como autoridad del Estado le corresponde”*²⁰⁵.

En relación con la **defensa del patrimonio** público como consecuencia de una acción popular en la que el actor consideró vulnerado su derecho a la moralidad administrativa y al patrimonio público con ocasión de la no transferencia a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN – Seccional Barranquilla, de los dineros recaudados por concepto de retención en la fuente, que habían sido

²⁰⁴-----, Sección tercera. Sentencia del 29 de enero de 2009. C.P. CORREA PALACIO, Ruth Stella. Radicación: 08001-23-31-000-2003-00013-01(AP).

²⁰⁵-----, Sección tercera. Sentencia del 17 de mayo de 2007. C.P. CORREA PALACIO, Ruth Stella. Radicación: 08001-23-31-000-2003-01630-01(AP).

descontados a las personas que trabajaban para el Concejo Distrital de esa ciudad, desde el año 1999 hasta el 2003, el Consejo de Estado estableció que se presenta una inescindibilidad entre la vulneración a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y el patrimonio público; sobre este punto considera que *“aunque pueda imaginarse un daño a la moralidad administrativa aislado de sus consecuencias, en la práctica, es difícil concebir un evento en que la administración se separe de los imperativos del principio de la moralidad sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público, el de la libre competencia económica, el de la seguridad pública o el de la prevención de desastres técnicamente previsibles, entre otros”*²⁰⁶.

De otra parte ***En relación con la Contratación Administrativa***, de acuerdo a las jurisprudencias analizadas se identificó que una de las causas más recurrentes para alegar la vulneración precisamente a este derecho a la moralidad administrativa, es a juicio de los actores la indebida adjudicación de contratos estatales, la violación al principio de la selección objetiva, el desconocimiento a los criterios legales que rigen la contratación administrativa y al riguroso procedimiento de la contratación estatal y defraudación al interés general,²⁰⁷ con lo cual se reafirma lo expresado por el Consejo de Estado referente a la íntima conexión que existe entre el principio de legalidad con moralidad administrativa.

También otro de los eventos relacionados con la afectación a la moralidad administrativa es el atinente con los procedimientos de contratación estatal tales como los sobrecostos en la contratación estatal, hacer caso omiso de los precios y condiciones del mercado y pactar un valor en el contrato que vulnere estas limitaciones, superando en forma exagerada el promedio de costos de los bienes, servicios, obras.

²⁰⁶Ibídem.

²⁰⁷-----, Sección tercera. Sentencia del 14 de abril de 2005. C.P. RODRIGUEZ VILLAMIZAR GERMAN. Radicación:19001-23-31-000-2002-01577-01(AP).

Las anteriores circunstancias afectan directamente el patrimonio público y el interés general materializándose de manera inmediata la vulneración a los derechos colectivos de la moralidad administrativa y el patrimonio público y afectando de paso los principios de eficacia y economía que rigen la función administrativa²⁰⁸.

A partir de lo anterior se entiende que los actores populares consideran afectado el derecho colectivo a la moralidad administrativa cuando el procedimiento de contratación no se realiza de acuerdo a la ley, ni teniendo en cuenta los principios que rigen la contratación pública, abriendo una brecha que puede dar como resultado la vulneración de otros derechos colectivos²⁰⁹.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la moralidad administrativa y el deber ser de los funcionarios públicos, se tiene que este ejercicio de la función pública debe ir de la mano con los principios fundantes del Estado Social de Derecho, tales como el de legalidad, *“que le impone al servidor público o al particular que ejerce función administrativa, como parámetros de conducta, además de cumplir con la Constitución y las leyes, observar las funciones que le han sido asignadas por ley, reglamento o contrato, por ello en el análisis siempre está presente la ilegalidad como presupuesto sine qua non, aunque no exclusivo para predicar la vulneración a la moralidad administrativa”*²¹⁰. Desde ahí, vale la pena insistir en que además de la ilegalidad, *“el propósito particular que desvíe el cumplimiento del interés general al favorecimiento del propio servidor público o de un tercero, que en palabras del Robert Alexy, en cita de Von Wright, se traduce en la aplicación de conceptos deontológicos y antropológicos”*²¹¹, esto así sumado revertiría entonces en la violación a dicho precepto.

²⁰⁸ -----, Sección tercera. Sentencia del 21 de febrero de 2007. C.P. GIL BOTERO, Enrique. Radicación 25000-23-25-000-2005-00355-01(AP).

²⁰⁹ Ibídem.

²¹⁰ Ibídem.

²¹¹ Ibídem.

Lo anterior, se traduce en que la sola desatención de los trámites, procedimientos y reglamentos establecidos normativamente por parte del encargado de esa función pública, no lleva a materializar automáticamente la vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa; y por tanto se hace necesario en el caso concreto la aplicación de una adecuada interpretación que demuestre que el servidor público es autor de la acción u omisión con dolo o mala fe y como se ha dicho contrario a los fines de la función pública y el interés general.

De este modo se puede sumar lo expresado por la corporación en mención:

“la moralidad administrativa está inescindiblemente vinculada al cumplimiento de las funciones que se establecen en la norma para el ejercicio de un cargo, porque es en el ordenamiento jurídico donde la actuación del encargado de la función pública encuentra su justificación frente a la colectividad y por ende está estrechamente relacionada con el principio de legalidad”²¹².

En consecuencia y tratándose de trasgresiones contra el derecho colectivo a la moralidad administrativa, el comportamiento de la autoridad administrativa o del particular en ejercicio de función administrativa cuando se aleja de los propósitos de esta función, y se ve impulsado por intereses y fines privados, propios o de terceros, tiene relevancia para efectos de activar el aparato judicial en torno a la protección del derecho o interés colectivo de la moralidad administrativa.

Otro de los aspectos por revisar de entre los escenarios es el de la **Carga de la Prueba**, sostiene el Consejo de Estado que cuando se alega la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa es el actor popular quien tiene la carga de la prueba y quien debe allegar o solicitar dentro del proceso el material probatorio que considere que va a llegar al juzgador a convencerse de que se presentó una acción o omisión revestida de mala fe, dolo y antijuridicidad que afecta la moralidad administrativa y el interés general.

Finalmente, establece la Ley 472 de 1998 en su artículo 39, que en los eventos en los cuales se instauren acciones populares para proteger el derecho a la moralidad administrativa, el incentivo será equivalente al 15% del valor que recupere la entidad pública con ocasión de la acción popular. Desde ahí, en los casos en los que se demuestre la violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa y se ordene la protección efectiva del mismo, como consecuencia del ejercicio de la acción popular, *“el hecho de que no se hubieran recuperado dineros por parte de la entidad pública, no excluye el otorgamiento del incentivo, dado que en aplicación de la norma general prevista en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998, en razón a que el estímulo económico se encuentra establecido como un derecho del actor por su labor efectiva en la defensa de los derechos e intereses colectivos, con independencia de que obtenga o no la recuperación de dineros”*²¹³. Este caso, se trae como referente histórico, pues en la actualidad el incentivo no opera en las acciones populares, pues las normas que lo regulaban dentro de la Ley 472 de 1998, fueron derogadas por la ley 1425 de 2010.

Ahora bien, continuando con los escenarios jurisprudenciales arriba expuestos, se hace necesario identificar si en cada escenario se pueden identificar subreglas para la aplicación del derecho colectivo. Así las cosas en relación con la producción de subreglas jurisprudenciales, en el capítulo segundo, se desarrolló dicha temática, sin embargo vale precisar que es mediante estas subreglas jurisprudenciales, que los jueces en este caso quienes conocen de las acciones populares, aplicar en cada caso concreto el derecho colectivo que en un principio adolece de vaguedad o indeterminación.

Los siguientes renglones resumen los diferentes escenarios arriba puestos de relieve, y en las mismas, se condensarán como ha operado la jurisdicción administrativa en cada caso. Como ya se expresó, el Consejo de Estado, entre el

²¹³----- . Sección tercera. Sentencia del 17 de mayo de 2007. C.P. CORREA PALACIO, Ruth Stella. Radicación: 08001-23-31-000-2003-01630-01(AP)

año 2001 y 2005, recibió en sede de apelación las acciones populares que aquí se estudian, de tal forma que las sentencias en su mayoría llegan hasta el año 2009 cuando resuelven dichos recursos. Del universo de acciones populares decididas en esos años y que sirve de base para identificar subreglas de interpretación, no se tomaron en cuenta decisiones posteriores al año 2010, ya que las sentencias que se revisan en Santander oscilan entre el año 2008 y 2010. Se identificaron pues cuarenta y nueve (49) sentencias de la sección tercera del Consejo de Estado donde se discute al interior de la acción popular pertinente, la violación o no de derechos e intereses colectivos relacionados con la Moralidad Administrativa.

Son cinco (5) los grupos de acciones por escenarios en los que se puede identificar algunos supuestos fácticos compartidos en las sentencias que se revisaron:

- 1) La Moralidad Administrativa en relación con la producción de Actos Administrativos, le corresponden a los siguientes radicados: 23001-23-31-000-2004-00620-01(AP), 25000-23-25-000-2005-00355-01(AP); AP- 013 de 2000; 54001-23-31-000-2002-01944-01(AP).
- la sola desatención de los trámites, procedimientos y reglamentos establecidos normativamente para el ejercicio de la función pública, en que el encargado de la misma incurra, no lleva a concluir automáticamente y sin fórmula de juicio, la vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa; es necesario además, que de la conducta transgresora del ordenamiento establecido pueda predicarse antijuridicidad.
- 2) Para la defensa del patrimonio público, otro principio con el que guarda relación la Moralidad Administrativa: 19001-23-31-000-2004-01837-01(AP); 25000-23-24-000-2003-00373-02(AP); 25000-23-25-000-2003-00254-01(AP); 25000-23-

25-000-2004-00413-01(AP); 25000-23-25-000-2004-00739-01(IJ)(AP); 25000-23-27-000-2002-90106-01(AP); 25000-23-27-000-2004-01713-01(AP); 41001-23-31-000-2003-01470-01(AP); 41001-23-31-000-2004-00726-01(AP); 52001-23-31-000-2004-01625-01(AP); 76001-23-31-000-2005-00549-01(AP); 80001-23-31-000-2004-00005-01(AP); 2001 (AP) 170.

En las sentencias analizadas, no solo las que se recogen este numeral, y especialmente en las que se desarrollan por la actividad contractual del estado por conexidad con la defensa del patrimonio público, se ha podido identificar la siguiente referencia, que implica también elemento de interpretación, así, de las referenciadas se puede extractar:

“... para concluir la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa era necesaria “la concurrencia de tres elementos: 1) La existencia de unos bienes jurídicos afectados con la conducta de quien ejerce la función administrativa 2) Una forma clara de afectación y 3) una reacción jurídica necesaria frente a la lesión”²¹⁴.

En el caso del primero: *“... se comprende a la negación de la corrupción, la ética y la buena fe, como los bienes jurídicos principales que se afectan cuando el ejercicio de la función administrativa atenta contra la moralidad administrativa. La identificación de esta afectación, en el caso concreto, resulta sin embargo una operación compleja, que debe atender los desarrollos normativos sobre el principio de moralidad administrativa que eventualmente hayan sido vulnerados, como punto de partida...”*

En el segundo caso, que se refiere a una forma clara de afectación en la decisión referenciada, señala la corporación:

“... En síntesis, puede decirse que la afectación a los bienes jurídicos relacionados con la moralidad administrativa no puede suponerse sino

²¹⁴ Sentencia del 21 de febrero de 2007, expediente AP-0549. Sección Tercera.

verificarse y para ello se necesita una acción, es decir una materialización de la función administrativa como acontece con los actos, los contratos y en algunas oportunidades las omisiones. No debe confundirse sin embargo, esta verificación de la acción de la función administrativa, con las calificaciones de dolo y culpa que guardan relación con la intención y diligencia de la conducta y no con la revisión de la forma como esta se manifiesta...”

Finalmente el caso de la existencia de una reacción jurídica necesaria frente a la lesión, en donde se indica:

“... Esta acción no siempre será necesaria, pero cuando se requiera debe ser desplegada por parte de los jueces que conocen de acciones populares por este concepto. En el caso de una omisión de quien ejerce la función administrativa es evidente que este mecanismo no resulta viable; así mismo, situaciones concretas en las que se evidencie no una efectiva violación sino una puesta en peligro o amenaza a la moralidad administrativa, pueden no demandar esta medida...”²¹⁵”

3) Acciones populares para la defensa de la Moralidad administrativa en la Contratación Administrativa: 19001-23-31-000-2002-01577-01(AP); 19001-23-31-000-2005-00993-01(AP); 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP); 25000-23-24-000-1999-9001-01(AP-300); 25000-23-26-000-2002-1204-01(AP)IJ; 25000-23-26-000-2003-01195-01(AP); 25000-23-26-000-2003-02458-01(AP); 25000-23-27-000-2004-00888-01(AP); 25000-23-27-000-2004-01402-02(AP); 52001-23-31-000-2000-0121-01(AP-055); 52001-23-31-000-2000-1059-01(AP-518); 68001-23-15-000-2003-01472 01(AP); 70001-23-31-000-2003-00618-01(AP); AP-054; 88001-23-31-000-2005-00004-01(AP); 2001(AP) 166; 2005 (AP)720.

²¹⁵Sentencia del 21 de febrero de 2007, expediente AP-0549. Sección Tercera.

En este tipo de acciones por la actividad contractual del estado, se ha retirado en buena parte de las decisiones arriba referenciadas, lo definido como moralidad administrativa en la exposición de motivos de la ley 472 de 1998²¹⁶:

- “...*Se entenderá por moralidad administrativa, el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo a la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propios de un buen funcionario...*”

También se pueden identificar los siguientes criterios:

- para que se concrete la vulneración de la “moralidad administrativa” con la conducta activa o pasiva, ejercida por la autoridad o el particular, debe existir una trasgresión al ordenamiento jurídico, a los principios legales y constitucionales que inspiran su regulación, especialmente a los relacionados con la Administración pública.

-Es necesario además, que de la conducta transgresora del ordenamiento establecido pueda predicarse antijuridicidad.}

- Para que existe amenaza o vulneración de la moralidad administrativa, entre otros, en los siguientes supuestos: cuando la transgresión de la legalidad obedece a finalidades de carácter particular²¹⁷ – noción que la aproxima a la desviación de poder²¹⁸; cuando existen irregularidades y mala fe por parte de la administración en el ejercicio de potestades públicas²¹⁹; cuando se desconocen

²¹⁶ *Gaceta del Congreso N° 277 de septiembre 5/95 Pág. 1*

²¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia de 4 de noviembre de 2004, radicación N° 2500023240002003 (AP-2305) 01. Actor: William ReiniFarias Pedraza. Demandado: DIAN. C.P. Ricardo Hoyos Duque. En el mismo sentido, véase sentencia del 6 de octubre de 2005, radicación N° 0800123310002002 (AP-2214) 01. Actor: Jairo Torres Moreno y otros. Demandado: Distrito especial, industrial y portuario de Barranquilla. C.P.: Dra. Ruth Stella Correa.

²¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 31 de octubre de 2002, radicación N° 5200123310002000105901 (AP-518). Actor: Jesús Orlando Mejía Yepes. Demandado: Empresa de Licores de Nariño y otros. C.P. Ricardo Hoyos Duque

²¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil seis (2006), Radicación: 190012331000200301594 01, Referencia: Acción popular,

los valores y principios que inspiran la actuación administrativa y que determinan la expedición de las normas correspondientes al tiempo que orientan su adecuada interpretación.²²⁰

- 4) En relación con los tributos: AP-08001-23-31-000-2003-00013-01; 41001-23-31-000-2002-0800-01(AP-537); 66001-23-31-000-2004-00601-01(AP); 76000-23-31-000-2003-2922-01(AP);

En estos casos el consejo de estado retomó lo algunos apartes de otras sentencias, sin ninguna regularidad en las citas, excepto las AP 170 y AP 166 de 2001, respecto de las cuales toma las características del derecho colectivo.

- 5) También en relación con la actividad probatoria en aplicación del derecho colectivo a la Moralidad Administrativa, se identificaron jurisprudencias con cierto grado de reiteración: 08001-23-31-000-2003-01630-01(AP); 25000-23-15-000-2003-01910-01(AP)DM; 25000-23-27-000-2003-2304-01(AP); 54001-23-31-000-2004-01415-01(AP); 76001-23-31-000-2001-2075-01(AP-472);

En este numeral de las referencias aquí anotadas, se pueden extraer los siguientes criterios:

-Se ha de probar que la actividad desarrollada por la administración es producto de una conducta inmoral o desviada, tendiente a obtener un provecho ilícito para sí o para un tercero.

Actor:Gerardo Aníbal Paz Gómez y otros, Demandado: Municipio de Popayán y otros, C. P. Germán Rodríguez Villamizar

²²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 2 de junio de 2005, radicación N° 2500023270002003 (AP-00720) 02. Actor: Fundación Un sueño por Colombia. Demandado: Nación – Ministerio de Comunicaciones. C.P. Dra. Ruth Stella Correa. También, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 26 de octubre de 2006, radicación N° 7600123310002004 (AP-01645) 01. Actor: Andrés Alberto Gómez Orozco. Demandado: Municipio de Santiago de Cali.

-Corresponde a los actores demostrar, además de la omisión, la presencia de elementos de carácter subjetivo contrarios a los fines y principios de la administración, esto es: conductas amañadas, irregulares o corruptas que favorecen el interés particular a costa de ignorar los fines y principios de la recta administración.

Las Sentencia arriba relacionadas, en la mayoría de los casos no precisan una regla de aplicación específica constante en ellas respecto de cada escenario jurisprudencial; sin embargo si se observa la reiteración en la citación de las sentencias AP 720 de 2005 y 170 y 166 de 2001, las anteriores sentencias, a las cuales ya se hizo referencia en los párrafos precedentes, no formulan unas subreglas que puedan servir de base para resolver problemas jurídicos en supuestos fácticos concretos, estas citas se traen a las decisiones en mención, para poner de relieve las características del derecho colectivo de la moralidad administrativa y unas causales generales de aplicación, que en su conjunto, pueden definirse de la siguiente manera:

-No toda irregularidad o ilegalidad conlleva per se una violación al principio de moralidad administrativa.

-Para que se entienda violado el derecho colectivo ha de probarse, la mala fe, la desviación de poder, el ánimo torticero, la separación de la actuación a los fines establecidos en una regla jurídica establecida para el caso y al interés colectivo.

-Finalmente otro argumento común en las Sentencias estudiadas, se refiere a los antecedentes legislativos de la Ley 472 de 1998, que en los debates al proyecto de Ley fue ventilado una definición de Moralidad Administrativa, que finalmente no se tuvo en cuenta para el texto legislativo final; pero que esta corporación lo esgrime como aproximación a un contenido de la norma,

especialmente en los que desarrollan conflictos en escenarios jurisprudenciales donde se alega este derecho colectivo en acciones que censuran la actividad contractual de la Administración.

En el siguiente capítulo se revisará la jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Santander, y se agruparán en los mismos escenarios jurisprudenciales aquí desarrollados, para así identificar la utilización de los elementos aquí expuestos en la aplicación del derecho colectivo a la Moralidad Administrativa. En la reiteración de algunas de las sentencias se observa, no una alusión a ellas como precedente horizontal, más si como doctrina aplicable al caso, especialmente en la justificación del método de aplicación de este derecho.

Del estudio anterior se destaca la existencia de un desarrollo del contenido del derecho colectivo a la Moralidad administrativa, se pueden rastrear unos criterios generales de aplicación bien definidos; sin embargo y como ya se expresó, no son agrupados y aplicados de manera uniforme, en todos los casos no hay una disciplina de seguimiento a dichos criterios que pueden servir como argumentos para la decisión de casos similares.

4. SUBREGLAS JURISPRUDENCIALES EN EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO:

En los capítulos que anteceden se puso de relieve el papel de la decisión judicial frente a las normas con forma de principios; y se efectuó un recorrido por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional que desarrolla el principio de Moralidad Administrativa, y por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, buscando identificar la fijación de criterios de aplicación del principio de Moralidad Administrativa que han hecho estos tribunales, dedicando especial atención al Consejo de Estado en el caso de las acciones populares que llegaron a su conocimiento entre el año 2000 y 2005 principalmente.

El anterior estudio, permitió la identificación de algunos escenarios jurisprudenciales, como tópicos comunes en donde se puede dar una violación al derecho colectivo protegido mediante acción popular. Se identificó, que las acciones populares donde se pretende la protección de la Moralidad Administrativa, han sido promovidas en circunstancias en las que la administración ha ejercido su función administrativa dictando actos administrativos respecto de los cuales los actores populares, han observado en dicho proceder el desconocimiento del precepto estudiado; a su vez, cuando se han adelantado actividades propias de la Contratación Administrativa; igualmente en la identificación de falencias en la aplicación de la tributación, y en la defensa del patrimonio del Estado, principalmente en este último caso donde el derecho colectivo a la Moralidad Administrativa, guarda una estrecha conexidad con la defensa del patrimonio público; de igual manera se pudo identificar un especial análisis en relación con la prueba en el caso en que se pretenda la protección al derecho en esta vía procesal.

En lo que sigue se analizarán las decisiones del Tribunal Administrativo de Santander que en segunda instancia han resuelven acciones populares con el fin de contrastar la argumentación propuesta por el Tribunal con la fijada por el

Consejo de Estado, esto con el fin de identificar si el Tribunal mantiene la disciplina esperada en la aplicación de estas decisiones, si se aparta válidamente de las decisiones del Superior y si ha incurrido en errores argumentativos al resolver con base en dicho principio o al no acceder a las pretensiones del actor popular por desconocimiento de las subreglas superiores.

4.1 FINALIDAD DE LAS ACCIONES POPULARES Y SELECCIÓN DE LA MUESTRA

Antes de exponer el desarrollo de la argumentación de las decisiones que implican el principio de la moralidad administrativa en la justicia regional, especialmente las sentencias de segunda instancias dictadas por el Tribunal Administrativo de Santander en el trámite de las acciones populares, es del caso, precisar algunos aspectos de las acciones populares como mecanismos de protección de derechos e intereses colectivos: Las acciones populares y de grupo no son de exclusiva creación de nuestro derecho interno, y fueron consagradas en el artículo 88 de nuestra constitución política para la garantía de derechos e intereses colectivos, o derechos difusos como también han sido llamados, *propios de comunidades indeterminadas*²²¹, dentro de los cuales está la Moralidad administrativa.

Su naturaleza de acción popular con la posibilidad de ser adelantada por cualquier ciudadano sin limitación alguna en la legitimación en causa, tal y como se desprende del texto legal²²², es pues desarrollo del principio de participación, en ella se integran los principios constitucionales y especialmente *los de prevalencia del derecho sustancial, publicidad, economía, celeridad y eficacia*²²³, en lo que atañe a su trámite. De igual forma por tratarse de una acción constitucional, exige del juez el respeto al principio de prevalencia de lo sustancial sobre las formalidad

²²¹ HENAO HIDRÓN, Javier, Derecho Procesal Constitucional, Tercera Edición, Temis, Bogotá, 2010, p 76

²²² Ley 472 de 1998, Art. 12.

²²³ *Ídem*, Art. 5.

y el impulso oficioso de la acción²²⁴, lo que le permitirá presidir el proceso, y participar activamente en todo su desarrollo, podrá decretar pruebas, y tiene por obligación adoptar una decisión de fondo²²⁵.

Lo precedente es demostrativo del fuerte papel del juez en estas acciones, de tal forma que el ejercicio de aplicación de los derechos colectivos se erige como una obligación del fallador, especialmente en la referenciada obligación de adoptar una decisión de fondo. Estas acciones, entonces, exigirán un ejercicio hermenéutico por parte del juez de recoger todos los elementos fácticos que se le presentan, y concretar allí si es del caso la violación o amenaza de un derecho e interés colectivo, que en todo caso éstos corresponden a normas con la forma de principios, de tal manera que su aplicación, en el caso concreto deberá hacerse a reglas que le permitan dicha actividad. Estas reglas, y es lo que es objeto de estudio en este capítulo, independientemente del aporte propio del juez de primera instancia, se pueden encontrar en las decisiones de órganos judiciales superiores, que para el caso en consideración será el órgano de cierre en la jurisdicción contencioso administrativa (Consejo de estado).

Como ya se dijo, el anterior capítulo permitió la identificación de escenarios jurisprudenciales y algunos criterios para concretar el derecho colectivo a la Moralidad Administrativa al caso particular, extrayéndose la información de un análisis de la jurisprudencia dictada por el consejo de estado como segunda instancia de las acciones populares.

En el caso regional, en las sentencias identificadas, se buscó en primera medida ubicar escenarios jurisprudenciales en los cuales comúnmente se debate al protección del derecho colectivo en estudio y a partir de allí revisar la acogida de

²²⁴ Ley 472 de 1998, Art. 5.

²²⁵ *idem*

la jurisprudencia del Consejo de estado y la identificación de precedentes, en la justicia seccional (Tribunal Administrativo de Santander).

Para la identificación de procesos con sentencias falladas entre los años 2008 y 2010, como herramienta contentiva de las bases de datos con la información sobre el número de acciones por derecho colectivo alegado como violado, por anualidades, por radicado y autoridad judicial que conoció el caso, se hizo uso del RAP (Registro de Acciones Populares y de Grupo). De ahí que la selección de la muestra fue a conveniencia, se seleccionaron aquellas en las que se alegaba la vulneración del principio de la moralidad administrativa.

En relación con la anterior herramienta para identificar acciones, se debe indicar que la ley 472 de 1998, norma que reglamento el artículo 88 de la Constitución Política Colombiana y desarrolló las Acciones Populares y de Grupo, previó que la Defensoría del Pueblo Nacional, fuera el órgano nacional que llevara un registro de las acciones populares y de grupo que se adelantan en todo el país: *La Defensoría del Pueblo organizará un Registro Público centralizado de las Acciones Populares y de las Acciones de Grupo que se interpongan en el país. Todo Juez que conozca de estos procesos deberá enviar una copia de la demanda del auto admisorio de la demanda y del fallo definitivo. La información contenida en este registro será de carácter público*²²⁶. Si bien este es un registro público nacional, que se encuentra centralizado en el nivel nacional, por parte de la Defensoría Nacional del Pueblo, a nivel Regional, la Defensoría del Pueblo en el departamento de Santander, con la información de la seccional nutre el RAP nacional. Esta información de la Regional Santander fue consultada. En ella aparece organizada la información principalmente, por año de radicación de la acción, naturaleza del actor popular, naturaleza jurídica del demandado, derecho colectivo invocado como violado o amenazado, tema, autoridad judicial que conoce la acción, pacto de cumplimiento, fallos de primera y segunda instancia y

²²⁶ Ley 472 de 1998, art. 80

verificación del cumplimiento en caso que la acción se hubiera fallado favorablemente al actor, entre otros ítems.

Revisado el RAP regional, se lograron identificar alrededor de diecinueve (19) acciones populares falladas por la presunta violación o amenaza al derecho e interés colectivo de la moralidad administrativa entre los años 2008 y 2010, sin embargo de ese número, sólo tienen sentencia de segunda instancia dictadas por el Tribunal Administrativo de Santander, el número de nueve (9) acciones para ese periodo de tiempo.

El número de acciones populares por moralidad administrativa se reduce en ese periodo de tiempo en buena medida en tanto que las acciones seleccionadas, son aquellas en donde el debate se concentra en este derecho colectivo en mención de acuerdo con el RAP. En la información regional son un número mayor en las que se invocó la violación al derecho e interés colectivo en estudio, pero de manera accesoria, no como fuente principal de la amenaza o daño al derecho e interés colectivo. Este aspecto es muy relevante, porque en ocasiones, como se verá en el análisis que sigue, el juez pasa por alto la argumentación en relación con el principio de la Moralidad Administrativa y la concentra en otro derecho e interés colectivo que consideró el esencial para adoptar el fallo, diferente a lo que se pudo observar en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Se hace la anterior precisión en el interés de poner de relieve que para efectos de este análisis es relevante el argumento contenido en las decisiones, para la aplicación en el caso concreto del derecho colectivo a la moralidad administrativa, o en el caso de negar su amenaza o violación, pues allí es donde se identificarán los criterios interpretativos. Como se expresó en capítulo anterior, dichos criterios se extraen de la *ratio decidendi* de las sentencias, parte de la sentencia que tal y como lo ha expresado la corte constituye el precedente, opera en la particularización de la norma constitucional y en las propias líneas de la corte, se

tendrá como *la norma adscrita o, como la llama la corte, la subregla, que concreta las indeterminadas cláusulas constitucionales en prescripciones concretas aplicables a tipos de casos*²²⁷.

4.2 ESCENARIOS JURISPRUDENCIALES EN LAS DECISIONES RELACIONADAS CON ACCIONES POPULARES POR VIOLACIÓN O AMENAZA DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA EN EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER.

Con el insumo proveniente del RAP, administrado por la defensoría del pueblo, se identificaron pues las acciones falladas en el comprendido entre el año 2008 y el 2010, no todas las decididas en ese tiempo, ascendieron al conocimiento del Tribunal Administrativo de Santander, ya porque no fueran recurridas, o porque al serlo el recurso fue declarado desierto o rechazado por extemporáneo.

También es relevante expresar, que buena parte de las acciones populares que han pasado a manos de los juzgados administrativos a partir del año 2006, y que de acuerdo con el RAP corresponden al derecho colectivo a la Moralidad Administrativa, aún no han sido falladas en segunda instancia por el Tribunal Administrativo, o en su defecto no tienen fallo de primera instancia. Lo precedente no significa que con anterioridad al año 2008 no existen sentencias relacionadas con este derecho colectivo. Los fallos sobre acciones populares anteriores a esa anualidad, en su gran mayoría fueron dictados en primera instancia por el Tribunal, razón por la cual no son tomadas en este estudio.

Así las cosas, las siguientes fueron las decisiones adoptadas por el tribunal administrativo de Santander, divididas por escenarios jurisprudenciales:

²²⁷ Sentencia T-569 de 2001, MP Eduardo Montealegre Lynett

-Por violación o amenaza a la Moralidad Administrativa en relación con el patrimonio público.

En la jurisprudencia del Consejo de Estado se identificaron decisiones que permitieron analizar el principio de moralidad administrativa en conexidad con la protección al patrimonio público.

-Acciones Populares por temas relacionados con la Contratación Administrativa.

Contrario a lo percibido en la revisión jurisprudencial del Consejo de Estado, en el tribunal Administrativo en relación con las sentencias objeto de revisión, no se encontró en tal proporción.

-Por hechos desarrollados en el marco de la generación o cobro de impuestos.

En este caso, se identificaron varias sentencias, con hechos generadores de las acciones muy similares a los hechos de los fallos del Consejo de Estado, especialmente en lo relacionado con el pago del impuesto de alumbrado público.

Como ya se expresó, los escenarios jurisprudenciales mencionados guardan relación con los identificados en las decisiones del Consejo de Estado, en lo que sigue se buscará determinar a partir de la argumentación de las decisiones la recepción de las decisiones de esta última corporación por parte del Tribunal Administrativo de Santander, así como identificar en dichos fallos las subreglas del Tribunal.

Para ello se referenciará cada una de las sentencias, indicado número de radicación, nombre del actor, demandado, hechos que motivan la acción, sentido del fallo de primera instancia y sentido del fallo en segunda instancia y la motivación de la decisión. De igual forma se expondrá el análisis crítico en torno al

acatamiento o no de la subregla identificada en el Consejo de Estado por parte del Tribunal, se expondrá si el Tribunal aplica las características propuestas para el principio de la moralidad administrativa, si tiene en cuenta las condiciones de aplicación por parte del juez, si vincula la subregla aplicable al supuesto fáctico en concreto, la pertinencia de la aplicación de dicho criterio, así como los argumentos novedosos incorporados por el Tribunal.

En lo que sigue se presentara el resultado del estudio de casos:

- I. Por violación o amenaza a la Moralidad Administrativa en relación con el patrimonio público:

RADICADO: 2008-0061
ACTOR POPULAR: Johanna Mercedes Alarcón Serrano
ENTIDAD DEMANDADA: Dirección de Tránsito de Bucaramanga
HECHOS QUE DIERON ORIGEN A LA ACCIÓN
<ul style="list-style-type: none"> -Desde el año 2003 la dirección de tránsito de Bucaramanga realiza los fines de semana, exámenes de embriaguez a los conductores que transitan por la ciudad. -En realización de lo anterior desconoce la resolución 1183 de 2005 dictada por Medicina Legal. -El actor enumera los yerros de la Dirección de tránsito de Bucaramanga, en los procedimientos. -Indica que los particulares incurren en gastos desmesurados por las anteriores operaciones de la administración
SENTIDO DEL FALLO DE PRIEMRA INSTANCIA (Tesis del a quo)
Deniega las pretensiones
SENTIDO DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA
Confirma decisión
MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN
<p>-Recoge la referencia que hace el Consejo de Estado (Sentencia de fecha 20 de abril de 2001 C.P. María Inés Ortiz Barbosa), en relación con los antecedentes legislativos e la ley 472 de 1998, en el sentido de asociar la Moralidad Administrativa a lo definido en dichos antecedentes, pero que finalmente no quedó plasmado en la ley: “... se entenderá por moralidad administrativa, el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo a la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propios de un buen funcionario...”</p>

-De igual manera resalta lo indicado en el referente jurisprudencial arriba indicado: *“... la moralidad administrativa entre otros, persigue el manejo adecuado del erario público y en general que los funcionarios públicos asuman un comportamiento ético frente al mismo, pues los servidores públicos pueden incurrir en conductas que la generalidad tacharía de inmorales, o en otras que podrían ser sancionadas disciplinaria o penalmente...”*

-En relación con el patrimonio público cita la Sentencia de octubre 12 de 2006, de la Sección Tercera, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, en la que pone de relieve la estrecha relación de la Moralidad Administrativa con el Patrimonio Público, en el sentido que: *“... en la práctica, es difícil concebir un evento en que la administración se separe de los imperativos del principio de la moralidad sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público...”*

-finalmente para decidir sostiene que *el actor no demostró que la Dirección de Tránsito estuviera violentando los derechos colectivos de los ciudadanos, con el propósito de buscar beneficios particulares o que haya ocasionado perjuicios al patrimonio del estado, o que con ello busque desconocer la normatividad, para así configurar la afectación a la moralidad administrativa.*

ANÁLISIS DEL CASO EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO

Atención a la subregla general:

-En este caso el tribunal no argumenta en relación con la forma en que ha de concretarse el principio, asunto reiterado en varias sentencias del Consejo de Estado, ni en el sentido expresado en la sentencia AP720 de 2005 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la que se precisó criterios de procedencia de la acción. Cabe anotar que el criterio expuesto en esta sentencia no ha sido recogido de manera uniforme en la corporación en mención.

Subregla aplicable al supuesto fáctico en concreto:

-Ha sido una constante en las decisiones del Consejo de Estado, expresar de manera general en casos como este, la exigencia de un comportamiento ético del agente del estado; en este caso el Tribunal así lo adujo como criterio de aplicación.

Así las cosas dentro del argumento de la decisión en este particular si hay una sintonía con lo expresado por la corporación judicial superior, sin tener en cuenta los aspectos generales de concreción del principio.

II. Por violación o amenaza a la Moralidad Administrativa en relación con temas relacionados con la Contratación Administrativa.

RADICADO: 2008-0170
ACTOR POPULAR: Evaristo Rozo Villamizar
ENTIDAD DEMANDADA: Municipio de Cepita
HECHOS QUE DIERON ORIGEN A LA ACCIÓN
-El actor pretende la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa que estima vulnerado por parte del Municipio de Cepita, ante la falta de publicación en la Gaceta municipal o Diario Oficial de los contratos celebrados por este ente territorial, según lo establece la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y los decretos reglamentarios. El ente demandado objeta la demanda arguyendo que publica los contratos en la cartelera Municipal, mediante acto administrativo y que solo le es obligatorio publicar los contratos cuyo valor sea superior a 50SMLV.
SENTIDO DEL FALLO DE PRIEMRA INSTANCIA
Deniega las pretensiones
SENTIDO DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA
Confirma decisión
MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN
Toma el Tribunal en su argumento una referencia textual al Consejo de Estado (Sentencia del 31 de octubre de 2002) que expresó con respecto a la moralidad administrativa que <i>"... si dicho concepto (de moralidad) se adopta como principio que debe regir la actividad administrativa, la determinación de lo que debe entenderse por Moralidad no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con la ley. Desde esta perspectiva ha de considerarse inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta (...). De este derecho se destacan estas características: a) Es un principio que debe ser concretado en cada caso; b) Al realizar el juicio de moralidad de las actuaciones, deben deslindarse las valoraciones sobre conveniencia y oportunidad que corresponde realizar al administrador de aquellas en las que se desconozcan las finalidades que debe perseguir con su actuación; c) en la práctica, la violación de este derecho colectivo implica la vulneración de otros derechos de la misma naturaleza"</i> . De este modo caracteriza el principio en estudio indicado que se debe hacer para su aplicación. También refiere que de acuerdo al Consejo de Estado <i>"...cuando una persona e virtud de la acción popular acude en procura de la protección de ese derecho, debe analizarse la acción u omisión de la administración en el caso concreto,</i>

pues el desconocimiento de lo previsto en una disposición debe ir acompañado de algún fenómeno de corrupción para dar lugar a la vulneración alegada en la demanda...”

Indica el Tribunal que la moralidad administrativa además de ser un derecho colectivo, es un precepto de prioridad en la función pública que se desarrolla conforma al ejercicio de las funciones de los agentes estatal que deben cumplir con ocasión de los principios y valores consagrados no solo en la ley son también en la Constitución.

Para decidir el Tribunal Administrativo indica: *“... el derecho de moralidad administrativa, que tiene relación directa con el desarrollo de la función pública, se ve vulnerado cuando en definitiva se presentan anomalías, irregularidades y mala fe por parte de la administración en el ejercicio de potestades públicas: hecho que nunca se demostró dentro del desarrollo procesal, con ocasión a que la violación de dicho derecho nunca se consagró....”*

Manifiesta el *Ad quem* que en el caso concreto no se evidencio vulneración a la moralidad administrativa, ya que el perfeccionamiento de los contratos se viene cumpliendo a cabalidad con los requisitos exigidos y además el actor no probó dentro del plenario la existencia de algún vicio, o irregularidad en la actuación del ente territorial.

Atención a la subregla general:

-En este caso el tribunal sigue deforma disciplinada lo decantando por el Consejo de Estado, en los argumentos relacionados con la descripción del principio.

Subregla aplicable al supuesto fáctico en concreto:

-Sigue lo argumentado en Sentencias del Consejo de Estado que desarrolla idénticos supuestos fácticos, especialmente en lo relacionado con la carga de la prueba.

Así las cosas dentro del argumento de la decisión en este caso particular si hay coherencia con lo expresado por la corporación judicial superior; pero bajo argumentos muy generales, tomando como punto de partida para la decisión la ausencia de prueba.

RADICADO: 2008-0213
ACTOR POPULAR: Evaristo Rozo Villamizar
ENTIDAD DEMANDADA: Municipio de Lebrija
HECHOS QUE DIERON ORIGEN A LA ACCIÓN
<p>-Señala el actor que los municipios deben dar cumplimiento a la Ley 80 de 1993, La Ley 1150 de 2007 y los decretos reglamentarios, en los procesos precontractuales y contractuales.</p> <p>- Refiere que con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007 los contratos estatales deben ser publicados en la Gaceta Municipal.</p> <p>-Indica que la Ley 90 de 1995 estableció que la publicación del contrato era requisito para su legalización y en la misma debían incluirse datos como los contratantes, el objeto, el valor el plazo entre otros.</p> <p>-aduce que el municipio accionado debe tener código de rentas, en el cual se establezca o se fije un porcentaje sobre el valor de contrato como costo de la publicación, para que la comunidad tenga conocimiento de los contratos suscritos por la Administración.</p> <p>- El ente accionado contesta aduciendo que para dar a conocer los contratos suscritos, la Administración cuanta con diferentes medios entre los cuales se encuentra el Sistema Electrónico para la Contratación Pública, el Aviso en un diario de amplia circulación, entre otros, los cuales son de universal consulta y los cuales a su consideración son suficientes para cumplir el objeto y fin de la publicación.</p>
SENTIDO DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA
Deniega las pretensiones
SENTIDO DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA
Confirma decisión
MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN
<p>Este Tribunal refiere que sobre el derecho colectivo a la moralidad administrativa, desarrollado por el Consejo de Estado en sentencia del 21 de febrero de 2010, radicado 2001-509, en el que ha dicho lo siguiente: “... <i>La moralidad Administrativa entendida como principio orientado de funcionamiento de la organización estatal y, la moralidad administrativa como principio orientador de la actividad administrativa implica el comportamiento del funcionario o particular que ejerce la función, de conformidad con una serie de parámetros o condiciones determinadas en virtud de la honestidad, pulcritud, buena fe y responsabilidad, que parten del respeto por lo público y por la primacía del interés general. (...) en ese contexto, la moralidad como derecho colectivo supone la posibilidad que cualquier persona pueda acudir ante la jurisdicción para hacer cesar el peligro o restituir las cosas al estado anterior. En ese contexto que no todo comportamiento injusto o ilegal pueda tacharse de inmoral, por cuanto este último concepto supone, específicamente, una distorsión maliciosa en el comportamiento del funcionario o del particular que cumple funciones públicas; animo subjetivo torticero y malicioso que implica el desconocimiento de los postulados</i></p>

constitucionales y legales que informan el recto y adecuado ejercicio de las funciones estatales...”

También señala que la moralidad administrativa se entiende como el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público le sea manejado de acuerdo con la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propios del buen funcionario. No toda ilegalidad atenta contra el derecho colectivo a la moralidad administrativa, hace falta que se pruebe la mala fe de la administración, por lo tanto no toda actuación que se ajuste a la ley puede ser considerada como inmoralidad administrativa, pues para que la misma sea calificada de esa manera, debe ser una conducta que no responda al interés de esa colectividad, sino que por el contrario pretenda favorecer intereses propios o particulares de la autoridad pública. Este argumento se reitera en varias sentencias.

Para decidir el Tribunal refiere que existe amenaza o vulneración de la moralidad administrativa, entre otros, en los siguientes supuestos, tomados del Consejo de Estado, en sentencia del 14 de abril de 2010 radicado 2003-1472: “... *cuando la trasgresión de la legalidad obedece a finalidades de carácter particular – concepto que tiene proximidad a la desviación de poder; cuando existen irregularidades y mala fe por parte de la administración en el ejercicio de potestades publicas cuando se desconocen los valores y principio que inspiran la actuación administrativa; cuando se aplique o interprete por parte de un autoridad admisntrativa ; cuando se aplique o interprete por parte de una autoridad administrativa u precepto legal o una decisión judicial en un sentido que se aparte de manera ostensible y contraevidente de su correcto entendimiento...”*

Refiere en el asunto objeto de debate que no encuentra vulneración al derecho colectivo de la moralidad administrativa puesto que no está acreditado que la no existencia de la gaceta municipal obedezca a finalidades relacionadas con mala fe, corrupción, abuso o desviación del poder. Tampoco se acredita que haya motivaciones particulares para que se diera esta situación ni que la Administración desatendiera flagrantemente sus obligaciones ni las normas que resultaran de la interpretación y aplicación de la misma.

Aduce el Tribunal que no se puede predicar la amenaza al referido derecho colectivo en tanto que el actor no logró probar que los hechos fueron producto de una distorsión maliciosa, o animo torticero o malicioso de los funcionarios del ente accionado, producto de la inobservancia de la normativa constitucional y legal que rige la materia de contratación estatal.

ANÁLISIS DEL CASO EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO

Atención a la subregla general y el criterio aplicable al caso concreto:

-El Tribunal en este caso, sigue los lineamientos trazados en las sentencias que en el mismo escenario jurisprudencial ha propuesto el Consejo de Estado, especialmente en dos aspectos que son objeto de atención por el superior en casos similares:

-La equiparación de la desviación del poder con las actuaciones del funcionario ajenas a los fines de la administración.

-la falta de prueba de la persecución de un fin subjetivo o en beneficio de terceros del funcionario que interviene en la actuación administrativa.

Así las cosas dentro del argumento de la decisión en este caso particular existe coherencia con lo expresado por la corporación judicial superior.

RADICADO: 2006-056
ACTOR POPULAR: Chary Marlon Maestre Rincón
ENTIDAD DEMANDADA: Municipio de Floridablanca y otros
HECHOS QUE DIERON ORIGEN A LA ACCIÓN
El 7 de octubre de 2005 el municipio de Floridablanca realizó un contrato de compraventa para adquirir el Instituto Jorge Eliecer Gaitán, (colegio privado), ubicado en el barrio La Cumbre, por valor de \$1.1170.077.600.00, ante la necesidad de cumplir la demanda educativa. Manifiesta el actor que el referido inmueble carece de los requisitos de planeación tales como aislamientos, cesiones, parqueaderos, culatas, sardineles y que además la zona de terreno no permite albergar a más de 800 estudiantes, y que también este lote no satisface con las normas técnicas de sismo resistencia ni las reglamentarias para la accesibilidad y desplazamiento de los discapacitados. Por tanto solicita que se declare que con la celebración del referido contrato de compraventa se afectaron los principios de moralidad administrativa y patrimonio público y como consecuencia se disponga la nulidad del negocio jurídico anunciado.
SENTIDO DEL FALLO DE PRIEMRA INSTANCIA
Deniega las pretensiones
SENTIDO DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA
Confirma decisión
MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN
Se encuentra que el Tribunal en el caso concreto no argumenta con base en la vulneración o no del derecho objeto de debate y se reduce solo a mencionar los artículos 88 C.P y el artículo 4 de la ley 472 de 1998 que reconocen la moralidad administrativa como derecho colectivo.

ANÁLISIS DEL CASO EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO
<p>Atención a la subregla general:</p> <p>-En la decisión el Tribunal no argumenta en relación con el derecho colectivo alegado, aún a pesar de haber sido alegado por el actor y atendiendo a la libertad que tiene el Juez Constitucional para que en virtud de la prevalencia del derecho sustancial, busque la garantía de los derechos colectivos.</p> <p>-Tampoco incluye en la argumentación los supuestos propuestos por la sentencia AP720 de 2005 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que precisó criterios de procedencia. Cabe anotar que el criterio precisado en esta sentencia no ha sido recogido de manera uniforme en la corporación en mención.</p> <p>Subregla aplicable al supuesto fáctico en concreto:</p> <p>-No acoge ningún argumento en relación con el derecho colectivo a la Moralidad administrativa.</p> <p>En esta sentencia el juez no desarrolla ningún argumento para argumentar en torno a la no violación del derecho colectivo alegado, elude la argumentación y decide negar el amparo, por otras razones; pero en relación con la Moralidad Administrativa no explica porque no se violó o amenazó. Con este hecho se separa de la disciplina judicial al no argumentar las razones de la no incorporación de las subreglas proferidas por el superior.</p>

-Por hechos desarrollados en el marco de la generación o cobro de impuestos.

RADICADO: 2006-00108
ACTOR POPULAR: José Antonio Coronel
ENTIDAD DEMANDADA: Departamento de Santander
HECHOS QUE DIERON ORIGEN A LA ACCIÓN
<p>-Al actor popular le fue liquidada una sanción por concepto de pago del impuesto sobre el vehículo.</p> <p>-El gobernador mediante decreto 000321 de 2005 creó la sanción por pago extemporáneo, omitiendo que dicho impuesto se paga anualmente.</p>
SENTIDO DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA (Tesis del a quo)
<p>Deniega las pretensiones</p> <p>-No se vulnera el derecho colectivo a la Moralidad Administrativa, por falta e prueba de la ilegalidad del acto administrativo (decreto 321 de 2005), ni la mala fe de la administración.</p>

SENTIDO DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA
Confirma decisión que niega.
MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN
<p>-Recoge la referencia que hace el Consejo de Estado (Sentencia de fecha 19 de agosto de 2004 C.P. Alir Eduardo Hernández), en el sentido de establecer que cualquier ilegalidad per se no constituye violación al principio de moralidad administrativa: <i>“... degradando la autoridad de la que ha sido investido el servidor competente, si éste se separa del texto normativo desconociendo los fines del mismo y con la pretensión de obtener algo a cambio, si con su actuación desobediente vicia función, entonces la ilegalidad llevará consigo una carga de inmoralidad...”</i></p> <p>-De igual manera resalta la anterior regla en el sentido que este derecho se ve vulnerado: <i>“... cuando en definitiva se presentan anomalías, irregularidades y mala fe por parte de la administración en el ejercicio de potestades públicas...”</i></p> <p>Al no demostrarse lo anterior, por eso niega.</p>
ANÁLISIS DEL CASO EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO
<p>Atención a la subregla general:</p> <p>En este caso el Tribunal sigue los lineamientos trazados en las sentencias que reúnen los argumentos del Consejo de Estado en este escenario jurisprudencial, especialmente en dos aspectos que son objeto de atención por el Consejo de estado en casos similares:</p> <ul style="list-style-type: none"> -La simple legalidad no da lugar a la violación del derecho colectivo. -El derecho se vulnera cuando se evidencia mala fe del servidor público. <p>Subregla aplicable al supuesto fáctico en concreto:</p> <ul style="list-style-type: none"> -Expresa también un argumento reiterado en sentencias del superior en relación con la carga de la prueba, en el sentido de que debe probar el elemento subjetivo referenciado arriba, a saber la mala fe del servidor público. <p>En este fallo se cita de manera inadecuada la jurisprudencia del Consejo de Estado, pues no referencia ni la sección ni el radicado de la acción, lo cual constituye una falencia en torno a la fuente del argumento, lo que impide revisar la coherencia del mismo.</p>

RADICADO
2008-00304
ACTOR POPULAR
EseirBohorquez Suarez
ENTIDAD DEMANDADA
Municipio de Concepción – Electrificadora de Santander
HECHOS QUE DIERON ORIGEN A LA ACCIÓN
-Señala el Actor, Mediante Decreto 2424 de 2006 se regula la prestación del servicio de alumbrado público, siendo un servicio a cargo de los municipios, y que deben ser los municipios los que asuman el pago. -Los entes territoriales no tiene la potestad de crear el tributo de alumbrado público ni señalar su objeto generador. - Considera que el impuesto de alumbrado público es ilegal.
SENTIDO DEL FALLO DE PRIEMRA INSTANCIA (Tesis del a quo)
Concede las pretensiones -Lo anterior argumentando la violación al derecho colectivo de los consumidores y usuarios.
SENTIDO DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA
Revoca decisión y niega. -Argumenta en relación con la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, mas no de la Moralidad administrativa.
MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN
-Niega, pero sin pronunciarse en relación con el derecho colectivo a la Moralidad Administrativa.
ANÁLISIS DEL CASO EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO
Atención a la subregla general: -El Tribunal no argumenta en relación con el derecho colectivo alegado, aún a pesar de haber sido alegado por el actor y desconociendo la libertad que tiene el Juez Constitucional para que en virtud de la prevalencia del derecho sustancial, busque la garantía de los derechos colectivos. -Tampoco argumenta en su decisión en el sentido expresado en la sentencia AP720 de 2005 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que precisó unos criterios de procedencia para la acción. Cabe anotar que este criterio no ha sido recogido de manera uniforme en la corporación en mención. Subregla aplicable al supuesto fáctico en concreto: -No acoge ningún argumento en relación con el derecho colectivo a la Moralidad administrativa. En esta sentencia el juez no desarrolla ningún argumento para definir que no ha

sido violado el derecho colectivo alegado, elude la argumentación y decide negar el amparo por otras razones; en relación con la Moralidad Administrativa el Tribunal no explica porque no se violó o amenazó el derecho cuya protección fue invocada por el actor.

Este hecho muestra poca disciplina en la argumentación del Tribunal en la medida en que el fallo no integra la decisión sobre las peticiones del actor.

RADICADO
2009-00247
ACTOR POPULAR
Cesar Montero Hernández
ENTIDAD DEMANDADA
Municipio de Cerrito – Electrificadora de Santander
HECHOS QUE DIERON ORIGEN A LA ACCIÓN
-Expuesto los hechos de una manera distinta a la acción anterior pero recoge en la práctica el mismo presupuesto fáctico -Señala el Actor, Mediante Decreto 2424 de 2006 se regula la prestación del servicio de alumbrado público, siendo un servicio a cargo de los municipios, y que deben ser los municipios los que asuman el pago. -Los entes territoriales no tiene la potestad de crear el tributo de alumbrado público ni señalar su objeto generador. - Considera que el impuesto de alumbrado público es ilegal.
SENTIDO DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA (Tesis del a quo)
Concede las pretensiones -Lo anterior argumentando la violación al derecho colectivo de los consumidores y usuarios. No toca el derecho a la moralidad administrativa en sus argumentos, para conceder, por considerar que el <i>actor popular no cumplió con la carga de la prueba para determinar que efectivamente existía vulneración del derecho colectivo de la Moralidad Administrativa.</i>
SENTIDO DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA
Revoca decisión y niega.
MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN
-Niega, pero sin pronunciarse en relación con el derecho colectivo a la Moralidad Administrativa.
ANÁLISIS DEL CASO EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO
Atención a la subregla general: -El Tribunal no argumenta en relación con el derecho colectivo alegado, aún a pesar de haber sido alegado por el actor, y atendiendo a la libertad que tiene el

Juez Constitucional para que en virtud de la prevalencia del derecho sustancial, busque la garantía de los derechos colectivos.

-Tampoco argumenta el Tribunal en el sentido expresado en la sentencia AP720 de 2005 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que precisó criterios de procedencia de las acciones. Cabe anotar que este criterio precisado en esta sentencia no ha sido recogido de manera uniforme en la corporación en mención.

Subregla aplicable al supuesto fáctico en concreto:

-No acoge ningún argumento en relación con el derecho colectivo a la Moralidad administrativa.

En esta sentencia el juez no desarrolla ningún argumento para definir que no ha sido violado el derecho colectivo alegado, elude con ello la argumentación y decide negar el amparo por otras razones; pero en relación con la Moralidad Administrativa no explica porque no se violó o amenazó, aun cuando el a quo si argumentó en relación con la Moralidad Administrativa.

RADICADO
2008-00318
ACTOR POPULAR
Eseir Bohórquez Suarez
ENTIDAD DEMANDADA
Municipio de Lebrija – Electrificadora de Santander
HECHOS QUE DIERON ORIGEN A LA ACCIÓN
-Reitera lo expuesto en los hechos de una manera distinta a la acción anterior pero recoge en la práctica el mismo presupuesto fáctico -Señala el Actor, Mediante Decreto 2424 de 2006 se regula la prestación del servicio de alumbrado público, siendo un servicio a cargo de los municipios, y que deben ser los municipios los que asuman el pago. -Los entes territoriales no tiene la potestad de crear el tributo de alumbrado público ni señalar su objeto generador. - Considera que el impuesto de alumbrado público es ilegal, los concejos municipales no tienen la potestad para crear impuestos para la prestación ni para el pago del servicio público de alumbrando público.
SENTIDO DEL FALLO DE PRIEMRA INSTANCIA (Tesis del a quo)
Concede las pretensiones -Lo anterior argumentando la violación al derecho colectivo de los consumidores y usuarios. No toca el derecho a la moralidad administrativa en sus argumentos.
SENTIDO DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

Confirma parcialmente.
MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN
- Argumenta en relación con la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, para confirmar parcialmente, pero sin pronunciarse en relación con el derecho colectivo a la Moralidad Administrativa, a pesar de haber sido invocado por el actor y así haberlo reconocido el tribunal.
ANÁLISIS DEL CASO EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO
<p>Atención a la subregla general:</p> <p>-El Tribunal no incluye en la fundamentación de su decisión argumentos en relación con el derecho colectivo invocado de la moralidad administrativa, aún a pesar de haber sido alegado por el actor, desconoce con ello la libertad que tiene el Juez Constitucional para que en virtud de la prevalencia del derecho sustancial, busque la garantía de los derechos colectivos.</p> <p>-El Tribunal tampoco tiene en cuenta lo expresado en la sentencia AP720 de 2005 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que precisó unos criterios de procedencia. Cabe anotar que este criterio precisado en esta sentencia no ha sido recogido de manera uniforme en la corporación en mención.</p> <p>Subregla aplicable al supuesto fáctico en concreto:</p> <p>-No acoge ningún argumento en relación con el derecho colectivo a la Moralidad administrativa.</p> <p>En esta sentencia el juez no desarrolla ningún argumento para definir que no ha sido violado el derecho colectivo alegado, elude la argumentación, decide negar el amparo, por otras razones sin pronunciarse sobre la Moralidad Administrativa.</p>

RADICADO
2008-00316
ACTOR POPULAR
Eseir Bohórquez Suarez
ENTIDAD DEMANDADA
Municipio de Bucaramanga
HECHOS QUE DIERON ORIGEN A LA ACCIÓN
<p>-Reitera lo expuesto en los hechos de una manera distinta a la acción anterior pero recoge en la práctica el mismo presupuesto fáctico.</p> <p>-Considera que el impuesto de alumbrado público es ilegal, los concejos municipales no tienen la potestad para crear impuestos para la prestación ni para</p>

el pago del servicio público de alumbrando público.
SENTIDO DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA (Tesis del a quo)
Concede las pretensiones -Lo anterior argumentando la violación al derecho colectivo de los consumidores y usuarios. No toca el derecho a la moralidad administrativa en sus argumentos.
SENTIDO DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA
Confirma parcialmente.
MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN
- Argumenta en relación con la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, para confirmar parcialmente, pero sin pronunciarse en relación con el derecho colectivo a la Moralidad Administrativa, a pesar de haber sido invocado por el actor y así haberlo reconocido el tribunal.
ANÁLISIS DEL CASO EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO
<p>Atención a la subregla general:</p> <p>-No argumenta en relación con el derecho colectivo alegado, aún a pesar de haber sido alegado por el actor, y atendiendo a la libertad que tiene el Juez Constitucional para que en virtud de la prevalencia del derecho sustancial, busque la garantía de los derechos colectivos.</p> <p>-Tampoco en el sentido expresado en la sentencia AP720 de 2005 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que precisó unos criterios de procedencia. Cabe anotar que este criterio precisado en esta sentencia no ha sido recogido de manera uniforme en la corporación en mención.</p> <p>Subregla aplicable al supuesto fáctico en concreto:</p> <p>-No acoge ningún argumento en relación con el derecho colectivo a la Moralidad administrativa.</p> <p>Al igual que en los casos expuestos, el juez no desarrolla ningún argumento para definir que no ha sido violado el derecho colectivo alegado, elude la argumentación, decide negar el amparo, por otras razones; pero en relación con la Moralidad Administrativa no explica porque no se violó o amenazó.</p>

4.2 SUBREGLAS JURISPRUDENCIALES IDENTIFICADAS:

El análisis de los argumentos de las decisiones del Tribunal Administrativo de Santander en las sentencias en las que si existió algún desarrollo del derecho colectivo a la moralidad administrativa, permite identificar algún grado de

coherencia de los argumentos del Tribunal con la argumentación propuesta y desarrollada por el Consejo de Estado, así como la adopción de subreglas de aplicación en algunos eventos, sin embargo dicha coherencia no se extiende a todos los casos, en algunas decisiones los argumentos del Consejo de Estado no se incluyen aunque se trate de casos que hacen parte del mismo escenario.

En los casos en que el Tribunal decide pronunciarse en relación con el derecho colectivo objeto de análisis, incorpora los lineamientos del Consejo de Estado, en la misma forma en que dicha corporación también lo venía haciendo. Como se presentó en el capítulo anterior, al citar sus propias sentencias el Consejo de Estado no lo hace del mismo modo en todos los fallos, es decir con los mismos argumentos utilizados con anterioridad en todos los casos y refiriéndose a una decisión anterior en concreto. Esta última circunstancia se evidencia del mismo modo en las decisiones del tribunal.

Sin embargo si se puede resaltar que en los fallos en los que si se aborda el derecho colectivo invocado por el actor como violado, objeto de esta revisión, se ha referenciado la siguiente estructura, que expone el consejo de estado:

(...) (a) es un principio que debe ser concretado en cada caso; b) al realizar el juicio de moralidad de las actuaciones, deben deslindarse las valoraciones sobre conveniencia y oportunidad que corresponde realizar al administrador de aquellas en las que se desconozcan las finalidades que debe perseguir con su actuación; c) en la práctica, la violación de este derecho colectivo implica la vulneración de otros derechos de la misma naturaleza...²²⁸

Se reitera nuevamente la cita, ya que en el caso del Tribunal, la anterior se incluyó en los considerandos de la sentencia dictada en el radicado 2008-0170, una de las

²²⁸----- Sección tercera. Sentencia del 31 de mayo de 2007. C.P. ARCINIEGAS ANDRADE, Camilo. Radicación 23001-23-31-000-2004-00620-01(AP).

que fueron arriba analizadas y se trata del fallo dictado por el Tribunal que más desarrollos hace sobre el principio en mención; pero en otras salas de decisión y en fallos posteriores no se retoma. El argumento que si se mantuvo presente en los radicados 2008-0170 y 2008-00213 de este grupo relacionado con la contratación administrativa, es el relativo a la comprobación de un ánimo torcido, mala fe, algún grado de corrupción diferente a los fines que la norma le impone a la actividad que se juzga.

Éste último argumento podría interpretarse en la siguiente subregla *El Consejo de Estado ha establecido que la moralidad administrativa se ve afectada por conductas de la administración o sus funcionarios, que transgreden el ordenamiento jurídico; sin embargo no toda ilegalidad constituye una vulneración a la moralidad administrativa; ya que solo ésta se infringe cuando se prueba la mala fe en la actuación de la administración*²²⁹, o que se puede plantear así; *para determinar la violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa no basta con demostrar la ilegalidad, habrá que probarse la mala fe, ésta condición así varía en su redacción, especialmente reemplazando la expresión mala fe, por ánimo torticero, desviación de poder, etc, así como con una expresión menos compleja, se viola el derecho colectivo a la Moralidad Administrativa una vez probada la mala fe del funcionario.*

Como se identificó en capítulo anterior es reiterada esta posición en varias sentencias de la máxima corporación de lo Contencioso Administrativo, y que se repite aquí en el tribunal administrativo en los radicados ya anotados y el radicado 2006-00108 en el que los presupuestos fácticos difieren del tema contractual y se refiere a la producción o cobro de impuestos, y de alguna manera en el radicado 2008-0061, el cual desarrolló el principio en relación con la defensa del patrimonio público.

²²⁹ ----- . Sección tercera. Sentencia del 26 de septiembre de 2002. C.P. GIRALDO GÓMEZ, María Elena. Radicación: 41001-23-31-000-2002-0800-01(AP-537).

Como se puede observar es muy reducido el número de sentencias en las que se puede identificar la aplicación de alguna subregla para decidir en relación con el principio. El tribunal a pesar de las amplias facultades que tiene para adoptar una decisión por tratarse de una acción constitucional en procura de la prevalencia del derecho e interés colectivo, no argumenta para conceder lo pedido o denegar las pretensiones. En algunos casos replica lo que Consejo de Estado y Corte Constitucional han dicho para definir los problemas interpretativos de esta norma, o los elementos distintivos de la misma, pero en buena parte como ya se anotó, hay una ausencia de argumentos, a pesar de ser este derecho objeto de debate.

Hay un margen de arbitrariedad en la elección de argumentar respecto del derecho colectivo invocado por el actor popular y en este aspecto hay que realizar la crítica como colofón al anterior estudio:

-En las sentencias en las que no expresa argumento alguno relativo al derecho colectivo a la Moralidad Administrativa para negar o conceder la acción, no explica el Tribunal por que la ausencia de argumentación.

-Lo anterior se expresa bajo la expresión arbitrariedad, porque al parecer a elección subjetiva el tribunal escoge la pertinencia de la argumentación.

-El Juez es estas acciones constitucionales, tiene amplias facultades para garantizar la materialidad de los derechos e intereses colectivos, la Ley 472 de 1998, lo provee de herramientas, para llegar a tal fin pues es una exigencia.

-Entre las herramientas para que el juez cumpla con el deber de emitir una decisión de fondo en estas acciones, se encuentran: La facultad oficiosa en el desarrollo de la etapa probatoria; reconvenir a las partes para que cumplan con sus cargas procesales, además de fungir como conciliador en el escenario del Pacto de Cumplimiento, proponiendo de manera imparcial, fórmulas de arreglo.

-De igual forma, por los argumentos encontrados, tanto en la justicia administrativa regional como en el Consejo de Estado, se decide sobre la base de la exigencia de un resultado, el daño antijurídico, prueba de la vulneración, o del ánimo antiético del funcionario, desconociendo que las acciones populares también se crearon para evitar precisamente la consumación del hecho dañoso, por ser también de carácter preventiva.

-Finalmente, y en atención a que de las sentencias analizadas de las ubicadas del Consejo de Estado no han sido puntuales en la elaboración de argumentos que se reiteren en sus decisiones respecto de un supuesto de hecho específico, no podrían tenerse como precedente obligatorio para ser tenido en cuenta como en las decisiones sobre las acciones populares que se promueven por el derecho e interés colectivo a la Moralidad Administrativa por las corporaciones inferiores, así las cosas puede perfectamente el Tribunal Administrativo, construir sus propios argumentos, crear sus propias reglas de aplicación de este derecho, pues finalmente estas subreglas se dan en el marco de la interpretación constitucional, siendo una obligación de todo juez fundamentar su decisión.

Lo anterior por cuanto, quedó dilucidado, tanto en la teoría dispuesta como marco para comprender el objeto de estudio y la revisión de las sentencias de las altas cortes, que la Moralidad Administrativa en su doble connotación, es principio de la función administrativa y derecho colectivo, susceptible de ser protegido mediante acción popular (se trata de una acción constitucional cuyos principios reguladores apuntan a la materialidad de un derecho que escapa el simple interés particular), que de igual forma, y por tratarse de este tipo de normas, sólo en el caso concreto y a través de un ejercicio de interpretación se puede concretar la regla que determine su alcance en esa circunstancia específica. En nuestro Estado, y de acuerdo con la regulación de estas acciones, es el juez que en las circunstancias particulares efectuará el procedimiento de aplicación, sin más ataduras que los presupuestos regulatorios de dichas acciones. De ahí que quien decide la acción

tiene que escoger de las posibles soluciones al caso que se le pone de presente, la solución que garantice la materialidad del derecho, y esto lo hace, bien acudiendo a lo resuelto por instancias superiores en dichos casos o en semejantes, o bien mediante el aporte propio expuesto en sus argumentos para decidir, asunto que justificará en el texto de la sentencia.

CONCLUSIONES

En el marco del desarrollo del tema objeto de este estudio, que propuso poner de relieve la perspectiva del derecho colectivo a la Moralidad administrativa, desde la identificación de las subreglas jurisprudenciales que se han construido para decidir sobre este derecho; se realizó una revisión de la teoría jurídica en el debate sobre la relación derecho y moral, en las tesis de la vinculación como en las que propenden por el rechazo de esta vinculación. En ese espacio de discusión, se trajeron los desarrollos teóricos de Dworkin, Alexy y L.A. Hart., quienes, entre otros filósofos y teóricos del derecho, han expuesto problemas sobre los sistemas jurídicos, las normas que lo integran y la interpretación en este contexto. De los referidos autores se resalta para la discusión en el sistema jurídico colombiano, que la Constitución Política ha incluido principios cuya interpretación es vinculante para la dirección de la vida del Estado, como es el caso de la moralidad administrativa, que se ha elevado al rango de derecho constitucional, pero que pese a esta definición mantiene una estructura abierta como la de los principios, característica que no le impide hacerse exigible como derecho que debe ser protegido por los jueces del Estado.

Los mismos problemas expuestos en la revisión teórica referenciada, se han desarrollado en el interior de lo que se ha denominado el neoconstitucionalismo; habiendo sido necesario entonces, exponer un panorama sobre esta expresión que se presenta como ideología o como teoría jurídica, entre otras acepciones. Ya en el interior de dicha revisión sobre el neoconstitucionalismo en Colombia, se identificaron los problemas de interpretación que se dan en el marco del derecho constitucional, precisamente por la introducción en el sistema jurídico de constituciones fuertes y altamente invasoras del sistema jurídico, que están dotadas de normas con una estructura interna que difieren ostensiblemente de las tradicionales reglas legislativas, y que por lo tanto no pueden ser interpretadas de forma deductiva; entre otras circunstancias, porque en la hermenéutica

constitucional el juez es un actor político en la medida que debe desentrañar los fines de la constitución al momento de aplicar un precepto constitucional, ya que los valores integrados a la Carta Política también comportan criterios de interpretación del ordenamiento.

Los principios constitucionales, como normas jurídicas que son, tienen su propia forma de aplicación, éste tipo de normas de acuerdo con las exposiciones que se hicieron en desarrollo de este marco teórico anterior, no pueden aplicarse en la forma *aritmética*, en la que dado el supuesto de hecho previsto en la norma, se obtendrá como resultado las consecuencias jurídicas allí señaladas. Los principios, y esto es algo que quedó dilucidado, son un tipo de normas que son susceptibles de ser aplicadas en mayor o menor medida, como mandatos de optimización.

Las anteriores cuestiones, hacen que en el presente estudio, se hubiera acudido a los desarrollos teóricos que en relación con la aplicación de las normas constitucionales, se han dado tanto a nivel nacional como internacional, siendo necesario traer a colación el principio de proporcionalidad, que en materia de derechos fundamentales, ha servido de vía para hallar una solución a los problemas de interpretación que se generan en torno a estos derechos que de acuerdo con estas teorías se aplican mediante ponderación. En relación con este último tema fueron necesariamente consultados, autores como Alexy, Bernal Pulido y Miguel Carbonell principalmente.

Concluyendo el análisis teórico de los capítulos uno y dos, expuestos en los párrafos que anteceden, se puso de relieve como en nuestro contexto jurídico constitucional, la fuerza de la jurisprudencia, especialmente la Constitucional, es innegable. Asunto éste que pone en evidencia que el neoconstitucionalismo irrumpió en nuestro sistema jurídico especialmente en el marco de tiempo en el que se encuentra vigente la Constitución de 1991. Esto implica entonces lo que ha

venido ocurriendo, que es característico o propio del neoconstitucionalismo, y es la participación más activa del juez en cada vez más escenarios públicos, adoptando la jurisprudencia mayores dimensiones e influencia en nuestro derecho, que finalmente ha conllevado a que haya cobrado fuerza el precedente judicial.

Se respaldó esta afirmación en torno a la estructural importancia que en nuestro panorama jurídico ha ganado el precedente judicial, en la exposición de argumentos teóricos y jurisprudenciales, en los que se le reconoce a la jurisprudencia la condición de fuente y ya no simple criterio auxiliar; asunto al que en un principio apuntaba tímidamente la doctrina de la Corte Constitucional, y que finalmente logró calar incluso en el legislador. Siendo entonces el precedente judicial necesario para decidir en casos similares; fue del caso exponer lo que es entendido por tal, encontrándose en las sentencias de la corte constitucional un marco jurídico que lo circunscribe a la razón de la decisión, a la parte resolutive de la sentencia, lugar donde se desarrolla la subregla, ésta última que en materia de aplicación del precepto constitucional es la norma que contemplará el sustrato fáctico al que se le asigna un resultado jurídico, como regla de derecho, tal y como lo ha expresado la propia corte y es referenciado así en el capítulo tercero.

Esta actividad judicial activista ocurre principalmente en las altas cortes, observándose en ellas la acogida del neoconstitucionalismo, en el marco de la aplicación de los derechos y las normas con la estructura de principios que se precisó en la jurisprudencia revisada, de igual manera en la búsqueda de la materialización de los derechos como el principal fin del ejercicio de la judicatura, de ahí que en acciones populares, estas discusiones cobren vida. Lo mismo no ocurre en la jurisprudencia local, y esto es percibido en la revisión de los casos en el Tribunal Administrativo, como se ha expuesto, un buen número de decisiones judiciales dejan a un lado la argumentación relacionada con el derecho colectivo a la Moralidad Administrativa, si se revisan con detalle las fuentes de las decisiones, los criterios para adoptarlas no son propios de la hermenéutica

constitucional; en estos casos, negados en su gran mayoría, las reglas para decidir se identificaron en la ley y no en los principios, en la ubicación de un presupuesto factico concreto previsto en la regla y su natural consecuencia allí señalada también, de tal manera que si no se verifica la amenaza o violación en un deber legal, se abandona la carga argumentativa sobre los principios para su aplicación concreta.

De igual manera, y en atención a la existencia de diferentes categorías normativas, se desarrolló la distinción entre principios y reglas, para posteriormente ubicar la Moralidad Administrativa como principio de la función pública contemplado en el artículo 209 de nuestra constitución y legislación que desarrolla dicha función estatal; pero también la ubicación del derecho colectivo a la Moralidad administrativa, que tiene su desarrollo legal en la Ley 472 de 1998, norma que reglamentó las acciones populares, sobre las cuales se hizo el estudio de casos. Esta contextualización, permitió verificar el trato dado en la jurisprudencia local al principio al cual se le reconoció en los diferentes fallos una imposibilidad de concretarlo en el supuesto de hecho discutido en el curso de la acción.

De otro lado, la revisión de los escenarios jurisprudenciales tanto en Corte Constitucional y Consejo de Estado, permitió identificar entonces circunstancias en las que comúnmente se ventilan la violación u amenaza a derechos e intereses colectivos. Dentro de los escenarios hallados, están la producción de actos administrativos en desconocimiento del principio constitucional, o que comporte una violación al derecho colectivo, de igual forma en materia tributaria; en la discusión sobre la defensa al patrimonio público; en las actividades desarrolladas en la contratación administrativa. Y allí se evidenció que se han logrado precisar unas causales generales para que se pueda discutir sobre la violación al derecho colectivo objeto de estudio, de igual forma y con relativa reiteración unos elementos propios de aquel derecho, y de manera un poco aislada alguna

subregla, especialmente en la exigencia de la carga de la prueba del ánimo torticero, la mala fe o desviación de poder.

Es de destacar que la corporación en referencia expuso unos elementos para la desentrañar el derecho a la Moralidad Administrativa, y que sea de paso expresar, no se observó en el Tribunal Administrativo de Santander una alusión a dicho desarrollo, pese a que aborda la complejidad de la aplicación del principio. La decisión en comento se puede concretar en los siguientes argumentos, que resumen los espacios en los que como lo expresó el Consejo de Estado se puede desentrañar la Moral Administrativa²³⁰:

- *Al interior de la norma positiva-la Constitución, la ley, los reglamentos y en general cualquier norma del ordenamiento jurídico que desarrolle un precepto moral-: lugar en el cual, comúnmente, buscan los abogados la moralidad pública*
- *En los principios generales del derecho y en los concretos de una materia, los cuales mandan, desde una norma, actuar de un modo determinado, aunque menos concreto que el común de las normas positivas. Esta fuente de la moralidad administrativa es menos precisa, pero no por ello menos concreta en sus mandatos. Admite, por esta misma circunstancia, un alto nivel de valoración, pero sin tolerar el capricho. Finalmente.*
- *La moral administrativa también se halla por fuera de las normas, pero dentro del comportamiento que la sociedad califica como correcto y bueno para las instituciones públicas y sus funcionarios, en relación con la administración del Estado. Esta fuente de la moral administrativa exige del juez mayor actividad judicial, pero con ayuda de la razón y del sentido común ético puede calificar los distintos comportamientos administrativos a la luz de la moral exigible de*

²³⁰Sentencia del 30 de agosto de 2007, expediente AP-0009. Sección Tercera. Reiterada en sentencia del 5 de marzo de 2008, expediente AP-1402. Sección Tercera.

quien administra la cosa pública. Este lugar, más abstracto aún que el anterior, exige una ponderación superior, en manos del juez, de la conducta administrativa, a la luz de la ética pública.

Ya en el caso regional, se identificaron dichos escenarios jurisprudenciales; y para llegar a ellos, para poder identificar los casos decididos y en los cuales el actor popular hubiera alegado el derecho colectivo a la Moralidad Administrativa, se debió delimitar el tiempo en que el tribunal conoció en segunda instancia dichas acciones, por cuanto el objeto es precisamente la revisión de casos regional, siendo el tribunal administrativo el máximo juez contencioso administrativo de la región. El RAP de la Defensoría del Pueblo permitió la identificación de los radicados de los procesos requeridos para revisión.

Aquí vale la pena señalar, que relacionado con la dificultad para obtener la información, tiene asidero en que a pesar de tratarse de una acción constitucional, en la que el juez preside el proceso, tiene facultades oficiosas, y la ley la ha diseñado como una acción expedita donde la celeridad va a constituir garantía de materialización del derecho colectivo, estas acciones en muchos casos sobrepasan los cinco (5) años en la jurisdicción sin ser decididas. Esta circunstancia, realmente impide un desarrollo pleno de la jurisprudencia regional sobre este derecho colectivo, pues pasado todo ese tiempo, las actividades de los intervinientes y la del juez, van a estar marcadas por la falta de inmediatez de los hechos puestos en conocimiento a la justicia y una eventual intermediación en la prueba que se pueda practicar para resolver la controversia, circunstancia que impedirá como se ha observado, un profundo análisis de los hechos que permita argumentar si son o no constitutivos de violación al derecho colectivo.

Finalmente, del estudio de casos, se pudo concluir, que por una parte, del universo de sentencias proferidas en la controversia en la que fue ventilado el derecho colectivo, de nueve (9) analizadas, solo en dos (2) se conceden

pretensiones, pero no por argumentos relacionados con la moralidad administrativa alegada por el actor popular en estos casos el Tribunal ignora cualquier carga argumentativa para expresar porque no hubo violación al derecho colectivo en análisis. De igual manera en cinco de esos fallos, incluido el anterior, no se expresa ningún argumento para negar por la violación al derecho colectivo alegado por el actor y objeto del estudio. En estos casos el tribunal no cumple con justificar por qué no se considera violado el derecho colectivo, por tanto no hay una recepción de la jurisprudencia del órgano superior en estos casos.

En lo hasta aquí expuesto sobre los fallos del Tribunal en los que no hay pronunciamientos expresos sobre el principio constitucional de Moralidad Administrativa, hay que agregarle que una de las acciones populares trae a colación alguna sentencia que desarrolla el principio, pero no se indica con claridad la cita, de tal modo que no puede verificarse fácilmente algún precedente. Parecido ocurre con las sentencias que abordaron directamente el estudio del principio, ya que aun cuando se hace propios los criterios del Consejo de Estado, por una parte no es identificada con claridad la sentencia, o las razones escogidas como cita jurisprudencial no le son relevantes para la decisión.

Lo precedente permite concluir una precaria recepción de la jurisprudencia, del Consejo de Estado que desarrolla el principio; pero también una falta de iniciativa para abordar ya en el caso concreto una elaboración de criterios de aplicación, que le permitan al Tribunal una decisión con base en principios. Si el tribunal no aborda el tema, no podrá existir un avance en la jurisprudencia regional sobre la protección de este derecho, pues de algún modo, conocer los criterios usados por el tribunal para decidir negar o concederé el amparo al derecho colectivo, le permitirán al actor popular por una parte, estructurar mejor su acción para efectos de lograr la protección, y de otro lado, favorecerá la defensa de parte de la administración en los diferentes escenarios jurisprudenciales.

Ese desconocimiento a la obligación de fundamentar las decisiones y de pronunciarse sobre los derechos alegados, no solo genera el vacío antes puesto de relieve, también puede ubicar al juez constitucional, eventualmente en los linderos del derecho disciplinario, dado también su deber de emitir un fallo de mérito, más aún cuando ha sido dotado de las atribuciones, probatorias que la propia ley 472 de 1998 contempló²³¹.

Finalmente, en relación con la identificación de subreglas, se puede indicar, que en los fallos en los que el Tribunal Administrativo de Santander, donde argumenta en relación con el derecho colectivo a la Moralidad Administrativa, toma en cuenta la jurisprudencia de un órgano superior de la judicatura que es el Consejo de Estado, para exponer generalidades sobre el derecho colectivo, donde se identifica así una disciplina de decisiones con forme a las reglas del superior; pero sólo en los tres de ellos el Tribunal da aplicación a una regla específica para negar el amparo, ésta se refiere a que para que se proceda a la protección del derecho en mención se ha de probar la mala fe o el actuar por fuera de los fines de la norma, con interés subjetivo, que en Consejo de Estado se ha definido como Desviación de Poder, expresión traída del derecho administrativo en lo relacionado con las causales de nulidad de los actos administrativos.

De la confrontación de la argumentación de las sentencias del Tribunal y las de las altas cortes se puede afirmar que la argumentación constitucional en torno a principios ha encontrado algunas dificultades en la justicia regional y de manera muy lenta se ha venido incluyendo el discurso constitucional lo cual permite afirmar que es necesario continuar con la revisión de la jurisprudencia regional con el fin de ejercer control sobre el orador que es el juez regional con miras a exigir mejores argumentaciones, esto teniendo como corolario que los abogados, actores, estudiantes, la comunidad en general y la academia actúan como un

²³¹ Ley 472 de 1998, art. 30

auditorio que debe ser persuadido y que tal como han hecho las altas cortes la carga de la argumentación que se espera es mayor en el Estado Constitucional.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert, La Construcción de los derechos fundamentales, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, P 24.

ALEXY Robert, El concepto y la validez del derecho, Barcelona, Gedisa, 2008, P 14
Atienza, Manuel, Cuestiones Judiciales, Distribuciones Fontamara: México, 2002, p 9

ARANGUREN NIÑO Nadya Libertad y RUBIANO CUENCA Alejandro, Moralidad administrativa como derecho colectivo: análisis desde la jurisprudencia Colombiana. Trabajo de grado para optar el título de abogado. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá.2010

BERNAL, Pulido Carlos, El Neoconstitucionalismo y la Normatividad del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p 21

BERNAL, Pulido Carlos. El Derecho de los Derechos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2008. P 62

BERNAL, Pulido Carlos, El Neoconstitucionalismo al debate, Temas de Derecho Público No 76, Instituto de Estudios Constitucionales, Universidad Externado de Colombia, 2008, p 11 y 12

BERNAL Pulido Carlos, Teoría Constitucional y Políticas Públicos, Bases Críticas Para Una Discusión, Manuel José Cepeda, Eduardo Montealegre L. Directores, Alexei Julio Coordinador General, Universidad Externado de Colombia, 2007,P 375

BERNAL Pulido, Carlos, Normatividad y Argumentación Jurídica, Interpretación y Razonamiento jurídico, Ara Editores, Lima, 2010, p 294

CARBONELL Miguel, El Canon Neoconstitucional, Miguel Carbonell, Leonardo García Jaramillo Editores, Universidad externado de Colombia, 2010, P 165

CARBONELL Miguel, El Principio De Proporcionalidad En El Estado Constitucional, Miguel Cabonell Coordinador, Universidad Externado, Bogotá, 2007, P 10

CEPEDA Manuel José, MONTEALEGRE L Eduardo, Teoría Constitucional y Políticas Públicos, Bases Críticas Para Una Discusión, Manuel José Cepeda,

COMANDUCCI Paolo, El Canon Neoconstitucional, Miguel Carbonell, Leonardo García Jaramillo Editores, Universidad externado de Colombia, 2010, p 176

CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 24 de agosto de 2005. C.P. GIRALDO GOMEZ, María Elena. Radicación 25000-23-26-000-2003-02458-01(AP).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 31 de octubre de 2002, radicación N° 5200123310002000105901 (AP-518). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil seis (2006), Radicación: 190012331000200301594 01, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 2 de junio de 2005, radicación N° 2500023270002003 (AP-00720) 02. ,

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 26 de octubre de 2006, radicación N° 7600123310002004 (AP-01645) 01. Actor: Andrés Alberto Gómez Orozco. Demandado: Municipio de Santiago de Cali.

Constitución Política de Colombia, Art. 228, 1991. Ley 1395 de 2010 art. 114 Ley 472 de 1998

CORTINA Adela, Hasta un Pueblo de Demonios, Ética Pública y Sociedad, Taurus, Madrid, 1998, P23

Dworkin, R. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel Derecho, (1989). p. 77

Dworkin, R. *El Imperio de la Justicia*. Barcelona: Ariel Derecho, (2008). p. 78

Eduardo Montealegre L. Directores, Alexei Julio Coordinador General, Universidad Externado de Colombia, 2007, P 12

Exposición de motivos-Gaceta del Congreso N° 277 de septiembre 5/95 Pág. 1

Ferrajoli, Luigi, Epistemología Jurídica y Garantismo, México: Fontamara. 2004, p 112 y p 116

García Jaramillo, L. "El neoconstitucionalismo en Colombia: Entelequia Innecesaria o novedad pertinente".

GUASTINI Ricardo, La interpretación de la Constitución, Interpretación y Razonamiento jurídico, Volumen II, Ara Editores, Lima, 2010, p 45

H. L. A. Hart, el concepto de derecho, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1998, 217p

Ley 610 de 2000, Artículo 3.

Ley 734 de 2001

Ley 153 de 1887, Artículo 8.

LÓPEZ Medina, Diego Eduardo, *Teoría Impura del Derecho – La transformación de la cultura jurídica latinoamericana-*, Legis Editores, Bogotá, 2009.

LOPEZ MEDINA Diego, *Teoría Constitucional y Políticas Públicas, Bases Críticas Para Una Discusión*, Manuel José Cepeda, Eduardo Montealegre L. Directores, Alexei Julio Coordinador General, Universidad Externado de Colombia, 2007,P 431

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El Derecho de los jueces*, Bogotá: Ediciones Uniandes - Legis, 2006.

LUHMANN, N. *El Derecho y Sociedad*. Mexico: Universidad Iberoamericana.2002

MEJÍA QUINTANA, Oscar, “Elementos para una Reconstrucción del Estatuto Epistemológico de la Filosofía del Derecho” en *Legitimidad, Validez y Eficacia. Prolegómenos para una Reconstrucción del Estatuto Epistemológico de la Filosofía del Derecho (Disertación de (Post)Doctorado)* Bogotá, D.C.: Universidad Nacional de Colombia (Departamento de Filosofía), 2003.

MORESO José Juan, *El Canon Neoconstitucional*, Miguel Carbonell, Leonardo García Jaramillo Editores, Universidad externado de Colombia, 2010, p 200

POZZOLO, Susanna, “Neoconsitucionalimso y Especificidad de la Interpretación Constitucional, citado en: Bernal Pulido, Carlos, *El Neoconstitucionalismo al debate*, Temas de Derecho Público No 76, Instituto de Estudios Constitucionales, Universidad Externado de Colombia, 2008, p 29

POZZOLO Susanna, El Canon Neoconstitucional, Miguel Carbonell, Leonardo García Jaramillo Editores, Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2010, p 220

ROBERT Alexy, Derecho y Razón Práctica, biblioteca de ética, filosofía de derecho y política, distribuciones fonamara, México 2002. p 14 y 15

Robert Alexy /Eugenio Bulygin, serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, universidad externado No 18 Bogotá 2001, introducción Paula Gaido p. 21

Sección tercera. Sentencia del diecisiete (17) de febrero del dos mil (2000) C.P ORJUELA GONGORA Carlos Arturo, Radicación número: AP- 013

CONSEJO DE ESTADO. SALAVAMENTO DE VOTO. Sentencia del 4 de marzo de 2009. C.P. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. Radicación: 25000-23-25-000-2004-00739-02.

Sección tercera. Sentencia del 30 de agosto de 2007. C.P. GIL BOTERO, Enrique. Radicación: 88001-23-31-000-2004-00009-01.

Sección tercera. Sentencia del 17 de mayo de 2007. C.P. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. Radicación: AP 01353-01.

¹Ibídem.

Sección tercera. Sentencia del 29 de enero de 2009. C.P. CORREA PALACIO, Ruth Stella. Radicación: 08001-23-31-000-2003-00013-01(AP).

Sección tercera. Sentencia del 27 de enero de 2005. C.P. CORREA PALACIO, Ruth Stella. Radicación 25000-23-15-000-2003-01910-01(AP)DM.

¹Sección tercera. Sentencia del 13 de agosto de 2008. C.P. CORREA PALACIO, Ruth Stella. Radicación 25000-23-27-000-2004-00888-01(AP).

Sentencia del 30 de agosto de 2007, expediente AP-0009. Sección Tercera. Reiterada en sentencia del 5 de marzo de 2008, expediente AP-1402. Sección Tercera.

Sección tercera. Sentencia del 6 de septiembre de 2001. C.P. BALLESTEROS CARRILLO, Jesús María. Radicación: 13001-23-31-000-2000-0005-01(AP-163).

Sección tercera. Sentencia del 31 de mayo de 2007. C.P. ARCINIEGAS ANDRADE, Camilo. Radicación 23001-23-31-000-2004-00620-01(AP).

Sección tercera. Sentencia del 26 de septiembre de 2002. C.P. GIRALDO GÓMEZ, María Elena. Radicación: 41001-23-31-000-2002-0800-01(AP-537).

Sección tercera. Sentencia del 27 de enero de 2005. C.P. CORREA PALACIO, Ruth Stella. Radicación 25000-23-15-000-2003-01910-01(AP)DM.

Sección tercera. Sentencia del 3 de marzo de 2005. C.P. GIRALDO GOMEZ, María Elena. Radicación 25000-23-27-000-2003-2304-01(AP).

Sección tercera. Sentencia del 9 de agosto de 2007. C.P. ARCINIEGAS ANDRADRE CAMILO. Radicación:19001-23-31-000-2004-01837-01(AP).

Sección tercera. Sentencia del 19 de abril de 2007. C.P. HERNANDEZ ENRIQUEZ ALIER EDUARDO. Radicación:19001-23-31-000-2004-01536-01(AP). Sala plena de lo contencioso administrativo. Sentencia del 9 de diciembre de 2003. C.P. ARCINIEGAS ANDRADE, Camilo. Radicación: 25000 23 26 000 2002 1204 01 (AP) IJ.

¹Sección tercera. Sentencia del 3 de marzo de 2005. C.P. GIRALDO GÓMEZ, María Elena. Radicación: 25000-23-27-000-2003-2304-01(AP) y CONSEJO DE

ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 2 de agosto de 2005. C.P. CORREA PALACIO, Ruth Stella. Radicación: AP-66001-23-31-0002004-00601-01.

Sección tercera. Sentencia del 29 de enero de 2009. C.P. CORREA PALACIO, Ruth Stella. Radicación: 08001-23-31-000-2003-00013-01(AP).

Sección tercera. Sentencia del 17 de mayo de 2007. C.P. CORREA PALACIO, Ruth Stella. Radicación: 08001-23-31-000-2003-01630-01(AP).

Sección tercera. Sentencia del 14 de abril de 2005. C.P. RODRIGUEZ VILLAMIZAR GERMAN. Radicación:19001-23-31-000-2002-01577-01(AP).

Sección tercera. Sentencia del 21 de febrero de 2007. C.P. GIL BOTERO, Enrique. Radicación 25000-23-25-000-2005-00355-01(AP).

Sección tercera. Sentencia del 17 de mayo de 2007. C.P. CORREA PALACIO, Ruth Stella. Radicación: 08001-23-31-000-2003-01630-01(AP)

Sentencia del 21 de febrero de 2007, expediente AP-0549. Sección Tercera.

Sentencia del 21 de febrero de 2007, expediente AP-0549. Sección Tercera.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

Bogotá, sentencia de 4 de noviembre de 2004, radicación N° 2500023240002003 (AP-2305)

Sentencia AP2008-0170 MG Rafael Gutiérrez

Sentencia AP2008-0061 MG Julio Edison Ramos

Sentencia AP2008-0213 MG Julio Edison Ramos

Sentencia AP2006-056 MG Julio Edison Ramos

Sentencia AP2006-00108 MG Gladys Mora Camargo

Sentencia AP2008-00304 MG Francys del Pilar Pinilla

Sentencia AP2009-00247 MG Julio Edison Ramos

Sentencia AP2008-00318 MG Digna María Guerra

Sentencia AP2008-00316 MG Julio Edison Ramos

Sentencia C-082 de 1996.

Sentencia C-709 de 1996.

Sentencia C-319 de 1996 (salvamento de voto JORGE ARANGO MEJIA).

Sentencia C-046 del 10 de febrero de 1994. M.P. CIFUENTES MUÑOZ,

Sentencia C-404 de 1998.

Sentencia C-088 de 2000

Sentencia C-449 de 1992.. M.P. (e) RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Simón

Sentencia C-215 del 1999. M.P. SÁCHICA MÉNDEZ,

Sentencia C-988 de 2006,

Sentencia C-404 de 1998.

Sentencia C-404 de 1998..

Sentencia C-406 de 1992, MP Ciro Angarita.

¹ Sentencia C-486 de 1993, MP Cifuentes Muñoz.

¹ Sentencia C-221 de 1994, MP Carlos Gaviria Díaz.

¹ Sentencia C-122 de 2011, MP Juan Carlos Henao Perez

Sentencia C-836 de 2001, MP Rodrigo Escobar Gil.

¹ Sentencia C- 539 de 2011, MP Luis Ernesto Vargas Silva.

¹ Sentencia C-816 de 2011, MP Mauricio González.

Sentencia C-530 de 1993, MP. Alejandro Martínez Caballero.

¹ Sentencia c-916 de 2002, MP. Manuel José Cepeda

Sentencia C-673 de 2001, MP Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia C- 83 de 1995, MP Carlos Gaviria Díaz

Sentencia SU-1300 de 2001, MP Marco Gerardo Monroy Cabra

Sentencia T-569 de 2001, MP Eduardo Montealegre Lynett

Sentencia C-561 de 1992. M.P. MARTINEZ CABALLERO Alejandro,¹ Corte

Constitucional, Sentencia C-1153 de 2005. M.P. MONROY CABRA MARCO GERARDO.

¹ Sentencia T-015 de 1994, MP. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T-1317 de 2001, MP Rodrigo Uprimny Yepes

Sentencia SU – 913 de 2009.

Sentencia T – 238 de 1993. M .P. CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo.

UPRIMNY Rodrigo, “Estado social de derecho y respuesta judicial correcta” en VV.AA. Hermenéutica jurídica, Universidad del Rosario, Bogotá, 1997, P 2

ZAGREBELSKY, Gustavo, El Derecho Dúctil, Ley, Derechos y Justicia, Editorial Trotta, Cuarta Edición Madrid, 2002 p 109