

**PRESUPUESTOS OBJETIVOS PARA CONCRETAR EL DERECHO COLECTIVO
A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL. EN
EJERCICIO DE LA ACCIÓN POPULAR**

EDDY ALEXANDRA VILLAMIZAR SCHILLER

**Tesis de grado para optar al título de
Magíster en Derecho Administrativo**

Director de la tesis: Dra. Beatriz Londoño Toro

**UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ
2009**

DEDICATORIA

A mis padres, mi esposo, mi hijo, mis hermanos; a su afecto y amor.

Agradecimientos

La Universidad del Rosario ha hecho posible este logro profesional, por eso es necesario agradecer a la Doctora Beatriz Londoño, quien desde el primer cimiento de este trabajo orientó y guió la labor que hoy se concreta en éste documento, al Director de la Maestría el Dr. Manuel Alberto Restrepo Medina, que igualmente desde el primer semestre cursado de estudios en la maestría, estuvo dispuesto a brindar su conocimiento y apoyo.

A los profesores de la maestría, que concurrieron en aportar su experiencia y su saber, y agradezco porque lo aprendido no fue una técnica, sino un verdadero conocimiento, el que retomo en cada día de ejercicio profesional, un conocimiento que da fuerza y valor. Y más valioso aún, a aquellos docentes de la Universidad del Rosario, facultad de jurisprudencia, quienes estuvieron dispuestos a colaborar, enseñar, orientar, por lo que, reitero mi agradecimiento a ellos, motivan e inspiran.

Mis compañeras de la Universidad del Rosario, apoyo fundamental para llegar a este punto, ustedes saben lo valiosas que fueron para lograrlo.

Finalmente, a mis padres, por su entrega y esfuerzo, a mis hermanos por sus oportunos consejos, a César Augusto Pérez, por cada día dedicado para que yo pudiera realizar este documento, a Ernesto por un trabajo conjunto, hacemos un buen equipo.

Tabla de Contenido

<u>PRESUPUESTOS OBJETIVOS PARA CONCRETAR EL DERECHO COLECTIVO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL. EN EJERCICIO DE LA ACCIÓN POPULAR.....</u>	<u>1</u>
<u>Tabla de Contenido.....</u>	<u>4</u>
<u>INTRODUCCIÓN.....</u>	<u>7</u>
<u>I. APORTES PARA PRECISAR Y CONCRETAR LA MORALIDAD EN LOS CONTRATOS ESTATALES COMO DERECHO COLECTIVO OBJETO DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL. (Precisiones preliminares)</u>	<u>10</u>
<u>1. DEL DERECHO</u>	<u>10</u>
<u>1.1. La contingente relación moral y derecho</u>	<u>10</u>
<u>1.2. Moral y Derecho Administrativo. (Identificación normativa sensible a la manipulación de la corrupción)</u>	<u>29</u>
<u>a. GENERAL</u>	<u>29</u>
<u>b. POTESTADES DISCRECIONALES Y CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS</u>	<u>31</u>
<u>C. PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. ESPECIAL ALUSIÓN AL INTERÉS GENERAL SOPORTE DE LA ÉTICA ADMINISTRATIVA.....</u>	<u>42</u>
<u>d. LA INCORPORACIÓN EN DERECHO COLOMBIANO DEL PRINCIPIO MORALIDAD PÚBLICA Y DERECHO COLECTIVO A LA MORALIDAD PÚBLICA.</u>	<u>48</u>
<u>1. 3. Relación moral, corrupción y Contratación Estatal.....</u>	<u>54</u>
<u>II. INTERNOS DEL DERECHO COLECTIVO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA FILOSOFÍA EN ADELA CORTINA.</u>	<u>65</u>
<u>2.1. ETICA Y MORAL DELIMITANCION CONCEPTUAL</u>	<u>65</u>
<u>2.1.1 RELACIÓN ÉTICA Y MORAL</u>	<u>68</u>
<u>2.2. EL PACTO SOCIAL EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO, CARENTE DE MORAL PÚBLICA, ES UN PACTO DE ESCLAVOS.</u>	<u>70</u>
<u>2.3. EL CONTENIDO DE LA MORALIDAD PÚBLICA.....</u>	<u>73</u>
<u>2.4. LA RESPONSABILIDAD MORAL DE LOS ENTES PÚBLICOS</u>	<u>74</u>
<u>2.5 LA SEPARACIÓN MORAL Y DERECHO EN ADELA CORTINA RAZONES POR LAS QUE NO SE COMPARTEN PARA EL CASO DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO COLECTIVO EN ACCIÓN POPULAR.</u>	<u>76</u>

<u>III. ELEMENTOS SURGEN DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN POPULAR EN RELACIÓN CON LA ACCIÓN ORDINARIA CONTRACTUAL EN LA DOCTRINA Y EN LA JURISPRUDENCIA.</u>	<u>79</u>
<u>3.1. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL - Fase Inicial</u>	<u>80</u>
<u>3.1.2. TENDENCIA A LIMITAR Y HACER DEPENDER EL DERECHO DE OTROS CONCEPTOS, PRINCIPIOS O DERECHOS COLECTIVOS</u>	<u>84</u>
<u> Reiteración Jurisprudencial, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero ponente: Juan Angel Palacio Hincapie, Noviembre 2 de 2001, Radicación número: 25000-23-25-000-2001-0054-01(AP-141)</u>	<u>85</u>
<u> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejera ponente: LIGIA LOPEZ DIAZ, Bogotá, D.C., 31 de mayo de 2002, Radicación número: AP-300</u>	<u>91</u>
<u>3.1.3. EL DESVÍO DE PODER Y LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA</u>	<u>91</u>
<u>3.1.4. MORALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO, BÚSQUEDA DE UN CONCEPTO AUTÓNOMO DEL DERECHO COLECTIVO, Y, CONTROL DE MEDIOS Y FINES</u>	<u>99</u>
<u>3.1.5 MORALIDAD ADMINISTRATIVA LA TÉCNICA DEL CONTROL, ES DE MEDIO Y FINES, SIMILITUD Y DIFERENCIA CON EL CONTROL POR VÍA DE PROPORCIONALIDAD</u>	<u>107</u>
<u>3.1.6. FASE JURISPRUDENCIAL DE RETORNO A LOS CRITERIOS RESTRICATIVOS</u>	<u>110</u>
<u>3.2. LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL, PARÁMETROS QUE SURGEN DE LA DIFERENCIACIÓN ENTRE LA ACCIÓN POPULAR Y LA ACCIÓN CONTRACTUAL</u>	<u>115</u>
<u>3.3. LÍMITES A LA REPARACIÓN DEL DAÑO COLECTIVO</u>	<u>124</u>
<u>3.3.1 LIMITES NORMATIVOS RESPECTO DE SANCIONES PENALES Y DISCIPLINARIAS.</u>	<u>124</u>
<u> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, ob cit., CONSEJO DE ESTADO, Consejera ponente: LIGIA LOPEZ DIAZ, 31 de mayo de dos mil dos 2002, Radicación número: 25000-23-24-000-1999-9001-01(AP-300)</u>	<u>126</u>
<u>3.5 LÍMITES RESPECTO DE DERECHOS INDIVIDUALES, CONFIANZA LEGÍTIMA Y APORTE JURISPRUDENCIAL EN MATERIA CONTRACTUAL.</u>	<u>127</u>
<u>IV. PRESUPUESTOS Y PROPUESTA METODOLÓGICA:</u>	<u>134</u>
<u>4.1. APORTES QUE EMERGEN DE LA RELACIÓN MORAL Y DERECHO:</u>	<u>134</u>
<u>4.2. APORTES DE LA RELACIÓN MORAL Y DERECHO ADMINSTRATIVO</u>	<u>137</u>
<u>4.3. APORTES QUE EMERGEN DE LA INCLUSIÓN DEL DERECHO COLECTIVO Y PRINCIPIO, MORALIDAD ADMINISTRATIVA</u>	<u>142</u>
<u>4.4. APORTES QUE SURGEN DE LA RELACIÓN CORRUPCIÓN Y CONTRATACIÓN ESTATAL</u>	<u>143</u>
<u>4.5. EL APORTE DESDE LA PERSPECTIVA DE LA FILOSOFÍA, LA ÉTICA COMO FUENTE DE PARÁMETROS OBJETIVOS PARA CONCRETAR EL DERECHO COLECTIVO.</u>	<u>147</u>

<u>4.6. PARAMETROS QUE SURGEN DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN POPULAR EN RELACIÓN CON LA ACCIÓN ORDINARIA CONTRACTUAL EN LA JURISPRUDENCIA.</u>	<u>151</u>
<u>4.7. LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL, PARÁMETROS QUE SURGEN DE LA DIFERENCIACIÓN ENTRE LA ACCIÓN POPULAR Y LA ACCIÓN CONTRACTUAL.....</u>	<u>157</u>
<u>4.8. EJEMPLOS Y PROPUESTA METODOLÓGICA:</u>	<u>159</u>
<u>4.9. PROPUESTA DE HERRAMIENTA METODOLÓGICA.</u>	<u>163</u>
<u>V. CONCLUSIONES:</u>	<u>167</u>
<u>Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero ponente: Juan Angel Palacio Hincapie, Noviembre 2 de 2001, Radicación número: 25000-23-25-000-2001-0054-01(AP-141).....</u>	<u>178</u>
<u>Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejera ponente: LIGIA LOPEZ DIAZ, Bogotá, D.C., 31 de mayo de 2002, Radicación número: AP-300. .</u>	<u>179</u>
<u>Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, ob cit., CONSEJO DE ESTADO, Consejera ponente: LIGIA LOPEZ DIAZ, 31 de mayo de dos mil dos 2002, Radicación número: 25000-23-24-000-1999-9001-01(AP-300).....</u>	<u>180</u>

INTRODUCCIÓN

A veces se considera que la moralidad pública, es difícil de lograr, creyendo que la respuesta es frenar la corrupción y no alcanzar la moralidad, en el caso de Colombia, transparencia internacional lo ha venido ubicando entre los puestos 70 al 80, dentro de los países con mayor índice de percepción a la corrupción, no obstante la variedad de normas sobre inhabilidades, incompatibilidades, conflicto de intereses, así como la consagración punitiva penal, disciplinaria y fiscal, de supuestos de corrupción, entre otros.

De otro lado, tenemos la constante variación de la normatividad en materia de contratación estatal, que se ha generado so pretexto de la tan anhelada moralidad administrativa, llevado al extensa producción normativa de decretos reglamentarios en vigencia de ley 80 de 1993 y a la última reforma contractual la Ley 1150 de 2007 y los decretos que la reglamentan, que han sido repetidas veces modificados, derogados, suspendidos, anulados, generando gran incertidumbre sobre las reglas de juego para contratar con la administración.

Sin embargo, se encuentra que en nuestro sistema jurídico en el nivel constitucional una acción para la defensa a la moralidad administrativa, en cuyos inicios manaron críticas, cuando con ocasión a su amparo se declaraban nulos actos administrativos y contratos estatales, lo que llevaba a considerar que la lucha por la moralidad administrativa debía limitarse a un tema cultural y del derecho sancionatorio respecto de los individuos, dado que se llega a creer que la moralidad administrativa otorga un amplio margen de subjetividad respecto de lo que cada juez pueda percibir por moral.

Los anteriores factores nos llevaron a iniciar este trabajo de investigación, en primer lugar para determinar desde el razonamiento si la moralidad administrativa era un imposible de alcanzar y, por ende generaba un riesgo para la comunidad al otorgar un mecanismo constitucional para su protección, dado el carácter abierto de lo que puede concebirse por moral. Ahora bien, en caso de ser necesaria y posible, nos preguntábamos si podía generarse unos parámetros desde lo objetivo, que ayudaran a concretar en un caso si se presentaba o no la lesión a este derecho y claro si era viable la reparación del daño moral. Ello para poder reconocer a la acción popular como una herramienta, pedagógica, preventiva y reparadora del daño colectivo a la moralidad pública, que justifica su existencia en un Estado de Derecho.

Por lo anterior ésta tesis tiene por objetivo encontrar si la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa en los contratos estatales a través de la acción popular es necesaria para la garantía de un Estado Social de derecho, como un llamado de responsabilidad al ente público como persona jurídica y no a sujetos individualmente considerados.

Lo anterior nos lleva al planteamiento del problema: ¿pueden estructurarse parámetros objetivos que permitan concretar en un caso la Moralidad Administrativa por vía de acción popular, como medio control a la moralidad de las personas jurídicas de derecho público? De la respuesta al problema pretendemos diseñar una guía metodología que ayude a la comunidad cuando pretenda la protección de éste derecho colectivo.

La primera parte de este trabajo, inició con un artículo de recolección bibliográfica, publicado por la Revista de la Universidad del Rosario, que denominamos "El derecho colectivo a la moralidad administrativa" en la contratación estatal. Fortalecimiento de los principios del derecho administrativo, en el se encontró la constante referencia,

principalmente en la jurisprudencia, a los principios del derecho administrativo como fuente de moralidad administrativa, por lo que surgió el siguiente cuestionamiento, también parte de este trabajo, esto es, si la moralidad administrativa en su contenido no se agota en los principios del derecho público sino que tiene una naturaleza interna que también debe ser objeto de protección.

I. APORTES PARA PRECISAR Y CONCRETAR LA MORALIDAD EN LOS CONTRATOS ESTATALES COMO DERECHO COLECTIVO OBJETO DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL. (Precisiones preliminares)

1. DEL DERECHO

1.1. La contingente relación moral y derecho

La problemática que desde la teoría jurídica surge de la relación moral y derecho, nos lleva a acercarnos a nuestra tradición jurídica que ha tratado el tema en forma amplia. La primera pregunta que puede surgir al momento de generar parámetros para identificar un derecho colectivo denominado moralidad administrativa, es cuál es la relación entre moral y derecho, si la disciplina jurídica rechaza la moral, si por el contrario la recibe pacíficamente o si existen las populares mixturas y a qué puntos básicos se ha llegado en el tema. Todo ello para evitar desaciertos sobre los cuales la teoría jurídica ya se ha pronunciado, y al tiempo, determinar si de estos pueden extraerse aportes para nuestro análisis.

La contingente o necesaria relación moral – derecho, desde la óptica jurídica, tiene como punto de partida las opuestas tradiciones básicas, positivistas y iusnaturalistas, que van desde enfoques radicales que no aceptan tal relación, hasta las que conciben matices. Así mismo, cada una admite a su vez diferentes posiciones, que pueden presentarse en forma superficial, así:

El positivismo distingue el derecho que es del que debe ser, al diferenciar los hechos de los valores, llegando a la conclusión que no existe relación alguna. Es

decir, la separación entre el derecho y la moral, aspirando así a ser concebida como una teoría jurídica "*científica*" para alcanzar el ideario de la objetividad. Los iusnaturalistas por su parte consideran que el derecho se encuentra nutrido de principios de justicia y moralidad social¹.

Los positivistas, conciben al derecho como autosuficiente, un sistema normativo que provee sus propias razones y justificaciones, sin que requiera de consideraciones externas a ese derecho. Para los iusnaturalistas, las razones para justificar acciones y decisiones en el derecho, no provienen exclusivamente del sistema normativo sino de la moral y principios de justicia. Por ejemplo, los positivistas sostienen que ellos no legitiman un sistema normativo como el nazi, los iusnaturalistas dirán que consciente y deliberadamente no lo hacen, pero que el resultado positivista permite que un juez, adopte una decisión de acuerdo al derecho, independientemente de cómo ese derecho sea valorado de acuerdo a pautas morales o de justicia².

Es el propio sistema jurídico, el que genera la dualidad en la reflexión. Aquí citamos lo expuesto por NINO, quien realiza un esfuerzo para identificar tres eventos en esta discusión positivismo – iusnaturalismo, de donde han surgido los enfrentamientos que repudian o defienden una conexión entre derecho y moral. Se destaca porque abre la puerta a los eslabones jurídicos que generan la discusión, admitiendo que todas las respuestas jurídicas no son dogmáticas y que caben en consecuencia propuestas morales, ellas son:

- Conceptual o de perspectiva externa del derecho:

¹ Nino, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, edición, Barcelona: Ariel S.a, Abril de 1994 pp. 17-18

² *Ibidem*, pp. 18 -23

Parte del interrogante, el concepto derecho debe o no tomar en cuenta propiedades de índole valorativa o normativa para identificar y describir su objeto. En consideración a la pregunta de si existe relación conceptual entre derecho y moral, no hay respuesta unívoca ya que hay conceptos de derecho que remiten factores extrajurídicos y que en determinadas condiciones pueden ser considerados morales (concepto normativo del derecho)³, por ejemplo:

*"La Quinta enmienda de la Constitución de Estados Unidos dice: <<Ninguna persona será ... privada de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal>>. De acuerdo con una de las interpretaciones, esto significa que nadie será privado de su vida, libertad o propiedad, excepto como resultado de un proceso legal justo. Según esta lectura, la Cláusula del Proceso Debido (The Due Process Clause) significa que podemos distinguir entre procesos justos e injustos..."*⁴

Desde el positivismo conceptual, se designan propiedades de hecho y en consecuencia, no remiten a propiedades valorativas sino a contenidos estrictamente del derecho. Esto no implica que los conceptos de derecho descriptivos no puedan ser valorados moralmente, lo que supone es que identificar un sistema normativo como derecho, no implica un juicio moral del mismo, por lo que ésta primera propuesta, no resuelve la hipótesis atrás planteada, pero presenta la posibilidad de admitir propiedades valorativas⁵.

Sin embargo, adviértase que dentro de la posición positivista, existe una tesis acerca del concepto del derecho que afirma que el derecho positivo de una sociedad puede describirse sin acudir a consideraciones morales. Ello no implica

³ Ob cit., p. 41

⁴ Lyons, David, *Ética y derecho*, Barcelona, Ariel, 1989, p. 71

⁵ Nino, ob cit., p. 41.

una posición escéptica sobre tales consideraciones, tampoco que el derecho carezca de indeterminaciones. La posición no positivista en esta materia, consiste en sostener que el derecho positivo no puede ser identificado como tal si no se toman en cuenta ciertos valores o principios de justicia.⁶

- **De acuerdo a las razones justificatorias de acciones o decisiones o vínculo justificatorio necesario entre derecho y moral.** (constitución de razones para actuar, punto de vista interno)

Emerge de los problemas que suscita el discurso jurídico en torno al concepto de validez jurídica; una de las respuestas al problema proviene de la teoría de KELSEN, para quien la validez de una norma dependerá de la norma básica a la que deben adherirse en cadena las restantes disposiciones del ordenamiento jurídico. Sin embargo, en criterio de NINO éste constituye un "presupuesto hipotético del pensamiento especulativo de los juristas", de donde su fuerza obligatoria es a su vez hipotética⁷.

El problema de la validez jurídica de una norma se plantea cuando las normas que contradicen las condiciones de su creación parecen ser consideradas por jueces y juristas como válidas, acudiendo a normas extrajurídicas para predicar su fuerza obligatoria, es decir, a principios morales para deducir un concepto de validez⁸. Al respecto, resulta ilustrativo el siguiente ejemplo, con ocasión de los gobiernos de facto, constituidos como un nuevo Estado, en tanto la junta había ejercido el poder constituyente.

En Argentina la ley de autoamnistía con la cual el gobierno militar declaraba impunes las violaciones de derechos humanos, llegó al punto que no era suficiente

⁶ Ibídem, pp 22-23

⁷ Ibídem p. 78

⁸ Ibídem 79

derogar la ley en tanto sus autores se verían ayudados por la aplicación ultractiva de la ley más favorable para los hechos cometidos hasta el momento de su derogación, por lo que no podría ser derogado sin infringir el artículo 18 de la Constitución Argentina: La solución fue la siguiente:

"Se concluyó que la validez de las normas jurídicas, por tratarse de una propiedad normativa que implica que la norma debe ser obedecida, no puede derivar de meras circunstancias de hecho, como se el centro de la fuerza de una sociedad, tal como lo había supuesto la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia tradicional. Tiene necesariamente que derivar de valoraciones extrajurídicas como es la legitimidad de las autoridades supremas del orden jurídico para prescribir normas jurídicas. Si se admite que la única fuente de legitimidad política posible la garantiza el proceso democrático, sólo las normas que tienen ese origen tienen una validez o fuerza obligatoria relativamente independiente de su contenido. Las normas dictadas por un régimen de fuerza no tienen porqué tener validez de origen, y sólo si su contenido es axiológicamente aceptable son obligatorias para los jueces y población en general"⁹

La conexión justificatoria entre el derecho y moral implica que no son sólo razones jurídicas las que justifican acciones y decisiones con independencia de razones morales. El discurso interno del juez, que no puede obviarse ya que el razonamiento jurídico, es parcialmente reflexivo, por lo que desde la perspectiva

⁹ *Ibídem* pp. 66-67

interna¹⁰ un concepto de validez como fuerza obligatoria moral, inserta el problema de validez en un discurso justificatorio más amplio.

- **Existencia del vínculo derecho y moral en la labor interpretativa (entendido como la tarea de asignar significado a las normas jurídicas con el fin de aplicarlas para resolver casos individuales).**

Es tal vez en la labor de interpretación judicial, en donde la conexión entre moral y derecho es planteada con mayor regularidad, ya que las respuestas que surgen de los problemas de aplicación del derecho no obedecen a estrictos criterios de legalidad sino que interfieren las valoraciones que se hacen desde el punto de vista interno. Así, se plantean entre otros varios casos que resultan interesantes para nuestra propuesta, los que surgen en la labor de interpretación al verificar la comprobación fáctica de los hechos. En este punto, el realismo jurídico norteamericano es de gran ayuda, al plantear las vicisitudes de la labor judicial en la fijación de los hechos en el proceso.

De acuerdo con el realismo jurídico norteamericano, sería una injusticia seleccionar una norma equivocada a los hechos reales y a su vez seleccionar en forma correcta la norma a hechos que no corresponden a la realidad, puesto que los hechos son determinantes en la labor de interpretación. Para la resolución de los casos, el actor jurídico debe valorar críticamente una serie de piezas que

¹⁰ Ibídem., pp. 43-50 "Aun si usamos un concepto puramente descriptivo de derecho, que habilita una perspectiva externa, no podemos de ningún modo desentendernos **del punto de vista interno de los participantes en el desarrollo del derecho.** La tesis que voy a defender en el resto del capítulo es que esa perspectiva interna de la moral y, en especial, a la perspectiva interna de la práctica discursiva que la modernidad ha acoplado a la moral positiva. Si ello es así la perspectiva externa del derecho como práctica social se distorsiona si no se relaciona explícitamente esa practica social con la práctica social del discurso moral"

constituyen los vestigios de los hechos y a partir de ahí elaborar un análisis de los acontecimientos que sucedieron en el pasado¹¹.

En estos casos, como resultado de la percepción que pueda tener un testigo de los hechos, en la que interviene su propia subjetividad, el juez o competente en la valoración de la prueba¹², forma su creencia o convicción. La cual resulta discrecional en tanto es consustancial de los principios de inmediación y libre valoración de la prueba. Al sopesar el testimonio, por ejemplo, el juzgador de instancia es dueño de su valoración, y como es propio del escepticismo del realismo, sería una "subjetividad apilada sobre subjetividad" (expresión de J. FRANK para referirse la subjetividad del testigo y la del juez), por lo que en la tarea de apreciación o ponderación de la prueba resulta imposible ser capturada en normas o fórmulas generales¹³.

Ésa sería la primera fase en la que el derecho enfrenta en su práctica una zona problemática en donde las respuestas no se componen de simple legalidad sino de la valoración de las pruebas que hace el juez de acuerdo a principios. Sin embargo, debemos reconocer que para el realismo es una labor no de principios o de moralidad sino de elementos personales, intuitivos y subjetivos. No obstante la fijación de los hechos no es ajena a interpretación de las normas, la selección de los hechos relevantes dependerá de la norma que determine el juez que resuelve el caso¹⁴, de allí que pasemos al plano interpretativo de las normas como tal.

¹¹ Solar Cayón, José Ignacio; *El realismo Jurídico, de Jerome Frank, Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, Universidad Carlos III de Madrid, 2005, pp. 234 - 235.

¹² Hacemos referencia a aquellos eventos en que es la administración quien practica pruebas y las valora para poder adoptar una decisión

¹³ Ob cit, Solar Cayón, José Ignacio, pp. 238-239

¹⁴ Ob cit., Solar Cayón, José Ignacio, plantea J Frank, en su interpretación no lineal del derecho: "La <<interpretación de la norma>> afecta a la <<interpretación de los hechos>>, y viceversa. Para decirlo de otro modo, la <<interpretación>> de la norma y su <<aplicación>> a los hechos

Planteado el primer paso de interpretación de las normas, en la práctica jurídica, se presentan dificultades propias frente a los actos lingüísticos prescriptivos. Uno de ellos es la metáfora de la voluntad del legislador o la intención del agente creador de la norma¹⁵, que enfrenta problemas tales como seleccionar los hechos que constituyen manifestaciones de la intención junto con la intención de los demás individuos colegiados, que llevarían a efectuar un cúmulo de valoraciones en la selección.

Pero tal vez, la interpretación que ocupa el foco de la atención, es la surgida de la indeterminación de las expresiones jurídicas derivada de la indeterminación del propio lenguaje, que NINO ubica como tesis objetivista. Allí se toma en cuenta el uso en que se regulan de las expresiones utilizadas por los participantes en la práctica, la del contexto en que se aplica, y en la que igualmente interfieren las valoraciones, dadas las indeterminaciones, semánticas, sintácticas y pragmáticas.¹⁶

La indeterminación semántica de los conceptos comprendidos en una norma particular halla diversas razones. Unas serán el resultado de una descuidada redacción del legislador o de su falta de previsión, y otras serán determinadas así de manera intencional, asumida en forma consciente por el órgano legislativo como garantía de salvaguardia de un compromiso político y como forma de

relevantes se superponen. La norma modela los hechos relevantes y los hechos relevantes modelan la interpretación de la norma. Normas de esta clase cobran sentido en su aplicación de los hechos; los hechos adquieren su significación en la interpretación aplicada de estas normas. En este sentido, las normas y hechos relevantes no pueden ser nítidamente separados. Se fusionan, se influyen recíprocamente, se entretajan, se entrelazan”.

¹⁵ Ob cit., Nino, Carlos Santiago p. 88

¹⁶ Ibídem, pp. 89-92

solventar confrontaciones discrepantes; y finalmente en forma deliberada se utiliza un lenguaje general para que los tribunales concreten los supuestos particulares.¹⁷

A las anteriores razones se agregan las propias de la estructura y naturaleza del lenguaje en el que la indeterminación es un factor <<inerradicable>> y por tanto la aplicación de la norma en cuestión no constituye una labor simplemente de aplicación lógica. De allí que para el realismo jurídico, resulta ilusorio creer que todo significado verbal corresponde a una realidad específica donde lo inevitable es el desajuste entre la estructura del proceso lingüístico y la realidad que intenta demostrar¹⁸.

Bajo estos factores, se puede concluir que el derecho no es ajeno a la moral y en su estructura permite la inclusión de contenidos morales, razón por la cual presentamos algunos planteamientos iusnaturalistas y positivistas, en la búsqueda de un punto medio que permita identificar los contenidos morales del derecho.

En la actualidad, la denominada tendencia contemporánea encontró una tercera vía entre iusnaturalistas y positivistas, como se sigue del siguiente texto:

"Las penosas experiencias dejadas por el nazismo, que perpetró los actos mas monstruosos de barbarie e injusticia, pero conformes a una "legalidad" puramente formal, llevó al notable jurista alemán Gustav Radbruch a exponer su tesis del entuerto, o sea la invalidez de la ley injusta cuando la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable, que deba considerarse <<falso derecho y ceder el paso a la justicia>>", lo que no implica en Radbruch, un abandono de la regla de

¹⁷ Ob cit., Solar Cayón, Jose Ignacio, PP. 110 -111

¹⁸ Ibídem

seguridad jurídica, en tanto, sólo presenta esta formula como una excepción.¹⁹

Así, la discusión entre el concepto del derecho y su relación con la moral ha reconocido que el derecho, en sí mismo, no encierra todas las soluciones que den respuestas justas sino que el mismo debe, en ocasiones, ceder a nociones de justicia, concebidas como moral. Este debate se ha presentado en diferentes escenarios, presentaremos algunos de ellos enfocándonos en los puntos en común, donde inclusive, las tesis opuestas reconocen la relación entre moral y derecho.

Al explorar los conceptos clásicos de las leyes en Santo Tomás de Aquino, quien propugna el *iusnaturalismo en la jurisprudencia* y John Austin, quien contribuyó al positivismo, se concluye que aún cuando son dos teorías opuestas, comparten una preocupación moral común al debatir la noción de ley. Para Santo Tomás de Aquino “la ley no es más que la ordenación de la razón tendiente al bien común”; para Austin por el contrario, la ley puede destinarse el bien común o a otros intereses. Entonces, la ley positiva deberá pasar por el examen de la norma por excelencia, la Divina, en cuanto va dirigida a la “utilidad general” y, por ende, la ley positiva podrá ser calificada de justa según sirva al bienestar de los destinatarios de ella, incorporando así el elemento moral²⁰.

¹⁹ Robert Alexy, Eugenio Bulgygin, “La pretensión de corrección del derecho”, la polémica entre derecho moral, PAULA GAIDO, traducción, Universidad Externado de Colombia, serie teoría jurídica y filosofía del derecho, Bogotá, enero de 2001, pp. 12-13.

²⁰ Eddy Alexandra Villamizar Schiller, “El derecho colectivo a la moralidad administrativa” en la contratación estatal. Fortalecimiento de los principios del derecho administrativo. Cita a Lyons, David, *Ética y derecho*, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 19-21

De igual forma, en torno a la pretensión de corrección del derecho, se ha generado "La polémica ALEXY/BULYGIN sobre la relación entre derecho y moral". ALEXY plantea que el derecho contiene la idea de pretensión de corrección, que es la justicia y ella genera el vínculo entre derecho y moral. Por el contrario para BULYGIN, la relación entre moral y derecho es simplemente contingente, pero "es"; el punto común entre positivistas y quien no lo son, es la relación contingente entre derecho y moral lo que implica reconocer que *"Los sistemas jurídicos sean reflejo más o menos fiel de las convicciones morales de quienes detentan el poder en una sociedad determinada"*²¹.

Entonces, la clave en esta discusión, es que la relación derecho y moral, no es contingente sino necesaria, lo que implicaría el fracaso del positivismo jurídico²². Para ALEXY, esta necesidad de la relación conceptual entre derecho y moral se sustenta en dos argumentos: (i) el argumento de la injusticia (los sistemas normativos al romper los parámetros de justicia pierden su carácter jurídico), y, (ii) la pretensión de corrección (La que genera mayor controversia, al considerar que quienes aplican el derecho tienen una pretensión de corrección moral)²³.

Lo que a nuestro trabajo interesa, no es probar el fracaso de las tesis positivistas, menos aún definir el derecho sino identificar la conexión y relación entre moral y derecho, para así evidenciar en el derecho administrativo, y en forma concreta en los contratos estatales, cómo la administración pública al aplicar las normas jurídicas recurre a contenidos morales; y cómo la moral (pública administrativa) por ende puede, (planteamos debe ser) objeto de protección judicial por vía del mecanismo constitucional, acción popular.

²¹ Robert Alexy, Eugenio Bulgygin, Ob cit, pp. 17

²² Ídem.

²³ Ídem pp. 23

Siguiendo la línea del texto que hemos venido desarrollando, ALEXY evidencia la relevancia práctica de la pretensión de corrección, en la siguiente idea:

“Como es generalmente aceptado, el juez, en los denominados casos difíciles, tiene que elegir entre premisas alternativas para justificar su decisión final. En este sentido, las teorías de la argumentación y dentro de ellas la de ALEXY- **pretenden suministrar criterios para el control racional de elección de las premisas. Como trasfondo de ésta problemática se encuentra la idea de que el sistema jurídico es un sistema abierto y con autonomía limitada, según la cual los jueces, en determinadas instancias, deben recurrir a premisas morales para resolver los casos que se le presentan**”²⁴.

Para ALEXY, ello tiene dos momentos, uno en el caso de un sistema jurídico injusto, y el segundo en los llamados casos difíciles. Este trabajo considera que la teoría de los casos difíciles encuentra amplitud en el desarrollo del derecho administrativo y particularmente de la contratación estatal, donde la administración al implementar sus procesos pre o contractuales, se guía por criterios de moralidad pública.

Para no dejar inconclusa la idea del texto sobre el que nos venimos apoyando, es necesario citar la tesis propuesta por BULYGIN, cuando el juez debe adoptar decisiones en casos difíciles:

“Si el punto de partida para la elaboración de tales reglas es la idea de que la lógica estándar no es utilizable debido a la ausencia de premisas, se trata de un error. La lógica es perfectamente utilizable: precisamente una manera (aunque no ciertamente no la única) de suministrar pautas

²⁴ Ibídem pp. 36-37, resaltado fuera de texto.

racionales para su evaluación y subsiguiente elección consiste en comparar las consecuencias lógicas que se siguen de unas y otras premisas. En otras palabras. Un método para elegir uno entre varios conjuntos de premisas alternativas consiste en derivar de cada uno de ellos sus consecuencias lógicas para elegir luego aquel conjunto que conduce a consecuencias **mejores, más justas o más convenientes**²⁵ **(Resaltado fuera de texto)**

Se observa que entre ambos autores cambia el método para llegar a la solución, pero los dos reconocen como punto determinante de respuesta, que esta obedezca a una pauta de justicia o conveniencia. Esto es, que atienda a un criterio valorativo que no se reduce al presupuesto jurídico, para ALEXY el método es la argumentación de premisas morales, para BULGYN la lógica permite seleccionar la premisa más justa o conveniente.

Ahora bien, es obligatorio llegar al debate por excelencia: HART – DWORKIN, para Hart existen muchas conexiones contingentes entre moral y derecho, por ejemplo, un concepto del derecho neutralmente moral no descarta que el juez trabaje sin llevar a cabo no solo valoraciones morales sino también de carácter extrajurídico. Es decir, “la determinación del contenido de normas jurídicas con base en principios de la moral, no condiciona una relación conceptual entre derecho moral” Para Hart el derecho es descrito como un fenómeno social que puede recibir influencia de la moral sin embargo, la relación entre validez jurídica y validez moral no se presenta en forma necesaria, ello dependerá de la regla de reconocimiento, ya que la realidad social moral no ejerce una influencia determinante sobre el derecho²⁶

²⁵ *Ibidem* pp. 38-39

²⁶ Rojas Amandi, Victor Manuel, “El concepto del derecho de Ronald Dworkin”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Disponible en www.Juridicas.unam.mx pp. 9-10

Por su parte Dworkin considera que el derecho no es conceptualmente independiente de la moral, que no es posible identificar reglas y principios sin acudir a la moralidad política. Así, esta unión conceptual de derecho y moral comprende tanto la dimensión descriptiva (cumple con los requisitos de validez) como la justificativa (es justa); toda norma que pretenda ser parte de un ordenamiento jurídico debe superar los filtros descriptivo justificativo. Por una parte, las normas deben hacer parte de las instituciones reconocidas por la comunidad, y por otro lado deben ser consistentes con la moralidad política que justifica esas instituciones. Ello implica en Dworkin, que los principios jurídicos no presuponen un criterio identificador social como lo afirma HART, sino un criterio valorativo²⁷

El debate se torna fundamental cuando desciende al plano interpretativo, allí el derecho enfrenta diversas dificultades, en la que se recurre a propuestas objetivas técnicas o a consideraciones de índole moral. El escenario es el de los denominados "hard cases"²⁸, un caso es difícil cuando los hechos y las normas relevantes proponen más de una solución, el más usual es el de las denominadas normas de textura abierta, que contienen una o más expresiones lingüísticas vagas, con un núcleo duro de significado, conformado por los casos en los que casi todos los interpretes estarían de acuerdo que un hecho se aplica o no al supuesto contenido en la norma, y un área de penumbra, en donde resultará controvertible si se aplica la expresión de textura abierta a los hechos del caso²⁹.

²⁷ Rodríguez, César, *El debate Hart-Dworkin: "La decisión Judicial"*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2002, p. 58

²⁸ Ob cit, Rojas Amandi, Victor Manuel, p. 58. En Dworkin "... aquellos que no se pueden subsumir de manera sencilla bajo una o varias reglas jurídicas y en donde por lo mismo es patente la incertidumbre del resultado...".

²⁹ Ob cit, Rodríguez, César, p. 68

Pues bien, en los casos difíciles, HART presenta al juez como creador de derecho por su naturaleza parcialmente determinada e incompleta. Debido a la vaguedad inherente al lenguaje y a las alternativas de interpretación que existen en los casos ubicados en la zona de penumbra, los jueces cuentan con un margen de discrecionalidad para escoger la interpretación que consideren más apropiada. De esta forma, el juez, en los casos difíciles, crea derecho acudiendo a razones que justifican sus decisiones y que se deben asimilar a las de un legislador escrupuloso que toma decisiones según sus propias creencias, valores y pautas extrajurídicas, que pueden ser, entre otras, morales³⁰.

En Dworkin el juez aplica principios que contienen la medida valorativa que le permite adoptar la decisión jurídica. Su teoría justificatoria e interpretativa considera que debe haber al menos fundamentos morales *prima facie* para las afirmaciones acerca de la existencia de los derechos y deberes jurídicos, lo que se traduce en el plano de los principios que resultan moralmente razonables al suministrar límites o restricciones a lo que puede considerarse jurídico. En aquellos casos difíciles, el juez recurrirá a los principios y a sus dimensiones morales. Se rechaza, sin lugar a dudas, la tesis de la discrecionalidad judicial, ya que si bien es posible que respecto de un determinado hecho no exista regla prevista, siempre se podrán aplicar los principios que completan el sistema de reglas³¹.

³⁰ *Ibíd*em, pp. 71-77 y 131-136. Vale la pena aclarar que, los jueces no pueden dictar cualquier solución a un caso difícil, las posibilidades provienen de las normas aplicadas o de los propios precedentes judiciales, y a diferencia de un legislador ordinario el juez en su decisión está guiado por virtudes como la imparcialidad y la neutralidad al considerar los intereses de los sujetos de la decisión aplicando algún principio general como base razonada para su decisión.

³¹ *Ibíd*em

Ahora pero puede generarse una colisión de principios, al respecto formula Dworkin alternativas de solución y en su propuesta refiere que la justificación de los principios es de tipo moral. Cuando dos alternativas encajen en una situación se debe escoger la que mejor esté justificada a la luz de las convicciones morales y políticas subyacentes en las normas y principios de la comunidad, por ello: "Los jueces fundan y deben fundar sus decisiones en argumentos de principio. Sus razones no son de conveniencia social, sino de consistencia jurídica y moral"³².

Obsérvese como Dworkin relaciona la moral en el derecho con los principios, por su parte, HART no es ajeno a recibir los contenidos morales en un sistema jurídico como se refirió "en aquellos casos en que el derecho ha incorporado en sí mismo criterios morales para identificación del derecho"³³, reconociendo los principios como parte integrante de un sistema jurídico.

Ello nos hace centrar la atención en los principios y carácter o contenido moral como herramienta en la labor interpretativa. Pues bien, con ocasión de los juicios morales, se han descrito ciertas pautas que otorgan legitimidad al concepto en el derecho. Se afirma, por ejemplo que si la ciencia proporciona nociones que están sujetas a correcciones, los juicios morales por si mismos, no puede exigírsele una prueba absoluta de indiscutible seguridad, éstos cobran fuerza cuando se apoyan en principios generales que los justifican, así los razonamientos que implican juicios morales están sometidos a las reglas de otros juicios, como lo es la consistencia y consecuencia lógica.³⁴

Para un sector de la doctrina los principios conducen a una conexión necesaria entre el derecho y alguna moral, aun cuando los sistemas jurídicos contengan

³² Ibídem pp. 77-78

³³ Ibídem p. 131

³⁴ Lyons David, ob cit., p. 41

normas con estructura de principios. La tesis moral, conduce a una conexión necesaria entre el derecho y la moral, a la que se acude cuando las soluciones en derecho obedecen a la pregunta ¿qué es lo debido?, y su respuesta deberá apoyarse en los principios relevantes y en ellos se encuentran aquellos que pertenecen a alguna moral. Así, la interpretación no se reduce al positivismo sino que entra a desempeñar un rol fundamental la interpretación sobre principios. En consecuencia, el juez desde el punto de vista del contenido, decidirá sobre la base de razones morales, y desde el punto de vista formal sobre la base de razones jurídicas. Tales mandatos de optimización exigen la realización de un ideal jurídico, y cuando se acude a ellos para fundar una decisión, se efectúa una ponderación, que por su contenido adquiere el carácter de argumentos morales³⁵.

El argumento anterior, puede apoyarse a su vez en la construcción que la ética aporta a la teoría general del derecho, encontrando lo que Kant designó como leyes "natural-moral-jurídicas", que en la actualidad corresponden a medidas morales para el derecho y sus normas. Las ideas de justicia, paz, libertad y seguridad surgen como principios orientadores de la ética jurídica, y son incorporadas en las declaraciones revolucionarias de derechos humanos durante el siglo XVIII, como un interés de corrección del derecho a la que se suman los derechos humanos reconocidos, en algunos casos como verdaderos conceptos morales del derecho³⁶

³⁵ Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, 1 edición, Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 79 y 80. Cita a Ob cit., Villamizar, Eddy, pp. 179 haciendo referencia a que el autor reconoce que estos principios "a menudo son relativamente concretos, como los de protección de la confianza o los de protección del medio ambiente.

³⁶ Pérez Luño, Antonio Enriquez, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5 edición, Madrid Tecnos 1995, p. 177. "La ética axiológica considera los derechos humanos como derechos morales, es decir, los que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres". También corresponde la parte inicial de este trabajo, publicado en el artículo El derecho colectivo a la moralidad administrativa p. 179.

De ésta recopilación de planteamientos, podemos extraer varios factores de apoyo a nuestra labor; en primer lugar como ya se ha dicho, el derecho como disciplina problemática en términos generales no es ajena a la moral, ni en su estructura (existencia de normas y principios que corresponden a contenidos morales), identificación (argumentos que permiten identificar cuando una norma corresponde al sistema jurídico, es válida), interpretación (criterios a los que acude el juez para resolver los casos ubicados en la zona de penumbra). Por esto, en la etapa que sigue a continuación verificaremos si estas circunstancias que enfrenta el derecho en general, son trasladables a la estructura jurídica de la administración pública y de la contratación estatal.

En segundo lugar, desde las tesis planteadas se ha reconocido a los principios como contenidos morales del derecho, esta orientación nos llevó en la etapa inicial del trabajo a verificar el concepto de moralidad pública en la jurisprudencia, la que los ha concretado cuando observa la violación de principios como interés general, y a considerar en el trabajo de revisión bibliográfica, que la moralidad pública buscaba la protección de los principios del derecho administrativo como contenidos morales del mismo³⁷. Sin embargo, nos preguntamos si la moralidad pública como derecho colectivo se agota y reduce a los principios del derecho público, para lo cual es necesario enfocar la etapa final de éste primer capítulo en el ámbito de la ética, para identificar desde su perspectiva lo que ha sido la moralidad pública.

³⁷ Villamizar Schiller, Eddy Alexandra, ob cit., pp. 200 "No obstante lo anterior, es importante indagar si el concepto moralidad administrativa se reduce a los principios citados y a los valores inmersos en nuestro sistema jurídica o, por el contrario, es viable su tutela invocando conceptos éticos, y llegar a considerar la moral en sí misma como un valor autónomo del sistema jurídico"

Finalmente podemos extractar en que eventos se hace visible la relación moral y derecho para el análisis de esta relación en el derecho administrativo y la contratación estatal:

- La conexión justificatoria entre el derecho y moral implica que no son sólo razones jurídicas las que justifican acciones y decisiones con independencia de razones morales, surgida de la indeterminación de las expresiones jurídicas.
- En Santo Tomás el contenido moral de la ley es la noción de bien común"; y para Austin por el contrario, "utilidad general" según sirva al bienestar de los destinatarios.
- En Alexy como se dijo, al relación moral y derecho se hace evidente (i) el argumento de la injusticia y, pretensión de corrección, para ALEXY el método es la argumentación de premisas morales, para BULGYN la lógica permite seleccionar la premisa más justa o conveniente.
- En Dworkin los principios que contienen la medida valorativa que le permite adoptar la decisión jurídica los que resultan moralmente razonables al suministrar límites o restricciones a lo que puede considerarse jurídico. Es decir los principios en el derecho contienen una dimensión moral y completan el sistema de reglas.
- Dworkin relaciona la moral en el derecho con los principios, por su parte, HART no es ajeno a recibir los contenidos morales en un sistema jurídico como se refirió en aquellos casos en que el derecho ha incorporado en sí mismo criterios morales para identificación del derecho, reconociendo también a los principios.

Tenemos entonces que en la doctrina se ha aceptado que los principios conducen a una conexión necesaria entre el derecho y alguna moral, aun cuando sean dados

a través de una norma. Como mandatos de optimización exigen la realización de un ideal jurídico, y cuando se acude a ellos para fundar una decisión, se efectúa una ponderación, que por su contenido adquiere el carácter de argumentos morales. El argumento que se apoya en la construcción que la ética aporta a la teoría general del derecho, las leyes "natural-moral-jurídicas", reconocidas como medidas morales para el derecho y sus normas. Las ideas de justicia, paz, libertad y seguridad, como un interés de corrección del derecho a la que se suman los derechos humanos reconocidos, en algunos casos como verdaderos conceptos morales del derecho.

1.2. Moral y Derecho Administrativo. (Identificación normativa sensible a la manipulación de la corrupción)

Ubicados los elementos doctrinales de la relación moral y derecho, trataremos de evidenciar aquella estructura del derecho administrativo de la contratación estatal que no recurre simplemente a pautas estrictamente jurídicas, en donde se permite y reconoce la valoración, bien a través de principios como contenidos morales del derecho, derechos humanos, principios orientados en el interés general o utilidad general, para reconocer que así como en la teoría jurídica se evidencia ésta relación en el derecho administrativo se hace ostensiblemente visible. También es importante identificar la forma en que se estructuran las normas del derecho administrativo, con la particularidad de que la simple legalidad no es garantía de salvaguarda de los intereses públicos y que la misma puede dar lugar a prácticas que favorezcan el interés individual, es decir sensibles a la corrupción.

a. GENERAL

El derecho administrativo, presenta las referencias atrás citadas de concurrencia de presupuestos morales o cabida a argumentos de moralidad, tanto para identificar el derecho, como de validez e interpretativas, sin embargo halla en su estructura unas particularidades propias de dicha relación, y al efecto la teoría del derecho ha estructurado reglas particulares de solución, por lo que consideramos importante plantear para este estudio, y ellos son, la potestad discrecional y los conceptos jurídicos indeterminados.

El principio tradicional del derecho administrativo, legalidad en su forma clásica fue entendido como aquel en el que la ley ordena los agentes administrativos como simples ejecutores de la misma, que se limitan a comprobar el supuesto de hecho previsto por la Ley. Principio que objetivizaba a la administración y la convertía en una casi aparato de ejecución legal de normas fijas e inmutables para los intérpretes y aplicadores³⁸

El principio de legalidad es a su vez garantía de derechos y libertades ciudadanas, al convertirse en reemplazo histórico de la voluntad individual del gobernante, instrumento necesario, básico y prevalente el sometimiento y comportamiento de la administración pública, que atiende, como refería Max Webber, al cuidado de los intereses previstos por el ordenamiento dentro del cual encuentra también sus límites³⁹; el mismo aun proyecta sus efectos en la esfera jurídica actual, evidenciado en disposiciones constitucionales como son el artículo 6º, 95, 121 y 122 de la Constitución Política de Colombia, sin embargo como todo precepto jurídico le asisten las mismas controversias y factores extrajurídicos, de principios y moralidad evidenciados en la primera parte.

³⁸ García de Enterría Eduardo, La lengua de los derechos. La Formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa, Editorial Alianza, S.A, Madrid 1994, p. 13.

³⁹ Ob cit., García de Enterría Eduardo, La lengua de los derechos. La Formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa, p. 12

La estructura normativa del derecho administrativo, así presentada en su concepción clásica, bajo la forma supuesto de hecho y consecuencia jurídica que funciona a través de la subsunción silogística, no opera para todas las necesidades de la administración pública por lo que la técnica legislativa ha incorporado en la normativa disposiciones en las que la administración debe optar por soluciones en los que realiza ponderaciones valorativas y técnicas. La tendencia entonces, busca brindar a la administración un margen de actuación lo suficientemente flexible para equilibrar su gestión de los intereses generales a las cambiantes realidades en que se desenvuelve, claro está conciliando con la seguridad jurídica. Para tal efecto se han incorporado reglas de fines y directrices, potestades discrecionales y conceptos jurídicos indeterminados⁴⁰.

b. POTESTADES DISCRECIONALES Y CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Aunque resulte difícil aceptar, el derecho administrativo no se edifica bajo la noción de ejecutor, ello no corresponde a la realidad jurídica sobre la que se desarrolla la administración pública, lo anterior por cuanto el derecho no puede prever en cada supuesto normativo la solución a los problemas sociales. Resulta predominante la complejidad, imprevisibilidad, variabilidad de procesos y necesidades sociales a las que la administración ha de responder, muchos de ellos en términos técnicos o científicos capaces de aceptabilidad en el consenso social a los que se suman la pluralidad de intereses en tensión. De ahí el grado de libertad en la toma de decisión necesario para la administración en respuesta a las

⁴⁰ Marín Hernández, Hugo Alberto, Discrecionalidad Administrativa, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, Bogotá, Octubre de 2007, p. 165

demandas de la comunidad, que como se verá posteriormente también es una constante en la normativa de la contratación estatal⁴¹.

La justificación es consecuente entonces, con la dificultad para concretar intereses generales, lo que ha llevado a diferir en el nivel administrativo tal labor, para ello resultó necesaria la creación o adopción de técnicas como son las potestades discrecionales, conceptos jurídicos indeterminados, componentes valorativos, directrices generales que señalan abiertos objetivos, ampliando el poder de decisión del ejecutivo. Conocida como la flexibilización del Derecho para aceptar adecuadamente la demanda social; se ha matizado entonces, el ideal rousseauiano, ya no es el legislador el que determina la voluntad general⁴²

Es en ésta justificación en la que se evidencia que la administración no adopta decisiones de simple legalidad sino que se apoya en contenidos valorativos, incluyendo los morales, y con un espectro tan amplio que permite favorecer intereses personales e individuales alejados del bien común. Pero nos detenemos aquí porque ya reconoce la doctrina del derecho administrativo que no puede el legislador al regular una determinada actuación conocer en forma previa la forma en que se concilian intereses contenidos en determinados enunciados normativos por lo que se opta simplemente porque la restricción se da a nivel de señalamiento de los fines de la administración, cláusulas abiertas sobre interés general, conceptos indeterminados de <<amplio espectro programático o valorativo>> a los que se siguen "criterios de decisión extrajurídicos (morales, políticos, técnicos, económicos), o, lo que es igual, a una politización o moralización, economización o tecnificación del derecho"⁴³

⁴¹ Parejo Alfonso, L., Jiménez Blanco, A, y Ortega Álvarez, L Manual de Derecho Administrativo, 5 edición, Barcelona, Ariel Derecho, 1998, pp. 464

⁴² Ob cit., Marín Hernández, Hugo Alberto, Discrecionalidad Administrativa, p. 145

⁴³ Ob cit, Marín Hernández, Hugo Alberto, Discrecionalidad Administrativa, p. 144

Conviene distinguir entonces entre los conceptos: i) potestades regladas y ii) potestades discrecionales. Las primeras determinan en el plano normativo habilitante la acción administrativa en forma íntegra, en sus aspectos tanto formales como sustanciales de tal forma que la acción administrativa aparece prefigurada y circunscrita a la ejecución de la norma y la aplicación de la misma corresponderá a la subsunción del caso en el supuesto legal que le es aplicable, correspondiendo a la noción tradicional del principio de legalidad y al modelo derivable de Estado de Derecho⁴⁴.

La potestad discrecional, como punto básico, se identifica por cuanto en su definición normativa no anticipa el resultado remitiendo la toma de decisión pertinente en grado variable al juicio de la administración pública, lo que supone un cierto grado de libertad en su ejercicio⁴⁵, En principio la discrecionalidad equivalía a actividad no reglada, por lo que se hacía generar como consecuencia la incompetencia de jurisdicción, y a su vez a confundirla con las nociones autonomía de la voluntad y laguna jurídica⁴⁶.

Por ello consideramos necesario profundizar en la definición de discrecionalidad administrativa, encontrando tres posturas, positivas o materiales, formales o negativas y los que combinan elementos de cada uno de los anteriores; los primeros consideran que la discrecionalidad se refiere a la determinación del interés general y los segundos consideran que se hace énfasis en el margen de

⁴⁴ Ob cit., Parejo Alfonso, L., Jiménez Blanco, A, y Ortega Álvarez, L Manual de Derecho Administrativo, p. 462

⁴⁵ Ob cit., Parejo Alfonso, L., Jiménez Blanco, A, y Ortega Álvarez, L Manual de Derecho Administrativo., p. 462.

⁴⁶ Ob cit., Marín Hernández, Hugo Alberto, Discrecionalidad Administrativa, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, Bogotá, Octubre de 2007, p. 158.

libertad de actuación o autodeterminación de la actividad administrativa derivada de la escasa regulación normativa. La posición intermedia conjuga tres elementos (i) el interés público, (ii) su falta de determinación precisa en la norma que regula la actuación administrativa, y (iii) el margen de apreciación de dicho interés que se deriva de la indeterminación normativa⁴⁷

Pero definitivamente el criterio distintivo de una actividad administrativa reglada, de una discrecional, es la definición de interés público de la norma, si la determinación de interés público es precisa, la administración carece de potestad de valoración, en función de la oportunidad de actuar o no hacerlo, la competencia entonces será reglada. Si la determinación fuera imprecisa la Administración tendrá la potestad de valorar si actúa o no y si lo hace en determinado sentido, es decir, se le otorga una facultad de apreciación del interés público con el fin de decidir la conveniencia o no de la acción administrativa, estando en presencia de una discrecionalidad administrativa⁴⁸.

Para PAREJO ALFONSO la potestad discrecional es la atribución que el legislador confiere al órgano administrativo para valorar en cada supuesto lo mejor para el interés público contando con libertad de elección entre alternativas justas, decidiendo por criterios de oportunidad, económicos o sociales. En derecho colombiano, es destacable el trabajo de MARIN HERNANDEZ, quien precisa el concepto bajo las premisas del Estado Constitucional:

“ ... margen de relativa libertad decisional que el ordenamiento jurídico confiere a la Administración para apreciar o integrar el interés público en el caso concreto, margen que se deriva de la expresa atribución normativa que

⁴⁷ Ob cit., Marín Hernández, Hugo Alberto, *Discrecionalidad Administrativa*, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, Bogotá, Octubre de 2007, pp. 175-176.

⁴⁸ *Ibíd*em

de él se hace, o de la escasa densidad o la imprecisión de las disposiciones que regulan la actividad administrativa, y que se traduce en la posibilidad de completar el supuesto de hecho imperfecto, incompleto o inacabado de la norma que atribuye la facultad, estableciendo los criterios objetivos –aun de componente extrajurídico- en que se basa la decisión mediante la cual se procura la máxima satisfacción posible del mencionado interés público a efectivizar en cada supuesto específico”⁴⁹

Como se dijo en principio, la relación moral y derecho administrativo se hace más evidente en las potestades discrecionales, por tres factores, el primero surge en tanto comporta criterios no estrictamente jurídicos, que pueden ser políticos, técnicos o de mera oportunidad o conveniencia (entre ellos de moral pública); el tercero por el carácter moral que en el principio la doctrina jurídica le otorgado a principios como bien común, el carácter de principio que tiene el interés general en el ordenamiento jurídico, principios como que se vio en la primera parte corresponden a un patrón ético, y , el tercer factor por el margen de libertad que puede dar cabida a que bajo argumentos de interés general se escondan intereses opuestos al bien común dando cabida a la vulneración de la moralidad pública.

Ahora bien, debe distinguirse la imprecisión legal considerada como fuente de discrecionalidad, afirmación que no corresponde con el contenido de cada concepto por cuanto: *"la discrecionalidad no se funda en la ausencia de preceptos jurídicos que limiten la actividad de la Administración, sino en la atribución, por el Derecho, de una libertad de apreciación"*, es decir no es fruto de la imprevisión de legislador, en la laguna hay ausencia de normatividad por imprecisión del legislador e igualmente es diferente del principio de autonomía de la voluntad que consiste en autorización para hacer todo aquello no prohibido por la Ley, la

⁴⁹ Ibídem, pp. 177

discrecionalidad administrativa que supone una libertad de actuación autorizada por la Ley⁵⁰.

De otro lado, la discrecionalidad no es tampoco ausencia total de legalidad, de allí que el control judicial es parcial, en cuando al fondo, ya que el juez no podría sustituir el juicio o voluntad de la administración. En la potestad discrecional el legislador atribuye a la administración la facultad de apreciar en cada supuesto <<lo mejor>> para el interés público con libertad de acción fundado en la justicia con criterios, oportunidad, económicos o sociales, el núcleo de la discrecionalidad lo constituyen los motivos de conveniencia u oportunidad, en consecuencia no podría la jurisdicción fundar su decisiones en valoraciones distintas del orden jurídico que sólo corresponden a la Administración, esto desde el control a la discrecionalidad⁵¹.

No obstante lo anterior, otro sector de la Doctrina, SAINZ MORENO, considera que "lo que conviene al interés público" no supone autorizar una elección entre opciones todas igualmente válidas, ya que no todas las soluciones tienen el mismo valor para la satisfacción del interés público, por lo que no cualquiera de posibles jurídicamente indiferentes consulta en igual grado el interés público. Para efectos del control de las decisiones discrecionales⁵², aspecto de gran relevancia en el tema de la tutela al derecho colectivo a la moralidad administrativa, se ha generado un consenso en la medida en que, si como se dijo en principio la discrecionalidad no era inmunidad pero confería posibilidad de elección entre dos o más alternativas legítimas pero no fiscalizables judicialmente, el tema del juicio

⁵⁰ Ibídem pp. 157, cita a BALLBÉ.

⁵¹ Ob cit., Parejo Alfonso, L., Jiménez Blanco, A, y Ortega Álvarez, L Manual de Derecho Administrativo., p. 463.

⁵² Ob cit., Marín Hernández, Hugo Alberto, Discrecionalidad Administrativa, Universidad Externado de Colombia, p. 169.

sobre la elección se ha matizado, en el sentido que la libertad de elección no implica arbitrariedad.

El límite de la potestad discrecional deviene tanto de los aspectos reglados que persisten en este tipo de facultades como los límites sobre la ponderación y valoración de la misma. En cuanto a los elementos reglados de todo acto administrativo estos son, la existencia y extensión de la potestad, la competencia del órgano, formas, procedimientos⁵³. Por su parte los límites jurídicos a las potestades discrecionales en su aspecto ponderativo se ve reflejado en "en forma negativa" por aquellas opciones por las que de ninguna manera podría optar la administración pública, de ahí que se diga que la discrecionalidad no es un campo de actuación libre de regulación jurídica sino con diferente densidad de regulación jurídica⁵⁴.

Dejando de lado las potestades discrecionales se encuentra otra forma en la que se estructuran las normas jurídicas administrativas, que no se reducen a interpretaciones silogísticas, pero que implican un campo reducido de margen de discrecionalidad son los conceptos jurídicos indeterminados.⁵⁵ Su origen es propio del derecho civil, donde los términos "buena fe", "vicios ocultos", "diligencia de un buen padre de familia" exigen del juez una particular labor de concreción. Estos conceptos ocupan un lugar especial dentro del derecho público.⁵⁶

⁵³ *Ibíd*em, p. 164 cita a GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNANDEZ RODRÍGUEZ, en Curso de Derecho administrativo

⁵⁴ *Ob cit.* p. 182

⁵⁵ *Ob cit.*, Parejo Alfonso, L., Jiménez Blanco, A, y Ortega Álvarez, L Manual de Derecho Administrativo., pp. 372-373 y 464.

⁵⁶ Sainz, Moreno, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, 1 edición, Madrid, Civitas 1976., pp. 191, y 220 -221. Idea que desarrolla el autor en el ámbito del derecho privado así: "La utilización de conceptos muy indeterminados (<<conceptos válvula>>, <<fórmulas goma>>, <<disposiciones de caucho>>, <<standars>>, <<tipos>>...) sirve,

En derecho administrativo tras la segunda guerra mundial y en Alemania Federal se producen las principales construcciones como son por ejemplo, salud pública, orden público, bienestar general que en principio fueron utilizadas por el aparato legislativo para atribuir facultades discrecionales a la Administración. Con el objetivo de sujetarlas al pleno control judicial surgieron los conceptos jurídicos indeterminados, que adquieren autonomía y se diferencian de la discrecionalidad⁵⁷.

Los conceptos jurídicos indeterminados, como son utilidad pública, urgencia, buena fe, falta de probidad, etc., definen un preciso supuesto legal otorgando cierta capacidad de apreciación interpretativa. No se agotan tampoco en un supuesto de hecho, sino que comprenden un conjunto de situaciones sustantivamente diversas creado para permitir soluciones que se avengan a las circunstancias y avances

fundamentalmente, a los fines siguientes 1. Introducir en la aplicación de la norma la referencia a objetos que por su naturaleza sólo pueden designarse mediante conceptos constituidos por ideas o imágenes más que por datos concretos; 2. Mantener a lo largo del tiempo la adecuación de la norma a criterios de valor o experiencia cambiantes, evitando de esta manera una descripción más precisa de tales criterios obligue a continuas rectificaciones de la norma (usos del comercio, buena fe, etcétera) 3. Individualizar la aplicación de la norma no sólo a las características genéricas del caso (<<buen padre de familia >>), sino más concretamente a las circunstancias del supuesto en cuestión. En estos casos la determinación de lo que tales conceptos significa en su aplicación a cada supuesto lo resuelven, en primer término, las personas afectadas, de manera que la intervención del juez sólo se produce, normalmente, en caso de discrepancia entre ellas (...) No existen conceptos en blanco. Como hemos visto, todo concepto, cualquiera que sea el grado de su indeterminación, es acuñación de una idea que constituye su núcleo y que marca una directriz para su aplicación, y cuando se trata de un concepto jurídico, esa idea adquiere además un sentido especial por la función que cumple en la norma”.

⁵⁷ Ob cit., Parejo Alfonso, L., Jiménez Blanco, A, y Ortega Álvarez, L Manual de Derecho Administrativo., p. 465.

tecnológicos por lo que el control judicial debe analizar los diversos supuestos de hecho potencialmente encuadrables en el concepto⁵⁸.

La diferencia radica, entonces, en que la libertad en las potestades discrecionales es volitiva y nunca de "libertad interpretativa de un supuesto legal (discrecionalidad cognitiva)"⁵⁹, adquiriendo así identidad propia y diferenciándose de las facultades discrecionales de la administración, constituyéndose en un elemento límite. En otras palabras, la facultad discrecional para actuar es diferente de otorgar a la administración un margen para llenar el contenido⁶⁰.

Pero así como potestades regladas, pueden encontrarse en una norma junto con las discrecionales y conceptos jurídicos indeterminados, a su vez las facultades discrecionales y los conceptos jurídicos indeterminados consiguen fundirse, como el caso del principio de derecho público, "interés general" tan importante en la noción moralidad pública como posteriormente se tratará. Hacemos alusión a las dos tendencias una que defiende los conceptos jurídicos como mandatos unívocos y otra que reconoce el halo de penumbra de los conceptos jurídicos indeterminados⁶¹.

La primera tendencia implica definir a los conceptos jurídicos indeterminados como mandatos unívocos, es decir, no suponen un marco de libre interpretación para la Administración; y la segunda que concibe un margen de apreciación debido a las

⁵⁸ Sobre el tema volveremos cuando se precise el principio y derecho colectivo propio del derecho público moralidad administrativa, para identificar su carácter. *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ob cit.*, Sainz, Moreno, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa.*, p. 243.

⁶¹ *Ob cit.*, Hernández, Hugo Alberto, *Discrecionalidad Administrativa*, pp. 242-243, cita a SAINZ MORENO

dificultades técnicas o valorativas que encierre el concepto en un supuesto de hecho determinado, de donde “ese margen de apreciación debe concederse a la Administración para evitar que la decisión discutible de una autoridad administrativa sea sustituida por el juicio también discutible de un Tribunal”.⁶²

De ahí que autores como IGATÚA SALAVERRÍA reconozca la existencia de dos tipos de discrecionalidad, la primera “interpretativa”, que corresponde a los conceptos jurídicos indeterminados, supuestos en los que las normas jurídicas contienen un lenguaje indeterminado, y la “estratégica” en la que las disposiciones jurídicas no contienen ni en forma determinada ni indeterminada “... cuál, de entre los medios conducentes a un fin, ha de adoptarse”, aceptando que en uno y otro caso no puede exigirse una única solución correcta. Ello implica que el grado de discrecionalidad será menor en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, por cuanto el proceso de valoración se halla restringido por el concepto indeterminado⁶³

Lo anterior da lugar a la teoría del margen de apreciación construidos sobre la heterogeneidad de los conceptos jurídicos indeterminados, como se advierte en el siguiente texto:

“... defenderé que ante conceptos indeterminados *sólo es posible una solución* (a no confundir con que los conceptos indeterminados *sólo tienen una solución posible*) (...) Huelga decir, pues, que a una palabra no se puede atribuirle (al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto) dos significados distintos. Por tanto, no supone abuso ni compromiso ideológico afirmar que, ante un caso dado, los conceptos indeterminados sólo admiten una interpretación (*en el rebajado sentido de que no es posible conferirles*

⁶² Ibídem

⁶³ Ibídem pp. 244-245

*varios significados a la vez) (,,,) (es decir) sin prejuizar si ésta es la única correcta o no, ni siquiera si exista esa solución correcta*⁶⁴

El margen de apreciación como teoría reconoce la existencia de un grupo de conceptos en los que en la determinación concurren, en términos estimativos, gran volumen de información compleja de carácter no jurídico o de ponderación de una diversidad de intereses que exigen el respeto de los argumentos o motivaciones administrativos que superen el test de razonabilidad en la medida en que dan lugar a un abanico amplio de posibilidades legítimas de decisión; un ejemplo de ellos son los empleados por las normas académicas de selección de personal, los que remiten a pautas de índole científico técnica, como son la protección histórico-artístico, la ordenación territorial y el medio ambiente⁶⁵

Concluye MARÍN HERNANDEZ, en el trabajo en el que nos venimos apoyando, que existirá una única solución justa, cuando la densidad normativa ofrece parámetros suficientes o positivos, pero en aquellos en los que exista zona de penumbra dan lugar a márgenes de apreciación que abren paso a las valoraciones de oportunidad las que por su parte descartan la existencia de única solución justa. Tanto discrecionalidad, concepto jurídico indeterminado y margen de apreciación son el resultado de un solo fenómeno jurídico "de margen de decisión del ejecutivo". Retornamos así al punto inicial en el que la Ley es concebida no como el producto final de voluntad del Estado, sino como el inicio, en el que en forma conjunta con la Administración perfecciona el derecho y adapta la ley en forma situacional⁶⁶

⁶⁴ *Ibíd*em, cita a IGARTÚA SALAVERRÍA

⁶⁵ *Ob cit.*, Parejo Alfonso, L., Jiménez Blanco, A, y Ortega Álvarez, L Manual de Derecho Administrativo., pp. 374-375.

⁶⁶ *Ob cit.*, Hernández, Hugo Alberto, Discrecionalidad Administrativa, p. 249.

De las particularidades anotadas se observa que la técnica de las potestades discrecionales y los conceptos jurídicos indeterminados es cercana a la relación expuesta por la teoría jurídica moral y derecho, en la medida en que la actuación de la administración no obedece a estrictos criterios positivizados sino que en la actualidad el legislador ha recurrido a estructuras amplias para que la administración pueda actuar, para ello como se vio debe salvaguardar pilares fundamentales como el interés general (principio general del derecho administrativo y valor de la administración pública). Como se dijo observando valores extrajurídicos entre ellos moralidad, el que al ser inserto en nuestro sistema como principio y derecho colectivo, es igualmente límite de las facultades discrecionales y los conceptos jurídicos indeterminados

C. PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. ESPECIAL ALUSIÓN AL INTERÉS GENERAL SOPORTE DE LA ÉTICA ADMINISTRATIVA

Resulta importante determinar la relación de los principios del derecho administrativo y moralidad administrativa, esto es, su relación con la ética administrativa, vale la pena aclarar que como posteriormente se verá las nociones éticas y moral aunque diferentes, la filosofía autoriza el uso común de los términos dependiendo de lo que se pretenda designar. Partimos del reconocimiento que el derecho administrativo ha realizado cuando establece normativamente una moral pública al consagrar principios de esta rama del derecho, muchos de ellos de origen constitucional.

Como se refirió a propósitos de quienes sostienen la existencia de la relación Moral y Derecho en la primera parte de éste capítulo, la misma se evidenciaba en los principios que se relacionan con los parámetros morales de la comunidad en la que se aplica y que pueden encontrar consagración positiva como refiere DWORKIN. El

derecho administrativo no ha sido ajeno a esta tendencia de incorporación de principios orientadores de la actividad administrativa, los que cumplen funciones didácticas, pero también de interpretación, actuación y participación, elementos rectores, controladores y límites de los poderes estatales, que pueden ser de fuente constitucional o legal⁶⁷.

Los constitucionales conforman el sustento jurídico del ordenamiento, recogen valores y surgen del análisis e identificación de los supraprincipios del Estado colombiano, y son, legalidad, prevalencia del interés general, responsabilidad, prevalencia y respeto a los derechos fundamentales, división de poderes y control a la actividad pública. Otros emergen de la individualización que la Constitución efectúa en el artículo 209 y son, prevalencia del interés general, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Estos son de aplicación general de las actuaciones administrativas se encuentren o no regulados por regímenes especiales (fiscales, disciplinario, bursátiles, bancarios, de aduanas, de control, de inspección y vigilancia, cambiarios, mineros)⁶⁸

Dos de ellos, tiene fundamental aplicación en la noción del control por vía de moralidad administrativa, prevalencia del interés general y el propio principio y derecho colectivo moralidad administrativa. En derecho colombiano, la prevalencia del interés general, justifica toda la actuación administrativa y representa a la vez un límite a la misma, lo que identifica al principio como elemento teleológico de la administración. Es un concepto dinámico se adapta a las necesidades circunstanciales, aun cuando carece de definición, es impreciso y debe buscarse en cada caso concreto, inspira e interpreta la actuación administrativa y se constituye

⁶⁷ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Acto Administrativo, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 35-36.

⁶⁸ Ob cit., Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Acto Administrativo, pp. 36-37

en la norma angular del control judicial al poder público; es tal su carácter que se considera que a través de él se llega a los restantes principios de la ética⁶⁹ administrativa⁷⁰

El interés general se haya reflejado en muchas instituciones fundamentales de la actuación administrativa, como motivación, los principios generales de las actuaciones administrativas, el procedimiento administrativo, y la contratación administrativa. Surge como sustituto de la noción bien común, aludido por Tomás de Aquino en la primera parte de éste trabajo, en la relación moral y derecho⁷¹. De allí su valor moral en la estructura administrativa, y como límite de la misma. Por ello en nuestra fase inicial de investigación, al advertir que a través de la jurisprudencia se consideraba que la protección a la moralidad administrativa no se podía reducir a la legalidad sino que se concretaba en la protección de los principios, esto implicaba dar mayores herramientas de fortaleza a los principios del derecho administrativo, no obstante nos preguntábamos una y otra vez si allí se agotaba el derecho colectivo a la moralidad administrativa, tema que abordaremos con posterioridad⁷².

⁶⁹ Olivos Campos, José René, "Lo público de la ética Pública", *Derecho Administrativo, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, 1 edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 492. _

⁷⁰ Franch I., Sagner Martha, "El interés Público: La ética pública del derecho administrativo", *Derecho Administrativo, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, 1 edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 405. _

⁷¹ Franch, I., Sagner Martha, "El interés público: La ética pública del derecho administrativo". *Derecho Administrativo, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, 1 edición, México, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 405

⁷² Ob cit., Villamizar Schiller, Eddy Alexandra, El derecho colectivo a la moralidad administrativa en la contratación estatal. Fortalecimiento de los principios del derecho administrativo.

Ahora bien esa relación interés general y moral, no solo se sostiene a través de la expresión de Tomás de Aquino, para VICTORIA CAMPS, el bien común es inseparable de la democracia, como se deja ver en las teorías políticas modernas, "Hobbes, al pensar el estado como un servicio al bien común; Rousseau, al concederle plena soberanía a la voluntad general; Kant al concebir la voluntad como una buena legisladora universal. Y, de un modo no tan dispar, hoy, Habermas habla de un interés emancipador que debería corregir y criticar los intereses parciales y hacer efectiva la liberación de la humanidad"⁷³

Es decir, la teoría indica a los gobiernos democráticos que aspiren a ser legítimos, que la consecución de un gobierno que se sirva de principios de justicia debe tener por norte siempre el interés común. Claro pero, como la plantea VICTORIA CAMPS, nuestras sociedades se precian de ideológicamente plurales, con economía de mercado libre y diferencias de clase, de donde se pregunta "¿es posible que exista algo que <<interese>> a todos por igual?"⁷⁴. Su conexión con la moral es entendida hoy como algo que <<tiene un origen social>> pero adicionalmente el relativismo ético ha hecho ya énfasis"⁷⁵

El interés común real y efectivo es la resultante del ordenamiento de prioridades reales a través del proceso sociopolítico, que responde al poder agregado de sectores influyentes, por lo que dicho proceso responde a determinadas fuerzas sociales que se hacen acompañar, en aras de legitimarse, de un componente retórico e ideológico cuando son las clases o los partidos que apelan a principios para la defensa de sus intereses. Para la doctrinante, no se trata de renunciar a lo

⁷³ Camps, Victoria., Giner, Salvador., "El interés común". Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992 pp. 23-24

⁷⁴ Ob cit., p. 24

⁷⁵ Ob cit., p. 33

privado a favor de lo público, sino de establecer jerarquías cuando la ética lo exija, pero como se vio debe buscarse una vía que permita determinar tales intereses sin pasar únicamente por la negociación y el pacto políticamente interesado⁷⁶

Se hace evidente que en la situación de tener que elegir y preferir, de optar por unos valores y sacrificar otros, la ética interfiere bien sea para detectar o nombrar problemas; priorizarlos y establecer jerarquías entre ellos a fin de señalar cuáles merecen ser atendidos primero; el interés general entonces, no se reduce a la mera agregación de los intereses organizados; también indica una reflexión del tema, que las prioridades éticas no surgen en forma espontánea por el proceso social y político, es algo a largo plazo, mientras que los intereses de los ciudadanos particulares de las corporaciones o de la clase política son próximos o inmediatos⁷⁷.

El interés común es fórmula, susceptible, de ser llena de contenidos diversos, los más comunes, más urgentes, aquí resultan importantes los ejemplos citados por VICTORIA CAMPS, en Europa en un momento determinado, la invasión de los inmigrantes y el problema que con ellos se presentaba ameritaba la búsqueda de una solución que consultara el interés común, esto es, que ha de ser resuelto comunitariamente y que chocaba con intereses mayormente económicos, pero el interés común es resolver éticamente –dignamente tal problema. En cambio, los países donde emigran las personas, se encuentran en un proceso de reconstrucción ética más primario los mínimos de calidad de vida, sin los cuales el progreso ético es impensable⁷⁸.

Lo determinante del análisis y concreción del interés común es su alcance a largo plazo, su descubrimiento y reivindicación, es posible a través de la realización de

⁷⁶ Ob cit., 39 - 47

⁷⁷ Ob cit., pp. 54-55

⁷⁸ Ob cit., p. 55

los fines de la ética. Valores jurídicos como la igualdad, la libertad, protección de la naturaleza, son ideales a largo plazo, que no puede estar sujeta a ningún particularismo nacional, ético, ideológico⁷⁹.

En el contexto jurídico, la preocupación por la concreción y protección al principio ha llevado a la elaboración de técnicas especiales, en el ordenamiento jurídico español, la noción de interés público suele definirse como "la idea de aquello que beneficia o interesa a todos prevalece sobre lo que beneficia o interesa a algunos". El sistema le otorga variadas connotaciones, uno de ellos es el de ser principio político de organización estatal y concepto jurídico de legalidad de la actuación administrativa. Como principio orienta y sirve de fundamento o finalidad a los demás criterios elaborados en el mismo sentido, justifica la existencia de la organización estatal. Como concepto legal, necesita ser interpretado, y su noción surge al ser examinado en sí mismo y al relacionarla con la función que cumple la norma y la situación en la que se aplica⁸⁰.

En derecho colombiano, el principio "interés general", igualmente se utiliza como principio político de la organización estatal y de las actuaciones administrativas, como se dijo haya consagración constitucional, desde el preámbulo, y en los artículos 2 y 133. Como principio de las actuaciones administrativas, obtiene su consagración en los artículos 123 y 209 de la Constitución Nacional, en éste último es utilizado como base y fin de los principios de la función pública, entre ellos de la moralidad administrativa, de allí su conexión con nuestro trabajo.

Al igual que el interés general, cuando se hace alusión a la moralidad pública no se encuentra una definición sino se ha buscado dar un marco general de aplicación,

⁷⁹ *Ibidem*

⁸⁰ Ob cit., Sainz Moreno Fernando, Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa, pp. 316-322

pero siempre condicionado con los principios y valores que enmarcan la función pública⁸¹. En el caso del "interés general", aun cuando puede partirse del supuesto que en un Estado constitucional, la administración debe construir el concepto que emana del mismo en desarrollo directo del texto constitucional, que le imprime unos elementos expresivos de intereses comunes, un sector de la doctrina reconoce su carácter de concepto jurídico indeterminado, y la dificultad tanto histórica como actual para poder precisar el contenido de la noción, toda vez que varía en función del estadio⁸².

Similar dificultad atraviesa el principio y derecho colectivo a la moralidad administrativa, encontrando como primera fórmula jurisprudencial, en materia de contratación estatal, la causal desvío de poder, la que se relaciona con la noción de interés general, atando el derecho y principio moralidad al interés general, por lo tanto debemos dar paso a lo que ha sido en derecho colombiano la fórmula "moralidad administrativa".

d. LA INCORPORACIÓN EN DERECHO COLOMBIANO DEL PRINCIPIO MORALIDAD PÚBLICA Y DERECHO COLECTIVO A LA MORALIDAD PÚBLICA.

La necesidad de caracterización del principio moralidad administrativa, parte del reconocimiento de su dificultad para poderlo conceptualizar, sin embargo de ese ejercicio se han destacado sus notas características, que van desde las originadas en el texto legal y constitucional, el esfuerzo doctrinal y el del derecho de viviente,

⁸¹ Ob cit., Eddy Alexandra Villamizar Schiller, El derecho colectivo: "moralidad administrativa" en la contratación estatal. Fortalecimiento de los principios del derecho administrativo, pp. 187

⁸² Santofimio G., Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez, 3 edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 383

la labor jurisprudencial de los jueces por dar aplicación al mismo sin caer en una moral personalista.

Adquiere la categoría de principio constitucional de la función pública por vía del artículo 209 de la Carta Política, desarrollado en la Ley 489 de 1998⁸³. Como principio Constitucional, recibe el carácter que le confiere el sistema de ser medio de interpretación y susceptible de aplicarse normativamente, por obra del legislador o del juez; en este último caso, en defecto de norma (fuente subsidiaria) del principio jurídico se extraerá la regla para el caso concreto, adicional al carácter superior que le otorga su ubicación constitucional⁸⁴. Como principio de la actividad de la administración pública, no solo cumple un rol orientador, significa para efectos prácticos, que será límite del ejercicio del poder público, que *"... procura el deseado equilibrio entre la autoridad y el ciudadano o simple interesado"*⁸⁵.

La moralidad administrativa, como consecuencia natural de su acepción ha retomado el problema clásico de moral y derecho, para algunos un verdadero error, todo un despropósito lo que por naturaleza es imposible circunscribir al mundo positivo, en tanto "la norma moral supone la conciencia de un deber, de una conducta que hemos de observar. Su infracción lleva aparejado el reproche

⁸³ Colombia. Congreso de la República, Ley 489 del 29 de diciembre de 1998: "Artículo 3º. Principios de la Función Administrativa. La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad ..."

⁸⁴ Amaya Olaya, Uriel Alberto, "La responsabilidad patrimonial del Estado frente al derecho colectivo y el principio constitucional de la moralidad administrativa", IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Bogotá, Universidad Externado, 2004, pp. 806-811. Cita a Aragón Manuel, Constitución y Democracia, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 91 ss

⁸⁵ Ob cit., Santofimio G., Jaime Orlando, Tratado de Derecho administrativo, acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez, pp. 38

moral, es decir, el juicio de que no se ha hecho lo que se debía, el juicio de que esa conducta es mala”⁸⁶

Por lo que, plantea el problema de su efectividad ante las individuales posiciones morales de cada juzgador, al respecto ha sostenido la Corte Constitucional que la moralidad constitucional de la función pública hace referencia al comportamiento del servidor público que respetuoso de las formalidades y finalidades del bloque de legalidad y de los parámetros que se avienen a los principios, valores y normas de nuestro ordenamiento jurídico⁸⁷

Como se dijo en aras de la objetividad, se ha querido limitar su contenido al de los principios del derecho administrativo, como si careciera de un contenido propio, pero en todo caso reconociendo que ese primer ejercicio jurisprudencial lo desligó de la simple ilegalidad, tal y como se expuso en nuestro trabajo preliminar de reconstrucción bibliográfica:

“En efecto, precisa el alto tribunal de lo Contencioso Administrativo: (i) la moralidad administrativa comprende no sólo conductas generalmente aceptadas como inmorales, sino ilegales y hasta penalmente sancionadas; (ii) la labor del juez popular consiste en determinar si cierta conducta de la administración obedece al interés supremo que envuelve el ejercicio de la función pública en cualquier orden, que no debe ser otro diferente al interés general, (iii) esa transparencia implica el impecable manejo de los bienes y dineros públicos en beneficio de todos, dada la confianza depositada en los

⁸⁶ Ob cit., Santofimio G., Jaime Orlando, Tratado de Derecho administrativo, acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez, 4ª edición, 2003, pp. 80. Cita a Angel Latorre. Introducción al derecho, Barcelona, Ariel, 1990, p.24

⁸⁷ Ibídem., Cita a Corte Constitucional, Sentencia C-046 del 10 de febrero de 1994, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz

actores públicos, (iv) no hay vulneración del mencionado derecho colectivo cuando el desconocimiento de la norma pone en evidencia que no se trata de intereses colectivos o generales, sino de la suma de algunos o muchos intereses individuales.⁸⁸

Como se observa la tendencia ha sido a limitar el principio y derecho colectivo a los restantes principios y valores del ordenamiento jurídico, posteriormente en nuestro capítulo segundo se retomará el análisis jurisprudencial y su evolución.

Pero se hace necesario, referirnos al carácter de derecho colectivo, que también encuentra en nuestro sistema la moralidad pública, enunciado en el artículo 88 de la Constitución Política bajo el carácter de derecho humano de tercera generación⁸⁹, complementaria de las genealogías anteriores, conduce a identificar el derecho colectivo a la moralidad pública con los atributos propios de esta categoría de derechos, en permanente renovación y que no corresponden a catálogos cerrados. La tercera generación de derechos se ha ligado con el horizonte finalístico de valores del Estado Constitucional, para dar valor jurídico a derechos que trascienden al individuo, cuyo desconocimiento genera un perjuicio público, pero su protección conlleva la garantía del interés individual⁹⁰.

⁸⁸ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 9 de febrero de 2001., C.P., Delio Gómez Leyva, Expediente AP-054

⁸⁹ Henao, Juan Carlos, "¿Se defienden de la misma manera los derechos colectivos en derecho colombiano y en derecho francés?", IV Jornadas de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 425. Cita a Daniel Suarez Hernández y Ruth Stella Correa Palacio, "Acciones populares y de grupo. Ley 472 de 1998", en Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 534

⁹⁰ Villamizar Eddy, El derecho colectivo "Moralidad administrativa" Ob cit., pp. 188. Cita a Pérez Luño, Antonio Enrique, La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 23, 1 edición, Bogotá, Universidad Externado de

Los colectivos, han desarrollado su propia justificación que no corresponde simplemente a responder a los derechos desarrollados por el Estado Constitucional, ello por cuanto, se plantea un problema de fundamentación de esta tercera fase de derechos humanos, y lo es distinguir cuando un interés colectivo puede afirmarse en el rango de derechos humanos y cuáles carecen de tal grado o son simples intereses parcializados. Frente a tal cuestionamiento, se propone el siguiente test que justificaría el carácter de éstos derechos, (i) fundamentación, (ii) técnicas de protección de los mismos, (iii) nuevas formas de titularidades de derechos⁹¹.

El primer criterio, de fundamentación, identificada la base de cada generación de derechos, para la primera generación lo fue la libertad, los de segunda generación se sustentan sobre la igualdad, los de tercera generación encuentran su razón de ser en la solidaridad; éstos se caracterizan porque inciden en la vida de todos, el ciudadano se redimensiona en el logro de las libertades y los derechos individuales, que se confunden con los derechos y las libertades de los demás. El segundo factor, corresponde con las nuevas técnicas de protección que han surgido con esta generación de derechos, y tiene que ver con la posibilidad de cada persona de participar activamente en los procedimientos que los afecten,

Colombia, 2002, pp. 93-97 "Este paradigma explicativo enfatiza una dimensión triádica del Estado de derecho, que ha sido sucesivamente liberal, social y constitucional; y correlativamente de los derechos fundamentales , que han evolucionado así mismo de las libertades individuales a los derechos económicos sociales y culturales y, en el presente, a los derechos de tercera generación"; Henao Juan Carlos, y Santofimio Gamboa, Jaime.

⁹¹ Ruiz Miguel, Carlos, Pérez Luño, Antonio Enrique, "La tercera generación de derechos fundamentales", Revista de Estudios Políticos, No. 72, Centro de Estudios Constitucionales, abril-junio de 1991, pp. 301-303. El documento es una síntesis de la conferencia impartida por Antonio Enrique Pérez Luño, realizada en la facultad de derecho de la Universidad de Córdoba los días 8 y 9 de marzo de 1991

abandonando la protección pasiva de sus derechos al contar con nuevas herramientas procesales, para nuestro caso, la acción popular. El tercer cuestionamiento que han de superar los derechos colectivos que precien tal carácter, es el de la titularidad, que ya no surge con ocasión a una lesión individual, por cuanto la afectación o el daño, repercute en todos (un claro ejemplo, surge del tema ambiental)⁹²

Es necesario comprender, la concepción de derechos colectivos en nuestro contexto y la doctrina foránea, esta diferencia entre los intereses colectivos y difusos. El género, intereses difusos, corresponde a aquello que pertenecen a una colectividad o conglomerado social y no a determinados sectores de la sociedad; los intereses colectivos son entonces la especie aluden a sectores o grupos identificables dentro del contexto social, como por ejemplo las organizaciones de consumidores⁹³. La Corte Constitucional Colombiana, ha reconocido que el contenido del artículo 88 comprende ambos tipos de intereses, en cuanto su amparo le interesa a toda la comunidad.⁹⁴

Los anteriores elementos conceptuales, sumados a las características propias de la acción popular sobre la que volveremos en el capítulo segundo de éste trabajo, nos condujeron en la etapa inicial del trabajo a la siguiente conclusión:

“La moralidad administrativa, al ser elevada a la categoría constitucional de derecho colectivo, se reviste de la calidad de derecho humano y, en

⁹² Amaya Olaya, Ob cit., pp. 796.797

⁹³ *Ibíd.*

⁹⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena de la Corte Constitucional, Sentencia C-215 del 14 de abril de 1999, M.P.: Martha Victoria Sáchica, Expediente D 2176, D 2184 y D 2196. Ver También Colombia, Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, Sentencia T – 714 del 27 de septiembre de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero, Expediente T- 193617.

consecuencia, se acompaña de todas las garantías y prerrogativas que esta clase de derechos detenta, entre ellas la de contar con su propio instrumento procesal real que permite darle eficacia práctica; los principios del derecho administrativo no son ya una simple guía, sino verdaderos derechos tutelables, que le pertenecen a cualquier ciudadano, quien podrá invocar su amparo cuando su pretensión sea la garantía del interés colectivo⁹⁵

1. 3. Relación moral, corrupción y Contratación Estatal

En materia contractual, hablar de moral desde un plano conceptual implica acercarnos a la historia de ésta institución en el derecho público, ligada en forma clásica al principio de interés general, en su fase inicial se consideró una materia alejada al derecho común, en razón a las particulares cláusulas exorbitantes que propendían por la protección de ese interés común. Pero a la par de dicha actuación estatal, también la administración realizaba otro tipo de contratos en los que se encontraba en igualdad de condiciones que un particular y sus reglas eran las del derecho privado⁹⁶.

La referencia histórica para identificar los contratos administrativos se encontraba en la incorporación de la cláusula de caducidad, criterio jurisprudencial que posteriormente es acogido por los decretos 1670 de 1975 y 150 de 1976. Dando paso al decreto Ley 222 de 1983, que al dar una definición de contrato estatal complicó nuevamente las dos categorías de contratos, pero adicionalmente y para los fines propios de nuestro estudio, dicha legislación adolecía de otra deficiencia,

⁹⁵ Villamizar, Eddy, El derecho colectivo "moralidad administrativa" pp. 191.

⁹⁶ Ernesto Matallana, Manual de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993, Universidad Externado de Colombia 1ª Edición 2005., p. 85

y era el excesivo reglamentarismo de la norma particularmente en lo que tiene que ver con los procesos de selección de contratistas.

Las deficiencias en dicha normativa, "... permitieron la proliferación de la corrupción administrativa por cuanto no se sujetaba a la administración a seleccionar a sus contratistas con criterios objetivos"⁹⁷. A la falta de criterios objetivos, se sumaban los excesivos controles para seleccionar al contratista, que iban desde autorizaciones del Consejo de Estado hasta el Consejo de Ministros, se dilataba así la iniciación del contrato, que trae como natural consecuencia los sobre costos y repercusiones presupuestales.

El decreto 222 de 1983, partió de la presunción de la mala fe, tanto de las actuaciones de la administración como del particular contratista, por esa razón la respuesta legislativa fue la reglamentación de todos y cada uno de sus aspectos, ordenando innumerables trámites, requisitos, instancias de revisión y aprobación, Controles que en el sentir de la doctrina, "fueron insuficientes para cerrarle el paso a la corrupción; y concluye que el fin moralizador que inspiró el régimen produjo el efecto contrario"⁹⁸

Con tales antecedentes se abrió paso a la Ley 80 de 1993, con la apertura inicial en el cambio constitucional del año 1991, al atribuir la competencia al legislador, en el artículo 150 último inciso de la Constitución, para "expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la Administración Nacional", en el sentir de la Corte Constitucional, "no tiene otra connotación que la de reflejar el querer del constituyente en el sentido que exista un estatuto que regule toda la actividad contractual del Estado con arreglo a unos principios universales"; esto es, la experiencia vivida en la legislación anterior, indicaba que

⁹⁷ *Ibíd*em, pp. 86

⁹⁸ *Ibíd*em, cita a DÁVILA VINUEZA.

la administración debía seguir unos principios contractuales con arreglo a los cuales se adaptara a las cambiantes circunstancias; no era entonces, el casuismo legal la respuesta a las necesidades de la administración pública.⁹⁹

Los principios incorporados eran una mezcla de principios de derecho privado, autonomía de voluntad, con la presencia imprescindible y superior del interés general y de él los derivados de la función pública. No hay discusión alguna en que la Ley 80 de 1993 pretendió ser un cuerpo jurídico normativo de principios como respuesta a un estatuto que con exceso de controles abría grandes brechas a la corrupción, sobre la base de un equilibrio entre los intereses privados y el interés general, que obedecieron no solo a la excesiva reglamentación a que se hizo referencia, sino a los imperativos económicos, que orientaron la simplificación de reglas contractuales, generando un estatuto de grandes principios sobre la materia, en el que las entidades públicas desarrollaran su actividad contractual en un contexto de mayor libertad para adaptar a la administración a las exigencias de la eficacia¹⁰⁰.

Pero junto a esos objetivos propios de la función pública, se buscó otorgar a los particulares que participaban con el Estado en la celebración de los contratos seguridad jurídica, a través de un sistema más igualitario, con reducción y reglamentación de las prerrogativas del poder público y orientado a la protección de la inversión privada. La orientación del legislador dada la experiencia del estatuto anterior, era reemplazar *"la abundante reglamentación del estatuto precedente que, contrariamente a su objetivo de control había generado un*

⁹⁹ Ibídem pp. 88. Cita a Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C – 949 del 5 de septiembre de 2001, M.P.: Clara Inés Vargas Hernandez

¹⁰⁰ Benavides Jose Luis, El contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2005, pp. 75-76.

*sistema ineficaz y corrupto*¹⁰¹, sin embargo como posteriormente se narrara, la respuesta al problema de la corrupción tampoco se encontró en la reforma de la Ley 80 de 1993.

Al atarse los principios como freno a la corrupción nos obliga a detenernos, en el fenómeno corrupción su desarrollo técnico conceptual ha evolucionado, desde la percepción básica, utilización de la función pública para obtener beneficios privados, a la depravación o perversión, alteración del estado original, no es solo la infracción individual a la regla sino alteración de un principio de funcionamiento¹⁰². También se define la corrupción, como una erosión de la virtud ciudadana y por ende de la capacidad de reconocer el bien común, ampliando el espectro del concepto no solo a la ilicitud o desconocimiento del ordenamiento jurídico positivo, como se observa en el documento de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción el derecho interno Colombiano:

¹⁰¹ *Ibíd*em

¹⁰² Carbonell Miguel, Rodolfo Vásquez, Poder Derecho y Corrupción, Instituto Federal Electoral (México), Instituto Tecnológico Autónomo de México, Siglo XXI, México, 2003, pp. 46. Cita a Thomas Nagel "The schreding of Public Privacy", Times literary supplement, 14 de agosto de 1998. En Colombia algunas investigaciones se desarrollan sobre un concepto clásico o básico de corrupción, <http://www.transparenciacolombia.org.co/>, "*Transparencia Internacional define la corrupción como el mal uso del poder encomendado para obtener beneficios privados. Esta definición incluye tres elementos: 1. El mal uso del poder, 2. Un poder encomendado, es decir, puede estar en el sector público o privado, 3. Un beneficio privado, que no necesariamente se limita a beneficios personales para quien hace mal uso del poder, sino que puede incluir a miembros de su familia o amigos. De manera similar, para Transparencia por Colombia la corrupción se define como el "abuso de posiciones de poder o de confianza, para beneficio articular en detrimento del interés colectivo, realizado a través de ofrecer o solicitar, entregar o recibir, bienes en dinero o en especie, en servicios o beneficios, a cambio de acciones, decisiones u omisiones"*.

“La corrupción más visible es la concusión, el cohecho o el peculado del funcionario público que presiona o recibe un beneficio indebido o se apropia de los recursos públicos. Pero la corrupción corporativa, la “corrupción de cuello blanco” y más profundamente “La Captura del Estado” por grupos privados, es un fenómeno menos visible y de mayor escala, que incide más poderosamente en la pobreza y el subdesarrollo. **No es la corrupción que viola las reglas, sino una corrupción que “hace las reglas”. Como explican Hellman y Kaufman (Banco Mundial, 2001) <<En las economías en transición, la corrupción ha adoptado una nueva imagen, las llamadas oligarquías manipulando la formación de la política e incluso definiendo las nuevas reglas de juego a su propia y sustantiva ventaja”**¹⁰³

De allí que tanto desde organismos internacionales como desde el derecho interno se estructuran los valores que presuponen el límite a la corrupción, para el caso, administrativa de la contratación estatal en la que se han incorporado como principios en nuestro ordenamiento interno, como son la vigencia de los principios de equidad, mérito, igualdad, eficiencia y transparencia en la gestión; haciendo énfasis en que los sistemas de contratación pública se basen en la transparencia, competencia y criterios de adopción de decisiones¹⁰⁴. En cuanto, a los principios inmersos en la contratación, procedemos a hacer una breve alusión a los mismos, ya que la garantía es el freno a la corrupción.

En el Derecho Comunitario Europeo, la aplicación de los principios límite a la corrupción que se evidencian en las directivas comunitarias que propenden por el

¹⁰³ <http://www.scribd.com/doc/2530939/CONVENCION-DE-NACIONES-UNIDAS-CONTRA-LA-CORRUPCION-DERECHO-INTERNO-COLOMBIANO-MARINO-TADEO-HENAO-DICIEMBRE-2006-> pp.

5-7

¹⁰⁴ *Ibíd*em, pp. 14-15

mejoramiento y extensión en la aplicación de la transparencia, objetividad y no discriminación en la adjudicación de contratos, postulados que redundan en la verdadera existencia de un mercado común¹⁰⁵. En Colombia, el contexto teórico y positivista desarrolla en forma amplia estos principios, dos fundamentan la existencia de los contratos administrativos, utilidad en la medida en que permite a la administración adquirir bienes y servicios, asignar recursos, definir derechos; y, solidaridad como valor operativo que se traduce en la forma de exteriorización de la función administrativa en la cual los particulares son colaboradores del Estado quienes también realizan una función social¹⁰⁶.

De allí descendemos a los principios generales de la función administrativa que surgen del texto constitucional como son legalidad, interés público cuando contrata debe observar con objetividad los intereses generales cuyo monopolio no solo corresponde al estado sino a su vez al particular contratista¹⁰⁷, igualdad que se

¹⁰⁵ Expósito Vélez, Juan Carlos, La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español, Análisis de la Selección de contratistas, Universidad Externado, Bogotá, 2003, p. 613

¹⁰⁶ Ob cit., Expósito Vélez, Juan Carlos, La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español, Análisis de la Selección de contratistas, Universidad Externado, Bogotá, 2003, p. 67

¹⁰⁷ Ob cit, José Luis Benavides, "El contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado", pp. 74, considera que en estos contratos se presenta una convergencia de intereses, así expresa el autor: "El artículo 3º de la Ley 80 da a la definición del artículo 32 una naturaleza objetiva, en la medida en que afirma la doble finalidad de la actividad contractual que se impone a las dos partes. El contrato estatal busca a la vez el desarrollo de misiones públicas y la obtención de beneficios. Se trata de intereses divergentes desarrollados de manera equilibrada y armoniosa por el contrato. Por consiguiente, las partes conservan obligaciones recíprocas para obtener esa doble finalidad. Así el artículo 3º impone a la administración garantizar y proteger los derechos e intereses del contratista, pero al mismo tiempo recuerda a éste que es un colaborador de la administración en la obtención de las finalidades públicas, y que en esta calidad desarrolla una función social que le impone obligaciones.

concreta fundamentalmente en que todos los particulares tiene derecho a la adjudicación de contratos, bajo reglas de juego que se surtan en equidad para todo los participantes, y que garantice la más amplia concurrencia de ofertas del que se derivan dos subprincipios igualdad de oportunidades e igualdad ante los beneficios y cargas públicas¹⁰⁸.

En esta base constitucional administrativa, son aplicables a los contratos estatales principios como seguridad jurídica que en la materia se traducen en que los participantes en estos procesos contractuales les asiste el derecho a que la Administración cumpla su deber de establecer criterios de adjudicación, precisos, y claros para que se consiga la finalidad perseguida con ellos. También son predicables de la actuación administrativa contractual los principios derivados del texto constitucional, de buena fe y equidad, eficacia, celeridad, imparcialidad, contradicción, responsabilidad y el ya referido principio de moralidad administrativa que, en el desarrollo doctrinal se haya referido a normas sobre inhabilidades e incompatibilidades, pero también de:

“... autolimitación de la discrecionalidad en dicho procedimiento, porque a la hora de elegir al contratista la Administración, si bien es verdad que tienen un margen de libertad importante para decidir, también es cierto que debe obedecer a todos los cánones legales y a los criterios de valoración de forma expresa y motivada para hacer la adjudicación a la oferta más ventajosa a los intereses públicos” ¹⁰⁹

La ley 80 de 1993, positivizó los principios de transparencia (actuaciones alejadas de favoritismo) se concentra en los procedimientos de selección y mecanismos de

¹⁰⁸ Ob cit, Expósito Vélez, Juan Carlos, La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español, Análisis de la Selección de contratistas, pp. 541-549

¹⁰⁹ Ibídem, pp. 366

publicidad de la actuación, economía, responsabilidad de servidores públicos, oferentes y contratistas, selección objetiva y ecuación contractual. De los anteriores es preciso mencionar, la controversia suscitada en torno al principio de selección objetiva, dada la discusión en torno a sí el mismo tiene un carácter de deber y no de principio, discusión que surge en la medida de las garantías que pueden propenderse a la hora de exigir su cumplimiento.

La raíz del problema surge en tanto, los principios, de acuerdo con ROBERT ALEXY, son mandatos de optimización, que se caracterizan por el hecho que pueden ser cumplidos en diferentes grados de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas, en oposición a las reglas, normas que pueden ser incumplidas o cumplidas, a su validez implica que ordena hacer exactamente lo que ella exige, por lo que contienen lo que fáctica y jurídicamente es posible hacer, en esa medida son mandatos definitivos¹¹⁰

La doctrina y la jurisprudencia han sosteniendo el doble carácter del presupuesto la selección objetiva como es deber regla y principio, como se advierte en la siguiente cita del Consejo de Estado: "es un deber- regla de conducta- en la actividad contractual, un principio que orienta los procesos de selección tanto de licitación pública como de contratación directa, y un fin pues apunta a un resultado, cual es, la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación. Sin embargo, en criterio de JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ, sólo puede atribuírsele el carácter de deber regla, para

¹¹⁰ Expósito Vélez Juan Carlos, El deber de Selección Objetiva, Estudios sobre la reforma del estatuto contractual, Ley 1150 de 2007, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, pp. 138. Cita a Robert Alexy. Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 95 _

las entidades estatales, ya que de tratarse de un simple principio, no sería una obligación sino que debería realizarse en la mayor medida de lo posible¹¹¹.

Adicionalmente, desde la perspectiva sistemática normativa, se ha venido reconociendo el principio de planeación, que se infiere de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; y de los numerales 6, 7 y 11 al 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993 concordante con el artículo 2º del Código Contencioso Administrativo, que precisan como para el uso eficiente de los recursos y el adecuado desempeño de las funciones, debe existir un estricto orden. Principio al que el legislador le ha otorgado unos parámetros que deben observarse en materia contractual como son los técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos; requeridos con antelación a la apertura de los procesos de escogencia de contratistas¹¹²

Todo un decálogo de valores que la ley desarrollo en actuaciones y obligaciones concretas de los participantes del proceso, por ejemplo como se dijo a propósito del principio de planeación a través de la exigencia normativa de obtener estudios previos o del principio de transparencia la exigencia legal se traduce en la concreta obligación de las entidades estatales de seguir los procedimientos de selección, para la época licitación o contratación directa.

¹¹¹ Ibídem pp. 139, cita a Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007 (expediente 24715 C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO)

¹¹² Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública, Contratación Estatal, estudios sobre la reforma del estatuto contractual Ley 1150 de 2007, Universidad Externado de Colombia, abril de 2009, pp. 42-43

No obstante como se dijo la normativa de la Ley 80 fue criticada y objeto de nueva reforma, argumentando entre otros propensión a factores de corrupción, JUAN CARLOS EXPÓSITO, considera que la Ley 80 al ser un cuerpo fundamentalmente de principios, cayó en el defecto de generar una remisión constante a los reglamentos, exceso que permitió la intervención del ejecutivo acomodando el texto legal a los intereses de cada gobierno, persistiendo "... *con ello la corrupción administrativa*", regulando además cada laguna legislativa e interpretando la ley. La administración se convirtió en legislador, generando inseguridad jurídica por la falta de unidad de criterio y multiplicidad de estatutos.¹¹³

La respuesta no se hizo esperar, y fue desde el plano legislativo, generando cambios normativos respecto de cada principio y variando, no el principio sino las obligaciones concretas que desarrollaban el principio que la anterior legislación contenía, lo que para algunos es un error, como expresa SANTOFIMIO GAMBOA:

"... El marco jurídico de la contratación pública colombiana ha estado signado históricamente por su inestabilidad normativa, generadora indiscutible de inseguridad jurídica ... El cambio de reglas y la alteración conceptual y de principios en algunos casos fundado en argumentaciones intrascendentes, raramente sustanciales, o en simples discursos ocasionales, especialmente políticos, pretendidamente sumidos en banderas de lucha abierta contra la corrupción, como si corruptas fuesen las normas nos ha legado, desde la perspectiva jurídica, un enjambre de difícil lectura en ocasiones confuso y contradictorio ... De este ambiente tempestuoso no se aparta en lo mínimo la reciente "colcha de retazos normativa" introducida en por la ley 1150 de 2007"¹¹⁴

¹¹³ Ob cit, Expósito Vélez, Juan Carlos, La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español, Análisis de la Selección de contratista, pp. 607.

Si bien, es cierto la contratación pública, se ve afectada por el fenómeno mencionado de la corrupción, en la medida en que implica la administración de recursos, contratación de servicios, obras, insumos, en el tráfico económico, que obligaría a dar prelación a valores como generación de un ambiente de igualdad y competencia leal, no encuentra en la explosión normativa su protección, ya que ello simplemente puede dar lugar a comprometer culposamente la responsabilidad de los agentes estatales a partir de la minucia normativa.

¹¹⁴ Ob cit., Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública, pp. 15-16.

II. INTERNOS DEL DERECHO COLECTIVO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA FILOSOFÍA EN ADELA CORTINA.

El presente trabajo, no pretende ser una tesis filosófica, pero ha encontrado en tal materia, contribuciones valiosas que ayudan a comprender si es posible o no un análisis objetivo de la moralidad pública para su protección en un caso concreto. La primera pregunta que nos planteamos son las diferencias entre ética y moral, la segunda es si es posible la construcción desde la filosofía de unos parámetros de moralidad pública que en forma objetiva formen una línea para los actores jurídicos en la contratación pública. La búsqueda de dichas preguntas nos arrojó interesantes respuestas a las mismas pero también, generó otros presupuestos como son la conexión entre moral pública y Estado de Derecho, y así mismo la exigencia de la responsabilidad de la "moral pública" no solo de los agentes estatales individualmente considerados sino de las personas jurídicas de derecho público.

2.1. ETICA Y MORAL DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Vale la pena aclarar que en este tema nos apoyamos en la lectura de ANNE MARIE PAPIER, quien propone una formula conceptual comprensible para quienes no dominamos la complejidad filosófica, y parte del interrogante ¿Cuál es el objetivo de la ética?, y son las acciones morales, pero no es una teoría de la acción, sino de aquellas que tienen una pretensión de moralidad, esto es, acciones morales. La ética, entonces, se cuestiona acerca del elemento cualitativo que permite determinar qué hace una acción moralmente buena, por eso se ocupa de conceptos como moral, bien, deber, obligación y consentimiento. Lo interesante

del punto, y encontramos aquí el primer parámetro objetivo, es que la ética no pretende "ideologizar" convicciones derivadas de una visión, sino "*... la elaboración de enunciados cuya validez no sea simplemente subjetiva, sino susceptibles de demostrar una validez objetiva ...*"¹¹⁵

Claro la primeras reacciones, al tema ética y moralidad en el derecho, lo constituyen el riesgo que ellos generan por la pluralidad de puntos de vista ideológicos, convicciones privadas y confesiones religiosas; la acelerada evolución sociocultural y, la constante modificación de objetivos económicos, políticos y sociales. Ello no es más que la consecuencia de aceptar la oposición de intereses y necesidades. El texto con acertada razón plantea lo que inicialmente habíamos encontrado en RADBRUCH, pero claro desde la perspectiva filosófica: "*Todo individuo debe, en consonancia con su capacidad de libre determinación en su actuación práctica, enfrentarse sin tregua a las doble tarea de análisis y crítica de las exigencias normativas, por un lado, y de pretensión de moralidad, por otro*". De lo anterior, se desprende que para la ética la comunicación y argumentación son dos aspectos básicos del compromiso moral, desde donde se justifica y evidenciar el propio compromiso moral ¹¹⁶.

Pero entonces, continúa sin respuesta la pregunta, ¿es la ética un sustitutivo de la acción moral?, encontrando una respuesta negativa, ella capta desde la acción la estructura cognitiva, bajo la siguiente estructura metodológica del pensamiento, en primer lugar a través de la descripción y el análisis de los modelos de conducta y actitudes básicas de orden moral, en segundo lugar, por vía de la fundamentación metodológica del imperativo de la moralidad, en consecuencia la ética "proporciona patrones críticos para el enjuiciamiento de la praxis en general,

¹¹⁵ Annemarie Piepser, *Ética y moral, una introducción a la filosofía práctica*, Editorial Crítica, Barcelona 1991, p.9

¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 10-12

descifra conceptualmente el complejo ámbito de la acción moral y lo hace accesible al conocimiento humano de disposición racional¹¹⁷.

Así la ética ofrece estrategias de argumentación por medio de las cuales está en condiciones de entender claramente los problemas y conflictos morales de la acción humana, hace perceptible la decisión moral bien fundamentada, es decir, que la persona autónomamente decida:

*“Entendemos por **ética**, en tanto que disciplina filosófica, la ciencia de la acción moral. Investiga la praxis humana desde el punto de vista de las condiciones de su moralidad y trata de fundamentar el concepto de moralidad. **Por esta entendemos, ante todo, aquella cualidad que permite calificar a una acción de moral, de moralmente buena**”¹¹⁸*

No pretende la ética para su comprensión obligar a las personas a dejarse prescribir dogmáticamente, por el contrario parte del valor moral lo constituye el decidir por sí misma tras una madura reflexión, inclusive con distancia crítica tanto respecto de sus propios intereses y de los juicios de otras personas, para determinar qué objetivos son buenos, tanto para sí como par grupo de individuos e inclusive los hombres en general¹¹⁹

La ética estudia desde una perspectiva general los problemas relacionados con la moral en esa medida reconstruye en forma abstracta, formal las condiciones para que una acción, con independencia de contenido, pueda ser definida como moral; no dice lo que es bueno sino como se llega a considerar algo bueno, no establece en forma concreta que finalidad es buena, sino que caracteriza a una finalidad

¹¹⁷ Ibídem, p. 13

¹¹⁸ Ibídem pp 13-14

¹¹⁹ Ibídem p.20

como buena finalidad, por eso en ésta tesis no conceptualizamos la ética o la moral, sino acudimos a parámetros que permitan identificarlas; en suma: *"La ética, así pues, no formula juicios morales acerca de acciones individuales, sino que analiza en un plano situado más allá de esto el modo y manera como llegan a formarse los juicios morales acerca de las acciones"*¹²⁰

2.1.1 RELACIÓN ÉTICA Y MORAL

De acuerdo con lo anterior, podría pensarse entonces que sería correcto denominar el derecho colectivo, no a una moral pública sino a una ética pública que es donde podemos extraer parámetros objetivos, pues bien por tal razón consideramos necesario identificar desde la filosofía las diferencias entre unas u otra. El texto de Annemarie Piepper presenta dicha diferencia a manera de metáfora y apertura al tema, por lo que se considera necesaria transcribir el siguiente aparte:

"El objeto de la teoría literaria es la llamada <<literatura amena>> o las bellas letras, que pueden ser estudiadas y clasificadas bajo diferentes aspectos (por ejemplo, lingüísticos, técnico formales, de contenido) Quien cultiva la teoría literaria no escribe – cuando escribe- ninguna novela o poema, etc, aunque sin duda podría hacerlo; lo que hace es analizar textos literarios desde el punto de vista de la presencia en ellos de determinados elementos y formas estructurales de aparición recurrente a fin de llegar a enunciados generales acerca de <<la>> novela, << el>> drama o <<la>> oda por medio de los cuales emitir luego juicios críticos acerca de novelas, dramas y odas singulares. En cambio, quien escribe una novela no cultiva – al escribirla_ la teoría literaria, aun cuando en la redacción de la misma

¹²⁰ Ibídem, p. 19-20.

podría serle de mucha utilidad disponer de conocimientos de esta disciplina¹²¹.

La relación entre ética y moral se asemeja al de la teoría literaria y una obra literaria, el teórico enjuicia su objeto, pero el teórico no es la obra misma; la metáfora sirve de introducción para comprender la relación entre moral y ética pero para ello no nos conformamos con la metáfora sino procedemos a describir con apoyo en la filosofía tal relación.

La ética procede del griego *ethos*, que contiene dos variantes, uso, hábito, costumbre, de ahí que en principio se consideraba que actuaba éticamente el que ajustaba su actuación a lo que es costumbre, sin embargo, la segunda variable, es su significado de carácter, que se constituye como actitud básica de la virtud, por eso actúa éticamente aquel que adquiere ese hábito invariable determinando en cada caso lo que debe hacer de acuerdo a su inteligencia y reflexión¹²².

Ahora, la palabra latina *mos* (plural: *mores*) es una traducción del concepto griego *ethos*, que significa tanto buena costumbre como carácter; de allí el término moral concebido como costumbre reconocida, la que surge de procesos recíprocos de reconocimiento en una comunidad y que se considera vinculante, la moral refleja los valores compartidos en el seno de una comunidad humana; como adjetivo la moral implica que determinada acción se califica de moral, si se califica a una persona de inmoral, significa: "que su conducta no se ajusta al código moral reconocido por la mayoría o que tiene un carácter corrupto"¹²³

¹²¹ Ob cit., p. 25

¹²² Ob cit p. 22

¹²³ Ob cit., p. 23

La diferencia es difícil de trazar ya que se encuentran relacionadas, etimológicamente de significados iguales, de ahí que no resulte posible una diferencia exacta, sin embargo, se ha generado, para delimitar de manera clara y ya a nivel lingüístico los diferentes planos de reflexión, donde se ha convenido reservar el sustantivo ética a la ciencia filosófica cuyo objeto es la acción moral del individuo, aceptando que expresiones como acción ética no son incorrectas por el origen en el término griego; es decir se considera que el término <<moral>> "... designa el contenido de las normas, juicios de valor e institucionales morales...", el término <<ética>> "... a la investigación filosófica del conjunto de problemas relacionados con la moral...", o, "... como sinónimo de filosofía moral"¹²⁴.

2.2. EL PACTO SOCIAL EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO, CARENTE DE MORAL PÚBLICA, ES UN PACTO DE ESCLAVOS.

Como se ha venido precisando, si etimológicamente mora y ética significan lo mismo no resulta entonces desacertado que se hable de moral pública y que la misma puede valorarse a través de las pautas objetivas que la ética pública otorga, en este aspecto coincide ADELA CORTINA, de quien tomamos los principales aspectos objetivos para el control judicial del comportamiento de las personas jurídicas de derecho público. El primer presupuesto, surge de su conexión con el Estado de Derecho.

Pues bien, las bases teóricas del derecho administrativo se consolidan en los presupuestos del Estado de Derecho y su primer cimiento la Libertad institucionalizada, ya que la libertad originaria precede al Estado de Derecho, bajo la noción de derecho subjetivos, es así como la idea de recoger legislativamente

¹²⁴ *Ibíd.*

los derechos innatos, inalienables o sagrados no es origen político sino religioso¹²⁵, no siendo nuestro objetivo los problemas históricos sobre los derechos innatos e inviolables, sino cómo dentro de ellos la libertad institucionalizada es presupuesto básico del Estado de Derecho, para posteriormente comprender su relación con la moralidad pública.

Los desarrollos teóricos en Locke parten de una la condición natural de los hombres, un estado de perfecta libertad de ordenar sus acciones, de disponer de sus bienes y de sus personas como quieran, en los límites de la Ley natural, sin depender de la voluntad de otro hombre. El comienzo de la sociedad política; según el título del capítulo VII del *Second Treatise* de LOCKE, proviene del mutuo consentimiento a partir de esa libertad inicial. Ahora bien, por el pacto con otros hombres, deciden unirse en comunidad para vivir cómodamente, con seguridad y con paz, consentimiento asegurado por el deber moral de guardar las promesas, explicando que es el derecho natural, el que torna tal consentimiento en definitivo e irrevocable¹²⁶.

El pacto social descrito tanto en LOCKE como en HOBBS, no implica habilitar un poder absoluto, lo novedoso en Locke es haber determinado que el fin del pacto social es, precisamente <<la mutua preservación de las vidas, libertades y propiedades>> de quienes negocian tal acuerdo. Es decir, el consentimiento de los ciudadanos que surge por la regla de la mayoría, a la que precede el Derecho natural. El contrato social de Locke no es un acuerdo de gobierno entre el Rey y el pueblo, sino un consenso entre individuos para construir una sociedad civil y someterle a la determinación de la mayoría¹²⁷

¹²⁵ García de Enterría Eduardo, *La lengua de los derechos. La Formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Editorial Alianza, S.A, Madrid 1994 , pp. 50-

¹²⁶ Ob cit, pp. 57-59.

¹²⁷ Ob cit, 58-66

Por su parte, la libertad individual es entidad como la finalidad última de la sociedad y dejará de ser límite frente al ejercicio del poder, ya que se concibe como el objeto de éste. De modo trascendental, la libertad individual ha pasado la razón de ser de la vida colectiva, la sociedad ideal que se pretenden construir y establecer bajo la fórmula Estado de Derecho, ha de ser una sociedad compuesta de hombres libres con capacidad de actuar¹²⁸.

Ahora bien, surge en Adela Cortina, el siguiente cuestionamiento, qué pasa si no todos los que acuerdan están en las mismas condiciones para entrar en tal negociación, que tipo de pacto surgirá. Precisa la autora, que la era de la libertad que pretendía dar origen el Estado de Derecho, se sustenta en la idea de Hegel, que considera que tal derecho no consiste sólo en poder elegir, sino en poder hacerlo en una comunidad política "*... que ofrezca buenas alternativas entre las que optar ...*" y en consecuencia aun cuando se pueda elegir, si no hay buenas opciones no se es en verdad libre, convirtiéndose así el Estado de Derecho, en un pacto de esclavos, ya que se realiza con quienes no tienen con qué negociar¹²⁹.

En cuanto al pago de la negociación, el cambio, el trueque, es tanto económico, político, académico y de honores, como de recompensas y favores. Claro está, de quienes si tienen <<con qué>>. En efecto, la ausencia de moralidad pública, genera que "*... la cosa pública –local y global- no es cosa nuestra, sino de las mafias, de las solidaridades grupales, esa cosa nostra, que siembra de obstáculos casi insuperables cualquier proyecto de justicia global*". Esas mafias, pertenecen a diferentes sectores de la sociedad, económicas y políticas, de periodistas y de

¹²⁸ Ibídem

¹²⁹ ADELA CORTINA, Hasta un Pueblo de Demonios, Editorial Taurus, Madrid 1998, pp. 13-15.

jueces, de sindicatos y de académicos, de narcotraficantes y de terroristas, de paramilitares y de gobiernos.

Todas las anteriores, con el mismo mecanismo: el pacto secreto-jamás público – para defender “a sangre y fuego” los intereses del grupo, donde las buenas opciones para elegir pertenecerán a estos grupos, y ese pacto de libertad es un pacto de esclavos de los que no tienen con qué pagar, con que negociar en ese amplio espectro universal de la corrupción, intercambios de honores, recompensas, favores o económico ejercido en todos los niveles y por quienes pertenecen a los grupos que otorgan los medios para realizar los trueques.¹³⁰

2.3. EL CONTENIDO DE LA MORALIDAD PÚBLICA

Para comprender la moralidad administrativa, ADELAN CORTINA, parte de las bases etimológicas de ética y moral, y es ahí donde encontramos, que el derecho colectivo a la moralidad administrativa, encuentra unos presupuestos que se desligan de los principios constitucionales y legales a los que restrictivamente se ha venido sujetando este derecho.

Plantea la autora que los términos <<ética>> y <<moral>> significan desde del uso que de ellas hacen las personas en el diario vivir así como etimológicamente los mismo. “Ética”, como locución, procede del griego *èthos* <<modo de ser>> y moral que procede del término mos-moris. Es decir, moral y ética se refieren al modo de ser o carácter que las personas van fraguándose durante su vida¹³¹. Esto implica, una definición que le otorga un carácter propio al derecho colectivo y lo

¹³⁰ Ob cit pp. 14 y 15

¹³¹ Ibídem pp. 25-26

aproxima a la realidad, sobre lo qué entendemos por comportamiento moral y cuál sería el comportamiento moral de una persona jurídica de derecho público, o entidad, u organización, que sea exigible a través de un control ciudadano en ejercicio de la acción popular.

Aceptamos que los seres humanos nacen con un temperamento o carácter que les viene dado por naturaleza y que puede modificarse con esfuerzo, pero durante su vida tienen que ir adquiriendo <<un nuevo carácter>>, esto es, se forjan un nuevo carácter, “La vida humana –decía Ortega- es *quehacer* y el quehacer ético es quehaceres, hacerse así mismo”. Esto implica un proceso de apropiación de posibilidades, y el éxito del proceso es poder decidir desde ella misma con propiedad. Por el contrario, fracaso surge del que se vende, se deja expropiar, la pérdida de la vida personal, la renuncia a la autonomía, dejar de ser dueño de sí mismo, es decir, la libertad en sentido básico.¹³².

2.4. LA RESPONSABILIDAD MORAL DE LOS ENTES PÚBLICOS

Hasta el momento la autora, brinda unas concepciones sobre la moral, pero para entender la moral pública, no desde la responsabilidad personal del sujeto si no de la exigible a los entes públicos, es necesario, plantear como lo hace la autora, ¿si la vida pública está sobrada de moral? y tal vez sin mayor precisiones filosóficas las personas coincidan en una respuesta negativa, a la misma puede seguir otro cuestionamiento ¿puede una persona jurídica comportarse en forma moral?, y la respuesta la transcribimos literalmente de la autora para su mayor comprensión:

“Conviene recordar, en principio, que las organizaciones e instituciones de la vida pública no pueden comportarse, aunque lo quieran, de forma amoral,

¹³² *Ibíd*em, pp. 25.

no pueden situarse más allá del bien y del 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"¹³³

Entonces, las personas naturales no son las únicas que tienen que forjarse un carácter, también las instituciones, las personas jurídicas, públicas o privadas, porque van adquiriendo un modo de ser y conforme a ellos se van apropiando de sus posibilidades. Cuando es el entorno el que acaba marcando las decisiones de la organización, la expropiación se ha consumado y empiezan los códigos de pactos secretos los medios extraordinarios, los excluyentes para mantener un simulacro de vida.

Cuando la organización, por contra, decide desde los valores éticos de su cultura organizativa, tiene la flexibilidad suficiente para adaptarse al entorno, repasa en voz alta los errores que se cometen y trata de corregirlos con transparencia y comunicación interna, cuando es un organismo ágil, cuyos miembros trabajan por un proyecto común, y no una pesada máquina para hacer dinero, puestos de poder o similares, se está apropiando de sí misma y tiene más posibilidades de llevar adelante sus proyectos con propiedad.

Por eso la conquista de la autonomía, es el presupuesto de la moral pública, en tales casos es cosa tan noble como apropiarse de las mejores posibilidades que un organismo tiene para alcanzar una meta por la que existe y tiene legitimidad social. Renunciar a la autonomía, expropiarse, es entrar en el juego de los repartos de poder, el intercambio de favores, la venta de prebendas o en la producción

¹³³ Ibídem p. 23

rápida del máximo beneficio. Lo cierto es que organizaciones e instituciones tienen un *èthos*, actúan de una forma moral o inmoral¹³⁴ ...

Así pues, la protección del derecho colectivo a la moralidad pública no está dado sólo por el desvío en los principios, sino por el desvío en la autonomía de la entidad pública cuando obra por factores externos ajenos a intereses personalistas que lo llevan a expropiarse, y a su vez que el derecho colectivo a la moralidad pública, es la exigencia de los entes públicos a comportarse en forma autónoma, léase, moralmente.

2.5 LA SEPARACIÓN MORAL Y DERECHO EN ADELA CORTINA RAZONES POR LAS QUE NO SE COMPARTEN PARA EL CASO DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO COLECTIVO EN ACCIÓN POPULAR.

Obsérvese que nuestras instituciones jurídicas, reclaman valores morales, que se incorporan en exigencias jurídicas demandables de servidores públicos, contratistas y particulares que ejercen función pública, éstas se han venido caracterizando por su nota, sancionadora, de ahí que sea el legislador quien haya concretado en obligaciones puntuales algunos deberes morales.

Consideramos hacer claridad en este punto, ya que respetando el texto de la autora de cuyos valiosos aportes nos hemos servido, zanja en forma reiterada y contundente el intromisión del derecho en la ética pública, descartándolo como medio para lograr el mismo, pero para ello lo hace concibiendo el aparato jurídico como un medio ineficaz y sancionador, y no como un medio reparador de derechos como se verá en el segundo capítulo.

¹³⁴ *Ibíd*em pp. 25-27

Parte de la corrupción, la misma precisa de tres personas, de las que dos se alían para burlar los intereses de un tercero, que uno de ellos representa. Los actos de corrupción perjudican al estafado, el ciudadano, daño que no se limita a la estafa puntual. Se amplía la hecho irreversible de que actuaciones como éstas erosionan la credibilidad de las instituciones y minan la confianza en ellas¹³⁵

Los contratos así como las leyes proporcionan unas bases necesarias, pero no suficientes, para mantener la estabilidad y prosperidad de las sociedades; es necesario que cuenten con reciprocidad, obligaciones morales, responsabilidad hacia la comunidad y confianza., la cual se basa más en un hábito que en un cálculo racional. En la confianza no se confía, se gana día a día, realizando actos dignos de ella, cuando las organizaciones incorporan hábitos éticos, que van ya formando parte de su carácter, de su éthos¹³⁶,

La ética, es así, un producto de primera necesidad en la vida pública, donde las medidas jurídicas, aunque necesarias, resultan insuficientes, por la ineficacia de las burocratizadas instituciones que administran el Derecho, la obligación de tener amigos estratégicamente situados es uno de los deberes de los corruptos cosas que en ningún lugar están escritas, pero que verdaderamente funcionan en la vida corriente¹³⁷.

De ahí que recuperar la confianza en las instituciones públicas sólo será posible si en ellas los sin relaciones, son tan bien tratados como los poderosos Para romper el pacto de esclavos no bastan, pues, las leyes, sino que es imprescindible "forjar ethoi con calidad moral", forjar caracteres convencidos de que la corrupción es

¹³⁵ *Ibidem* pp. 100-101

¹³⁶ *Ibidem*

¹³⁷ *Ibidem*

inadmisible, de que las instituciones legitiman sólo si el débil es al menos tan bien acogido como el poderoso¹³⁸.

Cuanto más complejas son las sociedades y más cambiantes los entornos, mas insuficientes e ineficaces resultan las soluciones jurídicas y más rentables los mecanismos éticos para resolver los conflictos con justicia. Considera la autora que la lenta maquinaria del Derecho llega a menudo tarde y tiene un alcance muy limitado, más aún cuando no es posible regularlo todo, y como se vio ya el derecho ha aprendido que tampoco es conveniente hacerlo¹³⁹.

El derecho positivado puede ser legítimo, amén de haber seguido las normas de ese derecho legítimo los procedimientos adecuados para su promulgación. Porque el derecho puede estar vigente, puede ser válido en el lenguaje jurídico y, sin embargo, injusto. Por eso urge fomentar un sentido público de la moralidad, que invite a los ciudadanos a exigir actuaciones justas y magnánimas, que tenga en cuenta, los valores y normas compartidos, siempre que no sean injustos e insolidarios. Para ello es importante que las organizaciones se responsabilicen de sus actuaciones, pero no debe confundirse ésta responsabilidad con el derecho, que se refiere a las relaciones entre las personas y las organizaciones (externa), reguladas por una autoridad externa a ella, con capacidad sancionadora, aun en el caso de las sociedades democráticas¹⁴⁰.

Como se verá en el siguiente capítulo el derecho colectivo a la moralidad pública, no tiene carácter sancionador sino reparador del daño moral, se diferencia claramente de instituciones como el derecho penal o disciplinario, que tiene por

¹³⁸ *Ibíd*em

¹³⁹ *Ibíd*em pp. 110

¹⁴⁰ *Ibíd*em

objetivo en alguno de sus normas asegurar una moralidad pública, como lo es a través de instituciones como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, la acción popular no es un mecanismo lento y tardío (por aquello de ineficaz), sino constitucional y revestido de garantías de eficacia.

III. ELEMENTOS SURGEN DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN POPULAR EN RELACIÓN CON LA ACCIÓN ORDINARIA CONTRACTUAL EN LA DOCTRINA Y EN LA JURISPRUDENCIA.

De las acciones popular y contractual, se derivan parámetros para identificar el derecho colectivo y lograr su protección. Así, el juez constitucional ha evaluado diversos factores en los que deben apoyarse los actores que concurren en este tipo de procesos, los cuales van desde las condiciones de procedibilidad del ejercicio de la acción popular, para controvertir derechos colectivos con ocasión del contrato estatal y la actividad contractual; hasta los elementos propios del ejercicio de la acción contractual

Por otra parte, el derecho se ha venido apoyando en las teorías de la argumentación, para los casos difíciles, como instrumento que describe, prescribe y orienta la actuación del juez para obtener una solución racional a un problema jurídico, no como una respuesta matemática sino desde la obligatoriedad de incorporar un discurso más refinado y razonado. Todo ello con el fin de excluir la arbitrariedad judicial e incluir algún presupuesto de objetividad que evidencie un espectro de soluciones constitucionalmente posibles y establezca prioridades¹⁴¹

¹⁴¹ Ramírez Escudero, Daniel Sarmiento, El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo, Un análisis jurídico desde el Derecho Español, Universidad Externado de Colombia, Serie de Derecho Administrativo No. 3, Bogotá Junio de 2007, p. 2007. "La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo", en M Carbonell, Neoconstitucionalismo, Madrid, 2003.

La imprecisión de una regla jurídica, o para el caso, la textura abierta del derecho colectivo, moralidad administrativa, no significa que "... la idea de lo razonable remita pura y simplemente a la voluntad subjetiva del juzgador ... hay en todo caso una regla general, aplicable tanto al administrador como al juez: la necesidad de fundamentar toda decisión y de fundamentarla, precisamente, en Derecho y no en el deseo, en la voluntad, en el capricho, en las preferencias o en los gustos de quien las adopta...", razones dotadas de capacidad persuasiva¹⁴².

3.1. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL - Fase Inicial

La acción popular, haya su origen en el derecho romano, e incluso se ha establecido su presencia en el derecho griego donde fue reconocida dado que cualquier ciudadano miembro de la comunidad podía intervenir en pro de la polis, se subdividían dependiendo del lugar que ocupara el ciudadano, como magistrado o cuando controlaba la actividad del mismo. En el derecho romano, el antecedente más remoto, emerge de las comedias de Plauto, una de ellas, el Persa, se menciona a los cuadruplicadores, personajes dedicados a denunciar, por el pago del cuádruplo de la condena¹⁴³.

Dicho mecanismo procesal reconocido en el derecho romano e inglés encuentra su incorporación en nuestro Código Civil desde hace más de cien años, con diversos

¹⁴² Ibídem, pp. 28, cita a T.-R Fernández Rodríguez. De la arbitrariedad de la Administración, 3 edición, 1999, pp. 223

¹⁴³ Guayacan Ortíz, Juan Carlos, "Las acciones populares y las acciones colectivas: antigua experiencia jurídica", Memorias de las V Jornadas de derecho constitucional y administrativo, los procesos ante las jurisdicciones constitucional y de lo contencioso administrativo, 1a edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005 p. 395.

objetivos: en defensa del concebido no nacido, en contra de obras que contaminen el aire, en el caso de edificios que amenacen ruina, en defensa de bienes de uso público, por daño contingente en el caso del artículo 2359 del Código Civil, de protección del espacio público, entre otras¹⁴⁴.

Para la protección de los derechos colectivos, derechos humanos de tercera generación, el sistema constitucional colombiano ha dispuesto la acción popular, desarrollada en la Ley 472 de 1998, como la técnica de protección con un triple objetivo: (i) preventiva del daño contingente, su amparo cesa el peligro o amenaza, (ii) protectora y restitutoria, pretende cesar la vulneración del daño que se ha consumado, y (iii) restauradora e indemnizadora de derechos colectivos violados o amenazados de violación por la acción u omisión de las autoridades o de los particulares¹⁴⁵

Dentro del referido texto legal surgen otras características procesales, así: en cuanto a la legitimación en la causa por activa, el artículo 12 prevé la posibilidad de instaurar la acción popular directamente por la persona afectada, o por cualquier interesado a través de apoderado judicial que lo represente¹⁴⁶, sin que

¹⁴⁴ Londoño, Toro, Beatriz, "Eficacia de las acciones constitucionales en Defensa de los Derechos Colectivos", Centro Editorial, Universidad del Rosario, Bogotá, 1ª edición, agosto de 2003, pp. Precisa la autora, que en el derecho inglés, las acciones populares han recibido el nombre de acciones representativas, o de clase; en el Código Civil colombiano, los primeros artículos, que hacen referencia al mecanismo procesal con los artículos 993 y siguientes, referidos al desvío de aguas, contaminación o daño del medio ambiente.

¹⁴⁵ Henao, Juan Carlos, "¿Se defienden de la misma manera los derechos colectivos en derecho colombiano y en derecho francés?", IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 414.

¹⁴⁶ Londoño Toro, Beatriz, Acciones Populares de grupo y cumplimiento, Consejo Superior de la Judicatura, Plan Nacional de Formación y capacitación de la Rama Judicial 2007, Escuela Judicial, Rodrigo Lara Bonilla, pp. 51. Cita a Corte Constitucional, Sentencia C – 215 de 1999, M.P.: Marta

esté sujeta a un término de caducidad¹⁴⁷; y los artículos 15 y 16 de la Ley 472 de 1998 fijan los presupuestos sobre jurisdicción y competencia, la demanda a su vez debe reunir los requisitos fijados en los artículos 9 y 18 *ibídem*. Como nota característica la carga de la prueba corresponde al actor popular.

Igualmente, en el plano jurisprudencial se construyeron las notas características del derecho colectivo que emanan del ejercicio de dicha acción como medio para la protección de la moralidad administrativa en relación con los contratos estatales. Tales notas se originaron en una primera etapa jurisprudencial en donde se planteaban tesis contrarias surgidas de la mezcla de las acciones popular (constitucional) y contractual (ordinaria contenciosa administrativa) para resolver las controversias que podían presentarse con ocasión de un mismo contrato o proceso contractual.

Las conclusiones que generó tal debate contribuyeron a la consolidación de la acción popular y aportaron valiosos elementos que hoy permiten atribuir a los intervinientes o interesados en la materia, así como a los operadores judiciales, parámetros en la determinación y protección de este derecho en materia contractual.

En efecto, en dicha etapa de evolución, se presentaron dos tesis, a las que LUIS FELIPE BOTERO ARISTIZABAL¹⁴⁸, denomina restrictiva y garantista. La primera

Sáchica.

¹⁴⁷ *Ibídem*, pp. 54. Cita a Corte Constitucional Sentencia C- 215 de 1999, M.P.: Martha Sáchica.

¹⁴⁸ Botero Aristizabal, Luis Felipe, *Acción popular y nulidad de actos administrativos, protección de derechos colectivos*, 1ª edición Bogotá, Legis, 2004, pp. 139 a 145; ver también Tamayo Jaramillo, Javier, Raisbeck, Lara, Rodríguez y Rueda (Baker y Mckenzie), *Las acciones populares y de grupo en la Responsabilidad Civil*, 1 edición, Medellín, Editorial Dike, 2001, pp. 44 al 125

adoptó como punto de partida la Sentencia C – 088 de 2000¹⁴⁹ que declaró exequible el artículo 40 de la Ley 472 de 1998, que en su parte considerativa expresó que las acciones constitucionales no podían constituir un juicio de controversias contractuales toda vez que aquellas tenían definidas las reglas que les corresponden de conformidad con el estatuto contractual. Aún cuando la decisión jurisprudencial citada parte del reconocimiento del carácter principal y no subsidiario de la acción popular, propició que se agrupara la primera línea jurisprudencial en el Consejo de Estado¹⁵⁰ reconocida como restrictiva, que exceptuaba de su conocimiento del control el contrato, por tratarse de un tópico de la acción contractual y de conocimiento del juez natural.

La segunda tendencia jurisprudencial, adopta, como se menciona anteriormente, una posición garantista, entendiendo que es posible examinar la legalidad de un contrato estatal en orden a determinar si amenaza algún derecho colectivo; la acción popular resulta procedente, justamente, por su carácter principal y no subsidiario, por lo que resultaba viable analizar la legalidad de un contrato y proceder a suspenderlo o anularlo invocando las causales de nulidad reservadas para el ejercicio de la acción contractual, pero reconociendo que el traslado de las causales de nulidad absoluta de la Ley 80 de 1993 que venían siendo invocadas en acción contractual y no limitaban el ejercicio de la acción popular cuya legitimación, dada por el legislador, era otorgada a todo ciudadano, resolviendo el tema de la legitimidad de la acción¹⁵¹.

¹⁴⁹ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C- 088 del 2 de febrero de 2000, M.P.: Fabio Morón Díaz, Expediente 2469

¹⁵⁰ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, auto del 5 de Julio de 2001, Consejero Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda, Expediente AP- 068 de 2001.

¹⁵¹ Villamizar Schiller, Eddy Alexandra, ob cit., pp. 197 cita a Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2002, C.P. Ricardo Hoyos Duque, actor: Jesús Orlando Mejía, Radicación No. 52001-23-31-000-2000-1059-01 (AP-518)

Ésta fase garantista, no solo supera a la restrictiva sino que se amplía al interior del Consejo de Estado. La primera fase dejó de tener vigencia desde que asumió el conocimiento exclusivo la Sección Tercera del Consejo de Estado, sección que guarda coherencia en tanto reconoce el carácter principal y no subsidiario de la acción cuando se pretende la defensa de un derecho o interés colectivo y su violación surge con ocasión del ejercicio de la contratación estatal.

Ahora bien, la ampliación en tanto la existencia o no de la violación del derecho colectivo "moralidad administrativa" no depende de la ilegalidad del contrato, se ratifica que la potestad popular del juez conferida por este tipo de acción lo faculta para examinar la validez del contrato, ordenar suspender sus efectos o declarar su nulidad, siempre y cuando se corresponda con las causales de nulidad absoluta del contrato estatal, pues dichas causales pueden ser declaradas oficiosamente al tiempo que resulte más clara la eventual vulneración de un derecho o interés colectivo¹⁵².

Así pues, de los presupuestos básicos de la acción popular y del ejercicio inicial jurisprudencial que permite la diferenciación entre la acción popular y la acción contractual, se establecen parámetros con nuevos elementos tendientes a fijar medidas de identificación del derecho colectivo moralidad administrativa..

3.1.2. TENDENCIA A LIMITAR Y HACER DEPENDER EL DERECHO DE OTROS CONCEPTOS, PRINCIPIOS O DERECHOS COLECTIVOS

¹⁵² Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de octubre de 2005, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra, Expediente 20001-23-31-000-2001-0158-01 (AP)

La creciente evolución jurisprudencial enfocada hacia la búsqueda de parámetros para concretar, en cada caso, el derecho colectivo a la moralidad administrativa, ha propendido por la objetividad en el control. Los primeros esfuerzos han logrado desligar el derecho colectivo de la legalidad estricta, superando la simple noción de corrupción, y dándole un margen autónomo respecto de la legalidad.

Sin pronunciarse frente al tema de la no subsidiariedad de la acción popular, el juez constitucional adscrito a la jurisdicción contenciosa administrativa, se ha preocupado por dar una respuesta a los conflictos sobre éste derecho colectivo, encontrando las siguientes tendencias:

Las primeras sentencias, encuentran su punto de partida en la definición que sobre ella se hizo, en la sentencia del 6 de julio de dos mil uno 2001, Rad. AP-154 Actor: Fundación Biodiversidad, C.P. Dra. Ligia López Díaz, en la que se considera que el desarrollo conceptual del mismo es pretoriano, dado que la Ley 472 de 1998 no contiene una definición directa de los derechos mencionados.

Se vinculó el contenido del derecho a los principios del artículo 209 de la Constitución Política incluyendo la faceta de principio del propio derecho. Atada igualmente la moralidad administrativa al principio de legalidad al que están sometidos los funcionarios públicos, e incorporando como elemento adicional la definición dada en ponencia para primer debate del proyecto que se convirtió en la Ley 472 de 1998, como "el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo con la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propios del buen funcionario"¹⁵³.

¹⁵³ Reiteración Jurisprudencial, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero ponente: Juan Angel Palacio Hincapie, Noviembre 2 de 2001, Radicación número: 25000-23-25-000-2001-0054-01(AP-141)

Por su parte, la Sección Cuarta del Consejo del Estado, se apoyó en el criterio de la Corte Constitucional, en sentencia No. T – 503 de 1994, que delimita el tema de la moralidad administrativa a “el conjunto de principios, valores y virtudes fundamentales aceptados por la generalidad de los individuos, que deben informar permanentemente las actuaciones del Estado, a través de sus organismos y agentes, con el fin de lograr la convivencia de sus miembros, libre, digna y respetuosa, así como la realización de sus asociados tanto en el plano individual como en su ser o dimensión social”¹⁵⁴.

Más tarde, en el interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado, se edifican los primeros parámetros que ayudan a concretar el derecho en un caso concreto, al entender la relación entre la moralidad administrativa, legalidad, corrupción y los principios del derecho público. Con Ponencia del H. Consejero de Estado, Alíer Hernández¹⁵⁵, la sentencia presenta la siguiente propuesta metodológica:

La labor jurisprudencial, debe plantear en cada caso soluciones para concretar el derecho por ausencia de definición constitucional o legal.

No obstante, el derecho adquiere reconocimiento constitucional por lo que jurídicamente es susceptible de interferir, por medio de medidas, como mecanismo garante de la moral, la Constitución no resolvió la medida de tal interferencia.

En tal labor, no debe partirse de una concepción individualista de la moral que presenta los deberes sociales como si fuesen menos morales que aquellos que

¹⁵⁴ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero ponente: Delio Gómez Leyva, nueve (9) de febrero de dos mil uno (2001), Radicación número: AP-054

¹⁵⁵ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: **ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ**, Sentencia del 16 de febrero de 2001, Radicación número AP- 170

cada hombre tiene para consigo mismo.

La adopción jurídica de un fenómeno moral puede representarse, por medio de dos círculos secantes en donde deben identificarse las intersecciones. Así, sólo rigen en forma igual los preceptos morales y los jurídicos respecto de los elementos que les sean comunes.

Un parámetro de apoyo lo constituye la corrupción, pues su significado conecta uno de los extremos del derecho colectivo a la moralidad administrativa, "la idea de degradación, natural en un principio, y valorativa en un segundo término, de manera que, al menos desde esta última perspectiva, la corrupción está relacionada con el menoscabo de la integridad moral. La corrupción administrativa se ha convertido en una preocupación social que se refleja en la producción de normas que intentan contrarrestar sus efectos nocivos para el bien común"¹⁵⁶.

La corrupción no se reduce a una mera contradicción de la ley en el ejercicio de una función pública, sino que se trata de una "fenomenología de contracultura" que se filtra en la sociedad y que genera vicios en las relaciones entre los administradores y los administrados; la autoridad de la que ha sido investido un funcionario se deteriora cuando pretende obtener algo a cambio.

Las reglas sobre valoración y aplicación de la norma penal en blanco y la concreción de principios constitucionales. En efecto, para el caso de los principios no se puede partir "tentativa de definición conceptual", ya que se correrá el riesgo de quedarse en un nivel muy general en el que cada persona hubiera podido entender algo distinto.

¹⁵⁶ Ibídem

En materia de principios, la limitación del juez consiste en que para la realización de su capacidad normativa necesitan concreción, generalmente por medio de leyes.

La moralidad como principio constitucional, necesita de concreción, por su textura abierta, escapa de toda tentativa de definición conceptual, su significado no puede alcanzarse de manera inductiva, se realiza, mediante la aplicación de casos concretos, es decir, operan por reacción, por las reglas que los han desarrollado. La moralidad administrativa, contiene elementos cuya definición se deberían encontrar en otras disposiciones.

Como principio, el juez deberá estarse a lo que prescribe la norma remitida respecto del concepto no definido en aquella, razón por la cual es necesario verificar la idea básica del principio de moralidad administrativa ante la regla que rige el caso específico. En otras palabras, se deberá evaluar la reacción que obtenga el principio en la regla

El esquema argumentativo de acuerdo con lo anterior sería, determinar si hay una regla desconocida, y el beneficio del interés general al cual debe servir la administración; si la actuación o decisión pública se separa del texto normativo desconociendo los fines del mismo y con la pretensión de obtener algo a cambio. Si la actuación ilegal vicia la función, entonces la ilegalidad llevará consigo una inmensa carga de inmoralidad. En consecuencia, es necesario analizar si, en el caso concreto, se ha incurrido en una actuación ilegal que comprometa la moral administrativa.

Como se observa, se supedita la protección del derecho a la legalidad, aclarando que no toda ilegalidad implica violación al derecho colectivo a la moralidad. Solo

habrá violación en caso de que aquél que constituya, o bien un acto típico de corrupción, o que desconozca los fines de la función pública y desatienda el interés general sobre interés propio o personal del servidor público o de un tercero.

Ligar el derecho colectivo a la noción básica de corrupción, es retomado por otras secciones del Consejo de Estado, protegiendo la integridad moral. Tomado la corrupción no como una simple contradicción de la ley en el ejercicio de una función pública, sino haciendo referencia referida a aquellos comportamientos que vician las relaciones entre los administradores y los administrados¹⁵⁷. Comienzan así a identificarse las primeras sentencias que buscan dar autonomía al derecho respecto de la legalidad, pero aún lo hacen depender de ella.

Con posterioridad y siendo ponente el Honorable Consejero de Estado ALIER HERNANDEZ, El alto tribunal se aparta de la noción de norma penal en blanco, para considerar que la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, corresponde a las llamadas normas de textura abierta, debiéndose concretar y determinar su alcance de acuerdo a los hechos en cada caso en particular. No obstante, en este caso se generan dos nuevas subreglas jurisprudenciales:

No puede concebirse daño a la moralidad administrativa aislado de sus consecuencias, Esta, por regla general conlleva a afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público, libre competencia económica, seguridad pública o prevención de desastres técnicamente previsibles, entre otros.

¹⁵⁷ Colombia, Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, SECCION SEGUNDA - SUBSECCION A, Consejero ponente: ALBERTO ARANGO MANTILLA, Bogotá, D. C., treinta (30) de agosto de dos mil uno (2001), Radicación número: 63001-23-31-000-2000-1335-01(AP-179)

Al derecho colectivo moralidad administrativa, le debe seguir el método de la ponderación, mecanismo que se sigue para aplicar normas que no estén formuladas condicionalmente, el control judicial fundado en la exigencia de aplicación del método de la ponderación es un control de legalidad, y no de oportunidad, fundado en los fines impuestos por la ley a la administración.¹⁵⁸

La ponderación se estructura en tres fases: primero, identificar los principios (valores, derechos, intereses, etc.) en conflicto; segundo, atribuirse un peso o importancia conforme a las circunstancias del caso; y, tercero, decidir sobre la prevalencia de uno de ellos sobre el otro (o los otros). Así, el control judicial será de legalidad, y no de oportunidad, fundado en los fines impuestos por la ley a la administración¹⁵⁹.

Los fundamentos jurisprudenciales antepuestos, sirvieron de base para que en apoyo en el derecho colectivo al patrimonio público, del que deviene la vulneración a la moralidad administrativa, el Consejo de Estado ordenara la protección del mismo, sin que se sujetara a un parámetro normativo. En el caso concreto no aparece claro en que consistió la trasgresión a la moralidad administrativa, mezclando los elementos propios del reconocimiento de indemnizaciones en exceso de lo probado. Algunos de los aspectos en que la actuación fue calificada como violatoria del derecho colectivo, son:

“... se deduce una actuación irregular en la Conciliación llevada a cabo entre el Ministerio de Transporte y DRAGACOL S.A., porque se obró con desgreño, sin transparencia y de manera irresponsable y ávida, al solicitar y reconocer sumas

¹⁵⁸ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ, 17 de junio de 2001, radicación número: AP-166

¹⁵⁹ *Ibíd*em

que no eran procedentes, por lo cual se ampararán los derechos colectivos invocados...¹⁶⁰.

3.1.3. EL DESVÍO DE PODER Y LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA.

Con fundamento en la moralidad administrativa, así como en otros derechos colectivos, la jurisprudencia del Consejo de Estado, procedió a anular o suspender contratos estatales, aun cuando sobre los mismos supuestos de hecho obraba proceso contencioso por la vía ordinaria en ejercicio de la acción contractual, claro uno de los principales argumentos que surgieron en contra de tales decisiones, lo fue legitimación en la causa de la acción contractual.

En relación con la legitimación para demandar la nulidad de los contratos estatales, el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo la limitó a las partes o a sus causahabientes, al Ministerio Público y al tercero que acreditara un interés directo en el contrato, o bien puede ser declarada de oficio por el juez (art. 17 del decreto ley 2304 de 1989). Posteriormente, ley 80 de 1993 en su artículo 45 extendió la legitimación a "cualquier persona. El espectro popular de la acción contractual se limitó notablemente con la introducción del artículo 32 de la ley 446 de 1998, que modificó el artículo 87 del C.C.A., retornado al punto inicial al legitimar en la causa para demandar la nulidad absoluta del contrato a las partes, el Ministerio Público o cualquier tercero que acredite un interés directo en el mismo, o podrá ser declarada de oficio por el juez cuando esté plenamente

¹⁶⁰ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejera ponente: LIGIA LOPEZ DIAZ, Bogotá, D.C., 31 de mayo de 2002, Radicación número: AP-300

demostrada y siempre que en el proceso intervengan las partes o sus causahabientes.

Sin embargo, la acción popular legitima a cualquier persona para demandar la protección de un derecho colectivo, que derivara la actuación de una entidad de derecho público, y una actuación propia es el contrato estatal, por lo que la legitimación universal en las acciones populares se justificó porque el objeto directo de la pretensión de nulidad absoluta no está referida al contrato mismo sino a la protección del derecho colectivo vulnerado o amenazado con aquél, a su vez en estas acciones el litigio no es inter partes en defensa de derechos subjetivos. Como si ello fuera poco, las controversias que sobre derechos colectivos surgieran con ocasión de la actividad contractual, al invocarse en ejercicio de la acción popular, gozaban de un trámite preferencial (art. 6 ley 472 de 1998) y breve, ello con el objeto de asegurar en mejor medida la protección de tales derechos.

La Jurisprudencia del Consejo de Estado, encontró así la vía legal para amparar los derechos colectivos que encontró vulnerados, aun cuando se trataba de actividades involucradas con la contratación estatal. Ocupándonos del caso concreto del derecho colectivo, moralidad administrativa, y teniendo en cuenta que dentro de las causales de nulidad absoluta contenidas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, no se encuentra una que expresamente se refiera a la vulneración de los derechos colectivos, por lo que el juez popular las ha enmarcado en las de objeto ilícito y desviación de poder. Por su estrecha relación con la moralidad administrativa, es el desvío de poder causal por excelencia para demandar su protección.

La causal de anulación "desvío de poder", contiene en su núcleo rector el principio "interés general", y su vulneración configura una situación de abuso de poder que se estructura en aquellos eventos en que las actuaciones administrativas persiguen un fin diferente al fijado por el ordenamiento jurídico¹⁶¹. La desviación de poder pretende evitar que el servidor público anteponga sus intereses personales o los de un tercero al interés general esto es la protección de la orientación teleológica de la actividad administrativa que no se agota en enunciados silogísticos.

La jurisprudencia del Consejo de Estado la ha definido, y estructurado, como "... el hecho de que una autoridad administrativa, con la competencia suficiente para dictar un acto ajustado, en lo externo, a las ritualidades de forma, lo ejecutó, no en vista del fin para el cual se le ha investido de esa competencia, sino para otros distintos"¹⁶²

La doctrina de la desviación de poder contempla una situación en la cual la actuación administrativa (acto o contrato) ha observado todas las formalidades prescritas por la ley, en sus términos externos; pero al proferirlo los fines son distintos de aquellos para los cuales se confirió el poder, por ello implica. "... un estudio subjetivo... la acusación por este vicio requiere... un doble estudio del motivo: será necesario determinar primero cuál es el espíritu general de la ley atributiva de la competencia, cual fue la intención o el fin perseguido al otorgar a un funcionario determinado poder. Y en segundo lugar, habrá necesidad de estudiar cuál fue el fin perseguido por el agente al ejercer su poder"¹⁶³

¹⁶¹ Santofimio G., Jaime Orlando, Delitos de la celebración indebida de contratos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 95

¹⁶² Marín Hernández, Hugo Alberto, Discrecionalidad Administrativa, ob cit., p. 732. cita a Consejo de Estado, Sentencia del 16 de julio de 1943, Anales del Consejo de Estado, 1943, TII, No. 329-334

¹⁶³ *Ibidem*, cita a Consejo de Estado. Sentencia del 13 de septiembre de 1968, Anales del Consejo de Estado, 1968, t 75, segundo semestre, p. 290. Es también denominada causal de ilegalidad indirecta.

El desvío de poder es exigible igualmente en decisiones discrecionales, por "ilegalidad relativa al fin perseguido", como dice LAUBADÉRE: "Cuando el agente competente toma una decisión correcta en sí misma, pero en vista de otro fin distinto al previsto por la Ley cuando le señala competencia". Así mismo, halla nexo con la moral administrativa, como lo describe MAURICE HAURIOU, cuando precisa que el desvío de poder está constituido por hechos emanados de una autoridad administrativa, revestido de las formalidades legales, "... no violando la ley, usa su poder con un fin y por motivos distintos a aquellos en vista de los cuales se le confirió, es decir, con un fin y motivos no admitidos por la moral administrativa"¹⁶⁴

Las anteriores reseñas si bien hacen referencia al desvío de poder en actos administrativos son trasladables a la contratación estatal, no solo porque allí se profieren igualmente actos administrativos, sino como se dijo es causal autónoma que vicia de nulidad absoluta el contrato estatal, allí también el servidor público puede anteponer sus intereses personales o los de un tercero al interés general, el que a su vez es que causa de todos los actos que realiza la administración en materia contractual y a manera de ejemplo se materializa, en la planeación, proyección, ejecución, interventoría¹⁶⁵. A él se suman otros como la buena fe, de los agentes del Estado, que hace presumir la conducta de los servidores públicos o quien detenta el poder o función del Estado en procura efectiva del interés general y no los individuales, bien común y servicio público¹⁶⁶.

¹⁶⁴ *Ibíd*em, p. 734

¹⁶⁵ Expósito Vélez, Juan Carlos, *la Configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español, análisis de la selección de contratistas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp.542-545.

¹⁶⁶ Matallana Camacho, *Ob cit.*, p. 501, cita al Consejo de Estado, sentencia del 14 de septiembre de 1961: "... Lo que viola el acto proferido con desviación de poder es, en último análisis el

Al igual que el derecho colectivo a la moralidad administrativa, la causal de nulidad de actos y contratos denominada, desvío de poder afronta dificultades probatorias que encierra el concepto, por su naturaleza estrictamente subjetiva que subyace en la intención particular de quien detenta la potestad administrativa la potestad administrativa surgiendo variadas modalidades y motivos como son amistad, ideológicas, el beneficio de un tercero, por lo que dado que nuestro sistema no se rige por la tarifa legal en materia probatoria, y sumada la dificultad atrás anotada el Consejo de Estado ha venido reconociendo como medio de prueba aquellos que generen una convicción de la situación, como el indicio, regido en un marco de interpretación restrictiva, sin que sea el único medio de prueba admisible¹⁶⁷

Ahora bien, trasladados los anteriores argumentos en el ejercicio de la acción popular con el fin de proteger el derecho colectivo moralidad administrativa vulnerado con ocasión a la contratación estatal, se encuentra como precedente jurisprudencial sentencia del 19 de julio de 2002, (exp. AP-098), en la cual se alegó que el contrato que Ecosalud S.A celebró para la explotación de juegos de suerte y el azar (baloto), resultaba lesivo de los derechos a la moralidad administrativa, el patrimonio público y la libre competencia económica, por cuanto se había celebrado con desviación del poder, en tanto en él se convinieron servicios que no estaban autorizados por la ley y no se habían cumplido por el contratista las reglas para prestar los servicios allí encomendados, la sección quinta precisó ante la oposición de los demandados de que no era la acción popular la indicada para solicitar la nulidad del contrato, en efecto se dijo:

principio básico del Estado de derecho, según el cual el poder público no se justifica sino en función del servicio a la colectividad”

¹⁶⁷ Santofimio G, Delitos de la celebración indebida de contratos, ob cit., pp, 96-97

“... a través de la acción popular la única pretensión que puede proponerse es la de protección del derecho colectivo frente a la amenaza o vulneración de las autoridades o particulares, y es al juez a quien corresponde determinar si para efectos de proteger el derecho colectivo, se requiere declarar la nulidad total o parcial de un contrato estatal. En relación con la nulidad absoluta de contratos, el artículo 87 del C.C.A., en concordancia con el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, establece que el juez administrativo puede declararla de oficio siempre que la causal aparezca probada en el proceso y al mismo hayan concurrido las partes del contrato. La jurisprudencia de la Sala Plena y de la Sección Tercera de la Corporación coincide en aceptar que cualquier juez administrativo y no solo el de la acción contractual, puede declarar la nulidad absoluta de contrato siempre que se reúnan los requisitos exigidos en las normas citadas.¹⁶⁸”

Es decir, se debe presentar la violación al derecho colectivo el que al tiempo debe constituirse en causal de nulidad absoluta bien por desvío de poder, bien por objeto ilícito, no obstante, si se encontraba acreditada una violación de la ley que pudiera acarrear la nulidad del acto o contrato y la misma no concurre con una vulneración de la moral administrativa u otro derecho colectivo, el juez no podría declarar la nulidad referida, dado que la acción popular no tiene por objeto la nulidad de los actos o contratos sino la protección de los derechos colectivos.

En ese caso, la sección quinta del Consejo de Estado, anuló una estipulación de un contrato por vulnerar la moral administrativa al encontrar que la estipulación era contraria a valores que ella comprendía como igualdad, libertad y seguridad jurídica, al pactar sobre objeto no comprendido en la convocatoria que dio origen a la celebración del contrato, al contener una estipulación que obligaba a Ecosalud S.A. a comprar al contratista la actualización de software del Sistema y que, al

¹⁶⁸ Sentencia de 6 de septiembre de 1999 Sala Plena de lo Contencioso Administrativo S- 025 y de Sección Tercera de 7 de octubre de 1999, Expediente 12.387.

tiempo constituía una amenaza contra el patrimonio público. Estos derechos así lesionados hacían que el contrato se viciara de la causal de desviación de poder (artículo 44. 3 de la Ley 80 de 1993) que acarrea su nulidad, probada la causal y habiendo concurrido las partes contratantes al proceso, se ordenó la nulidad del referido clausulado.

No obstante lo anterior, se encuentra otro caso hacia el año 2002, en el que en un contrato estatal, se consideró vulnerado el derecho colectivo al patrimonio público y otros valores jurídicos pero no se estimó vulnerado el derecho colectivo a la moralidad administrativa, el caso correspondía a un contrato celebrado entre la Empresa Licorera de Nariño y el Consorcio Galeras, la parte pertinente de la providencia señala:

“Si al momento de celebrar el contrato la empresa desconoció las finalidades que buscaba, cuales eran sanear sus finanzas y recuperarse económicamente, ya que las condiciones del contrato no conducían a resultados adecuados frente a la crisis económica que aquella enfrentaba y sí, adicionalmente, el incentivo acordado a favor del contratista tampoco resultaba irrazonable, es evidente que un contrato celebrado en esas condiciones es una amenaza para el patrimonio público que es de todos y debe, por consiguiente, el juez de la acción popular impedir que siga produciendo sus efectos”.

En el presente caso, en principio se observa que se desecha la vulneración a la moralidad administrativa, a pesar que se afirma que el contrato desconoció las finalidades perseguidas como objeto de la contratación adelantada, nada se dijo respecto de sí las mismas resultaban contrarias al fin o interés público, para encontrar así el nexo con el derecho colectivo a la moralidad administrativa, a

pesar que la líneas argumentativas que enmarca la sentencia se identifican con lo expuesto hasta el momento en el presente trabajo, como son:

Características del derecho:

Como principio debe ser concretado en cada caso; deben deslindarse las valoraciones sobre conveniencia y oportunidad que corresponde realizar al lo debe perseguir con su actuación; en la práctica, la violación de este derecho colectivo implica la vulneración de otros derechos de la misma naturaleza.

Límite:

La determinación de lo que debe entenderse por moralidad no puede depender de la concepción subjetiva del juzgador sino que debe referirse a la finalidad que inspira la actuación tachada de inmoral de acuerdo con la ley.

Ha de considerarse como inmoral aquellas actuaciones que no respondan al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas a quien lo ejecuta. Se advierte, por tanto, una estrecha vinculación entre este principio y la desviación de poder.

Por lo que se evidencia que a pesar de seguir la misma línea argumentativa de análisis de protección a la moralidad administrativa, y a pesar de encontrarse probado que la finalidad por la que se inicio el proceso contractual fue desviada en a lo largo del mismo perdiendo dicho norte no se hubiera amparado el mismo, encontrando así que la textura abierta del derecho colectivo, debe exigir una línea unificada en el control, en dicho caso como se dijo se amparó el derecho colectivo al patrimonio público sin encontrar nexo alguno con la moralidad administrativa. Al detenernos en la lectura, pareciera que la providencia se centrara en el argumento

del actor popular y se desecha la protección por la forma en que éste lo argumento y que a la postre sus razonamientos carecieran de prueba:

“ ...No desvirtuó el demandante que las anteriores condiciones no las cumpliera la sociedad Electrodomésticos Metálicas Modernas que permitan concluir una desviación de poder por parte del comité evaluador. Por lo tanto, este cargo no prospera... tampoco precisó el demandante en que basaba su afirmación de que se dejó sin ninguna posibilidad a los licoristas del país quienes con su experiencia pudieron haber formulado propuestas realmente beneficiosas para los intereses del departamento de Nariño (...)

El actor se limitó a manifestar en la demanda que “el consorcio se formó precisamente para conseguir el contrato de comercialización... que todo estaba calculado para que esta firma improvisara contratar (sic) la exclusividad de los licores departamentales”, pero no precisó ni demostró las razones que impidieron que otras personas atendieran la invitación que les hizo la empresa licorera para presentar sus ofertas. Por el contrario, lo que se encuentra probado es que la convocatoria y la publicidad de la invitación fue ampliamente difundida, tal como acaba de destacarse...”

3.1.4. MORALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO, BÚSQUEDA DE UN CONCEPTO AUTÓNOMO DEL DERECHO COLECTIVO, Y, CONTROL DE MEDIOS Y FINES.

Como se dijo en la parte inicial, la sección tercera del Consejo de Estado, al asumir la competencia exclusiva sobre la acción popular en materia contractual, acaba con el problema del carácter principal de la acción popular cuando respecto del mismo se discuten controversias contractuales, y retoma los parámetros de

argumentación y análisis que debe tener en cuenta el Juez de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Así, uno de los parámetros que desliga el derecho colectivo de las consideraciones eminentemente subjetivas del juez en tanto su propio concepto de moralidad, surge de los postulados de la Corte Constitucional, sobre el derecho colectivo, al considerar que la 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.”¹⁶⁹

Igualmente, otro de los parámetros jurisprudenciales, llevó a limitar el derecho colectivo a la categoría de principio, como se dijo, y a que en su vulneración se lesionara otro derecho colectivo. Esta Situación queda expuesta en la sentencia del 22 de febrero de 2007, con ponencia de Alier Eduardo Hernández¹⁷⁰, en donde se consideró que la moralidad administrativa era un principio constitucional, al que se debían agregar otros factores, como lo es la función administrativa y los demás valores y principios generales proclamados por la Constitución.

También debía identificarse la institución jurídica comprometida y la medida en que la moralidad administrativa llenaba de contenido a dicha regla o precepto, es decir, en que medida contribuye en el caso la moralidad administrativa para definir el contenido de una institución jurídica, y al tiempo la lesión al derecho colectivo se identifica verificando la regla jurídica, que comprende el caso y su relación con la moralidad administrativa, en que medida resultó vulnerada.

¹⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-046 de 1994.

¹⁷⁰ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente, ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Sentencia del 22 de febrero de 2007, Radicación número: 41001-23-31-000-2004-00726-01(AP)

A tal retórica, estima el Consejo de Estado, debían identificarse otros derechos o principios legales y constitucionales. Reiterando una vez más, que no toda ilegalidad atenta contra el derecho colectivo, por lo que precisa que en todo caso debe probarse la mala fe de la administración. El anterior precedente jurisprudencial, encontró vulnerado el derecho colectivo al patrimonio público pero no a la moralidad administrativa, nuevamente por falta de prueba del supuesto de hecho planteado por el actor popular. Precisa la sentencia:

“Considera la Sala, en relación con la moralidad administrativa, que en el caso concreto no se demostró que la empresa de servicios públicos del Municipio de la Plata Huila, haya obrado de mala fe, pretendido apartarse de los fines e intereses del Estado o de los principios que deben regir la función administrativa, como tampoco que su intención, al celebrar el contrato No. 013 de 2003, haya sido la de beneficiar intereses particulares o de terceros, luego por este aspecto la demanda no habrá de prosperar...”

En relación con la vulneración al patrimonio público del mismo caso, expresó:

“Puestas estas ideas en el contexto de la protección a los derechos colectivos, la Sala estima que se atenta contra el patrimonio público cuando una empresa oficial invierte recursos contratando un objeto idéntico al que tiene asegurado mediante sus propias dependencias y funcionarios, en este caso, el servicio de control de gestión y resultados, el cual, por disposición constitucional -art. 267 CP-, se encuentra en cabeza de los órganos de control fiscal. Celebrar este tipo de contratos implica, por lo menos, una redundancia en el objeto, pues la actividad la realiza, por obligación legal y

con exclusividad -en palabras de la Corte Constitucional-, la contraloría respectiva.”

Como se observa, la vulneración de otros derechos colectivos o el desconocimiento de la normativa, no conlleva per se, la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa. Se concluye en esta sentencia que la clave determinante de su vulneración será la prueba del desvío de poder o la mala fe, cuando se encuentre vulneración de otro derecho colectivo o disposición legal.

Adicionalmente, la jurisprudencia identifica otros factores de concreción¹⁷¹. El primero de ellos reconoce la textura abierta de la norma, resaltando que su indeterminación no surge del aspecto interno subjetivo del juez, sino de los elementos teleológicos del Sistema: “Ha de considerarse como inmoral todo interés que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que busca con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta”¹⁷²

No obstante, y dado el carácter administrativo al que se liga el derecho, la reciente tendencia jurisprudencial ha calificado a la moralidad administrativa, como un concepto jurídico indeterminado¹⁷³, caracterizado porque carece de concreción normativa, amplio en el contenido de situaciones que lo comprenden, sin embargo, ello no implica un escape al control judicial, de ahí que se corresponda con la entidad que aquí estudiamos, en la medida en que el juez debe ejercer una labor de concreción y consulta de su núcleo.

¹⁷¹ Villamizar Eddy, Ob cit., cita a Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de enero de 2006, C.P. Ruth Stella Correa Palacios, Expediente, 25000-23-25-000-2003-02356-01 (AP)

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 05 de octubre de 2005, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, expediente 20001- 23- 31- 000-2001-01588-01(AP)

Pues bien, la ubicación de la moralidad administrativa, como concepto jurídico indeterminado, nos llevó a la búsqueda de otras sentencias que relacionaran el derecho colectivo a la moralidad administrativa como concepto jurídico indeterminado, labor en la que hallamos la sentencia "arquimédica" de la tercera fase jurisprudencial de fecha 30 de agosto de 2007, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, radicación 88001233100020040000901. La cual propende por dar autonomía conceptual y retomar los presupuestos jurisprudenciales anteriores, destacando los eventos en que es posible concretar la moralidad administrativa y el contenido del derecho:

En relación con su contenido:

La moral administrativa no incluye todo tipo de moral, pero sí protege la que está inmersa en el ejercicio de algunas funciones públicas. Es exigible de todos los órganos que ejercen actividades a cargo del Estado, excluyendo de esta acción, las autoridades jurisdiccionales y la legislativa.

La moralidad administrativa no es la subjetiva o particular, descartando las éticamente buenas o virtuosas que pertenecen al campo personal, religioso y social. (Para ello, la sentencia en cita, aborda desde la filosofía las diferencias entre moral individual y moral social, para nosotros el tema puede ser precisado desde la concepción ética de la moralidad pública como se explicó en el primer capítulo, pero en general, la tendencia es eliminar factores subjetivos e individuales en este tipo de juicios, para legitimar las decisiones, pero otorgando un contenido autónomo del derecho)

La moral administrativa puede verse reflejada en variedad de acciones y decisiones del Estado, no debe limitarse a un acto administrativo o contrato, controlables por

vía de legalidad, las puras actuaciones materiales también pueden amenazar o violar la moral administrativa.

Por la forma en que se materializa:

- Al interior de la norma positiva –la Constitución, la ley, y demás formas de presentarse la norma en el ordenamiento jurídico que desarrollan un precepto moral-; recalando la precisión jurisprudencial entre legalidad y moralidad como nociones no interdependientes en materia del control¹⁷⁴.
- En los principios generales del derecho y en los concretos de una materia¹⁷⁵.
- El tercer elemento, constituye ya no la reconstrucción de las líneas jurisprudenciales que tratan el tema, sino el nuevo criterio introducido para precisar este derecho colectivo, al señalar que “la moral administrativa también se halla por fuera de las normas, pero dentro del comportamiento que la sociedad califica como correcto y bueno desde la perspectiva constitucional administrativa para las instituciones públicas y sus funcionarios, en relación con la administración del Estado”, la que surge del sentido común ético a la luz de la moral exigible de quien administra la cosa pública¹⁷⁶.

¹⁷⁴ En este punto la Sentencia construye la línea jurisprudencial que desarrolla el tema moralidad y legalidad, citando las siguientes sentencias del Consejo de Estado: Sentencia de 4 de noviembre de 2004. Exp. AP-2305, Sentencia de 2 de junio de 2005. Exp. AP-720 y Sentencia del 24 de agosto de 2005. Exp. AP- 00601.

¹⁷⁵ Igualmente, en este aspecto cita las siguientes sentencias que tratan el punto, y que habíamos presentado en éste capítulo, Sentencia de junio de 2001 -exp. AP 166 de 2001; Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia proferida el 16 de febrero de 2001 exp. AP 170 y Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia de febrero 21 de 2007, exp. AP-0355-,

¹⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente, Enrique Gil Botero, Sentencia del 30 de agosto de 2007, radicación 88001233100020040000901

Tan importante criterio extensivo debe ser analizado con base en los principales argumentos que hacen parte del mismo. De este modo, el primer presupuesto surge de la denominación del derecho como "moralidad administrativa" y no "legalidad administrativa", entendiendo al mismo como un presupuesto axiológico que debe abordarse en forma similar al derecho a la igualdad, que no se agota en un presupuesto normativo.

En segundo lugar, encontró la jurisprudencia que las posibles alternativas de control de la moralidad implicaban la verificación de los "fines" de la acción administrativa y los "medios" empleados para obtenerlos, donde el juicio puede indicar que un mecanismo de actuación empleado, aunque legal, podría resultar inmoral.

Considera entonces el juez contencioso que se amplía el control a la moralidad bajo dos técnicas para reconducir las acciones administrativas hacia correctos modos de obrar. Así, el juez ha de verificar si el fin empleado es aceptable, y si los medios para alcanzarlos lo son igualmente, por ejemplo: "...un fin público inaceptable se realice por medios aceptables, o que un fin público aceptable se lleve a cabo por medios inadmisibles, desde el punto de vista moral". Todos estos aspectos de la acción requieren de un control y bastaría con que un elemento de la cadena de la realización de las acciones administrativas se rompa, para que la protección, a través de la acción popular, deba actuar¹⁷⁷.

Pero, si bien se indica por parte de la jurisprudencia la técnica del control, lo que no dice la sentencia es cuál es el núcleo central objeto de protección que contiene el derecho, pues el proveído solo se refiere a manera de ejemplo sobre lo que se puede considerar por lesión a la moralidad administrativa: "... la trampa, la astucia,

¹⁷⁷ Ibídem

el engaño político, la mentira, el desorden y otras formas de acción u omisión de tinte inmoral, que no siempre dan al traste con la legalidad material o formal de una actuación estatal, deben reconducirse a través de las acciones populares...¹⁷⁸.

No obstante lo anterior, establece un marco de análisis para el juez, como son los principios jurídicos y los valores del ordenamiento que delimitan a la administración pública lo que es correcto e incorrecto, siendo el margen que le determine al juez si vulnera la moralidad administrativa, afianzando los valores del sistema. Por ello, concluye que además de buscar la moralidad administrativa en la norma y en los principios, el juez debe buscar dentro del comportamiento que la sociedad califica como correcto y bueno para las instituciones públicas y sus funcionarios, lo que exige una ponderación superior, por vía del control medios y fines.

Varios reparos nos merece la sentencia en cita, en primer lugar, en el caso en concreto no hubo protección a la moralidad administrativa por carencia de prueba¹⁷⁹, por lo que sus argumentos no tuvieron concreción práctica en el supuesto de hecho que generó tan amplio esquema argumentativo; en segundo lugar, indica al juez que no puede valorar la moral desde su concepto individual sino que debe hallar la moralidad administrativa colectiva o social, sin que indique en que forma debe ubicar tal tipo de moralidad, en qué forma desentraña el juzgador la "escala de valores aceptada por los miembros de la comunidad" que "... adopte lo valores más altos posibles ..."¹⁸⁰, y al tiempo reconoce que entre moral social e individual existe una relación permanente. La única técnica que

¹⁷⁸ Ibídem

¹⁷⁹ Ibídem, indica el proveído: "no se logró establecer la realización de la práctica fraudulenta denominada triangulación de licores por parte de las empresas distribuidoras y comercializadoras de licores en el territorio insular"

¹⁸⁰ Ibídem

indica, para decantar el derecho colectivo "moralidad administrativa", es la de medios y fines, que haya supuestos similares al control judicial por vía de proporcionalidad.

3.1.5 MORALIDAD ADMINISTRATIVA LA TÉCNICA DEL CONTROL, ES DE MEDIO Y FINES, SIMILITUD Y DIFERENCIA CON EL CONTROL POR VÍA DE PROPORCIONALIDAD.

Como se describió en el punto anterior la propuesta de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en cuanto a la técnica del control al derecho colectivo < moralidad administrativa>, implica un análisis de medios y fines, aun cuando no remite obligatoriamente a los test de proporcionalidad, en la medida en que no se analiza la necesidad, adecuación y proporcionalidad, sino que debe el juez verificar que medio y fin sean ajustados a la moralidad, sin embargo, comparten algunos elementos base, así no se aplique el triple test.

La proporcionalidad viene a ser una valoración entre los fines que buscaba la autoridad y los medios empleados para tal efecto, acompañados de los test, en los que se enjuicia si la medida ha sido necesaria, adecuada y proporcionada, permitiendo al juez un control en el que puede identificarse si la medida es adecuada al fin perseguido, especialmente en el tema de potestades discrecionales. La máxima de la proporcionalidad gira en torno a la medida y un objetivo; es en relación con estos dos elementos, que se puede medir la proporcionalidad, de ahí que se diga que el "Principio es una medida en sí misma considerada"¹⁸¹

¹⁸¹ Ibídem pp. 136

Es a su vez principio jurídico con dos consecuencias determinantes: La ponderación como método de aplicación y la creación de reglas como resultado de aquélla, en el que ha de efectuarse un equilibrio entre los valores e intereses en conflicto, el control de la proporcionalidad igualmente se somete al método de la ponderación (no propuesto en la sentencia atrás citada), pero con distintas intensidades. Ahora bien, la otra consecuencia surge del resultado aplicativo del principio, ya que una vez concretado, el mandato indeterminado se torna en regla como resultado del proceso de ponderación¹⁸².

En derecho administrativo, el control de proporcionalidad adquiere especial relevancia en atención al papel que la potestad ejerce en el plano de lo público, unido al papel del Estado ejercido a partir del siglo XXI, en donde se unieron a la noción de poder los objetivos que lo justifican. Así, la proporcionalidad se torna teleológica, fijada por un fin, el interés general, fruto de la incorporación de derechos fundamentales y de tradiciones jurídico administrativas. La "objetividad" en el control judicial del acto se transformó hacia la intención¹⁸³.

Dicho control también incluye una fase subjetiva. Cuando el juicio gira en torno a la voluntad del órgano que dictó el acto, se presenta el denominado desvío de poder respecto del fin, allí el control judicial se ejerce respecto de la voluntad real de quien adoptó la decisión impugnada con el objetivo de analizarla y poder determinar el fin real de la misma, y establecer si corresponde los fines del poder público. El control Objetivo analiza el acto en su interior para determinar si constituye una decisión lesiva, ya sea por inadecuada, innecesaria o

¹⁸² Ramírez Escudero, Daniel Sarmiento, El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo, un análisis jurídico desde el Derecho Español, Serie de Derecho Administrativo 3, Universidad Externado de Colombia, pp. 23-25

¹⁸³ *Ibidem*, pp. 125-134

desproporcionada respecto de los fines tasados¹⁸⁴, responde al control de lo teleológico, analiza el fin real.

Otro factor determinante, en este tipo de control lo constituye el medio, el mismo se manifiesta en forma de acto, contrato, coacción o actividad técnica, y mostrará la incidencia de la actuación administrativa en el ciudadano (para nuestro caso en la esfera colectiva de los ciudadanos); en materia de proporcionalidad, se evalúa la conformidad entre el sacrificio y el fin perseguido. Para el caso la incidencia de la medida en la moralidad administrativa, la propuesta sería análisis del medio empleado y el real fin obtenido¹⁸⁵, respecto de la moralidad pública, esto es, del carácter que nuestras entidades públicas se han formado y que pudieron en uno caso y otro expropiarse.

A su vez, el control de proporcionalidad comparte una razón de ser común con el juicio vía acción popular sobre moralidad administrativa; ya que uno y otro son técnicas para la protección de derechos y no de reglas. En efecto, nuestra tradición jurídica administrativa continental, se cimentó sobre el binomio ley-derechos (sistema de reglas), mientras que el sistema anglosajón, con influencia de Locke, hace objeto de control el poder público y la ley en defensa de los derechos (sistema de derechos), concebido como previos a la constitución. Hay una diferencia radical entre uno y otro, en el sistema de reglas el poder legislativo emana directamente del soberano, en el de derechos este poder es derivado de una delegación no es originario, por ende la sacralización de la Ley se minimiza, y lo que permite su discusión cuando afecta los derechos.¹⁸⁶

¹⁸⁴ *Ibíd*em, pp. 139-140

¹⁸⁵ *Ibíd*em

¹⁸⁶ Ramírez Escudero, Daniel Sarmiento, El control de proporcionalidad de la actividad administrativa, Universidad Complutense de Madrid, tirant lo blanch, Valencia 2004, pp. 79-80

Lo anterior, resulta importante en nuestro trabajo por los aportes que nos suministra la proporcionalidad, como una forma de control respecto de los derechos y no respecto de la ley, pues los Tribunales efectúan controles teleológicos sobre la actuación de los poderes públicos, sobre la ley y sobre la afectación de los derechos, tal y como lo presenta RAMÍREZ ESCUDERO "Es decir, el control de la Ley y la conformidad de los hechos con ella, y un control sobre la incidencia en la esfera individual del ciudadano, tendente a tutelar espacios protegidos por el Derecho ... apela a la relación estricta entre medios jurídicos y fines tasados en la ley, al tiempo que emplea, como parámetro de escrutinio, la intensidad del daño sufrido ... Con todo el paradigma constitucional explica porqué el principio de proporcionalidad es una herramienta natural en el derecho público contemporáneo, pero así mismo justifica su necesidad inherente al ordenamiento"¹⁸⁷

3.1.6. FASE JURISPRUDENCIAL DE RETORNO A LOS CRITERIOS RESTRICITIVOS.

Un año después a la postura que propendió por otorgar un carácter autónomo a este derecho, se retorna nuevamente al criterio moralidad administrativa, unido a un principio del derecho administrativo positivizado o a una norma jurídica; la restricción, fue contenida fundamentalmente, en dos sentencias proferidas por el Consejo de Estado en su Sección Tercera¹⁸⁸, así:

¹⁸⁷ Ramírez Escudero, Daniel Sarmiento, ob cit., El control de proporcionalidad de la actividad administrativa, pp. 86-89

¹⁸⁸ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra, 21 de mayo de 2008, Radicación número: 54001-23-31-000-2004-01415-01(AP); y, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra, 21 de mayo de dos mil ocho 2008, Radicación número: 76001-23-31-000-2005-01423-01(AP)

importante de su estructura”; presentado bajo la forma de una disposición con un contenido moral.

Por tal razón, aduce la Honorable Sección Tercera del Consejo de Estado, la protección al derecho colectivo comprende un valor moral incorporado en una norma legal o en los valores y principios jurídicos que inspiran la actuación administrativa, para que sea susceptible de protección por esta vía. De allí que sostenga:

“Con anterioridad se ha dicho que la << moralidad >> integra al derecho, y que la << moralidad >> administrativa integra a los valores, principios y normas correspondientes, razón por la cual cuando se trate de una vulneración a la << moralidad >> administrativa como derecho colectivo debe evidenciarse en el proceso la violación de los dos contenidos, es decir, del contenido moral y del contenido jurídico de la norma, entendiéndose por la vulneración del primero, según el caso concreto, la mala fe, las irregularidades, el fraude a la ley, la corrupción, la desviación de poder, entre otras conductas que representan un desarrollo de conceptos morales, y que además están contempladas en el ordenamiento jurídico. En consecuencia, la Sala afirma que lo “correcto”, lo “bueno” y la “razón”, son determinantes a efectos de fijar los límites para la protección del derecho colectivo a la << moralidad >> administrativa, pero no como fuentes autónomas extranormativas, dado que tales conceptos deben hacer parte de los valores o principios constitucionales, o de las normas legales que se toman como elemento objetivo para definir la correspondiente amenaza o vulneración”.

Como se advierte, de los principales argumentos sintetizados en la sentencia, la moralidad administrativa, carece de un contenido autónomo, ya que siempre se desprenderá del texto de una norma, bien porque la disposición legal contenga un contexto moral o porque surja de un principio o valor reconocido legalmente y que resulte trasgredido con la actuación administrativa. La única opción en la que se pueda amparar el derecho sin referirse a una norma jurídica, sería porque constituya un acto de corrupción, sin que precise el contexto conceptual del mismo.

Las jurisprudencias en cita, encuentran aclaración de voto del Consejero de Estado, Dr. ENRIQUE GIL BOTERO, ponente de la sentencia que tiende por un contenido autónomo del derecho colectivo a la moralidad administrativa y que amplía así:

“Entonces, en mi criterio, el concepto de << moralidad >> administrativa debe desbordar los marcos que le han sido impuestos como limitante, para dar lugar a una interpretación que, sin caer en la arbitrariedad, ilegalidad o abuso de poder, permita al juez aplicar los principios y valores constitucionales a partir de un contenido ético y moral objetivos que se encuentran en la sociedad y tienen su justificación en el mismo ordenamiento jurídico, en la experiencia de lo razonable, en la ética colectiva y, principalmente, en el sentido común, sin que el juez se limite a estructuras única y exclusivamente legales o jurídicas para dar sentido al principio - derecho colectivo bajo análisis”.

Ahora, es necesario precisar cuales son los supuestos de hecho analizados en las sentencias y si hubo o no lugar al amparo:

a. Acción popular que recae sobre actuación contractual, no se logró obtener el amparo por falta de valor probatorio en copias.

Hacemos alusión a la sentencia Radicada 2004-01415-01(AP); el supuesto de hecho en ella contenido, consiste en que mediante actos administrativos (566, 714 y 1394 de 2001) se ordenó la terminación unilateral de los contratos (005 y 006 de 1994), sin embargo, el ente público los profiere y no reasume el control de los bienes entregados en arrendamiento con ocasión de tales contratos, ni ha prestado los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, sino que el contratista, a quien se le terminó unilateralmente el contrato continuó prestándolos sin la existencia de un contrato que respaldara tal situación.

Consideró el actor popular que el contratista continuó administrando y usufructuando bienes públicos sin que existiera título legal para ello, de donde emerge la vulneración a los derechos colectivos al patrimonio público y moralidad administrativa. No obstante, el proceso no obtiene una respuesta de fondo sino procesal, en la medida en que "La Sala considera que los documentos aportados al proceso para acreditar la existencia y el contenido de los actos administrativos (resoluciones 566, 714 y 1394 de 2001) no cumplen con lo ordenado por las normas para su valoración probatoria"¹⁸⁹.

b. Acción popular que solicita nulidad de actos administrativos.

Para el caso, el actor popular, solicita la nulidad de actos administrativos, que en su criterio se profirieron careciendo de competencia, encontrando el Consejo de Estado la sujeción de la administración al imperio jurídico, hecho en el que se

¹⁸⁹ Ibídem, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra, 21 de mayo de 2008, Radicación número: 54001-23-31-000-2004-01415-01(AP);

evidencia de parte del actor popular, una discusión sobre legalidad, más que sobre controversia de derechos colectivos invocados, uno de ellos moralidad administrativa.

3.2. LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL, PARÁMETROS QUE SURGEN DE LA DIFERENCIACIÓN ENTRE LA ACCIÓN POPULAR Y LA ACCIÓN CONTRACTUAL.

Apoyamos esta parte del trabajo, en la elaboración que con sustento en la teoría de la responsabilidad civil, efectuara, el Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, a propósito de su publicación denominada "A tal derecho lesionado, tal acción", para determinar la forma de selección entre las diversas acciones contenciosas administrativas, entendidas parte del autor, como aquellas en las que se demanda una entidad de derecho público es decir, tanto las ordinarias previstas en el Código Contencioso Administrativo, como las constitucionales, que se introdujeron en el sector, generando sendas discusiones sobre la posibilidad de enjuiciar a la administración pública por las dos vías, para el autor la controversia es aparente y puede solucionarse con una adecuada concepción del problema.

Pero el tema que se deriva del texto objeto de cita, no solo brinda elementos que ayudan en nuestro caso a diferenciar la acción popular de la acción contractual, sino que brinda presupuestos sobre la forma de reparación de los derechos colectivos que sirven de apoyo a este trabajo, al llenar de contenidos sustanciales y procesales, a este derecho que el autor califica de subjetivo.

El autor parte de la estructura de la responsabilidad civil y como para ser declarada, deben concurrir tres elementos: (i) el daño como lesión de un derecho exista, (ii) que el mismo se pueda imputar a persona diferente del lesionado, y, (iii)

que aquella tenga el deber de reparar; precisa que el derecho lesionado por el daño, la forma de proceder a su reparación o indemnización, constituyen la forma como se distinguen no solo las acciones contencioso administrativas, sino estas y las constitucionales en temas administrativos, reconociendo que la teoría de la responsabilidad civil, en su mayoría, no estudia las formas de reparación de daños colectivos, ni las formas de restablecer las situaciones alteradas en daños no consumados.¹⁹⁰

En su esquema, aun cuando reconoce la valiosa obra del doctrinante DE CUPIS, estima que contiene dos deficiencias que llevarían a la errada conclusión, que los aportes de la responsabilidad civil extracontractual no son aplicables en materia de derecho colectivo, hecho que el mismo autor supera en su documento. Estas dos deficiencias provienen de la noción de perjudicado, que para el derecho privado es “aquel que sufre un daño en su propio interés privado” y el daño a un interés público corresponde a un daño criminal que en consecuencia cae fuera del dominio de la responsabilidad civil¹⁹¹.

El segundo presupuesto, que el autor considera indebidamente concebido, tiene que ver con los daños tanto patrimoniales como extrapatrimoniales al admitir que los mismos solo se reparan siempre en forma pecuniaria. Aunado a lo anterior, se plantea la función preventiva de la teoría de la responsabilidad en forma muy limitada, dejando así, en principio, fuera de su contexto la acción de tutela y la acción popular; sin embargo considera que ello puede ser superado¹⁹². Al efecto, propone como definición de daño “aminoración patrimonial sufrida por la

¹⁹⁰ JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, A tal derecho, tal acción, V. Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Universidad Externado de Colombia. 2004; pp. 488.

¹⁹¹ *Ibíd*em pp. 489

¹⁹² *Ibíd*em pp. 491

víctima”¹⁹³ la concepción de patrimonio será determinante en su estudio y en consecuencia para nuestra propuesta.

El patrimonio, se compone de derechos de contenido de todo tipo no solo económicos como los no pecuniarios, individuales y colectivos, la definición parte de concebir al ser humano en todas sus características esenciales y no reducirlo al tema individual o económico, que solo constituye una de ellas. El hecho de considerar los derechos colectivos como insertos en el patrimonio, surge de estimar que el individuo tiene en su patrimonio “derechos de preponderancia individual y derechos de preponderancia colectiva”, la diferencia entre uno y otro, es que los primeros son apropiables, pero “todos predicables de su personalidad”¹⁹⁴

Esta concepción de los derechos colectivos es propia del sistema colombiano, y extraña en materia de derecho comparado. La naturaleza social del ser humano y su influencia en la democracia, constituyen dos factores para argumentar en pro de nuestro sistema que los derechos colectivos se consideren parte del patrimonio de cada individuo; por el contrario, refiere el autor que en derecho comparado la defensa de los intereses públicos corresponde al Estado. En todo caso, la diferencia en uno y otro sistema obedece a una decisión política, veamos el argumento del autor:

“Pueden haber tanto derechos que se reclamen políticamente, como derechos que también permiten la reclamación judicial. Ese es un debate de tipo político y constitucional sobre el cual ya se ha tomado partido en Colombia, donde es claro que las acciones populares han supuesto que el

¹⁹³ *Ibíd*em p. 491, ver también del mismo autor, *El daño, Análisis comparativo de la responsabilidad civil extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 84

¹⁹⁴ *Ibíd*em pp. 492-493

estamento político ha dado a todo ciudadano la posibilidad de participar en la protección y defensa de los derechos colectivos, ampliando la democracia participativa y de paso planteando de manera novedosa la separación de poderes”¹⁹⁵

Esta consideración sobre la esfera colectiva de los derechos subjetivos, supera la vieja noción que supone que quien defiende un derecho subjetivo lo hace asumiendo una posición egoísta e individualista, por el contrario los individuos titulares de derechos individuales y colectivos, que pueden reclamar la reparación de daños colectivos, la indemnización puede repercutir tanto en la esfera individual (si conlleva una apropiación de la misma) o redundará en la faceta colectiva del derecho (no hay apropiación).

Otro aspecto en la concepción de la responsabilidad, que plantea HENAO PÉREZ, consiste en creer que no hay reparación sin contenido económico, hecho éste que descalifica, toda vez que, existen obligaciones que se resuelven sin prestación pecuniaria y a su vez se puede indemnizar sin equivalente dinerario la lesión de derechos no pecuniarios. En efecto, en derecho administrativo existen obligaciones no susceptibles de ser convertidas en dinero, para ello cita el siguiente ejemplo:

“... en el fallo de la CIDH, en el caso <<niños de la calle>> (caso Villagrán Morales y otros vs Guatemala), sentencia del 26 de mayo de 2001, en donde se condenó al Estado a bautizar un colegio con el nombre de los niños asesinados y a colocar una placa en su nombre. No se ve por dónde dicha obligación tiene un tinte pecuniario, salvo si se llegare al absurdo de estimar que la plaza con el nombre a colocarse, tienen por esencia un valor de mercado. La pregunta entonces es simple: ¿tiene el estado la

¹⁹⁵ Ibídem pp. 494

<<obligación>> de colocar la placa y de dar un nombre exacto al colegio?"¹⁹⁶

Al concebir así los derechos y la forma reparación, permite al derecho administrativo donde no se juzga la conducta individual de un ciudadano sino el sometimiento de la administración al derecho, que las obligaciones estatales no sean simples aspiraciones, sino verdaderas obligaciones que tengan vías y caminos expeditos que las conviertan en realidad.

La reparación del daño, también merece aparte especial de análisis, al plantear varias posibilidades. La reconstrucción teórica, del autor parte de considerar que reparación y contraprestación económica no son conceptos equivalentes, ello desde el momento en que se aceptó que habían daños sobre derechos de naturaleza no pecuniaria. En Colombia es el legislador quien reconoce tal circunstancia, como se observa en forma clara del artículo 34 de la Ley 472 de 1998¹⁹⁷, de la acción de tutela cuando precisó la Constitución que la protección puede consistir en una orden de actuar o abstenerse de hacerlo, y, el artículo 170

¹⁹⁶ *Ibíd*em p. 495

¹⁹⁷ *Ibíd*em, cita a Colombia, Colombia, Congreso de la República, Ley 472 de 1998 "por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones", artículo 34: Artículo 34º.- *Sentencia*.. Vencido el término para alegar, el juez dispondrá de veinte (20) días para proferir sentencia La sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular podrá contener una orden de hacer o de no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo, cuando fuere físicamente posible. La orden de hacer o de no hacer definirá de manera precisa la conducta a cumplir con el fin de proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado y de prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a la pretensiones del demandante. Igualmente fijará el monto del incentivo para el actor popular.

del Código Contencioso Administrativo (en el caso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el "restablecimiento" faculta al juez para que una vez anulado el acto, estatuya nuevas disposiciones en reemplazo de las acusadas)¹⁹⁸.

La reparación del daño puede operar de diversas formas dependiendo de los derechos lesionados y las etapas de su lesión, esto es, si el daño se ha consumado, si está en ciernes, o, en ejecución. Para el caso de los derechos colectivos se plantea el daño no consumado (fase preventiva de la acción popular), en donde la indemnización consistirá en una orden de hacer o no hacer algo, no obstante puede caber una indemnización pecuniaria para restablecer el derecho colectivo, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, el que no debe entenderse como si pudieran incoarse pretensiones subjetivas individuales u obtener resarcimiento pecuniario a favor del actor popular por vía de ésta acción, ya que es precisamente éste es el elemento distintivo entre la acción popular y la de grupo¹⁹⁹

Las formas de reparación del daño como se dijo dependerán del estado en que se encuentre el daño al derecho colectivo, pero pueden ser in natura, subrogado pecuniario o supresión del daño. La reparación in natura es "la compensación del daño por una ventaja distinta de una suma de dinero"²⁰⁰ actúa sobre la sustancia del daño, y, la supresión del daño actúa sobre la causa del mismo "tiene por objeto hacer cesar la situación que causa el daño... y tiende a la salvaguarda futura del derecho o interés violado mediando la desaparición de la situación de hecho cuya persistencia causaría un nuevo daño..."²⁰¹.

¹⁹⁸ Ibídem

¹⁹⁹ Ibídem, p. 500

²⁰⁰ Ibídem, p. 501 cita a Marie-Eve Roujou de Boubée. *Essai sur la notion de reparation, Paris, LGDJ, B.D. Privé, t. XCCCV, 1974, p. 271*

Ahora la reparación tanto in natura como por supresión del daño, puede ser, conforme al autor, la injunction la que "toma la forma de una orden dada por un tribunal a una persona determinada donde le prohíbe hacer o continuar a hacer un cierto acto-prohibitory injunction-,o, le ordena hacer un cierto acto-madatory injunction-"²⁰²; es decir, pueden existir ordenes de hacer o no hacer para la compensación del derecho dañado, o las que sin suponer una compensación atiendan a suspender las causas que alteran el derecho, en uno y otro caso pueden revestir la forma de una obligación de hacer o no hacer²⁰³.

A modo de conclusión, la reparación por subrogado pecuniario, "...se trata es de trastocar el derecho lesionado en su equivalente pecuniario", in natura "compensa el derecho dañado por uno equivalente", y la supresión del daño "suprime las causas del daño", en los dos últimos casos pueden operar las injunctions. Las referidas formas reparatorias pueden operar simultáneamente en una misma acción, el límite a tal ejercicio, es la prohibición de doble indemnización²⁰⁴

Continuando con el esquema de análisis, son tres los elementos distintivos de las acciones: (i) el derecho objeto de reparación, (ii) destinatario de la misma, y, (iii) como se procede a la reparación. El derecho objeto de reparación, es determinante para establecer los sujetos que recibirán la indemnización. Aquí la clasificación de los derechos, supera las nociones de derechos reales y personales, constitucionales de primera, segunda y tercera generación, para dar cabida a los intereses individuales o colectivos adscritos al patrimonio de la persona humana²⁰⁵. La

²⁰¹ Ibídem, cita a LYDIE REISS. *Le juge et le préjudice. Étude comparée des droits français et anglais*, Presses Universitaire d'Aix-Marseille, 2003, p. 353

²⁰² Ibídem, cita a LYDIE REISS, pp. 347

²⁰³ Ibídem, p. 502

²⁰⁴ Ibídem, pp. 502-503

pregunta ante tal clasificación, es, quién tiene la titularidad de los mismos, y la respuesta dependerá de la concepción que elabore cada sistema jurídico.

Considera el autor que los derechos individuales, pecuniarios o no, son aquellos cuya disponibilidad o goce pertenecen al ser humano en su faceta individual, lo que implica que pueda apropiarse del mismo, disponerlo, usarlo; noción que como se observa, recoge no solo los derechos denominados patrimoniales, sino también los fundamentales. Los derechos colectivos, que en nuestro sistema se enuncian en el artículo 88 constitucional y por vía legislativa referidos en el artículo 4º de la Ley 472 de 1998, no están definidos, pero que con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional²⁰⁶, tienen por carácter común, la indivisibilidad del derecho como el principio de no exclusión en su uso, como determinantes para calificarlo como colectivo²⁰⁷.

De allí, que se concluya que un derecho colectivo:

“es aquel así definido por la norma jurídica, cuyo ejercicio compromete a toda la sociedad en tanto deriva de un bien indivisible y cuya defensa directa ante el juez, en caso de daño, supone la acción popular ...”²⁰⁸

²⁰⁵ Ibídem, pp. 504-505, cita a Juan Alfonso Santamaría Pastor, Principios de derecho administrativo, Vol2, Madrid, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, o. 404

²⁰⁶ Ibídem pp.506-507, cita a Corte Constitucional, Sala Plena, 8 de junio de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes (E), expediente D-4939

²⁰⁷ Ibídem, pp- 505

²⁰⁸ Ibídem, pp. 508-501.; aclara el autor que en relación con los derechos cuya demanda se presenta por vía de la acción de grupo, son derechos individuales, por tanto divisibles, pero que se ha ampliado su legitimación en caso de lesión, es un tema procesal y no sustancial frente a los derechos protegidos.

Ahora, ello no basta para determinar la selección de la acción, será a partir del restablecimiento del derecho, en efecto, si la sentencia restablece derechos de preponderancia individual y no colectivos. Ello presupone que la acción requiera legitimación en la causa, y el restablecimiento apropiación individual por el demandante, la acción será entonces de corte individualista, donde la petición es para sí. Por el contrario, si el restablecimiento no implica apropiación individual de la indemnización por el demandante, la acción será popular o de simple nulidad, por lo que "será a partir del derecho restablecido que se determinará, aun en esta hipótesis, si se trata de una acción en petición para sí o de una para el colectivo"²⁰⁹

Retomando lo expuesto, individuos son titulares de derechos individuales y colectivos, dependiendo de la forma en que se apropien o no de la indemnización o restablecimiento; la acción será de petición para sí o de petición para el colectivo. Estas últimas se distinguen en el sistema jurídico colombiano, porque al ser acciones públicas, la prestación que se genera para restablecer el daño pertenece al colectivo, y nunca será apropiable individualmente²¹⁰.

Así, por vía de acción popular, el derecho colectivo a la moralidad administrativa, su restablecimiento o reparación del daño procede a través de una injunción, puede ser in natura o por supresión del daño, redundará en beneficio del todo el colectivo y por supuesto no es apropiable individualmente por parte del actor popular.

²⁰⁹ Ibídem, p. 510

²¹⁰ Ibídem pp. 510-524

3.3. LÍMITES A LA REPARACIÓN DEL DAÑO COLECTIVO

Ahora bien, aun cuando se ha esbozado la estructura del derecho colectivo, su importancia, consagración legal y constitucional, y formas de reparación, surgen obvios interrogantes frente a los límites que puede encontrar el juez al proteger este derecho. Uno de ellos lo constituyen las repercusiones que pueden tener sobre los derechos individuales otro si hay lugar a la imposición de sanciones disciplinarias y penales por vía de acción popular.

3.3.1 LIMITES NORMATIVOS RESPECTO DE SANCIONES PENALES Y DISCIPLINARIAS.

En relación con la posibilidad de imponer sanciones disciplinarias o penales por vía de acción popular para restablecer el derecho colectivo a la moralidad administrativa, como sería sancionar directamente a quien haya incurrido en actos de corrupción pasibles de sanción disciplinaria o penal, por citar un ejemplo; el mismo encuentra en este trabajo una respuesta negativa, que se fundamenta, en la normatividad, en la jurisprudencia, y en lo ya expuesto a propósito de los parámetros que brinda el trabajo de filosofía de ADELA CORTINA.

En dicho trabajo, se analizó como las entidades públicas no se comportan en forma amoral, su comportamiento o es moral o es inmoral, pero no se puede afirmar que sea amoral, por lo que las mismas son sujetos de responsabilidad moral diferente de la que le asiste en forma individual de quienes conforman la organización. De igual forma, la acción popular como lo precisó JUAN CARLOS HEANO, es una acción contenciosa, en la medida en que se encuentra demandada una entidad de derecho público, por lo tanto, el juicio de acción popular aún para proteger el derecho colectivo a la moralidad administrativa, el legitimado en la

causa por pasiva es una persona jurídica de derecho público, y no respecto de las personas que la conforman, consideradas individualmente. Las ordenes que imparta el juez para su restablecimiento, deben dirigirse a la entidad para que ésta encause sus actuaciones por la vía de la moralidad administrativa.

Ahora, aún cuando bajo tal esquema se pudiera afirmar, en gracia de discusión, que una de tales medidas para lograr el restablecimiento del derecho colectivo, podría ser una sanción penal o disciplinaria, porque es claro que ésta debe procurar evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible, y una forma de evitar la vulneración a la moralidad administrativa, pudiera ser imponer una sanción penal o disciplinaria, la misma no corresponde a la esfera de la acción popular, por que la Ley ha diseñado otra vía jurídica para estas conductas (debido proceso), y al mismo haya ciertos límites propios de la normatividad, cuando el último inciso del artículo 43 de la Ley 472 de 1998 precisa "La acción popular no puede interferir las acciones disciplinarias o penales que para el caso procedan".

Sobre el mismo ya se efectuó pronunciamiento jurisprudencial,

"... Sin embargo frente a la responsabilidad particular de aquellas personas que fueron vinculadas al proceso, la Sala señala que ella será objeto de pronunciamiento en los respectivos procesos penales, fiscales y disciplinarios que contra ellas se adelantan.

Con el fin de procurar la protección efectiva de los derechos colectivos vulnerados, restituyendo la situación al estado anterior en que se encontraba previamente a la firma del Acuerdo que contiene las

irregularidades ya anotadas, la Sala estima pertinente hacer cesar los efectos de la actuación que está afectando el interés colectivo.

Por lo anterior, esta Corporación declarará sin efectos el Acta de Acuerdo Conciliatorio de fecha 6 de noviembre de 1998, suscrita entre el Ministerio de Transporte y DRAGACOL S.A. ante el Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Como consecuencia de ello, el Ministerio de Transporte debe abstenerse de seguir ejecutando los pagos pendientes, e iniciar las acciones tendientes a la recuperación de las sumas que fueron canceladas.

Adicionalmente y teniendo en cuenta que ya se hicieron efectivos pagos por valor de Diecisiete mil seiscientos millones de pesos (\$17.600.000.000.), originados en la conciliación mencionada, se ordenará a la Sociedad de Dragados y Construcciones de Colombia y del Caribe S. A. DRAGACOL S.A. que devuelva en su totalidad al Ministerio de Transporte las sumas que resultaron pagadas en exceso, de acuerdo con la determinación que, para efectos de esta acción, se realizará a continuación²¹¹.

Lo anterior sin perjuicio de lo previsto en la propia Ley 472 de 1998, artículo 40, al precisar que cuando se trate de sobrecostos o de otras irregularidades provenientes de la contratación, responderá patrimonialmente el representante legal del respectivo organismo o entidad contratante y contratista, en forma solidaria con quienes concurran al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso, disposición que conforme a jurisprudencia de la Corte Constitucional, consagra un régimen especial de solidaridad en materia de responsabilidad de tipo patrimonial²¹².

²¹¹ Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, ob cit., CONSEJO DE ESTADO, Consejera ponente: LIGIA LOPEZ DIAZ, 31 de mayo de dos mil dos 2002, Radicación número: 25000-23-24-000-1999-9001-01(AP-300)

3.5 LÍMITES RESPECTO DE DERECHOS INDIVIDUALES, CONFIANZA LEGÍTIMA Y APORTE JURISPRUDENCIAL EN MATERIA CONTRACTUAL.

Otra dificultad que afronta el tema de reparación del derecho colectivo, surge con ocasión de las repercusiones que puede tener la decisión sobre los derechos individuales, para nuestro objeto de estudio de quienes acuden a contratar con el Estado. Al respecto, existen casos identificados por la doctrina en que el legislador ha admitido que un derecho individual sólo se puede gozar en la medida en que esté conforme con la legalidad. Empero, la falta de pauta legislativa sobre este tipo de decisiones respecto de los derechos individuales, ya no fruto de vicios de ilegalidad, sino ante la protección de los derechos colectivos por vía de acción popular, ha generado serios cuestionamientos sobre la posición en la que quedan los derechos individuales en nuestro sistema, algunos consideran que la decisión judicial:

“... cada vez que hará de prevalecer un derecho colectivo sobre uno individual, dicha prevalencia no puede suponer el sacrificio sin compensación de los derechos individuales ... salvo que se establezca que el nacimiento del derecho individual es tan indigno que no puede ser objeto de protección jurídica...”²¹³.

Se considera entonces, el caso de surgir contradicción entre un derecho individual y colectivo, la salvaguarda del último respecto del primero no impide una justa reparación, argumento que encuentra precedente jurisprudencial por vía de acción

²¹² Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-088/00 del 2 de febrero de 2000, Exp. D-2469, M.P. Fabio Morón Díaz

²¹³ JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, Ob cit., p. 539

contractual cuando la causa de la anulación del acto o nulidad absoluta del contrato sea imputable exclusivamente a la entidad de derecho público demandada²¹⁴. Ello no es sólo por una ánimo de justicia, sino con fundamento en el principio de protección de la confianza, concreción del principio constitucional de seguridad ante la actividad estatal, siendo el derecho alemán, el punto de partida del principio de protección a la confianza, "Vertrauensschutz", se apoya a su vez en principios como buena fe e igualdad²¹⁵.

En su concepción básica, la seguridad jurídica soporta el principio de confianza legítima en la medida en que el ciudadano debe conocer su situación jurídica y saber a qué atenerse cuando se relaciona con los diferentes poderes públicos, el cual se logra a través de una serie de principios contenidos en el texto constitucional, entre ellos el de legalidad. La certeza frente a una situación jurídica, se divide en dos: (i) ex ante, posibilidad de interpretación y conocimiento del derecho, y, (ii) ex post, garantía de estabilidad del resultado de dicho proceso. La protección de la confianza legítima constituye así una manifestación de la seguridad jurídica, al otorgar al ciudadano certeza y garantía frente al ejercicio de sus derechos²¹⁶.

²¹⁴ Ibídem p. 537. Cita a Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera 12 de octubre de 2000, M.P.: Giraldo Gómez, expediente 13097 "*... cuando se celebró el contrato demandado se fue contra una prohibición legal vigente para ese momento, antes transcrita, y por consiguiente se incurrió en causal de nulidad absoluta, que conduce a su aniquilamiento (...) como el hecho causante de la invalidez del contrato, que dará lugar a su nulidad, proviene de negligencia imputable a la administración demandada hay lugar a que restituya al demandante (...) el valor de los gastos en que incurrió*"

²¹⁵ Javier García Luengo, El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo, Civitas, 2002, p. 37

²¹⁶ Ibídem, pp. 192-194

Otro principio constitucional en el que se apoya la protección a la confianza legítima es, buena fe, el que a diferencia de nuestro sistema no se encuentra elevado a norma constitucional, y concebido como un valor moral susceptible de protección jurídica, así: "sometimiento de la conducta de un operador jurídico a un standard socialmente establecido. La buena fe es aquí modelo de conducta"²¹⁷, el principio de confianza legítima sustentado a su vez en el principio de buena fe ha sido reconocido en varias sentencias por nuestra Corte Constitucional, al considerar que la administración no puede defraudar la confianza respecto de quienes a ella acuden sometiéndose a sus reglas, menos pueden ver desconocidos sus derechos adquiridos, con justo título y buena fe, por lo que la "garantía de la confianza legítima implícita en el principio constitucional de la buena fe"²¹⁸

Sin embargo, el principio de confianza legítima no procede cuando la afectación de sus derechos se produce cuando se genera con ocasión a la responsabilidad del mismo ciudadano; tampoco puede entenderse la confianza legítima como un rigor técnico, esto es, en los casos en los que la administración desborda su actuación del derecho, y no de simple legalidad, pues lo que se protege es un interés público concreto.

La doctrina foránea ha reconocido la aplicación del principio respecto de actos y contratos administrativos, éstos últimos cuando son objeto de revisión en sede administrativa, bien para modificarlos o terminarlos unilateralmente, dicha revisión debe enmarcarse vía ponderación entre las exigencias de la protección de la confianza y las derivadas de la protección de la legalidad (o sometimiento al derecho, para el caso de protección al derecho colectivo a la moralidad administrativa). Hay lugar, entonces al amparo de la confianza legítima en la

²¹⁷ *Ibidem*, pp. 124-125

²¹⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sentencias T-559 de 2000, T-1241/01, T-559/00

medida en que los contratos estatales son contratos de adhesión, en tanto el contratista no colabora en la determinación del régimen jurídico de los mismos. Aquí el límite para demandar la protección del principio es el siguiente:

“... habrá de considerar con especial atención, a la hora de determinar la procedencia de la aplicación del principio de protección de la confianza en el caso concreto, la posibilidad de que el contratante privado conociese la ilegalidad del convenio o la desconociese interviniendo grave negligencia...”²¹⁹

En efecto, el propio legislador fijó una carga en cabeza de los particulares que contratan con el Estado²²⁰, por lo que sí proceden unos límites a la protección de la confianza legítima. Cuando la justicia, por vía de acción popular y como mecanismo de reparación del daño colectivo, ordena la nulidad de un acto o contrato, evidencia si hay o no lugar a la misma, para lo cual puede tener en cuenta los límites que este tipo de amparo se han desarrollado en la doctrina foránea, conocidas como circunstancias de exclusión de la protección de la confianza, agrupadas en tres, pero que corresponden a la producción de la afectación de los derechos del ciudadano fruto de su “esfera de responsabilidad”²²¹.

²¹⁹ Javier García Luengo, ob cit., pp. 196-209 y 344-345

²²⁰ Colombia, Congreso de la República, Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. ARTÍCULO 3o. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

²²¹ Javier García Luengo, ob cit., p. 360

Tal margen de responsabilidad, ha sido identificado en tres situaciones diversas sin afirmar que sean las únicas, ellas son: (i) cuando el destinatario ha obtenido el acto o contrato, con dolo, fraude, intimidación o cohecho, para nuestro caso cuando ha obtenido el acto o contrato fruto de actuaciones del destinatario que constituyen vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativo; (ii) cuando el destinatario del acto o contrato, ha brindado informaciones incompletas a la administración, y, (iii) el destinatario del acto conoce la ilegalidad del acto (para nuestro caso, conoce la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa) o si no la conocía era consecuencia de una manifestación de negligencia²²².

Nos detenemos en éste último punto que puede resultar de vital importancia, la seguridad jurídica generada por el comportamiento de la administración encuentra su límite cuando el ciudadano actúa con conocimiento de la ilegalidad (argumentación que puede trasladarse para el caso de estudio, esto es, cuando del acto o contrato estatal surge la vulneración de la moralidad administrativa) Amparar la protección de confianza no tiene lugar porque el amparo protege “la creencia de la legalidad de la conducta normativa”, para nuestro caso, la creencia de la conducta estatal sujeta a la moralidad administrativa; Igualmente, el aspecto que llama nuestra atención, es aquél en el que se deberá valorar cuál es el nivel de diligencia debida del ciudadano cuando el acto o contrato pueda vulnerar el derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Al respecto la doctrina mayoritaria en Alemania, respecto de la negligencia que le asista al contratista o destinatario del acto, por el conocimiento que pudo tener de la ilegalidad del mismo; propone que tal evaluación debe efectuarse en cada caso

²²² *Ibidem*, p. 377

atendiendo el grado formación, la actividad profesional y el contenido del acto o contrato²²³.

En el plano jurisprudencial, la protección del contratista, cuando hay lugar a la declaratoria de nulidad de contrato estatal por vulnerar un derecho colectivo, cuenta con un interesante pronunciamiento jurisprudencial en el Consejo de Estado hacia el año 2007²²⁴, donde se plantea que el amparo de los derechos individuales, encuentra dos reglas diferentes en materia contractual, dependiendo de si el contrato se rige por el derecho privado o el derecho público.

Para los contratos que se rigen por la ley 80 de 1993, opera el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, el cual señala que el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en un contrato nulo por objeto o causa ilícita, tienen lugar cuando se pruebe que la entidad estatal se ha beneficiado. Así, se condiciona el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas en beneficio del Estado y solamente hasta el monto del mismo, únicamente cuando las partes no hubiesen celebrado un contrato con objeto o causa ilícitos a sabiendas²²⁵.

Si el contrato se rige por las reglas del derecho privado, el artículo 1741 del Código Civil precisa que las causas de nulidad absolutas son: objeto ilícito, causa ilícita y la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a su naturaleza. Ahora, en cuanto los efectos de esa sanción, y a diferencia de las previsiones de la Ley 80 de 1993, el

²²³ *Ibíd*em

²²⁴ Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente, Alíer Eduardo Hernández Enríquez, Sentencia del 22 de febrero de 2007, radicado: 2004-00726-01(AP)

²²⁵ *Ibíd*em cita a Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de noviembre de 2004, con radicación No. 25.560.

artículo 1525 del Código Civil dispone que: "Acción de repetición por objeto o causa ilícita. No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas". Por lo anterior, si el contrato se rige por la Ley 80 de 1993, habrá lugar a restituir aquella suma con la que se haya beneficiado la administración, y si el contrato se rige por el derecho privado, habrá lugar a restituir la suma dada o pagada, en uno y otro caso, siempre que la causal de nulidad, no se haya producido a sabiendas del contratista.

IV. PRESUPUESTOS Y PROPUESTA METODOLÓGICA:

4.1. APORTES QUE EMERGEN DE LA RELACIÓN MORAL Y DERECHO:

4.1.1. De las posiciones teóricas que surgieron respecto de la relación entre moral y derecho, aun cuando se partió de las opuestas tradiciones básicas, positivistas y iusnaturalistas, ésta se ha venido matizando con el paso del tiempo, llegando a puntos comunes.

4.1.2. La cuestión es si el derecho se encuentra nutrido de moralidad social, al respecto NINO propone tres facetas, la primera se presenta cuando se pretende definir el derecho allí se cuestiona si para ello es o no necesario acudir a parámetros morales, la segunda se presenta al determinar la validez de una norma puede acudirse a criterios morales y la tercera surge con ocasión de la labor interpretativa cuando se acude a parámetros morales, en estas tres perspectivas se encontró que en las dos últimas se ha aceptado la incursión de presupuestos morales para resolver las dificultades que enfrenta la labor jurídica, allí se encuentran valiosos elementos para quienes pretenden identificar la vulneración al derecho colectivo "moralidad administrativa".

4.1.3. En efecto, del vínculo derecho y moral en la labor interpretativa, surgen varios aspectos en los que la legalidad se torna insuficiente para dar respuesta a los problemas que debe resolver el derecho, el primero expuesto en el capítulo uno surge al verificar la comprobación fáctica de los hechos, cuando en el proceso de adecuación de la norma a los hechos puede seleccionarse una norma equivocada a hechos reales o una norma correcta la norma a hechos que no corresponden a la realidad, allí la propia subjetividad del juez o administrador público en la valoración

de la prueba, forma su creencia o convicción, en la que entre otros puede intervenir criterios morales.

Otro factor en el que pueden presentarse criterios morales, emerge de la indeterminación de las expresiones jurídicas, bien por descuidada redacción del legislador, su falta de previsión, otras determinadas de manera intencional como garantía de salvaguardia de un compromiso político y finalmente en forma deliberada se utiliza un lenguaje general para que los tribunales concreten los supuestos particulares.

A su vez la labor de interpretación, debe superar la naturaleza del lenguaje donde indeterminación es un factor <<inerradicable>>, allí el derecho no es ajeno a la moral y en su estructura permite la inclusión de contenidos morales, para optar por decisiones que se constituyan en legítimas. Es en ese contexto, como se dijo en los dos últimos aspectos, que se abordaron algunas de las principales tesis de iusnaturalistas y positivistas para identificar los contenidos morales del derecho o como incluir premisas morales en la labor jurídica.

4.1.4. Las nociones de bien común, en Santo Tomas y utilidad general en Austin constituyen presupuestos morales para calificar de justa una ley.

4.1.5. En Alexy como se dijo, la relación moral y derecho se hace evidente en aquellos casos en el que sistema jurídico se presenta como injusto y en los casos difíciles, allí el derecho debe plantear una pretensión de corrección, donde para la selección de la premisa jurídica que de solución al caso, en ALEXY se llega a través de un método que es la argumentación de premisas morales, para BULGYN la lógica permite seleccionar la premisa más justa o conveniente.

4.1.6. En Dworkin los principios que contienen la medida valorativa que le permite adoptar la decisión jurídica los que resultan moralmente razonables al suministrar límites o restricciones a lo que puede considerarse jurídico. Es decir los principios en el derecho contienen una dimensión moral y completan el sistema de reglas. Dworkin relaciona la moral en el derecho con los principios, por su parte, HART no es ajeno a recibir los contenidos morales en un sistema jurídico como se refirió en aquellos casos en que el derecho ha incorporado en sí mismo criterios morales para identificación del derecho, reconociendo también a los principios.

4.1.7. Los principios, reconocidos como la conexión necesaria entre el derecho y alguna moral, a los que se acude para fundar una decisión adquiere el carácter de argumentos morales.

4.1.8. Kant designó las leyes "natural-moral-jurídicas", como medidas morales para el derecho y sus normas, son entre otras las de justicia, paz, libertad y seguridad, como un interés de corrección del derecho a la que se suman los derechos humanos reconocidos.

Entonces desde la teoría jurídica, se identifican como parámetros de moralidad, la inclusión de principios, derecho humanos, o las ideas de justicia, paz, libertad y seguridad.

Tenemos entonces que la doctrina ha aceptado que una conexión entre derecho y moral, la discusión se centra en torno a si la misma es necesaria o si es contingente, no obstante han reconocido los valores y principios del derecho como medidas morales a las que se suman, los derechos humanos. En todo caso, los iusnaturalistas, ven como la pretensión de corrección jurídica debe orientarse por el ideal de justicia.

4.1.9. PARÁMETRO PARA CONCRETAR LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA :

Por ello el primer trabajo del actor popular, es identificar sin lugar a dudas la norma jurídica y los principios jurídicos involucrados, evidenciar su grado de indeterminación, o a su vez el supuesto de hecho y las diferentes premisas por las cuales debe optar la administración pública al resolver y si al hacerlo vulneró o no moralidad administrativa; ahora aun cuando la administración pudo sujetarse a los estrictos parámetros jurídicos, debe identificar si a pesar de ello se comprometieron los principios jurídicos de carácter moral como los enunciados.

4.2. APORTES DE LA RELACIÓN MORAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO

4.2.1. La debilidad del principio de legalidad, en su concepción clásica, bajo la forma supuesto de hecho y consecuencia jurídica que funciona a través de la subsunción silogística, le asisten los principales problemas hermenéuticos evidenciados en el primer capítulo.

4.2.2. No obstante toda la estructura administrativa no se corresponde con el clásico principio de legalidad, ya que el sistema administrativo ha incorporado las denominadas potestades discrecionales y conceptos jurídicos indeterminados, ello ante la innegable realidad, el derecho no puede prever en cada supuesto normativo la solución a los problemas sociales.

4.2.3. Las potestades discrecionales y conceptos jurídicos indeterminados, son verdaderos componentes valorativos, donde la administración no adopta decisiones de simple legalidad sino que se apoya en contenidos valorativos una

verdadera politización o moralización del derecho, pero que tiene en su estructura una técnica particular de identificación y de control.

4.2.4. La potestad discrecional, puede identificarse cuando la norma no anticipa el resultado la toma de decisión pertinente corresponderá al juicio de la administración pública, conjuga tres elementos (i) el interés público, (ii) su falta de determinación precisa en la norma que regula la actuación administrativa, y (iii) el margen de apreciación de dicho interés que corresponde a la administración teniendo como derrotero el interés general.

Uno de los criterios distintivos de una actividad administrativa reglada, de una discrecional, es la determinación de interés público la que es precisa en la primera y, entonces la administración carece de potestad de valoración, en función de la oportunidad de actuar o no hacerlo. Si la determinación fuera imprecisa la Administración tendrá la potestad de valorar si actúa o no y si lo hace en determinado sentido, tiene así una facultad de apreciación del interés público con el fin de decidir la conveniencia o no de la acción administrativa, la potestad será discrecional.

Allí se incluirán criterios no estrictamente jurídicos, que pueden ser políticos, técnicos o de mera oportunidad o conveniencia, claro respetando en nuestro sistema la moralidad administrativa; observando siempre el interés general, corresponde a un patrón ético, por su condición de principio y por las connotaciones que sobre expuestas por VICTORIA CAMPS.

Al detenernos en la potestad discrecional, debe diferenciarse ésta de la imprecisión legal, toda vez que no es fruto de la imprevisión de legislador o laguna, la discrecionalidad administrativa supone una libertad de actuación autorizada por la

Ley. No es tampoco ausencia de legalidad, el núcleo de la discrecionalidad lo constituyen los motivos de conveniencia u oportunidad, ello no supone autorizar una elección entre opciones todas igualmente válidas, ya que no todas las soluciones tienen el mismo valor para la satisfacción del interés público, la libertad de elección no implica arbitrariedad, y ahí radica una de las técnicas del control judicial de ésta clase de potestades.

El control en la potestad discrecional deviene tanto de los aspectos reglados que persisten en este tipo de facultades como los límites sobre la ponderación y valoración de la misma en su aspecto ponderativo se ve reflejada "en forma negativa" por aquellas opciones por las que de ninguna manera podría optar la administración pública, que reiteramos en nuestro sistema mira tanto el interés general como la moralidad administrativa.

4.2.5. Ahora, los conceptos jurídicos indeterminados, como son utilidad pública, urgencia, buena fe, falta de probidad, etc., definen un preciso supuesto legal otorgando cierta capacidad de apreciación interpretativa, respecto del supuesto de hecho, comprende un conjunto de situaciones sustantivamente diversas creado para permitir soluciones que se avengan a las circunstancias y avances tecnológicos por lo que el control judicial debe analizar los diversos supuestos de hecho potencialmente encuadrables en el concepto.

4.2.6 Las facultades discrecionales y los conceptos jurídicos indeterminados pueden fundirse, como es el caso del principio de derecho público, "interés general".

4.2.7 De las particularidades anotadas se observa que la técnica de las potestades discrecionales y los conceptos jurídicos indeterminados es cercana a la relación

expuesta por la teoría jurídica moral y derecho, en la medida en que la actuación de la administración no obedece a estrictos criterios positivizados, observando valores extrajurídicos entre ellos interés general y moralidad, el que al ser inserto en nuestro sistema como principio y derecho colectivo, es igualmente límite de las facultades discrecionales y los conceptos jurídicos indeterminados.

4.2.8 El interés general como principio de la ética administrativa, elemento teleológico de la administración es un concepto dinámico se adapta a las necesidades circunstanciales, aun cuando carece de definición, es impreciso y debe buscarse en cada caso concreto, inspira e interpreta la actuación administrativa y se constituye en la norma angular del control judicial al poder público; es tal su carácter que se considera que a través de él se llega a los restantes principios de la ética administrativa surge como sustituto de la noción bien común, aludido por Tomás de Aquino en la primera parte de éste trabajo, en la relación moral y derecho.

La ética pública otorga unos presupuestos para identificar este principio, a través de una resultante del ordenamiento de prioridades reales a través del proceso sociopolítico, que responde al poder agregado de sectores influyentes, por lo que para determinarlo se hace evidente tener que elegir y preferir, optar por unos valores y sacrificar otros, en donde la ética interfiere para priorizarlos y establecer jerarquías entre ellos a fin de señalar cuáles merecen ser atendidos primero. No se reduce a la mera agregación intereses organizados, es algo a largo plazo a diferencia de los intereses de los ciudadanos particulares de las corporaciones o de la clase política que son inmediatos. Para ello entran a sopesarse valores jurídicos como la igualdad, la libertad, protección de la naturaleza, no sujetos a ningún particularismo nacional, ético, ideológico²²⁶.

²²⁶ Ibídem

Fíjese que similares dificultades afronta el derecho colectivo a la moralidad, cuando de concretarlo se trata, puede decirse que también es dinámico se adapta a las necesidades circunstanciales, aun cuando carece de definición, es impreciso y debe buscarse en cada caso concreto, pero nuestro ejercicio lo que pretende es identificar unos parámetros que hemos venido esbozando, al que ha de sumarse la contribución que desde la filosofía aporta al núcleo central del mismo y que deviene de la ética pública.

4.2.9 Debe tenerse en cuenta el restante decálogo de principios del derecho administrativo, como son legalidad, prevalencia del interés general, responsabilidad, prevalencia y respeto a los derechos fundamentales, división de poderes y control a la actividad pública, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

4.2.10 PARÁMETRO:

En este escaño, el actor popular deberá identificar el tipo de potestad, si es reglada, discrecional, concepto jurídico indeterminado, o si mezcla las tres. Una actuación puede observar legalidad formal, pero vulnerar moralidad administrativa, por vulneración de alguno de los principios de la ética administrativa, o por constituir una desviación de poder. Si es una potestad discrecional, deberá analizar si atendió o al interés general o si vulnera la moralidad administrativa (autonomía en la toma de la decisión); ahora si es un concepto jurídico indeterminado deberá verificar el conjunto de situaciones sustantivamente diversas identificando los diversos supuestos de hecho potencialmente encuadrables en el concepto, y si al optar por alguna alternativa lo hizo vulnerado moralidad administrativa.

4.3. APORTES QUE EMERGEN DE LA INCLUSIÓN DEL DERECHO COLECTIVO Y PRINCIPIO, MORALIDAD ADMINISTRATIVA

4.3.1. Sin retrotraernos a la normativa expuesta, la moralidad como principio, es medio de interpretación y límite del ejercicio del poder público, ha sostenido la Corte Constitucional que la moralidad constitucional de la función pública hace referencia al comportamiento del servidor público que respetuoso de las formalidades y finalidades del bloque de legalidad y de los parámetros que se avienen a los principios, valores y normas de nuestro ordenamiento jurídico.

4.3.2. Como derecho colectivo enunciado en el artículo 88 de la Constitución Política, se encuentra identificado como derecho humano de tercera generación, en permanente renovación y que no corresponden a catálogos cerrados, derecho que trascienden al individuo, su fundamento se encuentra en la solidaridad por lo que su desconocimiento genera un perjuicio público, pero su protección conlleva la garantía del interés individual.

Como derecho colectivo, la técnica de protección implica la posibilidad a cada persona de participar a través de una herramienta procesal, la acción popular, la titularidad, no surge con ocasión a una lesión individual, ya que la afectación o el daño recae en todos.

4.3.3. PARÁMETRO:

La moralidad administrativa, es un derecho humano, cuenta con su propio instrumento procesal real que permite proporcionarle eficacia práctica, la acción popular; le pertenecen a cualquier ciudadano, quien podrá invocar su amparo cuando su pretensión sea la garantía del interés colectivo, ni la Ley 478 de 1998, ni la Constitución política definieron o prefijaron lo que debía entenderse por

moralidad administrativa, de allí que goce de una textura abierta el derecho colectivo en el rango constitucional.

A lo anterior súmese el carácter de principio, por lo que requiere construir en forma argumentativa su concreción en cada supuesto de hecho, aun cuando se considera que rige el principio *iura novit curia*, es importante que el actor popular tenga en cuenta los factores de concreción del principio porque si bien se libera de la carga de argumentativamente identificar en su discurso jurídico la moralidad administrativa, el actor popular lleva la carga de la prueba y resulta obvio que no podría probar lo que no ha podido concretar.

4.4. APORTES QUE SURGEN DE LA RELACIÓN CORRUPCIÓN Y CONTRATACIÓN ESTATAL

4.4.1. En materia de contratación estatal, la moralidad administrativa se ha ligado en forma histórica al principio de interés general y las normas que desarrollan la materia, éstas han ido desde la pretensión de regular hasta la más mínima actuación para pasar a una normatividad flexible, y retornar nuevamente a la regulación extensiva.

4.4.2. Se encontró que las deficiencias normativas, para el caso del decreto 222 de 1983 que se reducen a la proliferación de normas la que llevó a la corrupción, la que también obedecía a la falta de criterios objetivos para seleccionar al contratista, y los excesivos controles.

4.4.3. La Ley 80 de 1993, que también pretendió ser un freno a la corrupción buscó ser una normatividad de principios contractuales, mezcla del derecho privado, autonomía de voluntad, con la presencia imprescindible y superior del

interés general y de él los derivados de la función pública, creando un contexto de mayor libertad para adaptar a la administración a las exigencias de la eficacia.

4.4.4. La normativa también buscaba otorgar a los particulares que participaban con el Estado seguridad jurídica, que desarrollara confianza en la inversión privada, sin embargo la respuesta al problema de la corrupción tampoco se encontró en la reforma de la Ley 80 de 1993.

4.4.5. La razón por la cual la inclusión de principios se consideró como freno a la corrupción nos obliga a detenernos, en su desarrollo y las herramientas que se desarrollaron en la lucha contra el fenómeno. Se define la corrupción, como una erosión de la virtud ciudadana y por ende de la capacidad de reconocer el bien común, ya no reducida entonces a la simple ilicitud o desconocimiento del ordenamiento jurídico positivo sino una corrupción que "hace las reglas", como se dijo a propósito de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción.

4.4.6. La respuesta a la corrupción ha sido entonces la estructuración valores en cada estado, unos contenidos en el texto constitucional y otros que son dados por el legislador. La Constitución, incorporó principios como equidad, mérito, igualdad, eficiencia y transparencia en la gestión.

Los principios inmersos en la contratación decálogo de valores de los que se ha ido apropiando la administración, son los generales de la función administrativa como legalidad, interés público, igualdad del que se deriva de oportunidad e igualdad ante los beneficios y cargas públicas; seguridad jurídica que en la materia se traducen en que los participantes en estos procesos contractuales les asiste el derecho a que la Administración cumpla su deber de establecer criterios de

adjudicación, precisos, y claros para que se consiga la finalidad perseguida con ellos.

Del texto constitucional se derivan otros como buena fe y equidad, eficacia, celeridad, imparcialidad, contradicción, responsabilidad y el ya referido principio de moralidad administrativa que, en el desarrollo doctrinal se haya referido a normas sobre inhabilidades e incompatibilidades, pero también de autolimitación de la discrecionalidad sobre la base criterios de valoración de forma expresa y motivada para adjudicar la oferta más conveniente a los intereses públicos.

4.4.7. La ley 80 de 1993, positivizó los principios de transparencia (actuaciones alejadas de favoritismo) que se hace realidad en los procedimientos de selección y mecanismos de publicidad de la actuación; economía, responsabilidad de servidores públicos, oferentes y contratistas, selección objetiva, planeación y ecuación contractual.

4.4.8. Ahora bien, en materia de contratación estatal surge la pregunta si selección objetiva es principio o regla, diferencia importante de abordar, de acuerdo con ROBERT ALEXY, son mandatos de optimización, los que pueden ser cumplidos en diferentes grados de acuerdo con las posibilidades, por el contrario las reglas, simplemente pueden o no ser cumplidas, es decir, contienen lo que fáctica y jurídicamente es posible hacer.

La doctrina y la jurisprudencia han sosteniendo el doble carácter del presupuesto la selección objetiva como es deber regla, otros como JUAN CARLOS EXPÓSITO VELEZ consideran que es deber ya que de tratarse de un simple principio, no sería una obligación sino que debería realizarse en la mayor medida de lo posible. Ello resulta importante para nuestro trabajo, ya que al incluir el derecho colectivo a la

moralidad administrativa le otorga un carácter prevalente a los principios de la contratación estatal los que cuentan con un mecanismo procesal a través del cual se logra la protección de los mismos.

4.4.9. Los principios así incorporados son el decálogo que han de observar en las actuaciones los participantes del proceso, sin embargo la Ley 80 fue objeto de modificación al considerarla propensa a factores de corrupción, tema de debate; ya por un lado se sostuvo que la normativa había caído en el defecto de generar una remisión constante a los reglamentos, acomodando la legislación a los intereses de cada gobierno, otros por el contrario sostienen que la contratación estatal, so pretexto de protección a la corrupción, ha venido siendo objeto de inestabilidad normativa e inseguridad jurídica que concluyo, en la ley 1150 de 2007 “colcha de retazos normativa” por utilizar la expresión de SANTOFIMIO.

4.4.10 PARÁMETRO:

El fenómeno de la corrupción ha superado el esquema de simple ilegalidad, o como popularmente se conoce, prebendas o sobornos, para dar paso a nociones que abarcan la creación de reglas para favorecer determinados sectores y excluir a otros, la respuesta no es la sanción de servidores públicos y contratistas, sino la incorporación de una escala de valores que debe ser observada en los procesos contractuales, dichos principios surgen del texto constitucional como son los propios del derecho administrativo y la función pública, y los recogidos en la Ley 80 de 1993 modificada por la Ley 1150 de 2007.

Quienes intervienen en el proceso de la acción popular para la defensa a la moralidad administrativa, pueden identificar y concretar este derecho colectivo por dos vías, la positiva identificando el principio contractual que resultó afectado, y la

negativa, identificando un acto propio de corrupción, donde puede igualmente encontrar dos vías, la corrupción entendida en el sentido tradicional de violación a la ley, o la corrupción como maquinaria que manipula el poder público en la creación de reglas que favorecen a unos pocos, aun cuando no vulnere la norma.

4.5. EL APORTE DESDE LA PERSPECTIVA DE LA FILOSOFÍA, LA ÉTICA COMO FUENTE DE PARÁMETROS OBJETIVOS PARA CONCRETAR EL DERECHO COLECTIVO.

4.5.1. Claro las primeras reacciones, al tema ética y moralidad en el derecho, lo constituyen el riesgo que ellos generan por la pluralidad de puntos de vista ideológicos, convicciones privadas y confesiones religiosas; la acelerada evolución sociocultural y, la constante modificación de objetivos económicos, políticos y sociales, por eso quisimos encontrar en la filosofía a través de diferenciaciones básicas, un punto de partida objetivo.

4.5.2. Es así como nos obligamos a referirnos **a la ética, ésta se cuestiona acerca del elemento cualitativo** que permite determinar qué hace una acción moralmente buena, por eso se ocupa de conceptos como moral, bien, deber, obligación y consentimiento, ella no pretende "ideologizar" convicciones sino proponer enunciados que tengan una validez objetiva.

4.5.3. Para ello, capta desde estructura cognitiva modelos de conducta y actitudes básicas de orden moral, proporciona patrones críticos para el enjuiciamiento de la praxis en general, descifra el ámbito de la acción moral y lo hace accesible al conocimiento humano, desde una perspectiva general y los reconstruye en forma abstracta, con independencia del contenido; no dice lo que es bueno sino como se

llega a considerar algo moral, de allí que desde el principio de la tesis no pretendiéramos conceptualizar la moralidad administrativa sino encontrar parámetros que pudieran apoyar la labor de concreción del derecho en un caso concreto.

Entonces, si la ética, no formula juicios morales a partir de juicios individuales, sino que analiza la forma como llegan a formarse los juicios morales, resulta importante descubrir desde la ética pública, la propuesta filosófica en ADELA CORTINA a partir de la cual propone parámetros para identificar la moralidad administrativa.

4.5.4. Debe aclararse siempre y aun a manera de conclusión que la relación entre ética y moral, son etimológicamente iguales significa tanto buena costumbre como carácter; si hay una diferencia que no es exacta amplia o determinante, el término se refiere a la investigación filosófica del conjunto de problemas relacionados con la moral o filosofía moral.

4.5.5. Ahora sí vamos plantear los factores objetivos de la moralidad pública en ADELA CORTINA que permiten concretar en un supuesto de hecho la moralidad administrativa. Pues bien, es exigible una moralidad administrativa, y hace parte de los presupuestos del Estado de Derecho que se cimienta en la Libertad institucionalizada de elegir, por lo que si no hay buenas opciones no se es en verdad libre, convirtiéndose así el Estado de Derecho, en un pacto de esclavos, ya que se realiza con quienes no tienen con qué negociar; cuando hay ausencia de moralidad pública, la cosa pública termina siendo apropiada por solidaridades grupales excluyentes que pertenecen a diferentes sectores de la sociedad, económicas y políticas, de periodistas y de jueces, de sindicatos y de académicos, de narcotraficantes y de terroristas, de paramilitares y de gobiernos, estos podrán negociar a través intercambio de favores o prebendas.

4.5.6. En ausencia de moralidad administrativa se origina el pacto secreto que defiende intereses del grupo, así las buenas opciones para elegir pertenecerán a estos grupos, y quienes no tengan con qué negociar serán entonces los esclavos, reflejo de la corrupción, ya que sino se tiene para el intercambios de honores o favores, harán parte entonces del pacto social de esclavos, y no de un pacto social de un Estado de Derecho, esto es, de quien tiene la opción de elegir con libertad.

4.5.7. Ligada entonces la necesidad de protección de la moralidad pública en un Estado de Derecho, es necesario fijar un marco de comprensión de éste valor, la tratadista parte de las bases etimológicas de ética y moral, y es ahí donde encontramos, que el derecho colectivo a la moralidad administrativa, encuentra no se reduce a la norma o principios constitucionales y legales a los que restrictivamente se ha venido sujetando este derecho.

4.5.8. Desde lo etimológico, los dos términos se refieren al modo de ser o carácter que las personas van forjándose durante su vida, implica un proceso de apropiación de posibilidades, y el éxito del proceso es poder decidir desde ella misma con propiedad, factor positivo de la moralidad administrativa, esto es, el conjunto de valores que las entidades públicas han ido incorporando, como se vio son los principios del derecho pero no son los únicos, ya que las entidades públicas adquieren dependiendo de sus propias finalidades otros valores estatales que pueden ser objeto de protección. A su vez la faceta negativa, de la moralidad pública implica dejarse expropiar, la renuncia a la autonomía, la ausencia de libertad que implica la injerencia de intereses externos en la toma de la decisiones, para el caso, contractuales.

4.5.9. Los entes públicos a su vez, tiene una dimensión moral, respondiendo a la pregunta ¿puede una persona jurídica comportarse en forma moral?, no pueden comportarse, de forma amoral, sino que están altas de moral o desmoralizadas. Por lo que es posible demandar la responsabilidad moral no solo de las personas naturales sino también las personas jurídicas, públicas o privadas, porque éstas también se van apropiando de sus posibilidades, de allí que se diga que la faceta negativa de la moral administrativa surge cuanto la toma de decisiones de una organización surge porque se expropió su autonomía y se produjeron en su decisión pactos secretos excluyentes, los repartos de poder, el intercambio de favores, la venta de prebendas o en la producción rápida del máximo beneficio.

4.5.10 Así pues, la protección del derecho colectivo a la moralidad pública no está dado sólo por el desvío en los principios, sino por el desvío en la autonomía de la entidad pública cuando obra por factores externos ajenos a intereses personalistas que lo llevan a expropiarse.

4.5. 11. LA ÉTICA PÚBLICA, PARÁMETRO OBJETIVO:

El actor popular, las partes, y juez, pueden tener como parámetro objetivo, para concretar el derecho colectivo a la moralidad administrativa, los aportes que de la misma arroja la ética pública, ya que ella mira en forma abstracta las diferentes características de la moral.

En este trabajo, nos apoyamos en los factores expuestos sobre moralidad administrativa, propuestos por ADELA CORTINA, en su texto "Hasta un pueblo de los demonios", al desentrañar desde el origen etimológico, de ética y moral, la razón de ser de este derecho colectivo, protege la autonomía en la toma de las decisiones de las entidades públicas, así como el sistema de valores inserto por el

derecho, los principios. Al considerarse el carácter como núcleo de la moralidad, se puede colegir que se vulnera el derecho cuando la actividad administrativa expropia su carácter y razón de ser.

Otro aporte, los constituye el hecho de considera a los entes públicos como responsables directos de vulneración a la moralidad, en la medida en que, aun cuando sean personas jurídicas, éstas no se comportan “mas allá del bien y del mal”, o es moral o inmoral, pero no amoral; por lo que la lógica nos conduce a precisar que en efecto como entidad puede ser llamada en juicio de acción popular, y no el servidor público para quien existen otras vías jurídicas.

4.6. PARAMETROS QUE SURGEN DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN POPULAR EN RELACIÓN CON LA ACCIÓN ORDINARIA CONTRACTUAL EN LA JURISPRUDENCIA.

4.6.1. El derecho colectivo a la moralidad administrativa, es un derechos humano de tercera generación, al que el sistema constitucional colombiano ha dispuesto como mecanismo procesal de protección la acción popular, desarrollada en la Ley 472 de 1998, con un triple objetivo: (i) preventiva del daño contingente, su amparo cesa el peligro o amenaza, (ii) protectora y restitutoria, pretende cesar la vulneración del daño que se ha consumado, y (iii) restauradora e indemnizadora de derechos colectivos violados o amenazados de violación por la acción u omisión de las autoridades o de los particulares.

4.6.2. La legitimación en la causa por activa de conformidad con el artículo 12 corresponde a cualquier interesado que debe actuar por intermedio de apoderado judicial, no está sujeta a un término de caducidad; y la carga de la prueba corresponde al actor popular.

4.6.3. Ha de reconocerse que el desarrollo conceptual del mismo es pretoriano, dado que la Ley 472 de 1998 no contiene una definición directa de los derechos mencionados. Por lo que es necesario evidenciar las posiciones jurisprudenciales sobre el particular.

4.6.4. La Corte Constitucional, en sentencia No. T – 503 de 1994, que delimita el tema de la moralidad administrativa a el conjunto de principios, valores y virtudes fundamentales aceptados por la generalidad de los individuos, que deben informar permanentemente las actuaciones del Estado.

4.6.5. Considera la jurisprudencia del Consejo de Estado como parámetros que ayudan a concretar el derecho en un caso concreto, la legalidad, corrupción y los principios del derecho público, siempre y cuando no se parte de una concepción individualista de la moral.

4.6.6. La ilegalidad implicará violación al derecho colectivo a la moralidad, sólo en caso de que aquél que constituya, o bien un acto típico de corrupción, o que desconozca los fines de la función pública y desatienda el interés general sobre interés propio o personal del servidor público o de un tercero.

4.6.7. La noción de corrupción ha sido eje central en la jurisprudencia para identificar la vulneración del derecho que hace referencia a aquellos comportamientos que vician las relaciones entre los administradores y los administrados.

4.6.8 Otra forma de concreción del daño a la moralidad administrativa surge de la afeción a otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público,

libre competencia económica, seguridad pública o prevención de desastres técnicamente previsibles, entre otros.

4.6.9 Reconoce igualmente la jurisprudencia que la moralidad administrativa corresponde con el carácter de concepto jurídico indeterminado, caracterizado porque ausencia de concreción normativa y amplio en el contenido de situaciones que lo comprenden.

4.6.10. En cuanto a las tendencias jurisprudenciales sobre concreción de este derecho se encuentran, al interior del Consejo de Estado dos posturas que proponen otras alternativas para identificar la vulneración a la moralidad administrativa en un caso concreto.

4.6.11 Tesis del año 2007, ponencia del Consejero de Estado, dr. RODRIGO ESCOBAR GIL:

- Debe desligarse el derecho colectivo de las consideraciones eminentemente subjetivas del juez en tanto no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos sino que debe identificarse el comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad, que es pulcritud y honestidad. Sumando a él que el obrar de mala fe, lesiona moralidad administrativa.

- Los elementos teleológicos del sistema son determinantes, será inmoral todo interés que no responda al interés de la colectividad y fines.
- En relación con su contenido: a) La moral administrativa no incluye todo tipo de moral, pero sí protege la que está inmersa en el ejercicio de algunas

funciones públicas. Es exigible de todos los órganos que ejercen actividades a cargo del Estado, excluyendo de esta acción, las autoridades jurisdiccionales y la legislativa; b) La moral administrativa puede verse reflejada en variedad de acciones y decisiones del Estado, no debe limitarse a un acto administrativo o contrato.

- Por la forma en que se materializa: a) Al interior de la norma positiva –la Constitución, la ley, y demás formas de presentarse la norma en el ordenamiento jurídico que desarrollan un precepto moral; b) en los principios generales del derecho y en los concretos de una materia; c) La moral administrativa también se halla por fuera de las normas, pero dentro del comportamiento que la sociedad califica como correcto y bueno desde la perspectiva constitucional administrativa para las instituciones públicas y sus funcionarios, en relación con la administración del Estado.
- Las posibles alternativas de control de la moralidad implicaban la verificación de los “fines” de la acción administrativa y los “medios” empleados para obtenerlos, donde el juicio puede indicar que un mecanismo de actuación empleado, aunque legal, podría resultar inmoral.
- Algunos supuestos de hecho, sobre lo que se puede considerar por lesión a la moralidad administrativa, serían: la trampa, la astucia, el engaño político, la mentira, el desorden

4.6.12. El control de medios y de fines, se nutre de la técnica de control constitucional de proporcionalidad, aun cuando no remite obligatoriamente a los test de proporcionalidad, en la medida en que no se analiza la necesidad,

adecuación y proporcionalidad, sino que debe el juez verificar que medio y fin sean ajustados a la moralidad.

4.6.13. En derecho administrativo, el control de medios y fines, es fijado por el interés general; se transforma hacia la intención del acto. Este control es subjetivo cuando el juicio gira en torno a la voluntad del órgano que dictó el acto, es el caso del denominado desvío de poder donde se verifica la voluntad real de quien adoptó la decisión. El control Objetivo analiza el acto en su interior para determinar si constituye una decisión lesiva, ya sea por inadecuada, innecesaria o desproporcionada respecto de los fines tasados, es el control teleológico. A su vez, este tipo de control evalúa la conformidad entre el sacrificio y el fin perseguido.

4.6.14 A su vez, el control de proporcionalidad comparte una razón de ser común con el juicio vía acción popular sobre moralidad administrativa; ya que uno y otro son técnicas para la protección de derechos y no de reglas, en la medida en que el control mas que la protección a la legalidad debe constituirse en límite a la afectación de los derechos.

4.6.15 Línea jurisprudencial restrictiva, es consolidada en dos sentencias proferidas por el Consejo de Estado en su Sección Tercera hacia el año 2008, y reitera como criterios de concreción del derecho colectivo:

- Lesionar la legalidad pero en razón a finalidades de carácter particular, que asemejan al desvío de poder;
- Vulnerar los valores y principios que inspiran la actuación administrativa y que determinan la expedición de las normas correspondientes; siempre que las mismas encuentren reconocimiento o desarrollo constitucional o legal;

- Al interpretar y aplicar normas legales o decisiones judiciales apartarse de forma protuberante u ostensible del debido entendimiento de las mismas.
- Al desconocer las fuentes normativas que pueden contener parámetros de moralidad administrativa, como la buena fe, las buenas costumbres, la analogía (iuris y legis), los principios generales del derecho, entre otras, siempre y cuando se consulte el contexto normativo.

4.6.16 La forma de reparación también identifica una especial vía de identificación en un caso concreto del derecho colectivo, ello cuando, la jurisprudencia del Consejo de Estado, procedió a anular o suspender contratos estatales, aun cuando sobre los mismos supuestos de hecho obraba proceso contencioso por la vía ordinaria en ejercicio de la acción contractual.

4.6.17 Teniendo en cuenta las causales de nulidad absoluta contenidas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, objeto ilícito y desviación de poder, se relacionan con la moralidad administrativa, es el desvío de poder causal por excelencia para demandar su protección. La causal de anulación contiene en su núcleo rector el principio "interés general", y su vulneración configura una situación de abuso de poder cuando las actuaciones administrativas persiguen un fin diferente al fijado por el ordenamiento jurídico. Puede ocurrir en la planeación, proyección, ejecución, e interventora

4.6.18 La anulación también puede surgir por que la actuación sea contraria a valores como igualdad, libertad y seguridad jurídica, pero siempre debe probarse la causal y concurrir las partes contratantes al proceso.

4.6.19 En cualquier caso, no puede so pretexto de protección a la moralidad administrativa, partirse de la concepción subjetiva del juzgador sino referirse a la

finalidad que inspira la actuación. Ha de considerarse como inmoral aquellas actuaciones que no respondan al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas.

4.7. LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL, PARÁMETROS QUE SURGEN DE LA DIFERENCIACIÓN ENTRE LA ACCIÓN POPULAR Y LA ACCIÓN CONTRACTUAL.

4.7.1 El patrimonio, se compone de derechos de contenido de todo tipo no solo económicos como los no pecuniarios, individuales y colectivos, considerar los derechos colectivos como insertos en el patrimonio, surge de estimar que el individuo tiene en su patrimonio "derechos de preponderancia individual y derechos de preponderancia colectiva", la diferencia entre uno y otro, es que los primeros son apropiables, pero "todos predicables de su personalidad"²²⁷

4.7.2 la indemnización puede repercutir tanto en la esfera individual (si conlleva una apropiación de la misma) o redundará en la faceta colectiva del derecho (no hay apropiación).

4.7.3 Hay reparación sin contenido económico, existen obligaciones que se resuelven sin prestación pecuniaria y a su vez se puede indemnizar sin equivalente dinerario la lesión de derechos no pecuniarios.

4.7.4 Planteado así el esquema de responsabilidad en materia de derechos colectivos, se acepta que hay daños sobre derechos de naturaleza no pecuniaria. La reparación del daño puede operar de diversas formas dependiendo de los derechos lesionados y las etapas de su lesión, esto es, si el daño se ha consumado, si está en ciernes, o, en ejecución.

²²⁷ *Ibidem* pp. 492-493

4.7.5 De allí que para el caso de los derechos colectivos se plantea el daño no consumado (fase preventiva de la acción popular), en donde la indemnización consistirá en una orden de hacer o no hacer algo, no obstante puede haber una indemnización pecuniaria para restablecer el derecho colectivo, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, sin que signifique que pueden incoarse pretensiones subjetivas individuales u obtener resarcimiento pecuniario a favor del actor popular.

4.7.6 Las formas de reparación del daño pueden ser por subrogado pecuniario, "... se trata es de trastocar el derecho lesionado en su equivalente pecuniario", in natura "compensa el derecho dañado por uno equivalente", y la supresión del daño "suprime las causas del daño", en los dos últimos casos pueden operar las injunctions, esto es, ordenes de hacer o no hacer para la compensación del derecho dañado, que atienden a suspender las causas que alteran el derecho.

4.7.7. Las referidas formas reparatorias pueden operar simultáneamente en una misma acción, el límite a tal ejercicio, es la prohibición de doble indemnización

4.7.8. No existe duplicidad de acciones para la protección del derecho colectivo, ya que uno y otras tienen elementos distintivos: (i) el derecho objeto de reparación, (ii) destinatario de la misma, y, (iii) como se procede a la reparación.

4.7.9 El derecho objeto de reparación, es determinante para establecer los sujetos que recibirán la indemnización, superando la clasificación de los derechos, reales y personales, constitucionales de primera, segunda y tercera generación, para dar cabida a los intereses individuales o colectivos adscritos al patrimonio de la persona humana. Los derechos individuales, pecuniarios o no, su disponibilidad o

goce pertenecen al ser humano en su faceta individual, lo que implica que pueda apropiarse del mismo, recoge no solo los derechos denominados patrimoniales, sino también los fundamentales. Los derechos colectivos, tienen por carácter común, la indivisibilidad del derecho como el principio de no exclusión en su uso, como determinantes para calificarlo como colectivo.

4.7.10 Será a partir del restablecimiento del derecho, en efecto, si la sentencia restablece derechos de preponderancia individual y no colectivos, que se distingue la particularidad de cada acción. Cuando la acción requiera legitimación en la causa, donde la petición es para sí y el consecuente restablecimiento implica apropiación individual por el demandante, la acción será individualista. Si el restablecimiento no implica apropiación individual de la indemnización por el demandante, la acción será popular o de simple nulidad, la petición es entonces para el colectivo.

4.7.11 Así, por vía de acción popular, el derecho colectivo a la moralidad administrativa, su restablecimiento o reparación del daño procede a través de una injunction, puede ser in natura o por supresión del daño, redundará en beneficio del todo el colectivo y por supuesto no es apropiable individualmente por parte del actor popular.

4.7.12 como se dijo, a la hora del restablecimiento existen límite como se dijo respecto de sanciones penales y disciplinarias, por disposición del legislador, y, límites respecto de derechos individuales, en procura de la protección a la confianza legítima.

4.8. EJEMPLOS Y PROPUESTA METODOLÓGICA:

Ahora procedemos a plantear dos ejemplos donde la observancia de la legalidad no garantiza por sí la moralidad administrativa y finalmente, una propuesta metodológica de preguntas que debe plantearse el actor popular cuando ha de acudir ante el juez popular en procura de la garantía constitucional al colectivo de la moralidad administrativa.

4.8.1. DOS EJEMPLOS JUSTIFICANTES DE LA PROTECCIÓN POR VÍA DE ACCIÓN POPULAR A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA

Caso 1. VÍA EJEMPLO DESDE UN SUPUESTO NORMATIVO

Se reconoce en los regímenes de contratación estatal la existencia de dos sistemas, respecto de la selección del contratista, la libre elección y el restrictivo, en estos últimos el derecho positivo impone a la administración el deber de seguir unos procedimientos reglados siendo el de mayor importancia, la licitación pública, pero existen otros como la contratación directa, el concurso. El legislador colombiano ha adoptado el sistema restrictivo como regla general reconociendo la existencia de procedimientos exceptivos. Es el caso de la Ley 1150 de 2007, que en su artículo 2.1. reconoce como regla general la licitación pública, y en el mismo apartado numerales 2, 3 y 4 refiere como mecanismo de selección de contratista la selección abreviada, el concurso de méritos y la contratación directa

El primer caso surge con ocasión de los procedimientos restrictivos fijados por el legislador con ocasión en la Ley 1150 de 2007, cuando estableció los criterios de selección del contratista en el numeral 2º del artículo 5º que precisa: "La oferta más favorable será aquella, que teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más

ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos”²²⁸

La ley 1150 de 2007, diferenció los requisitos habilitantes de los factores de evaluación como lo es “El ofrecimiento más favorable”²²⁹ el puntaje que determina al elegido sea única y exclusivamente respecto de las ofertas, bajo criterios técnicos y económicos. Ello indica que es la administración y no el legislador, quien en cada caso determina el puntaje en el pliego de condiciones, no con fundamento en la legalidad sino en presupuestos generalmente técnicos, es allí donde no puede desviarse y desconocerse la moralidad administrativa, aun cuando se obre bajo la estricta legalidad al cumplir todos los requisitos de una licitación pública, de allí que resulte importante describir una serie de pasos que debe plantearse el actor popular o quienes deben garantizar la moralidad administrativa.

4.8.2 CASO 2. VÍA EJEMPLO CON SUPUESTO DE HECHO:

El anterior ejemplo, planteaba como aun los procedimientos reglados en materia contractual, pueden contener, como en el ejemplo anterior referencia a conceptos jurídicos indeterminados, y dar un margen de maniobrabilidad a la administración donde la legalidad por si misma no garantiza moralidad administrativa, en este segundo ejemplo, el legislador, da amplió margen de libertad contractual a la administración, hablamos de los procedimientos exceptivos de selección de

²²⁸ Jose Luis Benavides, Jaime Orlando Santofimio y otros, “Contratación Estatal, estudios sobre la reforma del estatuto contractual, Ley 1150 de 2007”, Universidad Externado de Colombia, abril de 2009. pp. 142-143

²²⁹ *Ibidem*, destaca la obra que la norma sobre selección objetiva modificó el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, la reforma diferencia entre los requisitos de simple verificación o habilitantes, que no dan puntaje “como capacidad, requisitos jurídicos de existencia y representación de las personas jurídicas de derecho que participen, capacidad financiera y de organización;

contratista, y allí también debe analizarse en cada caso si hubo o no vulneración a la moralidad administrativa.

El objetivo de tales procedimientos es otorgar a la administración la escogencia del contratista, por razones de eficiencia, urgencia, seguridad nacional entre otros²³⁰, un mecanismo expedito pero con la limitante de la observancia de los principios. Pues bien JUAN PABLO ESTRADA SÁNCHEZ cita el siguiente valioso ejemplo con ocasión del procedimiento contratación directa, por la causal denominada "arrendamiento o adquisición de inmuebles".

El legislador ha venido permitiendo la contratación directa, cuando la entidad estatal es arrendataria como cuando es arrendadora, se considera que en el primer evento es necesaria la figura, por cuanto si la administración busca un inmueble pesan factores más importantes que el precio, como son ubicación o capacidad; pero si el Estado pretende arrendar sus bienes inmuebles no sucede lo mismo, para el efecto, el autor presenta el siguiente ejemplo:

"... recordemos los recientes contratos de arrendamiento suscritos por el Incoder- Ministerio de Agricultura con los ocupantes ilegales de las Islas del Rosario, a quienes se les "sancionó" su infracción celebrando con ellos, de forma directa y a precios risibles, contratos de arrendamiento ..."²³¹

²³⁰ Ibídem, cita a la Consejo de Estado,, Sección Tercera. Sentencia del 22 de marzo de 2001, expediente 9.480, C.P. : ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ: "... las excepciones obedecen, en algunos eventos, al menor riesgo que asume la entidad estatal con la celebración del contrato, o a razones de urgencia y seguridad nacional, o a la necesidad de escoger directamente al contratista, dadas sus calidades personales o a las condiciones especiales de las actividades a realizar; entre otros, a la imposibilidad de finalizar con éxito los procedimientos licitatorios o concursales, y en otros a la necesidad de desarrollar con agilidad los procesos de selección , dado el objeto mismo de la contratación y la inconveniencia de exigir que se adelanten trámites o procedimientos largos, que – por las vicisitudes a que normalmente están sometidos- pueden poner en peligro el cumplimiento de los fines del Estado"

²³¹ Ibídem pp. 317

Pero tal vez, constituye una mejor hipótesis adecuada al tema de la moralidad administrativa, el caso de la contratación directa para la ejecución de obras artísticas, al respecto señala el mismo autor:

“En cuanto al contrato para la ejecución de obras artísticas se refiere, debo señalar que la sola posibilidad de que los recursos del erario público se destinen a esos menesteres, en un país donde no todos los habitantes tienen satisfechas sus necesidades mínimas, es ya un despropósito. Además, se ha vuelto costumbre que por esa vía, esto es con la contratación a precios absurdos, bustos, toros de bronce gigantes y toda suerte de obras que poco tienen de artísticas, se paguen favores ...”²³²

Eso por evidenciar desde la legalidad, la necesidad de la herramienta constitucional, en tanto, la ley bien cuando regula íntegramente un proceso como cuando da amplió margen de libertad a la administración para celebrar sus contratos, ella por sí sola no satisface y garantiza la protección a la moralidad administrativa.

4.9. PROPUESTA DE HERRAMIENTA METODOLÓGICA.

Al inicio de nuestro trabajo, presentábamos como desde el realismo jurídico norteamericano, y aun desde positivistas moderados como HART, se ha venido reconociendo en el derecho que éste al estar estructurado por el lenguaje, sus repuestas están sujetas a la interpretación de los actores jurídicos, por lo que el esfuerzo del derecho tiende cada día a brindar parámetros que eviten, dada su naturaleza indeterminada, a eliminar los subjetivismos. El derecho colectivo a la moralidad administrativa padece las críticas propias del sistema jurídico pero

²³² Ibídem pp. 315

incrementado en tanto se considera que puede caer en lo que cada quien considere es moral o no, sumado a que por vía de acción popular pueden resultar lesionados derechos individuales.

Por lo tanto el ejercicio que se ha hecho en este trabajo, ha propendido por identificar parámetros desde la teoría jurídica, el derecho administrativo, la estructura de la contratación estatal y la filosofía, resulten objetivos y que permitan identificar en un caso determinado el derecho colectivo a la moralidad administrativa tendiendo a disminuir la injerencia de la moralidad individual, así como la simple legalidad, para reconocer la moralidad administrativa.

Quisimos a su vez identificar una herramienta metodológica que facilite tal ejercicio de concreción a través de los parámetros anteriormente identificados, generando una serie de preguntas que ha de plantearse, de acuerdo al siguiente esquema:

3.9.1 Si la vulneración al derecho colectivo se identifica desde la ilegalidad deberá verificarse: a) que constituya, un acto de corrupción, b) que desconozca los fines de la función pública y desatienda el interés general sobre interés propio o personal del servidor público o de un tercero. Se deberá evaluar la reacción que obtenga el principio en la regla; si la actuación o decisión pública se separa del texto normativo desconociendo los fines del mismo y con la pretensión de obtener algo a cambio.

En este apartado, el actor popular debe recordar la técnica con la que están estructuradas las normas administrativas, identificando si es una potestad, reglada, discrecional o concepto jurídico indeterminado.

3.9.2 Independientemente de la vulneración a un presupuesto de legalidad, ha de plantearse el actor popular, los siguientes presupuestos, cuando busque identificar si está en presencia no de frente al daño colectivo a la moralidad administrativa:

1. ¿Constituye un acto de corrupción?

Pueden tenerse en cuenta los dos conceptos (i) básica, utilización de la función pública para obtener beneficios privados, que puede incluir actos ilegales o propios de un delito (ii) menos visible, abuso de posiciones de poder o de confianza, la que manipula la formación de la administración definiendo las nuevas reglas de juego a su propia e individual prelación.

2. Identificar los principios involucrados o lesionados, en tal caso:

- a. (También puede darse el caso de la vulneración del principio en conexidad con otro derecho colectivo)
- b. Si se vulneró el principio porque se actuó con mala fe.
- c. Se vulneró el principio junto con otro derecho colectivo: Para los casos en que se aduce la vulneración de un principio como conector de la moralidad pública, la jurisprudencia igualmente planteo como criterio para identificarlos el de "principios y peso", para tal caso:
 - El daño la moralidad administrativa por regla general conlleva a afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público, libre competencia económica, seguridad pública o prevención de desastres técnicamente previsibles, entre otros.
 - Al derecho colectivo moralidad administrativa, le debe seguir el método de la ponderación, fundado en los fines impuestos por la ley a la administración.
 - La ponderación se estructura en tres fases: primero, identificar los principios (valores, derechos, intereses, etc.) en conflicto; segundo, atribuirse un peso o importancia conforme a las circunstancias del caso; y, tercero, decidir

sobre la prevalencia de uno de ellos sobre el otro (o los otros). Así, el control judicial será de legalidad, y no de oportunidad, fundado en los fines impuestos por la ley a la administración.

- d. Se desconocieron principios íntimamente vinculados con la ética pública, como son interés general cuando se evidencia la prevalencia de intereses personales o de terceros respecto de aquel, transparencia.
- e. Para el caso de la contratación estatal, los principios que desarrollan mecanismos para combatir la corrupción propuestos en el contexto internacional e incorporados en nuestra legislación transparencia, objetividad y no discriminación en la adjudicación de contratos.
- f. De acuerdo con una de las tesis producidas al interior del Consejo de Estado, se vulneró la moral social que ha de descubrirse por vía del control por medios y fines, esto es, si el medio utilizado por la administración era idóneo para lograr el fin alcanzado
- g. Propuesta de este trabajo: Identificar si la administración actuó con autonomía o por el contrario influida por intereses ajenos al servicio, y expropió sus valores, principios. (Moralidad pública en el término que plantea la ética pública).

Esperamos que la anterior propuesta metodológica junto con los parámetros identificados, faciliten la labor de actores populares y en general quienes intervienen en ésta clase de acción, a identificar desde unos criterios objetivos el derecho colectivo a la moralidad administrativa.

V. CONCLUSIONES:

Para emprender la identificación de los parámetros objetivos que permitan en un caso reconocer el derecho colectivo a la moralidad administrativa, se hizo necesario entender las diferencias que desde la filosofía se plantean entre moral y ética, comprendemos de este estudio que la ética describe desde parámetros objetivos y abstractos y sin hacer referencia a un hecho concreto lo que debería ser moral, es el deber ser moral (acción individualmente considerada); la ética proporciona, así, patrones críticos para el enjuiciamiento de la praxis en general.

Ahora, las diferencias entre ética y moral surgen desde lo lingüístico con el objetivo de entender los diferentes planos de reflexión, pero etimológicamente son iguales, ello nos llevó a dos conclusiones la primera, que la ética proporciona esos parámetros objetivos para identificar una acción como moral o inmoral y dos desde el concepto etimológico, se desentraña el contenido autónomo de la moralidad administrativa.

Pues bien, tratándose de la ética pública, debía recurrirse a lo jurídico, para encontrar cuales eran esos parámetros ético jurídicos aplicables a las administración, de allí emanaron los principios del derecho y en particular del derecho administrativo, vinculando principal y directamente interés general y buena fé; estos surgen como norte en materia administrativa y medio de control, particularmente cuando se trata de potestades que no son exclusivamente regladas sino discrecionales o cuya estructura corresponde a la de un concepto jurídico indeterminado; en ellos el control judicial no se reduce a la verificación del supuesto de hecho jurídico, sino que requiere la verificación del acatamiento del principio acogiendo la técnica de control constitucional de medios y fines.

En cuanto a la contratación estatal, también se estructuran una serie de principios que directamente se relacionan con la lucha de la corrupción como opuesto al deber moral, surgiendo nuevamente en el contexto internacional una serie de

principios que han sido incorporados en derecho interno, en general son aquellos que corresponden con transparencia, objetividad y no discriminación en la adjudicación de contratos. Lo anterior como una respuesta a la corrupción, ante el reconocimiento de la insuficiencia desde la legalidad reglada de lucha contra el flagelo.

No obstante, del significado etimológico se deriva el contenido interno de este derecho colectivo, que conforma parte del sustrato de un Estado de Derecho, ya que una administración pública carente de moral no permite a los ciudadanos elegir libremente y genera desigualdad, de otro lado la moralidad administrativa obedece a la necesidad de que actuaciones y decisiones se tomen con **autonomía** sin expropiar los postulados y valores constitucionales.

Ahora bien, la Jurisprudencia ha realizado una gran labor, en tanto ha precisado las diferencias entre legalidad y moralidad administrativa, en tanto que una actuación ilegal, puede tanto ser violatoria del referido derecho colectivo, como no serlo, por ejemplo se puede desconocer un precepto legal al adoptar la decisión sin que ello hubiera sido fruto de una decisión en la que intereses de terceros hubieran prevalecido y afectado la autonomía en la toma de la decisión. Para determinar cuando una acción legal o ilegal es inmoral administrativamente hablando, se presenta en la jurisprudencia línea unificada respecto de unos factores y desacuerdo respecto de otros. Existe unanimidad cuando es un acto de corrupción o mala fe; no hay una línea unificada en lo que tiene que ver con la exclusiva trasgresión de un principio para señalar que unos casos la vulneración del principio es suficiente para reconocer el daño al derecho colectivo, en algunos casos se considera necesario como se dijo ligar el principio a un acto de corrupción o mala, en otros casos a un regla de derecho, y en otros se ha reconocido su vulneración con la simple trasgresión de principios como transparencia o interés general.

Otro factor jurisprudencial importante, lo constituyó la decisión que hacia el año 2007 adoptara con ponencia del Consejero de Estado Enrique Gil Botero, que no ha sido reiterado; en ella se señaló que el derecho colectivo objeto de nuestro estudio, no se hacía depender exclusivamente de la legalidad o de la violación de principios del derecho administrativo, sino que podía surgir del concepto de moral social, esto es, la conducta que la sociedad aspira asuma la administración pública; resaltando de ésa providencia se limitó el control de la moralidad administrativa respecto del órgano estatal, para reducirlo a las entidades que hacen parte de la administración pública, excluyendo al legislativo y judicial, olvidando la jurisprudencia que ésa estructura se ha venido desvaneciendo y podría legislativo y judicial desempeñar función administrativa en la que se vulnerara la moralidad administrativa.

En materia de reparación de este derecho colectivo, nos apoyamos del valioso trabajo del tratadista colombiano Juan Carlos Henao Pérez, quien da una nueva visión, partiendo de los derechos que hacen parte del patrimonio de un individuo, reconociendo que hay derechos individuales y colectivos, unos permiten la apropiación individual, y otros por el contrario no son apropiables en forma individual excluyente, así mismo al reconocer que la única forma de reparación para la lesión de un daño no es exclusivamente pecuniaria, existiendo la reparación in natura y la supresión del daño, estas dos últimas se pueden traducir en la orden judicial de hacer o no hacer a la administración.

Si a lo anterior sumamos la facultad legislativa dada al juez de la acción popular de adoptar las medidas necesarias de reparación del daño, tendremos entonces que es posible la anulación de actos y contratos estatales, sin necesidad de acudir a la figura que la jurisprudencia ha venido aplicando y es ligar el concepto de moralidad administrativa con la causal de anulación de los contratos estatales

desvío de poder y objeto ilícito. Lo anterior no implica una apertura total de las decisiones en materia de reparación de éste derecho colectivo, ya que el propio legislador limitó las posibilidades cuando se trata de sanciones penales y disciplinarias, que no son del resorte reparador de la acción popular.

De acuerdo a lo anterior se estructuraron una serie de cuestionamientos que ha de plantearse el actor popular cuando pretenda iniciar la acción constitucional en garantía del derecho colectivo a la moralidad administrativa, que consideramos una propuesta y parámetro de ayuda, ya que el contenido del derecho como se dijo corresponde a lo que en derecho administrativo se denomina concepto jurídico indeterminado y en constitucional norma de textura abierta, el objeto del trabajo ha sido poder generar una herramienta conceptual objetiva para preservar y fortalecer la moralidad administrativa, particularmente en la contratación estatal.

BIBLIOGRAFIA

Adela Cortina, *Hasta un Pueblo de Demonios*, Editorial Taurus, Madrid 1998

Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, 1 edición, Barcelona, Gedisa, 1994

Annemarie Piepper, *Ética y moral, una introducción a la filosofía práctica*, Editorial Crítica, Barcelona 1991

Amaya Olaya, Uriel Alberto, "La responsabilidad patrimonial del Estado frente al derecho colectivo y el principio constitucional de la moralidad administrativa", IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Bogotá, Universidad Externado, 2004

Benavides Jose Luis, *El contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2005

Benavides Jose Luis, Santofimio Jaime Orlando y otros, "Contratación Estatal, estudios sobre la reforma del estatuto contractual, Ley 1150 de 2007

Botero Aristizabal, Luis Felipe, *Acción popular y nulidad de actos administrativos, protección de derechos colectivos*, 1ª edición Bogotá, Legis, 2004, pp. 139 a 145; ver también Tamayo Jaramillo, Javier, Raisbeck, Lara, Rodríguez y Rueda (Baker y Mckenzie), *Las acciones populares y de grupo en la Responsabilidad Civil*, 1 edición, Medellín, Editorial Dike, 2001

Camps, Victoria., Giner, Salvador., "El interés común". Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992

Carbonell Miguel, Rodolfo Vásquez, Poder Derecho y Corrupción, Instituto Federal Electoral (México), Instituto Tecnológico Autónomo de México, Siglo XXI, México, 2003

Eddy Alexandra Villamizar Schiller, "El derecho colectivo a la moralidad administrativa" en la contratación estatal. Fortalecimiento de los principios del derecho administrativo.

Ernesto Matallana, Manual de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993, Universidad Externado de Colombia 1ª Edición 2005.

Expósito Vélez, Juan Carlos, La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español, Análisis de la Selección de contratistas, Universidad Externado, Bogotá, 2003

Expósito Vélez, Juan Carlos, la Configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español, análisis de la selección de contratistas, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003

Expósito Vélez Juan Carlos, El deber de Selección Objetiva, Estdios sobre la reforma del estatuto contractual, Ley 1150 de 2007, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2009, pp. 138. Cita a Robert Alexy. Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003

Franch I., Sagner Martha, "El interés Público: La ética pública del derecho administrativo", Derecho Administrativo, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, 1 edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005

García de Enterría Eduardo, La lengua de los derechos. La Formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa, Editorial Alianza, S.A, Madrid 1994

Guayacan Ortíz, Juan Carlos, "Las acciones populares y las acciones colectivas: antigua experiencia jurídica", Memorias de las V Jornadas de derecho constitucional y administrativo, los procesos ante las jurisdicciones constitucional y de lo contencioso administrativo, 1a edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005

Henao, Juan Carlos, "¿Se defienden de la misma manera los derechos colectivos en derecho colombiano y en derecho francés?", IV Jornadas de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

Henao, Juan Carlos, A tal derecho, tal acción, V. Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Universidad Externado de Colombia. 2004

Luengo, Javier García El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo, Civitas, 2002

Londoño, Toro, Beatriz, "Eficacia de las acciones constitucionales en Defensa de los Derechos Colectivos", Centro Editorial, Universidad del Rosario, Bogotá, 1ª edición, agosto de 2003

Londoño Toro, Beatriz, Acciones Populares de grupo y cumplimiento, Consejo Superior de la Judicatura, Plan Nacional de Formación y capacitación de la Rama Judicial 2007, Escuela Judicial, Rodrigo Lara Bonilla

Lyons, David, Ética y derecho, Barcelona, Ariel, 1989.

Nino, Carlos Santiago, Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho, edición, Barcelona: Ariel S.a, Abril de 1994

Marín Hernández, Hugo Alberto, Discrecionalidad Administrativa, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, Bogotá, Octubre de 2007

Olivos Campos, José René, "Lo público de la ética Pública", Derecho Administrativo, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, 1 edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005

Parejo Alfonso, L., Jiménez Blanco, A, y Ortega Álvarez, L Manual de Derecho Administrativo, 5 edición, Barcelona, Ariel Derecho, 1998

Pérez Luño, Antonio Enriquez, Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, 5 edición, Madrid Tecnos 1995

Pérez Luño, Antonio Enrique , La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 23, 1 edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002

Ramírez Escudero, Daniel Sarmiento, El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo, Un análisis jurídico desde el Derecho Español, Universidad Externado de Colombia, Serie de Derecho Administrativo No. 3, Bogotá Junio de 2007, p. 2007.

Robert Alexy, Eugenio Bulgugin, "La pretensión de corrección del derecho", la polémica entre derecho moral, PAULA GAIDO, traducción, Universidad Externado de Colombia, serie teoría jurídica y filosofía del derecho, Bogotá, enero de 2001

Rojas Amandi, Victor Manuel, "El concepto del derecho de Ronald Dworkin", Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Disponible en www.Jurídicas.unam.mx

Rodríguez, César, El debate Hart-Dworkin: "La decisión Judicial", Bogotá, Siglo del Hombre Editores , Universidad de los Andes, 2002

Ruiz Miguel, Carlos, Pérez Luño, Antonio Enrique, "La tercera generación de derechos fundamentales", Revista de Estudios Políticos, No. 72, Centro de Estudios Constitucionales, abril-junio de 1991

Sainz, Moreno, Fernando, Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa, 1 edición, Madrid, Civitas 1976

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Acto Administrativo, Universidad Externado de Colombia, 2003

Santofimio G., Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez, 3 edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública, Contratación Estatal, estudios sobre la reforma del estatuto contractual Ley 1150 de 2007, Universidad Externado de Colombia, abril de 2009

Santofimio G., Jaime Orlando, Delitos de la celebración indebida de contratos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001

Solar Cayón, José Ignacio; El realismo Jurídico, de Jerome Frank, Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial, Universidad Carlos III de Madrid, 2005.

Leyes

Colombia, Colombia, Congreso de la República, Ley 472 de 1998 "por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones"

Colombia, Congreso de la República, Ley 489 del 29 de diciembre de 1998, Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones."

Colombia, Congreso de la República, Ley 80 de 1993 "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública".

Ley 1150 de julio 16 de 2007, "por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley [80](#) de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos".

Jurisprudencia

Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena de la Corte Constitucional, Sentencia C-215 del 14 de abril de 1999, M.P.: Martha Victoria Sáchica, Expediente D 2176, D 2184 y D 2196

Colombia, Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, Sentencia T – 714 del 27 de septiembre de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero, Expediente T- 193617

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C – 949 del 5 de septiembre de 2001, M.P.: Clara Inés Vargas Hernandez

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C – 215 de 1999, M.P.: Marta Sáchica.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia C- 088 del 2 de febrero de 2000, M.P.: Fabio Morón Díaz, Expediente 2469

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-046 de 1994

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, auto del 5 de Julio de 2001, Consejero Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda, Expediente AP- 068 de 2001

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 9 de febrero de 2001., C.P., Delio Gómez Leyva, Expediente AP-054

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2002, C.P. Ricardo Hoyos Duque, actor: Jesús Orlando Mejía, Radicación No. 52001-23-31-000-2000-1059-01 (AP-518)

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de octubre de 2005, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra, Expediente 20001-23-31-000-2001-0158-01 (AP)

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero ponente: Juan Angel Palacio Hincapie, Noviembre 2 de 2001, Radicación número: 25000-23-25-000-2001-0054-01(AP-141)

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero ponente: Delio Gómez Leyva, nueve (9) de febrero de dos mil uno (2001), Radicación número: AP-054

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ , Sentencia del 16 de febrero de 2001, Radicación número AP- 170

Colombia, Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, SECCION SEGUNDA - SUBSECCION A, Consejero ponente: ALBERTO ARANGO MANTILLA, Bogotá, D. C., treinta (30) de agosto de dos mil uno (2001), Radicación número: 63001-23-31-000-2000-1335-01(AP-179)

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ, 17 de junio de 2001, radicación número: AP-166

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejera ponente: LIGIA LOPEZ DIAZ, Bogotá, D.C., 31 de mayo de 2002, Radicación número: AP-300

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente, ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Sentencia del 22 de febrero de 2007, Radicación número: 41001-23-31-000-2004-00726-01(AP)

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 05 de octubre de 2005, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, expediente 20001- 23- 31- 000-2001- 01588-01(AP)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente, Enrique Gil Botero, Sentencia del 30 de agosto de 2007, radicación 88001233100020040000901

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra, 21 de mayo de 2008, Radicación número: 54001-23-31-000-2004-01415-01(AP); y, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra, 21 de mayo de dos mil ocho 2008, Radicación número: 76001-23-31-000-2005-01423-01(AP)

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, ob cit., CONSEJO DE ESTADO, Consejera ponente: LIGIA LOPEZ DIAZ, 31 de mayo de dos mil dos 2002, Radicación número: 25000-23-24-000-1999-9001-01(AP-300)

Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, ob cit., CONSEJO DE ESTADO, Consejera ponente: LIGIA LOPEZ DIAZ, 31 de mayo de dos mil dos 2002, Radicación número: 25000-23-24-000-1999-9001-01(AP-300)

Documentos Internet

<http://www.scribd.com/doc/2530939/CONVENCION-DE-NACIONES-UNIDAS-CONTRA-LA-CORRUPCION-DERECHO-INTERNO-COLOMBIANO-MARINO-TADEO-HENAO-DICIEMBRE-2006->

Rojas Amandi, Victor Manuel, "El concepto del derecho de Ronald Dworkin", Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Disponible en www.Jurídicas.unam.mx