

ALEXANDRA GARCÍA VARGAS



***RETOS Y PERSPECTIVAS DE LA PROTECCIÓN JUDICIAL DEL DERECHO
COLECTIVO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA EN EJERCICIO DE LA
ACCIÓN POPULAR***

**Universidad del Rosario
Maestría en Derecho Público
Facultad de Jurisprudencia
Bogotá D.C. 2021**

ALEXANDRA GARCÍA VARGAS

**RETOS Y PERSPECTIVAS DE LA PROTECCIÓN JUDICIAL DEL DERECHO
COLECTIVO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA EN EJERCICIO DE LA
ACCIÓN POPULAR**

**Tesis presentada a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del
Rosario para obtener el título de:**

Magister en Derecho con énfasis en Derecho Público

Director de tesis: Dr. Carlos Mauricio López Cárdenas

Semestre II, 2021

A Dios, por permitirme despertar cada mañana, a mis padres Jorge y María Claudia y a mis hermanas por su amor y apoyo incondicional para culminar este trabajo. A Julio, por su cariño y comprensión durante este recorrido.

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, quiero agradecer a Dios por cada día de mi vida. Por permitirme culminar este logro académico al lado de personas maravillosas.

A mis padres y hermanas, por motivarme a seguir luchando por mis sueños y enseñarme a valorar las cosas sencillas de la vida, por su amor ilimitado y apoyo incansable para concluir este trabajo, porque sin ellos no hubiera sido posible continuar y finalizar este trabajo.

A Julio, por su cariño, paciencia, por escucharme y darme ánimo para no caer en el intento. Por recordarme todos los días la importancia de la disciplina y constancia para lograr mis metas.

A Carlos Felipe, mi amigo incondicional de grandes batallas, su apoyo, nuestras largas conversaciones y críticas nutrieron este trabajo que hoy presento. Igualmente agradezco a Benjamín, el hermano que la vida me regaló, quien me motivó durante esta larga cuarentena para no desfallecer.

A mi director de tesis, Dr. Carlos Mauricio López Cárdenas, mi entero agradecimiento porque no sólo fue un tutor sino un verdadero maestro. Por su tiempo y comprensión, por su vocación para enseñarme y guiarme en la consolidación de esta tesis. Por brindarme la oportunidad de ampliar mis conocimientos sobre acciones populares y derechos humanos. Sin lugar a dudas, es una fuente inagotable de conocimientos.

Al Director de la Maestría en Derecho, el doctor Manuel Restrepo Medina, por haber depositado su confianza en mí y permitirme ser parte de este programa académico. Porque desde el pregrado nos inculcó la importancia de lo público y de sus instituciones.

Al Grupo de Acciones Públicas de mi alma máter, especialmente a María Lucía Torres Villarreal, Natalia Pérez Amaya y Paola Iregui, por transmitirme el valor que representan las acciones públicas en nuestro país y cómo a través de ellas podemos impactar positivamente la vida de las personas, lo cual me motivó a escoger el tema de mi investigación.

Igualmente agradezco a la Doctora Andrea Padilla, quien me enseñó durante el pregrado lo valioso de reconocer los derechos humanos y no ser indiferentes frente a las

situaciones de los demás. A los miembros de la Sociedad de Debate de la Universidad del Rosario, de quienes aprendí la necesidad de expresar las ideas con argumentos sólidos y que el debate es un pilar fundamental en nuestra democracia.

TABLA DE CONTENIDO

ABREVIATURAS	IV
INTRODUCCIÓN.....	1
1. Problema, justificación y objeto de investigación.....	1
2. Metodología y fuentes de conocimiento.....	5
3. Alcance y delimitación temática de la investigación.....	9
4. Plan de exposición.....	13
CAPÍTULO I - APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN Y ADOPCIÓN DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA O ÉTICA PÚBLICA EN EL DERECHO EXTRANJERO: ¿ACOGIMIENTO O RECHAZO?	15
1. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LA ÉTICA Y LA MORAL COMO ELEMENTOS CARDINALES DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, EN PARTICULAR DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA	17
2. LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA EN BRASIL: DESARROLLO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL PRINCIPIO Y DERECHO COLECTIVO	21
2.1. La acción popular que protege la moralidad administrativa.....	21
2.2. La moralidad o improbidad administrativa como principio constitucional de la administración pública.....	25
3. LA ÉTICA PÚBLICA EN LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS COMO GARANTE DE LA INTEGRIDAD DE LA ACTIVIDAD ESTATAL	29
3.1. La exclusión de la moralidad administrativa como derecho colectivo.....	29
3.2. La protección de la ética y moralidad de la función pública a través de la responsabilidad administrativa	32
3.3. El Código de Ética de la administración pública federal: hacia la cultura de la integridad de la función administrativa	35
4. LA INCORPORACIÓN DE CÓDIGOS DE ÉTICA EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.....	36
4.1. Los códigos de ética del Congreso y de la Judicatura estadounidense.....	39
4.2. Códigos de ética en la rama ejecutiva	44
4.3. Los códigos de ética estadounidense: hacia la búsqueda de construcción de confianza en la ciudadanía.....	50
5. LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA O ÉTICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: UNA APUESTA DE LOS ESTADOS EN LA PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN	52
CAPÍTULO II - CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO COLECTIVO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA: ORIGEN CONSTITUCIONAL Y DESARROLLO AL INTERIOR DE LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA	54
1. DEFINICIÓN DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.....	58

1.1. Principio constitucional orientador de la actuación estatal, en particular de la función administrativa: ¿qué sucede con las demás funciones públicas a cargo del Estado?	59
1.2. La moralidad administrativa como mecanismo de lucha contra la corrupción en la administración pública.....	70
1.3. La moralidad administrativa: ¿derecho autónomo o conexo frente al patrimonio público?	76
2. DEFINICIÓN DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.....	82
3. CONCEPTOS COMPARTIDOS DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA	86
3.1. Norma en blanco.....	86
3.2. Concepto jurídico indeterminado	88
3.3. La sujeción de la moralidad administrativa al principio de legalidad	90
CAPÍTULO III - ANÁLISIS DE LA PROTECCIÓN JUDICIAL DEL DERECHO COLECTIVO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA.....	96
1. LA ACCIÓN POPULAR COMO MECANISMO PROCESAL DE TUTELA DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA.....	97
2. BARRERAS SUSTANCIALES: DIFICULTAD CONCEPTUAL DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA – ESPECIAL CRÍTICA A LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE 1 DE DICIEMBRE DE 2015	106
2.1. El principio de legalidad: requisito <i>sine qua non</i> de la responsabilidad por violación a la moralidad administrativa.....	107
2.2. Dificultad para la concreción de los principios generales del derecho en relación con la protección de la moralidad administrativa.....	112
2.3. Consecuencias del elemento subjetivo: ¿responsabilidad subjetiva del sujeto pasivo de la acción popular?.....	114
2.4. La moralidad administrativa no se predica sólo de los funcionarios públicos o particulares en ejercicio de funciones administrativas: ¿cuál es el papel de las entidades públicas?	117
3. BARRERAS PROCESALES QUE DIFICULTAN LA PROTECCIÓN DEL DERECHO COLECTIVO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA.....	119
3.1. La carga desproporcionada del actor popular: desequilibrio de las partes del proceso de acción popular	120
3.2. La prohibición del juez de anular actos o contratos estatales con ocasión de la acción popular.....	124
3.3. La carga probatoria del actor popular: abandono de la prueba de oficio	131

4. FUTURO DEL DERECHO COLECTIVO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA: EL RETO DE LAS CORTES Y EL MINISTERIO PÚBLICO EN RELACIÓN CON SU TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.....	143
CONCLUSIONES.....	147
BIBLIOGRAFÍA.....	155
1. DOCTRINA.....	155
1.1. Libros.....	155
1.2. Capítulos de libros.....	157
1.3. Artículos de revistas o publicaciones periódicas.....	158
1.4. Monografías de grado.....	161
2. NORMATIVIDAD.....	162
2.1. Normatividad Nacional.....	162
2.2. Normatividad extranjera.....	163
2.2.1. Brasil.....	163
2.2.2. Estados Unidos de América.....	164
2.2.3. México.....	164
2.3. Tratados e instrumentos internacionales.....	165
3. JURISPRUDENCIA.....	165
3.1. Jurisprudencia internacional.....	165
3.2. Jurisprudencia nacional.....	166
3.2.1. Consejo de Estado.....	166
3.2.2. Corte Constitucional.....	174
3.2.3. Corte Suprema de Justicia.....	178
3.2.4. Tribunal Administrativo de Cundinamarca.....	178
4. Cibergrafía.....	179
5. Otras fuentes de información.....	180
ANEXO I Matriz de jurisprudencia contencioso-administrativa en relación con la protección de la moralidad administrativa.....	181
ANEXO II Matriz de jurisprudencia constitucional en relación con la protección de la moralidad administrativa.....	182

ABREVIATURAS

CNE	Consejo Nacional Electoral
CFR	Code of Federal Regulations
CP	Constitución Política de Colombia
CPACA	Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo
CPRFB	Constitución Política de la República Federativa de Brasil
BRASIL	República Federativa de Brasil
EE.UU	Estados Unidos de América
FONPRECON	Fondo de Previsión Social del Congreso de la República
MÉXICO	Estados Unidos Mexicanos
ONU / U.N.	Organización de las Naciones Unidas

INTRODUCCIÓN

1. Problema, justificación y objeto de investigación

La corrupción política¹, administrativa² y judicial³ es un fenómeno que afecta directamente los niveles de desarrollo de un país⁴, en la medida en que desestabiliza los mercados, debilita la capacidad gubernamental para proporcionar seguridad y orden a sus ciudadanos y desincentiva la inversión de capitales⁵. En este orden de ideas, su manifestación genera consecuencias que perturban el funcionamiento del Estado en todos sus campos de acción, las cuales podemos identificar de la siguiente manera:

“a) Desvío y derroche de recursos públicos, b) Ineficiencia en el funcionamiento de las instituciones públicas, c) Incumplimiento de objetivos y metas en los programas de gobierno, d) No resolución de los problemas y necesidades ciudadanas, e) Merma de las infraestructuras públicas, f) Clientelismo político, g) Obstaculización de la acción de la justicia, e) Descrédito del gobierno y de las instituciones”⁶.

Podemos afirmar que esta problemática describe la situación actual por la que atraviesa Colombia. Ello se ha evidenciado en numerosos casos⁷ de corrupción que

¹ La corrupción política “se manifiesta cuando los políticos, impulsados por la ambición y la avaricia, se aseguran una fortuna privada desviando fondos de las arcas públicas, extorsionando a individuos y a empresas, favoreciendo intereses de grupo, aceptando sobornos para realizar operaciones ilícitas o agilizar las lícitas, repartiendo cargos entre amigos y familiares o comprando votos en las elecciones”. Óscar Bautista, *Ética para corruptos: Una forma de prevenir la corrupción en los gobiernos y administraciones públicas* (Bilbao – España: Desclée de Brouwer, 2009), p. 28.

² Mientras tanto, la corrupción administrativa “se produce en las instancias de la administración pública. Se caracteriza por el abuso en los deberes del funcionario público para obtener beneficios propios”. *Ibíd.*, p. 30

³ En cuanto a la corrupción judicial, ésta es entendida como: “Toda aquella conducta del abogado, funcionario o empleado judicial, actor del sistema judicial que usa el poder encomendado para obtener un beneficio ilegítimo para una parte y/o para sí mismo y que incluye toda influencia inapropiada sobre la independencia e imparcialidad del proceso judicial o el apego a su misión y los oficios que le son encomendados”. Martha Elena Badel Rueda, *La corrupción judicial en Colombia: Una aproximación al mapa de riesgos* (Bogotá D.C. – Colombia: Corporación Transparencia por Colombia y Corporación Excelencia en la Justicia, 2008), p. 14.

⁴ Andrei Shleifer y Robert W. Vishny. Corruption. *The Quarterly Journal of Economics*, vol.108, núm. 3, 1993, p. 611.

⁵ Chonghao Wu, *Regulating Government Ethics: An underused weapon in China’s Anticorruption Campaign* (Cambridge – Reino Unido: Cambridge University Press, 2016), p. 1.

⁶ Óscar Bautista. El problema de la corrupción en América Latina y la incorporación de la ética para su solución. *Espacios públicos*, 2012, pp. 48-49.

⁷ Casos como el Carrusel de la Contratación, el Programa de Alimentación Escolar (PAE), la Refinería de Cartagena –Reficar- y el caso de Odebrecht, investigados por la Fiscalía General de la Nación. Fiscalía General

involucran tanto a particulares como a funcionarios públicos de las diferentes ramas del poder, convirtiéndolo en un flagelo que desborda no sólo las fronteras nacionales sino también la distinción entre el ámbito público y privado⁸. Recordemos el reciente caso de la constructora brasilera Odebrecht, el cual desató una gran polémica a nivel internacional por involucrar el pago de sobornos a servidores públicos, partidos políticos y candidatos políticos extranjeros en 12 países⁹, que para el caso colombiano compromete a particulares y funcionarios públicos que recibieron alrededor de 11.1 millones de dólares para asegurar la adjudicación de contratos de obra pública entre 2009 y 2014¹⁰.

Estos hechos ponen de relieve la gran dificultad por la que atraviesan las instituciones democráticas de nuestro sistema jurídico y la consecuente pérdida de confianza de la ciudadanía¹¹ en las labores que estas ejercen, resaltando la necesidad de combatir la corrupción mediante la activación de los instrumentos jurídicos dispuestos por el derecho para prevenir y mitigar los efectos que produce este fenómeno sistemático y global, particularmente sus repercusiones en relación con la violación de los derechos humanos¹².

de la Nación. Informe “Casos de Connotación Fiscalía General de la Nación – Enero 2014”, pp. 6-7. Sandra Ordoñez, *Análisis de la Corrupción en Colombia: Referencia Transversal de Boyacá Fase 2 – Caso Odebrecht*, (Bogotá D.C. – Colombia, UNAD, 2018), pp. 1-6. Transparencia por Colombia, *Corrupción en territorios de paz: enero 2010 - agosto 2016* (Bogotá D.C. – Colombia: Transparencia por Colombia, 2017), p. 41. Lina Sarmiento, *Corrupción en Colombia: Caso la Refinería de Cartagena*, (Bogotá D.C. – Colombia: Universidad Militar Nueva Granada, 2016), pp. 12-15.

⁸ Zarzalejos, al referirse al término “*corrupción*” enmarca dos conceptos concurrentes referidos a la acción pública y a la actividad privada de la corrupción, precisando lo siguiente: “de un lado, la malversación de fondos públicos, en provecho propio o ajeno, o los delitos conexos –tráfico de influencias, uso de información privilegiada, etc.- efectuados al amparo de las relaciones de poder; de otro lado, la apropiación indebida de recursos privados en las sociedades anónimas mediante grandes operaciones de “ingeniería financiera” que aprovechan la insuficiencia de los controles y los vacíos jurídicos de una legislación insuficientemente adaptada a la complejidad de las modernas relaciones económicas”. José Antonio Zarzalejos. Descripción del fenómeno de la corrupción, en *Corrupción y ética*. (Bilbao – España: Universidad de Deusto, 1996), p. 11.

⁹ Están implicados los siguientes países: Angola, Argentina, Brasil, Colombia, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, México, Mozambique, Panamá, Perú y Venezuela, según documento oficial suscrito por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos y la Corte del Distrito Este de New York. “UNITED STATES V. ODEBRECHT S.A., DOCKET NO. 16-CR-643”, *The United States Department of Justice*, 26 de agosto de 2020, acceso el 05 de abril de 2020, <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/919911/download>

¹⁰ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sentencia de 6 de diciembre de 2018, Rad. 250002341000201700083-00, p. 5. Ver igualmente: “UNITED STATES V. ODEBRECHT S.A.” y “Fiscalía desnuda corrupción en caso Odebrecht”, *Fiscalía General de la Nación*, acceso el 08 de julio de 2020, <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/fiscalia-desnuda-corrupcion-en-caso-odebrecht/>

¹¹ Raúl Carnevali y Osvaldo Artaza. La naturaleza pluriofensiva y transnacional del fenómeno de la corrupción: Desafíos para el derecho penal. *Revista Ius et Praxis*, núm. 2, 2016, pp. 53-90.

¹² Mario Coriolano. El impacto negativo de la corrupción en el goce de los derechos humanos, En *Administración pública y corrupción*. (La Plata – Argentina: Scotti, 2017), pp. 109-132. Convención de las

En este contexto, consideramos que una de estas herramientas jurídicas y quizás de los mayores logros alcanzado por la Constitución Política de 1991 en la lucha contra la corrupción, lo constituye la acción popular¹³ para la protección, entre otros, del derecho colectivo a la moralidad administrativa¹⁴, logrando con ello no sólo elevar su jerarquía normativa a rango constitucional, sino también abriendo el camino para que la ciudadanía, en su condición de principal afectada por los efectos de la corrupción, tenga a su disposición un mecanismo eficaz y expedito a través del cual solicite la protección judicial de los derechos colectivos.

En este sentido, la acción popular que ampara la moralidad administrativa reviste una importancia en nuestro ordenamiento jurídico, en la medida en que representa el derecho de la comunidad de acceder a la administración de justicia, cuando se adviertan actuaciones u omisiones por parte de las entidades públicas o particulares que amenacen o violen este derecho colectivo de carácter autónomo, como lo sería en aquellos escenarios en que se ventilen actos de corrupción. Así las cosas, consideramos necesario y oportuno ahondar en su estudio, teniendo en cuenta que la definición, desarrollo y alcance de su tutela “no ha estado exenta de dificultad en el curso de las acciones judiciales tendientes a su defensa”¹⁵, razón por la cual, surge nuestro problema de investigación en torno a dos preguntas: una principal, ¿Cuál es la conceptualización jurídica otorgada a la moralidad administrativa o ética pública en el contexto internacional y nacional, de cara a las acciones populares? y, una secundaria, que surge como consecuencia del anterior interrogante, ¿Cuáles son los principales obstáculos que se presentan en la protección judicial del derecho colectivo a la

Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 58/4 de 31 de octubre de 2003.

¹³ “Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella”. Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de la República de Colombia*, publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Congreso de la República. Ley 472 de 5 de agosto 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*, publicada en el Diario Oficial No. 43.357, de 6 de agosto de 1998.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencias SU-913 de 11 de diciembre de 2009; C-914 de 7 de diciembre de 2011 y C-643 de 23 de agosto de 2012.

¹⁵ Consejo de Estado, Sentencia de 16 de marzo de 2017, Rad. 25000-23-24-000-2004-00894-01(AP).

moralidad administrativa, en ejercicio de la acción popular interpuesta ante la jurisdicción contencioso administrativa?

La elaboración de las partes que comprende esta investigación encuentra su justificación, debido a que los estudios que existen al respecto (libros¹⁶, artículos de revistas¹⁷, publicaciones periódicas, monografías de grado y tesis)¹⁸, si bien establecen lineamientos generales sobre la materia, no son recientes, abordan de manera tangencial el desarrollo conceptual del derecho colectivo a la moralidad administrativa, así como los correlativos y actuales obstáculos que presenta su aplicación al momento de acudir al aparato jurisdiccional, especialmente aquellos generados a partir de la sentencia de unificación jurisprudencial del 1º de diciembre de 2015¹⁹, proferida por el Consejo de Estado.

De esta manera, se parte de la insuficiencia actual de un desarrollo investigativo que ahonde en el objeto de investigación propuesto y, por ello, esta tesis pretende la apropiación de la problemática de estudio señalada, con dos grandes finalidades: primero, servir al adecuado reconocimiento, comprensión y ejercicio práctico por parte de los actores populares, de los elementos que configuran la moralidad administrativa dentro de nuestro sistema jurídico y, segundo, realizar una crítica a la labor del Consejo de Estado en su condición de juez constitucional garante de la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, materializada en su jurisprudencia.

¹⁶ Martín Bermúdez. Avances en la garantía de derechos colectivos y retos de las acciones populares y de grupo. La moralidad administrativa como Derecho Colectivo, En *Justiciabilidad de los derechos colectivos*. (Bogotá D.C. – Colombia: Universidad del Rosario, 2009), pp. 143-154. Nicolás Polanía Tello, *La moralidad administrativa: de la formulación a la eficacia* (Bogotá D.C. – Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2014).

¹⁷ Ernesto Matallana. Acción popular de moralidad administrativa. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 4, 2010, pp. 239-246.

¹⁸ Diana Daza, *Alcance de las acciones populares que protegen la moral administrativa* (Bogotá D.C. – Colombia: Universidad del Rosario, 2009), pp. 12-35. Eddy Villamizar, *Presupuestos objetivos para concretar el derecho colectivo a la moralidad administrativa en la contratación Estatal. En ejercicio de la acción popular* (Bogotá D.C. – Colombia: Universidad del Rosario, 2009), pp. 80-127. Nadya Aranguren y Alejandro Rubiano, *Moralidad administrativa como derecho colectivo: análisis desde la jurisprudencia colombiana* (Bogotá D.C. – Colombia: Universidad del Rosario, 2010), pp. 8-45. Adriana Ortiz, *Particulares vinculados por la fuerza normativa de la moralidad administrativa* (Bogotá D.C. – Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2010), pp. 1-95. Benjamín Luna, *Mecanismos jurídicos contra la corrupción en la contratación estatal en Colombia. Especial referencia a las acciones constitucionales en la lucha contra la corrupción* (Bogotá D.C. – Colombia: Universidad del Rosario, 2014), pp. 116-119.

¹⁹ Consejo de Estado, Sentencia de 1º de diciembre de 2015, Rad. 11001-33-31-035-2007-00033-01(AP).

Así las cosas, se pretende investigar y realizar un análisis completo y sistemático de los siguientes aspectos que consideramos fundamentales para contribuir a la vigencia y protección de este derecho colectivo: i) la existencia y características de la moralidad administrativa o ética pública en el ámbito internacional; ii) su evolución conceptual en la jurisprudencia colombiana; y iii) las barreras de tipo sustancial y procesal surgidas del derecho judicial, a las que se ve enfrentado el actor popular y el sistema judicial en su conjunto, las cuales impiden la eficacia del derecho colectivo a la moralidad administrativa. Estos objetivos específicos desarrollan el problema de investigación y serán abordados en cada uno de los capítulos que componen esta tesis de investigación.

Todo lo anterior, con miras a fortalecer la defensa de esta institución jurídica como uno de los principales instrumentos de prevención, control social y sanción ante hechos de corrupción en nuestro país.

2. Metodología y fuentes de conocimiento

Para la elaboración de esta tesis se aplicó la metodología de investigación de carácter cualitativa²⁰, compuesta por una parte descriptiva y otra analítica, con el fin de abordar el problema general de investigación propuesto y, de esta manera, establecer cuáles son las dificultades actuales que se presentan en la protección judicial del derecho colectivo a la moralidad administrativa y de qué manera se puede fortalecer su tutela a través de la acción popular.

Para la aplicación de esta metodología se acudió al método o “razonamiento inductivo, dirigiéndose de lo particular a lo general. Primero explorar y describir individualidades, para posteriormente generar teoría (...). Es decir, procede caso por caso, dato por dato, hasta llegar a una perspectiva más general”²¹, y generar una crítica

²⁰ Roberth Uribe. Cuestiones Meta-Metodológicas: Concepciones de la investigación jurídica. ¿Epistemología sin filosofía? Un análisis crítico del discurso de “la” “metodología” de la investigación (socio) jurídica, En *Metodología de la investigación jurídica: Propuestas contemporáneas*. (Córdoba – Argentina: Brujas, 2016), pp. 47-57.

²¹ Roberto Hernández-Sampieri. Las tres rutas de la investigación científica: Enfoques cuantitativo, cualitativo y mixto, En *Metodología de la investigación: Las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. (Ciudad de México – México: Mc Graw Hill, 2018), p. 9.

al *statu quo* actual de la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Para el desarrollo del primer capítulo se realizó una investigación de tipo cualitativo²², acudiendo al método inductivo y descriptivo²³, a partir del cual se seleccionaron tres Estados del continente americano que tienen un amplio desarrollo de sistemas procesales colectivos²⁴: la República Federativa de Brasil²⁵, los Estados Unidos de América²⁶ y los Estados Unidos Mexicanos²⁷, no con el fin de realizar un estudio de derecho comparado de cada una de las acciones colectivas que contemplan estos Estados, sino con el único propósito de llevar a cabo una investigación que nos permita determinar no sólo la existencia de la noción de moralidad administrativa o algún otro concepto similar en los ordenamientos jurídicos de estos países, sino también aprehender la forma en que operan y se integran al derecho extranjero las categorías dogmáticas relacionadas con la ética pública, debido a que esto nos proporcionará insumos para mejorar la acción popular por moralidad administrativa, como una de las instituciones jurídicas que contribuyen a prevenir la corrupción en nuestro país, fenómeno que cada día se expande y adquiere un carácter transnacional.

Para la consolidación de este primer capítulo se acudió a la técnica de investigación

²² Sebastián Ackerman y Sergio Com, *Metodología de la Investigación* (Buenos Aires – Argentina: Del Aula Taller, 2013) pp. 41-42.

²³ Sebastián López. Para escribir una tesis jurídica: técnicas de investigación en derecho. *Revista Ius et Praxis*, vol. 17, núm. 1, 2011, pp. 231-246.

²⁴ Francisco Verbic. Los procesos colectivos. Necesidad de su regulación. *Revista La Ley 2010-A*, 769, 2009, p. 1.

²⁵ “(...) dicho país es uno de los pocos tributarios del civil law que ha desarrollado en esta arena un régimen orgánico de tutela diferenciada de derechos. Más aún: fue el primero en introducir en Iberoamérica un mecanismo de protección específico para derechos difusos y colectivos de naturaleza indivisible, a los cuales se sumaría posteriormente la defensa de los llamados intereses o derechos individuales homogéneos”. *Ibidem*, p. 2.

²⁶ “En los Estados Unidos de América, por el contrario, encontramos vigente desde hace ya mucho tiempo lo que puede considerarse como el sistema procesal colectivo por antonomasia: las class actions. La utilización de tal mecanismo en dicho país se remonta al año 1842, cuando fue sancionada la Equity Rule 48. (...)El campo de acción de este dispositivo fue ganando terreno con motivo de su incorporación a las reglas federales de procedimiento en el año 1938, lo que ocurrió en el marco de una reforma general del sistema de justicia norteamericano por medio de la cual fue superada la distinción entre jurisdicciones at equity y at law. Así nació la Federal Rule of Civil Procedure 23 (en adelante “FRCP 23”), fuertemente criticada por haber quedado a mitad de camino en el contexto de la profunda evolución que en dicha etapa histórica caracterizaba al pensamiento jurídico norteamericano. Tales críticas derivaron en la importante reforma del año 1966, que acordó al mecanismo la silueta con que hoy lo conocemos”. *Ibidem*, pp. 2-3.

²⁷ José Ovalle Favela. Legitimación en las acciones colectivas. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 138, 2013, pp. 1084-1089.

documental²⁸ y bibliográfica²⁹, la cual “implica la localización de la información y su fichaje textual o de contenido, que sirve para fundamentar argumentativamente las partes subjetivas o conjeturas propias de las hipótesis de trabajo respectivas”³⁰, localizando información en la doctrina y en la legislación de cada uno de estos Estados.

Posteriormente, para la elaboración del segundo y tercer capítulo se acude al método inductivo y analítico³¹. De esta forma, el segundo capítulo comprende la revisión y estudio de la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, desde la expedición de la Constitución de 1991, en las cuales se aborda el concepto de moralidad administrativa en su dimensión de principio y derecho colectivo, con miras a trazar un recorrido de su evolución conceptual y, de esta manera, poder establecer una crítica respecto del impacto que ha traído la definición jurisprudencial del derecho colectivo a la moralidad administrativa sobre su nivel de protección.

Para abordar la jurisprudencia constitucional, se filtraron de la relatoría de la Corte Constitucional todas aquellas sentencias que incorporaran el concepto de moralidad administrativa, arrojando un total de treinta y dos (32) sentencias que fueron analizadas, a partir de las consideraciones jurídicas esbozadas por este tribunal en cada una de ellas.

En lo que atañe al tercer capítulo, se realiza una revisión y análisis de las sentencias proferidas por el Consejo de Estado durante los últimos veintiún años en materia de acciones populares que protegen la moralidad administrativa, con el propósito de determinar algunos de los principales obstáculos que impiden su adecuada protección, a partir de los parámetros establecidos en la jurisprudencia del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Para llevar a cabo el análisis referido, se aplicaron dos métodos: i) el método aleatorio, por medio del cual se seleccionaron tres (3) sentencias por cada año comprendido desde el 2000 hasta el año 2020, para una revisión de sesenta y tres (63) sentencias, de una muestra total de doscientas quince (215) sentencias proferidas por el Consejo de Estado en materia

²⁸ Marta Gonzalo *et al*, *Metodología para investigaciones de alto impacto en las ciencias sociales y jurídicas* (Madrid – España: Dykinson, 2013), p. 34.

²⁹ *Ibidem*, p.34.

³⁰ Jorge Witker y Rogelio Larios, *Metodología Jurídica* (Ciudad de México – México: McGraw-Hill, 1997), p. 193.

³¹ Marta Gonzalo *et al*, *Metodología para investigaciones de alto impacto en las ciencias sociales y jurídicas*, pp. 89-90.

de acciones populares por moralidad administrativa, desde la entrada en vigencia de la Ley 472 de 1998³² hasta la actualidad, y ii) el método selectivo, en el que se eligieron cinco (5) sentencias hito –reconceptualizadoras o modificadoras–³³, específicamente sentencias de unificación jurisprudencial³⁴ dictadas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo³⁵ en ejercicio del mecanismo eventual de revisión³⁶ contemplado en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, lo que equivale a un análisis de un cuarto del total de sentencias proferidas por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, representando la evolución del concepto y tratamiento judicial del derecho colectivo a la moralidad administrativa por parte de la jurisprudencia de lo contencioso administrativo durante dos décadas.

Una vez seleccionadas las sentencias para estudio, se procedió a consolidar una matriz en la que se desagregaron los siguientes datos por sentencia, para su respectivo análisis: radicado, magistrado ponente, fecha de interposición de la acción popular, demandante, demandado, pretensiones, derechos colectivos invocados, postura del actor, postura del demandado, fecha y decisión en 1º instancia, fecha y decisión en 2º instancia, duración del proceso, coadyuvancia, consideraciones del Consejo de Estado, concepto de moralidad,

³² El artículo 86 de la Ley 472 de 1998 dispuso que “La presente ley rige un año después de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, y expresamente los trámites y procedimientos existentes en otras normas sobre la materia”, es decir, a partir del 7 de agosto de 1999.

³³ Utilizamos el término decantado por Diego López Medina, quien define este tipo de sentencias como “aquellas que tienen un *peso estructural fundamental* dentro de la línea por oposición a sentencias de menor importancia doctrinal. (...) Las sentencias hito, sin importar su clase, usualmente son fallos ampliamente debatidos al interior de la Corte; su importancia estructural hace que sea más probable que susciten salvamentos o aclaraciones de voto por parte de magistrados disidentes”. Diego López Medina, *El derecho de los jueces* (Bogotá D.C. – Colombia: Legis, 2000), p. 161-165.

³⁴ “Artículo 270. Sentencias de unificación jurisprudencial. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009”. Ley 1437 de 2011, *por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, publicada en el Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011.

³⁵ Parágrafo 1 del artículo 13 del Acuerdo No. 080 del 12 de marzo de 2019, por medio del cual se expide el Reglamento Interno del Consejo de Estado.

³⁶ “Artículo 272. Finalidad de la revisión eventual en las acciones populares y de grupo. La finalidad de la revisión eventual establecida en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, es la de unificar la jurisprudencia en tratándose de los procesos promovidos para la protección de los derechos e intereses colectivos y la reparación de daños causados a un grupo y, en consecuencia, lograr la aplicación de la ley en condiciones iguales frente a la misma situación fáctica y jurídica”. Ley 1437 de 2011.

decreto de medidas cautelares, prerequisite de comunicación de la entidad, postura del Ministerio Público, decisión y órdenes emitidas en la sentencia de 2º instancia o revisión, salvamentos o aclaraciones de voto y otorgamiento del incentivo económico.

En síntesis, en la presente tesis se abordan “construcciones teóricas acerca del derecho (conceptos de derecho), incidentes en la formulación y resolución de problemas “prácticos” (i.e. la aplicación de disposiciones jurídicas a casos concretos y la conversión del ordenamiento jurídico en un sistema)”³⁷, particularmente lo concerniente al concepto del derecho colectivo a la moralidad administrativa y su tutela a través de la acción popular.

Por tanto, el trabajo de investigación jurídica que se desarrolla es de carácter dogmático³⁸, en la medida en que incluye problemas *teórico-conceptuales*³⁹ y *problemas lógicos*⁴⁰, para cuya elaboración se acudió principalmente a fuentes primarias de la información⁴¹, tales como libros, artículos de revistas académicas, monografías de grado, normativa nacional e internacional, jurisprudencia nacional –constitucional y de lo contencioso administrativo–, relacionadas con las acciones populares que protegen el derecho colectivo a la moralidad administrativa.

3. Alcance y delimitación temática de la investigación

i. Delimitación conceptual de la moralidad administrativa en relación con las acciones colectivas de otros Estados: Si bien se realiza una aproximación conceptual a la categoría del derecho colectivo a la moralidad administrativa u otros conceptos

³⁷ Roberth Uribe. Cuestiones Meta-Metodológicas: Concepciones de la investigación jurídica, p. 54.

³⁸ *Ibidem*, pp. 49-54.

³⁹ *Ibidem*, p. 55.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 55. “c) Problemas lógicos: que se refieren a la utilización y aplicación de los enunciados de derecho positivo por los operadores jurídicos a los casos que son sometidos a su resolución, y que pueden ser (i) problemas de razonamiento o argumentativos: que se encaminan a estudiar y proponer soluciones, mediante doctrinas de interpretación y de la integración, a los problemas lingüísticos que presenta el lenguaje-objeto de las autoridades jurídicas”.

⁴¹ “Fuentes primarias (directas): Son las principales fuentes de información bibliográfica ya que proporcionan datos de primera mano, son documentos que contienen los resultados de estudios analíticos y de investigación, se trata de libros, artículos de publicaciones periódicas, tesis y disertaciones, monografías, antologías, documentos oficiales, reporte de asociaciones, trabajos presentados en conferencias y seminarios, artículos periodísticos, testimonios de expertos, documentales, videocintas en diferentes formatos, foros y páginas en Internet, etc.”. Marta Gonzalo *et al*, *Metodología para investigaciones de alto impacto en las ciencias sociales y jurídicas*, pp. 30-31.

asociados en Estados extranjeros que contemplen mecanismos de protección colectiva, la presente investigación no tiene como objetivo realizar un análisis de tipo comparado⁴² que implique cotejar la regulación y desarrollo de las acciones colectivas dispuestas por los ordenamientos jurídicos en cuestión. Por el contrario, se busca identificar nociones que guarden relación con la moralidad administrativa y que permitan nutrir este derecho colectivo en nuestro sistema.

ii. *Delimitación de la moralidad administrativa respecto de otros conceptos de moralidad:* El desarrollo de la temática propuesta en la investigación no tiene por objeto explicar o profundizar otros conceptos de moralidad⁴³, verbigracia, la moral social⁴⁴, religiosa, individual, legislativa o judicial, ya que se limita al estudio del derecho colectivo a la moralidad administrativa, cuyo origen se deriva del artículo 88 de la Constitución Política de 1991. “De manera que aquellas conductas consideradas como éticamente buenas o virtuosas, pero que pertenecen al campo estrictamente personal, o al religioso, e incluso al social, y que no alcanzan a tener trascendencia política y jurídica, no están incluidos en este concepto”⁴⁵, como tampoco lo sería la moralidad aplicada a las funciones legislativas o judiciales, respecto de las cuales se han realizado algunas investigaciones⁴⁶.

⁴² No se pretende aplicar un método comparado de la figura de las acciones colectivas y de la moralidad administrativa en estos países, ya que el propósito principal es indagar sobre la existencia de esta figura o de otros conceptos similares en otras latitudes, para tener elementos de juicio que nos permitan construir a nivel interno una estructuración completa del contenido de la moralidad administrativa y, de ser posible, evaluar la viabilidad de su concreción, a través de otros instrumentos como por ejemplo los códigos de ética y no únicamente a través de los conceptos que atribuye la jurisprudencia. Sobre el método comparado ver: Charles Ragin, *The comparative method: moving beyond qualitative and quantitative strategies*. (Oakland –Estados Unidos: University of California Press, 2013), p. 16; José María Serna de la Garza, *Metodología del Derecho Comparado: Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados* (Ciudad de México – México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005).

⁴³ Algunas de las referencias a la moralidad se encuentran inmersas en la legislación colombiana, por ejemplo, en los artículos 13 y 18 de la Ley 153 de 1887, *Que adiciona y reforma los Códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887*, publicada en el Diario Oficial No. 7.151, del 28 de agosto de 1887.

⁴⁴ Artículo 34 de la Constitución Política de 1991.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sentencia de 30 de agosto de 2007, Rad. 88001-23-31-000-2004-00009-01(AP).

⁴⁶ Ver: Juan Camilo Franco, *Derecho colectivo a la moralidad judicial* (Bogotá D.C. – Colombia: Universidad del Rosario, 2020) y Julio de Zan, *La ética, los derechos y la justicia* (Montevideo – Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer, 2004).

- iii. Delimitación de carácter temporal:* Esta tesis está delimitada al estudio de la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa a través de la acción popular consagrada en la Constitución Política de 1991. Por lo tanto, esta investigación no abarca el estudio de las acciones populares⁴⁷ existentes en el ordenamiento jurídico colombiano con anterioridad a la expedición de la Carta Política de 1991 y de la Ley 472 de 1998, las cuales continúan vigentes y cuyo procedimiento se rige por las disposiciones previstas en ésta última Ley⁴⁸. Tampoco se ahondará en el análisis de las medidas contractuales —como la cesación de efectos, suspensión o nulidad del contrato— adoptadas por el juez constitucional para la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, antes de la reforma introducida por el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, en virtud de que resulta —a juicio de la autora— de mayor riqueza al debate académico el estudio de la protección judicial efectuada con posterioridad a la mencionada reforma, con el propósito de identificar las actuales problemáticas que afronta la tutela judicial de este derecho y los retos que se derivan de estas.
- iv. Delimitación temática de la investigación y exclusión de carácter procesal:* Es de anotar que, si bien es cierto la moralidad administrativa, en su dimensión de principio constitucional, es susceptible de ser protegida a través de los medios de control ordinarios contemplados en la Ley 1437 de 2011, tampoco lo es menos que, en su connotación de derecho colectivo, el medio procesal idóneo para su salvaguarda es la acción popular prevista en el artículo 88 constitucional. Así las cosas, se excluirán del objeto de estudio de la presente investigación los medios de control ordinarios —

⁴⁷ “La acción popular aparece en el ordenamiento colombiano a través del Código Civil, aprobado mediante Ley 57 de 1887; en este código se encuentran consagradas dos tipos de acciones populares: una acción popular para la defensa de las vías públicas y la seguridad de quienes transitan en ellas, que recuerda directamente las acciones populares *actio effusis et deictis* y *actio depositi et suspensis* y los interdictos populares para la protección de las vías públicas del derecho romano; y una acción popular para prevenir el daño contingente que amenace una pluralidad indeterminada de personas”, consagradas en los artículos 1005 y 2359 del Código Civil Colombiano, respectivamente. Juan Carlos Guayacán Ortiz, *Las acciones populares y de grupo frente a las acciones colectivas: Elementos para la integración del derecho latinoamericano* (Bogotá D.C. – Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2013), pp. 215-216. Véase también: Corte Constitucional, Sentencias C-622 de 14 de agosto de 2007 y T-446 de 30 de mayo de 2007.

⁴⁸ Artículo 45 de la Ley 472 de 1998.

nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho— previstos en la precitada Ley, sin desconocer con ello la relación e importancia jurídica que revisten las acciones contenciosas en la tutela del principio de moralidad administrativa, así como la relación existente con la Ley 1437 de 2011, en la medida en que esta introdujo un cambio desafortunado en la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, específicamente a las facultades del juez de la acción popular, tema que será abordado en el tercer capítulo de la presente investigación.

Así las cosas, el estudio versará exclusivamente sobre la acción popular. De igual forma, y a pesar de que la investigación se refiere en términos generales a algunos aspectos característicos de la acción popular por ser el instrumento procesal concebido para la tutela del derecho colectivo a la moralidad administrativa, su finalidad no es realizar un estudio y crítica, desde el punto de vista procesal, a cada una de las etapas de las que se compone esta acción pública. Por el contrario, hará referencia únicamente a aquellas barreras procesales incorporadas al trámite de acción popular que afectan directamente la protección de la moralidad administrativa. En este sentido, tampoco se estudiarán otro tipo de acciones públicas (acción de tutela, acción de cumplimiento, acción de grupo, acción pública de inconstitucionalidad, entre otras) u ordinarias, como los medios de control contemplados en la Ley 1437 de 2011 (CPACA), tal y como se mencionó en precedencia.

- v. ***Delimitación de carácter competencial:*** Para la aprehensión de conocimientos se analizan sentencias de tutela y de constitucionalidad proferidas por la Corte Constitucional relacionadas con la moralidad administrativa. De igual forma, la presente investigación selecciona exclusivamente para su estudio los fallos de acción popular dictados por el Consejo de Estado en su condición de juez de segunda instancia o en ejercicio del mecanismo de revisión eventual, referidos a la moralidad administrativa. Así las cosas, no se examinará un caso concreto ni tampoco sentencias emitidas por Jueces y Tribunales Administrativos o por la jurisdicción ordinaria civil.

vi. **Delimitación de corte filosófico:** En el desarrollo de este trabajo investigativo no se ahondará en los milenarios e inacabados debates en torno a la relación existente entre derecho y moral, suscitados entre los positivistas que defienden la tesis de la separabilidad⁴⁹ y la separación⁵⁰ de estos conceptos, y los no positivistas o iusnaturalistas, quienes abogan por la tesis de la vinculación⁵¹. Así las cosas, si bien el tema central de la investigación no es analizar los problemas que pudieran originarse alrededor de la incorporación de criterios morales en el ordenamiento jurídico, en algunos apartes deviene necesario abordar esta temática por ser tangencial al objeto del trabajo investigativo, en la medida en que el punto de partida es el reconocimiento de la moralidad administrativa como categoría de derecho colectivo incorporado en la Carta Política y lo que ello implica en el campo de la tutela jurisdiccional.

4. Plan de exposición

De conformidad con lo señalado en la metodología, la presente investigación está compuesta por tres capítulos, de manera que la exposición de los temas desarrollados en cada uno de ellos se realizará de la siguiente manera:

En el primer capítulo se aborda una aproximación conceptual al derecho colectivo a la moralidad administrativa u otras nociones de similar naturaleza, como por ejemplo, la ética pública, adoptada en el derecho extranjero, particularmente en los ordenamientos jurídicos de tres Estados: Brasil, México y Estados Unidos. Ello, con la finalidad no sólo de aprehender

⁴⁹ Esta tesis plantea que “no existe ninguna conexión conceptual necesaria entre derecho y moral. Esto implica que todas las relaciones entre derecho y moral tienen un carácter meramente contingente. Con ello se niega que exista una conexión necesaria entre lo que manda el derecho y lo que exigen la moral o la justicia, o entre el derecho que es y el derecho que debe ser. (...) define la versión más débil del positivismo jurídico. Con ello no excluye la posibilidad de que el derecho positivo de una determinada comunidad contenga principios morales que eventualmente transformen los derechos humanos en derecho positivo mediante disposiciones constitucionales.” Robert Alexy, *La institucionalización de la justicia* (Granada – España: Editorial Comares, 2005), pp.17-18.

⁵⁰ La tesis de la separación “supone necesariamente la tesis de la separabilidad, y añade a la misma que existen buenas razones normativas para definir al derecho de modo que todos los elementos morales resulten excluidos”. *Ibidem*, p. 18

⁵¹ Bajo esta concepción, “el concepto del derecho debe o debería incluir elementos morales”. *Ibidem*, p. 20.

y describir los conceptos que son incorporados al sistema jurídico de estos Estados como instrumento de lucha contra la corrupción, sino también con el propósito de identificar patrones comunes de respuesta al flagelo de la corrupción y degradación moral, que nos permita evaluar su eventual trasposición en nuestro ordenamiento jurídico.

En el segundo capítulo se realiza un recuento y análisis de la evolución conceptual que ha tenido el derecho colectivo a la moralidad administrativa en el derecho colombiano y, especialmente, en la jurisprudencia. Por tanto, se desarrolla un estudio de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en la materia, con el fin de dilucidar avances o retrocesos en su definición, que inciden directamente en su tutela jurisdiccional.

En el tercer capítulo, se procede a la revisión de la jurisprudencia proferida por el Consejo de Estado durante los últimos veintiún años, en materia de acciones populares que protegen la moralidad administrativa, con miras a determinar en su conjunto cuáles son los obstáculos (actuales) de carácter sustancial y procesal que impiden su adecuada protección, a partir de las reformas legislativas y de los parámetros establecidos en la jurisprudencia del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo en su condición de juez constitucional. De esta forma, se resalta y advierte la importancia que tiene la labor del juez en la garantía y protección de los derechos colectivos y, en particular, de la moralidad administrativa como mecanismo de control ciudadano a las actividades del poder público.

Por último, se presentan las principales conclusiones surgidas luego de la revisión y análisis del contexto actual en el que se desenvuelve la defensa del derecho colectivo a la moralidad administrativa en nuestro ordenamiento jurídico, como consecuencia de los efectos de las reformas legislativas y la aplicación e interpretación jurisprudencial realizada por el máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa, así como los principales retos que enfrenta su vigencia y protección.

CAPÍTULO I - APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN Y ADOPCIÓN DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA O ÉTICA PÚBLICA EN EL DERECHO EXTRANJERO: ¿ACOGIMIENTO O RECHAZO?

El principal objetivo de este capítulo consiste en realizar una aproximación al concepto de moralidad administrativa u otros asociados como el de ética pública⁵² que orienta la actividad de la administración pública del Estado, en ordenamientos jurídicos extranjeros, particularmente en Brasil, México y EEUU. La razón de su escogencia obedece al hecho de que estos países son pioneros⁵³ en la regulación y desarrollo de acciones colectivas⁵⁴ que protegen los derechos e intereses colectivos, no sin antes advertir que nuestros esfuerzos no se dirigirán al estudio comparado⁵⁵ de cada una de estas acciones y los derechos que protegen, sino que, por el contrario, estarán encaminados a identificar, describir y analizar la forma en que se concibe la moralidad administrativa o ética pública que sirve de base a la actuación de la administración pública de estos Estados, en lo atinente a las normas o parámetros de conducta que orientan el comportamiento de los funcionarios públicos, principalmente de la rama ejecutiva, en la medida en que constituyen una garantía de la integridad y transparencia del servicio estatal y, en este sentido, se convierte en una de las formas de prevención de la corrupción al interior de los sistemas jurídicos.

⁵² En términos de Villoria, la ética pública se distingue de la moral privada y “trata de definir lo que está bien y mal para la colectividad, aquello que podría constituir un patrón moral básico de carácter universal y generalizado dado lo racional y razonable de sus fines, valores y prescripciones de conducta, patrón compatible con la propia búsqueda razonable del bien”. Manuel Villoria. *Ética pública y corrupción en el inicio de un nuevo milenio. Foro Internacional*, vol. 42, núm. 4, 2002, p. 663.

⁵³ Juan Ángel Palacio Hincapié, *Acciones populares y de grupo: La legitimación en las acciones colectivas a la luz del Derecho Comparado* (Medellín – Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2012), pp. 7.

⁵⁴ Las acciones colectivas son aquellas que se ventilan a través de los procesos colectivos. Acogiendo la definición de Didier y Zaneti, “(...) el proceso es colectivo si la relación jurídica litigiosa es colectiva. Una relación jurídica litigiosa es colectiva si en uno de sus términos, como sujeto activo o pasivo, se encuentra un grupo (comunidad, categoría, clase, etc.; se designa cualquiera de ellos por el género *grupo*). Si la relación jurídica litigiosa involucra un derecho (situación jurídica activa) o un deber o un estado de sujeción (situaciones jurídicas pasivas) de un determinado grupo, su enjuiciamiento en sede jurisdiccional habrá de hacerse por medio de un proceso colectivo”. Fredie Didier y Hermes Zaneti. *Las acciones colectivas y el enjuiciamiento de casos repetitivos: dos tipos de proceso colectivo en el Derecho brasileño. International Journal of Procedural Law*, vol. 7, núm. 2, 2017, p. 268.

⁵⁵ Charles Ragin, *The comparative method*, p. 16.

En este sentido, la información recopilada nos permitirá contar con referentes internacionales que contemplen en su institucionalidad jurídica el concepto de “moralidad administrativa”, “integridad pública” o “ética pública” aplicada al poder público, los cuales pueden utilizarse de insumo o ejemplo para comprender y concretar el derecho colectivo a la moralidad administrativa en nuestro sistema jurídico, desde una perspectiva global y ampliada del significado y, a la vez, servir de orientación a los jueces colombianos de la acción popular, cuando se trate de proteger este derecho, no sólo por la complejidad que entraña la determinación y alcance de su concepto, sino por la importancia que reviste la utilidad y efectividad de la moralidad administrativa, en tanto derecho que le asiste a la ciudadanía de exigir un comportamiento probo, transparente y pulcro de quienes ejercen las funciones administrativas del Estado.

En este orden de ideas, el primer capítulo de esta tesis pretende abordar la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuál ha sido el tratamiento otorgado al concepto de moralidad administrativa u otros similares en el derecho extranjero y qué herramientas jurídicas se han previsto para su protección?

Para este propósito, el primer capítulo se estructura en cinco partes: la primera, hace alusión a la relación existente entre la ética y la moral en tanto elementos estructurales del ejercicio de la función pública; la segunda, se refiere a la consagración constitucional y legal del principio y derecho colectivo de la moralidad administrativa en el ordenamiento jurídico de Brasil; la tercera, se orienta a resaltar la importancia que tienen los códigos de ética en los Estados Unidos de América, debido a que estos positivizan la exigencia de una moral pública aplicada a las diferentes ramas del poder estatal; la cuarta, hace énfasis en la ética que se predica de los funcionarios públicos de los Estados Unidos Mexicanos y su garantía a través del régimen de responsabilidad administrativa, para luego abordar algunos aspectos relevantes del Código de Ética de la Administración pública federal; y la quinta, recoge a manera de síntesis, la finalidad común de la consagración de la moralidad administrativa o ética de la administración pública en los Estados escogidos.

1. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LA ÉTICA Y LA MORAL COMO ELEMENTOS CARDINALES DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, EN PARTICULAR DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Antes de indagar sobre el concepto de moralidad administrativa o ética de la administración pública en cada uno de los ordenamientos jurídicos propuestos, resulta de vital importancia traer a colación la definición de dos nociones: “moral” y “ética”, con la finalidad de observar que, a pesar de ser diferentes, guardan similitudes y, para los propósitos de este trabajo de investigación, serán usados de manera indistinta para evitar que la discusión gire en torno a la terminología adoptada en los Estados objeto de investigación, teniendo en cuenta que, en algunos de los sistemas jurídicos analizados se adopta uno u otro término para denotar los comportamientos –en la mayoría positivizados– de los funcionarios públicos, guiados por principios y valores de la organización o institución a la cual prestan sus servicios, y que se esperan de acuerdo a sus deberes y responsabilidades, en relación con la comunidad en la que vive⁵⁶.

Por un lado, la ética hace alusión al “estudio formal de las normas morales y la conducta. Por esta razón, el estudio de la ética también se denomina con frecuencia “filosofía moral”⁵⁷. Dicho en otras palabras, “la moral son las reglas del juego. La ética es cómo eliges jugarlos”⁵⁸, por lo que la ética sería el género y la moral, la especie u objeto de aquella. En este mismo sentido, la Real Academia Española (RAE) define la ética como el “conjunto de normas morales que rigen la conducta de la persona en cualquier ámbito de la vida. *Ética profesional, cívica, deportiva*”⁵⁹.

Por otro lado, la moral se describe como la “doctrina del obrar humano que pretende regular el comportamiento individual y colectivo en relación con el bien y el mal y los

⁵⁶ Fabio Hernández Ramírez. Ética de lo público. Modelo de gestión ética para las entidades del Estado colombiano. *Integritas*, núm. 1, 2018, pp. 83-84.

⁵⁷ “Ethics & Integrity Defined”, *ABOUT SEIGOV*, acceso el 05 de julio de 2020, http://www.aspaonline.org/ethicscommunity/SEIGOV_section/About.html.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.4 en línea]. <<https://dle.rae.es/%C3%A9tico#H3y8Ijj>> [20 de julio de 2020].

deberes que implican”⁶⁰ o aquello “perteneiente o relativo a las acciones de las personas, desde el punto de vista de su obrar en relación con el bien o el mal y en función de su vida individual y, sobre todo, colectiva”⁶¹.

Podría pensarse *prima facie* que es poco probable adoptar normas o principios morales que tengan la intención de adquirir validez universal, debido a la imperante particularidad e individualidad que representan los modelos éticos de vida de cada individuo, los cuales no sólo deben ser respetados, sino que además, no tienen la capacidad de ser vinculantes para el resto de la comunidad⁶². Sin embargo, “el que se reconozca como fenómeno sociológico la progresiva privatización de los ideales y modelos éticos no quiere decir que pueda admitirse también la privatización y la relatividad de todos los valores y de los principios morales, porque sin una moral pública no es posible el orden político, el derecho, ni la sociedad misma”⁶³.

En consecuencia, bajo la anterior premisa se admite la posible presencia de principios y pautas morales que se predicán en el ámbito de lo público, como por ejemplo, en las relaciones entre el Estado y los particulares y, en el ejercicio del poder público desplegado por los servidores públicos a través de lo que comúnmente se denomina “*función pública*”, entendida como “toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”⁶⁴.

Es en este escenario y, generalmente, en la administración pública del Estado, en el que se manifiesta la “*moralidad administrativa*” o “*ética de la administración pública*”, ya que respecto del ejercicio de la función administrativa, en tanto expresión de la acción pública y actividad profesional, pueden vislumbrarse problemas de tipo moral. Ello sucede por ejemplo, en el caso de un funcionario público que supedita y utiliza el bien interno (fin social o interés general) propio de la actividad pública encomendada, como un medio para alcanzar los bienes externos (intereses personales como el dinero, poder, prestigio o estatus social),

⁶⁰Ibidem.

⁶¹Ibidem.

⁶²Julio de Zan, La ética, los derechos y la justicia, p. 26.

⁶³Ibidem, pp. 26-27.

⁶⁴Artículo I. Convención Interamericana contra la Corrupción. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 1398 de 07 de junio de 1996.

en calidad de fin principal de la misma, en detrimento de los intereses colectivos y la misionalidad de la institución pública a la que representan⁶⁵. De esta manera, la “inversión de los fines de una práctica es el principio de lo que se debe denominar corrupción sustancial, en sentido moral”⁶⁶.

La anterior situación de decadencia moral ha conllevado a los Estados a interesarse por incorporar en su legislación conductas que establezcan parámetros morales –en forma de permisión o prohibición– a las personas naturales o jurídicas que actúan en nombre o al servicio del Estado o sus entidades, respectivamente, de acuerdo con las concepciones de lo que se debe hacer, lo que es justo y correcto, dentro de una comunidad política organizada. Esta moral, basada en la racionalidad, es explicada por Zan en los siguientes términos:

“(...) lo moral constituye entonces la modalidad especial de la racionalidad que corresponde al campo de las acciones y de las máximas que las orientan, o de las normas que las rigen, y que esta racionalidad moral se actualiza y se justifica mediante el discurso práctico acerca de lo correcto y de la justicia. El discurso moral, que tematiza lo que se debe o no se debe hacer, es constitutivo de la moralidad. Los conceptos de justicia y de deber son centrales en el campo de lo moral, pero decir que algo es justo, o se debe... equivale a decir que hay buenas razones que se pueden sostener mediante argumentos en favor de una determinada conducta como obligatoria. Uno puede tener buenos argumentos en contra de la justicia de una norma jurídica y, sin embargo, la norma sigue vigente mientras no haya sido derogada. En el campo moral en cambio no se concibe una situación semejante; si existen argumentos válidos que fundamentan el juicio negativo sobre la razonabilidad o moralidad de una conducta, de una costumbre o de una norma, éstas quedan, eo ipso, determinadas como no morales o inmorales (y a la inversa)”⁶⁷.

Asimismo, debemos precisar que no debe confundirse el campo de la moral administrativa con la moral interna o punto de vista subjetivo e individual del funcionario, ya que aquella se manifiesta en la esfera de lo público y se evalúa desde un juicio de

⁶⁵Refiriéndose a la distinción entre bienes internos y externos de una práctica profesional, Zan expresa lo siguiente: “volviendo al punto inicial de los bienes, MacIntyre ha puesto de relieve una distinción importante entre los *bienes internos* a una práctica, a los que se orienta su finalidad social objetiva y la racionalidad de las reglas que la constituyen, y los *bienes externos*, como los intereses personales, o motivaciones subjetivas que incentivan a los sujetos que las ejercen, y que pueden ser muy diversas. Los primeros son los que justifican y legitiman el sentido y la validez social de una práctica”. Julio de Zan, *La ética, los derechos y la justicia*, pp. 192-196.

⁶⁶Ibidem, p. 195.

⁶⁷Ibidem, p. 41.

razonabilidad, por cuanto el actuar de la administración tiene como finalidad última la satisfacción del interés general y del bien común, por oposición al interés privado. En este sentido:

“El acuerdo y el desacuerdo en el campo de lo moral no es una cuestión de preferencias subjetivas, sino que tiene que ver con el juicio reflexivo acerca de la razonabilidad de una conducta o de una norma, y solamente puede fundamentarse mediante argumentos racionales cuya pretensión de validez haya sido expuesta a la crítica y pueda ser públicamente reconocida. Por lo tanto, la moralidad implica apertura para escuchar a los otros y considerar los argumentos de todos los demás. La moral no es un asunto privado sino esencialmente comunicable. (...) La moral implica el trato igual y el reconocimiento recíproco de las personas: es esencialmente intersubjetiva. A la gramática de lo moral, como a la gramática de lo verdadero, pertenece una necesaria pretensión de validez universal. Más aún, desde Kant se considera que la universalizabilidad de una máxima de acción (o la posibilidad de aceptar que sea adoptada por todos los demás) es el criterio para juzgar su moralidad. Mientras las normas jurídicas se aplican solamente dentro de los límites de una determinada jurisdicción territorial, las normas morales no admiten semejantes recortes de su validez”⁶⁸.

Como corolario de lo anterior, se tiene que la moralidad y, en particular, la moralidad administrativa se ubica en la acción pública de los Estados, en relación con la cual los ciudadanos realizan cuestionamientos de tipo moral a quienes detentan el poder, denuncian la corrupción y ponen en entredicho algunas decisiones de tipo político que afectan los intereses públicos, tomando cada vez más conciencia de la importancia de la ética y la moral en el ejercicio del poder público, convirtiéndose de esta manera en un elemento que legitima la actuación del Estado y de sus funcionarios⁶⁹.

Visto lo anterior, se puede afirmar que los conceptos de ética pública o moralidad administrativa revisten especial importancia dentro del ordenamiento jurídico de cualquier Estado democrático, al ser elementos transversales del ejercicio de la función pública y, en particular, de la función administrativa desplegada por particulares o servidores públicos, por lo que una aproximación a su significado, desde la perspectiva de algunos Estados diferentes a Colombia —como pasará a exponerse—, nos permitirá tener insumos y elementos de juicio,

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 42.

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 78.

de cara al tratamiento legal y judicial otorgado a estos conceptos en nuestro ordenamiento jurídico.

2. LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA EN BRASIL: DESARROLLO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL PRINCIPIO Y DERECHO COLECTIVO

2.1. La acción popular que protege la moralidad administrativa

La Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 consagró el derecho colectivo a la moralidad administrativa dentro del capítulo de derechos y deberes individuales y colectivos, permitiendo a cualquier ciudadano invocar su protección a través de la interposición de la acción popular brasileña⁷⁰, como mecanismo procesal idóneo para su defensa, teniendo por finalidad la anulación del acto o contrato de la administración que lesione, entre otros, este derecho de naturaleza colectiva. Veamos lo que señala al respecto:

“LXXIII - cualquier ciudadano tiene legitimidad para interponer una acción popular que tenga como objetivo anular un acto lesivo al patrimonio público o al patrimonio de un organismo en el cual participe el Estado, a la moralidad administrativa, al medio ambiente y al patrimonio histórico y cultural, quedando el autor, salvo que se demuestre mala fe, exento de las costas procesales y de la tasación de costas; (...)”⁷¹.

Del artículo anteriormente transcrito se observa una primera apuesta del ordenamiento jurídico brasileño por incorporar en su texto constitucional la moralidad administrativa, como un bien jurídico colectivo pasible de protección a través de la acción popular, de la cual es titular cualquier ciudadano. Con su interposición, se permite la

⁷⁰Congresso Nacional. Lei Nº 4.717 de 29 de Junho de 1965, *Regula a ação popular*. Diário Oficial da União de 05/07/1965. “En la instancia judicial, junto a los procesos penales, la acción popular y la acción civil pública faculta a la iniciativa popular, o del Ministerio Público, como instrumento de control de la legalidad en los actos de la Administración Pública y se especializan en el combate a la corrupción ya sus efectos dañinos al patrimonio público”. (Traducción libre) Caio Tácito. *Moralidade Administrativa*. *Revista de Direito Administrativo*, núm. 218, 1999, p. 5.

⁷¹ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución de la República Federativa de Brasil, promulgada el 5 de octubre de 1988, numeral LXXIII del artículo 5º, Capítulo I “*De los derechos y deberes individuales y colectivos*” del Título II “*De los derechos y garantías fundamentales*”.

anulación de actos de la administración pública⁷² o contratos celebrados con personas naturales o jurídicas de derecho privado⁷³, y la participación activa del Ministerio Público en el proceso⁷⁴.

Sin embargo, de la previsión constitucional y de lo dispuesto en la Ley n° 4.717 de 1965 que regula acción popular, no se desprende un concepto de lo que se debe entender por “moralidad administrativa”, a lo mejor, porque su incorporación como derecho colectivo en la Constitución fue posterior a la expedición de la Ley de acción popular, lo cual no implica *per se* su desconocimiento como causal de anulación de los actos lesivos del patrimonio de la administración⁷⁵.

Es importante resaltar que la Ley de acción popular establece los casos⁷⁶ en que es procedente la declaratoria de nulidad y la consecuente pérdida de los efectos del acto o contrato que vulnere el patrimonio de las entidades públicas e inclusive, permite como medida cautelar, la suspensión previa del acto impugnado⁷⁷. Algunos de los casos que se contemplan son los siguientes:

“Art. 2o Son nulos y sin efecto los actos lesivos para el patrimonio de las entidades mencionadas en el artículo anterior, en los casos de:

- a) incompetencia;*
- b) vicio de forma;*
- c) ilegalidad del objeto;*
- d) inexistencia de motivos;*
- e) desvío de finalidad.*

⁷² Juan Carlos Guayacán Ortiz, *Las acciones populares y de grupo frente a las acciones colectivas*, pp. 223-224. Artículo 4° de la Ley 4.717 de 1965.

⁷³ Numeral 3° del artículo 6 de la Ley 4.717 de 1965.

⁷⁴ Numeral 4° del artículo 6 de la Ley 4.717 de 1965.

⁷⁵ El artículo 1° de la Ley 4.717 de 1965 permite que cualquier ciudadano solicite la anulación de los actos lesivos del patrimonio de las siguientes entidades: “(...) la Unión, Distrito Federal, Estados, Municipios, entidades autónomas, empresas de economía mixta (Constitución, art. 141, § 38), mutuas en las que la Unión representa a asegurados ausentes, empresas públicas, servicios sociales autónomos, instituciones o fundaciones para cuya creación o financiación el tesoro público haya competido o compita con más del cincuenta por ciento del patrimonio o ingresos anuales, de empresas incorporadas al patrimonio de la Unión, el Distrito Federal, los Estados y el Municipios y las personas jurídicas o entidades subvencionadas por las arcas públicas”. (Traducción Libre)

⁷⁶ Las causales de nulidad de los actos lesivos del patrimonio se contemplan en los artículos 2 al 4 de la Ley 4.717 de 1965.

⁷⁷ Numeral 4° del artículo 5 de la Ley 4.717 de 1965.

Párrafo único. Para la conceptualización de los casos de nulidad se observarán las siguientes reglas:

- a) la incompetencia se caracteriza porque el acto no está incluido en las atribuciones legales del agente que lo realizó;*
- b) el vicio de forma consiste en la omisión o en la observancia incompleta o irregular de las formalidades esenciales para la existencia o seriedad del acto;*
- c) la ilegalidad del objeto se produce cuando el resultado del acto es una violación de la ley, reglamento u otro acto normativo;*
- d) se comprueba la inexistencia de los motivos cuando la cuestión de hecho o de derecho en que se fundamenta el acto es materialmente inexistente o legalmente inadecuada para el resultado obtenido;*
- e) la desviación de finalidad se produce cuando el agente practica el acto con un propósito distinto al previsto, explícita o implícitamente, en la regla de competencia”⁷⁸.*

Así las cosas, para la doctrina brasileña, un acto administrativo expedido por una autoridad pública rebasa la moralidad administrativa cuando en su eficacia –medida por los efectos esperados con la actuación- se desconoce la motivación y la finalidad orientada hacia el bien común y la buena administración, por lo que el acto aparentemente válido se encuentra viciado y es pasible de anulación por el juez⁷⁹.

En este sentido, la vulneración a la moralidad administrativa se produce cuando “el agente público expide un acto administrativo (contrato administrativo o acto administrativo complejo) fundándose en motivo: a) inexistente; b) insuficiente; c) inadecuado; d) incompatible; y e) desproporcionado”⁸⁰ o en “objeto: a) imposible; b) desconforme; e c) ineficiente”⁸¹.

Se ha señalado entonces que cuando un “acto administrativo no tiene una motivación (subjetividad) o finalidad (objetividad) clara y definida, constituye una falla en la manifestación de voluntad, una forma carente de licitud o de moral para alcanzar la eficacia necesaria para la ejecución en condiciones normales, no bastando la competencia en la

⁷⁸ Artículo 2º de la Ley 4.717 de 1965.

⁷⁹ Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Do princípio da moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, núm. 190, 1992, p. 248; Tácito, *Moralidade Administrativa*, p. 9; Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Moralidade Administrativa: Do Conceito À Efetivação*. *Revista de Direito Administrativo*, núm. 190, 1992, p. 11.

⁸⁰ Diogo De Figueiredo Moreira Neto, *Moralidade Administrativa*, p. 11. (Traducción libre).

⁸¹ *Ibidem*, p. 13. (Traducción libre).

actividad permitida”⁸². La moral –estructurada con la imparcialidad y legalidad–, al ser un principio que tiene fundamento constitucional, convierte la imparcialidad administrativa en una condición *sine qua non* de la aplicación de los textos legales y de la actividad de la administración⁸³. Como consecuencia, “el deber constitucional se convierte en deber administrativo, constituyendo así un valor jurídico subjetivo condicionante de la gestión gubernamental, condicionando actos y soluciones consecuentes de los actos”⁸⁴.

De lo anterior, se podría establecer una similitud o cercanía entre la violación de la moralidad administrativa adoptada en Brasil y algunas de las causales de anulación de los actos administrativos previstas en nuestro ordenamiento jurídico, particularmente la falta o error en los motivos y la desviación de poder⁸⁵. La primera de ellas, por cuanto se refiere a la inexistencia de hechos que motivan la decisión administrativa o al error en la valoración de los motivos de hecho o de derecho que sirvieron de fundamento a la decisión⁸⁶. La segunda, toda vez que se configura cuando “la atribución de que está investido un funcionario para expedir un acto administrativo no se ejerce hacia el fin exigido por la ley, sino en busca de logros diferentes”⁸⁷, pese a que el acto revista en su exterior las formalidades legales.

De lo reseñado anteriormente, llama la atención que el ordenamiento jurídico y doctrina brasileña asocian la moralidad administrativa con la exigencia de que los actos y contratos que emanen de la administración pública estén revestidos de motivos de *facto* y de *iure*, así como de la finalidad prevista por el legislador, permitiendo incluso la interposición de la acción popular de rango constitucional para perseguir la declaratoria de su nulidad, cuestión que está proscrita en nuestro ordenamiento jurídico⁸⁸, lo cual da cuenta de las limitaciones que el legislador colombiano ha impuesto a la acción popular, en contravía del verdadero alcance que puede revestir la moralidad administrativa, como en el caso de Brasil.

⁸² Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Do princípio da moralidade administrativa, p. 249. (Traducción libre).

⁸³ *Ibidem*, p. 250.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 250.

⁸⁵ Artículo 137 de la Ley 1437 de 2011.

⁸⁶ Jaime Vidal Perdomo y Carlos Molina Betancur, *Derecho Administrativo* (Bogotá D.C. – Colombia: Legis, 2019), p. 664.

⁸⁷ Consejo de Estado, Sentencia de 1 de julio de 2015, Rad. 34587.

⁸⁸ Artículo 144 de la Ley 1437 de 2011.

En resumidas cuentas, la protección de la moralidad administrativa a través de la acción popular comporta un claro ejemplo del ejercicio de la participación ciudadana en los asuntos públicos de Brasil, cuya finalidad es permitir el control de los actos y contratos administrativos, para exigir un gobierno íntegro, libre de corrupción y deshonestidad⁸⁹. Así las cosas, “la moralidad administrativa, en la expansión de la agenda anticorrupción en Brasil, se ha materializado como un instrumento para combatir la corrupción, o más precisamente, la inmoralidad y la improbidad del Estado”⁹⁰.

2.2. La moralidad o improbidad administrativa como principio constitucional de la administración pública

Por otra parte, se observa que la moralidad administrativa es un principio constitucional rector de la actividad de la administración pública en todos los niveles de la organización político-administrativa de Brasil, es decir, en la Unión, en los estados, en el Distrito Federal y municipios, en virtud de lo contemplado en el artículo 37⁹¹ de la CRFB y 2º de la Ley 9.784 del 29 de enero de 1999⁹².

En el párrafo 4º del artículo 37 constitucional se empleó el término de “probidad administrativa” y, en este discurrir, se consagraron sanciones derivadas de los actos de improbidad administrativa realizados por funcionarios públicos, tales como la “suspensión de los derechos políticos, la pérdida de la función pública, la indisponibilidad de los bienes

⁸⁹ Masson citado en Otávio Santiago Gomes da Silva. *Moralidade administrativa: Considerações a respeito do combate à corrupção e accountability no Brasil (2011-2015)*. *Revista de Ciências do Estado*, vol. 3, núm. 1, 2018, p. 281.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 289.

⁹¹ Artículo 37, Capítulo VII “*De la administración pública*” del Título III “*De la organización del Estado*” de la Constitución de la República Federativa de Brasil.

⁹² Congresso Nacional. Lei Nº 9.784 de 29 de Janeiro de 1999, *Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*. Diário Oficial da União de 01/02/1999. “Art. 2º La Administración Pública obedecerá, entre otros, a los principios de la legalidad, finalidad, motivación, razonabilidad, proporcionalidad, moralidad, amplia defensa, contradictorio, seguridad jurídica, interés público y eficiencia.

Parágrafo único. En los procedimientos administrativos se observarán, entre otros, los criterios de:

I - actuación conforme a la ley y al Derecho;

II - atención a fines de interés general, vedada la renuncia total o parcial de poderes o competencias, salvo autorización en ley;

III - objetividad en la atención del interés público, vedada la promoción personal de agentes o autoridades;

IV - actuación según patrones éticos de probidad, decoro y buena fe; (...). (Traducción Libre)

y el resarcimiento al erario, con arreglo a lo dispuesto por la ley, sin perjuicio de la acción penal aplicable”⁹³, sin mencionar en el texto constitucional cuáles conductas pertenecían a esta categoría jurídica.

Fue el legislador brasileño quien determinó, en la Ley 8.429 de 2 de junio de 1992⁹⁴, el procedimiento administrativo en el que se investigan y sancionan los actos comprendidos dentro del concepto de “improbidad administrativa”⁹⁵, fijando cuatro categorías, a saber:

- 1) Actos que implican enriquecimiento ilícito: se refiere a la obtención de cualquier tipo de provecho económico indebido, con ocasión del ejercicio del cargo, función, mandato, empleo o actividad desempeñada en las entidades de la administración pública⁹⁶.
- 2) Conductas por acción u omisión que causen perjuicio al erario público, realizadas con dolo o culpa, bien sea porque impliquen pérdida del patrimonio, desviación, uso indebido, despilfarro o apropiación de bienes de las entidades públicas⁹⁷.
- 3) Cualquier acción u omisión de la que resulte una concesión o aplicación indebida de beneficios financieros o tributarios⁹⁸.
- 4) Actos que lesionen los principios de la administración pública, es decir, cuando por acción u omisión se violen los deberes de honestidad, imparcialidad, legalidad y lealtad a las instituciones⁹⁹.

⁹³ Párrafo 4º del artículo 37 de la Constitución de la República Federativa de Brasil. (Traducción Libre)

⁹⁴ Congresso Nacional. Lei Nº 8.429 de 02 de Junho de 1992, *Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências*. Diário Oficial da União de 03/06/1992. Otra de las medidas jurídicas dispuesta por la legislación de Brasil en la lucha contra la corrupción, es la reciente “*Ley de Empresas Limpias de Brasil*”, la cual establece amplias prohibiciones, así como la responsabilidad civil y administrativa de particulares y de compañías brasileñas por sobornar a funcionarios públicos extranjeros o locales, principalmente en el proceso de oferta y adquisición de contratos públicos, asemejándola a la “*U.S. Foreign Corrupt Practices Act*” y a la “*U.K. Bribery Act*”. Congresso Nacional. Lei Nº 12.846 de 1 de agosto de 2013, *Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências*. Diário Oficial da União de 02/08/2013.

⁹⁵ Este concepto es asimilado a la moralidad administrativa, por cuanto se relacionan con la honestidad en la administración pública.

⁹⁶ Artículo 9 de la Ley Nº 8.429 de 1992.

⁹⁷ Artículo 10 de la Ley Nº 8.429 de 1992.

⁹⁸ Artículo 10-A de la Ley Nº 8.429 de 1992.

⁹⁹ Artículo 11 de la Ley Nº 8.429 de 1992.

Del examen anterior se advierte que las conductas enmarcadas dentro del concepto de improbidad administrativa están íntimamente vinculadas con el concepto de patrimonio público y enriquecimiento ilícito, así como con el desconocimiento de los principios de la administración pública. Su determinación legal y taxativa podría significar cierta seguridad jurídica para sus destinatarios, pero a la vez puede ser excluyente de algunas conductas que afecten igualmente los principios de la administración pública, las cuales, al no encontrarse tipificadas en la legislación, escaparían del control de la acción por improbidad administrativa.

No obstante la inclinación hacia un sistema cerrado y taxativo de conductas, vale la pena resaltar la autonomía e independencia de la acción respecto de otro tipo de procesos y sanciones de tipo penal o civil; el carácter indemnizatorio de la acción¹⁰⁰, la posibilidad de que cualquier persona represente a la autoridad administrativa para que se realice la investigación¹⁰¹ y el concepto ampliado del sujeto pasivo de la acción, en tanto puede ser “cualquier agente público, servidor o no”¹⁰² e inclusive se extiende a “todo aquél que, sin ser agente público, induzca o contribuya a la práctica del acto de improbidad o se beneficie de él en forma directa o indirecta”¹⁰³.

Así las cosas, hasta el momento podemos apreciar como el ordenamiento jurídico de Brasil imprime a la moralidad administrativa rango constitucional, en su doble dimensión de principio y derecho colectivo. De ahí que se prevean diferentes sanciones a raíz de su inobservancia, bien sea con ocasión de la expedición de un acto o contrato de la administración pública –caso en el cual opera la acción popular con el fin de perseguir su anulación– o como consecuencia de la realización de actos de la autoridad pública que impliquen falta de probidad administrativa –caso en el cual se disponen sanciones de tipo personal como la suspensión de derechos políticos hasta la destitución del cargo público–.

La moralidad administrativa se concreta entonces como principio constitucional “determinante de las reglas de conducta, traza líneas de comportamiento tanto para el

¹⁰⁰ Artículo 12 de la Ley N° 8.429 de 1992.

¹⁰¹ Artículo 14 de la Ley N° 8.429 de 1992.

¹⁰² Artículo 1° de la Ley N° 8.429 de 1992. (Traducción libre).

¹⁰³ Artículo 3° de la Ley N° 8.429 de 1992. (Traducción libre).

individuo como para el Estado”¹⁰⁴ y funciona como medio de control de la legalidad y de la legitimidad de la actividad de la administración pública¹⁰⁵, para la buena gestión de los bienes patrimoniales públicos, para la preservación del orden público y para el respeto de las instituciones¹⁰⁶. En otras palabras, es un sistema moral propio de la administración “que exige de sus agentes absoluta fidelidad a la producción de resultados que sean adecuados para la satisfacción de los intereses públicos, así por ley caracterizados y a ella cometidos”¹⁰⁷.

En síntesis, se puede establecer que existe una adopción constitucional, legal y doctrinal de la noción de moralidad administrativa en el ordenamiento jurídico brasileño, entendida como principio y derecho colectivo, último caso en el cual es plausible de tutela a través de la acción popular para solicitar la nulidad del acto o contrato administrativo violatorio de este derecho. Asimismo, se observa cómo se consagró en la ley el término de improbidad administrativa, estableciendo de manera taxativa los actos constitutivos de la misma, llevándonos a la conclusión del amplio desarrollo que han tenido estos conceptos no solo en el plano legal, sino también doctrinal, resaltando la importancia que reviste el derecho de los ciudadanos, entre otras, a que los recursos públicos sean manejados de manera correcta por los funcionarios del Estado¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Do princípio da moralidade administrativa, p. 250. (Traducción libre).

¹⁰⁵ Caio Tácito, Moralidade Administrativa, p. 5.

¹⁰⁶ Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. As práticas administrativas e o controle da moralidade. *Revista de Direito Administrativo*, núm. 115, 1974, pp. 5-6. (Traducción libre).

¹⁰⁷ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Moralidade Administrativa, p. 8. Para este autor, “bajo el prisma de la moralidad la satisfacción de los requisitos de legalidad del acto no es suficiente. Será necesario ir adelante, en el análisis de la acción administrativa, para investigar si el conjunto de sus elementos realmente sostiene el interés público o sólo da la falsa impresión de que lo hace”, p. 11. (Traducción libre).

¹⁰⁸ Juan Carlos Guayacán, *Las acciones populares y de grupo frente a las acciones colectivas*, pp. 154-156.

3. LA ÉTICA PÚBLICA EN LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS COMO GARANTE DE LA INTEGRIDAD DE LA ACTIVIDAD ESTATAL

3.1. La exclusión de la moralidad administrativa como derecho colectivo

El concepto de moralidad administrativa no se encuentra incorporado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹⁰⁹, así como tampoco en la legislación. Una primera oportunidad para su inclusión como derecho colectivo, lo habría sido en la Ley que reguló las acciones colectivas¹¹⁰ previstas en el artículo 17 constitucional, el cual determinó que el legislador establecería las materias objeto de protección de las acciones colectivas:

“Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. (...)”

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos. (...)”¹¹¹.

Así las cosas, el legislador reguló todo lo concerniente a las acciones colectivas en el Código Federal de Procedimientos Civiles¹¹², mediante la inclusión de los artículos 578 al

¹⁰⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.

¹¹⁰ Las acciones colectivas fueron incorporadas a la Constitución través del Decreto del 29 de julio de 2010. Congreso de la Unión, Decreto “*por el que se adiciona un párrafo tercero y se recorre el orden de los párrafos subsecuentes del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*”. Publicado en el Diario Oficial del 29 de julio de 2010. Es importante precisar que “hasta antes del 29 de julio de 2010, en México las acciones colectivas se habían manifestado en ramas muy específicas del derecho: a) en el *proceso del trabajo*, como acciones de los sindicatos, de la coalición de la mayoría de los trabajadores y de los patronos para crear o modificar condiciones generales de trabajo, con fundamento en las leyes federales del Trabajo de 1931 y 1969; y b) en el *proceso agrario*, como acciones de los núcleos de población ejidal y comunal para reclamar el amparo en contra de actos de autoridad que les privaran de sus derechos colectivos, en términos de la reformas de 1962 al artículo 107 constitucional, y de 1963 a la Ley de Amparo”. José Ovalle Favela. Legitimación en las acciones colectivas, p. 1084.

¹¹¹ Artículo 17. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

¹¹² Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos. *Código Federal de Procedimientos Civiles*. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 1943.

626 del Libro Quinto “*De las Acciones Colectivas*”¹¹³. El artículo 578 dispuso los intereses y derechos colectivos susceptibles de tutela mediante las acciones colectivas, así:

*“ARTICULO 578.- La defensa y protección de los derechos e intereses colectivos será ejercida ante los Tribunales de la Federación con las modalidades que se señalen en este Título, y sólo podrán promoverse en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente”*¹¹⁴.

De esta manera, se observa que las acciones colectivas contempladas en el sistema jurídico mexicano protegen únicamente las situaciones relacionadas con el consumo de bienes o servicios, de naturaleza pública o privada, y el medio ambiente, con lo cual se eliminó cualquier posibilidad de inserción del derecho colectivo a la moralidad administrativa para ser amparado mediante estas acciones, pese a que, en la exposición de motivos de la iniciativa del proyecto de Decreto que adicionó el artículo 17 constitucional en materia de acciones colectivas, se mencionó de manera expresa este derecho colectivo. Veamos:

“Una de las instituciones que en otros sistemas jurídicos han permitido la tutela colectiva de derechos e intereses, así como la organización y asociación de personas para la defensa de los mismos son las acciones y procedimientos colectivos; éstos son instituciones que permiten la defensa, protección y representación jurídica colectiva de derechos e intereses de los miembros de una colectividad o grupo dentro de una sociedad.

*El término derechos colectivos comprende los llamados derechos difusos, colectivos en sentido estricto e individuales de incidencia colectiva. (...)
Corresponderá al legislador ordinario tanto en el ámbito federal, como en el estatal, la adecuada interpretación del contenido y esencia de esta reforma, a efecto de establecer acciones y procedimientos ágiles, sencillos y flexibles que permitan la protección colectiva de derechos e intereses mencionados, en las materias en las que sea necesaria su regulación, incluyendo pero sin limitar a aquellas relacionadas con el medio ambiente, el equilibrio ecológico, el desarrollo sustentable, el uso y disfrute de espacios públicos, el uso y protección de los bienes del dominio público, libre competencia económica, acceso a servicios públicos, derechos de los consumidores*

¹¹³ Este Libro fue adicionado mediante el artículo primero del Decreto “*Por el que se reforman y adicionan el Código Federal de Procedimientos Civiles, el Código Civil Federal, la Ley Federal de Competencia Económica, la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros*”. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de agosto de 2011.

¹¹⁴ Artículo 578 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

*y usuarios, moralidad administrativa, así como todos aquellos previstos en la legislación secundaria y en tratados internacionales (...)*¹¹⁵.

De manera similar, se encontró a nivel jurisprudencial una tesis aislada en materia constitucional, del Noveno Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito de México, al resolver el amparo directo 57/2016, en el que se acogió la siguiente definición de moralidad administrativa:

“(...) La moralidad administrativa es 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. En ese campo, existen conductas no sólo generalmente aceptadas como inmorales, sino ilegales y hasta penalmente sancionadas.

*Así, la moralidad administrativa presenta dos niveles normativos; en el primero, como principio de la función administrativa, debe entenderse como aquel parámetro de conducta ética de los servidores públicos y particulares que ejercen dicha función, consistente en una obligación axiológica y deontológica del comportamiento funcional, según los postulados de la honradez, pulcritud, rectitud, buena fe, primacía del interés general y honestidad. En un segundo nivel, como derecho colectivo supone, en un aspecto negativo, la abstinencia de ciertas conductas o, en términos positivos, la realización material de un determinado acto o hecho acorde con el orden constitucional. Por otra parte, la moralidad administrativa se rige, entre otros, por el principio axiológico de la Constitución, que significa que las normas jurídicas no pueden interpretarse fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales; de ahí que implique para todos los servidores públicos el deber de actuar con honestidad, responsabilidad, ética, profesionalismo, siempre con respeto al interés público, a la primacía del interés general y a las normas sobre obligaciones, incompatibilidades y prohibiciones*¹¹⁶.

De la tesis anterior se advierte que la moralidad administrativa es reconocida desde una doble connotación: como principio de la función administrativa, a través del cual se fijan

¹¹⁵Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sentencia del 12 de marzo de 2013. Expediente 4/2012. M.P. Olga María del Carmen Sánchez Cordero. Véase también la Exposición de Motivos (Iniciativa propuesta por el Senador Jesús Murillo Karam) en la sentencia del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sentencia del 24 de octubre de 2013. Expediente 33/2012. M.P. Sergio A. Valls Hernández.

¹¹⁶Amparo directo 57 del 14 de abril de 2016. Noveno Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito de México. M.P. Sergio Urzúa Hernández. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 32, 08 de julio de 2016, p. 2184.

los principios y valores que guían el comportamiento ético de la actividad estatal desplegada por los funcionarios y particulares en ejercicio de esta función y, como derecho colectivo, se erige en un deber de acción o abstención de ciertas conductas determinadas por el ordenamiento jurídico y motivadas en todo momento por la satisfacción del interés público.

Sin embargo, tal y como fue anotado anteriormente, no existe a la fecha una consagración constitucional o legal, ni tampoco un desarrollo jurisprudencial sólido de la moralidad administrativa en el ordenamiento jurídico mexicano, lo cual no obsta para reconocer la exigencia de una moral o ética predicable de los funcionarios al servicio del gobierno federal, como veremos en los siguientes acápite.

3.2. La protección de la ética y moralidad de la función pública a través de la responsabilidad administrativa

La Constitución Política de México dispuso en el Título Cuarto los tipos de responsabilidad a los que se encuentran sujetos los servidores públicos, entre ellas, la responsabilidad política, civil, penal y administrativa, así como algunas de las sanciones aplicables en caso de inobservancia de las disposiciones que integran cada régimen¹¹⁷.

En relación con lo anterior y, para los efectos de esta investigación, llama la atención lo concerniente al régimen de responsabilidad administrativa plasmado desde la Constitución, en la medida en que éste contempla sanciones administrativas (amonestación, suspensión, destitución e inhabilitación) y económicas (de acuerdo al daño y perjuicio patrimonial causado, así como al beneficio particular) que buscan castigar a los servidores públicos que con sus actos u omisiones, quebranten la legalidad, eficiencia, imparcialidad, lealtad y honradez que debe orientar el ejercicio de sus funciones¹¹⁸.

Es importante precisar que esta responsabilidad no se limita al ámbito de la administración pública, sino que además, comprende a los funcionarios pertenecientes a las tres ramas del poder público, a saber:

¹¹⁷Informe Final de México. Aprobado en la sesión plenaria del 11 de marzo de 2005, en la séptima reunión del Comité de Expertos del Mecanismo de seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mec_inf_mex.pdf, p. 6.

¹¹⁸ Fracción III, Artículo 109 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

“(…) los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial de la Federación, los funcionarios y empleados y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el Congreso de la Unión o en la Administración Pública Federal, así como a los servidores públicos de los organismos a los que esta Constitución otorgue autonomía, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones. (…).”¹¹⁹.

Adicionalmente, es interesante observar cómo la Constitución hace extensible esta responsabilidad a aquellos particulares (personas naturales o jurídicas¹²⁰) que tengan intervención en los actos asociados con las faltas administrativas catalogadas como graves por la Ley, independientemente de cualquier otra responsabilidad que su acción pudiera generar, lo cual puede conllevar a la imposición de sanciones de tipo pecuniarias, inhabilidades para participar en contratos públicos, el resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados al Tesoro Público e incluso, la suspensión de actividades, disolución o intervención de la sociedad¹²¹, por parte de los Tribunales de Justicia Administrativa¹²².

De lo anotado anteriormente, se advierte el reconocimiento y reproche que la Constitución realiza a las situaciones de hecho que pueden afectar el correcto funcionamiento de las actividades estatales, por causa o con ocasión de la participación de personas naturales o jurídicas en éstas, lo cual resulta trascendental para la prevención y sanción de hechos de corrupción en el sistema. De hecho, para el establecimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas, se evalúa si cuentan con una política de integridad al interior de la

¹¹⁹ Inciso primero, artículo 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

¹²⁰ “Las personas morales serán sancionadas en los términos de esta fracción cuando los actos vinculados con faltas administrativas graves sean realizados por personas físicas que actúen a nombre o representación de la persona moral y en beneficio de ella”. Fracción IV, Artículo 109 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

¹²¹ Para el caso de las personas morales, que es el equivalente de las personas jurídicas en Colombia, la Constitución Mexicana establece que las sanciones serán aplicables en caso de “faltas administrativas graves que causen perjuicio a la Hacienda Pública o a los entes públicos, federales, locales o municipales, siempre que la sociedad obtenga un beneficio económico y se acredite participación de sus órganos de administración, de vigilancia o de sus socios, o en aquellos casos que se advierta que la sociedad es utilizada de manera sistemática para vincularse con faltas administrativas graves”. Fracción IV, Artículo 109 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

¹²² Fracción IV, Artículo 109 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

organización, en la que se fijan, entre otras, manuales de organización, códigos de conducta, mecanismos para fomentar la transparencia e integridad de la corporación, etc¹²³.

Esta aproximación constitucional a la responsabilidad administrativa de servidores públicos y particulares se desarrolla más específicamente en la Ley General de Responsabilidades Administrativas¹²⁴, cuyo propósito es:

- “I. Establecer los principios y obligaciones que rigen la actuación de los Servidores Públicos;*
- II. Establecer las Faltas administrativas graves y no graves de los Servidores Públicos, las sanciones aplicables a las mismas, así como los procedimientos para su aplicación y las facultades de las autoridades competentes para tal efecto;*
- III. Establecer las sanciones por la comisión de Faltas de particulares, así como los procedimientos para su aplicación y las facultades de las autoridades competentes para tal efecto;*
- IV. Determinar los mecanismos para la prevención, corrección e investigación de responsabilidades administrativas, y*
- V. Crear las bases para que todo Ente público establezca políticas eficaces de ética pública y responsabilidad en el servicio público”¹²⁵.*

En este orden de ideas, se incorporan al ordenamiento jurídico mexicano principios, conductas y directrices que propenden por el actuar íntegro, recto e imparcial de los funcionarios públicos en cada una de las ramas del poder público del Estado, con el fin de satisfacer el interés de la colectividad que se busca por medio de la actuación pública.

De manera complementaria al régimen de responsabilidades administrativas se instauró el Sistema Nacional Anticorrupción¹²⁶, cuya finalidad principal consiste en “establecer las acciones permanentes que aseguren la integridad y el comportamiento ético de los Servidores públicos, así como crear las bases mínimas para que todo órgano del Estado mexicano establezca políticas eficaces de ética pública y responsabilidad en el

¹²³ Artículos 24 y 25 del Decreto “*Por el que se expide la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción; la Ley General de Responsabilidades Administrativas, y la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa*”. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 2016.

¹²⁴ El artículo 7 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, establece que “los Servidores Públicos observarán en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, los principios de disciplina, legalidad, objetividad, profesionalismo, honradez, lealtad, imparcialidad, integridad, rendición de cuentas, eficacia y eficiencia que rigen el servicio público”.

¹²⁵ Artículo 2 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

¹²⁶ Decreto del 18 de julio de 2016.

servicio público”¹²⁷, con lo cual se refuerza el propósito del Gobierno mexicano de fortalecer y promover la ética pública y confianza de los ciudadanos en las instituciones.

3.3. El Código de Ética de la administración pública federal: hacia la cultura de la integridad de la función administrativa

El marco normativo señalado en precedencia sentó las bases y a su vez dispuso la obligación a cargo de las entidades públicas, de “crear y mantener condiciones estructurales y normativas que permitan el adecuado funcionamiento del Estado en su conjunto, y la actuación ética y responsable de cada servidor público”¹²⁸. Más concretamente, el artículo 16 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas señaló que los servidores públicos deben acatar el código de ética que para el efecto sea expedido por las secretarías u órganos internos de control de las entidades públicas, con el fin de que el mismo oriente una actuación honesta y pulcra de los funcionarios.

En lo que concierne al ámbito de la administración pública federal, la Secretaría de la Función Pública expidió recientemente el Código de Ética de las personas servidoras públicas del Gobierno Federal, el cual tiene dos objetivos principales:

*“I. Establecer un conjunto de principios, valores y reglas de integridad que orienten, en un marco de aspiración a la excelencia, el desempeño de las funciones y la toma de decisiones de las personas servidoras públicas, asumiéndolos como líderes en la construcción de la nueva ética pública, y
II. Constituir el eje, a partir del cual, las dependencias, entidades y empresas productivas del Estado, elaboren sus respectivos Códigos de Conducta en los que se consideren riesgos éticos específicos, en atención a su misión, visión y atribuciones”¹²⁹.*

De lo anterior se colige que el Código de Ética tiene por vocación servir de instrumento base para la consolidación de una cultura institucional de ética e integridad en el

¹²⁷ Fracción VIII, Artículo 2, de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción.

¹²⁸ Artículos 5 y 6 de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción y Ley General de Responsabilidades Administrativas, respectivamente.

¹²⁹ Artículo 1 del Acuerdo del 1 de febrero de 2019, “por el que se emite el Código de Ética de las personas servidoras públicas del Gobierno Federal”. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 05 de febrero de 2019.

desarrollo de las actividades estatales ejercidas por sus funcionarios, mediante la creación de un compendio de normas, principios y valores básicos que deben fundamentar los textos de los códigos de conducta que sean posteriormente expedidos al interior de cada entidad, dependencia y empresa del Estado, de acuerdo a su misionalidad específica.

De esta manera, “el propósito de los códigos de ética en la administración pública es el de impulsar, fortalecer y consolidar una cultura de respeto hacia los más altos valores en que debe sustentarse el servicio público”¹³⁰, estableciendo las conductas que deben evitar los funcionarios, así como aquellas que les están permitidas, con la finalidad primordial de promover una administración al servicio de la ciudadanía, eficiente y guiada por principios éticos, lo cual redundará en un mayor avance en materia de prevención de actos que constituyan corrupción y afecten el interés público.

Ello autoriza a concluir que, aunque no se consagre de manera expresa el concepto de moralidad administrativa en el ordenamiento jurídico mexicano, se dispone de un régimen constitucional y legal de responsabilidad administrativa, a través del cual se fijan los principios, obligaciones y conductas que deben observar los servidores públicos de las distintas ramas del poder público en el nivel federal y local, y se establece el Código de Ética que debe orientar el funcionamiento de las entidades adscritas a la administración pública federal.

4. LA INCORPORACIÓN DE CÓDIGOS DE ÉTICA EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Uno de los factores que podría explicar el por qué los Estados Unidos de América todavía se considera uno de los sistemas menos corruptos del mundo, es la comunalización e institucionalización de estándares éticos¹³¹. De esta manera, el comportamiento ético de los funcionarios de la administración pública no ha sido observado por el sistema jurídico estadounidense como un tema individual, sino que, por el contrario,

¹³⁰ María Elena Álvarez, *La ética en la función pública: Una propuesta para abatir la corrupción institucional en México* (México: Instituto Nacional de las Mujeres, 2005), p. 155.

¹³¹ Moataz Fattah. Professional Ethics and Public Administration in the United States. *International Journal of Public Administration*, núm. 34, 2011, p. 66.

consideraron la necesaria promulgación de códigos de ética que se incorporaran al ordenamiento jurídico de EEUU y, por tanto, adquirieran fuerza vinculante¹³².

Estos códigos de ética, que reflejan los estándares de conducta que deben seguir los funcionarios del gobierno, no se limitan al campo de la administración pública, ya que “en cada uno de los tres poderes del Gobierno Federal de los Estados Unidos (ejecutivo, legislativo y judicial) hay normas o códigos de conducta que se hacen cumplir en la esfera administrativa”¹³³, además de las normas civiles sobre ética y leyes penales en materia de conflictos de intereses, aplicables a las distintas ramas del poder público¹³⁴.

En este sentido, si bien el concepto de moralidad administrativa no se prevé en la Constitución de los Estados Unidos de 1787¹³⁵, si se insertan una serie de normas jurídicas que prescriben conductas éticas y principios aplicables a los servidores públicos del Gobierno Federal de EEUU, a los miembros y funcionarios del Congreso¹³⁶ y a los jueces, empleados judiciales y de la Defensoría Pública Federal¹³⁷. Ello denota la importancia que revisten en el ordenamiento jurídico estadounidense, las normas de conducta que deben observar aquellas personas que sirven al cumplimiento de los cometidos estatales y ejercen funciones públicas, convirtiéndose en herramientas que permiten prevenir y sancionar la corrupción al interior del Estado.

Uno de los primeros instrumentos jurídicos que insertó directrices éticas a los funcionarios públicos de las tres ramas del poder fue el “*Code of Ethics for Government Service*”¹³⁸. Los estándares consignados en este código, a pesar de no tener fuerza jurídica vinculante por haber sido adoptados mediante resolución concurrente del Congreso y no a

¹³² *Ibidem*, p. 67.

¹³³ Respuesta de los Estados Unidos (31 de enero de 2005) al cuestionario del Comité de Expertos del mecanismo de seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (presentada originalmente el 31 de agosto de 2002), p. 4. (Traducción libre).

¹³⁴ *Ibidem*, p. 4.

¹³⁵ Constitución de los Estados Unidos de América, del 17 de septiembre de 1787.

¹³⁶ En el contexto de las conductas éticas, la categoría de servidor público incluye también “a las personas contratadas o nombradas para trabajar en la Rama Legislativa o en el equipo de senadores o representantes, así como también aquellos empleados de la Rama Ejecutiva designados por el Presidente de Estados Unidos”. Robert Longley, “Code of Ethics for US Government Service”, *Thought Co.*, 03 de diciembre de 2020, <https://www.thoughtco.com/code-of-ethics-for-us-government-service-4052443>.

¹³⁷ Respuesta de los Estados Unidos (31 de enero de 2005) al cuestionario del Comité de Expertos, p. 5.

¹³⁸ U.S. House Concurrent Resolution 175, *Code of Ethics for Government Service*. Adopted at the 85th Congress, on July 11, 1958, p. 355. (Traducción libre).

través de Ley, son reconocidos como una guía ética permanente para las investigaciones que adelanta el Congreso estadounidense¹³⁹, el Gobierno Federal en cada una de sus agencias y la Judicatura, ya que allí se estatuyeron ciertos estándares que deben ser observados por cualquier persona que trabaja en el servicio gubernamental, a saber:

1. *Poner lealtad a los más altos principios morales y al país por encima de la lealtad a las personas del gobierno, partido o departamento.*
2. *Defender la Constitución, leyes y las regulaciones legales de los Estados Unidos y de todos los gobiernos en él y nunca ser parte en su evasión.*
3. *Dar un día completo de trabajo por el pago de un día completo; dando al desempeño de sus deberes su esfuerzo serio y mejor pensamiento.*
4. *Busca encontrar y emplear formas más eficientes y económicas de realizar tareas.*
5. *Nunca discriminar injustamente mediante el ofrecimiento de favores o privilegios especiales a cualquier persona, ya sea por remuneración o no; y nunca aceptar para sí mismo o su familia, favores o beneficios en circunstancias que puedan ser interpretadas por personas razonables como influencias en el desempeño de sus deberes gubernamentales.*
6. *No hacer promesas privadas de ningún tipo vinculantes con los deberes del cargo, ya que un empleado del gobierno no tiene una palabra privada que pueda ser vinculante para el deber público.*
7. *No participar en ningún negocio con el gobierno, ya sea directa o indirectamente, lo cual es inconsistente con el desempeño consciente de los deberes gubernamentales.*
8. *Nunca usar información que le llegue confidencialmente en el desempeño de deberes gubernamentales como medio para obtener ganancias privadas.*
9. *Exponer la corrupción donde sea que se descubra.*
10. *Mantener estos principios, siempre consciente de que el servicio público es confianza pública¹⁴⁰.*

Del texto anteriormente transcrito, se puede entrever el primer acercamiento que se realizó a la consagración jurídica de principios y conductas de tipo moral en el ejercicio de la función pública, teniendo en cuenta, entre otras, la observancia al principio de legalidad, la prevalencia del interés público y la obligación de los funcionarios públicos de denunciar actos de corrupción, así como la proscripción de incurrir en actividades que redunden en provecho propio y no en beneficio del bien común.

¹³⁹ Jacob Straus. Enforcement of Congressional Rules of Conduct: A Historical Overview. *Congressional Research Service*, 2015, p. 2.

¹⁴⁰U.S., *Code of Ethics for Government Service*, p. 355. (Traducción libre).

4.1. Los códigos de ética del Congreso y de la Judicatura estadounidense

Tal y como lo mencionamos en precedencia, no sólo los integrantes de la administración pública federal estadounidense están sujetos a la observancia de conductas éticas, sino que también lo están aquellos pertenecientes a las demás ramas del poder público en el nivel federal, tales como el poder legislativo, representado por el Congreso, y el poder judicial, a cargo de los jueces federales. Si bien nuestro objeto de investigación no se centra en estos poderes, vale la pena mencionar a grandes rasgos, la connotación que tienen estos códigos para la rama legislativa y judicial, dada la importancia que representa su inserción en este sistema jurídico.

Por una parte, la Constitución de EEUU otorgó autorización expresa al Congreso para la aplicación de cánones éticos a sus miembros, permitiendo incluso la aplicación de sanciones como la destitución del cargo, como se desprende de lo consignado en la siguiente cláusula:

*“Cada Cámara podrá determinar el Reglamento de sus procedimientos, castigar a sus miembros por comportamiento desordenado y, con la concurrencia de dos tercios, expulsar a un Miembro”*¹⁴¹.

Sin embargo, esta facultad del Congreso sólo vino a ser ejercida recientemente mediante la creación de estándares éticos codificados, jurídicamente vinculantes para ambas cámaras, ya que por décadas fueron considerados irrelevantes ante la creencia de que el Congreso se trataba de una organización incorruptible e incapaz de perder su guía moral¹⁴².

De esta manera, surgieron en la normativa estadounidense conductas éticas de obligatorio cumplimiento por parte de los integrantes del Congreso, consignadas por un lado, en el *Code of Official Conduct*¹⁴³ y en el *House Ethics Manual*¹⁴⁴, aplicable a los miembros

¹⁴¹ Artículo 1, Sección 5, Cláusula 2, Constitución de los Estados Unidos de América. (Traducción libre).

¹⁴² James Upshaw y Anjali Ranadive. Ethics Codes in Other Organizations: Structures and Enforcement. Ed. Académicos, en *Ethics in Forensic Science*. (Oxford-United Kingdom: Academic Press, 2012), p. 162.

¹⁴³ U.S. House of Representatives, *Rules of the House of Representatives*. Adopted on January 5, 2017, at the 115th Congress.

¹⁴⁴ U.S. House of Representatives, Committee on Standards of Official Conduct, *House Ethics Manual*. Adopted at the 110th Congress, 2nd Session, 2008.

y empleados de la Cámara de Representantes y, por otro lado, en el *Code of Official Conduct*¹⁴⁵ y *Senate Ethics Manual*¹⁴⁶, cuyos destinatarios son los miembros y empleados del Senado.

Estos códigos y manuales son elaborados y aplicados por los comités de ética¹⁴⁷ de cada cámara, los cuales han sido criticados por ejercer sus funciones de manera lenta, tardía e incluso reticente frente a las reclamaciones de irregularidades e investigaciones que deben adelantar los miembros del comité en contra de sus colegas, a tal punto de que se propuso la creación de organizaciones éticas independientes, de lo cual resultó la conformación de la Oficina de Ética del Congreso¹⁴⁸ (OCE por sus siglas en inglés), únicamente en el seno de la Cámara de Representantes, como un órgano independiente y externo de revisión de las quejas sobre mala conducta o violación de normas por parte de miembros, oficiales y empleados de dicha Cámara¹⁴⁹.

Así las cosas, en cuanto a los miembros, oficiales y empleados de la Cámara de Representantes, el *Code of Official Conduct*¹⁵⁰ trata principalmente aspectos tales como la estricta observancia de la ley, la prohibición expresa de recibir compensaciones a cambio de un favor en ejercicio o con ocasión del cargo, o de aceptar cualquier clase de regalo o dádiva, reglas relacionadas con la financiación de campañas políticas, con el uso y destinación de los recursos públicos, la divulgación de información financiera, la no discriminación por razones

¹⁴⁵ U.S. Senate, Select Committee on Ethics, *The Senate Code of Official Conduct*. Adopted at the 114th Congress, 1st Session, on March 2015.

¹⁴⁶ U.S. Senate, Select Committee on Ethics, *Senate Ethics Manual*. Adopted at the 108th Congress, 1st Session, 2003.

¹⁴⁷ En particular, el Comité de Ética “es único en la Cámara de Representantes. De conformidad con el deber de llevar a cabo sus responsabilidades de asesoramiento y cumplimiento de manera imparcial, el Comité es el único comité permanente de la Cámara de Representantes con su membresía dividida en partes iguales por partido”. U.S. House of Representatives, Committee on Ethics, *Rules*. Adopted on March 22, 2017, at the 115th Congress. (Traducción libre). Por su parte, el Selecto Comité de Ética del Senado de los EEUU, “está autorizado para recibir e investigar acusaciones de conducta impropia que pueden reflejar en el Senado, violaciones de la ley, violaciones del Código de Conducta Oficial del Senado y violaciones de las normas y reglamentos del Senado; recomendar acción disciplinaria; recomendar reglas o regulaciones adicionales del Senado para asegurar estándares de conducta apropiados; e informar violaciones de la ley a las autoridades federales y estatales apropiadas”. “Jurisdiction”, *U.S. Senate Select Committee on Ethics*, acceso el 6 de junio de 2020, <https://www.ethics.senate.gov/public/index.cfm/jurisdiction>.

¹⁴⁸ Esta Oficina fue creada en el año 2008.

¹⁴⁹ Jacob Straus. *Enforcement of Congressional Rules of Conduct*, pp. 3-6.

¹⁵⁰ Rule XXIII. U.S. House of Representatives, *Rules of the House of Representatives*. Adopted on January 5, 2017, at the 115th Congress.

de sexo, raza, color, edad o nacionalidad, y otras disposiciones referentes a actividades permitidas y censuradas en ejercicio de la función pública¹⁵¹.

Por su parte, el *House Ethics Manual* recopila e ilustra mediante ejemplos fácticos las normas señaladas en el *Code of Official Conduct*, las cuales además regulan conductas relacionadas con i) la aceptación o solicitud de regalos vinculados con alguna acción oficial, ii) la realización de viajes y su financiación, iii) la actividad de campaña electoral, iv) los empleos y límites a los ingresos monetarios externos, v) la divulgación de información financiera de funcionarios, vi) sus derechos y deberes, vii) gastos oficiales, entre otras actividades¹⁵², constituyéndose así en una guía y referente educativo para evitar que los funcionarios incurran en prácticas prohibidas y sean sancionados con la expulsión del cargo, censura, reducción de la antigüedad, amonestación, multa u otra sanción determinada como apropiada por parte del comité¹⁵³.

Por otro lado, encontramos también normas de conducta ética establecidas para los miembros y empleados del Senado, en el *Code of Official Conduct*¹⁵⁴, similar a aquel fijado para los funcionarios públicos de la Cámara de Representantes, el cual prescribe reglas atinentes a la divulgación de información financiera pública, al recibimiento de regalos, ingresos externos devengados, conflictos de interés, prohibición de cuentas no oficiales, viajes por fuera del país, el uso de radio y televisión en campañas políticas, la actividad de financiación política, la práctica de contratación de personal y representación por otros miembros para responder peticiones de la ciudadanía¹⁵⁵. Al igual que el *House Ethics Manual*, el *Senate Ethics Manual*¹⁵⁶ plasma las regulaciones que, a consideración del Selecto Comité de Ética del Senado, “son necesarias para la adecuada aplicación del *Code of Official Conduct* y, emite las normas interpretativas y opiniones consultivas sobre la aplicación de cualquier ley, regla o regulación dentro de la jurisdicción del Comité”¹⁵⁷.

¹⁵¹ Ibidem, pp. 39-46. (Traducción libre).

¹⁵² U.S. House of Representatives, *House Ethics Manual*. (Traducción libre).

¹⁵³ Ibidem, p. 3.

¹⁵⁴ U.S. Senate, *The Senate Code of Official Conduct*. (Traducción libre).

¹⁵⁵ Ibidem, pp. 1-63. (Traducción libre).

¹⁵⁶ U.S. Senate, *Senate Ethics Manual*. (Traducción libre).

¹⁵⁷ U.S. Senate, Preface of *Senate Ethics Manual*, p. xi. (Traducción libre).

De esta manera, la finalidad de estos manuales radica en explicar constantemente la correcta ejecución de los códigos de conducta oficial de ambas cámaras y ser una fuente única de información, en la que se agrupan disposiciones normativas referentes a la ética en el ejercicio de la actividad de los servidores públicos, contenidas en la Constitución de EEUU, en los estatutos federales y en las reglas de ambas cámaras, de manera eficiente y efectiva en aras de cumplir con su propósito educativo¹⁵⁸.

Es necesario señalar que, con frecuencia, la inobservancia de la ética al interior del Congreso se asocia también con la comisión de aparentes irregularidades por parte de los miembros y apreciaciones cambiantes sobre el denominado conflicto de interés, lo cual tendría mérito suficiente para adelantar la investigación respectiva¹⁵⁹. Esto quiere decir que existe una inclinación a considerar un acto como indebido, por su apariencia o percepción, lo cual permite evaluar y redefinir los estándares de conducta ética y crear nuevos mecanismos de cumplimiento, ante el surgimiento de nuevas conductas antiéticas que aparentemente sean legales¹⁶⁰. Esta situación fue explicada en palabras de Josephson, de la siguiente forma:

*“El concepto central de esta (...) conciencia ética es la exigencia de que los servidores públicos perciban y eviten tanto las irregularidades reales como las aparentes (...) no es una defensa que un acto sea legal o que no existe una irregularidad real. Es suficiente que la conducta cree una inferencia de una infracción en la mente de un observador razonable. Más que nunca, el público exige que sus funcionarios electos eviten las infracciones reales y aparentes”*¹⁶¹.

Por último, es importante anotar que el régimen de conductas éticas que gobierna la función pública de los jueces federales se encuentra contenido en el *Code of Conduct for United States Judges*¹⁶². Este código incorpora cánones éticos aplicables a los jueces federales¹⁶³, referentes a las siguientes materias: i) la defensa de la integridad e independencia

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. xi. (Traducción libre).

¹⁵⁹ Jacob Straus. *Enforcement of Congressional Rules of Conduct*, p. 15. (Traducción libre).

¹⁶⁰ *Ibidem*, p.15. (Traducción libre).

¹⁶¹ Michael Josephson. *The Best of Times, the Worst of Times. The Journal of State Government*, vol. 65, 1992, p. 36.

¹⁶² U.S. Judicial Conference, *Code of Conduct for United States Judge*. Adopted on April 5th, 1973. Este código fue llamado inicialmente “*Code of Judicial Conduct for United States Judges*”.

¹⁶³ “Este Código se aplica a los jueces de circuito de los Estados Unidos, jueces de distrito, jueces de la Corte Internacional de Comercio, jueces del Tribunal de Reclamaciones Federales, jueces de bancarrota y

de la judicatura, ii) el deber de evitar irregularidades y aparentes irregularidades en todas las actividades, iii) el ejercicio de los deberes conforme a la justicia, imparcialidad y diligencia, iv) la posibilidad del juez de participar en actividades extrajudiciales compatibles con las obligaciones de la Oficina Judicial, y v) el deber de abstenerse de participar en actividades políticas¹⁶⁴.

El código además establece que los cánones o conductas éticas del poder judicial “son reglas de la razón”¹⁶⁵, lo cual es explicado en palabras de Zan de la siguiente forma:

“Las normas de una ética profesional, como la ética judicial, son también reglas de la razón en cuanto prescriben las conductas que son consistentes con la función social de esa profesión. El profesional está moralmente obligado a todo aquello que es razonable para el buen desempeño de las funciones y responsabilidades profesionales que ha asumido, para el cumplimiento de los fines de la profesión, o para los bienes sociales que tiene bajo su tutela (...)

En estos campos de la ética aplicada a las profesiones, lo moral está en estrecha conexión con los modelos y los estándares de excelencia de la práctica profesional”¹⁶⁶.

De lo reseñado anteriormente, llama la atención no solo la importancia que tiene para el ordenamiento jurídico estadounidense la protección de los fines y bienes sociales que se buscan a través del ejercicio de la función pública, sino también la trascendencia que reviste la prevención de conductas irregulares aparentes, por lo que la ética -en este caso judicial- va más allá de la actuación legal del juez, ya que no debe existir duda alguna respecto de la honestidad e integridad de su actuación profesional y personal. Al respecto, el código señala lo siguiente:

“Una apariencia de una conducta irregular ocurre cuando las mentes razonables, con conocimiento de todas las circunstancias pertinentes divulgadas por una investigación razonable, podrían concluir que la honestidad, integridad, imparcialidad, temperamento o aptitud del juez para servir como juez está deteriorada (...) Debido a que no es factible enumerar todos los actos prohibidos, la prohibición se establece necesariamente en términos generales que se extiende a la

magistrados. (...) Cualquier persona que sea un oficial del sistema judicial federal autorizado para desempeñar funciones judiciales es juez a los efectos de este Código”. *Ibíd*em, p.2 (Traducción libre)

¹⁶⁴ *Ibíd*em, p. 1. (Traducción libre).

¹⁶⁵ *Ibíd*em, p. 3. (Traducción libre).

¹⁶⁶ Julio de Zan, *La ética, los derechos y la justicia*, p. 262.

*conducta de los jueces que es perjudicial, aunque no esté específicamente mencionada en el Código. Las irregularidades reales bajo esta norma incluyen violaciones de la ley, las reglas judiciales u otras disposiciones específicas de este Código*¹⁶⁷.

De conformidad con lo anterior, es dable mencionar que la ética o moralidad de la rama judicial estadounidense tiene la capacidad de extender la prohibición general a todas aquellas actuaciones del juez que, siendo contrarias a la justicia y a la razón, no están consagradas en el código, es decir, no se limita a la legalidad de la actuación, sino que además comprende conductas inmorales o amañadas, en términos razonables. Esto encuentra sentido en la medida en que el juez “debe actuar en todo momento de una manera que promueva la confianza del público en la integridad e imparcialidad del poder judicial”¹⁶⁸.

En consecuencia, se reconoce la posibilidad de que sucedan comportamientos contrarios a la ética, que aun cuando no estén previstos en el código, pueden ser igualmente perjudiciales para el correcto funcionamiento de la administración de justicia y, por tanto, objeto de enjuiciamiento. De allí que se admita la impertinencia que puede representar una lista taxativa y no enunciativa de conductas contrarias a la ética del poder judicial, ya que difícilmente podría consignarse en un código un catálogo de comportamientos que prevea todas las situaciones fácticas en las que puede corromperse el poder judicial. Sin embargo, “no toda violación del Código debe conducir a una acción disciplinaria. (...) debe depender de factores tales como la gravedad de la actividad indebida, la intención del juez, si existe un patrón de actividad inapropiada, y el efecto de la actividad indebida en los demás o en el sistema judicial”¹⁶⁹.

4.2. Códigos de ética en la rama ejecutiva

En relación con la rama ejecutiva, en los inicios del gobierno de EEUU cada agencia gubernamental tenía su propio código de conducta ética. Sin embargo, en 1989 la Comisión Presidencial de Reforma de la Ley de Ética Federal sugirió la unificación de los estándares

¹⁶⁷ *Ibíd*em, p. 4. (Traducción libre).

¹⁶⁸ *Ibíd*em, p. 3. (Traducción libre).

¹⁶⁹ *Ibíd*em, p. 3. (Traducción libre).

de conducta de las agencias individuales, en una sola regulación aplicable a todos los empleados de la rama ejecutiva¹⁷⁰.

Como consecuencia, el presidente George H. W. Bush firmó la Orden Ejecutiva No. 12674¹⁷¹ del 12 de abril de 1989 titulada “*Principles of Ethical Conduct for Government Officers and Employees*”, la cual estableció los siguientes catorce principios:

“(a) el servicio público es confianza pública que requiere de los empleados prestar lealtad a la Constitución, las leyes y los principios éticos por encima del beneficio personal.

(b) Los empleados no tendrán intereses financieros que entren en conflicto con el desempeño consciente de sus funciones.

(c) Los empleados no participarán en transacciones financieras usando información gubernamental reservada o permitiendo el uso inapropiado de esta información para cualquier interés privado adicional.

(d) Un empleado no solicitará o aceptará, salvo en virtud de las excepciones razonables previstas por el reglamento, regalo u otro artículo de valor monetario de cualquier persona o entidad que busque una acción oficial de, hacer negocios con, o llevar a cabo actividades reguladas por la agencia del empleado, o cuyos intereses pueden estar sustancialmente afectados por el desempeño o no desempeño de las funciones del empleado.

(e) Los empleados realizarán un esfuerzo honesto en el desempeño de sus deberes.

(f) Los empleados no asumirán compromisos no autorizados ni promesas de cualquier tipo que pretenda obligar al Gobierno.

(g) Los empleados no utilizarán cargos públicos para obtener beneficios privados.

(h) Los empleados actuarán imparcialmente y no darán un trato preferencial a ninguna organización privada o individuo.

(i) Los empleados protegerán y conservarán la propiedad federal y no la utilizarán para algo distinto a las actividades autorizadas.

(j) Los empleados no participarán en un empleo o actividades externas, incluida la búsqueda o negociación de empleo, que entren en conflicto con las funciones y responsabilidades oficiales del Gobierno.

(k) Los empleados divulgarán cualquier despilfarro, fraude, abuso y corrupción a las autoridades correspondientes.

(l) Los empleados cumplirán de buena fe sus obligaciones como ciudadanos, incluidas todas las obligaciones financieras justas, especialmente aquellas - como los impuestos federales, estatales o locales - que se imponen por ley.

(m) Los empleados se adherirán a todas las leyes y reglamentos que proporcionen igualdad de oportunidades para todos los estadounidenses independientemente de la raza, color, religión, sexo, origen nacional, edad o discapacidad.

¹⁷⁰ Robert Longley, “Code of Ethics for US Government Service”, p. 1.

¹⁷¹ U.S. President. Executive Order No. 12674 of April 12, 1989, “*Principles of Ethical Conduct for Government Officers and Employees*”, modificada por la Executive Order 12731 de 17 de octubre de 1990.

(n) Los empleados se esforzarán por evitar cualquier acción que cree la apariencia de que están violando la ley o las normas éticas promulgadas de conformidad con esta orden”¹⁷².

De la lectura de los principios de conducta ética que dirigen la actuación de los empleados y oficiales del Gobierno estadounidense, se puede inferir que su función principal es garantizar la confianza del ciudadano en la integridad del gobierno federal, por lo cual deben respetarlos y adherirse a ellos¹⁷³. Esta integridad del gobierno se busca mediante el establecimiento de prohibiciones relacionadas con el abuso de las funciones del cargo a favor de intereses y beneficios privados, la necesaria divulgación de información, la no discriminación y la sujeción al principio de legalidad, entre otras prescripciones que buscan garantizar la ética y moralidad al interior de la administración federal.

Los principios generales establecidos en la Orden Ejecutiva anteriormente mencionada fueron codificados y reforzados en la Parte 2635, Título 5 del *Code of Federal Regulations*¹⁷⁴, el cual además fijó los estándares de conducta ética de obligatorio cumplimiento por parte de los empleados de la rama ejecutiva, dentro de los cuales se encuentran normas referidas a los siguientes tópicos:

1. “Prohibición de solicitar o aceptar obsequios de una fuente prohibida o por razón del cargo oficial del empleado, salvo que se encuentre excluido de la definición de obsequio o encaje en alguna de las excepciones contempladas en la norma”¹⁷⁵.
2. “Prohibición a un empleado de dar, donar o solicitar contribuciones para un obsequio a un superior jerárquico, o aceptar un obsequio de un empleado que reciba menos salario que él, a menos que el artículo esté excluido de la definición de obsequio o se encuentre dentro de una de las excepciones establecidas en esta subparte”¹⁷⁶.

¹⁷² Ibidem, pp. 1-2. (Traducción libre).

¹⁷³ Ibidem, p. 1. (Traducción libre).

¹⁷⁴ U.S. Office of Government Ethics, *Standards of Ethical Conduct for Employees of the Executive Branch*. Codified in 5 C.F.R. Part 2635 as amended at 81 FR 81641, effective January 1, 2017.

¹⁷⁵ § 2635.201 “*Overview and considerations for declining otherwise permissible gifts*”. SUBPART B—GIFTS FROM OUTSIDE SOURCES of the CFR. (Traducción libre).

¹⁷⁶ § 2635.301 “*Overview*”. SUBPART C—GIFTS BETWEEN EMPLOYEES of the CFR. (Traducción libre).

3. Disposiciones relacionadas con intereses económicos: una relativa a inhabilidades y la otra que establece prohibiciones de adquirir o continuar teniendo intereses financieros específicos¹⁷⁷.
4. Medidas para evitar la pérdida de imparcialidad en el desempeño de deberes oficiales¹⁷⁸.
5. La obligación de recusación de los funcionarios que buscan empleos no federales con personas cuyos intereses económicos podrían estar directa y previsiblemente afectados por asuntos particulares en los que aquellos participen personal y sustancialmente¹⁷⁹.
6. Abuso del cargo público: se contemplan disposiciones relacionadas con el “uso apropiado del tiempo y autoridad oficial, así como de la información y recursos a los que el empleado tiene acceso con ocasión de su empleo federal. Esta subparte establece estándares relacionados con:
 - a) Uso del cargo oficial para beneficio propio
 - b) Uso de información reservada
 - c) Uso de propiedad del gobierno
 - d) Uso del tiempo oficial”¹⁸⁰.
7. Disposiciones relativas con el empleo y actividades externas (remuneradas o no remuneradas), y obligaciones financieras de tipo personal¹⁸¹.

De lo anterior se puede deducir la trascendencia que otorga el ordenamiento jurídico estadounidense al comportamiento íntegro, imparcial y transparente de los empleados que sirven al gobierno federal, así como la tendencia legalista a la codificación del conjunto de actividades prohibidas y permitidas a los funcionarios públicos, ilustrando incluso con

¹⁷⁷ § 2635.401 “*Overview*”. SUBPART D—CONFLICTING FINANCIAL INTERESTS of the CFR. (Traducción libre).

¹⁷⁸ § 2635.501 “*Overview*”. SUBPART E—IMPARTIALITY IN PERFORMING OFFICIAL DUTIES of the CFR. (Traducción libre).

¹⁷⁹ § 2635.601 “*Overview*”. SUBPART F—SEEKING OTHER EMPLOYMENT of the CFR. (Traducción libre).

¹⁸⁰ § 2635.701 “*Overview*”. SUBPART G—MISUSE OF POSITION of the CFR. (Traducción libre).

¹⁸¹ § 2635.801 “*Overview*”. SUBPART H—OUTSIDE ACTIVITIES of the CFR. (Traducción libre).

ejemplos escenarios hipotéticos en los que se puede ver comprometida la responsabilidad del funcionario, cuyo propósito principal es educar, prevenir, corregir y sancionar en caso de que se comentan conductas contrarias a las disposiciones y principios señalados en el código de conductas éticas.

En esta misma lógica, se observa la fuerte cultura ética que debe imperar en cada agencia gubernamental, de tal manera que se dispone de la presencia de funcionarios de ética responsables de coordinar y ejecutar programas éticos y prestar asesoría a los empleados en casos particulares, respecto de la adecuada aplicación de las normas del código o de la agencia gubernamental. Esta función consultiva o asesora es de vital importancia, toda vez que, cuando un empleado realice una conducta de buena fe, basada en la asesoría del oficial de ética y, aun así aquella comporte la infracción de una norma del código de ética, no será objeto de acción disciplinaria, siempre que haya expuesto todas las circunstancias del caso en la consulta y, en un supuesto de violación de normas de tipo penal, si bien no lo exime de un eventual proceso, si será un factor a tener en cuenta por el Departamento de Justicia de EEUU en la selección de casos a investigar¹⁸².

En otros términos, los funcionarios y empleados de la rama ejecutiva están sujetos a los principios generales del servicio gubernamental, a los parámetros de conducta ética prescritos en el Código de Regulaciones Federales y en otros estatutos generales y penales relacionados con conflictos de interés¹⁸³, consolidándose de esta manera una pluralidad de disposiciones jurídicas que previenen y sancionan la degradación ética y moral de los funcionarios del Gobierno Federal. De tal forma que su presunta inobservancia acarrea el inicio de acciones disciplinarias o correctivas, aplicables a través de los procedimientos establecidos por cada agencia gubernamental y, en caso contrario, bajo lo establecido en la regulación gubernamental general¹⁸⁴.

Por último, es preciso señalar que el presidente y vicepresidente de EEUU pueden ser sujetos pasivos de una demanda civil o parte en un proceso penal por desconocimiento, por ejemplo, de leyes penales federales en materia electoral, de soborno y donaciones ilegales,

¹⁸²§ 2635.107 “*Ethics advice*” of CFR.

¹⁸³ Al respecto ver: Title 18 of the United States Code, 201, 203, 205, 208, y 209.

¹⁸⁴Standards of Ethical Conduct for Employees of the Executive Branch, article 2635.106, “*Disciplinary and corrective action*”.

iniciadas generalmente a discreción del fiscal general del Departamento de Justicia¹⁸⁵. De igual forma, están obligados por lo consignado en la cláusula sobre “emolumentos”¹⁸⁶ prevista en la Constitución Federal, cuya finalidad es limitar a los gobiernos extranjeros –no dice nada respecto de actores privados– de negociar favores con cualquier funcionario del Estado a cambio de regalos, excepto que medie autorización del Congreso¹⁸⁷.

No obstante lo anterior, se podría afirmar que existe una especie de inviolabilidad del presidente y vicepresidente frente a la comisión de conductas contrarias a la ética¹⁸⁸, debido a que se encuentran exentos de la aplicación de la mayoría de las reglas gubernamentales de ética que guían el comportamiento de los miembros del gabinete y demás empleados del gobierno federal, como por ejemplo el estatuto de conflicto de intereses financieros¹⁸⁹, por lo que las únicas herramientas prácticas ante una situación de este tipo, son “la vigilancia constante de un público bien informado, la supervisión del Congreso, y en última instancia la amenaza de un juicio político por “crímenes altos y delitos menores”¹⁹⁰.

En este sentido, el caso particular del presidente y vicepresidente de los EEUU permite inferir que la falta o escasez de normas éticas aplicables y exigibles a los funcionarios del gobierno, trae como consecuencia cierto grado de inmunidad y el correlativo aumento de comportamientos antiéticos, como por ejemplo aquellas situaciones de conflictos de intereses o el uso indebido del cargo para fines personales¹⁹¹.

¹⁸⁵Alina Selyukh y Lucia Maffei, “Who oversees the President’s ethics? Here’s our list”, *Politics, NPR*, 27 de marzo de 2017, <https://www.npr.org/2017/03/27/520983699/who-oversees-the-president-s-ethics-a-reference-sheet>.

¹⁸⁶“(…) Y ninguna persona que desempeñe un cargo retribuido o de confianza bajo la autoridad del Gobierno, sin el consentimiento del Congreso, aceptará dádiva, emolumento, cargo o título, de cualquier tipo, de cualquier Rey, Príncipe o Estado extranjero”. Sección 9, Artículo 1, Constitución de Estados Unidos. (Traducción libre). En el mismo sentido ver: Robert W. Gordon, “What are the ethical obligations of U.S. Presidents?”, *Stanford Public Policy Program, Stanford University*, 12 de enero de 2017, <https://publicpolicy.stanford.edu/news/what-are-ethical-obligations-us-presidents>.

¹⁸⁷Gordon, “What are the ethical obligations of U.S. Presidents?”.

¹⁸⁸Robert Longley. “Code of Ethics for United States Government Service”.

¹⁸⁹Alina Selyukh y Lucia Maffei. “Who oversees the President’s ethics? Here’s our list”.

¹⁹⁰Ibidem, p. 1. Robert W. Gordon. “What are the ethical obligations of U.S. Presidents?”. En el mismo sentido ver: Alina Selyukh y Lucia Maffei. “Who oversees the President’s ethics? Here’s our list”.

¹⁹¹ Al respecto, puede verse la crítica que se le ha realizado al expresidente Trump por tildar de “estúpidas” las desaprobaciones realizadas a su Secretario de Estado Mike Pompeo por abuso del cargo, al usar empleados del Gobierno para su beneficio personal: Chris Jenks, “The President’s Inversion of the Government’s Ethical Conduct Standards, Right Before Americans’ Eyes”, *Just Security*, 26 de mayo de 2020, <https://www.justsecurity.org/70367/the-presidents-inversion-of-the-governments-ethical-conduct-standards-right-before-americans-eyes/>

Así las cosas, es dable llegar a la conclusión de que los precarios controles éticos respecto de uno o varios funcionarios oficiales, conlleva la correlativa pérdida de confianza de la ciudadanía en la legitimidad, transparencia e integridad de las instituciones gubernamentales. Por ejemplo, esta fue la percepción de la opinión pública estadounidense en relación con la administración del ex presidente Trump. Veamos:

“Es difícil exagerar el daño que el presidente Trump y sus aliados, tanto dentro como fuera del gobierno, han causado a la política exterior y la posición internacional de Estados Unidos. Si bien hay una letanía de decisiones y posiciones políticas que el próximo Secretario de Estado probablemente tendrá la tarea de revisar y, en muchos casos, revertir, quizás el mayor desafío que tiene por delante el equipo de política exterior estadounidense será implementar una reforma institucional para restaurar un liderazgo sobrio y ético. Ese trabajo exige responsabilidad por los escándalos éticos que han ocurrido en el Estado durante la administración Trump y un compromiso público para reconstruir la infraestructura, incluidas las políticas y el personal, que evitará que se repitan abusos similares. (...)”¹⁹².

4.3. Los códigos de ética estadounidense: hacia la búsqueda de construcción de confianza en la ciudadanía

En este contexto, obsérvese que los códigos de ética adoptados en las diferentes ramas del poder público de EEUU encuentran su fundamento en un principio cardinal del gobierno estadounidense, según el cual “el servicio público es confianza pública”¹⁹³. De ahí que esta premisa envuelva una serie de responsabilidades para el servidor público del gobierno, que implican el respeto y observancia de todas las normas y principios éticos que integran el ordenamiento jurídico, como se desprende a continuación:

¹⁹² Donald K. Sherman, “How to Restore Ethics to the U.S. Department of State”, *Just Security*, 13 de noviembre de 2020, <https://www.justsecurity.org/73360/how-to-restore-ethics-to-the-u-s-department-of-state/>. Ver igualmente: “Trump está moralmente incapacitado para gobernar”: el extraordinario ataque contra el presidente de EE.UU. del exdirector del FBI James Comey”, *BBC News*, 16 de abril de 2018, acceso el 15 de noviembre de 2020, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-43772758>; “Vacío moral: Trump dinamita la ética más básica en su tardía condena al racismo”, *El País*, 14 de agosto de 2017, acceso el 15 de noviembre de 2020, https://elpais.com/elpais/2017/08/14/opinion/1502733518_878819.html; Frida Ghitis, “Trump ha puesto en peligro la autoridad moral de Estados Unidos”, *CNN News*, 9 de junio de 2020, <https://cnnespanol.cnn.com/2020/06/09/opinion-trump-ha-puesto-en-peligro-la-autoridad-moral-de-estados-unidos/>

¹⁹³ Artículo 10, *Code of Ethics for Government Service*.

“(…) Cada empleado tiene una responsabilidad con el gobierno de Estados Unidos y con sus ciudadanos, de colocar lealtad a la Constitución, leyes y principios éticos por encima del beneficio privado. Para asegurar que cada ciudadano pueda tener plena confianza en la integridad del gobierno federal, cada empleado respetará y se adherirá a los principios de conducta ética descritos en esta sección, así como también a los estándares contenidos en esta parte y en regulaciones suplementarias de agencias”¹⁹⁴.

Del examen anterior se advierte que, para lograr la finalidad propuesta de preservar la confianza del público en la integridad del gobierno federal, una de las medidas adoptadas al interior del sistema jurídico norteamericano ha sido la codificación de estándares de conducta ética en el poder legislativo, ejecutivo y judicial, a través de los cuales se clarifican los comportamientos mínimos esperados y exigidos a los funcionarios públicos¹⁹⁵, acordes con altos patrones éticos y morales que permiten garantizar el correcto funcionamiento del Estado y la adecuada realización del interés general.

Asimismo, se ha resaltado que su adopción surge con frecuencia como una respuesta del sistema a los escándalos de corrupción ocasionados por infracción a la ley o ante la ausencia de una norma jurídica que disuada los comportamientos considerados como inapropiados, como sucedió en EEUU luego del escándalo de *Watergate* en la administración del entonces presidente Richard Nixon en 1970¹⁹⁶.

Por lo tanto, la implementación de esta tipología de códigos exigibles en la esfera pública, ayuda a sentar las bases de comportamientos éticos que trascienden a lo colectivo, sirve como una estrategia educativa¹⁹⁷ y disuasiva de la corrupción en ambientes gubernamentales con instituciones laxas y orienta a sus destinatarios en la toma de decisiones¹⁹⁸. En términos generales, los códigos de ética se constituyen en una herramienta preventiva y desalentadora de la comisión de prácticas corruptas, arbitrarias y desviadas de los intereses públicos, toda vez que, por un lado, son instrumentos jurídicos vinculantes para

¹⁹⁴Standards of Ethical Conduct for Employees of the Executive Branch. (Traducción libre).

¹⁹⁵ Carol W. Lewis y Stuart C. Gilman, *The Ethics Challenge in Public Service: A Problem-Solving Guide*. Tercera edición (California – Estados Unidos de América: John Wiley & Sons, 2012), p. 192.

¹⁹⁶ *Ibidem*, pp. 192-195.

¹⁹⁷ Dennis F. Thompson. Paradoxes of Government Ethics. *Public Administration Review*, vol. 52, núm. 3, 1992, p. 255.

¹⁹⁸ *Ibidem*, pp. 192-197.

los servidores públicos y, por otro, imponen sanciones disciplinarias o correctivas a quienes infrinjan sus disposiciones, como por ejemplo, la destitución del cargo¹⁹⁹.

Como corolario de lo anterior, se puede afirmar que la función de estos códigos éticos al interior del ordenamiento jurídico estadounidense es de vital importancia para preservar la legitimidad del poder público y de sus instituciones. En síntesis, “todos estos códigos de ética básicamente refuerzan el hecho de que cualquier persona que sirve al gobierno debe observar los principios morales, y poner la lealtad al bien público por encima de la lealtad a las personas del partido o ministerio”²⁰⁰.

5. LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA O ÉTICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: UNA APUESTA DE LOS ESTADOS EN LA PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN

Como resultado de la búsqueda y análisis de la información recopilada, se puede advertir la presencia de elementos normativos de moralidad administrativa o ética aplicada a la administración pública en los sistemas jurídicos de Brasil, EEUU y México, lo cual permite deducir que es un asunto común y prioritario en la agenda legislativa de estos Estados.

En este sentido, se puede establecer que son distintas las herramientas jurídicas contempladas por cada ordenamiento para incorporar y hacer efectivo el cumplimiento de parámetros de ética o moral al interior del poder ejecutivo, las cuales pueden comprender acciones constitucionales de tipo colectivo como las populares, a través de las que se permite la participación de la sociedad civil en el cuestionamiento de la moralidad de los actos o contratos de la administración pública, tal y como acontece en el caso de Brasil o, por el contrario, se disponen de acciones disciplinarias o administrativas, las cuales sancionan directamente la conducta del servidor público –o incluso del particular– que contravenga los postulados éticos que se pregonan del ejercicio de las funciones administrativas, como sucede en las experiencias de Brasil, EEUU y México.

Además de las acciones previstas en la normativa de estos Estados para salvaguardar la moralidad o ética pública, es dable llegar a la conclusión de que existe una preocupación

¹⁹⁹U.S. House of Representatives, *House Ethics Manual*, p. 3.

²⁰⁰ Moataz Fattah, *Professional Ethics and Public Administration in the United States*, p. 68. (Traducción libre).

generalizada y colectiva en relación con los problemas morales que se pueden suscitar con ocasión del ejercicio del poder político²⁰¹ y, en particular, de la actividad de la administración pública, por lo que la alternativa que es adoptada con frecuencia por los Estados, se traduce en determinar de manera exhaustiva, a través de la positivización en leyes o códigos de ética, de los parámetros de conducta que deben observar los servidores públicos en el desempeño de las funciones asignadas en cada una de las entidades estatales en las que prestan sus servicios²⁰².

Así las cosas, tenemos que, la normativización tanto de la moralidad administrativa²⁰³ como de la ética pública²⁰⁴ se ha erigido en un mecanismo por excelencia, de prevención y lucha contra la corrupción en los sistemas jurídicos, y cuyo propósito es fijar “principios, valores y virtudes deseables para ser aplicados en la conducta del hombre que se desempeña en la vida pública”²⁰⁵, de tal manera que se logre preservar la integridad y la confianza pública hacia las instituciones democráticas.

Del análisis realizado observamos también que, en países como México y EEUU, si bien no se contempla una herramienta específica de protección de la moralidad y ética de la administración pública, como lo es la acción popular brasileña, lo cierto es que si se prevén otros mecanismos jurídicos de tutela de este derecho, a través de los cuales se pueden incluso controlar los actos de la administración y sus servidores. En otras palabras, se observa que la lucha contra la corrupción, en tanto manifestación de la pretensión de conservar la moralidad administrativa, requiere de la existencia de un propósito común de Estado –incluso en países de organización federal como los analizados–, en el que se disponga no sólo la participación

²⁰¹ Un estudio de los dilemas morales que se presentan en la política se puede observar en Michael Walzer. *Political Action: The Problem of Dirty Hands*. *Philosophy & Public Affairs*, vol. 2, núm. 2, 1973, pp. 162-163.

²⁰² Oscar Bautista, *Ética para corruptos*, p. 66.

²⁰³ “La moral, moralidad o buena conducta ofrece en sus relaciones con la Administración pública dos aspectos: La ética como exigencia de todos y cada uno de los servidores públicos, cualquiera que fuese la actividad administrativa que realicen, y la ética como fin de la acción administrativa”. Jesús González Pérez, *La ética en la administración pública* (Madrid – España: Editorial Civitas, 2000), p. 121.

²⁰⁴ “Este concepto se refiere sencillamente a la *ética aplicada* y puesta en práctica en el ámbito público. La ética aplicada en los servidores públicos (políticos, diputados, senadores, alcaldes, gobernadores, jueces, magistrados, funcionarios de mandos medios y superiores, así como personal operativo) implica plena conciencia de su conducta, la cual se traduce en actos concretos orientados hacia el interés de la ciudadanía”. Oscar Bautista. De la ética a la ética pública. *Revista IAPEM*, núm. 85, 2013, p. 100.

²⁰⁵ *Ibidem*, pp. 99-101.

de actores de la sociedad civil y del gobierno, sino también un extenso andamiaje jurídico que permita proteger el derecho colectivo a la moralidad administrativa.

CAPÍTULO II - CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO COLECTIVO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA: ORIGEN CONSTITUCIONAL Y DESARROLLO AL INTERIOR DE LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

En el contexto colombiano, la Constitución Política de 1991 incorporó la moralidad administrativa como principio²⁰⁶ constitucional y como derecho colectivo tutelable a través de las acciones populares²⁰⁷, delegando al legislador la competencia para expedir la regulación normativa referente a esta clase de acciones públicas.

El legislador, dando cumplimiento al mandato del constituyente, expidió la Ley 472 de 1998, la cual incluyó igualmente la moralidad administrativa dentro del catálogo – enunciativo y no taxativo²⁰⁸ – de derechos e intereses colectivos, sin establecer una definición legal de la misma, pese a que el párrafo del artículo 4º de la precitada ley dispuso que los derechos e intereses colectivos estarían “definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley”²⁰⁹.

²⁰⁶ El artículo 209 de la Constitución Política de 1991, establece que: “la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. (...)”. De igual forma, el artículo 107 constitucional estableció la moralidad como principio de los partidos y movimientos políticos. Veamos: “(...) Los Partidos y Movimientos Políticos se organizarán democráticamente y tendrán como principios rectores la transparencia, objetividad, moralidad, la equidad de género, y el deber de presentar y divulgar sus programas políticos. (...)”. La moralidad fue igualmente consignada como principio rector de la función administrativa y de la prestación de servicios públicos en el artículo 3º de la Ley 489 de 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*, publicada en el Diario Oficial No. 43.464 de 30 de diciembre de 1998; en el artículo 3º de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011, *por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, publicada en el Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011, como principio que guía las actuaciones administrativas y en el artículo 3º del Decreto Ley 019 de 2012.

²⁰⁷ Artículo 88 de la Constitución Política de Colombia. *Gaceta Constitucional No. 116* de 20 de julio de 1991.

²⁰⁸ Corte Constitucional. Sentencias C-215 de 14 de abril de 1999 y SU-585 de 21 de septiembre de 2017.

²⁰⁹ Artículo 4º de la Ley 472 de 5 de agosto 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*, publicada en el Diario Oficial No. 43.357 de 6 de agosto de 1998.

Es importante precisar que la moralidad administrativa, al enmarcarse dentro de la categoría de los derechos e intereses colectivos, participa de las características propias de este tipo de derechos, tales como la solidaridad y cooperación que debe existir entre el Estado y la sociedad civil para lograr su vigencia y protección, su titularidad individual y colectiva, debido a que no pertenecen a un solo individuo sino a la sociedad en general y la necesaria inmediatez de su tutela para evitar un perjuicio irremediable²¹⁰. Sobre el particular, la jurisprudencia ha destacado lo siguiente:

“(…) También los derechos colectivos se caracterizan porque exigen una labor anticipada de protección y, por ende, una acción pronta de la justicia para evitar su vulneración u obtener, en dado caso, su restablecimiento. De ahí que su defensa sea eminentemente preventiva. Otro rasgo es que superan la tradicional división entre el derecho público y el derecho privado. Además, son de índole participativo, puesto que mediante su protección se busca que la sociedad delimite los parámetros dentro de los cuales se pueden desarrollar las actividades productivas y socialmente peligrosas. Igualmente, los derechos colectivos son de amplio espectro en la medida en que no pueden considerarse como un sistema cerrado a la evolución social y política”²¹¹.

En efecto, la constitucionalización de esta clase de derechos y, en especial de la moralidad administrativa, representa un logro en nuestro ordenamiento jurídico, debido a su reconocimiento como un auténtico derecho humano²¹² y como obligación jurídica²¹³ exigible de las autoridades públicas o particulares (personas naturales o jurídicas)²¹⁴. Además, su

²¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-377 de 14 de mayo de 2002.

²¹¹ Corte Constitucional. Sentencias C-622 de 14 de agosto de 2007 y T-041 de 3 de febrero de 2011.

²¹² Para Londoño, “Los derechos colectivos (...) responden a nuevas exigencias éticas pues tienen como fundamento el principio de solidaridad entre los hombres y los pueblos; se caracterizan igualmente por la doble titularidad (personal y colectiva) en su ejercicio, su nota principal es el énfasis que tiene el aspecto preventivo frente a su vulneración y el carácter eminentemente participativo de su ejercicio”. Beatriz Londoño Toro. Las acciones colectivas en defensa de los derechos de tercera generación. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 1, núm. 2, 1999, p. 122. En igual sentido: María Lucía Torres-Villarreal y Paola Marcela Iregui-Parra. Las modificaciones legislativas a las acciones populares en Colombia: ¿avance o retroceso? *Revista de derecho*, núm. 48, 2017, p. 137; Beatriz Londoño, Gerardo Figueredo y Angélica González. Resultados de la investigación “Diagnóstico del Impacto de la Ley 472 de 1998 en sus primeros 10 años”. Balance de la Universidad del Rosario ¿Progresividad o regresividad en la protección de los derechos colectivos como derechos humanos?, En *Justiciabilidad de los derechos colectivos*. (Bogotá D.C. – Colombia: Universidad del Rosario, 2009), pp. 21-23.

²¹³ En términos de Dworkin, “Decir que alguien tiene una obligación jurídica equivale a afirmar que su caso se incluye dentro de una norma jurídica válida que le exige hacer algo o que le prohíbe que lo haga.” Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona – España: Ariel, 2009), p. 66.

²¹⁴ Artículos 9, 14 y 15 de la Ley 472 de 1998.

naturaleza colectiva legítima no sólo a entidades de naturaleza pública sino también a cualquier miembro de la sociedad²¹⁵ a reclamar su protección efectiva ante el sistema de justicia constitucional, lo que permite y aumenta las posibilidades de ejercer un control ciudadano frente a las actuaciones del poder público²¹⁶.

Previo al análisis de la tutela judicial de este derecho colectivo es menester comprender la evolución que ha tenido su delimitación conceptual en nuestro ordenamiento jurídico, con la finalidad de determinar si su configuración actual implica un avance o retroceso de cara a su garantía efectiva en los estrados judiciales. Esta tarea, que ha sido desarrollada por la Corte Constitucional y, principalmente por el Consejo de Estado, no ha estado desprovista de inconvenientes. Ello ha significado, para algunos autores como Santofimio, que la consagración de la moralidad haya sido un desatino del constituyente, en tanto consideran que su naturaleza individual y subjetiva pugna con el derecho²¹⁷. Veamos lo que sostuvo al respecto:

“Llevar a norma positiva el principio de la moralidad constituye no solo un error, sino el mayor de los despropósitos del constituyente. Convertir en norma jurídica la moralidad implica distorsionar el sentido de las cosas y normativizar lo que, por naturaleza, es imposible circunscribir al mundo positivo. (...) Mientras el derecho pretende garantizar un orden social y sanciona con la fuerza del Estado, la moral impone un orden personal que orienta las conductas del sujeto de acuerdo con sus convicciones. De allí que las mismas puedan resultar indiferentes para el derecho. Pero el problema es aún más complejo: ¿cuántos son los criterios morales que pueden existir?, sin duda alguna, muchos; de ahí que su elevación a norma jurídica no sea otra cosa que un absurdo. 832. No obstante, como intérpretes del ordenamiento nos corresponde darle efectividad al principio para no caer en interpretaciones que lo hagan inaplicable. En ese sentido, y teniendo en cuenta que en cuanto valor el concepto de moralidad pretende denotar una actitud coherente del servidor público para con la legalidad y los fines del ordenamiento, no nos queda otra alternativa que la de sostener que la moralidad a que hace referencia el constituyente no es otra que la de un adecuado comportamiento del servidor público respecto de las formalidades y finalidades que se derivan del principio del respeto al

²¹⁵Artículo 12 de la Ley 472 de 1998; Corte Constitucional. Sentencia C-215 de 14 de abril de 1999.

²¹⁶ En términos de Melo, “los derechos humanos tienen una triple función de servir de compendio ético, criterio de legitimación política y límites del poder, incluso del poder democrático.” Nelson Melo de Moraes Rêgo, “La contribución del poder judicial a la protección de los derechos humanos de la tercera generación; especial referencia al derecho al desarrollo” (Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2014), p. 36.

²¹⁷Martín Bermúdez Muñoz. La moralidad administrativa como Derecho Colectivo, en *Justiciabilidad de los derechos colectivos. Balance de la ley de acciones populares y de grupo (Ley 472 de 1998) en sus primeros 10 años (1998-2008)*. (Bogotá D.C. – Colombia: Universidad del Rosario, 2009), p. 147.

bloque de la legalidad. La moralidad del servidor público solo puede ser medida directamente con los parámetros que se deduzcan de los principios, valores y normas a los cuales se encuentre sujeto”²¹⁸.

En sentido similar Bermúdez planteó que la positivización de la moralidad administrativa como *categoría jurídica* es problemática, debido al conflicto que puede suscitarse entre la moralidad y legalidad, al momento de ser valorada por el juez:

*“a. La dificultad o la imposibilidad lógica de incluir como categoría jurídica el concepto de moralidad administrativa se refleja en las diversas consideraciones expuestas por la jurisprudencia del Consejo de Estado para tratar de contextualizar este concepto. Dichas consideraciones revelan la tensión que surge de dos propósitos que la jurisprudencia intenta conciliar y que lógicamente son inconciliables: no permitir que los jueces puedan decidir con un criterio absolutamente subjetivo cuáles son las conductas administrativas que deben calificarse de inmorales, lo cual obliga a sujetar sus decisiones al ordenamiento jurídico y, al mismo tiempo, intentar distinguir las conductas que pueden considerarse como atentatorias de la moralidad administrativa de aquellas que simplemente pueden estimarse como contraventoras de la juridicidad, con el objeto de delimitar el ámbito dentro del cual resulta procedente esta acción”*²¹⁹.

Nos apartamos de estas posiciones en tanto consideran imposible, erróneo o problemático haber circunscrito al mundo jurídico la categoría de moralidad, en la medida en que estimamos que este principio y derecho no se agota en el plano individual sino que trasciende a los valores colectivos de una comunidad jurídicamente organizada. Concebir un orden jurídico desprovisto de valores y principios colectivos como la moralidad que debe guiar el comportamiento de los particulares y servidores públicos que ejercen funciones al servicio del Estado, implicaría desconocer la existencia de una moral universal y racional, que bajo la teoría kantiana, se manifiesta a través de “reglas bien definidas y comprobadas por un criterio universal”, las cuales no necesariamente se encuentran positivizadas²²⁰, pero si son reconocidas por la colectividad. Ahora bien, la dificultad de conceptualización del derecho colectivo a la moralidad administrativa no es razón argumentativa suficiente para

²¹⁸ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Compendio de derecho administrativo* (Bogotá D.C. – Colombia: Universidad Externado, 2017), pp. 371-372.

²¹⁹ Martín Bermúdez Muñoz. La moralidad administrativa como Derecho Colectivo, en *Justiciabilidad de los derechos colectivos. Balance de la ley de acciones populares y de grupo (Ley 472 de 1998) en sus primeros 10 años (1998-2008)*. (Bogotá D.C. – Colombia: Universidad del Rosario, 2009), p. 147.

²²⁰ Mijail Malishev, Kant: ética del imperativo categórico. *Revista La Colmena*, núm. 84, 2014, p. 15.

desvirtuar su incorporación en la Carta Política, y mucho menos para debilitar su protección en sede judicial. Por el contrario, esta situación impone al juez constitucional el deber y la tarea de dotar y actualizar de contenido a este derecho humano, de tal forma que garantice su tutela efectiva y permita que su conocimiento y aprehensión se encuentre al alcance de los ciudadanos.

En este sentido, el propósito del presente capítulo es realizar un estudio descriptivo y crítico en el que se aborden los diferentes conceptos otorgados al derecho colectivo a la moralidad administrativa en la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa, desde su incorporación en la Constitución Política de 1991 a la fecha y, de esta manera, realizar un análisis en relación con cada uno de estos enfoques emanados del derecho jurisprudencial, que nos permita adoptar una propuesta defensora de la moralidad administrativa.

El objetivo propuesto es de suma importancia para el amparo del derecho colectivo a la moralidad administrativa, debido al papel que juegan los conceptos jurídicos como “*instrumentos* para regular la realidad y no entes en sí de la realidad misma. (...) los conceptos están para ser utilizados como herramientas de los juristas, pero sin pretender que estos ingresen en un sistema rígido, en el que la realidad no se deje aprehender”²²¹.

1. DEFINICIÓN DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

El presente acápite recoge la evolución conceptual del derecho colectivo a la moralidad administrativa desarrollada por el Consejo de Estado en las sentencias proferidas en su condición de juez de segunda instancia y órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, con la finalidad de dilucidar las ventajas o desventajas que se presentan en cada una de las definiciones otorgadas por el Alto Tribunal, teniendo como punto de partida que la competencia otorgada a esta jurisdicción, para conocer y decidir los procesos de

²²¹ Juan Carlos Guayacán Ortiz, *Las acciones populares y de grupo frente a las acciones colectivas*, p. 93.

acciones populares se da con ocasión a los “actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas”²²².

1.1. Principio constitucional orientador de la actuación estatal, en particular de la función administrativa: ¿qué sucede con las demás funciones públicas a cargo del Estado?

La moralidad administrativa fue reconocida en las sentencias originarias del Consejo de Estado no sólo como derecho colectivo sino también como un principio constitucional orientador del comportamiento “del servidor público dentro de auténticos propósitos de servicio público, con toda honestidad y desinterés y con absoluto respeto a las normas sobre obligaciones, incompatibilidades y prohibiciones”²²³, con lo cual se dejaba entrever la clara vinculación de la moralidad administrativa con la esfera de la acción pública, es decir, la exigencia de un comportamiento del servidor público adscrito a los “principios, valores y virtudes”²²⁴ generalmente aceptados por la sociedad, los cuales guían el correcto funcionamiento del aparato estatal para la consecución del interés general²²⁵, concretado en el ejercicio de la función pública²²⁶. Así lo señaló expresamente el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia:

“se tiene que la moralidad administrativa no sólo es un derecho colectivo, sino también un principio orientador de la función pública en el ejercicio del poder, según el cual, la actividad de los agentes del Estado debe desarrollarse en atención a los valores previstos en la Constitución y la ley, principalmente los relacionados con el

²²² Artículo 15 de la Ley 472 de 1998.

²²³ Younes Moreno citado en Consejo de Estado, Sentencias de 18 de mayo de 2000, Rad. AP-024 y 25 de enero de 2001, Rad. AP-158. Asimismo, véase Consejo de Estado, Sentencias de 1 de febrero de 2001, Rad. AP-151; 9 de febrero de 2001, Rad. AP-054; 24 de agosto de 2001, Rad. 54001-23-31-000-2000-1749-01(AP-124); 30 de abril de 2003, Rad. 17001-23-31-000-2002-90024-01(AP) y 4 de septiembre de 2003, Rad. 13001-23-31-000-2001-0003-01(AP-435).

²²⁴ Consejo de Estado, Sentencia de 30 de abril de 2003, Rad. 17001-23-31-000-2002-90024-01(AP).

²²⁵ Consejo de Estado, Sentencias de 9 de febrero de 2001, Rad. AP-054; 2 de junio de 2005, Rad. 2500023270002003 (AP-00720) 02 y 26 de octubre de 2006, Rad. 7600123310002004 (AP-01645) 01.

²²⁶ Es importante precisar que “Actualmente la función pública se encuentra reglamentada de forma general por el artículo 123 de la Constitución, que establece quiénes son servidores públicos: los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”. Jaime Vidal Perdomo y Carlos Molina Betancur, *Derecho Administrativo*, p. 308.

bien común y el interés general. (...) el concepto de moralidad administrativa, está directamente relacionado con la noción de función pública, es decir, que aquel se ve vulnerado cuando se observan irregularidades y mala fe por parte de la administración en el ejercicio de potestades públicas”²²⁷.

De esta primera aproximación conceptual merece la pena recalcar dos aspectos fundamentales: por un lado, el carácter de principio constitucional reconocido a la moralidad administrativa y, por otro, su exigencia, en principio, respecto de toda la gama de actividades estatales a cargo de los servidores públicos, las cuales implican el ejercicio de funciones públicas.

En lo que atañe al primer aspecto, puede observarse que el tratamiento que se le otorga a la moralidad administrativa en su dimensión deontológica²²⁸ corresponde a uno de los puntos de vista²²⁹ que se puede adoptar en relación con el alcance de los principios, planteado por el filósofo del Derecho Ronald Dworkin, al tenor del cual se establece que tanto las normas como los principios hacen parte del concepto de derecho y, en este sentido, son vinculantes a sus destinatarios. Veamos:

“Podríamos tratar los principios jurídicos tal como tratamos las normas jurídicas, y decir que algunos principios son obligatorios como derecho y que han de ser tenidos en cuenta por los jueces y juristas que toman decisiones de obligatoriedad jurídica. (...)”

El primer punto de vista trata los principios como vinculantes para los jueces, de modo que éstos hacen mal en no aplicar los principios cuando vienen al caso. El segundo punto de vista trata los principios como resúmenes de lo que la mayoría de los jueces hacen “por principio” (o “se hacen el principio de hacer”) cuando se ven obligados a ir más allá de las normas que los obligan”²³⁰.

²²⁷ Consejo de Estado, Sentencias de 23 de septiembre de 2004, Rad. 25000-23-27-000-2003-1825-01(AP); 14 de abril de 2005, Rad. 25000-23-25-000-2003-01238-01(AP) y 13 de febrero de 2006, Rad. 13001-23-31-000-2004-00026-01(AP).

²²⁸ Robert Alexy, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”. *Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988, p. 145.

²²⁹ El otro punto de vista que expone Dworkin, concibe que los principios carecen de obligatoriedad y, por tanto, en aquellos casos difíciles, el juez no se limita a aplicar las normas que rigen el caso en concreto, sino que acude a principios extra-normativos o extra-jurídicos (que están por fuera del derecho) y decide sobre su aplicación o no al caso objeto de estudio, siendo un claro ejemplo de discreción judicial. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, p. 81.

²³⁰ *Ibidem*, pp. 81-82.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha enfatizado en este mismo discurrir, en relación con la fuerza normativa inalterable de los principios constitucionales, de los cuales emana un deber ser específico para las autoridades, así como su carácter interpretativo:

“Es claro entonces que mientras una regla jurídica se somete a pautas y criterios que determinan su aplicabilidad a cada caso en concreto a partir de la pérdida de su fuerza normativa; en tratándose de los principios dicha fuerza se mantiene inalterable, independientemente de que resulten aplicables o no a un caso concreto. (...)”²³¹.

“Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. (...)”²³².

Así las cosas, se desprende que una de las ventajas de haberse concebido la moralidad administrativa como principio constitucional²³³ radica en su capacidad para irradiar el ordenamiento jurídico, ya que al igual que los demás principios que inspiran el Estado Social de Derecho, “sirven para guiar la acción de las autoridades públicas, incluida la producción normativa en sus distintas formas, dirigen la interpretación constitucional y le dan coherencia a la actividad pública, al tiempo que articulan el sistema normativo”²³⁴, es decir, actúan para fundamentar, interpretar e integrar el orden jurídico²³⁵.

En este escenario adquiere especial relevancia la función del juez de la acción popular, cuando en el debate constitucional se ventilan posibles transgresiones al derecho colectivo a la moralidad administrativa, debido que demanda del operador judicial su interpretación y aplicación directa a cada caso concreto en razón a su fuerza jurídica vinculante²³⁶.

²³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-818 de 9 de agosto de 2005.

²³² Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 5 de junio de 1992 y Consejo de Estado, Sentencia de 29 de agosto de 2014, Rad. 25000-23-24-000-2011-00032-01(AP).

²³³ La interpretación que realizó el Consejo de Estado, en relación con la moralidad administrativa como principio constitucional, se desprende de su incorporación en el artículo 209 de la Constitución Política.

²³⁴ Corte Constitucional. Sentencias C-1287 de 5 de diciembre de 2001 y C-115 de 22 de febrero de 2017.

²³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-818 de 9 de agosto de 2005.

²³⁶ *Ibidem*.

No obstante lo anterior, y dada la textura abierta del principio²³⁷, el juez contencioso administrativo ha señalado que su empleo se logra mediante la “*metodología de la concreción a través de ejemplos*”²³⁸, a la cual debe acudir el juez con el fin de determinar su contenido y alcance según los hechos del caso sometido a su consideración y, por esta vía, lograr su eficacia y protección²³⁹.

En cuanto al segundo aspecto a resaltar, relacionado con la posibilidad de exigir la moralidad administrativa respecto de la conducta y los actos de los servidores públicos o particulares, el juez de la acción popular, vía labor de concreción e interpretación de este principio constitucional y derecho colectivo, resolvió su aplicación al campo exclusivo de la función administrativa ejercida por aquellos, descartando las demás funciones públicas a cargo del Estado, aun cuando la única referencia legal que alude a la función administrativa en materia de acciones populares, es la contenida en el artículo 15 de la Ley 472 de 1998, que otorga competencia a la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de los procesos de acciones populares “originadas en actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas”²⁴⁰.

De esta manera, la postura predominante en la jurisprudencia contencioso-administrativa sostiene que la moralidad administrativa, al ser un principio constitucional de la función administrativa²⁴¹, es únicamente exigible y susceptible de ser desconocido por

²³⁷ Consejo de Estado, Sentencias de 17 de junio de 2001, Rad. AP-166 y 6 de septiembre de 2001, Rad. AP-057.

²³⁸ Larenz citado en Consejo de Estado, Sentencia de 17 de junio de 2001, Rad. AP-166. “(...) la concreción de los principios se realiza, más bien, mediante ejemplos, y cuando se produce la concreción, ella tiene la capacidad de obrar, respecto del principio, como elemento que lo hace reaccionar con un alcance determinado. En conclusión, es posible aplicar los principios sin necesidad de una subsunción silogística, pues ellos operan por reacción, en cada caso concreto planteado por las reglas que los han desarrollado. Esto supone evidentemente, una idea básica -no necesariamente delimitada- del contenido del principio, que le permite al juez reconocerlo en el ejemplo planteado”. Consejo de Estado, Sentencia de 16 de febrero de 2001, Rad. AP-170.

²³⁹ Consejo de Estado, Sentencia de 6 de septiembre de 2001, Rad. 13001-23-31-000-2000-0005-01(AP-057).

²⁴⁰ Artículo 15 de la Ley 472 de 1998.

²⁴¹ Según lo consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política.

autoridades o particulares que ejercen esta función²⁴², siendo una de las manifestaciones de la función pública²⁴³.

Adicional a lo anterior, esta posición encuentra sentido al interpretarse el adjetivo “administrativa” contenido en la Ley 472 de 1998, según su sentido o significado habitual, acudiendo a la interpretación literal de la ley según la cual “las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”²⁴⁴.

Como corolario de lo anterior, esta tesis –reiterada en varias oportunidades–²⁴⁵ que concibe la moralidad administrativa como un derecho colectivo referido al “ejercicio de la función administrativa (y no al ejercicio de las otras facetas del poder público como sería la función legislativa o la función jurisdiccional) conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, determinadas por la satisfacción del interés general y no por intereses privados y particulares”²⁴⁶ fue recogida en la sentencia de unificación del 1º de diciembre de 2015 y permanece aún vigente en materia de acciones populares que protegen la moralidad administrativa²⁴⁷. En esta oportunidad, el Consejo de Estado señaló:

“la moralidad administrativa está ligada al ejercicio de la función administrativa,

²⁴² Consejo de Estado, Sentencia de 23 de septiembre de 2004, Rad. 76001-23-31-000-2002-01205-01(AP). Para los fines de este capítulo debe entenderse la función administrativa desde dos puntos de vista, uno formal u orgánico, “que solamente toma en consideración –agrega De Laubadère- al autor del acto, y el punto de vista material, que reflexiona sobre la naturaleza interna del acto”. Jaime Vidal Perdomo y Carlos Molina Betancur, *Derecho Administrativo*, pp. 98-99.

²⁴³ Corte Constitucional. Sentencia C-185 de 8 de mayo de 2019.

²⁴⁴ Artículo 28 del Código Civil.

²⁴⁵ Consejo de Estado, Sentencias de 17 de junio de 2001, Rad. AP-166; 28 de junio de 2001, Rad. 63001-23-31-000-2000-1258-01(AP-105); 6 de septiembre de 2001, Radicados 13001-23-31-000-2000-0005-01(AP-163) y 13001-23-31-000-2000-0005-01(AP-057); 15 de julio de 2004, Rad. 76001-23-31-000-2002-1164-02(AP); 23 de septiembre de 2004, Rad. 76001-23-31-000-2002-01205-01(AP); 26 de enero de 2005, Rad. 76001-23-31-000-2003-03113-01(AP); 25 de mayo de 2006, Rad. 25000-23-27-000-2003-00345-02(AP); 17 de noviembre de 2011, Rad. 08001-23-31-000-2003-00586-01(AP) y 6 de noviembre de 2013, Rad. 25000-23-24-000-2012-00145-01(AP).

²⁴⁶ Consejo de Estado, Sentencia de 25 de mayo de 2006, Rad. 25000-23-27-000-2003-00345-02(AP).

²⁴⁷ Consejo de Estado, Sentencias de 1 de agosto de 2016, Rad. 66001-23-31-000-2012-10100-01(AP); 15 de marzo de 2017, Rad. 68001-23-31-000-2011-00148-01(AP) y 12 de julio de 2018, Rad. 52001-23-33-000-2014-00003-01(AP), entre otras.

la cual debe cumplirse conforme al ordenamiento jurídico y de acuerdo con las finalidades propias de la función pública, ésta, determinada por la satisfacción del interés general. (...)

Así las cosas, el bien jurídico tutelado por la acción popular es la moralidad administrativa o, lo que es lo mismo, la lealtad del funcionario con los fines de la función administrativa mediante el actuar recto y honesto en el desarrollo de sus actuaciones”²⁴⁸.

Esta delimitación conceptual realizada en torno al derecho colectivo a la moralidad administrativa, con base en razones fundadas, desecha del juicio de moralidad –vía acción popular– aquellas conductas y actos desplegados por servidores públicos o particulares - cuando corresponda- que ejercen funciones públicas distintas a la administrativa, como lo serían la función judicial²⁴⁹ y legislativa²⁵⁰, a través de las cuales se podría incluso llegar a amenazar o vulnerar el principio y derecho a la moralidad –ya no administrativa–, como consecuencia de actos, acciones u omisiones que afecten el interés público.

Bajo esta perspectiva, algunos autores han señalado la existencia de los principios de moralidad legislativa y judicial, e incluso la necesaria elevación de estos a la categoría de derechos colectivos. Veamos:

“(…) en Colombia, todo servidor público se encuentra vinculado por la fuerza normativa del principio a la moralidad de la función pública y, de acuerdo con la función que desempeñe, deberá atender además, las directrices morales propias de ésta. En consecuencia, podemos decir que, además del principio a la moralidad de la función pública, de éste se derivan los principios a la moral legislativa, el principio a la moral judicial y el principio a la moral administrativa”²⁵¹.

²⁴⁸ Consejo de Estado, Sentencia de 1 de diciembre de 2015, Rad. 11001-33-31-035-2007-00033-01(AP).

²⁴⁹ Al respecto, ha señalado la Corte Constitucional: “son judiciales, desde el punto de vista formal: (i) las funciones que se materializan en actos con fuerza de cosa juzgada; o (ii) son desplegadas por jueces, o al menos por funcionarios que gozan de los atributos propios de los jueces; o (iii) se desarrollan en el marco de procesos judiciales, o se encuentran indisolublemente ligadas a un proceso judicial. Como criterios materiales ha indicado que (iv) se trata de actuaciones que restringen derechos fundamentales sujetos a reserva judicial, como el derecho a la libertad personal y el acceso a la administración de justicia”. Corte Constitucional. Sentencia C-863 de 25 de octubre de 2012.

²⁵⁰ Esta función no se predicaría de los particulares, ya que corresponde principal pero no exclusivamente al Congreso de la República, en virtud de lo contemplado en el artículo 114 y 150 de la Constitución Política. La Corte Constitucional ha indicado que “al margen de haberse asignado al órgano de mayor representatividad la función legislativa, ésta no es competencia exclusiva y excluyente del Congreso o Parlamento”. Corte Constitucional. Sentencia C-306 de 30 de marzo de 2004.

²⁵¹ Adriana Ortiz, Particulares vinculados por la fuerza normativa de la moralidad administrativa, p. 71.

“(…) La necesidad de la declaración legal no solamente se enfoca en la materialización del derecho colectivo a la moralidad judicial y las consecuencias que ésta trae a los principios de legalidad y juridicidad, sino también prevé un elemento propio de legitimación del Estado en donde se reconoce el control a la actividad judicial y se logra equilibrar la teoría de los pesos y contrapesos o check and balances (Chaux, 2013, págs. 89-121), al menos desde la rama judicial”²⁵².

Este reconocimiento de los principios y derechos de moralidad legislativa y judicial encontraría asidero en realidades frecuentes de nuestro país. Piénsese, por ejemplo, en el caso del ex Director de la Fiscalía Nacional Especializada contra la Corrupción²⁵³, en el cual se cometieron actos de corrupción en el curso de la investigación penal adelantada por la Fiscalía General de la Nación, lo que conllevó a la omisión de las funciones judiciales asignadas constitucionalmente²⁵⁴ a esta institución, generando graves afectaciones a las actividades estatales, como lo es el ejercicio de la acción penal por la presunta comisión de delitos contra la administración pública, cuyos efectos trascienden la órbita del interés individual y se ubican en el ámbito de lo colectivo.

Casos similares de corrupción han ocurrido también –e incluso persisten– en el seno de procesos judiciales²⁵⁵, en los que se ven comprometidos bienes jurídicos colectivos y no

²⁵² Juan Camilo Franco, Derecho colectivo a la moralidad judicial, p. 47.

²⁵³ En este caso, el ex Director de la Fiscalía Nacional Especializada contra la Corrupción, aceptó cargos y fue condenado como autor de los delitos de concusión y utilización indebida de información oficial privilegiada, por favorecer la obstrucción de las investigaciones judiciales a su cargo, a cambio de dinero, en los casos de presuntos delitos contra la administración pública acaecidos en el Departamento de Córdoba, relacionados con los enfermos de hemofilia y contratación con recursos de regalías. Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 7 de marzo de 2018, Radicación 51482.

²⁵⁴ Artículo 116 y 250 de la Constitución Política. Sobre este punto, la Corte Constitucional ha señalado que “las funciones judiciales que excepcionalmente ejerce la Fiscalía General de la Nación se encuentran señaladas en el artículo 250 de la Constitución. Entre ellas se destacan la facultad de realizar capturas, adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, y en general las que por su naturaleza involucran la restricción de derechos fundamentales y por lo mismo están sujetas a control de garantías. En consecuencia, la Fiscalía General de la Nación ejerce excepcionalmente función jurisdiccional”. Corte Constitucional. Sentencia C-713 de 15 de julio de 2008.

²⁵⁵ Un ejemplo de esto se aprecia en la presunta red de corrupción investigada por la Fiscalía General de la Nación, acaecida en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el despacho del magistrado Carlos Alberto Vargas Bautista, quien presuntamente fijaba el sentido de los fallos judiciales de manera favorable a cambio de dádivas. Ver: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/seccionales/carcel-para-abogada-y-familiar-de-magistrado-que-harian-parte-de-red-de-corrupeion-con-injerencia-en-el-tribunal-administrativo-de-cundinamarca/>. Otro caso se evidencia en las seis decisiones de tutela proferidas de manera ilegal por la ex Juez Quinta Penal del Circuito de Ibagué, quien ordenó el reconocimiento y liquidación de pensiones a personas que no cumplían con los requisitos legales y jurisprudenciales para acceder a las mismas. Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 28 de mayo de 2014, Radicación 43524.

meramente individuales, lo que por defecto ocasiona un agravio a la moralidad que debe guiar el comportamiento de los jueces, que se traduce, entre otras, en la prevalencia del interés general²⁵⁶ y la correcta administración de justicia, situaciones que quedan excluidas del control ciudadano y de las funciones preventiva, suspensiva o restaurativa que se lograría a través de la acción popular, en razón a que no comportan el ejercicio de funciones administrativas, sino jurisdiccionales.

De conformidad con lo anterior, es posible afirmar que pueden ser varias las situaciones en las que se puede materializar una amenaza o violación al principio de moralidad, distintas a aquellas en que se advierte el ejercicio de la función administrativa, como se ha señalado en precedencia. Sin embargo, no pretendemos agotar en esta investigación los posibles escenarios en los que se desenvuelve la conducta del servidor público o particular que desempeña funciones públicas, así como un exhaustivo desarrollo de los argumentos que pueden surgir a favor de esta postura.

La principal intención de esta reflexión es señalar que, si bien la delimitación conceptual trazada al derecho colectivo a la moralidad administrativa por parte del Consejo de Estado en su jurisprudencia, permite circunscribirla al campo único y exclusivo de la función administrativa, ello no niega la presencia del principio y derecho a la moralidad legislativa y judicial, los cuales a pesar de no tener la condición constitucional y legal de derechos colectivos, merecen igualmente una tutela jurisdiccional efectiva.

Al respecto, la Corte Constitucional, refiriéndose al principio de moralidad administrativa, inclusive pareciera admitir cierta extensión de este a todas las funciones públicas:

“de manera que la aplicación de este principio es extensible a toda la actividad estatal, en virtud de los artículos 1° y 2° superiores. El principio de moralidad en la administración pública cobija todas las actuaciones de los funcionarios del Estado y de los particulares que cumplen funciones públicas. La jurisprudencia constitucional ha puesto de relieve que en la Constitución se establecieron múltiples instrumentos encaminados a asegurar el respeto del principio de moralidad (...)”²⁵⁷.

²⁵⁶ Artículo 1° de la Constitución Política.

²⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-826 de 13 de noviembre de 2013.

“En este sentido son manifestaciones del principio de moralidad: (i) el cumplimiento transparente e imparcial de las funciones públicas (arts. 83, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 291, 292 CP); (ii) régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones; (iii) establece diferentes acciones y recursos para exigir el cumplimiento de las funciones públicas de acuerdo con la Constitución y la Ley (arts. 87, 89, 92 CP); (iv) el establecimiento de la acción de repetición (art. 90 inciso 2) así como las acciones populares (art. 88 CP) dentro de cuyo objeto se señala expresamente la defensa de la moralidad administrativa”²⁵⁸.

Este criterio ampliado del principio de moralidad administrativa pareciera admitir su exigibilidad mediante la acción popular a todas las autoridades y particulares que ejercen funciones públicas, lo cual, a la luz de la jurisprudencia contencioso-administrativa, no es admisible jurídicamente, toda vez que la aplicación del principio y derecho colectivo a la moralidad administrativa se limita al ámbito de la función administrativa.

De modo semejante, el Consejo de Estado²⁵⁹ sostuvo en alguna oportunidad la posibilidad de extender la aplicación del derecho colectivo -no del principio- a la moralidad administrativa a cualquier autoridad o particular que ejerciera función pública. Veamos lo que se señaló al respecto:

“la textura del derecho colectivo a la moralidad administrativa (art. 88 C.P.) permite que su protección no sólo pueda ser reclamada en contra de autoridades que cumplen función administrativa –a diferencia de su aplicación como principio de la función administrativa (art. 209 C.P.)-, sino en relación con cualquier autoridad o particular que ejerzan función pública y que, por consiguiente, a través de su actuar puedan llegar a amenazar o vulnerar el mismo; y, de otra parte, es pertinente resaltar la posibilidad con que cuenta cualquier persona de solicitar del juez competente una medida de protección eficiente e idónea, que consista bien en un deber de abstinencia, o un actuar positivo por parte del sujeto pasivo de la respectiva acción popular, todo con el fin de hacer cesar la amenaza o violación o, en su defecto, restituir las cosas al estado anterior a dicha circunstancia. (...)

b) La moralidad administrativa como derecho colectivo: Radica en cabeza de todas las personas que integran el núcleo social, la posibilidad de acudir ante el aparato jurisdiccional del poder público para reclamar, vía judicial con efectos de cosa juzgada erga omnes, mediante el agotamiento de un proceso legalmente establecido, la protección del citado derecho o interés colectivo que se ve vulnerado por la conducta activa u omisiva de un servidor público o de un particular que ejerce

²⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencias C-561 de 20 de octubre de 1992; T-238 de 23 de junio de 1993; C-046 de 10 de febrero de 1994; C-319 de 18 de julio de 1996; C-988 de 29 de noviembre de 2006; C-826 de 13 de noviembre de 2013 y C-288 de 20 de mayo de 2014.

²⁵⁹ Postura abanderada por el exmagistrado Enrique Gil Botero.

función pública, a causa del desconocimiento de ciertos parámetros éticos y morales sobre los cuales los asociados asienten en su aplicación”²⁶⁰.

Otro intento realizado para romper con la tradicional teoría acogida por la jurisprudencia contencioso-administrativa se observa en la tesis acogida por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la cual en sentencia de 5 de marzo de 2015²⁶¹, en relación con la alegada violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa por parte del CNE y la Dirección Nacional del Partido Liberal Colombiano, argumentó la procedencia de la acción popular por moralidad administrativa en contra del partido político, bajo la consideración principal de que los partidos y movimientos políticos, aun cuando no hacen parte de la rama ejecutiva ni ejercen funciones administrativas, se encuentran vinculados en su actividad (organización, funcionamiento y financiación) a la Constitución y sus principios, entre ellos, la moralidad²⁶², en razón al principio constitucional de autonomía relativa que los gobierna²⁶³. Veamos lo que señaló la Sala al respecto:

“Siendo así, resulta claro que la protección constitucional de la moralidad comprende el ámbito de todas aquellas actividades a cargo de la organización política, sin que resulte posible limitarla al ejercicio de las prerrogativas de la administración pública, pues la noción de función administrativa, de que tratan las disposiciones constitucionales, en manera alguna excluye del juicio de moralidad las distintas expresiones del poder a cargo de los partidos políticos y menos aún resulta posible esa exclusión por la sola circunstancia de que sus actuaciones no se acompañen con el ejercicio de función pública o prerrogativas de la autoridad administrativa. (...)”

²⁶⁰ Consejo de Estado, aclaración de voto a la Sentencia de 14 de abril de 2010, Rad. 68001-23-15-000-2003-1472 -01(AP); Sentencias de 8 de junio de 2011, Rad. 41001-23-31-000-2004-00540-01(AP) y 25 de abril de 2012, Rad. 25000-23-24-000-2010-00757-01(AP).

²⁶¹ Consejo de Estado, Sentencia de 5 de marzo de 2015, Rad. 25000-23-41-000-2013-00194-01(AP).

²⁶² El artículo 107 constitucional, a partir de la reforma constitucional realizada mediante Acto Legislativo 1 de 2009, incorporó como principios rectores de los partidos y movimientos políticos, “la transparencia, objetividad, moralidad, la equidad de género, y el deber de presentar y divulgar sus programas políticos”. Artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 14 de julio de 2009, *por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia*, publicado en el Diario Oficial No. 47.410 de 14 de julio de 2009. La Ley Estatutaria 1475 de 2011 señaló, en lo que atañe a la moralidad, lo siguiente: “(...) Moralidad. Los miembros de los partidos y movimientos políticos desarrollarán su actividad de conformidad con las normas de comportamiento adoptadas en los correspondientes códigos de ética”. Congreso de la República. Ley 1475 de 14 de julio de 2011, *por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones*, publicada en el Diario Oficial No. 48.130, de 14 de julio de 2011.

²⁶³ Consejo de Estado, Sentencia de 5 de marzo de 2015, Rad. 25000-23-41-000-2013-00194-01(AP).

Entiende la Sala, ese mismo es el sentido de las disposiciones de la Ley 472 de 1998 y del artículo 144 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, conforme con las cuales cualquier persona puede demandar la protección de la moralidad administrativa, cuando su vulneración “...provenga de la actividad de una entidad pública”, de la autoridad o del particular que ejerce funciones públicas; esto es, de cualquier entidad, organismo o institución que constitucional y legalmente tenga asignadas actividades propias de la organización política y, por tanto, destinadas al servicio de los intereses generales, que deben desarrollarse con fundamento en principios constitucionales e involucran el adecuado cumplimiento de las funciones y demás fines estatales, sujetas al principio rector de la moralidad”²⁶⁴.

Estas posturas, pese a ser garantistas de la exigibilidad y aplicación del principio y derecho colectivo de la moralidad administrativa a todas las funciones públicas del Estado, no han tenido eco al interior del Consejo de Estado. En nuestro criterio, reflejan el verdadero significado, utilidad y alcance del principio de moralidad, el cual debería poder ser exigido respecto de todo el ejercicio de las funciones públicas a cargo del aparato estatal y, en este sentido, se justificaría la existencia de un derecho colectivo a la moralidad judicial y legislativa, que evite confusiones teórico-prácticas con la moralidad administrativa.

De ello resulta necesario admitir que la delimitación conceptual fijada vía jurisprudencial buscó acotar razonablemente el margen de aplicación de la acción popular para la protección de la moralidad administrativa, mediante su adscripción únicamente a la función administrativa, posiblemente para evitar su uso indiscriminado, así como también inconvenientes que pudieran surgir en torno a su empleo en el campo de las demás funciones públicas. Como ha sido expuesto, ello no lleva de suyo la negación de la existencia de una moralidad predicable de las funciones legislativa y judicial que pueda ser alegada en los estrados judiciales, centrándose el debate entonces alrededor de la acción procesal idónea para su salvaguarda, lo cual no será abordado por cuanto escapa al objeto de esta investigación.

²⁶⁴Ibídem. Esta tesis fue luego depuesta en sede constitucional, en la Sentencia de Unificación de la Corte Constitucional, SU-585 de 2017, en la que se retomó el concepto tradicional de moralidad administrativa ligada al ejercicio de la función administrativa.

1.2. La moralidad administrativa como mecanismo de lucha contra la corrupción en la administración pública

Como fue mencionado en la introducción de este trabajo de investigación, la acción popular que protege, entre otras, la moralidad administrativa, es una herramienta jurídico-procesal que permite a los ciudadanos acudir al aparato judicial, con el fin de “asegurar una protección judicial efectiva de los derechos e intereses colectivos, afectados o amenazados por las actuaciones de las autoridades públicas o de un particular, teniendo como finalidades: a) evitar el daño contingente (preventiva); b) hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre esa categoría de derechos e intereses (suspensiva); c) o restituir las cosas a su estado anterior (restaurativa)”²⁶⁵, en relación con el complejo fenómeno de la corrupción al interior de la administración pública, cuyas víctimas son tan heterogéneas como los actores involucrados en su consumación, toda vez que pueden ser “personas individuales, grupos, comunidades, empresas privadas y públicas, entidades públicas, entre otros”²⁶⁶.

En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que la transgresión del derecho colectivo a la moralidad administrativa ocurre también cuando se realizan actos de corrupción, principalmente de corrupción administrativa²⁶⁷, ya que ésta implica la degradación de la integridad moral y los valores que atañen a la función administrativa²⁶⁸.

En efecto, el ordenamiento jurídico ha dispuesto de instrumentos normativos, como la acción popular por moralidad administrativa, que pretenden evitar y combatir la corrupción administrativa y abogan por la materialización de la probidad al interior de la administración pública. Así, el Consejo de Estado ha señalado que:

“(…) 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. Tales normas, por supuesto, suponen una intervención jurídica

²⁶⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-644 de 31 de agosto de 2011.

²⁶⁶ Corporación Transparencia por Colombia y Procuraduría General de la Nación, *La reparación de las víctimas de la corrupción en Colombia: Enfoque, exploración de ruta jurídica y elementos para una metodología de tasación* (Bogotá D.C. – Colombia: Corporación Transparencia por Colombia, 2020), pp. 17-18.

²⁶⁷ Consejo de Estado, Sentencia de 27 de agosto de 2015, Rad. 11001-03-06-000-2015-00129-00(2264)

²⁶⁸ Consejo de Estado, Sentencia de 16 de febrero de 2001, Rad. AP-170.

en los campos de la moral, lo cual es per se complejo, dado que 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 el tejido social, viciando las relaciones entre los administradores y los administrados; se trata de la degradación de la autoridad de la que ha sido investido un funcionario, con la pretensión de obtener algo a cambio.

En todo caso, el derecho ha regulado algunos aspectos de aquellos que preocupan a la comunidad y son entendidos por ella dentro del concepto de corrupción, los cuales, en razón de tal regulación, han adquirido una segunda naturaleza -la jurídica-, sin perjuicio de la suya inicial -la moral-”²⁶⁹.

En consonancia con lo anterior y, en ausencia de un concepto legal de corrupción, existe en nuestro país una inclinación a concebir como actos de corrupción administrativa, aquellas conductas tipificadas como delitos contra la administración pública en el Código Penal, tales como el cohecho (propio, impropio, por dar u ofrecer)²⁷⁰, peculado (por apropiación, por uso, por aplicación oficial diferente, culposo)²⁷¹, concusión²⁷², omisión del agente retenedor o recaudador²⁷³, entre otros²⁷⁴, así como algunas de las faltas disciplinarias prescritas en el Código Disciplinario Único²⁷⁵ cometidas por funcionarios públicos de la administración.

Estas conductas catalogadas en el concepto de corrupción administrativa tienen por objeto proteger la probidad y transparencia al interior de la administración pública, el

²⁶⁹ Consejo de Estado, Sentencias de 16 de febrero de 2001, Rad. AP-170; 30 de agosto de 2001, Rad. 63001-23-31-000-2000-1335-01(AP-179); 19 de agosto de 2004, Rad. 20001-23-31-000-2003-1408-01(AP) y 25 de febrero de 2009, Rad. 25000-23-15-000-2003-01309-01(AP).

²⁷⁰ Artículos 405 al 407 de la Ley 599 de 24 de julio de 2000, *por la cual se expide el Código Penal*, publicada en el Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio de 2000.

²⁷¹ Artículos 397 al 400 del Código Penal.

²⁷² Artículo 404 del Código Penal.

²⁷³ Artículo 402 del Código Penal.

²⁷⁴ “A partir del estudio de la información provista por la Fiscalía General de la Nación se pudo concluir que entre el 1 de enero de 2009 y el 1 de noviembre de 2016 el Sistema Penal Oral Acusatorio (SPOA) registró 3.966 casos con al menos una condena por alguno de los delitos relacionados con formas de corrupción. Más del 75% de esos casos tienen que ver con al menos uno de los siguientes cuatro delitos: cohecho por dar u ofrecer (27%), omisión del agente retenedor o recaudador (22%), peculado por apropiación (18%) y concusión (9%). En esa medida, entre los delitos que se relacionan con formas de corrupción, los más sancionados en el período estudiado corresponden a las formas de corrupción de **soborno** (por el delito de cohecho por dar u ofrecer), **apropiación de bienes públicos y bienes de uso privado** (por los delitos de omisión del agente retenedor o recaudador y peculado por apropiación) y **extorsión** (por el delito de concusión).” Vivian Newman y María Paula Ángel, *Sobre la corrupción en Colombia: marco conceptual, diagnóstico y propuestas de política* (Bogotá D.C. – Colombia: La Imprenta Editores S.A., 2017), pp. 17-18.

²⁷⁵ *Ibidem*, pp. 18-19.

principio de legalidad de las actuaciones del servidor público, la igualdad de los ciudadanos en relación con la administración y el patrimonio público²⁷⁶, sancionando aquellos actos que favorecen intereses propios o de terceros, en perjuicio del interés general que debe orientar la actuación de la entidad a la que prestan sus servicios.

Dicho de otra manera, la corrupción así entendida opera cuando se invierten los fines propios de la función administrativa encomendada al servidor público o particular, convirtiéndose en el medio para lograr objetivos externos o extraposicionales²⁷⁷, directos o indirectos, desnaturalizando y corrompiendo con ello los deberes y fines de la actividad estatal²⁷⁸. Por ende, esta comprensión de la corrupción en la esfera pública conduce en principio a definirla como un “comportamiento que abusa o se desvía de los deberes formales de un rol público/poder público/cargo público, para obtener un beneficio o ganancia privada (personal o para un tercero)”²⁷⁹.

Sin embargo, como lo señaló acertadamente el Consejo de Estado en jurisprudencia citada en precedencia, la amenaza o violación a la moralidad administrativa por actos de corrupción no se “reduce a una mera contradicción de la ley en el ejercicio de una función pública”²⁸⁰. Esto implica reconocer la diversidad de actores y conductas que confluyen en la corrupción, las cuales en conjunto tienen la virtualidad de atentar contra la ética o moralidad de la función propia del cargo, sin estar necesariamente prescritas en una norma jurídica, siendo entonces aquella definición de corrupción “insuficiente en la medida en que muchos comportamientos que podríamos definir como corruptos no aparecen expresamente prohibidos por el ordenamiento jurídico, incapaz de prever todas las variedades, o simplemente no están verdaderamente vigentes porque no es posible su aplicación en la práctica o su demostración en un juicio penal”²⁸¹.

²⁷⁶Vivian Newman y María Paula Ángel, Sobre la corrupción en Colombia, p. 12.

²⁷⁷ Jorge Malen, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos y políticos y jurídicos* (Barcelona – España: Gedisa, 2002), p. 35.

²⁷⁸Julio de Zan, *La ética, los derechos y la justicia*, pp. 194-196.

²⁷⁹Vivian Newman y María Paula Ángel, Sobre la corrupción en Colombia, p. 35.

²⁸⁰ Consejo de Estado, Sentencias de 16 de febrero de 2001, Rad. AP-170; 30 de agosto de 2001, Rad. 63001-23-31-000-2000-1335-01(AP-179); 19 de agosto de 2004, Rad. 20001-23-31-000-2003-1408-01(AP) y 25 de febrero de 2009, Rad. 25000-23-15-000-2003-01309-01(AP).

²⁸¹ Rafael Bustos. Corrupción política: un análisis desde la teoría y la realidad constitucional. *Teoría y realidad constitucional*, núm. 25, 2010, p. 77.

En efecto, pueden suceder prácticas corruptas tanto en el plano de la conducta individual del funcionario público (microcorrupción) como en el ámbito de conductas ejecutadas por varios individuos (macrocorrupción)²⁸², las cuales no estando prohibidas y bajo la apariencia de la legalidad amenazan o vulneran la moralidad administrativa, en tanto pretenden favorecer los intereses particulares de un grupo político o económico. Éste último evento suele ocurrir con mayor frecuencia en la actividad contractual del Estado²⁸³, toda vez que en ella concurren diferentes actores (públicos y privados) y conductas necesarias para lograr la desviación de la ejecución de los recursos públicos destinados a la satisfacción de las necesidades de la población, bien sea en materia de infraestructura, educación, salud, servicios públicos, etc.

Por consiguiente, el concepto de corrupción administrativa se amplía desde dos puntos de vista: i) desde el sujeto activo que la realiza, el cual comprende no sólo a los funcionarios públicos o particulares que ejercen funciones administrativas, sino también a particulares y servidores públicos que ejercen otro tipo de funciones públicas como la legislativa por ejemplo y, ii) desde las conductas que se ejecutan, las cuales cobija además de aquellas que configuran el ilícito, los comportamientos de otros sujetos que, aún sin ser ilegales, participan en la cadena de la corrupción, con desconocimiento o conocimiento de tal situación.

Así las cosas, resulta necesario admitir que la violación o amenaza a la moralidad administrativa por actos de corrupción en la actividad de la administración pública no se debe limitar a la definición tradicional de corrupción en la que únicamente participa un servidor público o particular que ejerce funciones administrativas y que desconoce los deberes formales del cargo para beneficio particular o de un tercero, de manera aislada, toda vez que ello desconoce las realidades en las que se manifiesta la corrupción y se desvían los fines de la administración del Estado.

²⁸² Ibidem, p. 74.

²⁸³ Corte Constitucional. Sentencia C-088 de 2 de febrero de 2000. El Consejo de Estado ha indicado que "...si en la actividad contractual de las entidades estatales se presentan actos de corrupción que amenacen o vulneren la moralidad administrativa, la Constitución Política prevé la posibilidad de acudir a la vía judicial e interponer acciones populares en defensa de ese derecho colectivo, según se prevé en el artículo 88 CP, desarrollado por la Ley 472 de 1998, en concordancia con el artículo 144 del CPACA." Consejo de Estado, Sentencia de 10 de agosto de 2015, Rad. 11001-03-06-000-2015-00118-00(2260).

Un ejemplo reciente de esta tipología de corrupción a gran escala, generada con ocasión a la actividad contractual del Estado, se puede observar en el caso de la multinacional de origen brasilero (Odebrecht), la cual a través de sus directivos entregó millonarios sobornos a funcionarios públicos del Congreso y del Gobierno, con el fin de tener injerencia en diferentes actividades legislativas, como el proyecto de presupuesto de rentas y gastos, así como en funciones administrativas, que incluyeron, sin limitarse, a la adjudicación de contratos de obra pública, en particular, la concesión del proyecto Ruta del Sol tramo II y sus otrosíes, de manera que le fueran favorables a la compañía²⁸⁴. Para la realización del pago de estos sobornos se utilizaron personas naturales – “correos humanos”– y jurídicas (empresas de conocidos y familiares) como intermediarios, se suscribieron contratos falsos, entre otras actividades, para ocultar el origen ilícito y destinación del dinero²⁸⁵.

En este contexto, un primer avance en cuanto a la ampliación del sujeto activo que puede ser causante de la amenaza o violación a la moralidad administrativa por causa de la corrupción, se puede observar en la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que resolvió en primera instancia la acción popular interpuesta por la Procuraduría General de la Nación en contra de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. y el Instituto Nacional de Concesiones –INCO–, hoy Agencia Nacional de Infraestructura –ANI–, en la que se alegó la protección de la moralidad administrativa, defensa del patrimonio público y el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna. Veamos:

“(…) Por el contrario, hay una ampliación progresiva del espectro de sujetos activos de corrupción administrativa que comprende los particulares que sin ejercer ninguna clase de función pública, pero por desplegar actuaciones ligadas al desempeño de esta se encuentran en condiciones de abusar de poderes privados para torcer el cometido legal de las instituciones estatales. Estos son, también, agentes potencialmente generadores de corrupción administrativa y, por ende, sujetos responsables de violar o poner en riesgo el derecho colectivo a la moralidad administrativa”²⁸⁶.

²⁸⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 28 de febrero de 2018, Rad. 51833.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 2-4.

²⁸⁶ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sentencia de 6 de diciembre de 2018, Rad. 250002341000201700083-00, p. 129.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia contencioso-administrativa y constitucional²⁸⁷ aún no se ha inclinado por adoptar esta posición y, en cuanto al elemento de la conducta, persiste la tendencia a entender que la vulneración o puesta en peligro de la moralidad administrativa por casos de corrupción ocurre exclusivamente con: “(i) el desconocimiento del orden jurídico (elemento objetivo) y (ii) que dicho desconocimiento se lleve a cabo con el fin de satisfacer intereses diversos al cumplimiento de los fines del Estado (elemento subjetivo)”²⁸⁸. Nótese esta postura en la sentencia del 2 de diciembre de 2013, en la que el Consejo de Estado enfatizó:

“(…) Los principios que informan la actividad administrativa, particularmente la moralidad y la defensa del patrimonio público, le exigían al Agente Especial de EMCALI, en la contratación del diseño y ejecución de la Plataforma Tecnológica Integral, la sujeción estricta a las normas de la Ley 142 de 1994 y a la resolución n.º 0186 de 2004, con miras a propender porque la libre concurrencia al proceso garantizara la imparcialidad y la transparencia en la selección de los proponentes, dentro del marco de condiciones objetivas con miras a la prestación eficiente del servicio y sin otorgar privilegios injustificados. (...)”

Pero ello no fue así; el abundante material probatorio allegado al expediente permite concluir, sin hesitación, que la entidad estatal demandada incumplió las normas en materia de contratación, incurriendo en irregularidades constitutivas de graves faltas contra la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, como pasa a explicarse. (...)”

Para la Sala es claro que EMCALI, sin perjuicio de su deber legal de no otorgar privilegios injustificados en todos sus actos y contratos, conforme a los artículos 3º, 34 de la Ley 142 de 1994, subordinó la defensa del patrimonio público y la eficiencia en la prestación del servicio a intereses ajenos a lo público y colectivo comprometidos, particularmente al del contratista y de quienes a la postre, mediante la firma de sendos contratos de mandato, accedieron al beneficio.

Así lo demuestra el hecho de que, sin mediar razón alguna, le otorgó a PARQUESOFT la prerrogativa de único proveedor con acceso a la información sobre la contratación del proyecto, aún antes de invitarlo a ofertar, como da cuenta el Acta de autorización de la Junta Directiva de PARQUESOFT, convocada para

²⁸⁷ Recientemente la Corte Constitucional se manifestó en este sentido: “(…) La moralidad administrativa sólo resulta exigible de las entidades públicas en el ejercicio de **funciones administrativas** y de los particulares encargados de la misma función, pero en este caso, únicamente respecto del ejercicio de la función administrativa encomendada de lo contrario, se afectarían derechos y valores que manifiestan el principio de separación entre lo público y lo privado. Por esta razón, el artículo 15 de la Ley 472 de 1998 sólo le reconoce competencia a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer de las acciones populares originadas en acciones u omisiones de entidades públicas o de personas privadas que desempeñen funciones administrativas”. Corte Constitucional. Sentencia SU-585 de 21 de septiembre de 2017.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 130.

sesionar con catorce días hábiles de antelación a la fecha de invitación por parte de EMCALI. Aunado a que le confirió el privilegio de ser el único proveedor oferente. Aspectos estos que demuestran claramente la vulneración de la moralidad administrativa”²⁸⁹.

De ahí que deba arribarse a la conclusión de que, la transgresión de la moralidad administrativa por hechos de corrupción en la administración pública, debe entenderse desde un concepto macro de este fenómeno, en el que los actores y conductas o actos (legales o ilegales) que concurren en él, puedan ser enjuiciados en el curso de la acción popular por moralidad administrativa. Admitir lo contrario nos conduciría a desconocer la realidad de la corrupción así como la autonomía y alcance de la acción popular.

1.3. La moralidad administrativa: ¿derecho autónomo o conexo frente al patrimonio público?

Las acciones populares que protegen el derecho colectivo a la moralidad administrativa, desde sus inicios, han sido interpuestas invocando no sólo la protección de este derecho, sino también la de otros derechos de igual naturaleza, como lo son: el patrimonio público, el goce del espacio público y defensa de los bienes de uso público, el goce de un ambiente sano, los derechos de los consumidores y usuarios, el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, entre otros, como se muestra en la siguiente gráfica²⁹⁰:

²⁸⁹ Consejo de Estado, Sentencia de 2 de diciembre de 2013, Rad. 76001-23-31-000-2005-02130-01(AP).

²⁹⁰ Los valores arrojados en la gráfica se tomaron del total de sentencias analizadas en el Anexo I de la presente tesis titulado “Matriz de jurisprudencia contencioso-administrativa en relación con la protección de la moralidad administrativa”.

Ilustración 1. Derechos colectivos invocados con la moralidad administrativa



Fuente: elaboración propia

Con base en los datos analizados, se puede observar que el patrimonio público es el derecho colectivo más alegado junto con la moralidad administrativa, seguido del goce del espacio público y ambiente sano, bien sea por causa de las recurrentes circunstancias de hecho que dan lugar a la acción popular por amenaza o violación de estos derechos colectivos o por la asociación conceptual que realizan los actores populares de la moralidad administrativa con el patrimonio público, cuyo origen proviene, principalmente, de la definición otorgada de tiempo atrás por la jurisprudencia, con fundamento en los antecedentes de la Ley 472 de 1998, en donde se estipuló que la moralidad administrativa es el “derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo a la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propios de un buen funcionario”²⁹¹.

Por su parte, es necesario precisar que el derecho colectivo al patrimonio público²⁹² ha sido definido por la jurisprudencia como “la totalidad de bienes, derechos y obligaciones,

²⁹¹ Gacetas del Congreso N° 277 de 5 de septiembre de 1995 y 493 de 28 de diciembre de 1995 citadas en la jurisprudencia contencioso administrativa. Ver: Consejo de Estado, Sentencias de 20 de abril de 2001, Rad. 52001-23-31-000-2000-0121-01(AP-055); 7 de diciembre de 2001, Rad. 25000-23-24-000-2000-0039-01(AP-238); 17 de mayo de 2002, Rad. 50001-23-31-000-2001-9289-01(AP-397); 20 de septiembre de 2002, Rad. 50001-23-31-000-2000-0446-02(AP-0446); 30 de abril de 2003, Rad. 17001-23-31-000-2002-90024-01(AP) y 4 de septiembre de 2003, Rad. 13001-23-31-000-2001-0003-01(AP-435). Corte Constitucional. Sentencia C-046 de 10 de febrero de 1994.

²⁹²Literal e) del artículo 4° de la Ley 472 de 1998.

que son propiedad del Estado y que se emplean para el cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con el ordenamiento normativo”²⁹³. Dentro de este concepto se integra igualmente el de Patrimonio Cultural de la Nación²⁹⁴, el cual es un derecho colectivo²⁹⁵ que ampara “todos los bienes materiales, las manifestaciones inmateriales, los productos y las representaciones de la cultura que son expresión de la nacionalidad colombiana (...)”²⁹⁶, es decir, bienes que no necesariamente son susceptibles de valoración económica pero que igualmente demandan la especial protección del Estado, al representar la identidad cultural e histórica de la Nación a la que pertenece la colectividad²⁹⁷.

No obstante el concepto amplio del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, éste ha sido definido —en varias oportunidades— por la jurisprudencia constitucional²⁹⁸ y contencioso-administrativa²⁹⁹, como la correcta, eficiente y transparente administración y destinación de los recursos públicos, de conformidad con su objeto y finalidad³⁰⁰. De tal forma que, bajo este entendimiento, se considera que existe una afectación al patrimonio público como consecuencia de la omisión o el despliegue de actos del funcionario público o particular, que impliquen la administración indebida, malversación o detrimento del erario público³⁰¹.

²⁹³ Consejo de Estado, Sentencias de 12 de octubre de 2006, Rad. AP-857-01 y 8 de junio de 2011, Rad. 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP).

²⁹⁴ Al respecto, el Consejo de Estado señaló: “(...) Ahora bien, es importante resaltar que la Constitución de 1991 al referirse al patrimonio cultural, histórico y arqueológico de la Nación, entiende, por su esencia, que este también forma parte del patrimonio público. En efecto, el concepto tradicional de la composición del patrimonio público se ha enriquecido con nuevas expresiones o valores que son integrados a la vida jurídica dada la importancia sociopolítica o económica de dichos componentes”. Consejo de Estado, Sentencia de 13 de febrero de 2018, Rad. 25000-23-15-000-2002-02704-01(SU).

²⁹⁵ Literal f) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998.

²⁹⁶ Artículo 1º de la Ley 1185 de 12 de marzo de 2008, *Por la cual se modifica y adiciona la Ley 397 de 1997 –Ley General de Cultura– y se dictan otras disposiciones*, publicada en el Diario Oficial No. 46.929 de 12 de marzo de 2008.

²⁹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-082 de 26 de febrero de 2020.

²⁹⁸ Corte Constitucional. Sentencias C-088 de 2 de febrero de 2000; C-555 de 22 de agosto de 2013 y SU-124 de 15 de noviembre de 2018.

²⁹⁹ Ver, entre otras, las siguientes sentencias: Consejo de Estado, Sentencias de 17 de noviembre de 2011, Rad. 08001-23-31-000-2003-00586-01(AP); 13 de febrero de 2018, Rad. 25000-23-15-000-2002-02704-01(SU) y 14 de junio de 2019, Rad. 25000-23-37-000-2010-02552-01(AP).

³⁰⁰ El concepto de patrimonio público “implica que los recursos públicos sean administrados de manera eficiente, oportuna y responsable, de acuerdo con las normas presupuestales, con lo cual se evita el detrimento patrimonial”. Consejo de Estado, Sentencias de 12 de octubre de 2006, Rad. AP-857-01 y 8 de junio de 2011, Rad. 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP).

³⁰¹ Consejo de Estado, Sentencia de 4 de abril de 2019, Rad. 17001-23-31-000-2010-00259-02(AP).

Como corolario de lo anterior, el Consejo de Estado ha establecido en numerosas ocasiones que existe un vínculo estrecho entre la moralidad administrativa y el patrimonio público, debido a que la violación de éste implica generalmente “la falta de honestidad y pulcritud en las actuaciones administrativas en el manejo de recursos públicos”³⁰², es decir, se concreta de manera simultánea el quebrantamiento del derecho colectivo a la moralidad administrativa. Esta situación ocurre frecuentemente en el desarrollo de la gestión contractual de la administración pública, toda vez que a través de esta se ejecutan los recursos públicos destinados a la consecución de proyectos de interés público, como fue explicado anteriormente³⁰³. En relación con esta postura, el Consejo de Estado actualmente sostiene, de manera matizada, el criterio de conexidad entre la moralidad administrativa y otros derechos colectivos como el patrimonio público:

“(…)También es importante indicar que esta Corporación de vieja data ha sostenido que la amenaza o vulneración del derecho a la moralidad administrativa puede, en algunos casos, comportar conjuntamente la de otros derechos colectivos, como sucede con la defensa del patrimonio público, también invocado por el actor popular en este proceso; situación que ilustra, por regla general y dejando a salvo las excepciones del caso, una relación de conexidad, “inescindibilidad” o de “causa-efecto” entre aquellos, en cuanto atañe a su amenaza o vulneración, como sucede, por ejemplo, cuando se evidencia una falta de “absoluta honestidad y pulcritud” en el manejo de los recursos públicos”³⁰⁴.

Contrario a lo señalado por la jurisprudencia, no debería interpretarse que es un requisito para la protección de la moralidad administrativa, el que estén amenazados o vulnerados otros derechos o principios, ya que ni el constituyente ni el legislador previeron la sujeción de los derechos colectivos a otros derechos o principios de naturaleza constitucional o legal. De esta manera, si bien el criterio de conexión ha permitido dotar de contenido al concepto de moralidad administrativa, ello también implicó en alguna oportunidad la negación de su autonomía y protección como derecho colectivo en sede judicial.

³⁰² Consejo de Estado, Sentencia de 22 de abril de 2010, Rad. 52001-23-31-000-2004-01625-01(AP)

³⁰³ Consejo de Estado, Sentencia de 29 de abril de 2015, Rad. 25307-33-31-701-2010-00217-01(AP).

³⁰⁴ Consejo de Estado, Sentencia de 14 de junio de 2019, Rad. 25000-23-37-000-2010-02552-01(AP).

Así, por ejemplo, al decidir la apelación interpuesta contra un fallo dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el curso de una acción popular con la que se buscaba la protección de la moralidad administrativa y patrimonio público, el Consejo de Estado consideró lo siguiente:

“De otro lado, ante lo anterior, resulta innecesario el examen de la otra irregularidad que, según los demandantes, implica la violación de la moralidad administrativa -la adición del contrato en una suma superior a lo permitido en la ley-, pues si no se advierte la violación del derecho a la defensa del patrimonio público, no puede prosperar la pretensión dirigida a su protección -la de que Ecopetrol se abstenga de hacer el último pago por el 10% del valor estimado del contrato- y, por tanto, tampoco habría lugar a la protección del derecho a la moralidad pública, dado que, conforme a la demanda, en definitiva, existe una relación, una conexidad entre los dos derechos invocados, dado que la protección de esos derechos pretende un mismo fin -que se tomen medidas para evitar que Ecopetrol pudiera resultar afectada en su patrimonio”³⁰⁵.

Tal postura, en nuestro criterio, resultó a todas luces violatoria del derecho sustancial³⁰⁶ y, en particular, del derecho colectivo a la moralidad administrativa, en la medida en que es deber del juez analizar en cada caso concreto la situación fáctica que genera la amenaza o violación del derecho colectivo alegado que, para el asunto analizado, correspondía a la conducta de Ecopetrol “según la cual el contrato fue celebrado inicialmente por valor de \$52.894.307.112 y, sin embargo, violando la prohibición contemplada en el inciso segundo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, se adicionó el contrato hasta la suma de \$122.818.027.283”³⁰⁷.

El estudio de dicha conducta fue omitida por el juez popular, quien so pretexto de la aplicación del criterio de protección judicial basado en la conexidad³⁰⁸ existente entre la

³⁰⁵Consejo de Estado, Sentencia de 1 de febrero de 2001, Rad. AP-151.

³⁰⁶Corte Constitucional, Sentencias C-499 de 5 de agosto de 2015 y C-183 de 14 de marzo de 2007.

³⁰⁷Consejo de Estado, Sentencia de 1 de febrero de 2001, Rad. AP-151.

³⁰⁸ Más que un criterio de conexidad pareciera estarse ante el principio según el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal. El aludido criterio de conexidad ha sido ampliamente utilizado por la jurisprudencia constitucional, para amparar a través de la acción de tutela, derechos que no ostentan la calidad de fundamentales, pero que su violación implica la afectación de un derecho fundamental, por estar íntimamente vinculados. Este criterio se ha aplicado incluso para proteger derechos colectivos que sean conexos con éstos últimos. Ver Corte Constitucional. Sentencias SU-1116 de 24 de octubre de 2001 y T-710 de 15 de julio de 2008. Sobre el criterio de conexidad utilizado en el campo de los derechos fundamentales, específicamente en relación con el derecho a la salud, ver Oscar Parra Vera. El uso de estándares de conexidad e interdependencia

moralidad administrativa y el patrimonio público, negó la protección del primero de ellos, al no encontrar infracción alguna en contra del patrimonio público, desconociendo tanto el carácter autónomo y principal de la moralidad administrativa en tanto derecho, así como también el principio legal de interpretación de los derechos colectivos, según el cual éstos “se observarán y aplicarán de acuerdo a como están definidos y regulados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales que vinculen a Colombia”³⁰⁹.

De acuerdo con lo anterior y, al no existir una definición constitucional o legal del derecho colectivo a la moralidad administrativa, sino más bien un desarrollo jurisprudencial del mismo, debería corresponder al juez analizar los hechos que se ventilan en el proceso y determinar si éstos guardan relación con alguna de las distintas nociones jurisprudenciales atribuidas a la moralidad administrativa, con el fin de garantizar la protección judicial de este derecho y de cualquier otro de naturaleza colectiva.

Será el juez de la acción popular quien deba realizar una interpretación jurídica³¹⁰ del derecho colectivo a la moralidad administrativa, cuyo propósito sea “encontrarle o hallarle sentido a lo jurídico, en un proceso deliberativo de crear con argumentos razonables las soluciones jurídicas a las controversias jurídicas a la mano”³¹¹.

En todo caso, consideramos atentatorio de la autonomía y efectividad de los derechos colectivos, el uso del criterio jurisprudencial de conexidad o inescindibilidad como elemento necesario para la procedencia de la protección a la moralidad administrativa, como en algunas oportunidades fue precisado por la jurisprudencia contencioso-administrativa:

“Para evaluar la moralidad administrativa, no existen fórmulas de medición o análisis, se debe acudir al caso concreto, para sopesar la vulneración a éste derecho colectivo, derecho que en todos los casos debe estar en conexidad con otros derechos o principios legales y constitucionales para que pueda ser objeto de una decisión

como criterio de protección judicial de dimensiones prestacionales del derecho a la salud. Algunas experiencias y críticas. *Vox Juris*, Vol. 21, 2011, pp. 120-121.

³⁰⁹ Artículo 7º de la Ley 472 de 1998.

³¹⁰ Para Pabón y Torres, “el desarrollo mismo del comprender en la aplicación de lo jurídico es lo que constituye la interpretación. Solamente cuando se logra la comprensión de algo de naturaleza jurídica y, en su aplicación se resuelve un asunto jurídico, es cuando se ha logrado la interpretación, correcta o no. Finalmente, si es correcta o no es un problema de razonabilidad en la argumentación y justificación de la solución jurídica del caso”. Juan Pabón Arrieta y Alfredo Torres Argüelles. La interpretación jurídica en el litigio estratégico en defensa de los derechos humanos en Colombia. *Advocatus*, Vol. 14, núm. 27, 2017, p. 139.

³¹¹ *Ibidem*.

jurídica, a su vez, debe existir una transgresión al ordenamiento jurídico con la conducta ejercida por la autoridad. Sin estos elementos no se configura, la vulneración de éste derecho colectivo y las afirmaciones de los actores no pasarían de ser meras abstracciones, y los casos analizados se transformarían en dogmas. Sin embargo, como ya lo había manifestado esta Sala³¹², no toda ilegalidad atenta contra el derecho colectivo a la moralidad administrativa, hace falta que se pruebe la mala fe de la administración y la vulneración a otros derechos colectivos. A su vez, las ilegalidades ayudan a determinar el alcance de la moralidad administrativa en un caso concreto, en esta valoración, el juez se nutre de principios constitucionales con los cuales se determina el contenido de la norma en blanco: La Moralidad Administrativa”³¹³.

“(…) Ha señalado esta Sala la inescindibilidad que por regla general se presenta entre la vulneración a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y el patrimonio público, dado que por regla general la vulneración de uno conduce a la conclusión sobre la vulneración del otro. Se ha puntualizado que aunque “pueda imaginarse un daño a la moralidad administrativa aislado de sus consecuencias..., en la práctica, es difícil concebir un evento en que la administración se separe de los imperativos del principio de la moralidad sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público, el de la libre competencia económica, el de la seguridad pública o el de la prevención de desastres técnicamente previsibles, entre otros”³¹⁴.

De esta forma observamos cómo la jurisprudencia en algún momento intentó socavar el alcance de la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa a través de la acción popular, basándose en criterios construidos vía jurisprudencial como el de la “conexidad” o “inescindibilidad” con el patrimonio público u otros derechos colectivos, desconociendo con ello no sólo el carácter autónomo del derecho colectivo en juego, sino también su connotación de derecho humano y la importancia que ostenta en el ordenamiento jurídico como un medio de control ciudadano a las actuaciones de las autoridades públicas y particulares que ejercen funciones públicas.

2. DEFINICIÓN DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

En este apartado se explica la relación y distinción que se observa entre el derecho

³¹²Consejo de Estado, Sentencia de 16 de febrero de 2001, Rad. AP-170.

³¹³Consejo de Estado, Sentencia de 6 de septiembre de 2001, Rad. 13001-23-31-000-2000-0005-01(AP-163)

³¹⁴ Consejo de Estado, Sentencia de 25 de mayo de 2006, Rad. 25000-23-27-000-2003-00345-02(AP) y 12 de octubre de 2006, Rad. 25000-23-24-000-2004-00932-01(AP).

colectivo a la moralidad administrativa y la moralidad pública, a partir del desarrollo conceptual que sobre éste último ha realizado la Corte Constitucional. Si bien la moralidad pública no es el único criterio encontrado al interior de la jurisprudencia constitucional para diferenciar la moral administrativa, los demás han sido descritos de manera conjunta con el Consejo de Estado, razón por la cual serán explicados en el siguiente acápite.

En este orden de ideas, la jurisprudencia constitucional, al referirse a la moralidad administrativa, la define, entre otras, como un principio que orienta el ejercicio de la función pública, en particular la administrativa³¹⁵, y lo diferencia de la moralidad social o pública, la cual es definida como un criterio que indica “en el plano secular un modo de ser y de actuar que no puede soslayar la persona, portadora de derechos, que es, al mismo tiempo, sujeto individual y miembro de una comunidad”³¹⁶, con el fin de mantener el orden público y lograr la convivencia en sociedad³¹⁷.

En nuestro parecer, la moralidad administrativa se convierte en una especie del género moral pública, ya que aquella se encuentra encaminada a establecer y exigir parámetros de conducta de la persona natural o jurídica que se relaciona o sirve a la administración pública. De allí que su fundamento “se halla por tanto en cierta concepción de la naturaleza de su propia actividad. Tanto el político como el funcionario son considerados administradores temporales de la cosa pública, concebidos, en parte, como servidores de una comunidad”³¹⁸, situación que, como hemos visto, se puede extender no sólo al individuo que ejerce funciones públicas, sino también a aquellos sujetos que se relacionan con la administración del Estado, como sucede en la actividad contractual de éste.

Para materializar su propósito, en algunas ocasiones, tanto la moral pública como la moral administrativa se concretan en normas jurídicas que sirven “para definir situaciones

³¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-826 de 13 de noviembre de 2013.

³¹⁶ Corte Constitucional. Sentencias C-404 de 10 de agosto de 1998; T-1083 de 5 de diciembre de 2002 y C-241 de 22 de marzo de 2012.

³¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia SU-476 de 25 de septiembre de 1997.

³¹⁸ Manuel Villoria, “Fundamentación de la ética del sector público. El funcionario como servidor público”, en *Ética pública y buen gobierno: Regenerando la democracia y luchando contra la corrupción desde el servicio público*, editado por Manuel Villoria (Madrid - España: Instituto Nacional de Administración Pública, 2015), p. 166.

jurídicas, o para limitar derechos de las personas”³¹⁹ y, de esta manera, proteger bienes jurídicos colectivos³²⁰. Así, refiriéndose a la forma en la que el derecho sirve a la moral pública, principalmente en la esfera normativa, el Alto Tribunal Constitucional señaló:

“El Derecho como instrumento de control social no descarta otros sistemas normativos de orientación de la conducta humana. Particularmente, en relación con la moral pública, puede tener una relación en cuya virtud secunde algunos de sus propósitos. El proceso legislativo - esfera pública por excelencia - constituye una instancia permanente de valoración ético-social de las más variadas conductas de la colectividad y, por consiguiente, al mismo acceden todas las creencias y discursos donde lo moral y lo político se entrelazan, como por lo demás corresponde a una sociedad que no es homogénea sino plural y pluralista. La ley es un medio al servicio de la razón pública que sirve desde esta perspectiva al propósito de articular normativamente consensos mínimos en una sociedad integrada por ciudadanos autónomos, libres e iguales, llamados por ello a configurar participativamente el orden político. De ahí que la ley, como una de las más valiosas síntesis de la deliberación y conformación discursiva de la opinión pública, busque encarnar en sus disposiciones una determinada visión de lo que se considera, en un momento dado, como justo para el individuo y la comunidad - ya sea a partir de un ideal ético o político o desde una práctica moral comunitaria -, lo cual, desde luego, como simple aspiración normativa, se somete tanto al escrutinio de la moralidad crítica individual y social, como al examen de conformidad constitucional”³²¹.

Esto quiere decir que, a pesar de que el ordenamiento jurídico no prohíba un sistema moral particular, algunas normas jurídicas pueden estar dotadas de un contenido moral y, en ese sentido, mientras la moral social o pública sirve al juez como criterio de valoración para determinar la constitucionalidad de las leyes o definir la protección de un derecho, a través de la acción de tutela³²², la moralidad administrativa se convierte igualmente en un criterio de valoración de la conducta del particular o funcionario público, expresada a través de actos jurídicos, acciones u omisiones, lo cual es analizado en sede de acción popular.

³¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-814 de 2 de agosto de 2001. En términos de la Corte Constitucional “(...) La *moral social*, entendida como las pautas de conducta que, en efecto, hacen parte de un código social que se considera importante en el seno de una comunidad, pero que, además, debe estar acorde con principios y valores relevantes en un contexto constitucional pluralista y multicultural, constituye un criterio que, en principio, tiene la potencialidad de limitar válidamente el ejercicio de los derechos”. Corte Constitucional. Sentencia C-113 de 22 de febrero de 2017. En igual sentido ver: Corte Constitucional. Sentencia C-431 de 6 de mayo de 2004.

³²⁰ Corte Constitucional. Sentencias C-404 de 10 de agosto de 1998; C-241 de 22 de marzo de 2012 y C-387 de 2014.

³²¹ Corte Constitucional en sentencia C-404 de 10 de agosto de 1998.

³²² Corte Constitucional. Sentencia C-387 de 25 de junio de 2014.

En este sentido, es indiscutible el punto de encuentro entre la moral y el derecho, cuando aquella se materializa a través de normas jurídicas o cuando el juez acude a ella como una pauta de interpretación de la validez de ciertas conductas y actos jurídicos:

“No es posible negar la relación entre la moral y el derecho. Y menos desconocer que las normas jurídicas en algunos casos tienen en cuenta la moral vigente, para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico. Hay siempre una moral social, que es la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia. Entendida así, la moral no es individual: lo individual es la valoración que cada uno hace de sus actos en relación con la moral social”³²³.

Así las cosas, se podría afirmar que la moralidad pública se aplica indistintamente a todos los miembros pertenecientes a una sociedad sujeta a un ordenamiento jurídico compuesto por normas que señalan los comportamientos, valores y principios generalmente aceptados por la comunidad en un momento determinado, cuyas características han sido resaltadas por la Corte Constitucional así:

“(i) es un elemento adicional en la constitucionalización de los derechos de los ciudadanos, (ii) es fuente de limitaciones de derechos constitucionales, en tanto permite al Estado imponer restricciones con el objetivo de armonizar proyectos de vida disímiles en el contexto de una democracia, (iii) está compuesta por los principios que se encuentran en relación de conexidad necesaria con la idea de Estado social y democrático de derecho, cuales son, entre otros: dignidad humana, la búsqueda de la paz, el pluralismo y la tolerancia. En ese orden de ideas, frente a la vaguedad conceptual e indeterminación de fuentes normativas de reglas y principios en el ámbito de la moral pública –y frente a la posible restricción ilegítima del derecho a la libertad- debe aplicarse un test estricto de proporcionalidad”³²⁴.

Por su parte, el principio y derecho colectivo a la moralidad administrativa, como especie de la moral pública, permea “todas las actuaciones de los funcionarios del Estado y de los particulares que cumplen funciones públicas”³²⁵, motivo por el cual, la Constitución dispone de mecanismos para asegurar su protección, “tales como la exigencia del cumplimiento e imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas, el régimen de

³²³ Corte Constitucional. Sentencia C-224 de 5 de mayo de 1994.

³²⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-301 de 25 de marzo de 2004.

³²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-826 de 13 de noviembre de 2013.

inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, acciones y recursos para exigir el cumplimiento de la Constitución y la ley, así como acciones de repetición y populares”³²⁶.

Por tanto, la jurisprudencia constitucional al igual que la contencioso-administrativa recientemente ha delimitado su campo de aplicación, así:

“La moralidad administrativa sólo resulta exigible de las entidades públicas en el ejercicio de funciones administrativas y de los particulares encargados de la misma función, pero en este caso, únicamente respecto del ejercicio de la función administrativa encomendada; de lo contrario, se afectarían derechos y valores que manifiestan el principio de separación entre lo público y lo privado. Por esta razón, el artículo 15 de la Ley 472 de 1998 sólo le reconoce competencia a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer de las acciones populares originadas en acciones u omisiones de entidades públicas o de personas privadas que desempeñen funciones administrativas”³²⁷.

De lo expuesto anteriormente se puede concluir que la moralidad administrativa tiene una relación estrecha con la moral pública, puesto que su manifestación se da con ocasión a la actividad de la administración pública y, por ende, se ubica no en el plano individual, sino que trasciende a los valores y principios compartidos por una comunidad política organizada, que se exige inicialmente en relación con los funcionarios públicos y particulares que ejercen funciones administrativas, ya que como hemos manifestado, la moralidad administrativa puede verse amenazada o vulnerada incluso por la participación de personas naturales o jurídicas, en la consecución de los fines del Estado.

3. CONCEPTOS COMPARTIDOS DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

3.1. Norma en blanco

El Consejo de Estado ha señalado igualmente que la moralidad administrativa es una norma en blanco, es decir, que “contiene elementos cuya definición se encuentra, o se debería

³²⁶ Ibídem. En el mismo sentido ver: Corte Constitucional. Sentencias C-179 de 1° de marzo de 2005; C-988 de 29 de noviembre de 2006 y C-288 de 20 de mayo de 2014.

³²⁷ Corte Constitucional. Sentencia SU-585 de 21 de septiembre de 2017.

encontrar, en otras disposiciones, de manera que para aplicar la norma en blanco, el juez deberá estarse a lo que prescribe la norma remitida respecto del concepto no definido en aquella”³²⁸.

Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo de lo contencioso administrativo, al señalar lo siguiente:

“La moralidad administrativa, entendida como concepto jurídico indeterminado - o norma en blanco- implica que, para establecer y determinar su contenido y alcance, debe ser integrada por el operador judicial, en cada caso concreto, de conformidad con las condiciones fácticas, probatorias y jurídicas que rodean la supuesta vulneración o amenaza endilgada ”³²⁹.

No obstante, el literal b) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998 que incluye la moralidad administrativa como derecho colectivo, no sería propiamente una norma en blanco, puesto que, acudiendo a la definición del tipo penal en blanco –criterio que fue utilizado para definirla en este sentido–, no encajaría dentro de la misma, toda vez que no contempla un supuesto de hecho que deba ser definido a partir de la remisión a otra norma jurídica concreta. Veamos el concepto de tipo penal en blanco:

“el supuesto de hecho se encuentra desarrollado total o parcialmente por una norma de carácter extrapenal. Los tipos penales en blanco responden a una clasificación reconocida por la doctrina y aceptada por la jurisprudencia constitucional colombiana ante la incapacidad práctica de abordar temas especializados y en permanente evolución, siempre que la remisión normativa permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y la sanción correspondiente ”³³⁰.

En este sentido, no se considera del todo acertado definir la moralidad administrativa como una norma en blanco, puesto que no contiene un supuesto de hecho definido en una norma jurídica específica, que permita determinar inequívocamente al juez si la conducta o el acto jurídico que se evalúa se enmarca dentro de una inmoralidad administrativa, de tal

³²⁸ Consejo de Estado, Sentencias de 16 de febrero de 2001, Rad. AP-170; 17 de junio de 2001, Rad. AP-166; 6 de septiembre de 2001, Rad. 13001-23-31-000-2000-0005-01(AP-163) y 26 de septiembre de 2002, Rad. AP-537.

³²⁹ Consejo de Estado, Sentencia de 8 de junio de 2011, Rad. 41001-23-31-000-2004-00540-01(AP).

³³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-121 del 22 de febrero de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

forma que la misma “debe ser interpretada por el juez bajo la aplicación de la hermenéutica jurídica”³³¹ y atendiendo las definiciones sentadas jurisprudencialmente, sin que esto signifique una permisión al operador judicial para que realice valoraciones subjetivas o arbitrarias, debido a que se trata de evaluar las conductas y actos jurídicos a la luz de las normas, principios y valores reconocidos constitucional y legalmente³³².

3.2. Concepto jurídico indeterminado

El concepto de “moral” o “moralidad” ha sido catalogado también por la jurisprudencia constitucional como un concepto jurídico indeterminado³³³, es decir, “que de su tenor literal no encuentran definido su alcance, sino que el mismo es establecido al momento de su aplicación por el intérprete”³³⁴. En relación con este tipo de conceptos, la Corte Constitucional ha delimitado las siguientes reglas:

“(i) Los conceptos jurídicos indeterminados no suponen la discrecionalidad de las autoridades puesto que implican clasificar una situación para tomar una única medida apropiada o justa.

(ii) Si bien se admite cierto grado de indeterminación y ambigüedad en el lenguaje jurídico, y no obstante no todo concepto jurídico indeterminado sea per se inconstitucional, el Legislador debe evitar emplear palabras y conceptos que impliquen un grado de ambigüedad tal, que afecten la certeza del derecho y lleven a una interpretación absolutamente discrecional de la autoridad a quien corresponde aplicar determinada disposición, especialmente cuando se trata de normas que restringen el derecho a la libertad en sus múltiples expresiones.

(iii) Cuando sea posible esclarecer un concepto jurídico indeterminado, a partir de las herramientas hermenéuticas que ofrece el propio ordenamiento, la disposición no será inconstitucional. Por el contrario, si el concepto es tan abierto que no puede ser concretado en forma razonable, se desconoce el principio de legalidad.

(iv) En materia sancionatoria, ya sea penal o disciplinaria, la exigencia de certeza sobre el supuesto de hecho de una norma es mayor puesto que la aplicación de la

³³¹Consejo de Estado, Sentencia de 6 de septiembre de 2001, Rad. 13001-23-31-000-2000-0005-01(AP-163).

³³² Sobre el particular, el Consejo de Estado indicó: “También, la jurisprudencia rechaza la posibilidad de que el juicio de moralidad administrativa se conduzca por las convicciones subjetivas del juez, puesto que no se trata de imponerle a la administración normas de conducta extraídas del fuero interno del fallador sino de exigir, en cada caso concreto, que sus actuaciones se acompasen con los valores supremos que expresan las aspiraciones legítimas de la sociedad a que sus gobernantes enderecen el ejercicio del poder, a los fines en que hunde su razón de ser la organización política”. Consejo de Estado, Sentencia de 27 de marzo de 2014, Rad. 25000-23-15-000-2010-02404-01(AP).

³³³Corte Constitucional. Sentencia C-931 de 3 de diciembre de 2014.

³³⁴Corte Constitucional. Sentencia C-538 de 5 de octubre de 2016.

misma puede implicar una afectación más profunda de los derechos y libertades constitucionalmente protegidas”³³⁵.

Atendiendo esta definición resulta necesario señalar que, si bien al operador judicial le corresponde definir el alcance de la moralidad administrativa en cada caso concreto, ello no implica -como sucede con los conceptos jurídicos indeterminados- que se deban enmarcar los hechos a fin de adoptar una única medida, toda vez que el juez deberá analizar y valorar los mismos con el propósito de acoger las órdenes que sean necesarias para contrarrestar la situación que amenaza o viola la moralidad de la administración.

Ahora bien, la indeterminación de la moralidad administrativa, en modo alguno puede suponer la arbitrariedad del juez a la hora de interpretar y aplicar la norma jurídica a cada caso concreto³³⁶, toda vez que debe evidenciarse en el curso del proceso algún elemento que configure la transgresión a la moralidad en el ejercicio de la función administrativa, de acuerdo al amplio desarrollo jurisprudencial que sobre este concepto ha realizado el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo³³⁷.

En efecto, la labor de concreción de esta categoría jurídica tiene un doble propósito: de garantía y límite. De garantía, por cuanto su concreción conceptual permitiría fiscalizar y enjuiciar fácilmente aquellos casos en que se vislumbre una posible amenaza o violación a la moralidad administrativa. De límite, en la medida en que evitaría la posible calificación ilimitada y arbitraria de una situación fáctica como violatoria de la moralidad administrativa en que podría incurrir el juez. Así lo ha resaltado la Corte Constitucional, al señalar que “el Consejo de Estado se ha esforzado, caso por caso, en otorgar contenido a este principio, derecho y deber colectivo, con el fin de velar por su efectivo respeto, al tiempo que ha buscado limitar la subjetividad judicial en la evaluación del respeto de la moralidad administrativa”³³⁸. Ello se evidencia en las distintas aproximaciones conceptuales que ha tenido este derecho colectivo, tales como la transparencia y honestidad en ejercicio de la función administrativa, la defensa del patrimonio público, el respeto al principio de legalidad, la prevalencia del interés general, entre otros.

³³⁵Corte Constitucional. Sentencias C-435 de 10 de julio de 2013 y C-538 de 5 de octubre de 2016.

³³⁶Corte Constitucional. Sentencia SU-585 de 21 de septiembre de 2017.

³³⁷Corte Constitucional. Sentencia C-931 de 3 de diciembre de 2014.

³³⁸Corte Constitucional. Sentencia SU-585 de 21 de septiembre de 2017.

3.3. La sujeción de la moralidad administrativa al principio de legalidad

De igual modo, el Consejo de Estado ha asociado el concepto de moralidad administrativa con el principio de legalidad, entendido éste último como el deber que tiene la administración pública de sujetar su actividad al ordenamiento jurídico, es decir, “que las normas que ella expida y los actos que realice no vayan en contra de las reglas jurídicas superiores”³³⁹.

La Corte Constitucional ha delimitado este principio de la siguiente manera:

“1. El principio constitucional de la legalidad tiene una doble condición de un lado es el principio rector del ejercicio del poder y del otro, es el principio rector del derecho sancionador. Como principio rector del ejercicio del poder se entiende que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas”³⁴⁰.

Por su parte, el Consejo de Estado ha señalado en relación con el principio de legalidad lo siguiente:

“En efecto, es importante recordar que uno de los principios esenciales de cualquier Estado de Derecho es el principio de legalidad, el cual, en nuestro medio, está contenido principalmente en los artículos 6, 121 y 122 de la Constitución Política. De acuerdo con este principio, uno de los requisitos que condiciona la legitimidad de la actuación de las autoridades públicas es que se desarrolle dentro del preciso ámbito funcional definido por la ley, lo que genera para los servidores públicos la prohibición de actuar con omisión o extralimitación de sus funciones”³⁴¹.

Se puede derivar de lo anterior que el principio de legalidad, además de dotar de legitimidad la actuación de los funcionarios públicos al servicio de la administración pública, determina el ámbito de acción de sus competencias, a partir del cual se prohíbe la omisión o

³³⁹ Jaime Vidal Perdomo y Carlos Molina Betancur, *Derecho Administrativo* (Bogotá D.C. – Colombia: Legis, 2019), p. 645.

³⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-710 de 5 de julio de 2001.

³⁴¹ Consejo de Estado, Sentencia de 3 de julio de 2018, Rad. 11001-03-06-000-2018-00049-00(C).

extralimitación de sus funciones. De esta manera, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha supeditado el derecho colectivo a la moralidad administrativa al respeto del principio de legalidad, de tal forma que la violación de este derecho implica necesariamente una ilegalidad de la actuación del funcionario o particular que ejerce funciones administrativas. Así lo manifestó el Consejo de Estado en sentencia de 21 de febrero de 2007:

“En efecto, cuando se habla de moralidad administrativa, contextualizada en el ejercicio de la función pública, debe ir acompañada de uno de los principios fundantes del Estado Social de Derecho, como lo es el de legalidad, que le impone al servidor público o al particular que ejerce función administrativa, como parámetros de conducta, además de cumplir con la Constitución y las leyes, observar las funciones que le han sido asignadas por ley, reglamento o contrato, por ello en el análisis siempre está presente la ilegalidad como presupuesto sine qua non, aunque no exclusivo para predicar la vulneración a la moralidad administrativa”³⁴².

Sin embargo, no ha sido pacífica la discusión respecto de si la legalidad es o no un presupuesto indispensable del juicio de moralidad. Veamos las dos posturas que han transitado al interior de la jurisprudencia del Consejo de Estado:

“Empero, también se observa dificultad en lo que toca con la fuente del contenido sobre el que debe adelantarse el juicio de moralidad; así, desde un extremo se sostiene que debe fundarse en el principio de legalidad, al tiempo que se plantea que la moralidad y la legalidad no se implican necesariamente, de donde la ilegalidad per se no es suficiente para concluir la inmoralidad y que esta última puede configurarse sin que sea conditio sine qua non la violación de la “norma legal positiva”³⁴³.

La tesis que supedita la moralidad administrativa al principio de legalidad añade un

³⁴² Consejo de Estado, Sentencia de 21 de febrero de 2007, Rad. 25000-23-25-000-2005-00355-01(AP). Así por ejemplo, en Sentencia de 26 de septiembre de 2002, Rad. AP-537, el Consejo de Estado analizó la violación a la moralidad administrativa, a la luz del principio de legalidad, en la cual estimó en un caso de contratación estatal que “(...)El estudio de las normas que rigen la adquisición de compromisos y los gastos derivados del contrato, permiten concluir que una de las conductas descritas por el actor (omisión en la disponibilidad previa), calificada de vulneradora del derecho colectivo a la moralidad administrativa, no desborda el marco normativo que la rige(...)” y “(...)Por último no se advierte desacato normativo del derecho colectivo a la “moralidad Administrativa” con el hecho relativo a que parte del gasto reconocido por el Alcalde por concepto del reajuste de precios, se haya dejado para cancelar en la siguiente vigencia fiscal, situación jurídica permitida en forma expresa por el artículo 27 de la ley 80 de 1993. Por lo tanto hay lugar a desestimar la prosperidad de la pretensión anteriormente estudiada”.

³⁴³ Consejo de Estado, Sentencia de 27 de marzo de 2014, Rad. 25000-23-15-000-2010-02404-01(AP).

ingrediente adicional y es la conducta dolosa del funcionario o particular, hipótesis que aproxima el derecho colectivo a la moralidad administrativa con la desviación de poder³⁴⁴, en cuanto se “exige, además de la ilegalidad, el propósito particular que desvíe el cumplimiento del interés general al favorecimiento del propio servidor público o de un tercero”³⁴⁵. Ello conlleva a admitir que, bajo esta lógica, la verificación de la legalidad y la ausencia de un ánimo desviado a los fines de la función administrativa en determinado caso, conducirá a la ratificación de la moralidad administrativa³⁴⁶. Veamos esta postura:

“La violación del derecho a la moralidad administrativa implica siempre la vulneración por parte de los servidores públicos de la Constitución o la ley, o la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (art. 6 Constitución Política), pero no siempre la vulneración del principio de legalidad implica la violación de la moralidad administrativa, pues para que tal consecuencia se produzca es necesario, además, que la decisión u omisión cuestionada se hayan realizado con desviación de poder, o con un interés ajeno al que debe inspirar el acto”³⁴⁷.

Con este propósito es importante precisar que en veces la violación al principio de legalidad, que se traduce en el no acatamiento de la normatividad en el ejercicio de la función administrativa, puede conducir a concluir también la vulneración a la moralidad administrativa, porque a la ilegalidad de la actuación se une la conducta antijurídica de quien la ejerce, en tanto actúa no con el ánimo de satisfacer el interés general, sino con el claro propósito de atender intereses personales y particulares, esto es, se vale de la función que ejerce como servidor del Estado, en provecho propio. (...)”³⁴⁸.

En nuestro sentir, tiene mayor cabida -desde el punto de vista teórico práctico- la postura según la cual no toda ilegalidad implica vulneración a la moralidad administrativa, por cuanto no todas las normas protegen un contenido moral³⁴⁹ y, no toda violación a la moralidad administrativa proviene de un supuesto de ilegalidad, toda vez que, en veces, su

³⁴⁴ Consejo de Estado, Sentencia de 31 de octubre de 2002, Rad. 52001-23-31-000-2000-1059-01(AP-518). En términos de Vidal y Betancur “Hay desvío de poder cuando se emplea una facultad otorgada por la ley con un fin distinto del que la ley quería al otorgarla. (...) Los funcionarios deben actuar teniendo en cuenta el interés general. Cuando quiera que obren buscando un fin distinto de este, están desviando el poder que se les confió y sus actos son anulables. (...) Fácil es comprobar que el control severo por parte del juez en los fines de los actos contribuye a la moralización administrativa.” Jaime Vidal Perdomo y Carlos Molina Betancur, *Derecho Administrativo*, pp. 666-667.

³⁴⁵ Consejo de Estado, Sentencia de 21 de febrero de 2007, Rad. 25000-23-25-000-2005-00355-01(AP).

³⁴⁶ Consejo de Estado, Sentencia de 16 de febrero de 2001, Rad. AP-170.

³⁴⁷ Consejo de Estado, Sentencia de 30 de agosto de 2007, Rad.88001-23-31-000-2004-00009-01(AP).

³⁴⁸ Consejo de Estado, Sentencia de 26 de enero de 2006, Rad. 41001-23-31-000-2003-01105-01(AP).

³⁴⁹ *Ibidem*.

afectación puede incluso provenir de situaciones fácticas que son legales. Ello quiere significar que la transgresión de la moralidad de la administración pública puede coincidir o no con la legalidad o ilegalidad de su actuación, casos en los cuales el operador judicial debe igualmente velar por su protección.

La anterior premisa encuentra fundamento, desde el punto de vista teórico, teniendo en cuenta que la moralidad administrativa y el principio de legalidad son categorías jurídicas -aunque relacionadas- disímiles, máxime cuando evidenciamos que la moralidad administrativa puede estar en las normas jurídicas o por fuera de ellas, a manera de principios o valores que impregnan la actividad de la administración pública. Veamos:

“Se evidencia entonces, que si bien el principio de legalidad puede subsumirse en el concepto de moralidad administrativa, son sustancialmente diferentes, en tanto este último concepto atañe a que de por medio se ventilen intereses diametralmente contrarios a la función administrativa. Así, el medio procesal para la protección de este derecho colectivo será la acción popular, en tanto que el del principio de legalidad será la acción de nulidad”³⁵⁰.

“Para la Sala, es completamente claro que las más de las veces la moral (o lo correcto o lo bueno) nutre al derecho, de forma tal que aquella subyace a éste y se constituye en una parte importante de su estructura; en tales casos se presenta, bajo la exteriorización de una norma, de manera concomitante, un contenido moral y uno jurídico que vinculan imperativamente a los miembros del conglomerado social. Es ese contenido moral, cuando se hace referencia a la moralidad administrativa, el que se ampara como derecho colectivo, y es por ello que la protección comprende un ámbito diferente del de la legalidad, entendida en su connotación pura y simple de juridicidad.

Pero la moralidad que se protege como derecho colectivo ha de estar incorporada en una norma legal o en los valores y principios que inspiran la actuación administrativa, para que sea susceptible de protección por esta vía. No es aceptable predicar su infracción cuando quiera que se vaya en contra de lo que es “correcto” y “bueno” de conformidad con el “sentido común ético” y la “razón”, sin que se exija como condición necesaria para ello la concurrencia de tales elementos con la vulneración de una norma legal o de un valor o principio constitucional”³⁵¹.

Desde el punto de vista práctico es necesario mencionar que pueden existir situaciones fácticas que, pese a ser legales, atentan contra la moralidad de la administración

³⁵⁰ Consejo de Estado, Sentencia de 26 de enero de 2006, Rad. 41001-23-31-000-2003-01105-01(AP).

³⁵¹ Consejo de Estado, Sentencia de 21 de mayo de 2008, Rad. 54001-23-31-000-2004-01415-01(AP).

pública. Un ejemplo de ello se observó en el caso del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República -FONPRECON- contra Carlos Alberto Pinedo Cuello, en el que la entidad pública demandó, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el acto administrativo que expidió (Resolución núm. 137 del 17 de mayo de 1990), a través del cual reconoció el disfrute de un porcentaje de la sustitución pensional causada por el exsenador Miguel Pinedo Barros, a favor de su hijo Carlos Alberto Pinedo Cuello, hasta los 18 años de edad o hasta cuando acreditara estudios superiores, desconociendo el límite de edad (23 y 25 años) fijado por los artículos 37 del Decreto 2837 de 1986, 47 y 74 literales b) de la Ley 100 de 1993³⁵².

La entidad demandante alegó que, mediante la Resolución No. 66 de 14 de febrero de 1999 -ratificada por la Resolución No. 728 de 12 de julio del mismo año-, ordenó ajustar al 100% la mesada pensional de la cónyuge supérstite del exsenador y “retirar al demandado de la nómina a partir del 24 de diciembre de 1998, fecha en la que cumplió 25 años de edad”³⁵³.

En virtud de lo anterior, el demandado interpuso acción de tutela en contra de FONPRECON, la cual amparó su derecho a la educación y ordenó a la entidad continuar el pago de la sustitución pensional hasta que se resolviera la controversia por parte de la jurisdicción competente. Posteriormente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad parcial del acto administrativo, mediante sentencia del 18 de octubre de 2007, toda vez que “omitió fijar límite temporal al pago de las mesadas pensionales a favor del demandado”³⁵⁴, decisión que fue apelada por el demandante en razón de la negativa del *a quo* de ordenar el reintegro de las sumas de dinero canceladas en exceso y ante la flagrante violación de la moral social y erario público³⁵⁵.

Finalmente, la Sección Segunda del Consejo de Estado resolvió la apelación a favor de la entidad pública demandante, por cuanto estimó que:

“Resulta evidente que el acusado en razón de la Resolución proferida por el Fondo, tenía pleno conocimiento de que sólo tenía derecho a percibir su mesada hasta el 24 de diciembre de 1991, fecha en la que cumpliría la mayoría de edad, es decir, los 18

³⁵²Consejo de Estado, Sentencia de 6 de mayo de 2015, Rad. 25000-23-25-000-2000-01200-01 (0526-2008).

³⁵³ *Ibidem*.

³⁵⁴ *Ibidem*.

³⁵⁵ *Ibidem*.

años, sin embargo, atendido a la frase restante incluida en la aludida resolución “o hasta que acredite estudios superiores”, se resguardó en el mecanismo constitucional de amparo, para obtener un término mayor en el tiempo para el pago de la mesada, mucho más allá del cumplimiento de los 25 años, que lo fue el 24 de diciembre de 1998, para así lograr, como en efecto lo consiguió al auxilio de la tutela, obtener el pago de la mesada por dos años más hasta el 24 de diciembre de 2000”³⁵⁶.

La anterior situación pone de presente el supuesto fáctico según el cual pueden ocurrir situaciones que siendo “legales” traen consigo la violación de la moralidad administrativa. En el caso particular, ello tuvo lugar por cuanto la entidad pública -FONPRECON-, en acatamiento de la orden impartida por el juez constitucional, amparó una situación a todas luces violatoria de la moralidad, del erario público, de la buena fe y solidaridad que se predica del régimen pensional.

³⁵⁶ *Ibidem.*

CAPÍTULO III - ANÁLISIS DE LA PROTECCIÓN JUDICIAL DEL DERECHO COLECTIVO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA

Hasta este punto, podemos afirmar que la protección de la moralidad administrativa no ha estado exenta de dificultades, no sólo por cuenta de los complejos intentos para establecer una definición conceptual como hemos visto en el desarrollo sistemático de la jurisprudencia, sino también en lo que respecta al desarrollo procesal de la acción misma en los estrados judiciales.

En este orden de ideas, el presente capítulo tiene como objetivo realizar un estudio y análisis crítico de la jurisprudencia contencioso administrativa³⁵⁷, en materia de acciones populares promovidas para la defensa del derecho colectivo a la moralidad administrativa, con ocasión a los “actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas”³⁵⁸, con la finalidad de determinar avances o retrocesos en la tutela de este derecho colectivo. Así las cosas, el presente capítulo se estructura en tres secciones:

En una primera parte, se realiza una breve referencia a las acciones populares, ya que al ser la herramienta procesal dispuesta por el ordenamiento jurídico para la protección de la

³⁵⁷De conformidad con el artículo 15 de la Ley 472 de 1998, “La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las Acciones Populares originadas en actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones vigentes sobre la materia. En los demás casos, conocerá la jurisdicción ordinaria civil.”

³⁵⁸ *Ibidem*. El Consejo de Estado al respecto, ha establecido que “Del artículo 9 de la Ley 472 de 1998, referente a la procedencia de la acción popular, se deduce que la demanda puede dirigirse contra una autoridad pública, contra un particular, o incluso contra ambos. (...) Luego, una acción popular dirigida contra un particular será de competencia de la jurisdicción ordinaria, mientras que la dirigida contra una autoridad pública o un particular que desempeñe funciones administrativas, lo será de la Contencioso Administrativa. La regla anterior tiene una excepción en los eventos en que una acción se dirija, al tiempo, en contra de una autoridad pública y de un particular; en tal caso, la competencia para conocer de la misma reside en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en tanto que ésta prevalece sobre la de la Jurisdicción Ordinaria en virtud del fuero de atracción”. Consejo de Estado, Sentencia de 19 de mayo de 2005, Rad. 25000-23-27-000-2002-90106-01(AP). Asimismo, ha señalado que “(...)tratándose de una acción popular, el aludido fuero opera cuando se acumulan acciones contra entidades públicas o personas privadas que cumplen funciones públicas, por un lado, y particulares por otro, señalados como responsables solidarios del hecho u omisión que amenace o vulnere derechos colectivos, o cuando su comparecencia conjunta es forzosa para que se produzca sentencia, porque ésta podría afectarlos de manera uniforme(...)”. Consejo de Estado, Sentencias de 6 de julio de 2001, Rad. AP-077 y 27 de septiembre de 2001, Rad. AP-510.

moralidad administrativa, resulta conveniente precisar algunas de sus características, las cuales inciden indefectiblemente en la efectividad de este derecho, toda vez que el proceso judicial se convierte en el medio a través del cual se ventila el debate y se solucionan los conflictos en el contexto de una sociedad democrática, mediante un fallo revestido de autoridad que hace tránsito a cosa juzgada, por lo que las garantías de los sujetos procesales, en particular de aquellos que se encuentran en una situación desfavorable —usualmente el actor popular—, adquieren gran relevancia para lograr su verdadera finalidad³⁵⁹.

En segundo lugar, se describen las barreras sustanciales que encuentra la moralidad administrativa, entendidas como aquellas limitaciones o dificultades que surgen a partir de las definiciones conceptuales otorgadas por la jurisprudencia contencioso administrativa.

Y, en tercer lugar, se abordan las principales barreras procesales —de origen legal o jurisprudencial— a las que se encuentra sometido no solo el actor popular durante el proceso de acción popular, sino también el juez constitucional al momento de dictar sentencia.

La presencia de estas barreras —como veremos— inciden indefectiblemente en la órbita de protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa. Por ende, su análisis y estudio tiene por finalidad determinar si en la práctica judicial colombiana se concreta el propósito del constituyente de lograr la tutela de los derechos colectivos a través de la acción popular, ya que “la sola incorporación de la Carta de derechos a la Constitución ciertamente no es suficiente para asegurar su eficacia”³⁶⁰.

1. LA ACCIÓN POPULAR COMO MECANISMO PROCESAL DE TUTELA DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA

Como se mencionó anteriormente, las acciones populares tienen su origen “en el ordenamiento jurídico colombiano desde la expedición del Código Civil aprobado mediante la Ley 57 de 1887, principalmente para la protección de bienes de uso público”³⁶¹, pero sólo

³⁵⁹Francisco Verbic. Los procesos colectivos, p. 1.

³⁶⁰Juan Carlos Esguerra Portocarrero, *La protección constitucional del ciudadano* (Bogotá D.C. – Colombia: Editorial Legis, 2004), p. 3.

³⁶¹“En varias disposiciones, anteriores a la Carta Política de 1991, se previeron acciones de ese tipo para: (i) la protección de bienes de uso público (C.C. arts. 1005 a 1007, 2358 y 2360); (ii) los casos de daño contingente (C.C. arts. 2359 y 2360); (iii) la defensa del consumidor (Decreto-Ley 3466 de 1982); (iv) el espacio público y

a partir de la Constitución de 1991 se erigió como mecanismo procesal de rango constitucional para la protección y defensa de los derechos e intereses colectivos enlistados de manera enunciativa y no taxativa³⁶² en el artículo 88 constitucional³⁶³ y, posteriormente en el artículo 4° de la Ley 472 de 1998³⁶⁴, dentro de los cuales se incluyen algunos como el goce de un ambiente sano y del espacio público, la defensa del patrimonio público y cultural de la Nación, el acceso a los servicios públicos, los derechos de los consumidores y usuarios, la moralidad administrativa, entre otros.

Con su interposición, el actor popular persigue alguna de las siguientes finalidades: i) preventiva, para evitar el daño contingente, ii) suspensiva, para hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o iii) restaurativa, cuando busca restituir las cosas a su estado anterior de ser esto posible³⁶⁵, como consecuencia de la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares³⁶⁶.

De igual manera, la Corte Constitucional ha señalado los principales rasgos que caracterizan esta clase de acciones públicas, a saber:

“(i) Pueden ser promovidas por cualquier persona. (...); (ii) Son ejercidas contra las autoridades públicas por sus actuaciones u omisiones y por las mismas causas, contra los particulares. (...); (iii) Tienen un fin público. (...); (iv) Son de naturaleza preventiva. (...); (v) Tienen un carácter restitutorio. (...); (vi) No persiguen en forma directa un resarcimiento de tipo pecuniario. (...); (vii) Gozan de una estructura especial que las diferencia de los demás procesos litigiosos. (...)”³⁶⁷.

ambiente (Ley 9ª de 1989; y (v) la competencia desleal (Ley 45 de 1990)”. Corte Constitucional. Sentencia SU-649 de 19 de octubre de 2017.

³⁶²“sin embargo, como se ha dicho en varias oportunidades por esta Corte, tal definición no es taxativa, pues a la vez se le defirió al legislador la posibilidad de señalar otros derechos e intereses colectivos cuya protección sea materia de las acciones populares, en el evento de que participen de similar naturaleza y siempre que no contraríen la finalidad pública o colectiva para la cual fueron concebidos”. Corte Constitucional. Sentencia C-1062 de 16 de agosto de 2000.

³⁶³Artículo 88 de la Constitución Política de 1991.

³⁶⁴ Artículo 4° de la Ley 472 de 1998..

³⁶⁵ El artículo 2° de la Ley 472 de 1998, dispuso lo siguiente: “Artículo 2o. Acciones Populares. Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos. Las acciones populares se ejercen para 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”. Corte Constitucional. Sentencia SU-649 de 19 de octubre de 2017.

³⁶⁶Consejo de Estado, Sentencia de 18 de enero de 2001, Rad. AP-162. En el mismo sentido ver: Corte Constitucional. Sentencias C-215 de 14 de abril de 1999 y SU-649 de 19 de octubre de 2017.

³⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencias C-215 de 14 de abril de 1999 y SU-585 de 21 de septiembre de 2017.

Otra característica distintiva es el trámite preferente que le otorga la ley a las acciones populares en relación con las demás acciones -ordinarias- de conocimiento del juez competente -a excepción de las acciones de mecanismo de búsqueda urgente, *habeas corpus*, tutela y cumplimiento³⁶⁸- cuando se busca prevenir la violación del derecho colectivo ante la presencia de una amenaza o riesgo³⁶⁹.

Al respecto, la Corte Constitucional señaló:

“Otra característica esencial de las acciones populares es su naturaleza preventiva, lo que significa que no es ni puede ser requisito para su ejercicio, el que exista un daño o perjuicio de los derechos o intereses que se busca amparar, sino que basta que exista la amenaza o riesgo de que se produzca, en razón de los fines públicos que las inspiran. Desde su remoto origen en el derecho romano, fueron concebidas para precaver la lesión de bienes y derechos que comprenden intereses superiores de carácter público y que por lo tanto no pueden esperar hasta la ocurrencia del daño(...)”³⁷⁰.

De ello se desprende que la procedencia de la acción popular “no depende de que exista un daño o perjuicio, pues la posibilidad de que se vulnere un derecho colectivo es razón suficiente para que el juez conceda la acción y adopte las medidas necesarias para evitar que la vulneración se presente”³⁷¹. Esta característica reviste especial importancia para la protección efectiva, por ejemplo, de la moral administrativa, comoquiera que permite activar el aparato jurisdiccional de manera previa y anterior al daño o perjuicio que se pueda generar con ocasión de la actividad de la administración pública, lo cual demanda, a su vez, un actuar pronto y célere de las autoridades judiciales una vez conozcan de estas acciones.

En este sentido, dichas particularidades ponen de presente la intención primigenia del constituyente de dotar de efectividad y eficacia³⁷² esta acción constitucional, en tanto permite el acceso a la justicia de la ciudadanía, con el “fin de asegurar una protección auténtica y real

³⁶⁸ Artículo 6° de la Ley 472 de 1998.

³⁶⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 28 de enero de 2003.

³⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-215 de 14 de abril de 1999. Ver en el mismo sentido Consejo de Estado, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Rad. 25000-23-27-000-2002-2693-01(AP).

³⁷¹ Consejo de Estado, Sentencia de 14 de marzo de 2019, Rad. 17001-23-00-000-2011-00337-01(AP).

³⁷² Entiéndase por eficacia jurídica o aplicabilidad de la ley como “la posibilidad de que la disposición produzca efectos jurídicos, es decir, que sea susceptible de hacerlo, en tanto que la eficacia sociológica de la ley, se refiere al hecho de que las normas alcancen sus objetivos sociales y sean efectivamente cumplidas y aplicadas”. Corte Constitucional. Sentencia C-1067 de 29 de octubre de 2008.

de las garantías y derechos objeto del debate procesal”³⁷³, lo cual implica de suyo que las normas procesales diseñadas por el legislador tengan por propósito “asegurar la prevalencia del derecho sustancial, el principio de eficacia de los derechos y la protección judicial efectiva”³⁷⁴.

En efecto, esta clase de acciones es una manifestación de lo que la doctrina denomina “segunda ola”³⁷⁵ del movimiento de reformas a la justicia, creadas “como mecanismos para extender el acceso a la justicia a la protección de los intereses difusos y de los derechos colectivos”³⁷⁶. De esta forma, se garantiza no solo el derecho fundamental³⁷⁷ de acceso a la administración de justicia³⁷⁸ o también llamada tutela judicial efectiva³⁷⁹, sino que también se permite “la protección efectiva y eficaz de los derechos colectivos como nueva categoría de derechos humanos”³⁸⁰, ante la presencia de una eventual amenaza o violación de los derechos colectivos, como lo es la moralidad administrativa.

Otro aspecto que merece la pena resaltar es el carácter autónomo y principal de esta acción respecto de otros medios de defensa judicial ordinarios o contenciosos, cuando se trata de amparar los derechos e intereses colectivos³⁸¹, lo cual ha sido resaltado en la

³⁷³ Corte Constitucional. Sentencias C-662 de 8 de julio de 2004 y C-227 de 30 de marzo de 2009.

³⁷⁴ Ibidem.

³⁷⁵ Cappelletti, Mauro y Baruch Bush, Robert A. citados en Corte Constitucional. Sentencia C-1195 de 15 de noviembre de 2001.

³⁷⁶ Ibidem.

³⁷⁷ La jurisprudencia constitucional ha otorgado el carácter de fundamental al derecho de acceso a la administración de justicia. Ver Corte Constitucional. Sentencias T-004 de 16 de enero de 1995; C-037 de 5 de febrero de 1996; C-1027 de 27 de noviembre de 2002; C-159 de 6 de abril de 2016 y C-163 de 10 de abril de 2019.

³⁷⁸ El derecho de acceso a la administración de justicia se define como “un derecho medular, de contenido múltiple o complejo, cuyo marco jurídico de aplicación compromete, en un orden lógico: (i) el derecho de acción o de promoción de la actividad jurisdiccional, el cual se concreta en la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que allí se proporcionan para plantear sus pretensiones al Estado, sea en defensa del orden jurídico o de sus intereses particulares; (ii) el derecho a que la promoción de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo en torno a las pretensiones que han sido planteadas; (iii) el derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas; (iv) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable, sin dilaciones injustificadas y con observancia de las garantías propias del debido proceso y, entre otros, (v) el derecho a que subsistan en el orden jurídico una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales -acciones y recursos- para la efectiva resolución de los conflictos”. Corte Constitucional. Sentencia C-426 de 29 de mayo de 2002.

³⁷⁹ Corte Constitucional. Sentencias C-207 de 11 de marzo de 2003 y C-086 de 24 de febrero de 2016.

³⁸⁰ Beatriz Londoño, Gerardo Figueredo y Angélica González. *¿Progresividad o regresividad en la protección de los derechos colectivos como derechos humanos?*, p. 21.

³⁸¹ Corte Constitucional. Sentencia T-446 de 30 de mayo de 2007.

jurisprudencia contencioso administrativa, al afirmar que “se trata de una acción constitucional autónoma, principal, prevalente y distinta de los medios de control ordinarios, para controlar que la actividad del Estado se sujete a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público”³⁸². Esta característica dota aún más de eficacia la acción popular, puesto que “ante la presencia de diferentes instrumentos procesales que pudieran resolver el conflicto planteado en la acción popular, cuando se encuentre en juego la vulneración de derechos colectivos, la acción popular es la principal herramienta para su protección, por lo que en estos eventos ceden la acción de tutela y la acción de cumplimiento”³⁸³.

Esta característica puede verse reflejada también en que, ante idénticas o similares situaciones de hecho, esta acción: i) puede ser interpuesta de manera previa a cualquier acción ordinaria o contenciosa, ii) puede coexistir o interponerse de manera concomitante a estas acciones, o iii) puede ser incoada con posterioridad³⁸⁴, con el único propósito de solicitar la protección judicial de los derechos de la colectividad, y no los derechos subjetivos del actor popular³⁸⁵, es decir, que “la acción popular goza de autonomía dentro del conjunto ordinario y especializado de las competencias judiciales, y que no puede provocar conflicto alguno su ejercicio independiente de la acción ordinaria o especializada, sea de derecho público, sea de derecho privado”³⁸⁶.

Esto se corrobora con lo manifestado por el Consejo de Estado en su jurisprudencia vigente, en el sentido de afirmar que “la acción popular procede para proteger eficazmente la moralidad administrativa, sin que resulte válida la pretensión de subordinarla a la

³⁸²Consejo de Estado, Sentencia de 5 de marzo de 2015, Rad. 25000-23-41-000-2013-00194-01(AP). En el mismo sentido ver: Consejo de Estado, Sentencias de 5 de octubre de 2005, Rad. 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP); 18 de junio de 2008, Rad. 70001-23-31-000-2003-00618-01(AP); 8 de junio de 2011, Rad. 41001-23-31-000-2004-00540-01(AP) y 27 de marzo de 2014, Rad. 25000-23-15-000-2010-02404-01(AP).

³⁸³ Consejo de Estado, Sentencia de 4 de marzo de 2019, Rad. 05001-33-31-011-2010-00032-01.

³⁸⁴ El Consejo de Estado ha señalado que “(...)En tal escenario, se ha presentado la inquietud acerca de si pueden coexistir respecto de unos mismos hechos una acción popular y una acción ordinaria. La Sala se ha pronunciado al respecto para reconocer que las acciones populares y las acciones de nulidad, así como aquellas y las acciones contractuales, se pueden adelantar simultáneamente, y en tal sentido, han sido tomadas decisiones que han permitido a los jueces populares, como una forma de proteger los derechos colectivos, suspender el efecto de los actos administrativos y de los contratos demandados, hasta cuando se produzca la decisión final en el proceso ordinario correspondiente”. Consejo de Estado, Sentencia de 21 de mayo de 2008, Rad. 54001-23-31-000-2004-01415-01(AP).

³⁸⁵Consejo de Estado, Sentencia de 9 de febrero de 2001, Rad. AP-054.

³⁸⁶Consejo de Estado, Sentencia de 7 de diciembre de 2001, Rad. 25000-23-24-000-2000-0039-01(AP-238).

existencia de controversias entre las partes pendientes de decisión o al ejercicio de las acciones ordinarias”³⁸⁷, por lo que se resalta su autonomía frente a la existencia de otras acciones ordinarias.

Nótese la aplicación de este criterio por parte del Consejo de Estado, al pronunciarse sobre la determinación del juez de primera instancia de declarar la improcedencia de la acción constitucional, so pretexto de la existencia de una acción ordinaria frente a un caso específico.

Veamos:

“el juez popular no está atado de manos por la simple existencia de un proceso ordinario que esté relacionado con hechos idénticos o similares a los que él está conociendo, y mal hace si se abstiene de pronunciarse sobre el asunto con base en tal argumento.

Cosa diferente es la que se presenta si dentro del proceso popular se evidencia que no existe un derecho colectivo involucrado, sino que el actor está pretendiendo utilizar una vía más expedita que la ordinaria para obtener la solución al conflicto subjetivo que ha surgido respecto del contrato estatal correspondiente. En este evento, la Sala considera que la acción popular no se puede convertir en una herramienta para que los intereses particulares reciban protección por un camino que no ha sido creado para esa finalidad, y ante tal escenario deberá ser declarada la improcedencia de la acción.

*En observancia de lo dicho hasta el momento, la Sala concluye que cuando exista un interés colectivo involucrado con el acto o contrato del Estado, aun cuando haya una acción ordinaria en curso, la acción popular será procedente para analizar el asunto y, si hay lugar, para tomar las medidas judiciales que brinden el amparo respectivo (...)*³⁸⁸.

Sin embargo, este rasgo característico de la acción popular no ha sido del todo homogéneo en la jurisprudencia, ya que el Consejo de Estado en algunos procesos no admitió la tesis de la autonomía de la acción popular para proteger el derecho colectivo a la moralidad administrativa, bajo el argumento de la existencia e interposición de otros mecanismos judiciales –como las acciones contenciosas– previstas en el ordenamiento jurídico para la defensa de los derechos públicos, con lo cual se desvirtuaba el carácter principal y no

³⁸⁷ Consejo de Estado, Sentencia de 5 de marzo de 2015, Rad. 25000-23-41-000-2013-00194-01(AP). En igual sentido ver: Consejo de Estado, Sentencias de 4 de marzo de 2019, Rad. 05001-33-31-011-2010-00032-01; 2 de diciembre de 2013, Rad. 76001-23-31-000-2005-02130-01 y 5 de octubre de 2005, Rad. 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP).

³⁸⁸ Consejo de Estado, Sentencia de 21 de mayo de 2008, Rad. 54001-23-31-000-2004-01415-01(AP).

subsidiario de la acción popular, y con ello se debilitaba la eficacia de la acción. Esta postura se observa por ejemplo en la siguiente decisión:

“ el Fondo Rotatorio del Ejército ha sido diligente frente a las eventualidades que se han presentado en desarrollo del contrato mediante el cual se compraron los equipos a la firma que ganó la licitación, puesto que ha cumplido con la obligación de requerirlos para la garantía de los equipos, los cuales una vez entregados continúan con defectos que hacen imposible su correcto funcionamiento, y por último inició el cobro coactivo de la garantía a través de la jurisdicción contencioso administrativa, la cual se encuentra en trámite. “(...) cuando existen mecanismos distintos a la Acción Popular para defender los derechos públicos o el interés general esta acción no es de recibo, como en efecto sucede en el sub-lite, ya que el cumplimiento de las cláusulas contractuales y las garantías se puede hacer efectivo a través de las acciones contenciosas. Cosa distinta sucede con la responsabilidad de los funcionarios que celebraron el contrato, pues en tales casos es menester iniciar la acción fiscal y la disciplinaria, con las consecuencias a que haya lugar según el caso ”³⁸⁹.

En igual sentido se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 26 de septiembre de 2002, Rad. AP-537, al considerar que:

“Esas circunstancias evidencian, para el juez de la acción popular, que no puede entrar al análisis de si existe o no vulneración del derecho a la moralidad pública, porque tal análisis previamente ha sido asumido en juicio ordinario contractual; y que si la demandante estaba interesada en discutir lo mismo, debe coadyuvar esa demanda ordinaria contractual. Pero no se puede aceptar, que los administrados investiguen en los tribunales qué acciones ordinarias se han promovido con el objeto de la protección de derechos colectivos, y con base en los mismos hechos promuevan acciones populares en búsqueda del reconocimiento de un incentivo ”³⁹⁰.

Un pronunciamiento judicial reciente en similar sentido se observa en la sentencia del 6 de julio de 2020 proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la que se abstuvo de analizar las posibles violaciones de los derechos colectivos alegados por el demandante, “debido a que los reproches formulados por el actor popular llevan implícito un juicio sobre la legalidad del acto de adjudicación del contrato No. 086 del 29 de diciembre de 2010, controversia que no puede ser discutida a través de esta vía procesal”³⁹¹

³⁸⁹Consejo de Estado, Sentencia de 23 de marzo de 2000, Rad. AP-025.

³⁹⁰Consejo de Estado en sentencia de 26 de septiembre de 2002, Rad. AP-537.

³⁹¹Consejo de Estado. Sentencia de 6 de julio de 2020. Rad, 25000-23-24-000-2011-00088-01(AP).

y, en su lugar, confirmó la sentencia de primera instancia, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda, pese a la naturaleza de la acción popular, los señalamientos realizados por el actor popular y los elementos probatorios obrantes en el proceso. En dicha oportunidad el actor popular había alegado la violación de la moralidad administrativa y patrimonio público en el marco de un contrato estatal y había solicitado, entre otras, la suspensión de este, aduciendo los siguientes hechos:

“La parte actora sostiene que la adjudicación, celebración y ejecución del contrato No. 086 del 29 de diciembre de 2010, suscrito entre la Dirección de Sanidad de las Fuerzas Militares y la sociedad Éticos Serrano Gómez Ltda. para el suministro y dispensación de medicamentos a los usuarios del sistema de salud de las Fuerzas Militares a nivel nacional, vulneró los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público debido a que: (i) en el contrato se pactó un valor de intermediación muy alto; (ii) el contrato fue adjudicado al oferente que presentó la oferta con mayor valor, en la cual se incluyeron medicamentos con un valor superior al del mercado; (iii) el contrato fue adjudicado por un valor abiertamente inferior al señalado en los pliegos de condiciones”³⁹².

Es a todas luces reprochable la postura que asumió, en el referido caso, el Consejo de Estado, toda vez que desconoció el carácter principal y autónomo de la acción popular, sin valorar si quiera las pruebas que eventualmente darían cuenta o no de la vulneración de los derechos colectivos y, en caso de haber sido procedente, ordenar las medidas necesarias para restablecer la violación, bajo el pretexto de la existencia de otros medios de defensa ordinarios y la necesaria realización de un juicio de legalidad,

Por el contrario, rescatamos el salvamento de voto proferido por el magistrado Ramiro Pazos Guerrero, quien defendió no solo el carácter principal de la acción popular, sino la defensa de los derechos invocados, los cuales estimó vulnerados luego del análisis del material probatorio recaudado en el proceso. Veamos lo que señaló en dicha oportunidad:

“Con mi acostumbrado respecto por las decisiones de la Sala, me aparté de la decisión de la mayoría, en tanto considero, con fundamento en lo que ley dispone, que la acción popular tiene carácter principal y no residual, por lo que la existencia de otros mecanismos judiciales que permitan llevar la controversia ante los jueces no hace improcedente la acción constitucional. (...)

³⁹² Ibidem.

El hecho de que eventualmente pudiera cuestionarse la legalidad del acto de adjudicación de los contratos estatales que suscitaron la presente controversia, no era impedimento para resolver de fondo, máxime si se advierte que el ejercicio de la acción ordinaria imponía un interés directo del accionante que le impedía a los ciudadanos demandantes accionar por esa vía.

La sentencia de la que me aparté se finca en el hecho de que la jurisprudencia ha limitado los poderes del juez popular respecto de la posibilidad de anular contratos y actos administrativos. Sin embargo, considero que esa no es materia que afecte la procedencia de la acción sino los poderes del juez para impartir las órdenes de protección que considere si es que encuentra que deben protegerse los derechos invocados.

De otro lado, considero que no solo era clara la procedencia de la acción en el presente caso, sino también que las pretensiones de los apelantes estaban llamadas a ser acogidas y se imponía proteger los derechos colectivos invocados porque hay evidencia de su vulneración por parte de las autoridades accionadas, tal como paso a explicar. (...)

Conforme a lo expuesto se impone una primera conclusión: se presentaron falencias en la planeación del contrato en lo relativo a los precios de referencia y al valor de la remuneración del contratista, con serio compromiso del principio de economía que rige la contratación pública. (...)

Nótese cómo ese desconocimiento de los escenarios razonables de estimación de los valores de referencia surgió de la disposición arbitraria del comité económico estructurador, adoptada de manera consciente por la entidad, tal como de manera expresa se dejó anotado en los estudios de conveniencia y oportunidad que sustentaron el proceso de selección. Sin duda, tal actuación reprochable comprometió la moralidad administrativa, en tanto implicó el abierto y voluntario desconocimiento de uno de los principios de la contratación pública, con repercusión directa en los precios de dos contratos estatales.

Así las cosas, aunque la entidad se sujetó a las previsiones de los pliegos en el proceso de selección, hay prueba de que incurrió en graves falencias en el proceso de planeación que conllevaron transgresión a la moralidad administrativa, en tanto esta exigía actuar conforme a los principios que rigen la contratación estatal”³⁹³.

Nótese de todo lo anterior que aún sigue en vilo la total autonomía y principalidad de la acción popular como un instrumento jurídico-procesal idóneo para la tutela de los derechos de la colectividad; finalidad primigenia del constituyente que se ha ido desdibujando con el pasar de los años, como consecuencia de las constantes modificaciones legislativas a la

³⁹³ *Ibídem.*

acción³⁹⁴ y de los recientes pronunciamientos judiciales -como el señalado-³⁹⁵, los cuales han establecido o acentuado progresivamente obstáculos de orden sustancial y procesal, en desmedro, especialmente, de la protección a la moralidad administrativa, los cuales pasarán a analizarse.

2. BARRERAS SUSTANCIALES: DIFICULTAD CONCEPTUAL DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA – ESPECIAL CRÍTICA A LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE 1 DE DICIEMBRE DE 2015

Como vimos en el capítulo anterior, el desarrollo del concepto a la moralidad administrativa es de origen netamente jurisprudencial. Su evolución ha sido paulatina y ha estado marcada por la diversidad de criterios asignados a la misma, los cuales han estado asociados con las siguientes nociones: i) principio de la función administrativa³⁹⁶, ii) corrupción³⁹⁷, iii) concepto jurídico indeterminado³⁹⁸, iv) principio de legalidad³⁹⁹ y v) patrimonio público⁴⁰⁰.

Particularmente, a partir de la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, el 1 de diciembre de 2015, se acotó el concepto del derecho colectivo a la moralidad administrativa y, con ello, surgieron unos elementos indispensables para su configuración y tutela. A nuestro juicio, estos elementos, lejos de contribuir a la garantía y vigencia de este derecho colectivo, impiden su fácil apropiación por parte del actor popular

³⁹⁴ Pueden mencionarse algunas como la eliminación del incentivo que contemplaba el artículo 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, derogados por el artículo 1º de la Ley 1425 de 2010; la prohibición legal de anular actos o contratos en ejercicio de la acción popular y la exigencia de reclamación previa al demandado como requisito de procedibilidad de la demanda de acción popular, previstas en los artículos 144 y 161 de la Ley 1437 de 2011, entre otros. Un estudio detallado de las modificaciones legislativas se puede consultar en: María Lucía Torres-Villarreal y Paola Marcela Iregui-Parra. *Las modificaciones legislativas a las acciones populares en Colombia: ¿avance o retroceso?*, p. 158. En el mismo sentido: Beatriz Londoño Toro y María Lucía Torres-Villarreal. ¿Podrán las acciones populares colombianas sobrevivir a los recientes ataques legislativos y jurisprudenciales? *Vniversitas*, vol. 61, núm. 124, 2012, pp. 235-259.

³⁹⁵ Ver Consejo de Estado, Sentencias de 9 de agosto de 2019, Rad. 23001-23-33-000-2010-00475-01(AP); 1 de diciembre de 2015, Rad. 11001-33-31-035-2007-00033-01(AP), entre otras.

³⁹⁶ Consejo de Estado, Sentencia de 8 de junio de 2011, Rad. Rad. 41001-23-31-000-2004-00540-01(AP).

³⁹⁷ Consejo de Estado, Sentencia de 30 de agosto de 2001, Rad. 63001-23-31-000-2000-1335-01(AP-179).

³⁹⁸ Consejo de Estado, Sentencia de 1 de junio de 2020, Rad. 27001-23-31-000-2018-00008-01.

³⁹⁹ Consejo de Estado, Sentencia de 15 de agosto de 2007, Rad. 05001-23-31-000-2005-01188-01(AP).

⁴⁰⁰ Consejo de Estado, Sentencia de 30 de abril de 2003, Rad. 17001-23-31-000-2002-90024-01(AP).

y limitan su protección en sede judicial. De allí que consideramos la existencia de cuatro barreras u obstáculos sustanciales derivados de la configuración actual del derecho colectivo a la moralidad administrativa, surgidos del derecho jurisprudencial.

2.1. El principio de legalidad: requisito *sine qua non* de la responsabilidad por violación a la moralidad administrativa

En el segundo capítulo pudimos observar que la jurisprudencia no tenía una posición unificada respecto de la necesaria correlación entre el principio de legalidad y el derecho colectivo a la moralidad administrativa, como requisito necesario para su tutela. Sin embargo, esta discusión fue zanjada por la Sala Plena del Consejo de Estado, la cual señaló expresamente, dentro del elemento objetivo, el requisito de conexidad con el principio de legalidad, siendo entonces una condición indispensable para su protección mediante la acción popular. Veamos:

*“a) Elemento objetivo: Quebrantamiento del ordenamiento jurídico. Este elemento puede darse en dos manifestaciones: (i) Conexidad con el principio de legalidad y (ii) violación de los principios generales del derecho. (...)”*⁴⁰¹.

En términos de la Sala Plena, el precitado principio “es un elemento fundante de la moralidad administrativa y, por ende, un campo donde se materializa en primer término la violación del derecho colectivo, éste no es el único, pues debe concurrir un elemento subjetivo para que se configure tal transgresión”⁴⁰².

En nuestro criterio, el anterior planteamiento jurisprudencial desconoce flagrantemente no sólo la naturaleza autónoma del derecho colectivo a la moralidad administrativa, sino que además desecha aquellas situaciones de hecho que aun siendo legales tienen la potencialidad de atentar contra la moralidad de la administración pública, lo cual se convierte en un precedente desafortunado para la tutela de este derecho colectivo.

⁴⁰¹Consejo de Estado, Sentencia de 1 de diciembre de 2015, Rad. 11001-33-31-035-2007-00033-01(AP).

⁴⁰² *Ibidem*.

En primer término, mal podría afirmarse que el principio de legalidad es un elemento fundante de la moralidad administrativa, toda vez que son categorías jurídicas distintas, independientes y de igual jerarquía normativa. En breve, el principio de legalidad puede ser entendido como la sujeción de la actividad de la administración pública a la ley -en sentido amplio –⁴⁰³, por lo que su inobservancia se materializa por “la violación del contenido de una norma jurídica por la acción (acto o contrato) u omisión de una entidad estatal o de un particular en ejercicio de una función pública”⁴⁰⁴. Por el contrario, el derecho colectivo a la moralidad administrativa, además de ser un principio constitucional orientador de la actividad de la administración pública, “es una legitimación respecto de cualquier persona para exigir la fiscalización judicial del adecuado ejercicio de la función administrativa no referido exclusivamente al sometimiento formal al orden jurídico”⁴⁰⁵, por lo que resulta ser de carácter vinculante tanto para los particulares como funcionarios públicos y exigibles en los estrados judiciales.

Esta característica ha sido ratificada por el Consejo de Estado, al manifestar que “la moralidad administrativa es un valor supremo dotado de fuerza normativa y protección constitucionales, encaminado a que la actividad de la administración pública se enderece al cumplimiento de los fines del Estado. (...) Consecuencia inmediata de este atributo, es que

⁴⁰³ En este entendido, la legalidad no se refiere únicamente a la sujeción de la actividad de la administración a la ley, sino a todo el orden jurídico. Así por ejemplo, al estudiar la referencia al principio de legalidad contenido en el artículo 29 superior y el significado de la expresión “ley”, la Corte Constitucional manifestó que “(...)2. El uso constitucional de la palabra ley puede entenderse en dos sentidos, bien como la norma que emana del órgano competente -el legislador- ordinario, en estricto sentido el Congreso; o bien, como toda norma jurídica esto es todo el derecho vigente. En este último sentido, la proposición jurídica vinculante de obligatorio cumplimiento no atiende al órgano competente sino a la condición de obligatoriedad en su observancia. En la Constitución encontramos menciones de la voz ley que no pueden reducirse a la cláusula de competencia porque si no cómo entender la afirmación del artículo 13 cuando se prescribe que *toda persona nace libre e igual ante la ley*. ¿Es posible entender que sólo la igualdad se exige de la ley producida por el legislador? O lo previsto en el artículo 6° *Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por la omisión y extralimitación de sus funciones*. ¿Se infiere correctamente que sólo se es responsable por la infracción a las leyes emitidas por el legislador? O la prescripción hecha por el artículo 4° inciso 2 *Es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes...* ¿Se refiere sólo a las leyes proferidas por el legislador? Desde luego que no es esa la intención del Constituyente”. Corte Constitucional. Sentencia C-710 de 5 de julio de 2001.

⁴⁰⁴ Consejo de Estado, Sentencia de 1 de diciembre de 2015, Rad. 11001-33-31-035-2007-00033-01(AP).

⁴⁰⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU-585 de 21 de septiembre de 2017.

la moralidad administrativa está impregnada del carácter normativo vinculante y la jerarquía superior que ostentan las normas constitucionales”⁴⁰⁶.

Del mismo modo, no puede perderse de vista que “un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial”⁴⁰⁷. Ello nos lleva a pensar que el principio de legalidad y la moralidad administrativa, en su doble connotación de derecho colectivo y principio constitucional, pueden confluír y nutrirse en algunos casos, sin implicar el desconocimiento, exclusión o sujeción del uno o al otro, en tanto categorías jurídicas autónomas y de igual jerarquía normativa.

En segundo término, desde un punto de vista práctico, resulta desacertado la afirmación según la cual el principio de legalidad es el campo por excelencia en el que se materializa la violación del derecho colectivo, toda vez que pueden existir situaciones de hecho en las que, a pesar de no presentarse una ilegalidad, si se concreta dicha vulneración. En este sentido, quedan excluidas del juicio de moralidad aquellas conductas activas u omisivas del funcionario o particular que aparentemente se encuentran ajustadas a derecho, pero tienen como propósito el beneficio propio o de un tercero o que, aún sin existir tal propósito, pueden comprometer el interés general y, por ende, la finalidad de la actividad de la administración pública.

Así por ejemplo, una conducta legal pero inmoral (que bajo la interpretación del Tribunal quedaría fuera del juicio de moralidad) sería el común caso de la adjudicación de un contrato mediante un proceso de selección objetiva, que siguió todos los presupuestos de la ley, pero que en realidad se acomodó o favoreció -por afinidades personales o políticas con el ordenador del gasto- desde su estructuración, a un proponente que cumpliera con las calidades “objetivas” requeridas por la entidad, desdibujando con ello las finalidades de la contratación estatal. Esta situación fáctica fue puesta de presente en una oportunidad por el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

⁴⁰⁶Consejo de Estado, Sentencia de 27 de marzo de 2014, Rad. 25000-23-15-000-2010-02404-01(AP).

⁴⁰⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 5 de junio de 1992.

“En criterio de la Sala, la moralidad administrativa es un valor constitucional que, si bien lo contiene, alcanza mayor jerarquía que el de la legalidad, en tanto no se agota en éste, trasciende a valores que la sociedad reclama de la administración así no estén expresamente previstos en las normas y reglamentos, para el efecto la diligencia, prudencia, pulcritud, honestidad, rectitud, seriedad y ponderación en lo discrecional, racionalidad de juicio, respeto y lealtad, en el manejo de lo que interesa a todos. En la misma línea, esta Sala ha señalado que, siendo uno de los más importantes instrumentos para la ejecución de los recursos públicos y el logro de los cometidos estatales, no resulta posible que a la actividad contractual de la administración se la sustraiga del control judicial que la constitución garantiza a los ciudadanos, para exigir la eficacia de los deberes de corrección que impone la moralidad administrativa en las etapas de formación, ejecución, terminación y liquidación del contrato, para subordinarlo y conducirlo exclusivamente por los cauces de la legalidad y de las acciones ordinarias dispuestas para el control de este principio. Mientras que el contrato estatal sirve a los intereses estatales, el control de sus fines, más allá de la prevalencia del ordenamiento a la que se orienta el juicio de legalidad-nulidad, persigue, principalmente, la adecuación de la actividad estatal a los principios y valores que legitiman las actuaciones de la administración y la supremacía de los objetivos estatales, esto es, el control de los fines del contrato estatal se enfila a la prevalencia de la moralidad administrativa.

Dentro de este marco, ¿deben reconocerse plenamente los efectos de un contrato estatal que no se adecúa a los fines del Estado? La eficacia que la Constitución Política exige de la moralidad administrativa y el derecho que les otorga a los ciudadanos para reclamar, a través de la acción popular, que aún contra la voluntad de las partes el contrato estatal no contraríe los fines estatales, imponen la respuesta negativa. Y en tanto no pueden coexistir la eficacia del contrato ajeno a los fines estatales y la eficacia de la moralidad administrativa, se concluye, sin hesitación, que el juez popular debe adoptar las medidas que sean necesarias para adecuar el contrato estatal a los intereses generales, de ser ello posible o, en su defecto, imponer la ineficacia del acto o negocio, sumada a las órdenes de retrotraer las cosas al estado anterior, cuando las circunstancias del caso y la protección de los derechos colectivos así lo amerite”⁴⁰⁸.

En igual sentido se refirió la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-585 de 21 de septiembre de 2017. Veamos:

“La Constitución Política de 1991 estableció la moralidad administrativa como un principio que guía el ejercicio de la función administrativa (artículo 209, C.P.), al tiempo que la identificó como un derecho o interés colectivo amparable mediante la acción popular (artículo 88, C.P.). En tanto que principio, se trata de un mandato de textura abierta inspirado en el principio de la prevalencia del interés general, que guía el ejercicio de la actividad administrativa hacia el actuar pulcro, probo y

⁴⁰⁸Consejo de Estado, Sentencias de 3 de mayo de 2013, Rad. 25000-23-25-000-2002-01121-01(AP) y 29 de agosto de 2014, Rad. 25000-23-24-000-2011-00032-01(AP).

honesto, no desde un punto de vista de la subjetividad o consciencia moral de quien ejerce la función administrativa, sino a partir de referentes objetivos tales como la defensa del patrimonio público, del interés general y del ordenamiento jurídico. (...)

Así, por ejemplo, independientemente del juicio de legalidad, encontró afectada la moralidad administrativa por la adjudicación de un contrato con el objeto de construir un estadio en un sitio que, por su situación geográfica, pondría en riesgo la vida e integridad de los asistentes al lugar; por la omisión en la expedición de una reglamentación para la protección de una especie de fauna silvestre sometida a experimentación científica y, por la celebración de un contrato de promesa de compraventa en el que se comprometió el máximo de los recursos disponibles, sin saber exactamente el precio del inmueble a adquirir”.

Bajo la tesis jurisprudencial vigente tampoco sería posible proteger la moralidad administrativa en aquellos casos en los cuales la ilegalidad *per se* tiene la capacidad de poner en riesgo o vulnerar el derecho colectivo, verbigracia, mediante la expedición de un acto de la administración o un contrato estatal (elemento objetivo), por lo cual la acción popular sería inocua para pretender el amparo en estas situaciones, ya que el actor popular debe descubrir además la existencia de la intención dolosa del funcionario o particular, de desviar los fines perseguidos con su actuación.

A continuación transcribimos el aparte de la sentencia de unificación del 1 de diciembre de 2015 en el cual se pone de manifiesto esta posición:

“Por ello, ha sido enfática la jurisprudencia en cuestionar y rechazar aquellas acciones populares erigidas únicamente sobre una argumentación pura de ilegalidad, en las que so pretexto de proteger un derecho colectivo ponen a consideración del juez constitucional un litigio particular, cuyo debate y decisión debiera hacerse mediante el ejercicio de otro instrumento judicial, como los ahora denominados medios de control contenciosos, entre ellos el de nulidad o el de nulidad y restablecimiento del derecho, o la acción de cumplimiento si lo que se pretende es el acatamiento de una norma con fuerza de ley o acto administrativo. Son esos escenarios los propios para ejercer el control jurisdiccional de la legalidad administrativa”⁴⁰⁹.

En síntesis, consideramos desafortunada, desde una lógica teórico-práctica, la vinculación obligatoria de la moralidad administrativa al principio de legalidad, como elemento sin el cual no se puede activar la protección de este derecho colectivo, por lo que

⁴⁰⁹ *Ibidem.*

consideramos imperativo superar la vieja noción tradicional que inicialmente sirvió como punto de partida del entendimiento de la moralidad administrativa, según la cual esta se refiere únicamente al “adecuado comportamiento del servidor público respecto de las formalidades y finalidades que se derivan del principio del respeto al bloque de legalidad”⁴¹⁰.

2.2. Dificultad para la concreción de los principios generales del derecho en relación con la protección de la moralidad administrativa

Otra de las posibilidades en que se manifiesta el quebrantamiento del orden jurídico -elemento objetivo-, como primer eslabón en la configuración de la moralidad administrativa, es la violación de los principios generales del derecho. Así lo señaló el Consejo de Estado:

“a) Elemento objetivo: Quebrantamiento del ordenamiento jurídico. Este elemento puede darse en dos manifestaciones: (i) Conexidad con el principio de legalidad y (ii) violación de los principios generales del derecho. (...)

En este contexto y para efectos del derecho colectivo, la acción u omisión reputada de inmoral en el ejercicio de una función administrativa debe transgredir un principio del derecho, ya sea de carácter general o que se aplique a un tema determinado, de manera que éste se convierte, al lado de la regla, en otro criterio de control para la protección de la moralidad administrativa”⁴¹¹.

En relación con este punto, debemos manifestar que la sentencia precitada no ahondó en mayores explicaciones en relación con la concreción de los principios generales del derecho, dejando a la suerte del actor y juez popular la interpretación que debe darse a esta exigencia, no muy sencilla, pero a la vez necesaria para la efectividad material del derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Sin embargo y, en gracia de la discusión, nuevamente es necesario señalar que el principio y derecho a la moralidad administrativa no puede sujetarse en su control y protección judicial a la transgresión de otro principio general del derecho, bien de carácter general o concreto de una determinada materia, como fuere manifestado por el Tribunal de

⁴¹⁰ Corte Constitucional. Sentencias C-643 de 23 de agosto de 2012 y SU-649 de 19 de octubre de 2017.

⁴¹¹ Consejo de Estado, Sentencia de 1 de diciembre de 2015, Rad. 11001-33-31-035-2007-00033-01(AP).

lo Contencioso Administrativo. Ello, por cuanto “su carácter principal, independiente y prevalente”⁴¹², le permite su aplicación e interpretación por parte del operador judicial en cada caso concreto, con independencia de la presencia de otros principios. Afirmar lo contrario, sería desconocer la fuerza normativa vinculante de este principio y derecho constitucional, so pretexto de la necesaria concreción de su contenido, como en efecto lo hizo el Consejo de Estado.

Adicionalmente a lo anterior y en aras de señalar lo impertinente de este requisito, cabe mencionar que los principios generales del derecho (tales como “la prohibición de abusar de los derechos, la exclusión del enriquecimiento ilegítimo o la proscripción de alegar la propia inmoralidad ante la justicia”⁴¹³) están diseñados, en nuestro esquema constitucional, como una fuente auxiliar del derecho⁴¹⁴ que sirve al operador judicial como una pauta de interpretación del ordenamiento jurídico⁴¹⁵, es decir, son “recursos interpretativos que pueden contribuir a la fundamentación de las decisiones, pero nunca ser la razón de las mismas”⁴¹⁶.

En este orden de ideas, si es al operador judicial a quien, en virtud de la función de interpretación del derecho positivo, corresponde acudir a los principios generales del derecho, como un criterio interpretativo en cada caso concreto, ¿por qué trasladar dicha carga al actor popular, máxime cuando no hay consenso en la teoría jurídica ni en la jurisprudencia en torno de su definición?⁴¹⁷ Obsérvese lo que ha señalado la Corte Constitucional en relación con su significado:

“5.2.8.1. La categoría “principios generales del derecho” es, al igual que la “equidad”, un concepto jurídico indeterminado. Se trata de una expresión que si

⁴¹² Consejo de Estado, Sentencia de de 29 de agosto de 2014, Rad. 25000-23-24-000-2011-00032-01(AP).

⁴¹³ Valencia Z., Arturo y Ortiz M., Álvaro, citados en Corte Constitucional. Sentencia C-284 de 13 de mayo de 2015.

⁴¹⁴ Artículo 230 de la Constitución Política de Colombia.

⁴¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-514 de 30 de octubre de 2019.

⁴¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-284 de 13 de mayo de 2015.

⁴¹⁷ Esta situación fue puesta de presente por el Tribunal Constitucional, quien señaló lo siguiente: “(...) Previo a ello la Corte estima necesario destacar que no resulta posible ni deseable una elaboración conceptual completa de tal categoría dado que, de una parte, ello no le corresponde a una decisión judicial de control abstracto y, de otra, la Corte no puede actuar como árbitro de una disputa teórica que ha dado lugar a los más complejos e intensos debates de filosofía del derecho y teoría jurídica. Sin embargo, en tanto se trata de una institución constitucional, la Corte si tiene la obligación de definir sus rasgos centrales y de establecer los criterios constitucionales que deben considerarse al interpretar la expresión referida”. *Ibidem*.

bien designa una esfera de la realidad de la actividad judicial, no tiene un alcance preciso. Esta apertura semántica de la expresión supone, a juicio de la Corte, que en la delimitación de su alcance, las autoridades disponen de un margen de acción o apreciación.

La dificultad para definir dicha expresión queda en evidencia al examinar, tal y como se hizo anteriormente, las diferentes visiones que autorizados exponentes de la doctrina y la jurisprudencia tienen al respecto. Como se señaló, algunas perspectivas de la doctrina consideran que se trata de principios implícitos en el ordenamiento; otras consideran que se trata de principios que aunque pueden estar presentes en el ordenamiento no derivan su validez del mismo por corresponder al derecho natural; otras posiciones se orientan a señalar que los principios generales del derecho coinciden con aquellos del derecho romano y del derecho español.

Estas perspectivas, que deben ser consideradas por la Corte en tanto tienen su fuente en expositores autorizados, limitan la posibilidad de establecer definitivamente el alcance de los “principios generales del derecho”. Esto supone –insiste la Corte– que sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, la Constitución confiere al legislador y a las autoridades judiciales un margen para que interpreten y definan el contenido de esta expresión”⁴¹⁸.

En virtud de lo anterior, huelga concluir que la necesaria evidencia de una violación a los principios generales del derecho, como ingrediente esencial de la configuración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, se convierte en una barrera sustancial más en la tutela de este derecho, no sólo porque desdibuja su carácter principal, sino porque también eleva la carga del actor popular, en la medida en que se le exige determinar el principio general del derecho transgredido, teniendo en cuenta las dificultades que presenta la precisión de su contenido y alcance. Siendo que debe ser la autoridad judicial la encargada de interpretar su significado dentro de los límites fijados por el máximo intérprete de la Constitución, y juzgar su violación para fundamentar la decisión.

2.3. Consecuencias del elemento subjetivo: ¿responsabilidad subjetiva del sujeto pasivo de la acción popular?

Otro requisito adicional que fijó el Consejo de Estado para encontrar probada la amenaza o violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa es el elemento

⁴¹⁸ *Ibíd.*

subjetivo, el cual se concreta en la necesaria demostración de los propósitos que guiaron al funcionario público o particular, ajenos a los principios de la función administrativa y el interés general, ubicándonos en una situación similar a la que se debe acreditar en los supuestos de desviación de poder⁴¹⁹, en tanto vicio que afecta la legalidad de los actos⁴²⁰ o contratos administrativos⁴²¹, la cual ocurre “cuando se emplea una facultad otorgada por la ley con un fin distinto del que la ley quería al otorgarla”⁴²². Veamos lo que señaló el Consejo de Estado en relación con el elemento subjetivo:

“b) Elemento subjetivo

No se puede considerar vulnerado el derecho colectivo a la moralidad pública sin hacer el juicio de moralidad de la actuación del funcionario para establecer si incurrió en conductas amañadas, corruptas o arbitrarias y alejadas de los fines de la correcta función pública.

Aquí es donde se concreta el segundo elemento. Consiste en que esa acción u omisión del funcionario en el desempeño de las funciones administrativas debe acusarse de ser inmoral; debe evidenciarse que el propósito particular del servidor se apartó del cumplimiento del interés general, en aras de su propio favorecimiento o del de un tercero.

Este presupuesto está representado en factores de carácter subjetivo opuestos a los fines y principios de la administración, traducidos en comportamientos deshonestos, corruptos, o cualquier denominación que se les dé; en todo caso, conductas alejadas del interés general y de los principios de una recta administración de la cosa pública, en provecho particular”⁴²³.

⁴¹⁹ “(...) demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma”. Consejo de Estado, Sentencia de 23 de febrero de 2011, Rad. 170012331000200301412 02(0734-10).

⁴²⁰ “Artículo 137. Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.” Ley 1437 de 2011.

⁴²¹ “Artículo 44. De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: (...)

3o. Se celebren con abuso o desviación de poder; (...).” Ley 80 de 1993.

⁴²² Jaime Vidal Perdomo y Carlos Molina Betancur, *Derecho Administrativo* (Bogotá D.C. – Colombia: Editorial Legis, 2019), p. 666.

⁴²³ Consejo de Estado, Sentencia de 1 de diciembre de 2015, Rad. 11001-33-31-035-2007-00033-01(AP).

De lo expuesto hasta aquí se advierte que no basta entonces el juicio de legalidad concretado en la violación a una norma jurídica como requisito preliminar para la procedencia de la acción popular por moralidad administrativa, toda vez que el actor popular tendría que probar además la concurrencia del elemento subjetivo para la prosperidad del amparo. Este elemento de carácter volitivo hace referencia a la finalidad o intención basada en intereses particulares o de terceros sobre la cual se fundamenta la actuación u omisión del funcionario o particular que ejerce funciones administrativas⁴²⁴.

Este requisito, además de no estar consagrado en la Ley 472 de 1998, resulta ser elevado para el actor popular, por cuanto debe prácticamente probar un elemento de dolo que es propio del análisis de la responsabilidad subjetiva de la actuación del funcionario o particular, como presupuesto de la actividad punitiva del Estado⁴²⁵, como sucede por ejemplo en materia penal o disciplinaria, casos en los que el servidor público es “responsable tanto por actuar de una determinada manera no querida por el legislador (conducta positiva) como por dejar de hacer algo que debería hacerse según los mandatos de la ley (conducta negativa u omisión), siempre y cuando se establezca la culpabilidad del sujeto”⁴²⁶.

Del examen anterior se observa que con ello se desnaturaliza la finalidad de la acción popular, cual es la de proteger en este caso el derecho colectivo a la moralidad administrativa, y no endilgar propiamente una responsabilidad subjetiva al funcionario o particular que ejerce funciones administrativas, derivada de la acción u omisión de sus actividades, toda vez que este elemento es objeto de análisis del derecho sancionatorio penal o disciplinario. Ahora bien, la pregunta que surgiría es si ¿la acreditación del elemento subjetivo en el curso de la acción popular implica que esta se convierta en plena prueba del dolo en el campo penal o disciplinario? O viceversa, ¿se podría trasladar la prueba del elemento volitivo del proceso penal o disciplinario al proceso de acción popular?

Mas allá de dar respuesta a estos interrogantes, se quiere poner de presente no sólo la impertinencia de exigir este elemento dentro de la configuración de la moralidad

⁴²⁴Consejo de Estado, Sentencia de 1 de diciembre de 2015, Rad. 11001-33-31-035-2007-00033-01(AP).

⁴²⁵Corte Constitucional. Sentencias C-626 de 21 de noviembre de 1996 y C-155 de 5 de marzo de 2002.

⁴²⁶ Corte Constitucional. Sentencias C-413 de 4 de octubre de 1993.

administrativa, sino también evidenciar las consecuencias jurídicas que esto puede traer en el curso de los procesos judiciales en mención.

2.4. La moralidad administrativa no se predica sólo de los funcionarios públicos o particulares en ejercicio de funciones administrativas: ¿cuál es el papel de las entidades públicas?

Hasta este punto hemos visto cómo la sentencia de unificación del Consejo de Estado enmarcó la moralidad administrativa desde la configuración de los elementos objetivo y subjetivo, de lo cual se puede inferir que la amenaza o violación de este derecho colectivo, bajo esta definición, solo es posible por la infracción del principio de legalidad o violación de los principios generales del derecho en que incurra el servidor público o particular que ejerce funciones administrativas, a través de la acción u omisión cuya intención se reputa contraria a las finalidades de la función pública.

De ello resulta necesario concluir que, en un supuesto en el que no sea posible individualizar al funcionario público o particular que incurrió en la violación de la moralidad administrativa y, por ende, no pueda atribuirse el elemento subjetivo de la acción u omisión, quedaría sin amparo el derecho colectivo a la moralidad administrativa, a pesar de que las entidades que integran la administración pública del Estado tienen el deber también de garantizar su vigencia y protección, por lo que no sería lógico excluirlas del juicio de moralidad.

Para ejemplificar esta situación nos podemos situar en los casos de macrocorrupción o corrupción sistémica, en los que aparecen múltiples actores -personas naturales y jurídicas públicas y privadas- y actos -con apariencia de legalidad pero ilegítimos-, creándose redes criminales a gran escala, dentro y fuera del Estado, en las que participan diferentes funcionarios públicos de las ramas legislativa, ejecutiva y judicial, así como agentes⁴²⁷ que “actúan entre la legalidad y la ilegalidad -denominados *agentes grises u opacos*”⁴²⁸ - quienes

⁴²⁷ Corporación Transparencia por Colombia y Procuraduría General de la Nación, *La reparación de las víctimas de la corrupción en Colombia*, pp. 14-15.

⁴²⁸ *Ibidem*, p. 48.

ajustan “la arquitectura de una institución o un conjunto de instituciones de un Estado nacional o local, de una empresa estatal o semiestatal para, en últimas, adoptar esquemas que favorecen intereses económicos, políticos y sociales excluyentes o abiertamente ilegales”⁴²⁹.

En efecto, estos casos de macrocorrupción que son frecuentes, por ejemplo, en la actividad contractual de la administración pública, comprenden “la complejidad de actos e interrelaciones a distintas escalas, entre distintos agentes del Estado y particulares”⁴³⁰, cuyas características son las siguientes:

- *“Se afectan derechos colectivos preciados como el patrimonio público y la moralidad administrativa, y en muchas ocasiones el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, y a la libre competencia.*
- *Se afecta a un universo de víctimas heterogéneas, pues las afectaciones (daño) se dan en una dimensión individual, colectiva y social.*
- *Se realiza por parte de agentes corruptores (victimarios) diversos, tanto públicos como privados, y a distintas escalas de participación u obtención de beneficios”⁴³¹.*

Así, es dable llegar a la conclusión de que es muy frecuente que en casos como el señalado, en los que se ve amenazada o vulnerada la moralidad administrativa, no sea posible identificar e individualizar a los autores responsables de esta violación, por lo que, muy difícilmente se podrá atribuir el elemento subjetivo a un individuo, ya que incluso el conjunto de actos puede oscilar entre la legalidad e ilegalidad.

En este sentido, si bien es cierto, la ética debe admitir la responsabilidad personal por los actos de los funcionarios públicos que sean objeto de reproche moral⁴³², también lo es que “la estructura institucional de la función pública diluye y torna problemático este presupuesto de la responsabilidad personal”⁴³³, situación catalogada como “*el problema de las muchas manos* que intervienen en la orientación de las políticas y en la elaboración de las decisiones colectivas”⁴³⁴, lo cual conlleva a que los funcionarios se aprovechen de la

⁴²⁹ Ibidem, p. 48.

⁴³⁰ Ibidem, p. 14.

⁴³¹ Ibidem, pp. 14-15.

⁴³² Julio de Zan, *La ética, los derechos y la justicia*, p. 206.

⁴³³ Ibidem, p. 206.

⁴³⁴ Ibidem, p. 206-207.

“despersonalización de las responsabilidades en la función pública”⁴³⁵ y la utilicen en beneficio propio.

En consecuencia, la responsabilidad por violación a la moralidad administrativa debe replantearse y ajustarse a los contextos institucionales deficientes que propician escenarios de cooptación institucional y corrupción sistémica y, en tal sentido, aquella debe poder ser atribuida a las instituciones públicas como sujetos de responsabilidad moral, lo cual no quiere decir que con ello se excluya a los funcionarios públicos o particulares igualmente como sujetos pasivos de responsabilidad moral, por las decisiones de sus actos u omisiones derivados de las funciones administrativas.

3. BARRERAS PROCESALES QUE DIFICULTAN LA PROTECCIÓN DEL DERECHO COLECTIVO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA

No es un secreto que el proceso de acción popular ha sufrido bastantes modificaciones que han terminado por desnaturalizar su finalidad, cual es la protección de los derechos colectivos. “Los ataques frente a las acciones populares colombianas han tenido en los últimos años diversos orígenes: i) acciones de inconstitucionalidad, ii) proyectos de ley modificando la Ley 472 de 1998 y iii) ataques desde los medios de comunicación”⁴³⁶. A estos ataques se suma la jurisprudencia, la cual en no pocas ocasiones ha establecido barreras a la acción popular, en particular cuando se solicita la tutela del derecho colectivo a la moralidad administrativa, como lo hemos visto hasta el momento.

En lo que atañe a las barreras procesales, las mismas han tenido origen en la ley y como veremos, son acentuadas por la jurisprudencia. Estas barreras de corte procesal han dificultado el papel del actor popular y, en otras, han limitado el campo de acción del juez popular al momento de dictar sentencia.

En efecto, veremos cómo el actor popular debe asumir diversas cargas procesales para la prosperidad de las pretensiones que buscan salvaguardar los derechos colectivos, en

⁴³⁵ *Ibíd.*, p. 207.

⁴³⁶ Beatriz Londoño Toro y María Lucía Torres-Villarreal. ¿Podrán las acciones populares colombianas sobrevivir a los recientes ataques legislativos y jurisprudenciales? *Vniversitas*, vol. 61, núm. 124, 2012, p. 242.

especial, cuando se trata de la moralidad administrativa y, del mismo modo, haremos alusión a uno de los límites legales impuesto a las facultades del juez popular dentro del proceso, como lo es la prohibición de anular actos o contratos en ejercicio de la acción popular.

De tal forma que este análisis nos conducirá a evidenciar el hecho de que las barreras procesales —de origen legal—⁴³⁷ han impactado negativamente el ámbito de protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, haciendo especial énfasis en la carga probatoria que le asiste al actor, en razón a que la misma ha sido reiterada y acentuada por la jurisprudencia.

3.1. La carga desproporcionada del actor popular: desequilibrio de las partes del proceso de acción popular

El actor popular ejerce un rol fundamental en la protección y garantía de los derechos colectivos, en particular, de la moralidad administrativa, toda vez que activa el aparato jurisdiccional a través de la interposición de la acción popular, bien sea para impedir que se produzca un eventual daño, para acabar con la vulneración del derecho colectivo o restablecerlas cosas al *statu quo*, cuando quiera que la fuente de riesgo o violación sean acciones u omisiones de funcionarios públicos o particulares que ejercen funciones administrativas.

Como puede notarse, la ley legitimó como titulares de esta acción a los siguientes sujetos:

“ARTICULO 12. TITULARES DE LAS ACCIONES. *Podrán ejercitar las acciones populares:*

- 1. Toda persona natural o jurídica.*
- 2. Las organizaciones No Gubernamentales, las Organizaciones Populares, Cívicas o de índole similar.*
- 3. Las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos no se haya originado en su acción u omisión.*
- 4. El Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los Personeros Distritales y municipales, en lo relacionado con su competencia.*

⁴³⁷ Las barreras procesales de tipo legal son acentuadas en la mayoría de los casos por el juez popular, como veremos en el caso de la carga probatoria del actor popular.

*5. Los alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de estos derechos e intereses*⁴³⁸.

Así las cosas, observamos que el legislador dejó un amplio margen para que cualquier persona natural o jurídica, de índole pública o privada, estuviera legitimada para actuar en la causa por activa, bien sea de manera directa o a través de apoderado judicial que lo represente⁴³⁹.

Esta disposición guarda coherencia con el carácter público⁴⁴⁰ de la acción popular, en la medida en que se pretende, a través de su ejercicio, la protección de uno o varios derechos de titularidad colectiva, en beneficio de la comunidad y no para satisfacer exclusivamente un interés directo o subjetivo del actor⁴⁴¹.

Por esta razón, la “subjetividad se replantea, el requisito de legitimación procesal da paso a una intervención sustentada en el principio de Estado democrático. La protección de derechos colectivos se soporta en un concepto amplio de ciudadano, ciudadano que no se ve de forma apartada sino como un elemento más del grupo”⁴⁴², razón por la cual, por ejemplo, el actor popular está exento de probar que le asiste un interés individual o directo para demandar, o que reside en el lugar de ocurrencia de los hechos⁴⁴³.

No obstante lo anterior, el actor popular está obligado a soportar varias cargas procesales⁴⁴⁴ que el legislador ha establecido de manera sucesiva, tanto para la interposición

⁴³⁸ Artículo 12 de la Ley 472 de 1998.

⁴³⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-215 de 14 de abril de 1999.

⁴⁴⁰ Desde sus inicios, la Corte Constitucional señaló que “(...)Por su finalidad pública se repite, las Acciones Populares no tienen un contenido subjetivo o individual, ni pecuniario y no pueden erigirse sobre la preexistencia de un daño que se quiera reparar, ni están condicionadas por ningún requisito sustancial de legitimación del actor distinto de su condición de parte del pueblo”. Corte Constitucional. Sentencia SU-067 de 24 de febrero de 1993.

⁴⁴¹ *Ibidem*.

⁴⁴² Consejo de Estado, Sentencia de 8 de junio de 2011, Rad. 41001-23-31-000-2004-00540-01(AP)

⁴⁴³ Consejo de Estado, Sentencia de 22 de febrero de 2007, Rad. 52001-23-31-000-2004-00092-01(AP)

⁴⁴⁴ La Corte Constitucional ha indicado que: “Son deberes procesales aquellos imperativos establecidos por la ley en orden a la adecuada realización del proceso y que miran, unas veces al Juez, otras a las partes y aun a los terceros, y su incumplimiento se sanciona en forma diferente según quien sea la persona llamada a su observancia y la clase de deber omitido; se caracterizan porque emanan, precisamente, de las normas procesales, que son de derecho público, y, por lo tanto, de imperativo cumplimiento. Las obligaciones procesales son, en cambio, aquellas prestaciones de contenido patrimonial impuestas a las partes con ocasión del proceso, como las surgidas de la condena en costas. En tanto las cargas procesales son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una

de la acción como durante el proceso mismo. Esta situación fue reconocida en el salvamento de voto⁴⁴⁵ a la sentencia C-630 de 2011⁴⁴⁶ –por medio de la cual la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la Ley 1425 de 2010, que derogó el incentivo económico contemplado en los artículos 39⁴⁴⁷ y 40⁴⁴⁸ la Ley 472 de 1998–, en el cual se señaló lo siguiente:

“Analizado el procedimiento fijado por la Ley 472 de 1998 para la acción popular, se encuentra que el mencionado ciudadano debe prestar su concurso en diversas actividades, a saber (i) la presentación de la demanda de acción popular (Art. 18); (ii) la solicitud de medidas cautelares para la protección provisional del derecho o interés colectivo presuntamente conculcado (Art. 25); (iii) la concurrencia ante el juez para la suscripción del pacto de cumplimiento (Art. 27); (iv) la asunción de la carga de la prueba de la vulneración del derecho o interés colectivo y la controversia de informes periciales, cuando estos se hubieren ordenado por el juez (Arts. 30 y 32); (v) la formulación de alegatos de conclusión (Art. 33); y (vi) la presentación de recursos, tanto de reposición contra las decisiones de trámite, como de apelación contra la sentencia de mérito (Arts. 36 y 37)”⁴⁴⁹.

Así las cosas, es evidente la carga procesal desproporcionada que desde la Ley 472 de 1998 se le impuso al actor popular, la cual se ha venido acrecentando como consecuencia de las diferentes modificaciones legislativas realizadas al proceso, desconociendo con ello el

oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso; las cargas procesales se caracterizan porque el sujeto a quien se las impone la ley conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el Juez o persona alguna pueda compelerlo coercitivamente a ello, todo lo contrario de lo que sucede con las obligaciones; de no, tal omisión le puede acarrear consecuencias desfavorables”. Corte Constitucional. Sentencia C-279 de 15 de mayo de 2013.

⁴⁴⁵ Salvamento de voto realizado por el entonces magistrado de la Corte Constitucional, Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁴⁶ En esta oportunidad se debatió la constitucionalidad de los artículos 39 y 40 de la Ley 1425 de 2010.

⁴⁴⁷ “Artículo 39. El demandante en una acción popular tendrá derecho a recibir un incentivo que el juez fijará entre diez (10) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales. Cuando el actor sea una entidad pública, el incentivo se destinará al Fondo de Defensa de Intereses Colectivos”. Artículo 39 de la Ley 1425 de 2010.

⁴⁴⁸ “Artículo 40. En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular. Para los fines de este artículo y cuando se trate de sobre costos 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 concurren al hecho, hasta la recuperación total de lo pagado en exceso.

Para hacer viable esta acción, en materia probatoria los ciudadanos tendrán derecho a solicitar y obtener se les expida copia auténtica de los documentos referidos a la contratación, en cualquier momento. No habrá reserva sobre tales documentos”. Artículo 40 de la Ley 1425 de 2010.

⁴⁴⁹ Corte Constitucional. Salvamento de voto del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva a la Sentencia C-630 de 24 de agosto de 2011.

carácter público de la acción popular y el hecho de que en la mayoría de las veces el accionante es un ciudadano que no tiene conocimientos especializados sobre la materia, porque no es requisito ser abogado o contratar un apoderado y, por ende, no tendría por qué conocer las particularidades de la ley. Tan es así que, en caso de que el actor popular abandone el proceso, es obligación del juez impulsarlo oficiosamente y proferir decisión de fondo, ya que de lo contrario, incurriría en sanción disciplinaria que podría conllevar a la destitución del cargo. Esto guarda relación con la previsión del legislador de que el Ministerio Público debe defender los derechos de la colectividad, al tenor de lo consagrado en el numeral 4 del artículo 277 constitucional.

Así las cosas, es dable afirmar que estos cambios introducidos por el legislador han reducido gradual y progresivamente el alcance y efectividad de la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, por cuanto acrecentaron las cargas en cabeza de una de las partes del proceso, es decir, del actor popular, disminuyendo las posibilidades de amparo del derecho, en contravía del espíritu de la Ley y del mecanismo procesal de la acción popular.

Un ejemplo de estas cargas fue incorporada por la Ley 1437 de 2011, relacionada con el requisito de procedibilidad⁴⁵⁰ para demandar la protección de los derechos e intereses colectivos, consistente en que el actor popular debe conminar a la autoridad pública o particular a que realicen las actividades tendientes a amparar los derechos objeto de la amenaza o violación⁴⁵¹, a menos que pueda demostrar en la demanda la posibilidad de acaecimiento de un perjuicio irremediable del derecho colectivo invocado⁴⁵², caso en el cual se podrá omitir este requisito. En fin, “si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez”⁴⁵³, por lo que de entrada la solicitud de amparo elevada al juez queda condicionada al agotamiento previo del requisito de reclamación contemplado en los artículos 144 y 161 del CPACA.

⁴⁵⁰ Numeral 4 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011.

⁴⁵¹ Inciso 2º del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011.

⁴⁵² *Ibidem*.

⁴⁵³ *Ibidem*.

Con esta medida se posterga el conocimiento y protección del derecho colectivo por parte de la jurisdicción contencioso administrativa e inclusive podría llegar a suceder que la autoridad requerida actúe de manera insatisfactoria o parcial, con el fin de aparentar el cumplimiento del requerimiento elevado por el actor popular y, por este medio, dilatar el acceso a la justicia del demandante y la tutela de los derechos que nos pertenecen a todos.

3.2. La prohibición del juez de anular actos o contratos estatales con ocasión de la acción popular

Otra de las limitaciones procesales de la acción popular, de origen legal, es la atinente a la prohibición del juez popular de ordenar la anulación de actos o contratos administrativos en ejercicio de la acción popular⁴⁵⁴, la cual tuvo su origen en los numerosos debates que se suscitaron al interior del Consejo de Estado y las diferentes posturas⁴⁵⁵ acogidas con ocasión a la facultad del juez popular de cuestionar la presunción de legalidad de los actos y contratos estatales, cuando con ellos se amenazaba o afectaba los derechos colectivos⁴⁵⁶.

Esta discusión, que fue resuelta por el legislador y avalada posteriormente por la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad de la expresión contenida en el inciso segundo del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011⁴⁵⁷, favoreció la acción ordinaria de nulidad por encima de la acción popular, desconociendo no sólo su naturaleza eminentemente constitucional, sino también su finalidad de servir como mecanismo de protección de los derechos colectivos. En esa oportunidad, señaló el Tribunal Constitucional lo siguiente:

⁴⁵⁴ Inciso 2º del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011.

⁴⁵⁵ Las diferentes posturas se pueden observar en la sentencia de 21 de febrero de 2007, Rad. 25000-23-25-000-2005-00355-01(AP), C.P. Enrique Gil Botero.

⁴⁵⁶ Asimismo, puede consultarse sobre este tema los siguientes artículos: Jorge, Arango, Claudia María Gutiérrez y Tatiana Rojas, *Línea jurisprudencial: la acción popular como vía procesal idónea para discutir la legalidad de los actos administrativos* (Medellín, Colombia: Universidad de Medellín, 2010); Amanda Ceballos y Katherine Cordoba, *Línea jurisprudencial: nulidad de actos administrativos a través de acciones populares* (San Juan de Pasto-Colombia: Universidad de Nariño, 2012).

⁴⁵⁷ El cual versa así: “(...) sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.”

“De las normas anteriores se infiere que la acción popular no fue diseñada por el legislador como mecanismo a través del cual el juez competente pueda decretar la anulación de un acto administrativo o un contrato, por esta razón, la limitación expresa de adoptar estas decisiones, no contraviene el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P.). (...)”⁴⁵⁸.

Los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional ⁴⁵⁹ sostuvieron las siguientes ideas principales: i) la no afectación del carácter autónomo y principal de la acción popular, ii) el margen de configuración legislativa en procesos judiciales ⁴⁶⁰, iii) el no desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso y acceso a la administración de justicia, iv) la delimitación de las facultades del juez popular en la sentencia de mérito y v) el objeto y finalidad de la acción popular distinto al de los medios de control definidos en la Ley 1437 de 2011 ⁴⁶¹.

Ya de antaño la Corte Constitucional había mostrado una inclinación hacia esta postura restrictiva en la sentencia C-088 de 2000, a través de la cual se examinó la exequibilidad del inciso segundo del artículo 40 de la Ley 472 de 1998, referido a los sobrecostos e irregularidades provenientes de la contratación, en la que señaló lo siguiente: *“No se trata, pues, de que a través de las acciones populares, se debatan y decidan controversias de tipo contractual, que tienen bien definidas las reglas que les corresponden y que son competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conforme al estatuto contractual de la administración y al código respectivo. (...)”⁴⁶².*

Se puede afirmar que esta posición, más que solucionar el problema sustancial, trajo consigo repercusiones negativas en la relación Estado–ciudadano, toda vez que se genera inseguridad jurídica al impedirle al juez de la acción popular adoptar decisiones de fondo que finalicen la violación a la moralidad administrativa cuando la fuente sea la ejecución de un

⁴⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-644 de 31 de agosto de 2011.

⁴⁵⁹ Un estudio detallado de estos argumentos se puede consultar en: Juan Esteban Alzati Ortiz y Juliana Nanclares Márquez. Prohibición expresa de anular contratos en la acción popular: ¿una solución o un problema? *Revista Lasallista de Investigación*, vol. 13, núm. 1, 2016.

⁴⁶⁰ Al respecto, la Corte señaló: “(...) En desarrollo del amplio margen de autonomía, el legislador puede legítimamente imponer restricciones a los derechos y establecer tratos diferenciales, siempre y cuando recurra a criterios de razonabilidad y proporcionalidad que permitan garantizar el ejercicio eficaz y útil de aquellos. (...)”. Corte Constitucional. Sentencia C-644 de 31 de agosto de 2011.

⁴⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia C-644 de 31 de agosto de 2011.

⁴⁶² Corte Constitucional. Sentencia C-088 de 31 de agosto de 2000.

acto o contrato de la administración, limitando su margen de acción al uso de las medidas cautelares como la suspensión provisional del acto o contrato administrativo u órdenes a las autoridades administrativas, es decir, dejando en el limbo jurídico la situación de afectación de este derecho y, aún peor, supeditándolo a la decisión que adopte posteriormente y seguro tardíamente, el juez ordinario, que incluso pueden llegar a ser contradictorias con las del juez constitucional⁴⁶³.

Fue tan desafortunada y regresiva la medida adoptada por el legislador y refrendada por la Corte Constitucional, al punto de que al interior de la jurisprudencia contencioso administrativa aún persisten decisiones —en contraposición de esta barrera— que revelan la necesidad de que el juez popular (que de hecho es el mismo de la jurisdicción contencioso administrativa) deba proteger la moralidad administrativa y otros derechos de igual naturaleza, adoptando decisiones de mérito, como lo es ordenar la nulidad o la suspensión provisional e incluso definitiva de actos administrativos o contratos estatales cuando quiera que amenacen o violen este derecho colectivo, cuando ocurren por ejemplo actos de corrupción al interior de la administración pública.

Veamos algunas decisiones en las que se ampararon derechos colectivos, desafiando y poniendo en entredicho la barrera procesal impuesta por el legislador y refrendada en la mayoría de los casos por la jurisprudencia contencioso administrativa.

- Mediante sentencia del 26 de noviembre de 2013 el Consejo de Estado dispuso, entre otras medidas, modificar la sentencia recurrida y, en ese sentido, ordenó declarar la nulidad de las Resoluciones núm. 028 del 13 de mayo de 2010 y 0632 del 29 de junio de 2010, a través de las cuales se otorgó permiso de estudio de diversidad biológica a la Fundación Instituto de Inmunología de Colombia — FIDIC—, para el proyecto “captura y estudio de investigación científica en diversidad biológica de primates en la cuenca del río Amazonas en el Trapecio Amazónico Colombiano” y se resolvió un recurso de apelación, respectivamente.

⁴⁶³ Beatriz Londoño Toro y María Lucía Torres-Villarreal. ¿Podrán las acciones populares colombianas sobrevivir a los recientes ataques legislativos y jurisprudenciales? *Vniversitas*, vol. 61, núm. 124, 2012, pp. 254-255. Carlos Mauricio López y Alexandra García. Nulidad de actos y contratos administrativos mediante el ejercicio de la acción popular: encuentros y desencuentros en defensa de los derechos colectivos. En *Acciones populares*. En edición. (Bogotá D.C., Colombia – Universidad Externado de Colombia, 2021), pp. 204-206.

En esta oportunidad, el Consejo de Estado protegió el derecho colectivo a la moralidad administrativa y al manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales y, al respecto, señaló:

“Así las cosas, se evidencia una trasgresión a la moralidad administrativa por parte del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible pues con su omisión de reglamentación ha contravenido el ordenamiento jurídico superior permitiendo que un particular no asuma los costos derivados del uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables. (...)

Como se aprecia, la inactividad de la administración pública riñe con el derecho colectivo a la moralidad administrativa, toda vez que la omisión reglamentaria (mora en la potestad reglamentaria) ha afectado y continúa lesionando los derechos colectivos mencionados, así como el derecho de los animales que son empleados en las labores de investigación. (...)

5.7. De otra parte, es importante precisar que la acción popular no es el medio idóneo para que se ordene la reapertura de procesos de índole sancionatoria y penal; no obstante, sí es posible en esta sede judicial anular los actos administrativos habilitadores y, por lo tanto, ordenar y exhortar a las entidades públicas y a los particulares que se ajusten a los parámetros jurídicos internacionales e internos en relación con la caza, captura y manipulación de animales silvestres con fines investigativos y médicos. (...)”⁴⁶⁴.

- Por medio de la decisión proferida el 27 de marzo de 2014, el Consejo de Estado ordenó a una entidad pública —la Autoridad Nacional de Televisión— disponer lo necesario para la cesación de los efectos jurídicos de un acto administrativo, como medida necesaria para la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa y patrimonio público. Veamos lo que señaló en dicha oportunidad:

“Establecido, como está, que en el proceso licitatorio adelantado para autorizar que un operador privado explote un nuevo canal de televisión nacional, la Comisión Nacional de Televisión actuó en contra de los fines estatales de la concesión y del servicio público, en cuanto i) faltó al deber de planeación, al omitir el mandato constitucional de la regulación del servicio a su cargo, necesaria para definir las condiciones relevantes del mercado y la explotación de la concesión; ii) utilizó el contrato de concesión con fines distintos a los definidos en la ley; iii) asignó los riesgos del negocio del operador privado con fines contrarios a los estatales; iv) limitó injustificadamente la concurrencia en

⁴⁶⁴ Consejo de Estado. Sentencia de 26 de noviembre de 2013, Rad.25000-23-24-000-2011-00227-01(AP)

la etapa de registro de los interesados; v) incumplió el deber legal de maximizar los ingresos estatales y vi) actuó con falta de transparencia en la definición de las frecuencias objeto de la concesión y en la dirección del proceso licitatorio, procede revocar la sentencia impugnada, declarar que la entidad demandada vulneró la moralidad administrativa y puso en riesgo la defensa del patrimonio público y disponer las medidas necesarias para amparar los derechos vulnerados. (...)

*2.8.1.2. Dentro de los quince días siguientes a la ejecutoria de esta decisión, la Autoridad Nacional de Televisión, en su calidad de entidad pública responsable de las concesiones para el servicio público de televisión, de conformidad con la Ley 1507 de 2012, adoptará las decisiones que sean necesarias para hacer cesar los efectos de la licitación pública n.º 002 de 2010 abierta por la Comisión Nacional de Televisión, señalando las irregularidades contrarias a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, conforme con lo expuesto en esta providencia. Esta medida procederá en caso de que la entidad aún no hubiere dispuesto medidas con efectos similares o equivalentes a los aquí señalados (...)*⁴⁶⁵.

- En sentencia del 5 de julio de 2018 el Consejo de Estado resolvió amparar los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa, patrimonio público y al goce del espacio público y, en su parte resolutive ordenó, entre otras, suspender los efectos de los acuerdos 007 del 3 de abril de 2000 y 010 del 15 de abril de 2000, proferidos por el Concejo Municipal de Valledupar, así como también declaró la cesación de los efectos del convenio de aporte celebrado el 18 de mayo de 2000 y elevado a escritura pública 1134 del 15 de agosto de ese mismo año⁴⁶⁶. Observemos lo que mencionó al respecto el alto Tribunal:

“Lo que observa la Sala es que, en su condición de juez de la acción popular, al encontrar vulnerados los derechos colectivos a la moralidad administrativa, a la defensa del patrimonio público y al goce del espacio público, el Tribunal adoptó, como es su deber -según lo prevé el artículo 34 de la ley 472 de 1998-, las medidas pertinentes y necesarias para restablecer los derechos colectivos enunciados.

Con esa competencia y teniendo en cuenta que, para restablecer los derechos colectivos vulnerados, resulta imprescindible e ineludible restituir en cabeza del municipio la propiedad del bien inmueble, el Tribunal, además de ordenar que se inscriba la parte resolutive de la sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Valledupar, ordenó a la Fundación Festival de la

⁴⁶⁵ Consejo de Estado. Sentencia de 27 de marzo de 2014, Rad. 25000-23-15-000-2010-02404-01(AP)

⁴⁶⁶ Consejo de Estado, Sentencia de 5 de julio de 2018, Rad. 20001-23-31-000-2010-00478-01 .

*Leyenda Vallenata proceder a la entrega formal y material del bien, lo que da cuenta, no de una nulidad, cuyos efectos, se insiste, afectan al contrato desde su nacimiento, sino de una transferencia del dominio del predio a favor del municipio de Valledupar a partir de que se cumplan las órdenes emitidas en la sentencia, las cuales encuentran sustento, no en la ilegalidad del contrato, sino en la necesidad de proteger y restablecer los derechos colectivos que se vulneraron con la transferencia del bien a la Fundación (...)*⁴⁶⁷.

- En similar sentido, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en ejercicio del mecanismo eventual de revisión, revocó la sentencia de segunda instancia y modificó la decisión de primera instancia, proferidas en el curso de una acción popular y, en su lugar, declaró la nulidad del contrato de arrendamiento suscrito por la Administración Municipal de Támezis y el señor Mario de Jesús Escobar Moncada, al considerar vulnerados los derechos colectivos de goce del espacio público y defensa de los bienes de uso público⁴⁶⁸. En esta oportunidad señaló:

“En el contexto descrito, la celebración de un contrato de arrendamiento sobre un bien de uso público con un particular no sólo vulnera el derecho colectivo relacionado con el goce del espacio público en la manera en que se anotó previamente, sino que además conduciría a la declaratoria de nulidad de ese negocio por objeto ilícito, tal y como se ha resuelto en los juicios contractuales adelantados ante la Sección Tercera. (...) Siendo ello así, debe la Sala aclarar que la posición que prohija es la que ha venido asumiendo la Sección Tercera en casos semejantes desde el 5 de octubre de 2005, fallo en el cual se unificó el criterio de la siguiente manera:

“(...) 2. Las acciones populares frente al contencioso contractual

En todo caso, existe una clara tendencia mayoritaria que admite la posibilidad de que la existencia o la ejecución de contratos estatales pudiera amenazar o vulnerar los derechos y los intereses colectivos, así como la procedencia, en estos casos, de la acción popular. (...)

En definitiva, si se acude al contexto mismo de la ley 472, como a sus antecedentes arriba reseñados, se ilustra el sentido indicado. Una lectura sistemática que establezca correspondencia y armonía entre cada uno de sus dispositivos (arts. 9, 15, 34 y 40) permite concluir que los contratos estatales son susceptibles de evaluación por parte del juez popular cuando quiera que se amenace o vulnere un derecho colectivo, siendo del caso -incluso- examinar la validez del contrato, ordenar suspender sus efectos o incluso declarar su

⁴⁶⁷ Ibidem.

⁴⁶⁸ Consejo de Estado, Sentencia de 14 de agosto de 2018, Rad. 05001-33-31-003-2009-00157-01(AP)SU.

*nulidad, siempre y cuando se trate de nulidad absoluta, en tanto que esta hipótesis se acompasa mejor a las otras preceptivas que gobiernan la materia (Código Civil, Código de Comercio y ley 80 de 1993), en tanto que sólo ésta puede ser declarada oficiosamente, a tiempo que -con su ocurrencia- resulte más clara la eventual vulneración de un derecho o interés colectivo*⁴⁶⁹.

Nótese en las anteriores decisiones cómo el juez constitucional de la acción popular, a pesar de la modificación legislativa introducida por la Ley 1437 de 2011 —refrendada por la Corte Constitucional en sentencia C-644 de 2011—, podría adoptar diversas medidas protectoras de los derechos colectivos, incluyendo la moralidad administrativa, en ejercicio de lo establecido en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, concordante con el inciso segundo (2°) del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, disposiciones que señalan lo siguiente:

*“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. (...)”*⁴⁷⁰.

*“(...) Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos (...)”*⁴⁷¹.

En este orden de ideas puede afirmarse que la medida legislativa de restricción de la facultad del juez popular para decretar la nulidad de actos o contratos estatales en ejercicio de la acción popular cuando éstos amenacen o vulneren los derechos colectivos y, en especial, la moralidad administrativa, no es óbice para que el juez constitucional pueda adoptar otra serie de medidas efectivas e idóneas tendientes a la protección de estos derechos.

Así las cosas, autoras como Londoño y Torres han advertido la limitada facultad del juez popular para ordenar medidas eficaces —como la nulidad— que protejan el derecho

⁴⁶⁹ Ibidem.

⁴⁷⁰ Artículo 34 de la Ley 472 de 1998.

⁴⁷¹ Inciso 2° del artículo 144 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

colectivo a la moralidad administrativa ante una eventual amenaza o vulneración derivada de actos o contratos de la administración pública, con ocasión a la reforma legislativa en comento, en tanto el juez constitucional sólo “podrá hacer uso de alguna de las siguientes figuras, ya utilizadas en las acciones de tutela: i) la inaplicación del acto administrativo o contrato, ii) la suspensión del acto administrativo o contrato (artículo 238 de la Constitución)”⁴⁷², medidas cautelares que, a juicio de las autoras, no resuelven el problema de fondo ni de manera definitiva, ante la presencia en el mundo jurídico del acto o contrato estatal violatorio del derecho colectivo.

En este mismo sentido, Londoño y Pérez destacaron que la reforma legislativa introducida al artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, pese a señalar que el juez de la acción popular podrá adoptar las medidas necesarias para contrarrestar la vulneración de los derechos colectivos, es problemática y ambigua en la medida en que omitió “determinar con claridad qué tipo de medidas procederían de forma alternativa a la declaración de nulidad del acto administrativo o el contrato que generen la violación”⁴⁷³, quedando como posible alternativa la suspensión del acto o contrato administrativo.

En síntesis, si bien es cierto que el juez de la acción popular puede adoptar medidas distintas a la declaratoria de nulidad del acto o contrato estatal —según lo contemplado por el legislador—, cuando quiera que se produzca una amenaza o violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa, tampoco lo es menos que esta situación particular pone en vilo la tutela judicial efectiva de este derecho, en tanto será facultad discrecional del operador jurídico disponer de las órdenes que propendan por una real protección de la moralidad administrativa

3.3. La carga probatoria del actor popular: abandono de la prueba de oficio

En cuanto a la carga probatoria, la Ley 472 de 1998 estableció que la misma

⁴⁷² Beatriz Londoño Toro y María Lucía Torres-Villarreal. ¿Podrán las acciones populares colombianas sobrevivir a los recientes ataques legislativos y jurisprudenciales?, 2012, pp. 18 y 19.

⁴⁷³ Beatriz Londoño y Natalia Pérez. Balance de las acciones populares en Colombia: ¿camino a su desnaturalización?, En *Las acciones constitucionales: Reflexiones sobre sus avances y retos*. (Bogotá D.C. — Colombia: Universidad del Rosario y Fundación Hanns Seidel, 2020), pp. 140 y 141.

correspondía al demandante, esto es, al actor popular. Veamos:

“ARTICULO 30. CARGA DE LA PRUEBA. *La carga de la prueba corresponderá al demandante. Sin embargo, si por razones de orden económico o técnico, si dicha carga no pudiere ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, solicitando dichos experticios probatorios a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate y con cargo a ella. En el evento de no existir la posibilidad de allegar la prueba respectiva, en virtud de lo establecido en el inciso anterior, el juez podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos*”⁴⁷⁴.

Este artículo fue demandado mediante la acción pública de inconstitucionalidad⁴⁷⁵, en la que se argumentó por parte del demandante, entre otras, que el legislador omitió señalar aquellos casos en los que se configura la responsabilidad objetiva, lo cual modificaría de manera significativa la carga de la prueba, toda vez que, ante la transgresión de un derecho colectivo, el actor popular únicamente tendría que señalar la conducta del particular o funcionario público generadora del daño, ya que éste último se presumiría⁴⁷⁶.

Sin embargo, el artículo señalado fue declarado exequible por la Corte Constitucional, la cual argumentó lo que a continuación se cita:

“para la Corte resulta admisible, lógico y necesario que la demostración de los perjuicios sufridos por una persona en uno de sus derechos e intereses colectivos, le corresponda al afectado. En todo caso, el debido proceso queda a salvo, pues el mismo precepto establece que si por razones económicas o técnicas el demandante no puede acreditar las pruebas, el juez deba impartir las órdenes necesarias para suplir la deficiencia probatoria, para lo cual puede solicitar a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate, dichos experticios probatorios y así obtener los elementos indispensables para adoptar un fallo de mérito.

*Además, el derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 29 superior es aplicable a todos los poderes públicos y a las personas en general, razón por la cual trasladar la carga de la prueba al demandado como lo pretende el actor, equivaldría a presumir desde un comienzo, con la sola presentación de la demanda, su responsabilidad”*⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ Artículo 30 de la Ley 472 de 1998

⁴⁷⁵ Expedientes D-2176, D-2184 y D-2196 (acumulados).

⁴⁷⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-215 de 14 de abril de 1999.

⁴⁷⁷ *Ibidem*.

De la argumentación traída por el Tribunal Constitucional se puede observar lo siguiente: i) se establece una identidad individual entre el actor popular “*afectado*” y los derechos e intereses colectivos conculcados, ii) corresponde al “*afectado*” la carga de probar los perjuicios sufridos en sus derechos e intereses colectivos, iii) en caso de que el actor no pueda allegar las pruebas al proceso, por razones de orden técnico o económico, el juez popular está facultado para requerir las mismas a la entidad pública a cargo del tema, con el fin de dictar sentencia de mérito y, iv) por último, en virtud del principio constitucional de presunción de inocencia, predicable de funcionarios públicos y de particulares, no se podría trasladar la carga de la prueba al accionado, en razón a que se presumiría su responsabilidad desde el inicio.

De cara a lo señalado, consideramos que algunos de los criterios que fundamentaron la decisión adoptada por la Corte Constitucional, en relación con el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, distan de la naturaleza pública de la acción popular y dan cuenta de algunas de las dificultades prácticas de la misma, que terminan por verse reflejadas en las decisiones judiciales y más recientemente en la Sentencia de Unificación del 1 de diciembre de 2015 del Consejo de Estado, como veremos.

En primer lugar, el actor popular, si bien es un afectado directo por los perjuicios ocasionados o que se llegaren a ocasionar por la violación o amenaza de los derechos e intereses colectivos, no interviene exclusivamente para proteger sus intereses individuales, sino que representa a la colectividad, toda vez que la titularidad de estos derechos reside en la comunidad en general y no únicamente en un individuo⁴⁷⁸, ya que se trata de “intereses supraindividuales de naturaleza indivisible”⁴⁷⁹.

Lo anterior encuentra sentido en la medida en que el ejercicio de esta acción comporta un claro ejemplo del deber de colaboración y solidaridad que le asiste a la ciudadanía, en aras

⁴⁷⁸Corte Constitucional. Sentencia T-193 de 14 de marzo de 2002.

⁴⁷⁹ José Ovalle Favela. Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol.36, núm. 107, 2003, pp. 587-615. Al respecto, el Consejo de Estado ha manifestado: “...tratándose de acciones públicas el ordenamiento jurídico no exige la demostración de un interés subjetivo para demandar. Esta regla es constatable en las acciones populares, en las que el actor y los titulares del derecho protegido generalmente no coinciden, tal como ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación, lo importante, es que los responsables de la afectación de los derechos colectivos sean los mismos, porque al ser estos de naturaleza difusa, la titularidad recae sobre la comunidad”. Consejo de Estado, Sentencia de 8 de junio de 2011, Rad. 41001-23-31-000-2004-00540-01(AP).

de conservar bienes jurídicos de trascendencia social⁴⁸⁰. Así las cosas, establecer la carga de la prueba en cabeza del demandante resulta en muchas oportunidades desequilibrado, ya que en más de las veces el actor popular se encuentra en posición de desventaja frente al demandado, por ejemplo, si se tratare de una entidad pública. Tan es así la carga procesal, que inclusive desde la Ley 472 de 1998 se estipuló el amparo de pobreza⁴⁸¹ a favor del actor popular, en caso de incapacidad económica para atender los gastos del proceso, entre estos, el recaudo de material probatorio o la asistencia jurídica durante el proceso.

Si bien el artículo 30 de la Ley 472 de 1998 prevé la posibilidad de que el juez solicite las pruebas a la entidad involucrada en el proceso, en caso de que al actor popular no le sea posible su acreditación por razones económicas o técnicas, en la práctica judicial es mínimo el empleo de la facultad de decretar pruebas de oficio, mermando así la igualdad de las partes en el proceso⁴⁸².

De hecho, la postura vigente y predominante en la jurisprudencia contencioso administrativa⁴⁸³ es tajante frente a la exigencia y peso que ostenta la carga probatoria del actor popular en este tipo de acciones públicas para que prospere la tutela de los derechos colectivos, en desconocimiento de que los actores populares son ciudadanos que no

⁴⁸⁰Corte Constitucional. Sentencias C-237 de 20 de mayo de 1997 y C-459 de 11 de mayo de 2004.

⁴⁸¹Artículo 19 de la Ley 472 de 1998.

⁴⁸² La igualdad de las partes en el proceso es una de las garantías que permite materializar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. La Corte Constitucional ha manifestado que éste se logra "(...)cuando, dentro de determinadas circunstancias y con arreglo a la ley, el juez garantiza igualdad a las partes, analiza las pruebas, llega a un libre convencimiento, aplica la Constitución y la ley y, si es el caso, proclama la vigencia y realización de los derechos amenazados o vulnerados. Es dentro de este marco que la Corte Constitucional no ha vacilado en calificar al derecho al que hace alusión la norma que se revisa -que está contenida en los artículos 29 y 229 de la Carta Política- como uno de los derechos fundamentales, susceptible de protección jurídica inmediata a través de mecanismos como la acción de tutela prevista en el artículo 86 superior". Corte Constitucional. Sentencia T-476 de 8 de septiembre de 1998.

"Así mismo la jurisprudencia ha señalado que el artículo 229 de la Carta debe ser concordado con el artículo 13 ibidem que consagra el derecho de igualdad, de tal manera que el derecho a acceder igualitariamente ante la justicia implica no sólo el derecho a idéntico tratamiento por parte de jueces y tribunales ante situaciones similares sino también "*la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales*", pues conforme al citado mandato superior el anotado principio significa igualdad no sólo en los textos jurídicos sino también en la aplicación de dichos textos. "*En consecuencia ya no basta que las personas gocen de iguales derechos en las normas positivas ni que sean juzgadas por los mismos órganos. Ahora se exige además que en la aplicación de la ley las personas reciban un tratamiento igualitario*" (...)".Corte Constitucional. Sentencias C-104 de 11 de marzo de 1993 y C-1027 de 27 de noviembre de 2002.

⁴⁸³Consejo de Estado, Sentencia de 31 de julio de 2008, Rad. 25000-23-26-000-2005-00240-01(AP); 3 de junio de 2010, Rad. 15001-23-31-000-2005-01867-01(AP); 8 de julio de 2010, Rad. 41001-23-31-000-2004-01275-01(AP) y 9 de agosto de 2019, Rad. 23001-23-33-000-2010-00475-01(AP).

necesariamente conocen los medios para probar los hechos y, además, el deber constitucional del Ministerio Público, en relación con su participación activa en la protección de estos derechos. A pesar de ello, la tesis jurisprudencial sostiene que “en las acciones populares, por regla general, la carga de la prueba corresponde al demandante y/o extremo actor de la causa (*“onus probandi incumbit actori”*); obligación de la cual solo puede sustraerse por razones de orden económico o técnico expresamente advertidas y acreditadas en el proceso”⁴⁸⁴.

En particular, y en lo que respecta a la moralidad administrativa, la Sentencia de Unificación del 1 de diciembre de 2015 fijó como requisito esencial para el amparo de este derecho colectivo, la imputación y carga probatoria en los siguientes términos:

“Ya se vio cómo para disponer la protección del derecho colectivo pretendido por el juez popular deben tener presencia tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo y su debida correlación. Para ello se requiere de una carga argumentativa por el actor popular en la que se efectúe una imputación directa, seria y real de la violación del ordenamiento jurídico y de la realización de las conductas atentatorias de la moralidad administrativa.

En este sentido corresponde al actor popular hacer esa imputación y cumplir con la carga probatoria que le corresponde, no sólo por así disponerlo el artículo 18 de la Ley 472 de 1998, sobre contenido de la demanda, o el artículo 167 del Código General del Proceso, sino porque tratándose del derecho colectivo en estudio, donde debe ineludiblemente darse la concurrencia de los dos elementos anteriormente señalados, su imputación y prueba, junto con el impulso oficioso del juez, limita eficazmente que la acción popular sea utilizada inadecuadamente como medio judicial para resolver un juicio de simple legalidad y otorga todos los elementos necesarios para que el juez ponga en la balanza los supuestos jurídicos, fácticos y probatorios que lo lleven al convencimiento de que la actuación cuestionada estuvo bien justificada y no fue transgresora del derecho colectivo o que, por el contrario, se quebrantó el ordenamiento jurídico y de contera se vulneró la moralidad administrativa”⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴Consejo de Estado, Sentencia de 1 de junio de 2020, Rad. 27001-23-31-000-2018-00008-01. En igual sentido ver Consejo de Estado, Sentencia de 23 de enero de 2020, Rad. 15001-23-33-000-2015-00316-01(AP), en la que se denegaron las pretensiones del actor popular, debido a que el Consejo de Estado señaló que “(...) Examinado el expediente, la Sala encuentra que la parte actora no allegó prueba alguna que demostrara que las comunidades aledañas al corredor férreo Bogotá –Belencito carezcan del servicio público de transporte, ni que este no sea eficiente ni oportuno, como tampoco adjuntó estudios específicos y/o técnicos que determinen que el cambio a trocha estándar permitiría mayor agilidad en los trayectos”.

⁴⁸⁵Consejo de Estado, Sentencia de 1 de diciembre de 2015, Rad. 11001-33-31-035-2007-00033-01(AP), entre otras.

El precedente jurisprudencial en comentario –bastante desafortunado y regresivo– ataca directamente la vigencia y garantía del derecho colectivo a la moralidad administrativa, por cuanto introduce vía jurisprudencial una barrera procesal indispensable para que el juez ordene el amparo de este derecho. De esta manera, la carga probatoria se estatuye no sólo como una carga procesal de origen legal, sino que además constituye un elemento configurador de la moralidad administrativa, agravando cada vez más la situación del actor popular y propiciando la decadencia y efectividad de este derecho humano y de la acción popular como mecanismo procesal diseñado para su tutela.

Esta situación particular se evidencia en numerosos casos fallados por el Consejo de Estado⁴⁸⁶ en los que se ha rechazado el amparo del derecho colectivo a la moralidad administrativa, bajo el argumento de ausencia o debilidad probatoria frente a los elementos objetivo y subjetivo de la moralidad, omitiendo el papel tutelar del juez en el Estado Social de Derecho y, particularmente, la facultad que tiene para decretar pruebas de oficio⁴⁸⁷ y distribuir la carga de la prueba⁴⁸⁸, para lograr la igualdad de las partes en el proceso de acción popular⁴⁸⁹.

Así por ejemplo, en sentencia de 9 de agosto de 2019, el Consejo de Estado no protegió la moralidad administrativa, so pretexto de la no demostración del elemento objetivo. Veamos:

⁴⁸⁶ Al respecto ver Consejo de Estado, Sentencias de 15 de agosto de 2007, Rad. 88001-23-31-000-2005-00004-01(AP); 9 de agosto de 2019, Rad. 23001-23-33-000-2010-00475-01(AP); 1 de junio de 2020, Rad. 27001-23-31-000-2018-00008-01, entre otras.

⁴⁸⁷ Artículo 42 de la Ley 1564 de 2012, “*Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*”, la cual dispone que “Artículo 42. Deberes del juez. Son deberes del juez: (...) 4. Emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes”.

⁴⁸⁸ Artículo 167 de la Ley 1564 de 2012, el cual dispone: “Artículo 167. carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, lacarga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. (...)”.

⁴⁸⁹ Artículo 4 de la Ley 1564 de 2012.

“La Sala, al analizar las pruebas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, concluye que la parte actora no probó que los predios El Volador y Macaniyal no fueron entregados físicamente a los beneficiarios de la adjudicación por una parte, porque, de conformidad con los artículos quinto de las resoluciones núms. 387 de 2006 y 814 de 2006 expedidas por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER-, los adjudicatarios recibieron materialmente los predios Macaniyal y El Volador. Estos actos administrativos se presumen legales y no se demostró que hayan sido declarados nulos por la jurisdicción contenciosa administrativa. (...)

Además, el Tribunal, en la parte considerativa de la sentencia apelada, precisó que “[...] podría estar en peligro el derecho colectivo relacionado con el equilibrio ecológico y el aprovechamiento racional de los recursos naturales [...]” porque el coadyuvante sostuvo que en el bien inmueble El Volador hay un área de reserva forestal. Sobre ello, no se aportó ninguna prueba al expediente. (...)

En este estado del estudio, la Sala recuerda que, de conformidad con el artículo 164 de la Ley 1564, toda decisión judicial debe fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Además, la lesión o el peligro de los derechos e intereses colectivos debe estar debidamente probada. (...)

Así las cosas, corresponde a la parte actora la carga de acreditar los hechos que sustentan las pretensiones de la demanda. La omisión en el cumplimiento de la carga procesal trae consigo posibles consecuencias desfavorables, como una sentencia que niegue las pretensiones de la demanda. (...)

En estas condiciones la sentencia proferida, en primera instancia, será revocada y, en su lugar, se negarán las pretensiones de la demanda”⁴⁹⁰.

De este contexto se advierte la evidente carga procesal que corresponde al actor popular en materia probatoria, lo cual afecta notablemente las posibilidades de éxito de la acción popular, aunado al hecho de que el demandante —actor popular— casi siempre es un ciudadano común o grupo de ciudadanos que no tiene la experticia necesaria para ejercer adecuadamente la actividad probatoria y, tampoco tendría la obligación de tener estos conocimientos, en razón a que no se exige de manera alguna que los demandantes sean profesionales del derecho.

Lo anterior nos conduce a ratificar el papel preponderante que asume el juez constitucional a la hora de conducir la actividad probatoria en calidad de instructor del proceso, por lo que su facultad de decretar pruebas de oficio cobra aun mayor vigencia para poder esclarecer la verdad de los hechos materia de debate⁴⁹¹, si se tiene en cuenta que la regla general es que la parte activa no sea un abogado y, por ende, carece de conocimientos

⁴⁹⁰Consejo de Estado, Sentencia de 9 de agosto de 2019, Rad. 23001-23-33-000-2010-00475-01(AP).

⁴⁹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-615 del 16 de diciembre de 2019.

sobre la materia. Así las cosas, incluso en un escenario en el que el actor popular decida abandonar el proceso de la acción popular, el juez estará en la obligación de conducir el proceso y dictar sentencia de fondo, en virtud de lo cual será necesario que acuda al decreto de pruebas de oficio, tal y como lo disponen los artículos 28, 29 y 30 de la Ley 472 de 1998.

De igual manera corresponde al Ministerio Público la tarea específica de representar los intereses de los actores populares en desarrollo del proceso de acción popular y de manera general, promover la protección de los derechos colectivos. En efecto, el artículo 13 de la Ley 472 de 1998 permite la intervención de la Defensoría del Pueblo cuando la acción popular haya sido interpuesta sin apoderado judicial, de lo cual se puede colegir un mandato a esta entidad para que participe activamente en el proceso y ejerza los derechos y facultades del actor popular, como lo sería la solicitud de práctica de pruebas. De igual forma, corresponde a la Procuraduría General de la Nación, en virtud del mandato constitucional establecido en el numeral 4° del artículo 277 de la Constitución Política, defender los derechos e intereses colectivos, lo cual implica la necesaria participación activa del ente público traducida, entre otras, en la legitimación por activa para interponer acciones populares otorgada por ley, así como la posibilidad de actuar en desarrollo del proceso, en desarrollo de lo cual podrá solicitar o aportar pruebas, con el fin de demostrar la vulneración del derecho colectivo invocado.

No obstante lo mencionado anteriormente, pareciera ser que al único que corresponde la tutela del derecho colectivo a la moralidad administrativa es al actor popular —persona natural—, ante un papel precario del Ministerio Público —casi que ausente—, y ante la falta de dirección del proceso por parte del juez constitucional, quien debiera atender al uso de los poderes que la ley le otorga, en aras de lograr la igualdad real de las partes.

Otro caso en el que se observa la carga probatoria del actor popular, quien vio denegada la protección de la moralidad administrativa ante la falta de demostración de los elementos de este derecho, fue precisamente en la Sentencia de Unificación del 1 de diciembre de 2015, en la que se denegaron las pretensiones del actor popular bajo el argumento de no acreditación del elemento subjetivo, así:

“Como quiera que en este caso la demanda no cumplió con la carga de efectuar las imputaciones serias de la violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa, no solo por la violación a la ley, sino aquellas referidas a la conducta desviada y deshonesta del funcionario que debía cumplir la ley y que dicha conducta puso en peligro o causó la violación del derecho colectivo, no procedía el estudio de la acción popular para hacer un análisis exclusivo del principio de legalidad. En efecto, no era posible circunscribir el caso a la simple y pura violación de la ley, sin verificar la afectación material del derecho a la moralidad administrativa, como ocurrió en este caso, que, mediante el estudio aislado del principio de legalidad, la sentencia que se revisa encontró transgredido el derecho colectivo, no solo desconociendo el precedente jurisprudencial uniforme sobre el tema, sino desnaturalizando la acción popular en cuanto a su objeto y razón de ser”⁴⁹².

Otro ejemplo que llama la atención es la providencia de 21 de mayo de 2008, en la cual el Consejo de Estado denegó las pretensiones del actor popular, aduciendo la omisión probatoria en los siguientes términos:

“En el presente caso, el demandante omitió la carga de aportar las pruebas sobre los actos administrativos y contratos que constituían la materia principal del proceso, los cuales no entrañaban desde el punto de vista técnico, ni desde el económico, en los términos del artículo 30 referido, una carga que el demandante no pudiera asumir, de modo que resultara exigible a la autoridad judicial ordenar las pruebas de oficio. En efecto, el actor popular habría podido pedir al a quo que se ordenara a los demandados llevar al proceso copias auténticas de los documentos mencionados, de la misma forma que lo hizo al solicitar en la demanda que se ordenara a ESPO el envío de “(...)copia auténtica de los estados financieros de la entidad entre el 5 de enero de 2002 a la fecha(...)”, pero no lo hizo.

En consecuencia, la ausencia en el expediente de los actos administrativos y contratos referidos hace necesario que se denieguen las pretensiones de la demanda”⁴⁹³.

Es de anotar que en el referido caso, *contrario sensu* a lo alegado por el Consejo de Estado, el demandante si aportó los documentos públicos (contratos y resoluciones) en copia simple⁴⁹⁴, respecto de lo cual el Alto Tribunal estimó que los mismos carecían de valor

⁴⁹²Consejo de Estado, Sentencia de 1 de diciembre de 2015, Rad. 11001-33-31-035-2007-00033-01(AP).

⁴⁹³Consejo de Estado, Sentencia de 21 de mayo de 2008, Rad. 54001-23-31-000-2004-01415-01(AP).

⁴⁹⁴ Así lo señaló el Consejo de Estado en dicha oportunidad: “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. Al respecto, se puede advertir que la leyenda que obra sobre las fotocopias respectivas (“*Que la presente fotocopia es fiel y exacta reproducción del original que he tenido a la vista*”), acompañada de una rúbrica, y que hace las veces de autenticación, no identifica en parte alguna al funcionario que hizo la labor correspondiente. (...) En vista de lo

probatorio al no cumplir con los términos del artículo 254⁴⁹⁵ del CPC –vigente para la época, en particular con la necesidad de que aquellos estuvieran autenticados por autoridad competente. De ello se desprende que el Consejo de Estado, actuando en calidad de juez constitucional, empleó un criterio formal sobre el material, en detrimento de la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, pese a que en el caso particular fuera evidente su transgresión, con lo cual se desdibuja la vigencia y garantía de los derechos colectivos.

En relación con las decisiones adoptadas en los ejemplos antes citados, consideramos que el común denominador de ellas radica fundamentalmente en el desconocimiento del deber del juez popular de decretar las pruebas de oficio necesarias para verificar los hechos alegados por las partes—más aún cuando de su análisis probatorio depende la resolución del conflicto al ser la presunta fuente generadora del daño a la moralidad administrativa—, y aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba, respecto de lo cual el Alto Tribunal de lo Constitucional ha señalado lo siguiente:

“Fue entonces cuando surgió la teoría de las “cargas dinámicas”, fundada en los principios de solidaridad, equidad (igualdad real), lealtad y buena fe procesal, donde el postulado “quien alega debe probar” cede su lugar al postulado “quien puede debe probar”. La teoría de la carga dinámica de la prueba halla su origen directo en la asimetría entre las partes y la necesidad de la intervención judicial para restablecer la igualdad en el proceso judicial. (...)”

De esta manera, la noción de carga dinámica de la prueba, “que no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o

anterior, con fundamento en las disposiciones legales, la Sala considera que no se probó la existencia y contenido de las resoluciones que constituyen la base de la argumentación del actor popular para la defensa de los derechos colectivos. Respecto de los contratos y de las actas de renovación correspondientes, los cuales tienen la condición de documentos públicos habida cuenta de la participación de un funcionario público en ejercicio de su cargo en la creación de los mismos, se puede notar que fueron aportados en copias simples, y en fotocopia autenticada de una copia simple, razón por la cual se concluye que no se acreditó la existencia y contenido de los contratos, en concordancia con lo prescrito por los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil”. Consejo de Estado, Sentencia de 21 de mayo de 2008, Rad. 54001-23-31-000-2004-01415-01(AP).

⁴⁹⁵ Código de Procedimiento Civil. “Artículo 254. Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos:

1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.
2. Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente.
3. Cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa”.

perfeccionarla”, supone reasignar dicha responsabilidad, ya no en función de quien invoca un hecho sino del sujeto que, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de acreditarlo. (...)

En efecto, la teoría de la carga dinámica de la prueba tiene amplio sustento constitucional, especialmente en los postulados característicos del rol del juez en un Estado Social de Derecho, que según fue explicado anteriormente propugna por un papel activo –pero también limitado- en la realización del derecho a la tutela judicial efectiva y la prevalencia del derecho sustancial y de la consecución de un orden justo.

En efecto, en varias oportunidades la Corte Constitucional ha destacado la necesidad de activar la función directiva del juez no solo para decretar pruebas en forma oficiosa sino para redistribuir las cargas probatorias entre los sujetos procesales. (...)

También ha sostenido que en los casos en los cuales una persona se encuentra en posición de debilidad o de subordinación frente a otra persona o autoridad, de quien se cuestiona la vulneración de un derecho, es preciso distribuir la carga de la prueba a favor de la parte menos fuerte de la relación, como por ejemplo en el ámbito laboral⁴⁹⁶.

De lo dicho en precedencia, podemos concluir que la Sentencia de Unificación del 1 de diciembre de 2015 proferida por el Consejo de Estado dio vía libre al juez para que omita su deber de decretar pruebas de oficio y dar aplicación a la teoría dinámica de la prueba, en tanto impuso como barrera procesal para la protección de la moralidad administrativa, la imputación y carga probatoria exclusivamente en cabeza del actor popular, resultando irrazonable y desproporcionado.

Al respecto, compartimos lo señalado en la aclaración de voto realizada a la sentencia en comento por parte del magistrado Danilo Rojas Betancourth, en lo relacionado con la carga probatoria excesiva que corresponde al actor popular:

“3.3. Tampoco comparto las reflexiones que en la página 61 de la sentencia del 1 de diciembre de 2015 se hicieron acerca del tema de la carga de la prueba, en el sentido de insinuar que le incumbe al demandante toda la demostración de los elementos relacionados con una violación del interés colectivo de la moralidad administrativa, punto frente al cual considero que el estudio probatorio debería efectuarse desde una óptica especial. En efecto, resulta en extremo oneroso para el peticionario evidenciar que la actuación de la administración no estuvo orientada por el interés

⁴⁹⁶Corte Constitucional, Sentencia C-086 de 24 de febrero de 2016.

común, o que la conducta de un funcionario es moralmente reprochable, punto en el cual insisto en que el único ingrediente que debería estar presente para poder decir que se violó la moralidad administrativa, es el hecho de que la administración haya actuado para el cumplimiento de fines distintos a los autorizados por la normatividad. Creo que en dicha probanza debería aplicarse la teoría dinámica de la carga de la prueba, así: si el demandante puede poner en evidencia que la actuación de la administración benefició algún interés particular, ello debería ser suficiente para que la carga de la prueba se traslade a la administración demandada, quien debería demostrar que su actuación rindió frutos en la consecución de beneficios para la sociedad en general, a pesar de haber implicado beneficios para algunos sujetos particulares”⁴⁹⁷.

En síntesis, el juez de la acción popular debería propender por el equilibrio de las cargas procesales de las partes, especialmente la carga probatoria, valiéndose de herramientas como la teoría de la carga dinámica de la prueba y el decreto de pruebas de oficio, con el fin de no hacer nugatorio su papel en el Estado Social de Derecho, ya que “lejos de ser protector de los intereses particulares del actor, es el principal garante de la eficacia de la moralidad administrativa, como lo demanda el artículo 2º constitucional”⁴⁹⁸, lo cual ha sido resaltado por el Tribunal Constitucional. Veamos:

“La nueva Carta Política robusteció la misión del juez como garante del acceso efectivo a la administración de justicia y de la realización efectiva de los derechos de los ciudadanos. Es así como se demandan de él altas dosis de sensibilidad y una actitud diligente para corregir las asimetrías entre las partes, asegurar los derechos fundamentales, entre otros el derecho a la tutela judicial efectiva, y, en últimas, la vigencia de un orden justo”⁴⁹⁹.

El Juez del Estado social de derecho es uno que ha dejado de ser el “frío funcionario que aplica irreflexivamente la ley”, convirtiéndose en el funcionario -sin vendas- que se proyecta más allá de las formas jurídicas, para así atender la agitada realidad subyacente y asumir su responsabilidad como un servidor vigilante, activo y garante de los derechos materiales. El Juez que reclama el pueblo colombiano a través de su Carta Política ha sido encomendado con dos tareas imperiosas: (i) la obtención del

⁴⁹⁷Consejo de Estado, Sentencia de 1 de diciembre de 2015, Rad. 11001-33-31-035-2007-00033-01(AP).

⁴⁹⁸Consejo de Estado, Sentencia de 27 de marzo de 2014, Rad. 25000-23-15-000-2010-02404-01(AP). En esta oportunidad igualmente recalcó: “(...)Desde luego, esa amplia competencia del juez de la acción popular no implica que no esté obligado a observar el debido proceso constitucional, pero el núcleo de este derecho frente a la protección del principio de la moralidad administrativa, se centra principalmente en las ritualidades propias del trámite, del decreto, práctica y derecho a controvertir las pruebas y en las medidas requeridas para la protección de los derechos o intereses colectivos en juego”.

⁴⁹⁹Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 24 de febrero de 2016.

derecho sustancial y (ii) la búsqueda de la verdad. Estos dos mandatos, a su vez, constituyen el ideal de la justicia material”⁵⁰⁰.

4. FUTURO DEL DERECHO COLECTIVO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA: EL RETO DE LAS CORTES Y EL MINISTERIO PÚBLICO EN RELACIÓN CON SU TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Hasta aquí hemos analizado, por un lado, cuáles han sido los aciertos y desaciertos de la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa en torno a la delimitación conceptual del derecho colectivo a la moralidad administrativa, desde su creación en la Constitución Política de 1991 hasta la actualidad. Por otro lado, planteamos algunas barreras sustanciales y procesales que, a nuestro juicio, dimanan no solo del legislador, sino de la jurisprudencia, particularmente de la reciente definición jurisprudencial otorgada a este derecho colectivo en la Sentencia de Unificación del 1 de diciembre de 2015⁵⁰¹ proferida por el Consejo de Estado, la cual impacta negativamente uno de los fines esenciales de nuestro Estado Social de Derecho⁵⁰²: “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”⁵⁰³ y, en particular, la efectividad del derecho colectivo a la moralidad administrativa.

En consecuencia, estas barreras han morigerado el papel del juez popular como garante de los derechos colectivos, socavando de esta forma el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas⁵⁰⁴, el cual “impone al juez, especialmente el de acciones

⁵⁰⁰ Corte Constitucional. Sentencias T-264 de 3 de abril de 2009 y SU-768 de 16 de octubre de 2014.

⁵⁰¹ Consejo de Estado, Sentencia de 1 de diciembre de 2015, Rad. 11001-33-31-035-2007-00033-01(AP).

⁵⁰² Al respecto, la Corte Constitucional señaló: “(...)En el Estado Social de Derecho, la efectividad se convierte en un elemento esencial de la materialización de sus postulados, al punto que en ésta se pueda encontrar una de las principales diferencias entre el Estado liberal de Derecho y el Estado Social de Derecho. Así, por ejemplo, desde el artículo 2 de la Constitución Política se identifica la efectividad de los derechos y garantías reconocidas en la Constitución y la ley, como un fin esencial del Estado y el artículo 13 de la Constitución incluye un mandato de efectividad en la igualdad, en su componente de igualdad material”. Corte Constitucional. Sentencia C-352 de 25 de mayo de 2017.

⁵⁰³ Artículo 2 de la Constitución Política.

⁵⁰⁴ En relación con este principio, la Constitución Política de Colombia dispone en el artículo 228 lo siguiente: “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que “(...)Teniendo en claro la prevalencia que en la administración de justicia debía tener el derecho sustancial, el constituyente de 1991 lo estableció como principio de la administración de justicia en el artículo 228 al consagrar que en las actuaciones

constitucionales, la aplicación de criterios que permitan la eficacia inmediata de los derechos y posibilitan su concreción a la realidad mediante los recursos y figuras estatuidos en el ordenamiento jurídico”⁵⁰⁵. Veamos lo que ha resaltado la jurisprudencia respecto de dicho principio:

“(i) la norma adjetiva debe buscar la garantía del derecho sustancial y, por ende, no se puede convertir en una barrera de efectividad de éste; (ii) la regulación procesal debe propender por la realización de los derechos sustanciales al suministrar una vía para la solución de controversias sobre los mismos; y, (iii) el derecho adjetivo al cumplir una función instrumental que no es un fin en sí mismo, debe ceñirse y estar al servicio del derecho sustancial el cual se debe privilegiar para proteger las garantías fundamentales”⁵⁰⁶.

De la misma manera, estos obstáculos de tipo sustancial y procesal han agravado la posibilidad de amparo del derecho colectivo a la moralidad administrativa en sede judicial, ocasionando la pérdida de vigencia no sólo del derecho en cuestión, sino también de la acción misma, escenario que debe alarmar a la ciudadanía y a los defensores de derechos humanos.

Como corolario de lo anterior, es posible afirmar que nos encontramos ante un notorio decaimiento de la acción popular que protege la moralidad administrativa, no sólo a causa de las constantes reformas legislativas realizadas al proceso de acción popular, sino también por cuenta de la desafortunada interpretación judicial efectuada por el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo en relación con la definición del derecho colectivo a la moralidad administrativa, desnaturalizando con ello la finalidad de la acción popular, en desmedro del derecho fundamental de la ciudadanía a la tutela judicial efectiva⁵⁰⁷.

de la administración de justicia ‘prevalecerá el derecho sustancial’. Esta corporación al establecer el alcance de la mencionada norma ha dicho: Cuando el artículo 228 de la Constitución establece que en las actuaciones de la Administración de Justicia ‘prevalecerá el derecho sustancial’, está reconociendo que el fin de la actividad jurisdiccional, y del proceso, es la realización de los derechos consagrados en abstracto por el derecho objetivo, y, por consiguiente, la solución de los conflictos de intereses. Es evidente que en relación con la realización de los derechos y la solución de los conflictos, el derecho procesal, y específicamente el proceso, es un medio.” Corte Constitucional. Sentencias C-029 de 2 de febrero de 1995; T-1306 de 6 de diciembre de 2001 y C-1069 de 3 de diciembre de 2002.

⁵⁰⁵ Consejo de Estado, Sentencia de 6 de septiembre de 2001, Rad. 13001-23-31-000-2000-0005-01(AP-163).

⁵⁰⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-193 de 20 de abril de 2016.

⁵⁰⁷ Sobre el particular, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente: “De manera coherente con la importancia constitucional acordada a la efectividad, se ha reconocido que el derecho de acceso a la administración de justicia (artículo 229 de la Constitución) implica necesariamente que éste sea efectivo, razón

Ante esta preocupante situación, nos corresponde hacer un llamado de atención a las Cortes, especialmente al Consejo de Estado y a la Corte Constitucional, en su condición de jueces constitucionales y garantes de los derechos colectivos, a que reflexionen sobre la manera en que interpretan y aplican el derecho colectivo a la moralidad administrativa, ya que de ello depende en gran medida el futuro, la utilidad y alcance de esta herramienta jurídica de naturaleza colectiva que sirve, entre otras, para fortalecer el control social de las actuaciones del poder público y de aquellos particulares que concurren cada vez más al desarrollo de actividades estatales, en algunas ocasiones no para la consecución del interés público, sino en búsqueda de satisfacer intereses privados y egoístas, perturbando la materialización de los fines del aparato estatal.

En este orden de ideas, creemos que la misión del juez de la acción popular debe estar encaminada a “la aplicación de criterios que permitan la eficacia inmediata de los derechos y posibiliten su concreción a la realidad mediante los recursos y figuras estatuidos en el ordenamiento jurídico, recursos que están inspirados bajo este gran postulado: Prevalece el derecho sustancial, como un medio para otorgar una mejor administración de justicia”⁵⁰⁸.

El rol del juez se compagina con la intención del constituyente de imprimir no sólo valor normativo, sino efectividad a aquellos derechos y garantías consagrados en la Constitución, a través de mecanismos jurídicos que posibiliten su defensa, con el fin de que no queden en meras expectativas de los ciudadanos⁵⁰⁹. Esta labor, materializada en la jurisprudencia, debiera guardar correspondencia con lo que en alguna oportunidad señaló la Corte Constitucional. Veamos:

“Una jurisprudencia evolutiva, abierta al conocimiento de las condiciones sociales, económicas y políticas del país y consciente de la necesidad de estimular la progresiva y firme instauración de un orden justo, asentado en el respeto y efectividad de los derechos y garantías de los ciudadanos, es la única que se concilia con el estado social de derecho. Como corolario del principio de efectividad, elemento esencial del estado social de derecho, el artículo 228 de la Constitución Política, ordena que en las decisiones judiciales prevalecerá el derecho sustancial. No existe derecho más sustancial que el consagrado en la propia

por la cual este derecho también sea denominado tutela judicial efectiva”. Corte Constitucional. Sentencia C-352 de 25 de mayo de 2017.

⁵⁰⁸ Consejo de Estado, Sentencia de 6 de septiembre de 2001, Rad. 13001-23-31-000-2000-0005-01(AP-057)

⁵⁰⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-006 de 12 de mayo de 1992.

Constitución cuando se ocupa de definir los diferentes derechos. Esa disposición debe por ello interpretarse como una de las más preciosas garantías de la protección de los derechos y brinda la prueba inconcusa de su pleno valor normativo”⁵¹⁰.

Así las cosas, el panorama actual de la acción popular que protege la moralidad administrativa exige del juez, en su calidad de árbitro del proceso, un papel garantista y proactivo que propenda por la observancia de “los principios constitucionales y especialmente en los de prevalencia del derecho sustancial, publicidad, economía, celeridad y eficacia”⁵¹¹, y por la aplicación del “debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes”⁵¹², con el propósito de hacer efectivos los derechos colectivos, en particular, la moralidad administrativa.

De igual forma corresponde hacer un llamado de atención al Ministerio Público, a quien le corresponde la defensa activa de los derechos colectivos, en virtud del numeral 4 del artículo 277 constitucional. Igualmente, la Ley 472 de 1998 dispuso una serie de facultades y obligaciones a lo largo del proceso de acción popular, tales como la posibilidad de hacerse parte en las acciones populares sobre la moral administrativa⁵¹³, intervenir en calidad de parte pública en cualquier proceso de acción popular⁵¹⁴, la posibilidad de coadyuvar estas acciones⁵¹⁵, la asistencia obligatoria a la audiencia de pacto de cumplimiento⁵¹⁶ y la integración del Comité de Verificación de la sentencia de acción popular⁵¹⁷. Todo lo anterior con la finalidad de lograr la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses colectivos.

⁵¹⁰ Ibidem.

⁵¹¹ Artículo 5 de la Ley 472 de 1998.

⁵¹² Ibidem.

⁵¹³ Artículo 43 de la Ley 472 de 1998.

⁵¹⁴ Artículo 21, ibídem.

⁵¹⁵ Artículo 24, ibídem.

⁵¹⁶ Artículo 27, ibídem.

⁵¹⁷ Artículo 34, ibídem.

CONCLUSIONES

- 1. La prevención y lucha contra la corrupción pública (política, judicial y administrativa) es un asunto prioritario en la agenda legislativa de los Estados.***

Esto por cuanto las consecuencias que se derivan de su consumación son perjudiciales tanto para el funcionamiento del aparato estatal como para la garantía de los derechos de la ciudadanía. En el campo de la administración pública de los diferentes Estados analizados -federales por excelencia-, una de las herramientas de prevención y lucha contra la corrupción es la consagración constitucional y/o legal de la ética o la moralidad administrativa como parámetro que debe guiar el comportamiento de los funcionarios públicos y particulares que prestan sus servicios al Estado, y como medio de control de los actos jurídicos a través de los cuales se materializa la actividad estatal. En consecuencia, su presencia en el derecho puede encontrarse en los textos constitucionales o legales, a manera de principio, derecho colectivo o conductas tipificadas en los códigos de ética de las diferentes ramas del poder público.
- 2. El ordenamiento jurídico de Brasil tiene un gran avance en la consolidación de la moralidad administrativa como medio de lucha anticorrupción.***

La razón para realizar esta afirmación es que la misma ostenta una doble dimensión: como derecho colectivo de rango constitucional, susceptible de ser protegido a través de la acción popular, la cual permite a cualquier ciudadano solicitar al juez la anulación del acto o contrato que lesione la moralidad de la administración, cuando se configure alguna de las causales contempladas en la Ley n° 4.717 de 1965, como en el caso de la inexistencia de motivos o desviación de poder; y como principio constitucional y legal, orientador de la actividad de los funcionarios que integran la administración pública, cuyos actos de improbidad administrativa son sancionados por el legislador.
- 3. La incorporación de códigos de ética en las ramas del poder público estadounidense pretende dotar de legitimidad a las instituciones democráticas y construir confianza en la ciudadanía, en relación con el actuar de los funcionarios adscritos al servicio***

público. En efecto, si bien no se consagra un concepto explícito de moral de la administración pública, el ordenamiento jurídico estadounidense dispone de códigos de ética al interior de todas las ramas del poder público, los cuales cumplen la función de delimitar, a través de normas vinculantes, el accionar de los funcionarios públicos conforme a parámetros éticos y, de esta manera, encauzar el adecuado cumplimiento de sus funciones.

4. ***El ordenamiento jurídico mexicano protege la ética y moralidad de la administración pública mediante el régimen de responsabilidad administrativa y el Código de Ética de la administración pública federal.*** Si bien es cierto se excluyó la moralidad administrativa del listado de los derechos colectivos susceptible de protección a través de la acción colectiva, también lo es que el sistema jurídico mexicano aboga por la protección de la ética y moralidad de la administración pública, mediante el sistema de responsabilidad administrativa aplicable a los servidores públicos y particulares, y la adopción de códigos de ética en las entidades públicas, con el fin de fijar lineamientos que orienten el comportamiento de aquellos.
5. ***La conceptualización jurisprudencial de la moralidad administrativa incide directamente su ámbito de protección.*** En desarrollo de la tarea de delimitación conceptual de este derecho colectivo, la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa ha acogido diversas acepciones de lo que debe entenderse por moralidad administrativa. Como resultado de ello, se ha ido decantando este derecho, al punto de que su acepción vigente lo enmarca dentro del ejercicio exclusivo de la función administrativa desplegada por autoridades o particulares, de lo que se concluye un ámbito de protección reducido en primera instancia a este campo de la actuación estatal.
6. ***La adscripción jurisprudencial de la moralidad administrativa con la corrupción administrativa debe avanzar hacia el entendimiento de este fenómeno desde una perspectiva macro y no únicamente micro.*** La razón es que consideramos la

necesidad de entender los alcances y formas en que se manifiesta la corrupción en la actividad de la administración pública, con el fin de proteger de manera efectiva el derecho colectivo a la moralidad administrativa, ya que como quedo expuesto, existen numerosos casos de macrocorrupción en los cuales se ven involucrados una pluralidad de actores, conductas y actos jurídicos encaminados a su consumación. Por consiguiente, el juez constitucional debe propender por su tutela, incluso en aquellos casos en los que la amenaza o violación a la moralidad administrativa no se origina únicamente en el ejercicio de la función administrativa.

7. ***La moralidad administrativa y su asociación con el patrimonio público, al amparo del criterio jurisprudencial de conexidad o inescindibilidad desconoce el carácter autónomo y principal de ambos derechos colectivos.*** En efecto, si bien es válido admitir que en algunas ocasiones puede concurrir la violación de ambos derechos colectivos, no se puede sostener un criterio absoluto de conexidad entre ambos, por cuanto no siempre la violación del patrimonio público implica el desconocimiento de la moralidad administrativa o viceversa, así como tampoco puede afirmarse que la violación de uno de estos derechos es requisito previo para la protección del otro, por cuanto los derechos colectivos son de carácter autónomo y principal.
8. ***Se puede considerar a la moralidad administrativa como una especie de la moral pública.*** Ambos conceptos se relacionan con el modo de actuar en el plano de lo colectivo y de lo público; en particular, la moralidad administrativa fija criterios de valoración de los actos jurídicos y comportamientos de los funcionarios públicos y particulares que ejercen funciones administrativas, mientras que la moral pública se aplica respecto de todo el conglomerado social y constituye una fuente de limitación de los derechos constitucionales a fin de preservar el orden social.
9. ***Se puede considerar que la moralidad administrativa, entre otras, envuelve el derecho de los ciudadanos a exigir el adecuado y correcto cumplimiento de los fines del Estado.*** Esta legitimación en la causa implica que los ciudadanos puedan reclamar

no sólo el acatamiento del principio de legalidad por parte de las entidades del Estado, de sus funcionarios y de los particulares que ejercen funciones administrativas, sino también una conducta íntegra, honesta, transparente y pulcra, que tienda al respeto y observancia del ordenamiento jurídico, entendido como el conjunto de valores y principios consagrados constitucionalmente, así como el plexo de normas jurídicas que rigen las actividades encomendadas.

- 10. *No es pertinente adscribir la moralidad administrativa a un único concepto, ya que se puede correr el riesgo de dejar por fuera situaciones que pueden afectar a la colectividad como consecuencia de la acción u omisión del Estado (a través de sus agentes o entidades) o de los particulares.*** Por el contrario, resulta adecuada una definición ecléctica que involucre de manera enunciativa y no taxativa los posibles escenarios en que se puede manifestar la moralidad administrativa, como en un principio fue intentado por la jurisprudencia contencioso administrativa, la cual se ocupó de asociar este derecho colectivo con diferentes nociones, unas más problemáticas que otras, como se pudo observar. Pero en todo caso, debe ser labor del juez concretar su significado en el estudio de cada caso concreto, evaluando los elementos fácticos debatidos en el proceso y analizando la real afectación del interés general y valiéndose de las facultades legales para materializar unos de los fines esenciales del Estado: garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución.
- 11. *La definición jurisprudencial otorgada a la moralidad administrativa en la sentencia de unificación de 1 de diciembre de 2015 afecta negativamente la tutela judicial efectiva de este derecho colectivo.*** Ello por cuanto se establecieron límites sustanciales derivados de la introducción y exigencia de los elementos objetivo y subjetivo que configuran los supuestos de violación de la moralidad administrativa, lo cual se traduce en la presencia de mayores obstáculos que dificultan su protección en sede judicial. Estas barreras se pueden evidenciar en la sujeción de la moralidad administrativa al principio de legalidad, en la dificultad de concretar los principios

generales del derecho, la exigencia de una responsabilidad subjetiva y los problemas para endilgar responsabilidad por violación de la moralidad administrativa en cabeza de entidades públicas o personas jurídicas de carácter privado.

- 12. *Las barreras procesales, de origen legal, no solo han agravado la situación del actor popular, quien en su mayoría de veces es un ciudadano común, sino que también han limitado el ámbito de protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa.*** Por un lado, el actor popular se encuentra sometido a una carga procesal elevada y desproporcionada ya que le corresponde, por imperio de la ley y como requisito establecido por la jurisprudencia, demostrar en el proceso no sólo la ilegalidad de la acción u omisión del funcionario o particular que ejerce funciones administrativas, sino además el componente subjetivo de la actuación –motivación–, verbigracia “la mala fe, las irregularidades, el fraude a la ley, la corrupción, la desviación de poder”⁵¹⁸, lo cual trae como consecuencia la tendencia de los fallos hacia la negativa de la protección de la moralidad administrativa, bajo el argumento de debilidad o ausencia probatoria. Por otro lado, dentro de los límites observados en el proceso se encuentra la imposibilidad del juez popular de ordenar la anulación del acto o contrato violatorio de la moralidad administrativa, incluso cuando encuentre probada su violación, lo cual debilita notablemente la esfera de protección de la misma.
- 13. *La configuración actual del proceso de acción popular y del derecho colectivo a la moralidad administrativa, trae como resultado la dificultad práctica de concretar las finalidades por las cuales se interpone la acción popular.*** En efecto, las pretensiones tendientes a “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”⁵¹⁹, son cada vez mas escasas, en

⁵¹⁸ Consejo de Estado, Sentencia de 21 de mayo de 2008, Rad. 54001-23-31-000-2004-01415-01(AP).

⁵¹⁹ Artículo 2 de la Ley 472 de 1998.

razón a las barreras de tipo sustancial y procesal impuestas por el legislador y la jurisprudencia contencioso-administrativa.

14. *La acción popular por moralidad administrativa se encuentra allende de ser una herramienta constitucional de control y vigilancia del poder público, al alcance de los ciudadanos.* Si bien el propósito inicial del constituyente fue canalizar el derecho de acceso a la administración de justicia y la participación ciudadana, mediante la acción popular para la protección, entre otros, del derecho colectivo a la moralidad administrativa, ello no ha sido del todo posible, en la medida en que los requisitos establecidos jurisprudencialmente para la configuración de la moralidad administrativa que debe acreditar el actor popular, no sólo dificultan su comprensión, ejercicio práctico y protección, sino que además demandan una elevada carga probatoria a cargo del actor popular.

15. *La moralidad administrativa tiene la virtualidad de manifestarse a través de acciones u omisiones de las entidades públicas, servidores públicos o particulares que ejercen funciones administrativas.* Sin embargo, la interpretación y aplicación de la moralidad administrativa por parte del Consejo de Estado, en tanto limitada y regresiva, excluye del control de la acción popular situaciones en las que se puede ver comprometido este derecho colectivo, como por ejemplo, la macrocorrupción, debido a que no siempre se puede individualizar a un sujeto (funcionario o particular) responsable y, en tal sentido, tampoco se podría acreditar la ocurrencia del elemento subjetivo fijado como requisito por la jurisprudencia. Es así que el juicio de moralidad no se predica únicamente de los funcionarios públicos o particulares que ejercen funciones administrativas, sino que además debe comprender a las entidades integrantes de la administración pública, en tanto sujetos de responsabilidad moral colectiva.

16. *La nueva configuración de la moralidad administrativa impone al juez ir más allá del estudio de la legalidad y moralidad.* Si bien es cierto que el juez deberá abordar

un juicio de legalidad de la actuación y uno de moralidad en el que se advierta la prueba de la amenaza o violación del derecho colectivo, so pena de extralimitar su competencia funcional⁵²⁰, no lo es menos que el juez debe optar por garantizar en el curso del proceso la vigencia de la moralidad administrativa, mediante la adopción de medidas idóneas y efectivas que lo permitan, tales como el uso de los poderes que la ley le otorga, la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y la igualdad de las partes.

- 17. *Las reformas legislativas introducidas al proceso de acción popular, así como la interpretación judicial realizada en los últimos años por parte del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo en torno al derecho colectivo a la moralidad administrativa, permiten concluir la evidente decadencia de la acción popular que protege la moralidad administrativa.*** Esto ha traído como consecuencia no solo la pérdida de confianza de la ciudadanía en la finalidad y efectividad de la acción popular, sino también el quebrantamiento del derecho fundamental de la ciudadanía a la tutela judicial efectiva y al acceso a la administración de justicia.
- 18. *Los obstáculos actuales que enfrenta la protección judicial del derecho colectivo a la moralidad administrativa exigen la búsqueda de nuevas reformas, bien sea legislativas o judiciales, a través de las cuales se permita una tutela judicial efectiva de este derecho.*** En ese sentido, a partir del reconocimiento y comprensión de las distintas barreras sustanciales y procesales que afronta la moralidad administrativa, la academia, la ciudadanía y las autoridades públicas encargadas de velar por la

⁵²⁰ Así lo ratificó el Alto Tribunal Constitucional en el estudio de una acción de tutela contra el fallo proferido en el marco de una acción popular, cuestionado por los accionantes al considerar que el juez popular no realizó un juicio de moralidad administrativa en dicha providencia judicial, “(...)De allí que cuando el juez popular limita su estudio a la pura y simple legalidad de un acto administrativo sin derivar de tal juicio una vulneración o amenaza debidamente probada a un derecho colectivo, extralimita su competencia funcional. Vale la pena mencionar que si bien la jurisprudencia impone el estudio de legalidad cuando se trata del derecho colectivo a la moralidad administrativa, también es cierto que dicho estudio *per se* no implica prueba de vulneración de este interés. De hecho, es posible encontrar un acto ilegal pero no por ello violatorio de la moralidad administrativa. Es por ello que el estudio de legalidad siempre debe ir acompañado de una prueba de desviación de poder en beneficio propio o de terceros y en detrimento del interés general o colectivo o de la constancia de una trasgresión grave de principios y valores constitucionales”. Corte Constitucional. Sentencia SU-913 de 11 de diciembre de 2009.

defensa de los derechos colectivos podrán plantear diferentes propuestas de reformas, bien sea desde el punto de vista de la modificación de la Ley 472 de 1998 y de aquellas que a su vez introdujeron cambios al proceso de acción popular, ora desde la interpretación judicial adoptada por el juez constitucional de la acción popular — Consejo de Estado—, al momento de decidir los casos que involucran reales amenazas o violaciones a los derechos colectivos.

BIBLIOGRAFÍA

1. DOCTRINA

1.1. Libros

- ACKERMAN, Sebastián y COM, Sergio. *Metodología de la Investigación*. Buenos Aires, Argentina: Del Aula Taller, 2013.
- ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. 2da. ed. Granada, España: Comares, 2005.
- ÁLVAREZ, María Elena. *La ética en la función pública: Una propuesta para abatir la corrupción institucional en México*. México: Instituto Nacional de las Mujeres, 2005.
- BADEL, Martha Elena. *La corrupción judicial en Colombia: Una aproximación al mapa de riesgos*. Bogotá D.C., Colombia: Corporación Transparencia por Colombia y Corporación Excelencia en la Justicia, 2008.
- BAUTISTA, Óscar. *Ética para corruptos: Una forma de prevenir la corrupción en los gobiernos y administraciones públicas*. 2da. ed. Bilbao, España: Desclée de Brouwer, 2009.
- CAMARGO, Pedro Pablo. *Las acciones populares y de grupo: guía práctica de la Ley 472 de 1998*. 5ta. ed. Bogotá D.C., Colombia: Leyer, 2006.
- CONSEJO DE ESTADO. *Acciones populares y de grupo: 20 años de vigencia de la Ley 472 de 1998*. Vol. 1 Sentencias de unificación jurisprudencial e incidente de impacto fiscal del Consejo de Estado. Bogotá D.C., Colombia: Consejo de Estado, 2019.
- CORPORACIÓN TRANSPARENCIA POR COLOMBIA y PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *La reparación de las víctimas de la corrupción en Colombia: Enfoque, exploración de ruta jurídica y elementos para una metodología de tasación*. Bogotá D.C., Colombia: Corporación Transparencia por Colombia, 2020.
- CRIMINAL Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, 2015.
- DE ZAN, Julio. *La ética, los derechos y la justicia*. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer, 2004.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, España: Ariel, 2009.

- ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. *La protección constitucional del ciudadano*. Bogotá D.C., Colombia: Legis, 2004.
- GARCÍA PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid, España: Alianza, 1993.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La ética en la administración pública*. Madrid, España: Editorial Civitas, 1995.
- GONZALO, Marta *et al.* *Metodología para investigaciones de alto impacto en las ciencias sociales y jurídicas*. Madrid, España: Dykinson, 2013.
- GUAYACÁN ORTIZ, Juan Carlos. *Las acciones populares y de grupo frente a las acciones colectivas: Elementos para la integración del derecho latinoamericano*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- LEWIS, Carol W. y GILMAN Stuart C. *The Ethics Challenge in Public Service: A Problem-Solving Guide*. Tercera edición. California, Estados Unidos de América: John Wiley & Sons, 2012.
- LÓPEZ MEDINA, Diego. *El derecho de los jueces*. Bogotá D.C., Colombia: Legis, 2000.
- MALEN, Jorge. *La corrupción. Aspectos éticos, económicos y políticos y jurídicos*. Barcelona, España: Gedisa, 2002.
- NEWMAN Vivian y María Paula ÁNGEL. *Sobre la corrupción en Colombia: marco conceptual, diagnóstico y propuestas de política*. Bogotá D.C., Colombia: La Imprenta Editores S.A., 2017.
- PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. *Acciones populares y de grupo: La legitimación en las acciones colectivas a la luz del Derecho Comparado*. Medellín, Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2012.
- POLANÍA TELLO, Nicolás. *La moralidad administrativa: de la formulación a la eficacia*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2014.
- RAGIN, Charles. *The Comparative Method: Moving Beyond Qualitative and Quantitative Strategies*. Oakland, Estados Unidos: University of California Press, 2013.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Compendio de derecho administrativo*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado, 2017.
- SERNA DE LA GARZA, José María. *Metodología del Derecho Comparado: Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Ciudad de México, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- TRANSPARENCIA POR COLOMBIA. *Corrupción en territorios de paz: Enero 2010 - Agosto 2016*. Bogotá D.C., Colombia: Transparencia por Colombia, 2017.

VIDAL PERDOMO, Jaime y MOLINA BETANCUR, Carlos. *Derecho Administrativo*. Bogotá D.C., Colombia: Legis, 2019.

WITKER, Jorge y LARIOS Rogelio. *Metodología Jurídica*. Ciudad de México, México: McGraw-Hill, 1997.

WU, Chonghao. *Regulating Government Ethics: An underused weapon in China's Anticorruption Campaign*. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press, 2016.

1.2. Capítulos de libros

BERMÚDEZ, Martín. Avances en la garantía de derechos colectivos y retos de las acciones populares y de grupo: La moralidad administrativa como Derecho Colectivo. Londoño Toro, Beatriz, Ed. Académica. En *Justiciabilidad de los derechos colectivos. Balance de la ley de acciones populares y de grupo (Ley 472 de 1998) en sus primeros 10 años (1998-2008)*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario, 2009.

CORIOLOANO, Mario. El impacto negativo de la corrupción en el goce de los derechos humanos. Lamoglia, Marcelo y Rodríguez, Nicolás, Ed. Académicos. En *Administración pública y corrupción*. La Plata, Argentina: Scotti, 2017.

HERNÁNDEZ-SAMPIERI, Roberto. Las tres rutas de la investigación científica: Enfoques cuantitativo, cualitativo y mixto. Hernández-Sampieri, Roberto y Mendoza Torres, Christian Paulina, Ed. Académicos. En *Metodología de la investigación: Las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. Ciudad de México, México: Mc Graw Hill, 2018.

LONDOÑO, Beatriz, Gerardo FIGUEREDO y Angélica GONZÁLEZ. Resultados de la investigación “Diagnóstico del Impacto de la Ley 472 de 1998 en sus primeros 10 años”. Balance de la Universidad del Rosario ¿Progresividad o regresividad en la protección de los derechos colectivos como derechos humanos?. Londoño Toro, Beatriz, Ed. Académica. En *Justiciabilidad de los derechos colectivos: Balance de la ley de acciones populares y de grupo (Ley 472 de 1998) en sus primeros 10 años -1998-2008*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario, 2009.

LONDOÑO, Beatriz y Natalia PÉREZ. Balance de las acciones populares en Colombia: ¿camino a su desnaturalización? Torres Villarreal, María Lucía e Iregui, Parra, Paola, Ed. Académicas. En *Las acciones constitucionales: Reflexiones sobre sus avances y retos*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario y Fundación Hanns Seidel, 2020.

- LÓPEZ, Carlos Mauricio y Alexandra GARCÍA. Nulidad de actos y contratos administrativos mediante el ejercicio de la acción popular: encuentros y desencuentros en defensa de los derechos colectivos. En *Acciones populares*. (en edición). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2021.
- UPSHAW, James y RANADIVE Anjali. Ethics Codes in Other Organizations: Structures and Enforcement. Ed. Académicos. En *Ethics in Forensic Science*. Oxford, United Kingdom: Academic Press, 2012.
- URIBE, Roberth. Cuestiones Meta-Metodológicas: Concepciones de la investigación jurídica. ¿Epistemología sin filosofía? Un análisis crítico del discurso de “la” “metodología” de la investigación (socio) jurídica. Laguiret, Guillermo, Ed. Académico. En *Metodología de la investigación jurídica: Propuestas contemporáneas*. Córdoba, Argentina: Brujas, 2016.
- VILLORIA, Manuel. Fundamentación de la ética del sector público. El funcionario como servidor público. Villoria, Manuel, Ed. Académico. En *Ética pública y buen gobierno: Regenerando la democracia y luchando contra la corrupción desde el servicio público*. Madrid, España: Instituto Nacional de Administración Pública, 2015.
- ZARZALEJOS, José Antonio. Descripción del fenómeno de la corrupción. Universidad de Deusto, Ed. Académico. En *Corrupción y ética*. Bilbao, España: Universidad de Deusto, 1996.

1.3. Artículos de revistas o publicaciones periódicas

- ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988, pp. 139-151.
- ALZATI ORTIZ, Juan Esteban y NANCLARES MÁRQUEZ, Juliana. Prohibición expresa de anular contratos en la acción popular: ¿una solución o un problema? *Revista Lasallista de Investigación*, vol. 13, núm. 1, 2016, pp. 188-204.
- BAUTISTA, Óscar. El problema de la corrupción en América Latina y la incorporación de la ética para su solución. *Espacios públicos*, 2012, pp. 48-62.
- BAUTISTA, Óscar. De la ética a la ética pública. *Revista IAPEM*, núm. 85, 2013, pp. 83-103.
- BUSTOS, Rafael. Corrupción política: un análisis desde la teoría y la realidad constitucional. *Teoría y realidad constitucional*, núm. 25, 2010, pp. 69-109.
- CARNEVALI, Raúl y ARTAZA, Osvaldo. La naturaleza pluriofensiva y transnacional del fenómeno de la corrupción: Desafíos para el derecho penal. *Revista Ius et Praxis*, núm. 2, 2016, pp. 53-90.

- DIDIER, Fredie y ZANETI, Hermes. Las acciones colectivas y el enjuiciamiento de casos repetitivos: dos tipos de proceso colectivo en el Derecho brasileño. *International Journal of Procedural Law*, vol. 7, núm. 2, 2017, pp. 266-275.
- FATTAH, Moataz. Professional Ethics and Public Administration in the United States. *International Journal of Public Administration*, núm. 34, 2011, pp. 65-72.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. As práticas administrativas e o controle da moralidade. *Revista de Direito Administrativo*, núm. 115, 1974, pp. 1-14.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Do princípio da moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, núm. 190, 1992, pp. 247-252.
- GOMES DA SILVA, Otávio Santiago. Moralidade administrativa: Considerações a respeito do combate à corrupção e *accountability* no Brasil (2011-2015). *Revista de Ciências do Estado*, vol. 3, núm. 1, 2018, pp. 275-295.
- HERNÁNDEZ RAMÍREZ, Fabio. Ética de lo público. Modelo de gestión ética para las entidades del Estado colombiano. *Integritas*, núm. 1, 2018, pp. 82-94.
- JOSEPHSON, Michael. The Best of Times, the Worst of Times. *The Journal of State Government*, vol. 65, 1992, pp. 1-36.
- LONDOÑO TORO, Beatriz y TORRES-VILLARREAL, María Lucía. ¿Podrán las acciones populares colombianas sobrevivir a los recientes ataques legislativos y jurisprudenciales? *Vniversitas*, vol. 61, núm. 124, 2012, pp. 235-259.
- LONDOÑO TORO, Beatriz. Las acciones colectivas en defensa de los derechos de tercera generación. *Estudios Socio-Jurídicos* vol. 1, núm. 2, 1999, pp. 103-131.
- LÓPEZ, Sebastián. Para escribir una tesis jurídica: técnicas de investigación en derecho. *Revista Ius et Praxis*, vol. 17, núm. 1, 2011, pp. 231-246.
- MALISHEV, Mijail. Kant: ética del imperativo categórico. *Revista La Colmena*, núm. 84, 2014, pp. 9-21.
- MATALLANA, Ernesto. Acción popular de moralidad administrativa. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 4, 2010, pp. 239-246.
- MEDINA, Fábio. Corrupción y mala gestión de la *res pública*: El problema de la improbidad administrativa y su tratamiento en el derecho administrativo sancionador brasileño. *Revista de Administración Pública*, núm. 149, 1999, pp. 487-522.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade Administrativa: Do Conceito À Efetivação. *Revista de Direito Administrativo*, núm. 190, 1992, pp. 1-44.

- OVALLE FAVELA, José. Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 36, núm. 107, 2003, pp. 587-615.
- OVALLE FAVELA, José. Legitimación en las acciones colectivas. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 138, 2013, pp. 1057-1092.
- PABÓN ARRIETA, Juan, y TORRES ARGÜELLES, Alfredo. La interpretación jurídica en el litigio estratégico en defensa de los derechos humanos en Colombia. *Advocatus*, vol. 14, núm. 27, 2017, pp. 135-152.
- PARRA VERA, Oscar. El uso de estándares de conexidad e interdependencia como criterio de protección judicial de dimensiones prestacionales del derecho a la salud. Algunas experiencias y críticas. *Vox Juris* vol. 21, 2011, pp. 117-130.
- PERLINGEIRO, Ricardo. Los principios de procedimiento administrativo en Brasil y los desafíos de igualdad y de seguridad jurídica (The Principles of Administrative Procedure in Brazil and the Challenges of Equality and Legal Certainty). *Verfassung und Recht in Ubersee*, núm. 44, 2011, pp. 326-353.
- SHLEIFER, Andrei y WARD VISHNY, Robert. Corruption. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 108, núm. 3, 1993, pp. 599-617.
- SUËLT, Vanessa. El caso español, un proceso federal: Estudio de la nueva configuración de Estados federales. *Vniversitas*, núm. 123, 2011, pp. 203-245.
- TÁCITO, Caio. Moralidade Administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, núm. 218, 1999, pp. 1-10.
- THOMPSON, Dennis F. Paradoxes of Government Ethics. *Public Administration Review*, vol. 52, núm. 3, 1992, pp. 254-259.
- TORRES-VILLARREAL, María Lucía e IREGUI-PARRA, Paola Marcela. Las modificaciones legislativas a las acciones populares en Colombia: ¿avance o retroceso? *Revista de derecho*, núm. 48, 2017, pp. 131-162.
- VILLORIA, Manuel. Ética pública y corrupción en el inicio de un nuevo milenio. *Foro Internacional*, vol. 42, núm. 4, 2002, pp. 645-682.
- WALZER, Michael. Political Action: The Problem of Dirty Hands. *Philosophy & Public Affairs*, vol. 2, núm. 2, 1973, pp. 160-180.

1.4. Monografías de grado

- ARANGO, Jorge, GUTIÉRREZ, Claudia María y ROJAS, Tatiana. *Línea jurisprudencial: la acción popular como vía procesal idónea para discutir la legalidad de los actos administrativos*. Medellín, Colombia: Universidad de Medellín, 2010.
- ARANGUREN, Nadya y RUBIANO, Alejandro. *Moralidad administrativa como derecho colectivo: análisis desde la jurisprudencia colombiana*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario, 2010.
- CEBALLOS, Amanda y CÓRDOBA Katherine. *Línea jurisprudencial: nulidad de actos administrativos a través de acciones populares*. San Juan de Pasto, Colombia: Universidad de Nariño, 2012.
- DAZA, Diana. *Alcance de las acciones populares que protegen la moral administrativa*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario, 2009.
- FRANCO, Juan Camilo. *Derecho colectivo a la moralidad judicial*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario, 2020.
- LUNA, Benjamín. *Mecanismos jurídicos contra la corrupción en la contratación estatal en Colombia. Especial referencia a las acciones constitucionales en la lucha contra la corrupción*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario, 2014.
- MELO DE MORAES RÊGO, Nelson. *La contribución del poder judicial a la protección de los derechos humanos de la tercera generación; especial referencia al derecho al desarrollo*. Salamanca, España: Universidad de Salamanca, 2014.
- ORDOÑEZ, Sandra. *Análisis de la Corrupción en Colombia: Referencia Transversal de Boyacá Fase 2 – Caso Odebrecht*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Nacional Abierta y a Distancia, 2018.
- ORTIZ, Adriana. *Particulares vinculados por la fuerza normativa de la moralidad administrativa*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- SARMIENTO, Lina. *Corrupción en Colombia: Caso la Refinería de Cartagena*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Militar Nueva Granada, 2016.
- VILLAMIZAR, Eddy. *Presupuestos objetivos para concretar el derecho colectivo a la moralidad administrativa en la contratación Estatal. En ejercicio de la acción popular*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario, 2009.

2. NORMATIVIDAD

2.1. Normatividad Nacional

Acto Legislativo 1 de 14 de julio de 2009, *por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia*, publicado en el Diario Oficial No. 47.410 de 14 de julio de 2009.

Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de la República de Colombia*, publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.

Congreso de la República. Ley 80 de 28 de octubre de 1993, *por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*, publicada en el Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993.

Congreso de la República. Ley 472 de 5 de agosto 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*, publicada en el Diario Oficial No. 43.357 de 6 de agosto de 1998.

Congreso de la República. Ley 489 de 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*, publicada en el Diario Oficial No. 43.464 de 30 de diciembre de 1998.

Congreso de la República. Ley 599 de 24 de julio de 2000, *por la cual se expide el Código Penal*, publicada en el Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio de 2000.

Congreso de la República. Ley 1185 de 12 de marzo de 2008, *por la cual se modifica y adiciona la Ley 397 de 1997 –Ley General de Cultura– y se dictan otras disposiciones*, publicada en el Diario Oficial No. 46.929 de 12 de marzo de 2008.

Congreso de la República. Ley 1425 de 29 de diciembre de 2010, *por medio de la cual se derogan artículos de la Ley 472 de 1998 Acciones Populares y Grupo*, publicada en el Diario Oficial No. 47.937 de 29 de diciembre de 2010.

Congreso de la República. Ley 1437 de 18 de enero de 2011, *por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, publicada en el Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011.

Congreso de la República. Ley 1475 de 14 de julio de 2011, *por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones*, publicada en el Diario Oficial No. 48.130 de 14 de julio de 2011.

Consejo de Estado. Sala Plena. Acuerdo No. 080 del 12 de marzo de 2019, *por medio del cual se expide el Reglamento Interno del Consejo de Estado*.

Consejo Nacional Legislativo de Colombia. Ley 57 de 1887, *Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación nacional*, publicada en el Diario Oficial No. 7019 de 20 de abril de 1887.

Consejo Nacional Legislativo de Colombia. Ley 153 de 1887, *que adiciona y reforma los Códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887*, publicada en el Diario Oficial No. 7.151 de 28 de agosto de 1887.

Decretos 1400 de 6 de agosto de 1970 y 2019 de 26 de octubre de 1970, *por los cuales se expide el Código de Procedimiento Civil*.

Presidente de la República. Decreto Ley 019 de 2012, *por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública*, publicado en el Diario Oficial No. 48.308 de 10 de enero de 2012.

2.2. Normatividad extranjera

2.2.1. Brasil

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución de la República Federativa de Brasil, promulgada el 5 de octubre de 1988.

Congreso Nacional. Lei Nº 4.717 de 29 de Junho de 1965, *Regula a ação popular*. Diário Oficial da União de 05/07/1965.

Congreso Nacional. Lei Nº 8.429 de 02 de Junho de 1992, *Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências*. Diário Oficial da União de 03/06/1992.

Congreso Nacional. Lei Nº 9.784 de 29 de Janeiro de 1999, *Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*. Diário Oficial da União de 01/02/1999.

Congreso Nacional. Lei Nº 12.846 de 1 de agosto de 2013, *Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração*

pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da União de 02/08/2013.

2.2.2. Estados Unidos de América

Constitución de los Estados Unidos de América, del 17 de septiembre de 1787.

U.S. House Concurrent Resolution 175, *Code of Ethics for Government Service*. Adopted at the 85th Congress, on July 11, 1958.

U.S. Judicial Conference, *Code of Conduct for United States Judge*. Adopted on April 5th, 1973. Este código fue llamado inicialmente “*Code of Judicial Conduct for United States Judges*”.

U.S. House of Representatives. Committee on Standards of Official Conduct, *House Ethics Manual*. Adopted in the 110th Congress, 2nd Session, 2008.

U.S. Office of Government Ethics, *Standards of Ethical Conduct for Employees of the Executive Branch*. Adopted on January 1st, 2017.

U.S. House of Representatives, *Rules of the House of Representatives*. Adopted on January 5, 2017, at the 115th Congress.

U.S. House of Representatives. Committee on Ethics, *Rules*. Adopted on March 22, 2017, in the 115th Congress.

U.S. President. Executive Order No. 12674 of April 12, 1989, “*Principles of Ethical Conduct for Government Officers and Employees*”.

U.S. Senate. Select Committee on Ethics, *Senate Ethics Manual*. Adopted in the 108th Congress, 1st Session, 2003.

U.S. Senate. Select Committee on Ethics, *The Senate Code of Official Conduct*. Adopted at the 114th Congress, 1st Session, on March 2015.

2.2.3. México

Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos. *Código Federal de Procedimientos Civiles*, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 1943.

Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos. Decreto “*por el que se adiciona un párrafo tercero y se recorre el orden de los párrafos subsecuentes del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*”, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de julio de 2010.

Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos. Decreto “*Por el que se reforman y adicionan el Código Federal de Procedimientos Civiles, el Código Civil Federal, la Ley Federal de Competencia Económica, la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros*”, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de agosto de 2011.

Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos. Decreto “*Por el que se expide la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción; la Ley General de Responsabilidades Administrativas, y la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa*”, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 2016.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.

Secretaría de la Función Pública. Acuerdo “*por el que se emite el Código de Ética de las personas servidoras públicas del Gobierno Federal*”. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 05 de febrero de 2019.

2.3. Tratados e instrumentos internacionales

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 58/4 de 31 de octubre de 2003.

Convención Interamericana contra la Corrupción. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 1398 de 07 de junio de 1996.

3. JURISPRUDENCIA

3.1. Jurisprudencia internacional

Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sentencia del 12 de marzo de 2013. Expediente 4/2012. M.P. Olga María del Carmen Sánchez Cordero.

Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sentencia del 24 de octubre de 2013. Expediente 33/2012. M.P. Sergio A. Valls Hernández.

Amparo directo 57 del 14 de abril de 2016. Noveno Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito de México. M.P. Sergio Urzúa Hernández. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 32, 08 de julio de 2016, p. 2184.

3.2. Jurisprudencia nacional

3.2.1. Consejo de Estado

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 23 de marzo de 2000, Rad. AP-025. C.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 18 de mayo de 2000, Rad. AP-024. C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 18 de enero de 2001, Rad. AP-162. C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 25 de enero de 2001, Rad. AP-158. C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 1 de febrero de 2001, Rad. AP-151. C.P. Darío Quiñones Pinilla.

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

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 16 de febrero de 2001, Rad. AP-170. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 20 de abril de 2001, Rad. 52001-23-31-000-2000-0121-01(AP-055). C.P. María Inés Ortiz Barbosa.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 17 de junio de 2001, Rad. AP-166. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 28 de junio de 2001, Rad. 63001-23-31-000-2000-1258-01(AP-105). C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 6 de julio de 2001, Rad. AP-077. C.P. Roberto Medina López.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 6 de julio de 2001, Rad. AP-154. C.P. Ligia López Díaz.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 24 de agosto de 2001, Rad. 54001-23-31-000-2000-1749-01(AP-124). C.P. Darío Quiñones Pinilla.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 30 de agosto de 2001, Rad. 63001-23-31-000-2000-1335-01(AP-179). C.P. Alberto Arango Mantilla.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 6 de septiembre de 2001, Rad. 13001-23-31-000-2000-0005-01(AP-163). C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 6 de septiembre de 2001, Rad. 13001-23-31-000-2000-0005-01(AP-057).C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 27 de septiembre de 2001, Rad. AP-510. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 7 de diciembre de 2001, Rad. 25000-23-24-000-2000-0039-01(AP-238). C.P. Roberto Medina López.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 17 de mayo de 2002, Rad. 50001-23-31-000-2001-9289-01(AP-397). C.P. Roberto Medina López.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 20 de septiembre de 2002, Rad. 50001-23-31-000-2000-0446-02(AP-0446). C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 26 de septiembre de 2002, Rad. 41001-23-31-000-2002-0800-01(AP-537). C.P. María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 31 de octubre de 2002, Rad. 52001-23-31-000-2000-1059-01(AP-518). C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 30 de abril de 2003, Rad. 17001-23-31-000-2002-90024-01(AP). C.P. Olga Inés Navarrete Barrero.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 4 de septiembre de 2003, Rad. 13001-23-31-000-2001-0003-01(AP-435). C.P. Reinaldo Chavarro Buritica.

Consejo de Estado de Colombia. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 9 de diciembre de 2003, Rad. 25000-23-26-000-2002-1204-01(AP). C.P. Camilo Arciniegas Andrade.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 15 de julio de 2004, Rad. 76001-23-31-000-2002-01164-01(AP). C.P. María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de agosto de 2004, Rad. 20001-23-31-000-2003-1408-01(AP). C.P. Alier Eduardo Hernández Enriquez.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 23 de septiembre de 2004, Rad.76001-23-31-000-2002-01205-01(AP). C.P. Alier Eduardo Hernández Enriquez.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 23 de septiembre de 2004, Rad. 25000-23-27-000-2003-1825-01(AP). C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 4 de noviembre de 2004, Rad. 2500023240002003 (AP-2305) 01. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Rad.25000-23-27-000-2002-2693-01(AP). C.P. María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 26 de enero de 2005, Rad. 76001-23-31-000-2003-03113-01(AP). C.P. María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 14 de abril de 2005, Rad. 25000-23-25-000-2003-01238-01(AP).C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de mayo de 2005, Rad. 25000-23-27-000-2002-90106-01(AP). C.P. Alier Eduardo Hernández Enriquez.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2 de junio de 2005, Rad. 2500023270002003 (AP-00720) 02. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 5 de octubre de 2005, Rad. 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP). C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 26 de enero de 2006, Rad. 41001-23-31-000-2003-01105-01(AP). C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de febrero de 2006, Rad. 13001-23-31-000-2004-00026-01(AP). C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 25 de mayo de 2006, Rad. 25000-23-27-000-2003-00345-02(AP). C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 12 de octubre de 2006, Rad. AP-857-01. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 12 de octubre de 2006, Rad. 25000-23-24-000-2004-00932-01(AP). C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 26 de octubre de 2006, Rad. 7600123310002004 (AP-01645) 01. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 21 de febrero de 2007, Rad. 25000-23-25-000-2005-00355-01(AP). C.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 22 de febrero de 2007, Rad. 52001-23-31-000-2004-00092-01(AP). C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 15 de agosto de 2007, 88001-23-31-000-2005-00004-01(AP). C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 16 de mayo de 2007, Rad. 25000-23-25-000-2003-01252-02(AP). C.P. Alier Eduardo Hernández Enriquez.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 15 de agosto de 2007, Rad. 05001-23-31-000-2005-01188-01(AP). C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 30 de agosto de 2007, Rad. 88001-23-31-000-2004-00009-01(AP). C.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 21 de mayo de 2008, Rad. 54001-23-31-000-2004-01415-01(AP).C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 18 de junio de 2008, Rad. 70001-23-31-000-2003-00618-01(AP). C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de junio de 2008, Rad. 19001-23-31-000-2005-00005-01(AP). C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 31 de julio de 2008, Rad. 25000-23-26-000-2005-00240-01(AP). C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 25 de febrero de 2009, Rad. 25000-23-15-000-2003-01309-01(AP). C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 14 de abril de 2010, Rad. 68001-23-15-000-2003-1472 -01(AP). C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 22 de abril de 2010, Rad. 52001-23-31-000-2004-01625-01(AP). C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 3 de junio de 2010, Rad. 15001-23-31-000-2005-01867-01(AP). C.P. María Claudia Rojas Lasso.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 8 de julio de 2010, Rad. 41001-23-31-000-2004-01275-01 (AP). C.P. Rafael Osteau de la Font Pianeta.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 20 de enero de 2011, Rad. 25000-23-25-000-2005-00357-01(AP). C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 23 de febrero de 2011, Rad. 170012331000200301412 02(0734-10). C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 8 de junio de 2011, Rad. 41001-23-31-000-2004-00540-01(AP). C.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 8 de junio de 2011, Rad. 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 9 de junio de 2011, Rad. 25000-23-27-000- 2005-00654-01(AP). C.P. María Elizabeth García González.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 30 de junio de 2011, Rad.50001-23-31-000-2004-00640-01(AP). C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 30 de junio de 2011, Rad.50001-23-31-000-2004-00640-01(AP). C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 17 de noviembre de 2011, Rad. 08001-23-31-000-2003-00586-01(AP). C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 25 de abril de 2012, Rad. 25000-23-24-000-2010-00757-01(AP). C.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 3 de mayo de 2013, Rad. 25000-23-25-000-2002-01121-01(AP). C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 6 de noviembre de 2013, Rad. 25000-23-24-000-2012-00145-01(AP). C.P. María Elizabeth García González.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 26 de noviembre de 2013, Rad. 25000-23-24-000-2011-00227-01(AP). C.P. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2 de diciembre de 2013, Rad. 76001-23-31-000-2005-02130-01. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 27 de marzo de 2014, Rad. 25000-23-15-000-2010-02404-01(AP). C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de agosto de 2014, Rad. 25000-23-24-000-2011-00032-01(AP). C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 5 de marzo de 2015, Rad. 15001-23-33-000-2013-00086-01(AP). C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 5 de marzo de 2015, Rad. 25000-23-41-000-2013-00194-01(AP). C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 29 de abril de 2015, Rad. 25307-33-31-701-2010-00217-01(AP). C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 6 de mayo de 2015, Rad. 25000-23-25-000-2000-01200-01 (0526-2008). C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 1 de julio de 2015, Rad. 34587. C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia de 10 de agosto de 2015, Rad. 11001-03-06-000-2015-00118-00(2260). C.P. Álvaro Namén Vargas.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia de 27 de agosto de 2015, Rad.11001-03-06-000-2015-00129-00(2264). C.P. Álvaro Namén Vargas.

Consejo de Estado de Colombia. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 1 de diciembre de 2015, Rad. 11001-33-31-035-2007-00033-01(AP). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 1 de agosto de 2016, Rad. 66001-23-31-000-2012-10100-01(AP). C.P. Hernán Andrade Rincón.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 15 de marzo de 2017, Rad. 68001-23-31-000-2011-00148-01(AP). C.P. Hernán Andrade Rincón.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 16 de marzo de 2017, Rad. 25000-23-24-000-2004-00894-01(AP). C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Consejo de Estado de Colombia. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 13 de febrero de 2018, Rad. 25000-23-15-000-2002-02704-01(SU). C.P. William Hernández Gómez.

Consejo de Estado. Sentencia de 5 de junio de 2018, Rad. 15001-33-31-001-2004-01647-01(SU)(REV-AP). C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia de 3 de julio de 2018, Rad. 11001-03-06-000-2018-00049-00(C). C.P. Álvaro Namén Vargas.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 5 de julio de 2018, Rad. 20001-23-31-000-2010-00478-01 . C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 12 de julio de 2018, Rad. 52001-23-33-000-2014-00003-01(AP). C.P. Oswaldo Giraldo López.

Consejo de Estado de Colombia. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 14 de agosto de 2018, Rad. 05001-33-31-003-2009-00157-01(AP)SU.C.P. Oswaldo Giraldo López.

Consejo de Estado de Colombia. Sala Doce Especial de Decisión. Sentencia de 4 de marzo de 2019, Rad. 05001-33-31-011-2010-00032-01. C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 14 de marzo de 2019, Rad. 17001-23-00-000-2011-00337-01(AP). C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 4 de abril de 2019, Rad. 17001-23-31-000-2010-00259-02(AP). C.P. Hernando Sánchez Sánchez.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 14 de junio de 2019, Rad. 25000-23-37-000-2010-02552-01(AP). C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 9 de agosto de 2019, Rad. 23001-23-33-000-2010-00475-01(AP). C.P. Hernando Sánchez Sánchez.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 23 de enero de 2020, Rad. 15001-23-33-000-2015-00316-01(AP). C.P. Nubia Margoth Peña Garzón.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 2 de abril de 2020, Rad.50001-23-33-000-2014-00024-01(2190-17). C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 1º de junio de 2020, Rad. 27001-23-31-000-2018-00008-01. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 6 de julio de 2020, Rad. 25000-23-24-000-2011-00088-01(AP), C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

3.2.2. Corte Constitucional

3.2.2.1. Sentencias de constitucionalidad

Sentencia C-561 de 20 de octubre de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, expediente D-063.

Sentencia C-104 de 11 de marzo de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero, expediente D-164.

Sentencia C-413 de 4 de octubre de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, expediente D-243.

Sentencia C-046 de 10 de febrero de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, expediente D-343.

Sentencia C-224 de 5 de mayo de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía, expediente D-439.

Sentencia C-029 de 2 de febrero de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía, expediente D-668.

Sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, expediente P.E.-008.

Sentencia C-082 de 29 de febrero de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, expediente D-1055-1057 (Acumulados).

Sentencia C-319 de 18 de julio de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, expediente D-1253.

Sentencia C-626 de 21 de noviembre de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, expediente D-1341.

Sentencia C-237 de 20 de mayo de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz, expediente D-1482.

Sentencia C-404 de 10 de agosto de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, expediente D-1935.

Sentencia C-215 de 14 de abril de 1999, M.P. (E) Martha Victoria Sáchica de Moncaleano, expedientes D-2176, D- 2184 y D-2196 (acumulados).

Sentencia C-088 de 2 de febrero de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz, expediente D-2469.

Sentencia C-1062 de 16 de agosto de 2000, M.P. Alvaro Tafur Galvis, expediente D-2770.

Sentencia C-1508 de 8 de noviembre de 2000, M.P. Jairo Charry Rivas (E), expediente D-2967.

Sentencia C-710 de 5 de julio de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño, expediente D-3287.

Sentencia C-814 de 2 de agosto de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, expediente D-3378.

Sentencia C-1195 de 15 de noviembre de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra, expediente D-3519.

Sentencia C-1287 de 5 de diciembre de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, expediente D-3549.

Sentencia C-155 de 5 de marzo de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, expediente D-3680.

Sentencia C-377 de 14 de mayo de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, expediente D-3774.

Sentencia C-426 de 29 de mayo de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil, expediente D-3798.

Sentencia C-1027 de 27 de noviembre de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, expediente D-4027.

Sentencia C-1069 de 3 de diciembre de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería, D-4088.

Sentencia C-032 de 28 de enero de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, expediente D-4126.

Sentencia C-207 de 11 de marzo de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil, expediente D-4174.

Sentencia C-681 de 6 de agosto de 2003, M.P. Ligia Galvis Ortiz, expediente D-4170.

Sentencia C-306 de 30 de marzo de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil, expediente D-4828.

Sentencia C-431 de 6 de mayo de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, expediente D-4857.

Sentencia C-459 de 11 de mayo de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería, expediente D-4910.

Sentencia C-662 de 8 de julio de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, expediente D-4993.

Sentencia C-179 de 1° de marzo de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, expediente D-5334.

Sentencia C-818 de 9 de agosto de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil, expediente D-5521.

Sentencia C-988 de 29 de noviembre de 2006, M.P. Alvaro Tafur Galvis, expediente D-6207.

Sentencia C-622 de 14 de agosto de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, expediente D-6668.

Sentencia C-183 de 14 de marzo de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, expediente D-6447.

Sentencia C-713 de 15 de julio de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, expediente P.E. 030

Sentencia C-1067 de 29 de octubre de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, expediente D-7291.

Sentencia C-227 de 30 de marzo de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, expediente D-7402.

Sentencia SU-913 de 11 de diciembre de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, expedientes acumulados: T-2210489, T2223133, T2257329, T-2292644, T-2386105, T-2384537, T-2368681, T-2398211, T-397604.

Sentencia C-630 de 24 de agosto de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa, expedientes acumulados D-8392 y D-8405.

Sentencia C-644 de 31 de agosto de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, expediente D-8422.

Sentencia C-914 de 7 de diciembre de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo, expedientes D-8487, D-8494 y D-8500 (acumulados).

Sentencia C-121 del 22 de febrero de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, expediente D-8634.

Sentencia C-241 de 22 de marzo de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, expediente D-8531.

Sentencia C-414 de 6 de junio de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo, expediente D-8813.

Sentencia C-643 de 23 de agosto de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, expediente D-8905.

Sentencia C-863 de 25 de octubre de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, expediente D-9015.

Sentencia C-279 de 15 de mayo de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, expediente D-9324.

Sentencia C-435 de 10 de julio de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo, expediente D-9434.

Sentencia C-555 de 22 de agosto de 2013, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, expediente D-9470.

Sentencia C-826 de 13 de noviembre de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, expediente D-9623.

Sentencia C-284 de 15 de mayo de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa, expediente D-9917.

Sentencia C-288 de 20 de mayo de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, expediente D-9856.

Sentencia C-387 de 25 de junio de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, expediente D-9997.

Sentencia C-931 de 3 de diciembre de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, expediente D-10243.

Sentencia C-284 de 13 de mayo de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo, expediente D-10455.

Sentencia C-499 de 5 de agosto de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo, expediente D-10626.
Sentencia C-654 de 14 de octubre de 2015, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, expediente D-10701.
Sentencia C-086 de 24 de febrero de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, expediente D-10902.
Sentencia C-159 de 6 de abril de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, expediente D-10969.
Sentencia C-193 de 20 de abril de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, expediente D-10985.
Sentencia C-538 de 5 de octubre de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, expediente D-11287.
Sentencia C-113 de 22 de febrero de 2017, M.P. María Victoria Calle Correa, expediente D-11576.
Sentencia C-115 de 22 de febrero de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo, expediente D-11589.
Sentencia C-352 de 25 de mayo de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo, expediente D-11686.
Sentencia C-017 de 21 de marzo de 2018, M.P. Diana Fajardo Rivera, expediente RDL-009.
Sentencia C-514 de 30 de octubre de 2019, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, expediente D-13122.
Sentencia C-163 de 10 de abril de 2019, M.P. Diana Fajardo Rivera, expediente D-12556.
Sentencia C-185 de 8 de mayo de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, expediente D-12890.
Sentencia C-082 de 26 de febrero de 2020, M.P. Cristina Pardo Schlesinger y Carlos Bernal Pulido, expedientes D-13268 y D-13269 (acumulados).

3.2.2.2. Sentencias de unificación

Sentencia SU-067 de 24 de febrero de 1993, M.P. Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón, expediente T-904.
Sentencia SU-476 de 25 de septiembre de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, expediente T-127.634.
Sentencia SU-1116 de 24 de octubre de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, expediente T-388389.
Sentencia SU-768 de 16 de octubre de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, expediente T-3.955.581.
Sentencia SU-585 de 21 de septiembre de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo, expediente T-5.475.189.
Sentencia SU-649 de 19 de octubre de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos, expediente T-3.402.625.
Sentencia SU-124 de 15 de noviembre de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, expediente T-6.622.838.

3.2.2.3. Sentencias de tutela

Sentencia T-006 de 12 de mayo de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, expediente T-221.

Sentencia T-406 de 5 de junio de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón, expediente T-778.

Sentencia T-238 de 23 de junio de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, expediente T-9472.

Sentencia T-254 de 30 de junio de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell, expediente T-10505.

Sentencia T-004 de 16 de enero de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, expediente T-50096.

Sentencia T-476 de 8 de septiembre de 1998, M.P. Fabio Moron Díaz, expediente T-152151.

Sentencia T-1306 de 6 de diciembre de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, expediente T-495885.

Sentencia T-193 de 14 de marzo de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, expediente T-537268.

Sentencia T-1083 de 5 de diciembre de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, expediente T-517354.

Sentencia T-301 de 25 de marzo de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, expediente T-818600.

Sentencia T-446 de 30 de mayo de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, expediente T-13747305.

Sentencia T-710 de 15 de julio de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño, expediente T-1849194.

Sentencia T-264 de 3 de abril de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, expediente T-2.112.744

Sentencia T-041 de 3 de febrero de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, expediente T-2551210.

Sentencia T-615 del 16 de diciembre de 2019, M.P. Alberto Rojas Ríos, expediente T-7.312.697.

3.2.3. Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 28 de mayo de 2014, Radicación 43524, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 28 de febrero de 2018, Radicación 51833, M.P. José Luis Barceló Camacho.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 7 de marzo de 2018, Radicación 51482, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

3.2.4. Tribunal Administrativo de Cundinamarca

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Subsección “A”. Sentencia de 6 de diciembre de 2018, Rad. 250002341000201700083-00. M.P. Luis Manuel Lasso Lozano.

4. Cibergrafía

- “Cárcel para abogada y familiar de magistrado que harían parte de red de corrupción con injerencia en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca”. *Fiscalía General de la Nación*, <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/seccionales/carcel-para-abogada-y-familiar-de-magistrado-que-harian-parte-de-red-de-corrupcion-con-injerencia-en-el-tribunal-administrativo-de-cundinamarca/>
- “Ethics & Integrity Defined”. *ABOUT SEIGOV*. Acceso el 05 de Julio de 2020. http://www.aspaonline.org/ethicscommunity/SEIGOV_section/About.html
- “Fiscalía desnuda corrupción en caso Odebrecht”. *Fiscalía General de la Nación*. Acceso el 08 de julio de 2018. <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/fiscalia-desnuda-corrupcion-en-caso-odebrecht/>
- GHITIS, Frida. “Trump ha puesto en peligro la autoridad moral de Estados Unidos”. *CNN News*, 9 de junio de 2020. <https://cnnespanol.cnn.com/2020/06/09/opinion-trump-ha-puesto-en-peligro-la-autoridad-moral-de-estados-unidos/>
- “Jurisdiction”. *U.S. Senate Select Committee on Ethics*, <https://www.ethics.senate.gov/public/index.cfm/jurisdiction>
- Just Security*. <https://www.justsecurity.org/73360/how-to-restore-ethics-to-the-u-s-department-of-state/>
- Just Security*. <https://www.justsecurity.org/70367/the-presidents-inversion-of-the-governments-ethical-conduct-standards-right-before-americans-eyes/>
- LONGLEY, Robert. “Code of Ethics for US Government Service”. *Thought Co*, 03 de diciembre de 2020. <https://www.thoughtco.com/code-of-ethics-for-us-government-service-4052443>
- “Trump está moralmente incapacitado para gobernar”: el extraordinario ataque contra el presidente de EE.UU. del exdirector del FBI James Comey”. *BBC News*, 16 de abril de 2018. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-43772758>
- “Vacío moral: Trump dinamita la ética más básica en su tardía condena al racismo”. *El País*, 14 de agosto de 2017. https://elpais.com/elpais/2017/08/14/opinion/1502733518_878819.html
- GORDON, Robert W. “What are the ethical obligations of U.S. Presidents?”, *Stanford Public Policy Program, Stanford University*, 12 de enero de 2017. <https://publicpolicy.stanford.edu/news/what-are-ethical-obligations-us-presidents>
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.4 en línea]. <<https://dle.rae.es/%C3%A9tico#H3y8Ijj>> [20 de julio de 2020].

SELYUKH, Alina y MAFFEI, Lucia. “Who oversees the President’s ethics? Here’s our list”. *Politics, NPR*, 27 de marzo de 2017. <https://www.npr.org/2017/03/27/520983699/who-oversees-the-president-s-ethics-a-reference-sheet>

Just Security. <https://www.justsecurity.org/73360/how-to-restore-ethics-to-the-u-s-department-of-state/>

“UNITED STATES V. ODEBRECHT S.A., DOCKET NO. 16-CR-643”. *The United States Department of Justice*, 26 de agosto de 2020. <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/919911/download>

5. Otras fuentes de información

Fiscalía General de la Nación. Informe “*Casos de Connotación Fiscalía General de la Nación – Enero 2014*”, pp. 6-7.

Respuesta de los Estados Unidos (31 de enero de 2005) al cuestionario del Comité de Expertos del mecanismo de seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (presentada originalmente el 31 de agosto de 2002). Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/usa_res4.pdf

STRAUS, Jacob. Enforcement of Congressional Rules of Conduct: A Historical Overview. *Congressional Research Service*, 2015, pp. 1-15

Informe Final de México. Aprobado en la sesión plenaria del 11 de marzo de 2005, en la séptima reunión del Comité de Expertos del Mecanismo de seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mec_inf_mex.pdf

ANEXO I Matriz de jurisprudencia contencioso-administrativa en relación con la protección de la moralidad administrativa

Adjunto en formato Excel

ANEXO II Matriz de jurisprudencia constitucional en relación con la protección de la moralidad administrativa

Adjunto en formato Excel