

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA

Bogotá DC., dieciocho (18) de noviembre de dos mil ocho (2.008)

Radicación No.: AP-76001-23-31-000-2005-01423-01
Actor: Oscar Antonio Morales Pinzón
Demandado: Municipio de Santiago de Cali
Referencia: Acción popular

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el acostumbrado respeto que mantengo frente a las decisiones de la Sala, en esta ocasión aclaro mi voto en relación con la sentencia proferida el 21 de mayo de 2008, en el proceso de la referencia.

1. Síntesis del problema

Conoció la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el día 14 de octubre de 2005, en el proceso indicado.

La Sala confirmó la decisión del *a quo*, que negó las pretensiones de la demanda, y aunque comparto la decisión, debo aclarar mi voto en los siguientes temas: i) el análisis efectuado en relación con algunos aspectos del derecho colectivo a la moralidad administrativa, y ii) en relación con las condiciones restringidas que se sugieren para anular actos administrativos, a través de las acciones populares.

2. El Derecho colectivo a la moralidad administrativa.

La Sala negó, en el caso concreto, la protección al derecho colectivo a la moralidad administrativa -lo cual me parece correcto-, pero es preciso aclarar lo concerniente

a los contornos principales de este derecho y, particularmente, a su relación con el principio de legalidad, teniendo en cuenta que, en mi sentir, este derecho colectivo no se agota en la simple observancia de lo prescrito por el ordenamiento jurídico, esto es, en un juicio de simple legalidad.

En tal sentido, señaló la Sala, en la providencia sobre la cual aclaro mi voto, a propósito del derecho colectivo a la moralidad administrativa y al principio de legalidad, que:

“La moralidad administrativa entendida en los términos en que aparece en el fallo referido, como aquello que la sociedad califica como ‘correcto’ y ‘bueno’ para las instituciones públicas y sus funcionarios aun cuando esté por fuera de lo prescrito por la Constitución y la ley, resulta sumamente vago e impreciso como para que sea establecido en calidad de límite a las actividades de la administración.

“Para la Sala es completamente claro que las más de las veces la moral (o lo correcto o lo bueno) nutre el 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.
(...)”

“En consecuencia, la Sala afirma que lo ‘correcto’, lo ‘bueno’ y la ‘razón’, son determinantes a efectos de fijar los límites para la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, pero no como fuentes autónomas extranormativas, dado que tales conceptos deben hacer parte de los valores o principios constitucionales o de las normas legales que se toman como elemento objetivo para definir la correspondiente amenaza o vulneración. Es la fijación de la moralidad en las normas constitucionales y legales lo que posibilita que su infracción sea sancionada.” (fls. 15 a 16 de la sentencia)

Quiero destacar que la visión que esta providencia ofrece del derecho colectivo a la moral administrativa contempla un avance significativo, en términos de su

contenido, pues admite y acepta que la moral no se reduce al derecho puro y simple –posición que históricamente dominó en el Consejo de Estado, y la cual combatí en muchas ocasiones, hasta que se dio el cambio en la Sección (ver sentencia AP 355 de 2007), sino que también los principios generales del derecho sirven de criterio orientador de este derecho colectivo.

No obstante, ahora advierto una crítica parcial que la Sala formula a dicha tesis, la cual recae en el hecho de que cuestiona la posición que se introdujo en la sentencia del 30 de agosto de 2007 -Rad. AP-00618-01-, de la cual fui ponente, donde se dijo que la moral, además de hallarse en las normas positivas y en los principios generales del derecho, también se puede desentrañar con ayuda de la razón y del sentido jurídico práctico. Este único aspecto es el que se cuestiona en la sentencia objeto de aclaración de voto.

Al respecto es pertinente señalar que probablemente no existe la discrepancia que la Sala atribuye, pues lo que indica mi postura de ninguna manera es que la moral individual del juez sea la pauta de control de la moral administrativa. Si esto es lo que considera la posición mayoritaria de la Sala creería que no se comprende la fundamentación de la sentencia que trata de esclarecerse ahora.

De hecho, allí se hace un extenso análisis sobre el proceso de formación de la moral pública, para decir que es diferente de la moral individual, y que no pueden confundirse, aunque tampoco puede desconocerse la relación estrecha que tienen.

Por tanto, desde mi punto de vista, es obvio que, en muchos casos –no en todos-, el juez tiene el deber de valorar las conductas de los servidores públicos con ayuda de la razón y del sentido práctico, para definir si en un caso concreto se vulnera la moral administrativa. Quiero decir, por oposición, que no siempre la norma positiva dice: “has esto o aquello, de cierta manera y siguiendo estos pasos”, de modo que son los métodos o estrategias de acción empleados los que deban controlarse moralmente y judicialmente –he ahí la diferencia entre el “derecho administrativo” y la “administración”: aquél es el régimen jurídico –y no más que eso- y esta la técnica de administrarlo todo-.

En otras palabras, las categorías de “bueno”, “correcto” y “sentido común ético” que usa la providencia, y que producen cierta alergia conceptual, no significan que el juez debe sacar de su corazón la razón de la decisión, sino que se trata de reconocer que son herramientas con las cuales el juez -y todo hombre- juzga los métodos de acción pública, para definir si son morales o inmorales.

De esta manera, el juez puede concluir que cierta conducta administrativa empleada por el funcionario -como el engaño o la mentira (por poner sólo un ejemplo)- para hacer algo que incluso ordena la norma, atentan contra la moral administrativa, pese a que no exista una norma positiva que prohíba mentir o que censure engañar para alcanzar, incluso, resultados buenos, si se juzgaran desde el punto de vista del sentido final de la acción pública.

En realidad esta postura no sugiere nada exótico, sino que presenta formalmente el proceso de racionalización de la idea de todo juzgador, pues sólo así halla la moral en la conducta que examina. Creer que la ley, o incluso un principio general del derecho, es quien dispone esto sería una ingenuidad, además de que desconoce que el juez perfectamente examina la conducta, en casos como el ejemplificado, con criterios objetivos.

Para mayor comprensión de mi posición, me remito a lo expuesto en la sentencia proferida por la Sección Tercera, la misma que ahora la Sala y yo tratamos de “aclarar”¹ -y de la cual fui Ponente-, en la que se analizó el alcance y naturaleza de este derecho colectivo. Debo citarla *in extenso*, por su claridad para los fines indicados:

“2.1. Concepto de moralidad: Tensión y complementariedad entre la moral individual y la moral social.”

¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 30 de agosto de 2007. Rad. AP-00618-01.

“La moralidad, también denominada “ética” en otros contextos, hace referencia al obrar correcto, es decir, al comportamiento adecuado, en términos valorativos². Constituye en sí misma una pauta de conducta, en principio individual, que determina la manera como se debe actuar en determinados casos de la vida práctica. De este modo, la acción humana se limita y orienta por una escala de valores que, impuesta por el mismo individuo, conduce sus acciones cotidianas, según los parámetros trazados unilateralmente.

“De esta manera, la realización de conductas buenas y el cumplimiento de los deberes³ son representativos del obrar ético, surgiendo el hombre virtuoso, es decir, el individuo que representa un modelo de vida buena a seguir. La virtud es, entonces, un parámetro de medición de la vida ética y, en este sentido, alcanzarla forma parte del ideal moral.

“Como se puede apreciar, no se trata de un concepto de fácil comprensión, si se tiene en cuenta que su fundamento depende, en principio y en ocasiones, de la actitud y el compromiso individual de cada sujeto. Esta idea destaca una de las facetas de la moralidad: la personal, subjetiva o individual, cuya existencia y construcción depende de la capacidad de cada individuo de dictarse sus reglas de comportamiento, como legislador soberano de este espacio de la vida.

² Para Gabriel Amengual Coll “La moralidad trata del comportamiento humano bajo el punto de vista subjetivo del agente individual, desde sus móviles y convicciones (desde su sensibilidad y su razón), desde su coherencia personal, desde su autonomía, instancias que son el origen desde donde brota dicho comportamiento. En este sentido la moral ofrece una perspectiva esencial o fundamentalmente subjetiva e individual en cuanto a su origen y motivación (aunque ello no implica que en principio esté cerrada a otras perspectivas).” (La moralidad como derecho. Ed. Trotta. Madrid. 2001. pág. 377)

³ En el libro Sobre los Deberes, Cicerón clasifica los deberes de la siguiente manera: i) deberes para consigo mismo, ii) deberes externos o para con la sociedad, iii) deberes para con el estado y iv) deberes para con la familia.

Dentro de los deberes con la familia destaca que la sangre crea vínculos por los cuales el afecto y el amor exigen un compromiso recíproco de cuidado y protección. Lo propio dice de los deberes con el Estado y con la sociedad, los cuales se representan en la existencia de las leyes y, por tanto, el cumplimiento de las mismas es una forma de garantizar el cumplimiento de los deberes.

"No obstante esta circunstancia, el hecho de que cada hombre tenga una potestad creadora de los criterios de su conducta, no le resta valor a la moral individual, pues, desde este punto de vista, ella no se define por la capacidad de imponerse ciertas reglas de conducta, desde fuera del sujeto, sino que valora la aptitud humana de señalarse, a sí mismo, reglas sobre el buen comportamiento.

"De hecho, desde el punto de vista de la ética más noble y pura, es deseable que unilateralmente cada individuo cree, se dicte e imponga los valores éticos que debe observar, con la esperanza de que la coincidencia de estos comportamientos, por la sumatoria de los sujetos que piensan y actúan del mismo modo, redunde en la creación de una comunidad de actitudes buenas⁴.

"Esta cualidad da cuenta de la "conciencia moral" del hombre, es decir, de su capacidad de reflexionar, con ayuda de la razón, para construir parámetros de comportamiento apropiados para los seres humanos. Esta facultad humana de saber, desde el interior del corazón y el espíritu, cuáles conductas son éticamente buenas o malas, correctas o incorrectas, constituye el motor más importante de la reflexión moral y de la creación de este tipo de normas.

"La razón y la conciencia moral se erigen, en esta medida, en las herramientas con las cuales el hombre discierne sobre su conducta y reflexiona sobre los comportamientos más adecuados. La humanidad pone, de este modo, la confianza sobre esa capacidad de cognición y espera que con su ayuda se descubran los valores más útiles para cada persona y para la sociedad.

"Existe, no obstante, una deficiencia en ese proceso de construcción de la moral individual, como base de la existencia de una ética aplicada, lo que hace dudar de la capacidad de definir, por sí solo, lo que es ético y lo que no lo es. Pensar lo

⁴ Kant dirá que el hombre debe dotarse a sí mismo de la "autodeterminación", es decir, de la capacidad de proponerse fines concretos. "... El hombre irrumpe ahora como un ser que se propone fines... Esta palabra tiene un claro sentido intuitivo: el hombre mueve su voluntad desde sí mismo. El fin que el hombre se da a sí mismo es el fundamento de su decisión de actuar. Así, el hombre cumple por sí mismo todas las condiciones para pasar a la acción... El problema es si la razón humana puede dar al hombre algún fin." (Historia de la ética. Dir. Victoria Camps. Ed. Crítica. Barcelona. José Luis Villacañas. Pp. 338)

contrario constituye una ética ingenua. Se trata de que no es posible confiar en que todos los hombres coincidirán en dictarse las mismas normas morales -por lo menos las más importantes-, con el mismo contenido y el mismo nivel de vinculación, logrando así que la observancia de una conducta se generalice. Este riesgo crece porque existen hombres que no están dispuestos a dictarse reglas de conducta buenas, que limiten su capacidad de obrar, es decir, sujetos que actúan sin prejuicios éticos, y que prefieren actuar, frente a los demás, usando la fuerza, la astucia, el engaño, entre otros antivalores.

“Se debe aceptar y reconocer, moralmente hablando, la existencia de esta condición humana, es decir, la incapacidad que demuestran algunos individuos para dominar sus pasiones, e incluso la preferencia por convivir con ellas⁵.

⁵ Casi todos los filósofos morales -Platón, Cicerón, Spinoza, los filósofos teológicos, entre otros- coinciden en señalar que el hombre debe sobreponerse a su naturaleza y dominar las pasiones que afectan su comportamiento, para alcanzar las virtudes y aspirar a una vida feliz y éticamente madura.

En este sentido, Spinoza se ocupa, en el libro la *Ética*, de analizar las pasiones humanas, como afecciones del alma, asociadas luego con la idea de liberación individual. En este sentido, descubre dos grandes espacios en los cuales se mueve la libertad: el de la "*libertad interior*" y el de la "*libertad exterior*".

La primera determina la liberación del hombre de las pasiones que le afectan perjudicialmente y que determinan su capacidad de actuar en un sentido negativo, en cuanto padece y se disminuye su potencia de hacer ciertas cosas. Así es como sus actos están indefectiblemente determinados a producir resultados nefastos para sí mismo cuando el odio, la envidia, la mentira, la discordia, entre otros, se apoderan de su alma.

Lo importante al destacar este aspecto es que Spinoza dice a los hombres que es necesario que conozcan, identifiquen y descubran las pasiones que disminuyen su potencia de obrar ciertas cosas, con la finalidad de que se "libere" de ellas, tan pronto las haga evidentes a sus ojos, ya que, de no ser así, será movido a actuar de una manera u otra, sin conocer las causas de ello.

De modo que sólo en cuanto se diferencien y distingan las afecciones que hacen padecer, entonces se estará en capacidad de sobreponerse a ellas para determinar y dirigir el modo de actuar hacia las cosas productivas y benéficas para la naturaleza humana, porque si se conocen clara y distintamente los males que nos agobian y que impiden ser "*libres interiormente*", entonces se estará en capacidad de conducir la libertad hacia las mejores cosas, hacia las más provechosas y buenas para cada uno. *A contrario sensu*, el desconocimiento de las pasiones nos convierte en esclavos de ellas, por carecerse de la conciencia de lo que ocurre en cada quien.

También se debe resaltar de este asunto que existen pasiones del alma que sólo perjudican a los hombres individualmente considerados, ya que en tanto son arrastrados por ciertos desordenes, sobre los cuales no tienen ningún control, entonces puede ocurrir que el resultado y lo que definitivamente se produzca tan sólo acarree consecuencias para sí mismo. Es lo que se presenta cuando debiéndose actuar con magnanimidad el alma es determinada, por sus pasiones, ha actuar de un modo opuesto a este sentimiento, o cuando debiéndose ayudar al prójimo se refugia el hombre en sí mismo y se cierra a los demás.

"Esta actitud demuestra el desinterés humano, por parte de algunas personas, de perfeccionarse moralmente, o mejor, su apatía por construir un sentido de vida más acorde con la condición privilegiada que tiene el hombre, en el contexto de los demás seres vivos que habitan el mundo.

"En los términos más simples de la axiología, es claro que la superación de la condición humana natural supone tener la actitud decidida de vencer las pasiones,

Frente a estos casos lo que puede suceder es que posiblemente esas conductas, determinadas por las pasiones que arrastran al hombre a padecer, no tengan consecuencias exteriores a sí mismo -es decir, que no trascienden su esfera íntima-, y tan sólo pasan a ser actos de buena o mala voluntad que no son impuestos por causas externas, muy a pesar de que afectan al hombre desfavorablemente, porque al actuar así no se supera a sí mismo, ya que convive con las debilidades que reducen su potencia de obrar.

Según lo dicho, hay actuaciones inducidas por las pasiones que no pueden ser cuestionadas, impuestas o determinadas por fuerzas exteriores a cada uno de los hombres -como el Estado, por ejemplo-, ya que sólo a él interesan y por ello es libre de decidir cómo asume y afronta ese problema. De este modo, actuar con dominio de las pasiones, o dominado por ellas, sólo interesa a quien está siendo afectado por estas circunstancias, pero de allí no se derivan -o mejor, no se deben derivar- consecuencias perjudiciales para él, salvo las que le dicte su propia conciencia, cuando sea recriminado por esta. Aquí encontramos un asomo del concepto de "libertad negativa", que tanto interesa al derecho.

No quiere decir esto que lo que no trascienda la esfera interior no sea importante para la libertad humana. Se trata, simplemente, de reconocer que hay actos humanos influenciados por las pasiones que nos atacan, y como tal inducen a actuar de una forma determinada; pero la manera como se haga no puede ser cuestionada válidamente por otras personas o autoridades -salvo lo que desde el punto de vista ético o moral se pueda reprochar a una persona por sus acciones, caso en el cual la censura no es institucional sino informal-.

Tampoco quiere decir que lo que no tenga "control exterior" no sea importante como mecanismo para hallar la "libertad" del hombre -además de que no es esto lo que se desea destacar con la distinción propuesta entre "libertad exterior" y "libertad interior"- . Sin duda alguna la libertad del hombre, y esto se comparte plenamente con Spinoza, parte de conocer y reconocer las afecciones que disminuyen la potencia de obrar y de tomar medidas contra ellas para dominarlas, y de este modo vencer lo que impide potenciar las acciones favorablemente.

Sin embargo, esto no se opone a que existan acciones que, liberándonos interiormente de las cadenas que atan, no tienen control fuera de sí porque a nadie le interesa inducir ciertos comportamientos desde el exterior. Es el caso del Estado, cuando no se preocupa -ni debe hacerlo- por moldear todas las acciones del hombre, sino sólo de aquellas que son consideradas como importantes y necesarias para mantener el orden o la disciplina, o en general muchos otros valores que se determinan según la condiciones de cada caso.

Puede concluirse, de esta manera, que la "libertad interna" del hombre muchas veces sólo a él interesa, sin que sea permitido, necesario o conveniente que fuerzas ajenas obliguen a moldear su comportamiento. Ante esta situación diremos que la "libertad interior" del hombre es buena para todos, pero sólo cada cual tiene la posibilidad de alcanzarla, si a bien quiere hacerlo y la estima necesaria y buena para sí, pues cada uno tiene en sus manos la potestad de seguir siendo esclavo o libre de lo que le agobia o le domina.

es decir, las inclinaciones humanas más bajas que hacen que el hombre tenga ciertos sentimientos y, luego, ciertos comportamientos egoístas para con el resto de la humanidad. Esa inclinación a ser dominado por las sensaciones y sentimientos más bajos debe combatirla el mismo hombre, hasta sobreponerse de esta condición y superarla con ayuda de sentimientos más nobles, que hacen más humana la existencia en el mundo⁶.

"Este hecho pone en cuestión la convicción de algunos, sana pero también ingenua, de que el hombre, sólo, puede actuar bien; de manera que es necesario construir y reclamar una moral objetiva, exigible y oponible a todas las personas, que no dependa, por tanto, de la voluntad soberana del individuo, y que pueda imponerse a cualquiera que viva en la sociedad⁷.

⁶ En este mismo sentido dice Cicerón, en Sobre los Deberes, que el cumplimiento de éstos se hace difícil, si tenemos en cuenta que el hombre es atacado por las "pasiones", las cuales se reflejan en el amor por las cosas externas, el ansia por la primacía sobre los demás hombres. Por esta razón, exhorta a que no se desee demasiado el dinero, ni la gloria, pues "el ánimo debe estar libre de toda perturbación, tanto de la ambición y del temor, como de la tristeza y de la alegría inmoderada y de la cólera, para gozar de la serena tranquilidad, que trae consigo la constancia y el sentimiento de nuestra dignidad." -Sobre los deberes, num. 69-.

El dominio de las pasiones es el que educa el espíritu y el cuerpo en el arte de saber cumplir los deberes, pues donde el individuo se deja regir por esos comportamiento o sentimientos difícilmente podrá cumplir los deberes que le impone su condición de hombre, de ciudadano y de miembro de una familia.

⁷ En la misma línea de Spinoza, qué puede decirse de la "*libertad exterior*" del hombre? En este caso ocurre el fenómeno inverso al descrito en los anteriores párrafos, ya que lo que se le exige al hombre no es que tome conciencia de la necesidad de que adecue su comportamiento con lo que se constituiría en la libertad humana en un caso determinado, sino que las acciones que así lo contemplen son exigidas e impuestas desde fuera, con la finalidad de garantizar la convivencia entre los hombres.

En estos casos las afecciones que determinan negativamente la potencia de obrar son objeto de preocupación por el Estado, y se le impone a cada uno de los miembros de la sociedad disponer de las actitudes necesarias para superar tales padecimientos. En este sentido, se crea un convencionalismo sobre lo que es la "libertad", pues quien no lo comparta es obligado a respetar el acuerdo sobre el sentido de la libertad que se adopta en cada espacio determinado, imponiéndose la carga de actuar aún contra sus ideas con respecto al tema de que se trate.

Así, pues, no se deja en manos de la conciencia individual la posibilidad de elegir de qué modo se obra, sino que esto viene definido desde fuera, con la idea de procurar alcanzar un acuerdo en temas concretos sobre la libertad. Se podría decir que esta es una faceta de lo que se ha dado en llamar las "*libertades mínimas*", pero entendida en este caso como el comportamiento exigido a todos los hombres con la finalidad de que se respeten comportamientos necesarios para vivir en comunidad.

"A esta moral, de carácter social y pública, le corresponde la tarea de construir y sugerir un comportamiento debido, a partir de una escala de valores aceptada por los miembros de la comunidad. De hecho, una ética que no se universalice difícilmente permitirá que surjan las condiciones para vivir con tranquilidad en la sociedad política.

"Esta actitud transformadora da el paso de la moral privada hacia la moral pública, de la moral individual a la social, de la moral subjetiva a la objetiva. Así se garantiza, también, la mínima uniformidad de la conducta ética, sin la cual existiría una desventaja en la existencia para los sujetos morales que actúan por vocación propia, lo que haría imposible vivir en comunidad a los individuos éticos y a los sujetos amorales⁸.

Un ejemplo de este tipo de libertad lo constituye el hecho de que nadie puede elegir calumniar o no a otra persona, por muy afectado que esté de ira, odio, o de cualquier otro padecimiento; sino que se le exige guardar un comportamiento preestablecido que, en último término, ataca las afecciones que trastornan negativamente el comportamiento adecuado y la libertad que todo hombre, sin necesidad de que se lo impongan, debería controlar para su propio bienestar.

Es en este orden de ideas que puede hallarse sentido a lo expresado por José M. Bermudo cuando dice, acerca de la "libertad" en Spinoza, que:

"el fin del estado es, en definitiva, la libertad. Libertad frente a los otros, pero también frente a sí mismo; libertad, o sea, actuar conforme a la razón, conforme a lo universal y común, lo que une a los hombres; libertad, en definitiva como vida filosófica y política." (pp. 7)

En fin, clarificadas estas dos manifestaciones que de la libertad creemos pueden desprenderse de Spinoza, se considera que al fin y al cabo ambas constituyen lo que ahora denominaremos la "moral en sentido integral". La unión de ambas libertades no se queda sólo en lo que quiera o pueda hacer con mi voluntad de cambiar o dominar mis pasiones bajas, sino que también trasciende el espacio de lo íntimo y se involucra en las relaciones entre los individuos, para obtener de allí el otro sentido de la libertad humana: la libertad de tipo política, o sea la que toca las relaciones del hombre con lo social.

⁸ W. F. Hegel, comentado por Amengual Coll, ha construido el concepto de "eticidad" para decir que "La eticidad, en cambio, mira el comportamiento humano bajo el punto de vista objetivo, es decir, comunitario (en el sentido más general del término, no en el sentido de los comunitaristas actuales, sino anterior a la distinción entre comunidad y sociedad, o entre sociedad civil y Estado, de modo que comprende ambos términos sin distinguir todavía), institucional, desde los marcos institucionales en que el individuo desarrolla su vida y comportamiento, desde la cultura en que vive, desde el marco social y político en que se encuentra, fundamentado, respetado, motivado, permitido, promovido, etc. ...

"Pero la eticidad es un paso adelante, que viene a subsanar las insuficiencias detectadas en la moralidad: el formalismo y la ineffectividad. La eticidad, hablando en términos actuales, podría considerarse como la aplicación de la moralidad en la totalidad de la vida, creando o estructurando

“De otro lado, la moral que se comparte en sociedad sólo usualmente se alcanza mediante la imposición, a través de las distintas instituciones sociales -como la familia, la empresa, la sociedad civil o el Estado-, lo que contribuye a construir consensos de comportamiento, estimados como éticamente buenos y virtuosos. El óptimo ético, desde luego, consiste en la formación de una voluntad moral universal y uniforme, dictada por todos y cada uno de los individuos de una sociedad concreta, quienes, de manera coincidente, confluyen a proponer, crear y observar un mismo comportamiento, socialmente aceptables.

“No obstante, como la naturaleza humana no ha dado nunca la garantía de que todos los hombres pueden llegar a acuerdos en estas materias, y considerado el riesgo que se corre si algunos individuos se resisten a compartir el mínimo ético que una sociedad concreta exige, entonces ha sido necesario dictar e imponer conductas morales a éstos, quienes sólo por la presión están dispuestos a acatar los parámetros éticos que la sociedad demanda.

“De hecho, bastaría con que un solo hombre se negara a aceptar, respetar y aplicar el criterio moral compartido por los demás ciudadanos, para que éstos corrieran el inminente riesgo de verse sometidos a las conductas amorales de aquél, quien por no tener límites éticos tendría la inclinación y posibilidad de someter a la sociedad, la cual, a su turno, asumiría, como actitud inicial, la tolerancia ética, ante su incapacidad moral de actuar del mismo modo que su provocador, pero, finalmente, se destruiría el consenso moral, ante la imposibilidad humana de soportar a los agresores.

“La moral social resulta siendo, en este contexto, un acuerdo, expreso o tácito, sobre los valores y deberes que tienen los ciudadanos para consigo mismo y con los demás. Sin embargo, la moral subjetiva no es exactamente la misma moral social, pues la primera puede tener un tamaño mayor o menor que la primera,

una forma de vida personal y colectiva. Si la moralidad se mantenía en una universalidad formal, la eticidad lo hace creando constituyendo una universalidad concreta.” (Ob. Cit. Págs. 378 a 379)

según la convicción de cada individuo; reflejando este aspecto la soberanía moral que, por naturaleza, tienen los hombres⁹.

⁹ En la sentencia C-224 de 1994 dice la Corte Constitucional, sobre la moral social, que "Algunos han sostenido que la moral es universal e inmutable, esto es, válida para todos los pueblos, en todos los tiempos. "Otros, por el contrario, afirman que la moral, como todo lo social, está en relación con el espacio y el tiempo histórico, y que es relativa.

"La aparente contradicción no existe si se acepta la distinción entre la moral general y la moral positiva, entendiendo la primera como aquella aceptada por todos los hombres en todas las épocas, y la segunda como la de cada pueblo en el momento particular de su devenir histórico. Dicho en otros términos: la moral es una, pero sus manifestaciones cambian en razón de la diversidad de las sociedades en el espacio y en el tiempo. "Toda la moral consiste en este proceso de sublimación, purificación o catarsis de la conciencia individual, merced al cual ésta se reúne a lo universal, y en esto concuerdan sustancialmente todos los preceptos morales de todos los pueblos y de todas las filosofías. Concordancia que es bien notable y bien significativa, cuando se piensa que se llega a las mismas conclusiones morales partiendo de diversos criterios (por ejemplo, ateísmo o naturalismo), o usando métodos opuestos (por ejemplo, empírico o racional). No es otro el significado de la máxima evangélica: "No hagas a los demás aquello que no querrías que te hicieran a ti" (máxima que fue expresada en forma parecida por CONFUCIO). Y la misma idea, expresada en forma filosófica más rigurosa, es la de KANT: "Obra de modo que la máxima de tu conducta pueda valer como un principio de una legislación universal". ("Filosofía del Derecho", Giorgio del Vecchio, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1946, tomo I, pág. 591).

"Hay, pues, "una moral común, genérica, que incluye todos los hombres y que constituye el mínimo indispensable para todos". Pero cada pueblo en un momento histórico, determinado por las circunstancias sociales, económicas y culturales, tiene una moral positiva, es decir, la manifestación de la moral universal e inmutable en su propia circunstancia. Recasens Siches escribió: "Hay valores éticos y jurídicos que se refieren a la esencia de lo humano y, por tanto, fundan normas ideales de aplicación general para todos los hombres y todas las sociedades. Pero así mismo hay otros valores que (teniendo validez también objetiva) implican en su propia materia o contenido una indicación particular a la situación de una persona, de una nación o de un momento histórico. Hay, desde luego, una moral común, genérica que incluye a todos los hombres y que constituye el mínimo indispensable para todos. Pero además de los valores que fundan esas normas generales, hay una serie de morales vocacionales y de las situaciones concretas e individuales, que no contradicen ni menoscaban aquella moral general, pero que la complementan. La actualización de los deberes concretos de cada una de esas morales vocacionales y situacionales está determinada por la presencia de los hechos de vocación o de situación congruentes. De la misma manera que hay vocaciones individuales -las cuales son el resultado de la articulación de una persona concreta con un contorno también concreto-, así mismo hay vocaciones para las colectividades... Cada situación de un proceso histórico determina la posibilidad de conocimiento y el deber de realización de tareas fundadas en valores singulares cuya ocasión quizá sea singular, intransferible y no se repite. Y así como desde el punto de vista moral podríamos decir que cada individuo tiene el deber de ser auténtico, fiel a sí mismo, fiel a su vocación, de igual manera podríamos decir que a cada época histórica y a cada pueblo le corresponde el cumplimiento de determinadas misiones; porque cada época, cada colectividad -lo mismo que cada individuo- ocupa una especial perspectiva en virtud de la cual puede y debe realizar valores singulares". ("Estudios de Filosofía del Derecho", UTEHA, México, 1946, pág. 667).

"En resumen: 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."

"Sin embargo, la moral social debería llegar a reflejar los valores construidos por todos los individuos virtuosos de una sociedad, para que, de esa manera, no desaparezcan los valores individuales, y, en su lugar, se reflejen en el espacio donde los hombres comparten con los demás. Este proceso constituye una especie de reproducción, a escala mayor, de los valores individuales, hasta llevarlos, por aceptación generalizada, a la sociedad, representada por las distintas instituciones sociales¹⁰.

"Este proceso de construcción de la moral social, usualmente inducido a través de la educación y la costumbre, pero también por medio de la presión que ejercen algunos órganos sociales fuertes –como la familia, la sociedad civil o el Estado-, busca salvaguardar los valores morales individuales dignos de conservación –como, por ejemplo, el respeto a los derechos fundamentales, la protección al débil, la consideración con los menos favorecidos, el repudio a las mentiras y el engaño, etc.- hasta generalizarlos e incrustarlos como valores sociales, exigibles de todo ciudadano.

"Este camino hacia la generalización de la moral, imperceptible a los ojos del individuo común, pero no para los observadores de los procesos de transformación social –filósofos, sociólogos, sicólogos, y en menor medida abogados- pretende

¹⁰ En el capítulo IV del libro la República, Platón relata la conversación que sostienen Sócrates y Adimanto acerca de las virtudes que deben tener la ciudad y los hombres, con miras a fundar un Estado justo y feliz. Sostiene que es necesario que existan cuatro virtudes –las denominadas "cuatro virtudes cardinales" de Platón-: la prudencia, la valentía, la moderación y la justicia.

La primera consiste en la capacidad que tienen algunos ciudadanos de resolver sobre los problemas de la ciudad, haciendo que lleve las mejores relaciones en el interior y en el exterior; el valor consiste en la capacidad que tiene otro grupo de ciudadanos de defenderla y conservarla; la templanza, que reside en todo el pueblo, es el dominio de los placeres y las concupiscencia, siendo dueños de sí mismos, moderando de ese modo las pasiones; la justicia que consiste en hacer cada uno lo suyo. Todo esto es la ciudad buena.

Platón, luego de fundar la ciudad perfecta, sobre la base de las virtudes extendidas en ella, unas radicadas en una parte de los ciudadanos y otras en todos los individuos, pasa a hacer, en un proceso inverso, la reflexión sobre las virtudes del hombre. Dice que en ellos, para ser felices, también deben residir estas mismas virtudes, pues "–no nos será absolutamente necesario –proseguí- el reconocer que en cada uno de nosotros se dan las mismas especies y modos de ser que en la ciudad? A ésta, en efecto, no llegan de ninguna parte sino de nosotros mismos..." (435e). (La República. Ed. Altaya. Barcelona. 1993. págs. 161-212)

universalizar la moral más provechosa para una sociedad concreta, buscando que adopte lo valores más altos posibles.

“Una sociedad éticamente fuerte, no hay duda, generaliza la mayor cantidad de valores posibles en sus ciudadanos, enseñándoles a amar y respetar, por convicción personal, primero que todo, cada uno de los valores estimados como útiles y necesarios para tal fin. No obstante, y en segundo lugar -de ser necesario-, la misma sociedad impondrá a los ciudadanos indiferentes la obligación de respetar los acuerdos éticos, a fin de instituir una sociedad buena y justa, donde se conviva con tranquilidad.

“Todo este proceso transcurre en una dialéctica social que oscila entre la actitud natural y espontánea del ciudadano, y la inducción, a través de hechos sociales, naturales e incluso normativos, que asientan la moral pública.

“No obstante lo dicho, no puede establecerse una distinción tajante entre la moral individual y la social. Por el contrario, la relación es permanente y se conecta, casi imperceptiblemente, en la conciencia de cada individuo, quien aprecia, determina y juzga, en todo momento, en términos morales, las conductas que debe realizar él o sus congéneres. De esta manera, fluye una especie de comunicación constante entre los dos mundos de la moral, provocando una recreación perseverante y perenne de las actitudes éticas y de los valores morales.

“Una variante de esta idea, en caso de concretarse en la vida práctica, mostraría que la generalización de la moral individual, hasta producirse la colectiva o social, conduce a la liberación del hombre de sus pasiones e individualidad, hasta asumir la vida del otro como propia, es decir, hasta sentir la necesidad, felicidad, angustia, temor y tristeza de los demás como suya, por lo menos como próximas, elevándose el nivel ético a la altura de los más sensibles sentimiento humanos de preocupación por la suerte de los demás y del compromiso de hacer un esfuerzo por alcanzar la felicidad de todos.

"Este proceso mantiene a la moral activa, en sus distintas facetas, porque se somete a prueba por parte de cada individuo y también de la sociedad, generándose un proceso, a su vez, de revisión constante de su contenido, bien para ajustarlo o bien para modificarlo.

"De aquí también se sigue que, al margen de las posiciones *iusnaturalistas* o positivistas, la moral no siempre es la misma, pues si bien ciertas conductas tienen una alta capacidad de permanecer en el tiempo, no necesariamente todos los comportamientos morales subsisten iguales: unos surgen, otros se transforman y algunos más desaparecen.

"De otro lado, la idea de moral social, por su misma forma de construcción, y también de imposición, es bastante más compleja que la moral individual, en cuanto a los medios de los cuales se sirve para implementarla. De hecho, a ella le corresponde asumir la tarea de unificar el sentido de moral de la comunidad, y socializar sus contenidos, sin sacrificar la moralidad individual que permanece, siempre, en el interior de cada sujeto, en constante ebullición.

"Esta complejidad también se distingue en el hecho de que su debida apreciación, y posterior paso a la formulación universal, requiere de complejos y delicados juicios de comprensión del entendimiento humano, a fin de extraer de cada sujeto lo bueno moral y luego extenderlo, con posibilidades de éxito, sobre el grueso de la capa social. Esta tarea debe explotar, con inteligencia política, las máximas virtudes individuales, para extenderlas a un pueblo, pero sin caer en un moralismo inútil, que termine atormentando la vida cotidiana, hasta cansar a los hombres.

"No sobra decir, por oposición a lo destacado hasta este punto, que la despreocupación o indiferencia moral, por parte de un individuo, encarna un desprecio por la suerte de los demás y de la sociedad entera, así como por el compromiso de que exista una comunidad ética. Esta actitud exige de la comunidad política un esfuerzo superior para someter a los individuos que así se comportan, pues, en términos éticos, la comunidad tendrá que soportar su inactividad hasta presionar un comportamiento acorde con el que comparte el

común de los miembros de la sociedad, aunque corriendo el riesgo, constante, de que, ante el menor descuido, estos individuos dejen de observar la moral pública instituida.

"2.2. Relación entre moral y derecho."

"Históricamente, la moral ha sido un concepto problemático, tanto en su dimensión individual como social, alrededor de lo cual difícilmente ha existido consenso sobre su contenido y alcance, pese al esfuerzo de generalización social que se presenta en casos y comunidades concretas.

"No obstante, para distinguirla del derecho ha dicho la doctrina, de manera consistente, que existe una diferencia evidente con la moral, representada en los siguientes conceptos, todos ellos contrapuestos: i) la moral es autónoma, porque se la impone el hombre, mientras que el derecho es heterónimo, porque lo dicta un órgano público que lo impone aún contra la voluntad del ciudadano¹¹. ii) La moral es incoercible, porque de su inobservancia no se sigue un castigo institucional, mientras que el derecho es coercible, porque la fuerza es un medio admisible para hacer cumplir su contenido¹². iii) La moral es interna, porque está

¹¹ Carlos Gaviria Díaz, en "Temas de Introducción al Derecho", presenta este criterio de diferenciación en los siguientes términos: "Parar Kant, conducta heterónoma es la que obedece a un precepto que no deriva de su albedrío, sino que le es impuesto por una voluntad extraña. Autónomo es, por el contrario, aquel proceder que obedece a normas que el sujeto se ha impuesto a sí propio, convencido de su universal validez. Es éste un fenómeno de autolegislación, como que son uno solo el creador de la norma y su destinatario. Autonomía, entonces, vale tanto como autodeterminación. En las reglas heterónomas, en cambio, la relación que entre ellos se establece es en principio de orden vertical: el legislador impone su voluntad al destinatario." (Señal Editora. Medellín. 1992. Pág. 47)

¹² Este criterio de diferenciación es presentado por el mismo autor, en la misma obra, así: "Que la moral es incoercible significa, simplemente, que su observancia es espontánea y absolutamente libre. En el momento en que alguien sea constreñido al cumplimiento de una norma moral (o siquiera exista esa posibilidad), su comportamiento carecerá de toda significación ética. Porque el acto moral es esencialmente voluntario, queda desprovisto de sentido si su ejecución es forzada.

"Pero en el ámbito de lo jurídico las cosas suceden de otro modo: el derecho regula el empleo de la fuerza, para lograr la concordancia de las conductas que rige con las prescripciones que impone, y esta posibilidad de constreñir a la observancia de la norma no quita el sello de la juridicidad de la conducta, sino que lo destaca, porque el derecho -insistimos-, en razón de los intereses que tutela, exige de modo preferente -casi exclusivo- la conformidad externa de la conducta con la norma." (ob. Cit. Pág. 46)

dirigida a la conciencia individual -fuero interno-, mientras que el derecho externo, porque se ocupa principalmente de la regulación exterior del comportamiento humano -fuero externo-¹³. iv) La moral es unilateral porque en ella las desventajas, deberes u obligaciones no son correlativas a las ventajas de otro individuo, mientras que el derecho es bilateral, porque establece ventajas para una persona y en forma correlativa desventajas para otra¹⁴.

“Pese a este esfuerzo de distinción, no debe olvidarse que la moral siempre ha ejercido una influencia determinante sobre el contenido probable del derecho, y que si bien se presentan grandes diferencias entre ambos conceptos, también existen marcadas y recíprocas relaciones e influencias, haciendo espinoso el tratamiento de la materia. De hecho, los comportamientos morales indiferentes para el derecho no son los que ponen en aprietos este tema, son las actitudes morales con influencia social los que hacen difícil saber hasta dónde el derecho actúa sólo y con independencia, y hasta dónde la moral impone su ideología sobre los operadores jurídicos, así estos crean estar aplicando el derecho y no la moral.

“De ahí que la clásica distinción ideológica entre *iusnaturalistas* y positivistas haya encontrado, alrededor de este concepto, un punto de divergencia bastante representativo en la historia jurídica. De hecho, aquéllos confían, desde este punto de vista, en que el derecho es, sobre todo, un producto moral o, por lo menos, que se encuentra influenciado y determinado fuertemente por él, así sea desde el punto de vista de la hermenéutica con la cual se deben abordar las normas que conforman el sistema jurídico. Los últimos, por el contrario, rechazan la presencia

¹³ El mismo autor presenta este criterio de diferenciación de la siguiente manera: “Para Kant, la interioridad de la moral consiste en que la conducta éticamente plausible no sólo se ajusta al deber contenido en la norma sino que encuentra en él su motivo determinante; correlativamente, la exterioridad del derecho consiste en que la conducta obediente a la norma debe ajustarse a la prescripción, sin que importen los motivos de la obediencia, porque pueden ser, entonces, exteriores al deber.” (ob. Cit. Pág. 33)

¹⁴ El autor aludido, presenta este criterio de diferenciación, así: “En lenguaje Kantiano puede expresarse esa misma idea con sutilismo y significativo cambio de matiz, diciendo- como lo expusimos más atrás- que la moral prescribe comportamientos buenos en sí mismos, mientras que el derecho los prescribe como buenos para algo y con respecto de alguien. Es decir la moral toma en cuenta la bondad de la conducta en sí misma, referida a un sujeto cuya condición inalienable es la dignidad (imposibilidad de que otro lo sustituya), mientras que el derecho considera al destinatario como un *sujeto social*, con obligaciones *relativas* a esa condición.” Pág. 37-38.

de la moral, antepuesta al derecho positivo, pues la inseguridad que surge si el criterio moral del operador jurídico reemplazara la norma positiva destruiría la noción de derecho moderno.

“No cabe duda, luego del paso del tiempo, que esta tensión histórica ha dado lugar a que la sociedad política y la comunidad jurídica hayan tomado partido, de manera alternada, por diversas posiciones frente a este problema filosófico que ofrece el derecho, y del mismo modo perpetúa la diferencia ideológica entre *iusnaturalistas* de nuevo cuño y positivistas reformistas. Así, por ejemplo, la época medieval se caracterizó por la prevalencia de la moral como determinante del derecho, tanto así que ambos conceptos alcanzaban a confundirse. Fue la época del predominio de la religión sobre el derecho, y también la época de mayor florecimiento del *ius naturalismo* de tipo religioso. La ilustración, por el contrario, se levantó contra ese modo de ver la moral, y también el derecho, y estableció condiciones para objetivarla, llevando la reflexión ética a la norma, e impidiendo que pudiera construirse por fuera de ella. De esta manera, la norma positiva expresaba la concreción moral de la sociedad, y quiso evitarse que la tiranía de los valores individuales –incluido el religioso– sorprendiera a los individuos.

“Si bien podrían desglosarse otros períodos de la historia de la moral y del derecho, y del positivismo y el *iusnaturalismo*, esto es suficiente para comprender que su relación, de discordia y de consenso, parcial o total, según la problemática de que se trate, ha formado parte de la evolución de esta disciplina social¹⁵.

¹⁵ En términos de la relación entre moral y derecho, dice Carlos S. Nino, en Derecho, Moral y Política, que “... los positivistas conceptuales enfatizan la posibilidad de definir el derecho, de individualizar cierto sistema jurídico y de describir su contenido, teniendo sólo en cuenta propiedades de hecho, sin necesidad de incurrir en consideraciones valorativas sobre la justicia, adecuación axiológica o moralidad de los fenómenos que son objeto de tal definición, identificación o descripción...”

“Pero los positivistas acerca del concepto de derecho no se limitan a subrayar la posibilidad definirlo en términos descriptivos y fácticos, sino que también abogan por la conveniencia y hasta por la necesidad de tal tipo de definición. Aquí muchos positivistas, pero de ninguna manera todos, se apoyan en un escepticismo ético, y enfatizan en que si el derecho no se definiera en términos fácticos a-valorativos la identificación de los fenómenos jurídicos sería puramente subjetiva, emotiva y arbitraria...” (pp. 24 a 25)

“No obstante, la época actual, que no ha escapado a esta disputa, sólo que se ha refinado en su conceptualización, parece haberle dado paso a un nuevo *iusnaturalismo* y a un nuevo positivismo, expresado en la importancia que le viene dando a los principios y a los valores. Se trata de la influencia ejercida de manera directa, a través de su consagración expresa –lo cual satisface parcialmente al positivismo–, pero también de una influencia hermenéutica, a través de la necesidad de resolver los casos concretos con ayuda de la interpretación de los principios –lo cual pertenece más al campo de *iusnaturalismo* de corte clásico–.

“La sociedad moderna, tanto la política como la jurídica, han vuelto a darle gran importancia a los principios y los valores, entre ellos la moralidad, de manera que este hecho también caracteriza fuertemente la situación actual de la relación entre moral y derecho.

“Quizá lo propio de la época moderna no sea debatir y tomar partido alrededor de esta clásica distinción de escuelas, pero sí en relación con la importancia de la moralidad como principio y como derecho constitucional.

“En este sentido, lo que se puede dar por sentado es que nuestro derecho ha recogido y toma en cuenta la moral de varias maneras: *i)* en *primer lugar*, como fuente de inspiración del contenido de muchas normas positivas –no de todas, desde luego–, las cuales son producto de la discusión pública, a cargo de los órganos institucionales que producen el derecho positivo, pero también a cargo de

Por su lado “los iusnaturalistas oponen diferentes réplicas a estos argumentos, en defensa de un concepto valorativo o normativo de derecho... Una de las réplicas parte de la base de que un fenómeno social como el derecho no puede ser identificado y descrito apropiadamente sin tomar el punto de vista de los participantes de ese fenómeno, que necesariamente deben adoptar posiciones valorativas sobre cuando está justificado el empleo de la coacción estatal. Según estos mismos filósofos, las prácticas sociales no se interpretan adecuadamente sin que el mismo intérprete adopte un cierto valor como justificante de esas prácticas.

“Otra réplica... se incide sobre la práctica de un modo indebidamente conservador, puesto que se determina que quienes están obligados a obedecer al derecho, como los jueces, terminen prestando acatamiento al orden vigente cualquiera que sea su contenido. Por lo tanto... un sistema que satisfacer las condiciones fácticas de juridicidad provee razones autónomas para justificar acciones o decisiones, cualquiera que sea la justicia o legitimidad de las prescripciones que constituyen ese sistema.” (Ed. Ariel. Barcelona. 1994. pp. 26)

la sociedad civil, quien de diversas maneras, institucionalizadas o informales, hace sentir su voz sobre los diferentes temas que interesan a ambos sistemas normativos. *ii)* En *segundo lugar*, la ética también está recogida en la norma jurídica, como norma positiva, de manera que la moral y el derecho se unen, en perfecta armonía, confundiéndose en una sola¹⁶. En este caso, aplicar la norma jurídica o la moral no tiene diferencia práctica, a los ojos de un espectador lego. *iii)* En *tercer lugar*, hoy en día la moral es, de manera importante, un criterio de interpretación del derecho positivo, al considerarse como un principio general del derecho. Esta posición le permite asumir una función creativa frente a la norma jurídica, de alcances insospechados en cuanto a los resultados, produciendo una influencia de proporciones incalculables, por lo menos en forma *a priori*.

“Esta multifacética relación entre moral y derecho permite afirmar que existen contextos propios de la moral y del derecho, en cuyos campos la intromisión del uno en el otro no sólo es innecesaria, sino, incluso, nefasta para el desarrollo de cada uno de estos sistemas normativos. ¡Esto es bastante obvio! No obstante, también es cierto que la influencia y las relaciones de ambos, en otros casos, no sólo es necesaria sino indispensables para que el derecho se construya según ciertos parámetros morales, que son lo que comparten y están dispuestos a observar los ciudadanos. Este reconocimiento facilita la construcción moral de la sociedad, con la ayuda del derecho.

¹⁶ Es el caso del art. 209 CP., que establece que “ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

“Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

Lo propio cabe decir del art. 88, según el cual son derechos colectivos “ARTICULO 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.

“También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

“Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.”

"Esta última también refleja la función instrumental de la moral, que siempre ha servido de faro al derecho para construirse. De hecho, por grandes y profundas que sean las disputas entre *iusnaturalistas* y positivistas, o entre nuevas y viejas doctrinas del derecho, ninguno puede negar la importancia práctica y legitimadora que tiene la moral en la elaboración de las normas positivas, y también en su aplicación. Esta función, de guía del derecho y también del Estado y del individuo -aisladamente considerado-, expresa la visión ética objetiva que toda sociedad, organizada como Estado, pretende mantener en su interior, como organización social y política consolidada.

"No en vano, entre las tareas rutinarias que siempre han debido asumir los órganos públicos hacedores del derecho y también los aplicadores de éste -como los jueces, por ejemplo- se encuentra cómo hacer compatible la moral y el derecho, en los casos en que deben caminar de la mano. Esa pretendida articulación, necesaria en muchos casos concretos, hace parte de la función natural que deben arrogarse estos órganos, a quienes se les ha encomendado la tarea de hacer el derecho y/o de aplicarlo, manteniéndolo vigente y legítimo¹⁷.

"2.3. La moral administrativa.

¹⁷ En un sentido aplicado dijo la Corte Constitucional, en la sentencia C-224 de 1994, que: "Las anteriores explicaciones permiten entender porqué en el artículo 13 de la ley 153 de 1887, se dijo: "La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho a falta de legislación positiva".

"En primer lugar, la expresión "moral cristiana" designa la moral social, es decir, la moral que prevalecía y prevalece aún en la sociedad colombiana. (...)

"Entendida la expresión "moral cristiana" como la moral social o moral general, es evidente que en casos excepcionales tendría validez como fuente del derecho una costumbre que no sea acorde con la moral general del país, pero que sea conforme con la moral de un grupo étnico y cultural en particular. Sería el caso, por ejemplo, de algunas tribus indígenas cuyas costumbres se basan en una moral diferente a la general de los colombianos. En virtud de los artículos 7o., 246, 247 y 330 de la Constitución, los individuos que componen tales grupos, podrían invocar sus costumbres, acordes con su propia moral social. (...)

"Y no se ve cómo la referencia a la moral generalmente aceptada, pugne con la diversidad étnica y cultural reconocida por el artículo 7o. y con la igualdad ante la ley consagrada en el artículo 13.

"Tampoco se opone al artículo 95 en cuanto éste señala los "deberes de la persona y del ciudadano", deberes que consultan los postulados de la moral generalmente aceptada por los colombianos."

“Los anteriores planteamientos conforman la base para adentrarse en el estudio del derecho colectivo a la “moral administrativa”, a que se refiere el art. 88 CP. Se advierte que el concepto mismo resulta problemático, porque la “moral” a secas no constituye el objeto de este derecho, sino la moral “administrativa”, lo cual supone pensar y afrontar varios tipos de problemas.

"2.3.1. Origen constitucional del derecho colectivo a la moral administrativa. A diferencia de muchos otros derechos colectivos, la moral administrativa tiene fundamento constitucional, pues ella lo creó directamente, al enunciarlo en el art. 88. Por el contrario, también dispuso que el legislador podía crear otros derechos colectivos, de lo cual se ocupó éste en el art. 4 de la ley 472 de 1998¹⁸.

“De manera que en la relación de derechos que el artículo citado contempló, la inclusión de la moralidad administrativa no es más que una reproducción del

¹⁸ Dispone éste artículo: “Artículo 4º. Derechos e intereses colectivos. Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:

- a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;
- b) La moralidad administrativa;
- c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;
- d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;
- e) La defensa del patrimonio público;
- f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación;
- g) La seguridad y salubridad públicas;
- h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública;
- i) La libre competencia económica;
- j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;
- k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos;
- l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente;
- m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes;
- n) Los derechos de los consumidores y usuarios.

Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia.

Parágrafo. Los derechos e intereses enunciados en el presente artículo estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley.”

derecho creado en la Constitución, y que sólo para fines pedagógicos y de completitud de la materia fue incluido en dicha norma, pues, en términos de eficacia, no era necesario que lo hiciera¹⁹.

“Sin embargo, vale la pena tener en cuenta que la moralidad, como valor jurídico y político, no fue creada propiamente por la Constitución Política de 1991. De hecho, tiene antecedentes preconstitucionales, en distintas leyes²⁰.

¹⁹ Como dato curioso es bueno observar que este derecho fue llamado por la Constitución como “moral administrativa”, mientras que la ley lo reprodujo como “moralidad administrativa”, lo cual, no cabe duda, ni le pone ni le quita contenido al derecho.

²⁰ Así, por ejemplo, en la ley 153 de 1887, sobre las reglas generales de validez y aplicación de las leyes, dispone el art. 18 que **“Las leyes que por motivos de moralidad, salubridad ó utilidad pública restrinjan derechos amparados por la ley anterior, tienen efecto general inmediato. (...)”**

También en la ley 88 de 1910, art. 23, entre las funciones que se atribuían a las asambleas departamentales, se encontraba una que disponía: **“40.-Prohibir los juegos y diversiones públicos que perjudiquen a la moralidad o al desarrollo de la riqueza pública, y castigar a los infractores con pena de reclusión hasta por un año, y (...)”**

En otras leyes, como aquellas con las que se pretendía contrarrestar el alcoholismo, se utilizaba éste término. Por ejemplo, en la ley 12 de 1923, en su art. 2º, se decía: **“Artículo 2o.** La renta de licores, en guarda de la salubridad, seguridad y **moralidad públicas**, será administrada directamente por los Departamentos. (...)”. En ese mismo sentido, en la ley 88 de 1923, art. 2, se indicó: **“Artículo 2o.-**La renta de licores será administrada directamente por los departamentos, a fin de que estos puedan hacer efectivas las restricciones sobre la producción y consumo de licores y bebidas fermentadas, **en beneficio de la moralidad y la salubridad públicas.** (...)”

También se utilizó en la ley 86 de 1946, sobre propiedad intelectual, donde se dijo: **“ARTÍCULO 94. La presente ley declara actos esencialmente contrarios a la moralidad pública**, que escapan como tales a toda protección jurídica: Hacer, reproducir o poseer escritos, discos de gramófono, películas cinematográficas, fotografías, cuadros, dibujos, pinturas, litografías, carteles, emblemas o figuras **de carácter obsceno** o ejercer el negocio de darlos en préstamo o alquiler.”

En ese mismo sentido, en dos artículos de la Constitución de 1986 se hacía referencia al término, así: **“ARTICULO 39.** Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones.

“Las autoridades inspeccionarán las profesiones y oficios en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas. (...)”

Igualmente, en el art. 168 se decía: **“ARTICULO 168.** La fuerza armada no es deliberante. No podrá reunirse sino por orden de la autoridad legítima, ni dirigir peticiones sino sobre asuntos que se relacionen con el buen servicio y **moralidad del Ejército**, y con arreglo a las leyes de su instituto. (...)” (negrillas fuera de texto).

"No obstante lo anterior, lo que sí es cierto es que como "derecho colectivo" existe desde la expedición de la Constitución de 1991, lo cual marca una diferencia frente a las normas preconstitucionales, que la trataban como principio o como deber, pero en otros contextos.

"Finalmente, en la actualidad la moralidad posee una doble connotación constitucional: i) Constituye un "principio", incluido en varias normas de la Carta Política, entre ellas en el art. 209 CP.; pero ii) también es un "derecho", del tipo de los colectivos, lo que le imprime características especiales que demandan distinguir los momentos diferenciados de su existencia.

"2.3.2. La moral administrativa es un "concepto jurídico indeterminado". El derecho a la moral administrativa carece de la concreción normativa que caracteriza otros derechos, que si bien pueden ser amplios y bastos en su contenido, tienen un sentido más preciso. Es el caso, por ejemplo, de los derechos al medio ambiente o al patrimonio, de mayor claridad conceptual y práctica; lo que no significa que no ofrezcan problemas en su aplicación, pero sin duda menores en su comprensión *a priori*.

"De manera que el derecho colectivo a la moral administrativa pertenece a ese tipo de nociones que en el derecho administrativo se denominan conceptos jurídicos indeterminados, es decir, significaciones demasiado amplias, imprecisas y hasta vagas, cuya concreción no es posible lograr con su sola enunciación.

"Este tipo de conceptos los utiliza comúnmente el legislador, y también el Constituyente, ante la dificultad que se presenta de tratar con precisión y rigor una materia, bien por imposibilidad conceptual o bien por imposibilidad fáctica de incluir en una palabra más precisa todo el universo de supuestos que pretenden regular. Esto hace que se deba apelar a expresiones omnicomprensivas de un acervo de situaciones que deben caber en el supuesto de la norma creada,

correspondiendo a otra autoridad, la que aplica la norma, interpretar el concepto y definir si se debe o no aplicarse a un caso concreto²¹.

“La labor de precisión del concepto jurídico indeterminado, con la pretensión de definir su posible aplicación o desecharla, por no corresponder con el caso, es creadora de derecho, o por lo menos aclaratoria del creado por el legislador. De hecho, uno de los primeros problemas que ofrece este tipo de conceptos es que no se sabe, de manera inmediata, si es aplicable al caso que se somete a examen, siendo necesario definirlo previamente para, posteriormente, determinar si el asunto concreto encuadra en el supuesto de la norma.

²¹ Esta Corporación se ha referido a la moralidad administrativa en varias ocasiones, asimilándola a lo que en derecho penal se denomina una “norma en blanco”, por contener elementos cuya definición se encuentran o se deberían encontrar en otras disposiciones y que, para verificar su posible amenaza o vulneración en un caso determinado, es necesario acudir al desarrollo específico y concreto que haya hecho el legislador sobre alguno de los aspectos del principio.

En este sentido, en la sentencia de junio 17 de 2001, se dijo: “... en otra oportunidad, la Sala tocó el tema del derecho colectivo a la moralidad administrativa. Reconoció que se trata de un principio constitucional que debía ser aplicado como consecuencia del alcance cualitativo del Estado Social de derecho, que impone otra manera de interpretar el derecho disminuyendo la importancia sacramental del texto legal, pues el ‘Estado de Derecho es bastante más que un mecanismo formal resuelto en una simple legalidad; es una inequívoca proclamación de valores supraleales y de su valor vinculante directo’. (...)”

“Adicionalmente, se anotó que la regla que cataloga la moralidad administrativa como derecho colectivo, esto es, el art. 4 de la ley 472 de 1998, es asimilable a lo que en derecho penal se ha denominado norma en blanco, pues contiene elementos cuya definición se encuentra, o se debería encontrar, en otras disposiciones, de manera que para aplicar la norma en blanco, el juez debe sujetarse a lo que prescribe la norma remitida respecto del concepto no definido en aquella. En efecto, se dijo, el artículo 4 de esa ley prescribe que los derechos enunciados ‘estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley’, y el artículo 7 refuerza esa idea, disponiendo que los derechos ‘protegidos por las acciones populares y de grupo... se observarán y aplicarán de acuerdo con como están definidos y regulados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales que vinculen a Colombia’. Sin embargo, se concluyó, las regulaciones a que se refieren las normas citadas, en materia de moralidad administrativa, por las razones expuestas, seguramente no consistirán en una definición conceptual, sino en un desarrollo específico y concreto del algún aspecto del principio.”

En un sentido técnico propio del derecho administrativo, el cual se quiere destacar en la presente providencia, este tipo de conceptos –moral administrativa- no se deben denominar “normas en blanco”, propias de ciertos tipos penales, sino “conceptos jurídicos indeterminados”, cuya teoría ha sido especialmente construida para explicarlos y llenarlos de contenido, en la forma en que se viene explicando en esta providencia.

De hecho, existen profundas diferencias entre ambos conceptos, que no es del caso tratar ahora, pero que sin duda muestran la distancia que hay entre una figura y otra.

"Desde luego que las múltiples aplicaciones del concepto, bien en la vía administrativa o en la jurisdiccional, según corresponda, ayudan a precisarlo, poco a poco, dándole concreción y sentido preciso, facilitando la aplicación a los casos futuros. Esta labor, lenta y puntual, también da lugar, frecuentemente, a que el operador jurídico encuentre diferentes contextos aplicativos de la norma, de manera que con frecuencia surgen matices en la aplicación de la misma, creándose una multiplicidad de significados locales del concepto, haciendo aún más técnico el uso del mismo.

"Estas cualidades también le aplican al concepto de "moral administrativa", sobre el cual ya la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha ido precisando no sólo su alcance, sino también su sentido focalizado.

"2.3.3. *La moral administrativa no incluye todo tipo de moral, pero sí protege la que está inmersa en el ejercicio de algunas funciones públicas.* Para acabar de definir el concepto de "moral administrativa" deben hacerse dos precisiones adicionales, que delimitan espacial y técnicamente el mismo.

"En *primer lugar*, la moral a que se refiere el artículo 88 CP. no incluye todo tipo de moral, entre ellas, la subjetiva o particular, sino sólo la administrativa. 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. Atendiendo a tal criterio, este derecho-principio no protege la moralidad en abstracto, ni la moralidad en general, sino una especie de ella: la que el Constituyente dio en llamar "moral administrativa". Así, entonces, ciertas conductas consideradas como éticamente incorrectas no pueden ser objeto de protección a través de la acción popular, porque pueden constituir violaciones a la moral privada, la cual se deberá seguir protegiendo a través de otro tipo de acciones que recojan los efectos de las conductas particulares moralmente indeseables.

“En *segundo lugar*, este concepto, pese a la distinción anterior, la cual delimita bastante bien el tema, sigue siendo problemático, porque el adjetivo “administrativo” puesto a la moral sugiere algunas ideas concretas, preconstruidas por el derecho público, y cuyo significado puede darle un giro determinado al alcance del concepto. Veamos por qué.

“La primera aproximación que podría dársele al concepto sugeriría que la expresión “administrativa” indica que sólo cuando actúa la rama ejecutiva o administrativa del poder público cabría controlar dichas decisiones por medio de la acción popular. En este orden de ideas, se sostendría que la moral administrativa es propia del ejercicio de la función administrativa, no así del ejercicio de otras funciones públicas. Desde luego que en este primer concepto de aproximación también se incluirían las demás ramas del poder público, siempre que ejerzan, en el caso concreto, función administrativa. Del mismo modo, incluiría a los particulares, siempre que ejerzan esta misma función.

“La Sala, sin embargo, descarta esta acepción restringida, y opta por una un poco más amplia, según la cual, para los solos efectos del art. 88 CP., dicho concepto no hace referencia concreta y exclusiva a una función pública, o a quienes extraordinariamente la ejerzan, sino que se refiere al concepto de “moral pública”, como género de la moral política.

“En este sentido, el derecho colectivo a la moralidad, en principio, es exigible de todos los órganos que ejercen tareas o actividades a cargo del Estado, en cualquiera de las ramas del poder público, pero no es protegible, a través de esta acción, la vulneración a este principio, en que incurran las autoridades jurisdiccionales y la legislativa.

“Esta interpretación, amplia y garantista, es la que mejor se acomoda a filosofía de la Constitución, así como a los derechos colectivos que se analizan y a la acción a través de la cual se protegen. Otro entendimiento limitaría, innecesaria e injustificadamente, el campo de aplicación de un derecho cuyo propósito no es

otro que proteger el ordenamiento jurídico de las desviaciones, provengan de la rama del poder público que provenga.

“Incluso, esta idea aplica a toda la rama ejecutiva, sin importar si ejerce una función administrativa. Recuérdese, en este sentido, que en ocasiones algunas entidades estatales realizan tareas que no comportan el ejercicio de la función administrativa. Es el caso de algunas tareas que ejecutan las empresas industriales o comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, quienes, pese a que no ejercen la función pública en casos concretos, pueden llegar a violar la “moral administrativa” en esos eventos, pues el adjetivo “administrativo”, se insiste, no se relaciona con el ejercicio de la función pública, si no con la ejecución de actividades por parte del Estado.

“Este entendimiento es el que mejor se compadece con el art. 88 CP., y con la filosofía político-jurídica que lo inspiró, pues la necesidad de proteger los derechos colectivos fue el sentido que inspiró al Constituyente para crear una acción que defendiera a la comunidad de ciertas acciones del Estado.

"2.3.4. La moral administrativa puede estar inmersa en una amplia variedad de acciones, instrumentos y decisiones del Estado. A diferencia de muchos otros derechos colectivos, la moral administrativa tiene la cualidad y característica de ser un derecho provisto de una alta potencialidad de proyectarse sobre la realidad, en el sentido en que no se encuentra anclada en un tipo de acto o momento específico, sino que puede manifestarse a través de distintas acciones e instrumentos.

“Es el caso de los contratos estatales, los actos administrativos, las simples o puras acciones materiales del Estado, entre otras formas de actuación administrativa. Incluso, las omisiones pueden involucrar una amenaza o violación al derecho a la moral administrativa, de manera que ningún medio parece escapar a la posibilidad de que a través de él se manifieste la moral administrativa. De aquí se puede concluir que, por lo menos en forma *a priori*, no se puede descartar ninguna forma

de expresión de la voluntad del Estado como posible medio amenazante o vulnerante de este derecho.

"1.3.5. Sentido, contenido e importancia del derecho colectivo a la moral administrativa. Su relación estrecha, pero no exclusiva con la corrupción. Como todo derecho, cualquiera sea su rango, el de la moral administrativa tiene un sentido que explica y justifica su existencia.

"En parte, de lo analizado sobre la moral en general, y en particular sobre la moral objetiva o pública, es posible inferir la importancia y utilidad de este derecho, en la vida institucional y jurídica colombiana. Sin embargo, es necesario destacar la trascendencia que tiene este derecho en el contexto de los demás que conforman el ordenamiento jurídico.

"En este orden de ideas, resulta innegable que la elevación de la moral a derecho colectivo destaca su especial vinculación con la exigencia ética de que el Estado y sus funcionarios actúen correctamente en relación con las tareas que tienen a su cargo, así como en la forma como deben desarrollarla. Esta preocupación refleja la elevación de la conciencia moral del colectivo social y del Estado de Derecho, tratando de unirlo con los fines del Estado moderno.

"Este hecho también pone de presente que el Estado no puede existir sin la moralidad como supuesto de subsistencia y de su acción permanente, lo cual si bien nunca se ha negado -de hecho ha existido desde antes-, ahora se ratifica, pero ya no como principio exigible en los procedimientos administrativos, o en el obrar en ciertos contextos especiales, sino como derecho público presente en todos y cada uno de los comportamientos estatales.

"De esta manera se refuerza el principio ético-político que ordena actuar correctamente, en relación con la cosa pública, sublimándose al máximo la importancia y necesidad que existe de potenciar las acciones buenas y correctas, dirigidas al cumplimiento de los deberes públicos para con los ciudadanos. Esta actitud conduce, en el corto plazo, a la universalización reforzada de la ética

pública, con un sentido expansivo y vinculante de todos los sujetos involucrados en el quehacer estatal.

“La moral administrativa, así concebida, debe producir también una eticidad social generalizada y también objetiva, que recoge las conductas buenas de los sujetos individualmente considerados y las universaliza, produciendo, a continuación, una actitud de regreso, es decir, que la propagación de una conducta correcta, exigida desde la ley y desde la jurisprudencia, hace sujetos políticos más virtuosos e íntegros, elevando y consolidando una cultura moral más arraigada.

“La consolidación de una moral pública objetiva también sirve para que cada ciudadano sienta como propia la suerte que corren en el mundo los demás miembros de la sociedad, de manera que contribuye a afirmar la unidad social de medios y de fines de acción, por el sólo hecho de que se compartan los propósitos morales del Estado. Esto mismo hace que la moral individual se transforme y perfeccione, por el hecho de que la moral colectiva la rescata y asume; pero, a su vez, la moral colectiva se recrea, por el hecho de que la moral individual se eleva y acrecienta, en el sentido de la perfección, hasta influenciarse la una sobre la otra, propiciando un progreso y refinamiento del comportamiento social e individual en la vida cotidiana.

“Tan noble oficio que cumple la moral tiene, sin embargo, su contrapartida más evidente, pero no la única, en la corrupción. Ésta enfermedad de las sociedades de todos los tiempos tiene la capacidad de destruir la unidad ética que pudiera alcanzarse entre los individuos y la colectividad.

“En la actualidad, uno de los temas que integra la denominada “agenda mundial”, es decir, el catálogo de asuntos de los que se ocupan los Estados desarrollados del mundo, es el impacto que la corrupción genera sobre la sociedad política y la privada en todos los países del mundo²². Lo particular de este asunto es que los efectos de la corrupción han llegado a preocupar a los Estados de todos los

²² Los otros temas son, entre otros: la democracia de los Estados, la defensa de los derechos humanos, el terrorismo y la protección del medio ambiente.

continentes, lo que refleja fielmente el alcance que este flagelo ha tenido en la sociedad del presente y del porvenir, sobre los Estados ricos y pobres, los del este y el oeste, los del norte y los del sur.

“Pero a este nivel de preocupación nacional y global no se ha llegado por casualidad. Algún tipo de conexión debe existir entre esta distorsión de la conducta pública y privada éticamente correcta, y la existencia de la política, de la administración pública y de los negocios privados. En efecto, con el tiempo, los niveles de la corrupción han llegado a alterar el equilibrio mínimo y vital que debe existir en una sociedad, y los efectos de la misma sobre los distintos niveles de las relaciones públicas y privadas han modificado los patrones de conducta y de credibilidad en términos de valores, tanto individuales como colectivos.

“La situación se hace más difícil si se tiene en cuenta que el acto de corrupción es un fenómeno expansivo, en términos de sujetos involucrados, pues alrededor de él se gesta una cadena de amigos que va ampliando su círculo y contagia a un número cada vez mayor de personas, lo que, en términos prácticos, se traduce en un relajamiento expansivo de los valores colectivos que le hacen perder fuerza a los valores éticos sociales, debilitándose la moral pública, debido a su, cada vez más, gran espacio de acción en la gestión de lo público.

“Esta proliferación, y además aceptación social y particular de conductas contrarias a las reglas del correcto funcionamiento de la vida de relación con los demás, ha propiciado y hasta fomentado la aparición de los anti-valores que se asientan en el tejido social y se posan en lo más interno de las estructuras individuales, familiares, comunitarias y políticas de la sociedad, creando nuevos parámetros de conducta que transforman a la sociedad misma, acostumbrándola a convivir en un medio que no fomenta la civilidad y la conducta éticamente buena entre los miembros de la sociedad, lo que termina minando el sustrato ético de la sociedad política, que si no es portadora de valores morales mínimos acerca de lo correcto y lo bueno, termina generando y atentando contra los siguientes principios estructurantes de una comunidad política moderna, como la colombiana.

"- *La corrupción atenta contra los derechos humanos.* La corrupción atenta directamente contra los derechos fundamentales de las personas, pues ¿de qué manera podrían asegurarse estos derechos donde algunas personas están dispuestas a violentar en los demás su igualdad, el respeto a la dignidad humana, el acceso a las posibilidades de distinto orden que concede el Estado, al trabajo, etc.? Por razones lógicas, siempre la corrupción afectará los derechos humanos de quienes no participan de ella, pues es propio de todo acto de corrupción negar a los demás algunos derechos potenciales o reales, para adjudicárselos a sí mismo o a una persona a quien se tiene interés en beneficiar.

"La conexión entre derechos humanos y corrupción no es ocasional ni extraña. Por el contrario, cada acto de corrupción tiende, por su propia naturaleza, a comportar un desprecio por los demás hombres de la comunidad, pues siendo claro que en el acto de corrupción tanto el corrupto como el corruptor buscan su propio beneficio, o el de un tercero; entonces esto lo hacen a costa de los derechos de los demás, actitud que es suficientemente indicativa del rechazo que se hace a los otros, al punto que su suerte no le importa al corrupto, sino únicamente el beneficio que obtiene con el acto de vandalismo que realiza, en relación con los derechos de los demás.

"En este orden de ideas, quién habría de desconocer que la corrupción al interior de un hospital no atenta contra la salud o la vida de los ciudadanos, o que la corrupción en un centro educativo no atenta contra la educación, o que la corrupción en un centro penitenciario no afecta la dignidad de los presos, o que el robo en los contratos atenta contra la estabilidad económica del país y su capacidad para asumir tareas y prestar servicios esenciales de los habitantes de un Estado? ¡Nadie!

"- *La corrupción genera exclusión.* Lo anterior ayuda a entender que la corrupción también genera exclusión de los ciudadanos que no participan de ella, pues quien no lo practica no accede a determinados bienes o servicios, que se entregan a quienes se los reparten en forma irregular -puestos de trabajo, ayudas económicas, cupos de vivienda, de estudio-. Ante esta situación los ciudadanos

honestos se ven privados de muchos derechos y por tanto excluidos de determinadas esferas de lo público, y aún de lo privado, a la vez que son separados de los lugares en los cuales se debería asegurar la posibilidad de que ellos también pudieran participar.

“Esta situación termina generando violencia, porque los excluidos tienen ocasión, e incluso razón, para reclamar, por la fuerza y el terror, lo que por el derecho y la moral pública debió estar a su alcance. Esta violencia que instaura la corrupción no sólo se expresa en términos armados, sino también en medios menos violentos, pero al fin y al cabo desestabilizadores de la paz y la convivencia, como por ejemplo la desidia, la apatía y la discordia permanente entre los hombres.

"- *La corrupción conduce al subdesarrollo.* Es apenas evidente que cuando los funcionarios públicos y los ciudadanos de un Estado viven entre los intersticios que dejan las normas, entre los negocios prohibidos y en medio de la ilegalidad, el impacto sobre las posibilidades de desarrollo es enorme, tanto así que la reducción de los recursos públicos, producto de los actos de corrupción sobre el erario, puede desestabilizar la economía de un país, tanto que muchos han entrado en crisis a causa del despilfarro y el robo –fundamentalmente en la contratación estatal-.

"- *La corrupción destruye el sustrato moral de una sociedad política.* La pérdida de los valores también es una consecuencia lógica del incremento de los actos de corrupción, tanto que en ocasiones el parámetro moral cambia: lo que antes era incorrecto deja de serlo, porque los hombres se acostumbran a vivir entre el fango y dejan de percibirlo como desagradable.

"- *La corrupción atenta contra la legitimidad del poder.* Un Estado afectado por la corrupción es un espacio político donde las personas dudan de lo que en nombre de él se hace. Se sospecha de la bondad de las leyes, de los actos del Gobierno, de la justicia de los fallos de los jueces, de la intencionalidad expresada por los funcionarios públicos en todas las decisiones que toman. En este contexto todo está dispuesto para que cualquier persona asuma el poder por su propia mano,

pues se duda de la acción de todo el aparato estatal y se pierde la credibilidad en lo que representa al poder público.

"Teniendo en cuenta lo anterior, es decir, este múltiple impacto negativo sobre las bases mismas de un Estado y todos sus componentes, hay que asumir la defensa contra tan grave mal de la sociedad moderna -desarrollada y subdesarrollada-, exigiendo respuestas adecuadas por parte del propio Estado, encargado, en nombre de la eticidad, de sostener los principios morales sobre los cuales se sustenta el poder público constituido por la asociación de hombres.

"Asumir la defensa contra la corrupción es lo mismo que apropiarse de la reconstrucción nacional en términos éticos, a la vez que responde a la política mundial de defensa contra la misma, tarea a la que están entregados la mayor parte de los países del mundo, incluidos los desarrollados. Se trata pues de una de las causas de los mayores males que aqueja al mundo moderno.

"Lo anterior sintetiza la importancia de que el Estado, y sus funcionarios, actúen éticamente, pues no cabe duda que las acciones incorrectas causan desolación en la vida institucional y social, propiciando la perversión del sistema, por falta de credibilidad en la corrección de las acciones públicas, destruyéndose, de contera, la confianza que debería existir entre quienes se asocian para buscar la felicidad y la tranquilidad, a través de las instituciones públicas.

"2.3.6. Aspectos en los que se materializa la moralidad administrativa. Aunque de manera general la filosofía política ha explicado las bondades de la existencia de una moral pública, en los términos antes analizados, es preciso concretar, en términos de la moral administrativa, a qué se refiere la Constitución Política de 1991 con este concepto y cuál es su contenido más probable.

"2.3.6.1. Moralidad y legalidad. Criterio riguroso de moral administrativa. La jurisprudencia de esta Sección ha sostenido, en múltiples fallos que reiteran la misma posición, que la moralidad administrativa guarda una estrecha relación con

la legalidad concreta, es decir, que se atenta contra ella si se viola, a su vez, la ley o el ordenamiento jurídico en general.

“No obstante, también se tiene dicho, a manera de precisión, que no toda violación al ordenamiento jurídico implica la vulneración de la moralidad administrativa, porque no siempre las normas involucran un principio o deber moral en su interior. En este sentido ha dicho la Sala:

“En sentencia de noviembre de 2004, que:

“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.

En el *sub examine*, se echan de menos esos requisitos. No puede concluirse que por la sola omisión en la transferencia de recursos de una entidad estatal a otra de la misma naturaleza, se afecte la moralidad administrativa, pues, tal como se indicó con anterioridad, el desconocimiento de ese derecho se presenta cuando la actuación de la administración se encuentra desligada de los fines y principios que regulan la administración, y obedece a finalidades de carácter particular con el objeto de favorecer intereses propios o de terceros con claro desconocimiento de los principios de la administración.

No puede olvidarse que la administración además de cumplir con las obligaciones que le impone el ordenamiento legal también debe tener en cuenta la conveniencia en el cumplimiento de sus obligaciones. Así, la conducta pudo estar fundada en criterios válidos en algún momento para la administración, como por ejemplo la falta de claridad en el precepto legal, lo que impedía contar con la certeza necesaria para cumplir con la norma.

Correspondía a los actores demostrar, además de la omisión, la presencia de elementos de carácter subjetivo contrarios a los fines y principios de la administración, esto es: conductas amañadas, irregulares o corruptas que favorecen el interés particular a costa de ignorar los fines y principios de la recta administración. Esa prueba se echa de menos.”²³

“En ese mismo sentido, en sentencia de junio de 2005:

²³ Sentencia de 4 de noviembre de 2004. Exp. AP-2305.

“La moral administrativa consiste en la justificación de la conducta de quien ejerce función pública, frente a la colectividad, no con fundamento en una óptica individual y subjetiva que inspire al juez en cada caso particular y concreto, sino en la norma jurídica determinadora de los procedimientos y trámites que debe seguir éste en el cumplimiento de la función pública que le ha sido encomendada.

Por contera la vulneración a la moral administrativa no se colige de la apreciación individual y subjetiva del juez en relación con la conducta de quien ejerce función pública; tal inferencia, como lo ha concluido la Sala surge cuando se advierte la inobservancia grosera, arbitraria y alejada de todo fundamento legal, de las normas a las cuales debe atenderse el administrador en el cumplimiento de la función pública. Cabe agregar que la sola desatención de los trámites, procedimientos y reglamentos establecidos normativamente para el ejercicio de la función pública, en que el encargado de la misma incurra, no lleva a concluir automáticamente y sin fórmula de juicio, la vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa; es necesario además, que de la conducta transgresora del ordenamiento establecido pueda predicarse antijuridicidad, entendido este elemento como la intención manifiesta del funcionario de vulnerar los deberes que debe observar en los procedimientos a su cargo.

Así, se concluye que la moralidad administrativa está inescindiblemente vinculada al cumplimiento de las funciones que se establecen en la norma para el ejercicio de un cargo, porque es en el ordenamiento jurídico donde la actuación del encargado de la función pública encuentra su justificación frente a la colectividad y por ende está estrechamente relacionada con el principio de legalidad, cuya vulneración puede darse por extralimitación o por omisión de las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones (artículo 6 de la C.N.), comprometiendo la responsabilidad del agente causante de la vulneración, no sólo frente al Estado y los directamente afectados en un derecho subjetivo amparado en una norma, sino frente a la colectividad interesada en que se mantenga la moralidad administrativa, derecho cuyo disfrute no corresponde a un titular determinado y concreto sino a toda la comunidad.”²⁴

“Y en agosto del mismo año se dijo que:

“En efecto, la moralidad administrativa, se refiere al ejercicio de la función administrativa 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, sin que cualquier vulneración al ordenamiento jurídico, en el ejercicio de tal función, lleve consigo de manera automática, vulneración a la moralidad administrativa, por cuanto, no toda violación al principio de legalidad, lleva consigo necesariamente violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Es menester escindir la violación al principio de legalidad cuya protección es ajena a la acción popular y propia de las acciones ordinarias, de la vulneración a la moralidad administrativa, esta si pasible de protección a través de este mecanismo procesal.

²⁴ Sentencia de 2 de junio de 2005. Exp. AP-720.

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.

Pero no siempre la ilegalidad conduce a la vulneración a la moralidad administrativa y corresponde al accionante en la acción popular la carga procesal de precisar el aspecto en el cual radica la trasgresión a este principio, endilgando acusaciones propias de su vulneración y no solo de ilegalidad.

Igualmente al juez de la acción popular le corresponde superar los límites de la revisión de ilegalidad de la actuación con la que según la demanda se vulnera la moralidad administrativa, para extender su análisis a las motivaciones que llevaron al funcionario a ejecutar la actuación.”²⁵

“Esta posición refleja, perfectamente, la estrecha relación que existe entre legalidad y moralidad, justificada para proteger a los individuos de la tiranía de los valores, es decir, del riesgo que se corre de que cualquier juez diga, en cada caso concreto, qué es lo moral y lo inmoral, al margen de las normas positivas, sorprendiendo, por tanto, a las personas involucradas en la toma de una decisión pública.

“2.3.6.2. La moralidad también se afecta cuando se vulneran los principios generales del derecho. Criterio ampliado de moral administrativa. La anterior posición fue recientemente flexibilizada por esta Sala, avanzando un poco más en la protección del derecho colectivo, abriendo el concepto de moralidad, para relacionarlo, ahora, con la violación a los “principios generales del derecho”.

“De esta manera, la legalidad pura y simple deja de ser el comienzo y el fin de la moralidad administrativa, el lugar en el cual se recoge en forma completa, para convertirse en uno de los espacios a través de los cuales se expresa la moralidad.

“Los principios se convierten en uno de los criterios de control de la protección de la moralidad, de manera que se pasa de observar si un mandato concreto ha sido

²⁵ Sentencia del 24 de agosto de 2005. Exp. AP- 00601.

violado por una acción u omisión de una entidad estatal, o de un particular en ejercicio de una función pública, para apreciar si un principio se ha desconocido, y con él se viola, a su vez, la moralidad administrativa. Esta posición se insinuó, en los siguientes términos, en la sentencia de junio de 2001 -exp. AP 166 de 2001-. Dijo en esa ocasión esta Sección que:

'(...) en otra oportunidad²⁶, la Sala tocó el tema del derecho colectivo a la moralidad administrativa. Reconoció que se trata de un principio constitucional que debía ser aplicado como consecuencia del alcance cualitativo del Estado Social de derecho, que impone otra manera de interpretar el derecho disminuyendo la importancia sacramental del texto legal²⁷, pues el 'Estado de Derecho es... bastante más que un mecanismo formal resuelto en una simple legalidad; es una inequívoca proclamación de valores supralegales y de su valor vinculante directo²⁸.

'De allí que es tarea del juez garantizar la vinculación directa de la función administrativa al valor de los principios generales proclamados por la Constitución, aunque eso le cueste, como ya lo ha reconocido la jurisprudencia de esta corporación, hacerse cargo de la difícil tarea de aplicar directamente tales principios, cuyo contenido, por esencia, es imposible de definir a priori, pues de hacerlo se corre el riesgo de quedarse en un nivel tan general, que cada persona puede extraer significados distintos y llegar a soluciones diversas²⁹ '.

"En esta misma línea doctrinaria dijo recientemente la Sala –sentencia de febrero 21 de 2007, exp. AP-0355-, aplicando los principios generales del derecho al caso concreto, que:

"3.1.3 El actor también acusó al Ministerio de haberse apartado de los principios constitucionales y legales que orientan la función pública, y también de los principios consagrados en la ley 100 de 1993, para garantizar el servicio público esencial de la salud, al no dar celeridad al pago de los recursos de la salud, apoyado en consideraciones de orden formal o simples trámites burocráticos administrativos, que han llevado a la acumulación de solicitudes y entorpecen el flujo del recursos de la seguridad social.

²⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia proferida el 16 de febrero de 2001 exp. AP 170.

²⁷ Ver, entre otras, Corte Constitucional T 406 de 1992.

²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho. Editorial Civitas S.A. Madrid 1986. P 170.

²⁹ LARENZ, Karl. Derecho Justo, fundamentos de ética jurídica. Editorial Civitas. Madrid 1993. P 37.

"Respecto a esta censura, se considera que dentro del ejercicio de la función pública, las autoridades deben obedecer al marco de legalidad, pues éste es uno de los principios del Estado Social de Derecho y fundamento rector del ejercicio de la actividad administrativa, y lo cierto es que las exigencias para las reclamaciones de recobro están previstas en reglamentaciones normativas, que definen y delimitan la actuación de quien ejerce esa función estatal.

"No obstante lo anterior, para la Sala el retardo mismo en tramitar los reclamos y pagar las cuentas, no así los requisitos exigidos para admitirlas, afecta la moralidad administrativa, porque la desarticulación de este componente de la seguridad social atenta contra los principios y valores que inspiran la prestación del servicio, como los de eficacia, universalidad y unidad, definidos en el art. 2 de la ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

'a. EFICIENCIA. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente;

'b. UNIVERSALIDAD. Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida; (...)

'e. UNIDAD. Es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social, y'

"El incumplimiento de los plazos previstos en la regulación, en forma por demás severa, según se vio en el análisis probatorio, afecta estos principios rectores del funcionamiento de la seguridad social, y no se puede permitir que se perpetúe ese estado de cosas, contrario a los derechos colectivos, sin que se adopten medidas radicales para resolver los problemas que afectan a la comunidad completa.

"Esta decisión se adopta no obstante que el Estado ha tomado medidas para tratar de superar los problemas analizados, pero es claro que no han sido suficientes ni óptimas para resolver todas las dificultades.

"Por las anteriores razones la Sala encuentra acreditada la violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa."

"En la misma perspectiva anotada, dijo la Sección, el mismo 21 de febrero de 2007 –exp. AP. 549–, que:

"La moralidad administrativa, en cuanto principio constitucional y legal que orienta la función administrativa, hace parte de la 'legalidad' que esta debe observar, pero de manera alguna esto significa que se manifieste únicamente a través de reglas y límites para el ejercicio de esta función, pues como se observó detenta un

valor normativo de manera autónoma a más de manifestarse también como expectativa de la comunidad. No pueden confundirse entonces los principios de legalidad y moralidad administrativa, aunque existe una estrecha relación entre ellos.

“Puede decirse entonces que es viable constatar una violación al derecho o interés colectivo a la moralidad administrativa simplemente con la verificación del quebrantamiento de una norma legal que la desarrolle de manera directa e inequívoca como principio; sin embargo, en las más de las veces no ocurre así, pues aunque exista (y debe existir) una norma como referente, se hace necesario un desarrollo interpretativo y argumentativo del juez en cada caso, capaz de demostrar la efectiva violación o amenaza al derecho o interés colectivo a partir del análisis de la relación entre la moralidad administrativa entendida como principio y esta.

“Estas decisiones respaldan y sustentan la ampliación de la precomprensión del concepto de moral administrativa, y marcan la línea doctrinaria de la jurisprudencia para su futura consolidación conceptual.

“2.3.6.3. *La moral administrativa más allá de la legalidad pura y simple. Criterio extenso de moral pública.* Si bien el anterior criterio hace evidente el esfuerzo por abrir más el concepto de moral administrativa, para abarcar toda la riqueza conceptual que contiene, en todo caso subsiste la necesidad de penetrar más su alcance, hasta comprender, plenamente, los contornos a que debe llegar la protección a este derecho.

“En este sentido, no se desconoce que una de las más importantes técnicas de identificación del contenido concreto de la moral administrativa, pero también la más simple y sencilla, es la verificación de la observancia de las normas jurídicas, portadoras, en muchas ocasiones, de valores morales. Sin embargo, este derecho colectivo no lo puede reducir el juez a esta condición, so pena de comprimir su riqueza material.

“Esta postura, además, es excesivamente formalista, y carece de sentido lógico ante la abundancia moral de la acción humana y de la actividad pública, así persiga un fin bueno: garantizar la seguridad jurídica, evitando “sorpresas” para la administración pública, por parte de los jueces, quienes en un momento dado

podrían considerar que moral es algo al margen de la norma positiva. No obstante, este criterio esconde un sacrificio excesivo al derecho colectivo a la moral administrativa, por varias razones:

“En primer lugar, es equivocado asociar, inescindiblemente, legalidad y moralidad - y a la inversa-, porque la ética queda reducida a la ley; cuando el derecho ha superado, hace bastante tiempo, ese atavismo jurídico, pues no toda moral está contenida en la norma, del mismo modo que tampoco toda ley contiene un concepto moral.

“Razonar de este manera habría impedido que los derechos fundamentales, como por ejemplo el de la igualdad, sean lo que hoy son: una indagación axiológico-normativa sobre la relación de trato, de carácter material, que se verifica en la norma y también en el caso concreto. Si la Corte Constitucional hubiera procedido de manera diferente habría dicho que la igualdad es lo que la ley diga, en lugar de hacer un juicio de ponderación sobre la circunstancias concretas del caso, para verificar la igualdad de trato.

“En este sentido, habría supuesto que el legislador hizo una ponderación de la igualdad, la cual el juez no podría revisar, so pena de sorprender a la administración que aplica la norma. Con esta forma de razonar y asumir los problemas jurídicos complejos, que involucran la axiología y el derecho, al Estado no se le podría cuestionar la valoración que hace en torno a la igualdad; y del juez se diría que lo pondría en riesgo, sorprendiéndolo con el análisis que hiciera, eventualmente distinto al de la entidad que se controla.

“En parte, el inadecuado entendimiento tiene que ver con el hecho de que si la moral fuera la ley misma, entonces el derecho colectivo no sería el de la “moralidad administrativa” sino el de la “legalidad administrativa”. Pero las cosas no pueden ser de ese modo, pues este argumento esconde la supresión de este derecho colectivo, al reducirlo al principio de legalidad rígido, en cuyo caso brilla sólo la legalidad, que tan sólo recoge expresiones morales concretas. Para la Sala no cabe duda que se trata de dos principios jurídicos diferentes, y que so pretexto

de evitar el eventual desafuero de los jueces no se puede reducir, siempre, la moral al derecho positivo.

“De hecho, si se confundiera la legalidad con la moralidad, la protección de ésta equivaldría a un juicio legal, luego la Constitución no habría agregado valor al ordenamiento jurídico cuando creó el derecho colectivo, pues no sería otra cosa que la misma normatividad, pero reformulada en términos de axiología.

“Entre las alternativas posibles de control de la moralidad puede el juez verificar tanto los “fines” de la acción administrativa, como los “medios” empleados para obtenerlos, pudiendo ocurrir que alguno de ellos no tenga prescrito en la ley un modo de acción concreto, no obstante lo cual el mecanismo de actuación empleado podría resultar inmoral.

“Estas dos técnicas de control a la moralidad dan cuenta de la amplia posibilidad protectora que tiene el juez para reconducir las acciones administrativas hacia los más correctos modos de obrar. Estas posibilidades requieren, no obstante, ingentes esfuerzos judiciales de comprensión y asimilación del problema, que sólo es posible lograr a través de las acciones populares, no a través de las acciones convencionales que protegen la legalidad pura.

“En este orden de ideas, el juez debe verificar si el fin empleado es aceptable, y si los medios para alcanzarlos lo son igualmente. De este modo, puede ocurrir que un fin público inaceptable se realice por medios aceptables, o que un fin público aceptable se lleve a cabo por medios inadmisibles, desde el punto de vista moral. Todos estos aspectos de la acción requieren de un control, y bastaría con que un elemento de la cadena de la realización de las acciones administrativas se rompa, para que la protección, a través de la acción popular, deba actuar.

“En ocasiones, la manera de medir estas conductas puede hacerse por intermediación del derecho puro; en otras por medio de la moral pura; otras veces en forma combinada, dando lugar a un amplio espectro de colaboración entre el derecho y la moral, en sus distintas facetas.

“De esta manera, deberá ocurrir que la trampa, la astucia, el engaño político, la mentira, el desorden y otras formas de acción u omisión de tinte inmoral, que no siempre dan al traste con la legalidad material o formal de una actuación estatal, deben reconducirse a través de las acciones populares. En este sentido, el mal comportamiento bien puede afectar la moral, sin afectar la legalidad, debiendo el juez popular corregir el comportamiento moral del Estado y sus funcionarios³⁰. Entre otras cosas, porque no puede creerse que siempre el acto controlado por medio de la acción popular es un contrato o un acto administrativo –susceptibles de confrontarse contra las normas positivas-, pues es claro que las puras actuaciones materiales también pueden amenazar o violar la moral administrativa.

“El análisis racional, los principios jurídicos y los valores señalan a la administración lo que es correcto e incorrecto, de la manera aceptada por la sociedad, para lo cual el juez deberá verificar ese comportamiento, hasta determinar si vulnera la moralidad administrativa, sin temor a que esta actitud produzca un desorden social en los valores; por el contrario, debe afianzarlos y asegurarlos.

“Desde este punto de vista, no se puede confundir el reto que tiene el juez de hacer efectivo y real el derecho colectivo a la moral administrativa, a través de canales distintos al típico control de legalidad; con la dificultad que existe de controlar la moral pública. Construir una moral aplicada, al lado del derecho y al rededor de éste, es la tarea que se debe acometer para hacer efectiva la Constitución, y contribuir al desarrollo y sublimación de la moral pública, cada vez más perfecta y elevada. El juez de la acción popular, por tanto, debe pasar de buscar en las actuaciones administrativas simples “vicios legales”, a buscar también “vicios morales”, ambos con la misma capacidad destructora del ordenamiento jurídico.

³⁰ Tal es el caso en el cual una entidad pública no respete el derecho de turno en la atención de asuntos o personas a su cargo, y que lo alterara su arbitrio. Si no hubiera norma que regulara el tema –hoy en día algunas tratan el asunto, a propósito de aspectos concretos- el positivismo diría que no se afecta la moralidad pública; pero desde la perspectiva ética no cabría duda que este tipo de comportamiento requieren corrección, desde la óptica social, pues tal estado de cosas atentan contra el debido comportamiento que se debe ofrecer a los ciudadanos.

“Esta situación refleja, de mejor manera, que el juez de la acción popular está invitado –incluso obligado–, por la Constitución y el legislador, a realizar un juicio moral sobre las acciones públicas, sin que deba sentir temor a adentrarse en terrenos movedizos, pues desde 1991 la moralidad administrativa adquirió el rango de derecho, ya no sólo de principio abstracto, y de su mano se debe hacer una nueva lectura de las actuaciones públicas, ya no sólo la de la legalidad, sino también la de la moralidad³¹.

“En síntesis, hoy en día es posible desentrañar la moral administrativa en varios lugares, unos más comunes que otros, unos más complejos que otros, unos más grandes que otros: i) al interior de la norma positiva –la Constitución, la ley, los reglamentos, y en general en cualquier norma del ordenamiento jurídico que desarrolle un precepto moral–; lugar en el cual, comúnmente, buscan los abogados la moralidad pública; ii) en los principios generales del derecho y en los concretos de una materia, los cuales mandan, desde una norma, actuar de un modo determinado, aunque menos concreto que el común de las normas positivas. Esta

³¹ JERZY WRÓBLEWSKI señala que “Una decisión de interpretación será necesaria si en opinión del órgano de decisión, el significado del texto legal que quiere utilizar no es lo bastante claro para disponer sobre el caso en cuestión. Entonces tenemos que acudir a una interpretación operativa. En otro caso se dará una situación de isomorfia entre la norma y los hechos del caso y *clara non sunt interpretanda*.

“Un margen en la interpretación estará presente siempre que se interprete el texto legal, dado el papel de las valoraciones en ese tipo de actividad. Se evalúa si el texto es o no claro, se escogen directivas de interpretación y las formas de aplicar aquellas. Hoy día no se cuestiona por ninguna teoría ni ideología de la interpretación jurídica la existencia de este tipo de margen, que está conectada con los rasgos del lenguaje normativo.

“Entre los márgenes en la interpretación pueden incluirse también aquellos que resultan del uso de cláusulas o referencias generales a reglas y valoraciones extra-sistemáticas, como las reglas de equidad, de moralidad, los principios de co-existencia social etc. En tales situaciones el órgano de decisión dispone sólo de una indicación general del tipo de reglas y valoraciones que debe utilizar para determinar el significado de la norma. La referida determinación, se abre, por supuesto, a algunos márgenes de apreciación.” (Sentido y hecho del derecho. Ed. Fontamara. México. 2003. pág. 317)

En ese mismo sentido Sergio Iván ESTRADA VÉLEZ, manifestó: “En la actualidad, se reconoce la existencia de un material axiológico compuesto de principios y valores como concreción de una moralidad pública o sentir de la sociedad, de sus necesidades o requerimientos, del cual deriva su validez la norma positiva, de tal forma que ‘el enjuiciamiento de la validez de las normas no se atenderá ya al criterio jerárquico únicamente, sino que este habrá de completarse con el criterio de las relaciones entre los contenidos normativos.’ ” (La excepción de principalidad. Ed. Temis. Bogotá. 2000. pág. 8)

fuentes de la moralidad administrativa es menos precisa, pero no por ello menos concreta en sus mandatos. Admite, por esta misma circunstancia, un alto nivel de valoración, pero sin tolerar el capricho³². Finalmente, iii) la moral administrativa también se halla por fuera de las normas, pero dentro del comportamiento que la sociedad califica como correcto y bueno para las instituciones públicas y sus funcionarios, en relación con la administración del Estado. Esta fuente de la moral administrativa exige del juez mayor actividad judicial, pero con ayuda de la razón y del sentido común ético puede calificar los distintos comportamientos administrativos a la luz de la moral exigible de quien administra la cosa pública. Este lugar, más abstracto aún que el anterior, exige una ponderación superior, en manos del juez, de la conducta administrativa, a la luz de la ética pública.”

3. La nulidad de los actos administrativos en sede de acción popular.

Finalmente, también debo destacar que comparto la postura que defiende la Sala, en relación con la posibilidad que tiene el juez de la acción popular de anular actos administrativos, cuando amenacen o vulneren derechos colectivos. Esta postura se impuso en la sentencia de esta misma Sección radicada con el No. AP 355 de 2006, de la cual fui ponente, de modo que me satisface acompañar en este tema la providencia que ahora se comenta, pues confirma la posibilidad de demandar actos administrativos que atenten contra los derechos colectivos, pero además reitera la posibilidad de anularlos en dicho proceso.

No obstante, mi precisión radica en que la Sala señala ahora que la razón por la cual se puede anular un acto administrativo, en este tipo de procesos, es porque se halle incurso en alguna de las causales previstas en el art. 84 CCA. –ver fl. 23-

³² El Profesor Hernán Valencia Restrepo, en *Nomoárquica, Principialística jurídica o Filosofía y Ciencia de los Principios Generales del Derecho*, propone, con rigor científico, que los principios generales cumplen tres funciones en el derecho: Función creativa, función interpretativa y función integrativa –págs. 67 a 124-. Además de explicar el sentido de cada una de estas funciones, expone, magistralmente, la manera como cada una de ellas se desenvuelve en el “caso concreto”. También señala que, con su ayuda, “... el derecho es, se hace o se conoce.” (pág. 69) (Ed. Comlibros. Cuarta edición. Medellín. 2007)

Al respecto debo decir que, efectivamente, estas causales de nulidad rigen en el juicio de acción popular. Sin embargo, creo que no son las únicas. En particular, considero que un acto administrativo que vulnere un derecho colectivo, así no se encuentre incurso en alguno de los supuestos del art. 84, es causal suficiente para anularlo.

En otras palabras, existe una causal autónoma de nulidad, no comprendida en el art. 84 mencionado: la vulneración a un derecho colectivo. Negarlo le restaría eficacia y valor propio a cada uno de los derechos e intereses colectivos, cuando es la misma Constitución Política quien les ha dado un valor superior, al elevarlos a rango constitucional.

Pensar como lo hago le brinda proyección y autonomía propia a estos derechos, cuya necesidad de ofrecerles una protección reforzada demanda de posturas renovadas que les den vida y existencia, en lugar de hacerlos depender de instituciones ancladas en el pasado y en una mentalidad que no se corresponden con la que hoy exigen estos derechos modernos.

En estos términos dejo sustentada mi aclaración de voto.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO