

Fecha de recepción
del artículo:
6 agosto del 2012

Fecha de aceptación
del artículo:
7 noviembre del 2012

Aproximación al concepto jurídico de moralidad administrativa¹

Approach to the legal concept of administrative morality

Oscar-Iván Hernández-Hernández*

Resumen

La moralidad administrativa, como una expresión de los derechos colectivos consagrados en la Constitución Política de Colombia de 1991, constituye una institución constitucional innovadora en la vida jurídica de este país, buscándose con ella la inspiración del Estado en el cumplimiento de sus fines. El presente artículo busca un acercamiento a la esencia de este derecho con el sentido teórico que le han venido confiriendo tanto la doctrina como la jurisprudencia. En conclusión, se trata de abordar las relaciones existentes entre moralidad administrativa, derechos colectivos y patrimonio público.

Palabras clave

Derechos colectivos, doctrina, jurisprudencia, moralidad administrativa, patrimonio público.

Abstract

Administrative morality, as an expression of the collective rights enshrined in the Colombian Constitution of 1991, is an innovative constitutional institution in the legal life of this country, it seeks the inspiration of the State in meeting its goals. This paper seeks an approach to the essence of this right in the theoretical sense that has been given to it by both doctrine and jurisprudence. In conclusion we seek here to address the relationship between administrative morality, collective rights and public property.

.....
Cómo citar este artículo: Oscar-Iván Hernández-Hernández. *Aproximación al concepto jurídico de moralidad administrativa*. Revista DIXI. Diciembre 2012. At. 54.

¹ Este artículo corresponde a un avance de la tesis de Maestría en Derecho en la Universidad de Medellín, titulada *La moralidad administrativa como derecho colectivo*, año 2012.

* Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín. Estudiante de Maestría en Derecho en la Universidad de Medellín. Director del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Medellín. Docente-investigador del grupo “Rizoma”, de la misma Facultad. Correo electrónico: oscar.hernandez@ucc.edu.co

Keywords

Collective rights, doctrine, jurisprudence, administrative morality, public property.

■ Introducción

En Colombia, la Constitución Política de 1991 consagra la forma jurídica de un Estado social de derecho, es decir, aquella en la que el Estado debe desempeñar un papel interventor, procurando lograr el equilibrio en las relaciones sociales. Para tal fin debe propender por la realización de los principios consagrados en la misma Constitución como la prevalencia del interés general, la solidaridad, la dignidad humana y el trabajo, entre otros, principios que constituyen la piedra angular de este tipo de Estado, que apunta a lograr una justicia social. La concepción de *Estado Liberal*, que el país sustituyó por la del *Estado Social de Derecho*, era aquella fundamentada en el principio de la no intervención en las relaciones entre los particulares, plasmado en la Constitución Nacional de 1886.

En efecto, la carta fundamental consagra una vasta gama de derechos de toda índole: fundamentales, colectivos, sociales, económicos, culturales, civiles y políticos. Por otra parte, el constituyente consideró que no era suficiente la mera consagración formal de estos principios, sino que era necesario dotar a las personas de herramientas jurídicas que hicieran efectivos estos derechos frente al mismo Estado. Por esta razón, los derechos emanados de esos principios se consideran verdaderos poderes jurídicos en cabeza de las personas, y esto se logra mediante el amparo de distintas acciones constitucionales como la de tutela —que protege los derechos fundamentales—, las acciones populares —que protegen los derechos

colectivos— y la acción de cumplimiento, que busca la aplicación de las normas generales.

En cuanto a los derechos colectivos, como una de las máximas expresiones de la prevalencia del interés general, es necesario anotar que estos se han convertido en un factor de presión frente a la inoperancia del Estado en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, porque a través de estos derechos es posible lograr una mayor satisfacción de los derechos fundamentales. De manera que algunos derechos en concreto son la expresión de esos derechos colectivos, entre ellos el derecho al ambiente sano, al espacio público, al patrimonio público, los derechos de los consumidores y la moralidad administrativa, cada vez más importante en las relaciones entre sociedad, individuo y Estado.

Esta situación llevó a la formulación de la pregunta problema de poder considerar si el éxito del ejercicio de los derechos colectivos se encuentra inescindiblemente ligado al instrumento ideado para su protección. En el caso de las acciones populares, su desarrollo legal, y especialmente los avances jurisprudenciales y doctrinales, impulsan la efectividad de estos derechos, pues han sido consagrados en el orden constitucional con una textura abierta, de manera que, en la medida en que son ejercitados, puede verse su concreción.

En este trabajo se describe parte de los desarrollos legales y jurisprudenciales en lo relacionado con la determinación del derecho a la moralidad administrativa, y uno de sus objetivos busca identificar el contenido del concepto de *moralidad administrativa* en el ordenamiento legal colombiano



en lo referente a la defensa del patrimonio público. En la primera parte de la argumentación se describen los aspectos generales de la moralidad administrativa; en una segunda parte se realiza el análisis de la naturaleza jurídica del concepto de moralidad administrativa y del patrimonio público, que constituyen el primer objetivo de la investigación.

Este trabajo de investigación realizado con el fin de obtener el título de maestría tiene justificación académica y práctica toda vez que el país adolece de producción teórica relevante en el campo de la moral administrativa. Asimismo, contribuye al desarrollo de la misión investigativa de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Medellín, Facultad de Derecho, en la cual cumpla funciones de docente y director del Centro de Investigaciones, por cuanto se da un aporte a la investigación sociojurídica en el campo de la problemática de los asuntos públicos referidos a la moralidad administrativa.

El hecho de que la investigación sea uno de los ejes que permite articular como institución a la Universidad Cooperativa de Colombia, expresa con claridad la justificación de la investigación, la cual se extiende a los distintos campos que interesan a la entidad, como son el social, el académico y el interdisciplinar.

■ Metodología

Teniendo en cuenta el objeto de la investigación “Aproximación al concepto jurídico de moralidad administrativa”, la metodología diseñada para el desarrollo de esta tesis de grado es una investigación socio-jurídica de carácter descriptiva-analítica en la que se combinaron los elementos normativos, estructurales, funcionales y sociales, lo cual exigió una metodología combinada de la

descripción con base en información documental, especialmente la documentación producida tanto por las instancias estatales de creación y de aplicación normativa, como de fallos del Consejo de Estado. Posteriormente se realizó la sistematización de toda la información recogida y se dio la orientación del análisis y estudio de la problemática vivida en Colombia en relación con la identificación del contenido del concepto de moralidad administrativa en el ordenamiento legal colombiano en lo referente a la defensa del patrimonio público.

Para poder explicar las relaciones entre los hechos y los contextos se usó el método hermenéutico de textos y contextos, la información normativa oficial y los resultados del trabajo de campo, es decir, se partió de los contenidos normativos, de los datos presuntamente reales presentados por las autoridades administrativas en sus informes sobre disminución de la corrupción en el sector público, y luego se realizó un estudio y análisis de algunas sentencias de la Corte Constitucional sobre decisiones de acciones populares propuestas con fundamento en las garantías de la moral administrativa.

La información —obtenida de tesis, libros, publicaciones seriadas (revistas y periódicos) monografías y material institucional— fue fichada y categorizada por temas que sirvieron como punto de apoyo para la consecución de los objetivos planteados.

Las fichas fueron sistematizadas con el propósito de conservar una base de datos de lo consultado para la tesis, lo cual puede ser pertinente para posteriores investigaciones. Luego de fichar y categorizar la información, esta fue analizada teniendo en cuenta la documentación encontrada y el referente teórico-conceptual elegido para esta investigación.

■ Fundamentación teórica

La relación entre derechos colectivos, moralidad administrativa y patrimonio público

En esta parte del artículo se pretendió establecer una relación sistemática y orgánica entre tres temas articulados entre sí, pero que tienen ámbitos específicos de regulación y de desarrollo legal, de manera que fuera posible empezar a determinar si en el registro del patrimonio público la moral administrativa se aplica de forma adecuada.

El tratamiento constitucional de los derechos colectivos

En el desarrollo del derecho constitucional colombiano, el artículo 1º de la Constitución Política prescribe que Colombia es un *Estado social de derecho*. Esta declaración implica una ruptura con la anterior concepción del *Estado liberal de derecho*, y además constituye una postura más crítica frente a la protección y aplicación de los *derechos*, no sólo de los fundamentales, sino también de los llamados *derechos colectivos*, pues el Estado social de derecho tiene una connotación enriquecida con la inclusión de los denominados derechos sociales, económicos y culturales, con los cuales se persigue un mejoramiento de la calidad de vida de las personas en su entorno social.

Para establecer qué se entiende por derechos e intereses colectivos se utilizó la definición del tratadista Juan Ángel Palacio Hincapié en su obra *Derecho procesal administrativo*, quien señala que

son aquellos relacionados con el mejoramiento y mantenimiento de la buena calidad de vida, se reconocen, por tanto, a toda la comunidad,

por lo cual, el titular del derecho es una pluralidad de personas identificadas como un todo y no individualmente.²

En este mismo sentido, el autor describe las acciones populares como

aquellas mediante las cuales, cualquier persona busca la protección de los derechos colectivos que han sido violados o se amenaza su violación, por la acción u omisión de las autoridades o de un particular, con el fin de hacer cesar la amenaza, vulneración o agravio sobre los mismos y restituir las cosas al estado anterior, en la medida que fuere posible.³

Dichas acciones se desarrollan en los artículos 78 y 88 de la Constitución Política y el contenido de la Ley 472 de 1998 que regula la materia. De manera que el concepto de la moralidad administrativa está comprendido entre los derechos colectivos o intereses difusos, entendiéndose por estos últimos aquellos que se caracterizan por ser extensos, dilatados o excesivamente dilatados. Así, el interés jurídico que se tutela en estos derechos es de naturaleza sustancial y se relaciona con la teoría general de la responsabilidad civil.

Un estudio inicial del tema permitió explorar una concepción sociojurídica y algunas categorías como expresión de esa concepción, de forma que el concepto de moralidad (como derecho o como principio), los intereses colectivos, los valores sociales, la responsabilidad social y estatal, el

² Juan Ángel Palacio Hincapié. *Derecho procesal administrativo*. Págs. 379-380. Ed. Librería Jurídica Sánchez. (2005).

³ Ídem.



patrimonio público, la función pública, la lucha contra la corrupción administrativa y algunas relaciones entre ellas mostrarán una temática íntimamente ligada que permitirá una perspectiva jurídica en los comienzos de la legalidad colombiana. La novedad que trae la Constitución de 1991 es precisamente la articulación de la moralidad administrativa a los derechos colectivos. A través de las decisiones judiciales se pudo establecer el deber de los funcionarios públicos y el compromiso de los ciudadanos frente al manejo de la cosa pública. En estas condiciones el estudio comprendió tanto las actuaciones de las autoridades administrativas —que deciden sobre el ejercicio de esos derechos e intereses colectivos— como de los mismos ciudadanos en su ejercicio.

■ Resultados y hallazgos

El alcance jurídico, el desarrollo jurisprudencial y doctrinal de la moralidad administrativa no sólo es complejo sino que exige establecer el posible vínculo entre moral y derecho. Esta relación se ha hecho más difícil porque tanto en el ejercicio de estas acciones, como en la forma de dirimir las, entra en juego la abstracción y la individualidad en la comprensión de lo que puede ser o no “moral”. Por esta razón es necesario restringir el ámbito de aplicación del concepto, precisando que no se refiere a la moralidad propia de una religión en particular, por ejemplo, sino en general a las normas básicas de un comportamiento racional acorde con los valores de las comunidades políticas occidentales, valores que de manera explícita o implícita se encuentran en el ordenamiento jurídico nacional y particularmente en la Carta Política de 1991. Conforme con estos lineamientos, las actuaciones de los servidores públicos deberán regirse por la ley y la moral propias del

ejercicio de la función pública, según el mandato constitucional.

En este orden de ideas, la moralidad administrativa persigue que toda la gestión administrativa estatal esté encaminada al recto cumplimiento de los principios, las reglas y los valores establecidos en la Constitución y en las leyes y, por ende, se encuentra consagrada en la defensa del colectivo general. En estas condiciones, la moralidad administrativa expresa la exigencia de una forma de vida social, y debería ser un referente de la sociedad y de los miembros de esta, ya que la función de los gobernantes es guiar las actuaciones del Estado para cumplir con los cometidos esenciales de servir a los gobernados, de promover la prosperidad general y de garantizar la efectividad de sus principios, deberes y derechos.

En contraste con lo antes expuesto, la fragilidad de la estructura administrativa y, en consecuencia, la poca fuerza que parecen tener los elementos estatales que la constituyen, no sólo hacen imposible el cumplimiento de los fines y cometidos señalados por la misma normatividad, sino que podrían explicar la generalizada corrupción y la ineficiencia en el ejercicio de la función pública como común denominador de las actuaciones gubernamentales, de donde se desprende que el Estado social de derecho se encuentra gravemente amenazado por la violación del derecho a la moralidad administrativa. Geoffrey Hodgson y Shuxia Jiang plantean que

la corrupción es hoy un tema popular en las ciencias sociales. El aumento del interés es evidente en economía y otras disciplinas, donde las principales revistas han publicado numerosos artículos sobre el tema. Algunas organizaciones publican datos indicativos sobre corrupción, por ejemplo, transparencia internacional

pública un “índice de percepción de la corrupción para la mayoría de los países”, que es muy citado y cuyos datos se usan frecuentemente en análisis estadísticos de desempeño económico. Datos de transparencia internacional de 2005 indican que la corrupción es “rampante” en más de 70 países. Estos incluyen economías populosas y de rápido crecimiento como China e India, con una alta y creciente participación en la economía. Estudios empíricos recientes muestran que la corrupción tiene efectos negativos sobre el desempeño económico. Para el Banco Mundial (1997), la corrupción es “el mayor obstáculo para el desarrollo económico y social”. Colombia no es ajena a las anteriores afirmaciones, el diario acontecer informa de los continuos contratos administrativos a los cuales se les declara la caducidad por su incumplimiento, de la desviación en los fines de la actividad estatal. Ahora bien, estos autores señalan que a la palabra corromper le asignan el significado en el contexto social de sobornar, y corrupción equivale a “deterioro moral”. La cual se presenta tanto en el sector público como privado. Insisten en que “la corrupción es contagiosa y no respeta fronteras sectoriales. La corrupción implica duplicidad y reduce los niveles de moralidad y confianza. Una vez hecha raíces, tienta a otros con sus ganancias pecuniarias y reduce los incentivos para acatar las reglas. Cuando los niveles de moralidad y confianza disminuyen, se hace más difícil resistirse a las prácticas corruptas, la corrupción virulenta puede extenderse fácilmente del sector privado al sector público, o viceversa. La corrupción genera externalidades negativas que

atravesan las fronteras sectoriales, debilitan las normas legales y morales y facilitan otros actos corruptos.⁴

Para ilustrar mejor el concepto de moral administrativa como interés o derecho colectivo, Pedro Pablo Camargo observa que en el proyecto de ley No. 005 de 1995, en la ponencia para primer debate se introdujo la siguiente definición de moralidad administrativa: “Se entenderá por moral administrativa el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo con la legislación vigente, con la diligencia y cuidados propios de un buen funcionario”.⁵ Agrega que el artículo 209 de la C.P. reitera que “la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla conforme a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, entre otros principios”.⁶

Conforme con lo establecido en el artículo 209 de la Carta Rectora, al desarrollar la Ley 472 de 1998, en sus artículos 2º y 19º, el Consejo de Estado ha entendido que las acciones populares tienen cabida frente a toda conducta de acción u omisión de las autoridades públicas, siempre y cuando con relación a ellas se pretenda evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la

⁴ Geoffrey Hodgson & Jiang Shuxia. *La economía de la corrupción y la corrupción de la economía: una perspectiva institucionalista*. Revista de Economía Institucional. (2008). At. 55.

⁵ Pedro Pablo Camargo. *Las acciones populares y de grupo*. Ed. Leyer. (1999).

⁶ Ídem. Pág. 117.

amenaza, la vulneración o el agravio sobre derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.⁷

De acuerdo con el mismo artículo, la Sección Tercera del Consejo de Estado también ha considerado que la actividad contractual del Estado en tanto modalidad de gestión pública, debe guiarse por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad. Esto significa que mediante los contratos también pueden amenazarse o vulnerarse, entre otros, los derechos colectivos a la moralidad y el patrimonio públicos.⁸

En igual sentido, la misma entidad planteó que si en la celebración de los contratos se desconocen los fines que deben inspirar dicha actividad, entre ellos el interés general, se incurre en desviación de poder, que es causal de nulidad absoluta de los contratos (ordinal 3 del art. 44 de la Ley 80 de 1993) lo cual, además, puede dar lugar a que resulten comprometidos derechos de naturaleza colectiva como la moralidad administrativa y el patrimonio público, que son pasibles de protección a través de la Acción Popular.⁹

De esta forma se realizó una exploración de la doctrina y la jurisprudencia con el fin de resaltar

⁷ Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 5 de agosto del 2004. Consejera ponente María Elena Giraldo Gómez. Expediente AP-0118-01.

⁸ Ídem.

⁹ Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 31 de octubre del 2002. Sección Tercera. Consejero ponente Ricardo Hoyos Duque. A.P. No. 2000-1059-01. Esta jurisprudencia fue reiterada por la misma sección en providencia del 5 de octubre del 2005 con ponencia del consejero Ramiro Saavedra Becerra (expediente número AP-01588).

los aspectos prácticos y teóricos más relevantes frente a esta nueva alternativa de control de la administración pública.

La naturaleza jurídica de las normas que consagran la moralidad administrativa

Otro resultado a destacar en esta parte del trabajo es sobre la problemática inicial, es decir, la limitación del término “moralidad pública” en la doctrina tradicional, y el desarrollo actual del mismo término en la jurisprudencia colombiana. Para entender la problemática es conveniente retomar la comprensión jurídica del término conforme a Mora y Rivera, para quienes: “Según este principio, las actuaciones de los servidores públicos deben regirse por la Ley y la Ética propias de la función pública”.¹⁰ En efecto, si fuéramos a determinar el alcance de la expresión en comento, sería muy poco lo que podríamos agregarle a su contenido. En cuanto al marco legal colombiano, la importancia de la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de derecho administrativo y constitucional, la hace fuente directa de primer orden en lo relacionado con el contenido de las normas cuyo alcance se encuentre en entredicho. Por esta razón, parece entonces que los doctrinantes deberán ocuparse de contrastar y debatir lo que se defina en esta instancia.

La jurisprudencia colombiana ha enfatizado el carácter de “norma en blanco” que tiene la normatividad relacionada con la moralidad administrativa. En consecuencia, deja al juez la labor de interpretarla conforme a la hermenéutica jurídica. Así, la sección tercera del Consejo de

¹⁰ Esteban Mora Caicedo & Alfonso Rivera Martínez. Derecho administrativo y procesal administrativo. Pág. 66. Ed. Leyer. (2008).

Estado ha expuesto en reiteradas ocasiones que la moralidad administrativa se presenta como un concepto que no es inmanente al ser, es una guía, un derrotero que se aplica como un principio inherente al ejercicio del poder especial de la función administrativa, que se convierte en un marco legal bajo el cual se deben ejercer las funciones.¹¹ De manera similar, Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández entienden los conceptos jurídicos denominados “norma en blanco” como aquellos que:

[...] utilizados por las leyes pueden ser determinados o indeterminados. Los conceptos determinados delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca, por ejemplo: la mayoría de edad se produce a los dieciocho años; el plazo para interponer los recursos de reposición o dealzada es de un mes; la jubilación se declarará al cumplir el funcionario sesenta y cinco o setenta años. El número de años, o el número de días así precisados, están perfectamente determinados y la aplicación de tales conceptos en los casos concretos se limita a la pura constatación, sin que se suscite (una vez precisado por la ley el modo del cómputo y efectuada la prueba correspondiente) duda alguna en cuanto al ámbito material a que tales conceptos se refieren. Por el contrario, con la técnica del concepto jurídico indeterminado la ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto. Así, procederá también la jubilación cuando el

funcionario padezca incapacidad permanente para el ejercicio de su funciones; buena fe; falta de probidad, la ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación.¹²

Parece perfectamente claro que la textura abierta del principio constitucional y de la norma legal de la moralidad administrativa encaja en la descripción antes expuesta, correspondiendo al operador jurídico dotar de contenido al enunciado normativo. Si se consideran las anteriores apreciaciones debemos llegar inicialmente a la conclusión de García y Fernández, es decir, que la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones de este. Porque ese enunciado, que forma parte de un sistema normativo, sólo permite una “unidad de solución justa” en cada caso, a la cual se llega mediante una actividad de cognición objetivable en la decisión del funcionario. Al respecto, conviene decir que el Consejo de Estado ha manifestado que “para evaluar la moralidad administrativa, no existen fórmulas de medición o análisis, se debe acudir al caso concreto, para sopesar la vulneración a este derecho colectivo”.¹³

Podría pensarse que existe discrecionalidad del intérprete u operador jurídico para dotar de contenido a la norma en análisis, pero conviene

¹¹ Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 6 de septiembre del 2001. Consejero ponente Jesús María Carrillo Ballesteros. Expediente No. AP 057.

¹² Eduardo García & Tomás Ramón Fernández. Curso de derecho administrativo. I. Pág. 465. Ed. Civitas. (2004).

¹³ Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 6 de septiembre del 2001. Consejero ponente Jesús María Carrillo Ballesteros. Expediente No. AP 057.



precisar —como bien lo explican García y Fernández al estudiar la interpretación constitucional— que esta constituye el contexto necesario de todas y cada una de las leyes, reglamentos y normas del ordenamiento sometidos a interpretación y aplicación, “aunque sea un contexto que a todas las excede en significado y en rango”.¹⁴ De acuerdo con los mismos autores, es necesario resaltar otro límite que los operadores jurídicos deben tener en cuenta en todo momento del análisis constitucional, ya que la interpretación conforme a la constitución de toda y cualquier norma del ordenamiento tiene correlación lógica en la prohibición, que hay que estimar implícita, de cualquier construcción interpretativa o dogmática que concluya en un resultado directa o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales.¹⁵

El análisis anterior permite inicialmente proponer dos tipos de límite a las “normas en blanco”: uno positivo, fundado en una interpretación rigurosa de las normas con relación a la Constitución, y uno negativo, fundado en la prohibición como límite de esas mismas normas. Desde este ángulo podemos concluir que al momento de interponer y aplicar la norma sobre la moralidad, el operador jurídico tendrá que tener en cuenta los principios y valores contenidos en la Constitución Política del país, cuyo sentido y alcance han sido determinados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, respectivamente, fundados, entre otros, en principios como la prevalencia del interés general, la solidaridad y la participación

democrática, que comportan una participación social, económica y cultural.

Elementos de la moralidad administrativa

Otro hallazgo en esta investigación tiene que ver con la labor de la jurisprudencia del Consejo de Estado, la cual permite tanto empezar a establecer y nutrir de contenido el concepto de moralidad administrativa, como ir estableciendo los elementos que la estructuran, las pautas y directrices que deben asumirse al momento de emprenderse las acciones populares con fundamento en esta figura jurídica. Ahora bien, la uniformidad de los fallos permite destacar que, en casos concretos, se da una relación estrecha con actividades de corrupción, mala fe y dolo, los cuales deberán establecerse para la procedencia de la acción popular, aspectos que sin lugar a duda están vinculados con el principio de legalidad. Se sigue entonces que frente a la violación de la moralidad administrativa deberán expresarse hechos o actos ilegales. En igual sentido se ha procedido en su aplicación con relación a la desviación de poder. Así lo ha precisado la Sección Tercera del Consejo de Estado cuando expresa que:

Los derechos colectivos invocados en la demanda son el de moralidad administrativa y el patrimonio público. En relación con el primero, ha precisado la sala en anteriores oportunidades que en un Estado pluralista como el que se identifica en la Constitución de 1991 (art. 1), este derecho tiene una textura abierta, en cuanto de ella pueden darse distintas definiciones. Sin embargo, si dicho concepto se adopta como principio que debe entenderse por moralidad, no puede depender de la concepción subjetiva

¹⁴ Eduardo García & Tomás Ramón Fernández. *Op. cit.* Págs. 110-111.

¹⁵ Ídem.

de quien califica la actuación, sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con la ley. Desde esta perspectiva, ha de considerarse como inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad, y específicamente al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. Se advierte, por tanto, una estrecha vinculación entre este principio y la desviación de poder.¹⁶

Al confirmar lo anterior, el Consejo de Estado manifiesta que para la Corte Constitucional, la moralidad,

en su acepción constitucional, no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad.¹⁷

Esta comprensión de la moralidad también se relaciona con el problema de la corrupción, cuya represión es uno de los objetivos de muchas disposiciones legales, aunque necesariamente no agota su contenido. Se puede apreciar la conexión existente entre el principio de legalidad, la buena fe, la corrupción y el concepto de patrimonio público.

¹⁶ Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 5 de febrero del 2004. Consejero ponente Ricardo Hoyos Duque. Expediente No. 2500-23-24-000-2002-1964-0-AP.

¹⁷ Ídem.

■ Moralidad administrativa y patrimonio público

Naturaleza jurídica del concepto patrimonio público

Al volver la mirada a la comprensión del concepto *patrimonio público* y a su relación con la moralidad pública, se aprecia con claridad que esta es una manifestación concreta de un derecho colectivo o interés difuso, de manera que es necesario establecer su significado y alcance. Tradicionalmente la doctrina ha vinculado el patrimonio público al territorio del Estado y a la titularidad estatal. Así, el doctrinante Alonso Rico Puerta advierte que

[...] los bienes que integran la titularidad estatal, son las herramientas de las cuales se vale el Estado para el logro de sus fines. Por esta razón, bienes y servicios están en una relación directa de interdependencia con miras al cumplimiento de la función administrativa y al logro del interés general.¹⁸

Sin embargo, esa titularidad estatal tiene una naturaleza especial, diferente al concepto de dominio o de propiedad que se tiene en el derecho común (derecho civil), la cual se ha ligado a las nociones de dominio eminente y de dominio público, que comúnmente son utilizadas como sinónimas, pero que contienen un significado distinto, tal como enseñan Jaramillo y Rico al distinguir, en efecto, como

¹⁸ Luis Alfonso Rico Puerta. Teoría general y práctica de la contratación estatal. Págs. 111-112. Ed. Leyer. (2009).



el dominio eminente es un poder supremo estatal que se ejerce sobre todas las cosas o bienes situadas dentro del mismo, estén implicadas en el dominio público, en el dominio privado del Estado, o en el dominio privado de los particulares. Es un poder íntimamente vinculado con la noción de la soberanía, pues es su más evidente expresión jurídica.¹⁹

Estos autores precisan que:

El dominio eminente es pues la más amplia potestad política y jurídica, que habilita al Estado para poner en vigencia un orden normativo general, impersonal y abstracto, que determine el ámbito personal y objetivo en todo su territorio, sin más limitaciones que las impuestas por el orden constitucional y por el derecho internacional, nada tiene que ver pues, en su esencia, con la idea de propiedad o dominio, el dominio público, contrario sensu, lo constituye un acervo objetivo, directa o indirectamente comprometido con el uso público, con la utilidad general, con el bienestar común o con la prestación de los servicios públicos estatales, que habida cuenta de la finalidad de destino a la satisfacción de intereses públicos, comunes, generales o colectivos, se sujetan a un régimen jurídico especialísimo, en el ámbito material de validez del derecho público, y en todo caso distinto del régimen jurídico que regía el dominio privado estatal y el dominio privado de los particulares.²⁰

¹⁹ Luis Alonso Rico Puerta & Fernando Jaramillo Jaramillo. Bienes. Tomo I. Págs. 175-176. Ed. Leyer. (2001).

²⁰ Ídem.

Esta distinción trascendental para precisar el concepto de patrimonio público permite aclarar la potestad soberana con la afectación a uso público de los bienes del Estado. Ahora bien, esta descripción sería incompleta si no se conceptualiza la titularidad estatal, tema que sin discusión alguna se constituye en la piedra angular del manejo y disponibilidad de los bienes del dominio público, su conservación, protección, responsabilidad estatal y especialmente lo relacionado con el régimen de la contratación estatal, que permite evidenciar los linderos de la moralidad administrativa. Por esta razón resulta imprescindible conocer en quién recae la titularidad del dominio público. Rico Puerta afirma que:

[...] el titular del derecho del poder jurídico sui generis que constituye el dominio público, es siempre una entidad estatal, y, si bien esta no tiene sobre las cosas que constituyen su objeto, los atributos del jus utendi, Fruendi et Abutendi, características del derecho de propiedad privada, tiene otras facultades inherentes consustancialmente al poder estatal, como la custodia suprema, el poder de policía, el derecho de tuición o supervigilancia o el derecho de administración, por lo cual, un particular, en el derecho administrativo moderno, jamás puede ser titular de dominio público, pues en el Estado de hoy se ha proscrito, en absoluto, esa posibilidad.²¹

Con relación a la utilización en códigos, constitución, leyes y decretos, entre otros, que utilizan indistintamente y de manera análoga diferentes denominaciones para referirse al Estado como titular o responsable de un bien o actividad, tales

²¹ Luis Alonso Rico Puerta. *Op. cit.* Pág. 116.

como república, nación, pueblo, entes territoriales o entes estatales, es importante anotar que esa titularidad recae en última instancia en el concepto de *pueblo*, quien transfiere o radica en las entidades estatales su representación, como lo explica el autor antes citado cuando precisa que la entidad estatal como titular de dominio público no significa

[...] que el ente estatal ejerza en sí y para sí los atributos de ese poder, si no que lo hace en representación del pueblo y para el pueblo, o de los habitantes todos del territorio (como lo dice el Código Civil) quienes son, en últimas como colectividad, quienes ejercen y disfrutan del uso común o especial de los bienes que constituyen su objeto.

Por tanto, el Estado puede ejercer poder jurídico sobre las cosas o bienes o con respecto a ellos.

Lo expuesto demuestra de manera categórica la trascendencia de la moralidad pública como principio y como derecho en aras de la protección del patrimonio público, pues este fue el querer y el sentido que inspiró al constituyente al consagrar estas instituciones, ya que, de esta manera el pueblo se compromete a participar en la protección del interés general, el cual compromete directamente el patrimonio público. Es importante recordar que en el art. 1º del preámbulo de la Constitución de 1991 se consagraron como principios fundantes del ordenamiento jurídico colombiano la prevalencia del interés general, la participación democrática, que se desarrolla a través del ejercicio de las acciones constitucionales, y la solidaridad, entre otros mecanismos que le permiten al pueblo participar directamente en el control tanto del poder público como de las actuaciones que comprometen a la comunidad. Por

su parte, Henaó Hidrón, al referirse a las acciones populares como medios procesales de defensa y protección de los derechos colectivos, afirma que

son instrumentos de democracia participativa e implican el ejercicio de un deber ciudadano: el de obrar conforme al principio de solidaridad social (artículo 95-2). Por ende, demandan la participación activa de la comunidad y de sus miembros, a fin de precaver o eliminar los factores de perturbación provenientes de la utilización de los bienes de uso público.

Este autor resalta la innegable conexión de estos derechos con los derechos individuales a la vida, la salud y la tranquilidad, enfatizando que es un campo en el cual no se puede ser permisivo y menos aún cohonestar la impunidad.²²

Este argumento corresponde muy bien a lo que el Consejo de Estado ha ido manifestando en sus sentencias: “en cuanto al derecho colectivo al patrimonio público cabe recordar —como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta corporación— que este concepto no se agota en la enumeración de los bienes inembargables, imprescriptibles, en inalienables ni en los que integran el territorio colombiano (arts. 63 y 101 C.P.), sino que

por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados

²² Javier Henaó Hidrón. Derecho procesal constitucional. Pág. 65. Ed. Temis. (2006).



de manera eficiente y responsable, conforme a las normas presupuestales.²³

[...] en relación con el patrimonio público, como lo ha sostenido esta corporación, debe entenderse no sólo la enumeración de los bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables, ni aquellos que integran el territorio colombiano (arts. 63 y 101 Constitución Política), sino que también debe entenderse como la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva, su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente, transparente y responsable, conforme lo disponen el ordenamiento jurídico y en especial las normas presupuestales.²⁴

Conforme con esta sentencia del Consejo de Estado, la regulación legal de la defensa del patrimonio público tiene una finalidad garantista tendiente a asegurar la protección normativa de los intereses colectivos; en consecuencia, toda actividad pública está sometida a dicho control, y en el evento de afectar el patrimonio público u otros derechos colectivos, podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la acción popular.

²³ Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 19 de mayo del 2005. Magistrada ponente Ruth Stella Correa Palacio. Radicado 25000-23-24-000-2003-00373-02 A.P.

²⁴ Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 14 de abril del 2005. Consejero ponente Germán Rodríguez Villamizar. Radicado 19001-23-31-000-2002-01577-01 A.P.

Por tanto, es claro que el derecho a la defensa del patrimonio público busca asegurar no sólo la eficiencia y transparencia en el manejo y administración de los recursos públicos, sino también la utilización de estos de acuerdo con su objeto y, en especial, con la finalidad del Estado social de derecho, de manera que si la administración o el particular que administra recursos públicos los manejó indebidamente, ya sea porque lo hizo en forma negligente o ineficiente, o porque los destinó a gastos diferentes a los expresamente señalados en las normas, afectarán el patrimonio público y, por tanto su protección puede proceder mediante el ejercicio de la acción popular.²⁵

■ Conclusión

Es significativa la importancia que tiene la moralidad administrativa en cuanto a la defensa del patrimonio público como bien lo señalan el Consejo de Estado y los tratadistas. Sin embargo, en este tema resulta de particular importancia el principio de la participación, conforme al cual la figura jurídica de orden constitucional denominada “el pueblo” puede ejercer de manera activa su intervención en defensa de la prevalencia del interés general y del cumplimiento de los fines del Estado. Los ciudadanos, entonces, tienen la posibilidad legal de ejercer un control social efectivo fundado en la vigilancia, el cuestionamiento, la denuncia y el ejercicio de las acciones públicas tendientes a una eficiente gestión administrativa de orden estatal. La aplicación de los principios y el ejercicio de los derechos derivados de estos y consagrados en la Constitución Política de 1991, contribuirán al logro de un Estado cada vez más eficaz y eficiente. En estas condiciones el

²⁵ Ídem.

detrimento del patrimonio público será cada vez menor, lo que, en última instancia, repercutirá en las finanzas públicas y en una mayor inversión social, que busque satisfacer de manera adecuada las necesidades sociales. Por tanto, el derecho a la moralidad administrativa en defensa del patrimonio público debería ser una institución de primer orden en un Estado social de derecho como el que tiene consagrado Colombia en su carta fundamental.

■ Referencias

- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 14 de abril del 2005. Consejero ponente Germán Rodríguez Villamizar. Radicado 19001-23-31-000-2002-01577-01 A.P.
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 19 de mayo del 2005. Magistrada ponente Ruth Stella Correa Palacio. Radicado 25000-23-24-000-2003-00373-02 A.P.
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 31 de octubre del 2002. Sección Tercera. Consejero ponente Ricardo Hoyos Duque. A.P. No. 2000-1059-01. Esta jurisprudencia fue reiterada por la misma sección en providencia del 5 de octubre del 2005 con ponencia del consejero Ramiro Saavedra Becerra (expediente número AP-01588).
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 5 de agosto del 2004. Consejera ponente María Elena Giraldo Gómez. Expediente AP-0118-01.
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 5 de febrero del 2004. Consejero ponente Ricardo Hoyos Duque. Expediente No. 2500-23-24-000-2002-1964-0-AP.
- Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 6 de septiembre del 2001. Consejero ponente Jesús María Carrillo Ballesteros. Expediente No. AP 057.
- Eduardo García & Tomás Ramón Fernández. Curso de derecho administrativo. I. Págs. 110-111 y 465. Ed. Civitas. (2004).
- Esteban Mora Caicedo & Alfonso Rivera Martínez. Pág. 66. Derecho administrativo y procesal administrativo. Ed. Leyer. (2008).
- Geoffrey Hodgson & Jiang Shuxia. *La economía de la corrupción y la corrupción de la economía: una perspectiva institucionalista*. Revista de Economía Institucional. (2008). At. 55.
- Javier Henao Hidrón. Derecho procesal constitucional. Pág. 65. Ed. Temis. (2006).
- Juan Ángel Palacio Hincapié. *Derecho procesal administrativo*. Págs. 379-380. Ed. Librería Jurídica Sánchez. (2005).
- Luis Alonso Rico Puerta. Teoría general y práctica de la contratación estatal. Págs. 111-112 y 116. Ed. Leyer. (2009).
- Luis Alonso Rico Puerta & Fernando Jaramillo Jaramillo. Bienes. Tomo I. Págs. 175-176. Ed. Leyer. (2001).
- Pedro Pablo Camargo. Las acciones populares y de grupo. Pág. 117. Ed. Leyer. (1999).