

DERECHO A LA RECREACION Y EL DEPORTE – Derecho social. Derecho fundamental. No es derecho colectivo / DERECHO A LA RECREACION Y EL DEPORTE – Improcedencia de la acción popular

La Sala advierte que los derechos mencionados se encuentran ubicados dentro de la categoría legal de derechos colectivos en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, con excepción del que refiere el actor como derecho a la recreación y al deporte, el cual no encuentra consagración expresa dentro de la misma norma; no obstante, esta disposición señala en su inciso final que: “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”. Corresponde entonces definir si el derecho a la recreación y al deporte encuentra consagración positiva dentro de nuestro ordenamiento jurídico y si la acción popular es la vía jurídicamente idónea para su protección; con tal propósito ha de tenerse en cuenta que la Constitución Política de Colombia incorpora el derecho a “la recreación, a la práctica del deporte y al aprovechamiento del tiempo libre” dentro del capítulo “[D]e los derechos sociales, económicos y culturales” y que la Ley 181 de 1995 lo califica como un “derecho social”. De acuerdo con lo anterior, el derecho al deporte y a la recreación ha merecido la calificación de derecho social y de derecho fundamental por conexidad con otros derechos de esta estirpe, pero no ha sido consagrado positivamente como derecho colectivo en norma alguna. De conformidad con lo anterior, el derecho a la recreación y al deporte no es susceptible de amparo por la vía de la acción popular, por ello y en cuanto los demás derechos colectivos invocados por el actor en la demanda hallan consagración en la Ley 472 de 1998, es posible que la Sala seguirá adelante con el estudio del caso concreto pero sólo respecto de éstos últimos.

FUENTE FORMAL: LEY 181 DE 1995

NOTA DE RELATORIA: Sobre la naturaleza del derecho al deporte y la recreación: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 24 de julio de 2004, Rad. 1577, MP. Gustavo Aponte Santos; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 22 de enero de 2004, Rad. 2001-00527-03(AP).

DERECHOS COLECTIVOS NO INVOCADOS EN LA DEMANDA – Procedencia de su estudio / ACCION POPULAR – Principio de congruencia

A propósito de los derechos colectivos que deben ser analizados en el presente caso, la Procuraduría General de la Nación, en sus diferentes intervenciones, ha considerado que también están involucrados en este proceso los derechos colectivos a “la moralidad administrativa” y a “la seguridad y salubridad públicas”. En el mismo sentido, la Sala considera que el derecho colectivo a la “defensa del patrimonio público” también debe hacer parte del estudio para dar una solución al presente caso, habida cuenta de una serie de consideraciones que más adelante se formularán. A este respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha dispuesto en múltiples pronunciamientos previos que cuando quiera que la autoridad judicial encargada del estudio de una acción popular encuentre que pueden estar involucrados en el asunto sometido a su consideración derechos colectivos diferentes a los invocados en la demanda por parte del actor popular, se podrá hacer el análisis correspondiente a la amenaza o vulneración de tales derechos.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la procedencia del estudio de derechos colectivos no invocados en la demanda: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de octubre de 2007, Rad. 2002-02514(AP), MP. Ramiro Saavedra Becerra

CONTRATO ESTATAL – Prueba. Valoración probatoria / FOTOGRAFIAS – Valor probatorio

En relación con las pruebas, los contratos referidos por el actor, fueron aportados al expediente en copias simples. En relación con estos contratos, en la contestación de la demanda, la entidad territorial, de manera expresa, admitió su existencia y objeto, así como la circunstancia de que la obra no se terminó. No obstante, es necesario recordar que quien aportó al proceso los documentos fue el actor popular, así como que los documentos referidos, de acuerdo con el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, corresponden a la calificación de documentos públicos y que su naturaleza jurídica de contratos estatales impone el cumplimiento de una solemnidad especial para su existencia jurídica y para su valoración probatoria. Los contratos estatales, comprendidos en la Ley 80 de 1993 y en la legislación complementaria, demandan para el perfeccionamiento y reconocimiento de su existencia que la forma mediante la cual se exteriorice el acuerdo contractual sea la escrita, tal y como se prescribe en los artículos 39 y 41. En ese orden de ideas, la Sala concluye que no está probada la existencia ni el contenido de los contratos estatales invocados por la parte demandante y, como resultado de ello, se abstendrá de hacer cualquier consideración al respecto. En relación con el valor probatorio que las fotografías referidas pueden tener, es necesario considerar que el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil las incorpora dentro del listado de “documentos”, es decir, las hace parte de esta categoría de medios de prueba que se define doctrinariamente como “...todo objeto producido, directa o indirectamente, por la actividad del hombre y que, representa una cosa, un hecho o una manifestación del pensamiento”. La Sección Tercera del Consejo de Estado, acerca de las fotografías y de su valor probatorio, en un pronunciamiento anterior, señaló que dentro del género de los documentos las fotografías corresponden a la especie de los representativos, puesto que “... no contiene ninguna declaración, sino que se limita a fijar una escena de la vida en particular, en un momento determinado, es decir, a representarla.” Con la intención de definir si las fotografías mencionadas son susceptibles de valoración probatoria, la Sala advierte que de acuerdo con el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil los documentos que han de apreciarse como pruebas deben ser auténticos, es decir debe haber certeza respecto de la persona que lo ha elaborado y de que el hecho plasmado en el documento, en este caso en las fotografías, corresponda a la realidad, puesto que, al igual que en cualquier otro documento, hay riesgo de alteración. En relación con las 6 fotografías aportadas por los actores populares, si bien existe una declaración extrajudicial ante Notario Público, ello no prueba que efectivamente las fotografías correspondan a la realidad en tanto que no hubo dentro del proceso judicial un reconocimiento o admisión de la parte contraria, ni una declaración de testigos que constatará que las fotografías correspondían a la realidad. Respecto de las 22 fotografías aportadas por el apoderado judicial de la parte demandada en el archivo magnético, como un anexo a los alegatos de conclusión de primera instancia, la Sala observa que no hay certeza respecto de que las mismas provinieran del Municipio de Barrancabermeja en tanto que no se acreditó que hubieran sido autorizadas por parte de la entidad territorial, sino que simplemente las aportó al expediente el mencionado apoderado. En igual sentido se observa claramente que la etapa en la cual fueron aportadas las fotografías no corresponde a la que legalmente ha sido dispuesta por la ley para el debate probatorio.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 251 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 252 / LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 39 / LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 40

NOTA DE RELATORIA: Sobre el valor probatorio de las fotografías: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de noviembre de 2007, Rad. 32966, MP. Ramiro Saavedra Becerra

ESPACIO PUBLICO – Concepto. Vulneración por imposibilidad de gozo y uso de unidad deportiva

En relación con el derecho colectivo al “goce del espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público”, comprendido en el letra d) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998, es conveniente señalar, en primer lugar, que el concepto jurídico de espacio público encuentra consagración y regulación positiva, entre otros cuerpos jurídicos, en la Constitución Política (artículo 82), en el Código Civil (artículo 674), en la Ley 9 de 1989 (artículo 5) y en el Decreto Reglamentario 1504 de 1998, (artículo 3), en los cuales se lo relaciona como un conjunto integrado por bienes de propiedad pública y por elementos de propiedad particular, en el cual, en atención a su naturaleza, uso o afectación, tiene interés la colectividad en general para la satisfacción de sus necesidades comunes. La Sala observa, de una parte, que en el caso concreto se presentan situaciones que sugieren que no ha habido una vulneración al goce del espacio público, puesto que no se ha acreditado en el expediente que se haya negado el acceso a la comunidad a la Unidad Deportiva del Parque Palmira, como tampoco se probó que se hubiera concedido privilegio alguno a favor de un individuo o de un grupo de ellos que conllevara la exclusión o perjuicio de los demás miembros de la colectividad; en el mismo sentido no es posible señalar que la utilización de ese espacio por parte de diferentes personas para finalidades ajenas a las de la práctica del deporte y el esparcimiento de la comunidad, implique una violación o amenaza al espacio público en tanto que, como el pronunciamiento transcrito lo señaló, las esporádicas o eventuales utilizaciones adversas a la naturaleza del espacio deportivo no significan una violación del mencionado derecho colectivo. No obstante lo anterior, en atención a que el derecho colectivo comprende como objeto de protección el “goce del espacio público” y “la utilización ... de los bienes de uso público” y que estos términos deben ser entendidos en la significación que resulte adecuada, en el caso concreto, para la práctica del deporte y el esparcimiento, la Sala encuentra que este bien de uso público, la Unidad Deportiva del Parque Palmira, está en una situación de abandono, debidamente acreditada con la inspección judicial y los testimonios referidos, que no permite su goce y utilización en condiciones óptimas, de hecho, ni siquiera en condiciones mínimas de acuerdo con lo que su estructura y diseño podrían ofrecer. En consecuencia, desde esta óptica, la Sala encuentra que hay una vulneración al derecho colectivo invocado, imputable al Municipio de Barrancabermeja, que no deriva de la imposibilidad de acceder a él, sino de la imposibilidad de gozarlo y utilizarlo debidamente. Además de lo anterior, la Sala encuentra que se debe declarar la vulneración del derecho colectivo por parte de la entidad territorial demandada respecto de aquella parte de la letra d) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998 que concierne a la “defensa de los bienes de uso público”, puesto que en el caso concreto la situación de deterioro, afectación y desmejora en que se halla la estructura deportiva del parque del barrio Palmira, en condición de bien de uso público, requiere que la defensa pedida por parte del actor popular en el ejercicio de esta acción sea asumida por la Sala, impartiendo las órdenes correspondientes, para evitar que el proceso de ruina del inmueble continúe.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 82 / LEY 472 DE 1998 – ARTICULO 4 – LITERAL D / CODIGO CIVIL – ARTICULO 674 / LEY 9 DE 1989 – ARTICULO 5 / DECRETO 1504 DE 1998 – ARTICULO 3

NOTA DE RELATORIA: Sobre el derecho colectivo al goce del espacio público: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 6 de octubre de 2005, Rad. 2002-02214(AP), MP. Ruth Stella Correa; Sección Quinta, sentencia de 27 de marzo de 2003, Rad. 2002-9008(AP-083), MP. Darío Quiñones Pinilla.

GOCE DE UN AMBIENTE SANO – Vulneración por utilización de construcción como botadero de basuras

En el caso concreto, la Sala concluye de acuerdo con las pruebas aportadas al proceso que la falta de terminación de las obras, aunada a la circunstancia de que el espacio correspondiente está siendo utilizado para botar basuras y para que algunas personas realicen ahí sus necesidades fisiológicas constituye una amenaza al goce de un ambiente sano por parte de los habitantes del sector, razón por la cual, otorgará en la parte resolutive de la sentencia la protección correspondientes a este derecho colectivo. Lo anterior, sin perjuicio de señalar que no se evidencia en la actuación del Municipio de Barrancabermeja que haya sido el causante de la amenaza o vulneración de este derecho colectivo, puesto que las actuaciones que dan lugar a ello obedecen a personas que no guardan relación con la entidad territorial demandada. Es cierto que la desatención y abandono de la Administración respecto del espacio deportivo del parque del Barrio Palmira ha contribuido a que se convierta en el lugar donde se producen las situaciones que atentan contra el derecho colectivo al goce de un ambiente sano, pero no es menos cierto que tal omisión de la entidad territorial no es la causa eficiente o adecuada de tales afectaciones al ambiente. En atención a lo anterior se ordenará proteger el goce de un ambiente sano, pero no se declarará la responsabilidad de la entidad demandada a este respecto.

MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Concepto. Alcance

La moralidad administrativa es un derecho colectivo que ha sido traído a colación en este proceso por parte del Ministerio Público. Al respecto, la Sección Tercera en múltiples pronunciamientos ha intentado darle concepto, contenido y alcance, para lo cual se ha dicho que existe amenaza o vulneración de la moralidad administrativa, entre otros, en los siguientes supuestos: cuando la transgresión de la legalidad obedece a finalidades de carácter particular – noción que la aproxima a la desviación de poder; cuando existen irregularidades y mala fe por parte de la administración en el ejercicio de potestades públicas; cuando se desconocen los valores y principios que inspiran la actuación administrativa y que determinan la expedición de las normas correspondientes al tiempo que orientan su adecuada interpretación – concepción que reconoce la importancia axiológica y principialística del ordenamiento, en un contexto eminentemente jurídico que, por tanto, no coincide con el mero desconocimiento de los parámetros éticos y morales aceptados por los asociados; cuando se aplique o interprete por parte de una autoridad administrativa un precepto legal o una decisión judicial en un sentido que se aparte de manera ostensible y contraevidente de su correcto entendimiento. También ha dicho la Sala que los intentos de definir la moralidad administrativa no la limitan sino que simplemente la explican, en vista de que en relación con este tipo de conceptos es el caso concreto el que brinda el espacio para que la norma se aplique y para que se proteja el correspondiente derecho colectivo. En el asunto *sub judice*, la Sala no encuentra que haya habido una vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa puesto que no está acreditado que el estado actual de la unidad deportiva del parque del barrio Palmira obedezca a finalidades relacionadas con mala fe, corrupción, abuso o desviación del poder. Tampoco se acredita que haya motivaciones particulares para que la obra esté en tal situación, ni que la Administración desatendiera

flagrantemente sus obligaciones ni las normas que resultaren de clarísima interpretación y aplicación, en relación con la misma. Es decir, si bien es cierto que hay una vulneración de ciertos derechos colectivos, también lo es que no se configuran los elementos para hablar de una violación o amenaza de la moralidad administrativa en el caso concreto.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el derecho colectivo a la moralidad administrativa: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de: 4 de noviembre de 2004, Rad. AP-2305; 6 de octubre de 2005, Rad. 2002-2214(AP); 31 de octubre de 2002, Rad. 2000-1059 (AP-518); 13 de febrero de 2006, Rad. 2003-01594(AP); 2 de junio de 2005, Rad. 2003-00720(AP); 21 de febrero de 2007, Rad. 2004-00690(AP); 22 de agosto de 2007, Rad. 2003-00228(AP); 16 de mayo de 2007, Rad. 2002-2943(AP).

SEGURIDAD Y SALUBRIDAD PUBLICAS – Amenaza por utilización de construcción como botadero de basuras

A propósito del derecho colectivo a la seguridad y salubridad públicas en los mismos términos que se explicó anteriormente respecto del derecho al goce de un ambiente sano, la Sala encuentra que no está probado que haya habido una vulneración o amenaza imputable a la entidad territorial demandada, no obstante lo cual, en atención a que las pruebas indican que la seguridad y la salubridad del área se pueden ver afectadas por la forma como diferentes personas utilizan la construcción para consumir drogas, botar basura, cumplir con sus necesidades fisiológicas, etc., la Sala ordenará las medidas correspondientes para su protección.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el derecho colectivo a la seguridad y salubridad públicas: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de julio de 2004, Rad. 2002-01834(AP), MP. Germán Rodríguez Villamizar

ACCION POPULAR – Principio inquisitivo. Oficiosidad probatoria /OFICIOSIDAD PROBATORIA EN ACCION POPULAR – Alcance. Fundamento / ACCION POPULAR – Carga de la prueba / ACCION POPULAR – Alcance de la cosa juzgada. Aparición de nuevas pruebas da lugar a nuevo proceso

El principio inquisitivo, en virtud del cual el juez debe participar activamente con sus propias iniciativas en el desarrollo del proceso, encuentra consagración en diferentes artículos de la Ley 472 de 1998. En relación con el asunto *sub judice* es indispensable recordar que a pesar de la importancia que para el proceso representaban ciertas probanzas –los contratos y las fotografías– no fue posible valorarlas puesto que en uno y en otro caso dejaron de cumplirse las exigencias procesales correspondientes. Al respecto, la Sala considera conveniente llamar la atención acerca de un punto de la mayor trascendencia y es aquel consistente en la conveniencia de que en el desarrollo de las acciones populares y dadas sus particulares naturaleza y finalidad, las autoridades judiciales ejerzan de manera efectiva esa atribución legal de la iniciativa u oficiosidad en materia probatoria, con la cual se hallan investidas de conformidad con el principio inquisitivo, para que procedan a ordenar y practicar pruebas en todos aquellos casos en los cuales resulte necesaria su intervención para completar un acervo de pruebas que sea susceptible de valoración judicial, de acuerdo con las normas procesales respectivas y cuando quiera que tales pruebas sean pertinentes y conducentes para decidir de fondo respecto de si hay lugar o no en el caso sometido a su consideración a proteger los correspondientes derechos colectivos. En ningún momento pretende la Sala que la autoridad judicial asuma la carga de la prueba,

puesto que resulta clarísimo a voces del artículo 30 de la Ley 472 de 1998 –el cual desarrolla para esta materia específica la regla que comprenden los artículos 177 del Código de Procedimiento Civil y 1757 del Código Civil– que ella corresponde al actor popular; mucho menos quiere la Sala que los jueces entren a suplir en su integridad las falencias que la actuación del demandante acusa, pero sí que cuando éste último haya desplegado, como en el caso que convoca ahora el interés de la Sala, una actividad importante para dotar al juez de elementos –fotocopias de contratos y fotografías– idóneos para decidir sobre el asunto y tales elementos adolezcan de algunas formalidades legales específicas que impidan su apreciación judicial, el juez practique o disponga las diligencias necesarias para que tales elementos probatorios se incorporen al proceso con el rigor técnico que las normas requieren para su debida valoración. El proceder que sugiere la Sala a las autoridades judiciales no constituye una injerencia en la autonomía de los jueces y magistrados sino una manifestación sobre lo que la Sala interpreta jurídicamente al respecto y tiene como fundamento, entre otras, dos consideraciones especiales: en primer lugar, la naturaleza y trascendencia de los derechos cuyo amparo se suplica a través de las acciones populares, es decir los derechos colectivos que interesan a la comunidad en su totalidad y que se encuentran protegidos en la Constitución Política de Colombia, en los tratados internacionales y en la legislación interna; en segundo lugar, la condición de sujeto no cualificado del actor popular en cuanto que puede hacer las veces de tal cualquier persona dentro del conglomerado social, razón por la cual no se le exige conocimiento o título jurídico o técnico alguno para proponer la acción ni para actuar en el proceso, cuestión que algunas veces se acompaña de la circunstancia de que el demandante no se aferre a las solemnidades procesales y como resultado de ello se frustren los intentos de amparo de los derechos colectivos involucrados. En el mismo sentido de necesidad de unas pruebas idóneas para decidir sobre los derechos colectivos, pero desde una óptica diferente puesto que comprende la aplicación relativa del principio de la *res iudicata*, la naturaleza e importancia de la acción popular y la condición del actor popular referidas han conducido a que las decisiones judiciales en las cuales se deniegan las pretensiones de la demanda no hagan tránsito a cosa juzgada frente al supuesto de que aparezcan nuevas pruebas relacionadas con la situación planteada en la demanda y decidida en la sentencia, de conformidad con lo dispuesto por la Corte Constitucional al condicionar la exequibilidad del artículo 35 de la Ley 472 de 1998. De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que el aspecto probatorio debe ser atendido con suma atención por parte del juez cuando conoce de la acción popular, puesto que la aparición de nuevas pruebas puede dar lugar a que se plantee válidamente un nuevo proceso en ejercicio de la acción popular, cuestión que podría significar en la práctica que ante la denegación de las pretensiones en la sentencia por la falta de pruebas debidamente allegadas al proceso, sería posible que se iniciara un nuevo proceso en el cual se aportaran las mismas pruebas pero esta vez sí con el lleno de los requisitos legales y procesales.

FUENTE FORMAL: LEY 472 DE 1998 – ARTICULO 30 / LEY 472 DE 1998 – ARTICULO 35 / LEY 472 DE 1998 – ARTICULO 28 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 177 / CODIGO CIVIL – ARTICULO 1757

NOTA DE RELATORIA: Sobre el principio inquisitivo en acción popular: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de octubre de 2007, Rad. 2002-02514(AP), Ramiro Saavedra Becerra. Sobre la cosa juzgada en acción popular: Corte Constitucional, C- 622 de 2007, MP. Rodrigo Escobar Gil

ACCION POPULAR – Incentivo / INCENTIVO EN ACCION POPULAR – Debe tasarse conforme a la actuación del actor

Habida cuenta de que la misma ley comprende un incentivo económico a favor del actor popular en los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998, y que el pago correspondiente girará en función de la manera acertada como haya actuado al formular la demanda, impulsar el proceso en sus diversas etapas y, especialmente, al aportar pruebas necesarias, pertinentes y conducentes para el éxito de la acción, la Sala encuentra que en la medida en que mayor intervención judicial se requiera en relación con las pruebas para tomar una decisión de fondo en el proceso que ampare los derechos colectivos, menor habrá de ser el reconocimiento por concepto del incentivo económico a favor del actor popular. La Sala reconocerá un incentivo económico a favor de cada uno de los dos actores populares por la suma que corresponda a 5 SMLMV, la cual deberá ser pagada por el Municipio de Barrancabermeja. A pesar de que la apelación fue presentada por el Ministerio Público, la Sala encuentra que la actuación de los actores populares en primera instancia y las pruebas que aportaron al proceso fueron de importancia para el amparo de los derechos colectivos.

FUENTE FORMAL: LEY 472 DE 1998 – ARTICULO 39/ LEY 472 DE 1998 – ARTICULO 40 /

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente (E): MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá D.C., catorce (14) de abril de dos mil diez (2010).

Radicación número: 68001-23-15-000-2003-01472 01(AP)

Actor: ALFONSO LOPEZ LEON Y OTRO

Demandado: MUNICIPIO DE BARRANCABERMEJA

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, de fecha 17 de marzo de 2006, por medio de la cual se resolvió:

“PRIMERO: DENIÉGUENSE las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONMINAR al COMANDANTE DE LA POLICIA DE SANTANDER para que proceda a intensificar las rondas de Vigilancia y a prestar una atención más oportuna a los casos informados por la comunidad que reside alrededor de la Unidad Deportiva del Barrio Palmira del Municipio de Barrancabermeja.

TERCERO: CONMINAR al MUNICIPIO DE BARRANCABERMEJA para que proceda a realizar los estudios necesarios en orden a culminar la obra de la Unidad Deportiva de Barrio Palmira del Municipio de Barrancabermeja, así como incluirla en el proyecto de presupuesto para ser ejecutado en la siguiente vigencia.

CAURTO. OFICIAR a la CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DE SANTANDER para que investigue los hechos por los cuales después de la realización de los contratos celebrados por el Municipio de Barrancabermeja, No. 0567-00 del 15 de mayo de 2000 por el valor de \$ 94.657.726.00, No. 1765-00 del 11 de junio de 2001 por el valor de \$ 40.000.000, No. 0561-03 del 9 de septiembre de 2003 por el valor de \$ 57.142.843.00, (Mejoramiento y techado de la Unidad Deportiva del Parque Palmira, Adecuación Polideportivo Palmira y la terminación de la construcción Unidad Polideportiva Palmira, respectivamente), las obras se encuentran inconclusas.

CUARTO. NOTIFIQUESE Y CUMPLASE. ENVIASE COPIA DE LA SENTENCIA AL MUNICIPIO DE LOS SANTOS Y A LA DEFENSORIA PÚBLICA, PARA DAR CUMPLIMIENTO A LO PREVISTO EN EL ARTICULO 80 DE LA LEY 472 DE 1998.”

ANTECEDENTES

1. Demanda.

El 7 de julio de 2003, los ciudadanos Alfonso López León y Oscar Mauricio Reina García, quienes actuaban en nombre propio, en ejercicio de la acción popular, presentaron demanda en contra del Municipio de Barrancabermeja¹, al considerar que, en virtud del incumplimiento de dos contratos de obra celebrados por la entidad territorial con diferentes contratistas, se habían vulnerado “*los derechos colectivos a la recreación y al deporte, además del espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público*”.

1.1. Hechos.

Los hechos expuestos en la demanda, se pueden presentar de la siguiente forma:

- El 2 de junio de 2000, el Municipio de Barrancabermeja y la sociedad Responsabilidad A.L Ltda., celebraron el contrato N° 0567-00 para el “*mejoramiento y techado de la unidad deportiva parque Palmira*”, cuyo término de duración era de noventa días, con inicio el 6 de junio de

¹ Folios 29-33, Cuaderno 1

2000 y terminación el 7 de septiembre del mismo año; la unidad deportiva mencionada se encontraba en buenas condiciones para la práctica de actividades recreativas, culturales y deportivas antes de que se iniciará las obras para su mejoramiento;

- El contrato se celebró y ejecutó en la administración del señor Elkin David Bueno Altahona, Alcalde de Barrancabermeja en los años 1998-2000, sin que se cumpliera con la totalidad del objeto contratado;
- El 9 de julio de 2001, bajo la administración del Alcalde Julio César Ardila Torres, se inició la ejecución del contrato de obra N° 1765-00, celebrado entre el Municipio de Barrancabermeja y la sociedad CONVIAS LTDA., “con el objeto de adecuación de la polideportiva del barrio Palmira”, cuya fecha de entrega era el 7 de septiembre de 2001; este contrato se suspendió el 14 de diciembre de 2001, sin que se haya terminado la realización de las obras;
- Las personas que habitan el barrio y las zonas aledañas no pueden llevar a cabo la práctica de actividades recreativas, culturales y deportivas por encontrarse la obra en un estado en el que no es posible hacer uso de ella en condiciones normales.

1.2. Pretensiones.

Las pretensiones comprendidas en la demanda correspondían a:

“PRIMERO: Que cese el actuar omisivo de la administración municipal de Barrancabermeja en cabeza de su alcalde Julio César Ardilla o quién haga sus veces.

*SEGUNDO: Que se lleve a cabo la terminación de la obra y por consiguiente se entregue en buen estado **UNIDAD DEPORTIVA PARQUE PALMIRA.***

TERCERO: Que sea reconocido a los accionantes el incentivo consagrado en el artículo 39 de la ley 472 de 1998.

CAURTO: Que se condene en las costas del proceso al municipio de Barrancabermeja.”

1.3. Argumentos y derechos colectivos vulnerados.

Los actores afirmaron que la falta de actuación u omisión del Municipio de Barrancabermeja, consistente en no haber exigido el cumplimiento de las obras relacionadas en los contratos N° 0567-00 y N° 1765-00, vulneró *“los derechos colectivos a la recreación y al deporte, además del espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público”*. También hace referencia a que la situación actual de la obra *“deteriora el ambiente sano en el que se desenvuelve la comunidad”*.

2. Admisión y notificación.

El 8 de julio de 2003 el Tribunal Administrativo de Santander admitió la demanda de acción popular, corrió traslado al Municipio de Barrancabermeja, comunicó lo propio al Defensor del pueblo, al Ministerio Público, a los miembros de la comunidad y advirtió a las partes acerca de la audiencia de pacto de cumplimiento².

Fueron notificados debidamente el Alcalde Municipal de Barrancabermeja, el 8 de junio de 2004³; el Ministerio Público, el 8 de julio de 2003⁴ y el Defensor del Pueblo, el 6 de agosto de 2006⁵.

La comunidad fue informada a través de periódico Vanguardia Liberal, el día 26 de agosto de 2003⁶.

3. Contestación de la demanda.

El 25 de junio de 2004, por medio de apoderado judicial, el Municipio de Barrancabermeja contestó la demanda⁷ y aceptó como ciertos algunos hechos y respecto de los otros manifestó que se estaba a lo que se probare. En relación con las pretensiones, se opuso a todas ellas sobre la base de que *“[E]l demandante no prueba el derecho colectivo amenazado ni conculcado, no demuestra la necesidad de su petición”*, luego de lo cual concluyó que la acción no estaba llamada a prosperar.

² Folios 34 – 36, Cuaderno 1

³ Folio 48, Cuaderno 1

⁴ Folio 37, Cuaderno 1

⁵ Folio 38, Cuaderno 1

⁶ Folio 41 Cuaderno 1

⁷ Folio 53, Cuaderno 1

4. Audiencia de Pacto de Cumplimiento.

El 2 de marzo de 2005⁸ se declaró fallida la audiencia por la inasistencia de la parte demandada.

5. Práctica de pruebas y alegatos de conclusión.

El Tribunal *a quo* ordenó la práctica de pruebas mediante auto de 30 de marzo de 2005⁹ y una vez que tal etapa fue concluida, se dio traslado a las partes para que alegaran de conclusión¹⁰, a través de auto del 30 de septiembre de 2005; tanto demandante como demandado guardaron silencio.

6. Concepto del Ministerio Público.

El 10 de octubre de 2005, la entidad de control presentó el concepto respectivo¹¹ a través del cual argumentó que además de los derechos que los demandantes consideraban como vulnerados, también estaban involucrados otros derechos colectivos como la moralidad administrativa, el derecho a la utilización y defensa de los bienes de uso público, la defensa del patrimonio público y el derecho al acceso de una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública.

Conceptuó, con base en las pruebas aportadas al proceso, que la acción debía prosperar para que la entidad territorial adoptara medidas que ofrecieran a los habitantes y usuarios del escenario deportivo condiciones de seguridad, salubridad, vigilancia y control; en tal sentido manifestó que se debía realizar el estudio correspondiente para adelantar la terminación de la obra y que la situación inconclusa de esta última mostraba la desidia en la planeación e inversión de los recursos públicos, cuestión que afecta la moralidad administrativa.

7. Sentencia de Primera Instancia.

⁸ Folio 175, Cuaderno 1

⁹ Folios 177 – 179, Cuaderno 1

¹⁰ Folio 204, Cuaderno 1

¹¹ Folios 205 – 207, Cuaderno 1

El Tribunal Administrativo de Santander, mediante sentencia del 17 de marzo de 2006¹², concluyó que la obra referida al centro deportivo del Barrio Palmira no había sido terminada; que dentro de la misma se comprobó la existencia de “basuras y maleza” y que, de acuerdo con los testimonios aportados al proceso, “se ha convertido en un lugar predilecto” para el consumo de “drogas, sustancias alucinógenas o el ejercicio de actividades ilícitas”.

No obstante lo anterior, determinó que:

“... la no conclusión de esa obra no es la causa eficiente de la amenaza o vulneración de los derechos colectivos cuya protección se reclama, pues no tienen la entidad suficiente para afectar el medio ambiente, el espacio público e impedir el ejercicio del derecho a la recreación y el deporte. Máxime cuando de las mismas pruebas se establece que la gente practica dentro de la Unidad Deportiva actividades de recreación y deporte, al igual que no fue demostrado que se impida el acceso a la misma o siquiera con una prueba técnica, que la presencia de unos residuos de basura fueran de tal magnitud para que se estuviera afectando el goce a un ambiente sano.”

Si bien es cierto que sobre la base expuesta el Tribunal Administrativo de Santander denegó las pretensiones, también lo es que en la parte resolutive de la sentencia apelada conminó a la Policía Nacional para que adelantara medidas de seguridad en el sector; conminó a la entidad territorial demandada para que hiciera los estudios y apropiaciones presupuestales tendientes a culminar la obra; ofició a la Contraloría Departamental de Santander para que investigara los contratos que habían sido celebrados para el “mejoramiento y techado de la Unidad Deportiva del Parque Palmira” y las razones para la falta de terminación de las obras.

8. Recurso de Apelación.

El 28 de marzo de 2006, la Procuraduría Judicial 16, apeló¹³ la decisión con fundamento en que lo ordenado por el Tribunal a quo a título de conminación, debió hacer parte de una decisión en la que se reconociera la vulneración de los derechos colectivos invocados en la demanda.

“... el abandono de las obras inconclusas es el hecho que genera no solo la vulneración al derecho colectivo al ambiente sano, pues el lugar se ha convertido en botadero de basuras, sino igualmente es lo que genera inseguridad en el sector, como se ha denunciado y probado en el

¹² Folios 210 – 221, Cuaderno principal

¹³ Folios 224 – 225, Cuaderno principal

expediente, porque se trata de una construcción inconclusa que no cuenta con puertas o por lo menos con una malla que no permita el ingreso de quienes atropellan a la comunidad con atracos aprovechándose de la oscuridad, bien que a pesar de ser del Estado, un bien fiscal, así no sea público, viene siendo utilizado en forma indebida por extraños.”

El recurso fue concedido por el Tribunal Administrativo de Santander¹⁴ y admitido por el Consejo de Estado¹⁵.

9. Actuación en segunda instancia.

El 19 de febrero de 2007, se dio traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión¹⁶ pero todos ellos guardaron silencio al respecto.

El 4 de agosto de 2008, el Consejero sustanciador a quien correspondió el asunto en la Sección Primera del Consejo de Estado advirtió que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 13, Sección Tercera, numeral 13, Acuerdo 58 de 15 de septiembre de 1999, modificado por el artículo 1 del Acuerdo 55 de 2003, la Sección Tercera de la Corporación era competente para conocer del presente recurso de apelación, por tratarse de un asunto contractual relacionado con el derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa.

Bajo estos argumentos fue remitido el expediente a la Sección Tercera, correspondiéndole por reparto a este Despacho.

CONSIDERACIONES

En primer lugar, la Sala definirá respecto de cuáles derechos colectivos se hará el análisis jurídico.

1. Derechos colectivos invocados por el demandante.

Los derechos a los cuales hace referencia el actor en la demanda como colectivos y cuya protección reclama están constituidos por *“la recreación y el deporte”, “el espacio público”, “la utilización y defensa de los bienes de uso público”* y *“el ambiente sano”*.

¹⁴ Folio 237, Cuaderno principal

¹⁵ Folio 240, Cuaderno principal

¹⁶ Folio 240, Cuaderno 1

Al respecto, la Sala advierte que los derechos mencionados se encuentran ubicados dentro de la categoría legal de derechos colectivos en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, con excepción del que refiere el actor como derecho a la recreación y al deporte, el cual no encuentra consagración expresa dentro de la misma norma; no obstante, esta disposición señala en su inciso final que: *“[I]gualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia.”*

Corresponde entonces definir si el derecho a la recreación y al deporte encuentra consagración positiva dentro de nuestro ordenamiento jurídico y si la acción popular es la vía jurídicamente idónea para su protección; con tal propósito ha de tenerse en cuenta que la Constitución Política de Colombia incorpora el derecho a *“la recreación, a la práctica del deporte y al aprovechamiento del tiempo libre”* dentro del capítulo *“[D]e los derechos sociales, económicos y culturales”*¹⁷ y que la Ley 181 de 1995 lo califica como un *“derecho social”*¹⁸. En el mismo sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha dicho¹⁹:

“El artículo 52 de la Constitución Política modificado por el artículo 1º del acto legislativo No. 2 de 2000 otorga al ejercicio del deporte y a la recreación una dimensión que trasciende la simple práctica del juego, al ubicarlo como parte de la formación integral de las personas y elemento que contribuye al mejoramiento de la salud. De esta manera se convierte en una de las partes constitutivas de la función educativa y por definición constitucional, participa del gasto público social. Igualmente, se reconoce como un derecho que la Corte Constitucional eleva a la categoría de derecho fundamental por la conexidad evidente con el derecho a la vida y al libre desarrollo de la personalidad. (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, el derecho al deporte y a la recreación ha merecido la calificación de derecho social y de derecho fundamental por conexidad con otros

¹⁷ “Artículo 52.- Modificado A.L. 2/2000, art 1º. El ejercicio del deporte, sus manifestaciones recreativas, competitivas y autóctonas tienen como función la formación integral de las personas, preservar y desarrollar una mejor salud en el ser humano.

El deporte y la recreación, forman parte de la educación y constituyen gasto público social. Se reconoce el derecho de todas las personas a la recreación, a la práctica del deporte y al aprovechamiento del tiempo libre.

El Estado fomentará estas actividades e inspeccionará, vigilará y controlará las organizaciones deportivas y recreativas cuya estructura y propiedad deberán ser democráticas.”

¹⁸ “Artículo 4.- Derecho Social. El deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre, son elementos fundamentales de la educación y factor básico en la formación integral de la persona ... (...).”

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 24 de julio de 2004, Radicación 1577, Actor: Ministerio de Cultura, Consejero ponente: Gustavo Aponte Santos

derechos de esta estirpe, pero no ha sido consagrado positivamente como derecho colectivo en norma alguna.

Ha dicho la Sala al respecto:

“... mientras no se haya producido su reconocimiento legal, no se puede considerar que un interés determinado, así tenga carácter general, revista la naturaleza de colectivo; por consiguiente, sólo será derecho colectivo susceptible de ser amenazado o vulnerado por la acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares, aquél que, reuniendo las características propias del interés colectivo, esté reconocido como tal por la ley, la constitución o los tratados internacionales.”²⁰

De conformidad con lo anterior, el derecho a la recreación y al deporte no es susceptible de amparo por la vía de la acción popular, por ello y en cuanto los demás derechos colectivos invocados por el actor en la demanda hallan consagración en la Ley 472 de 1998, es posible que la Sala seguirá adelante con el estudio del caso concreto pero sólo respecto de éstos últimos.

2. Derechos colectivos relacionados con el asunto *sub judice* que no fueron invocados por el actor popular.

A propósito de los derechos colectivos que deben ser analizados en el presente caso, la Procuraduría General de la Nación, en sus diferentes intervenciones, ha considerado que también están involucrados en este proceso los derechos colectivos a “*la moralidad administrativa*” y a “*la seguridad y salubridad públicas*”. En el mismo sentido, la Sala considera que el derecho colectivo a la “*defensa del patrimonio público*” también debe hacer parte del estudio para dar una solución al presente caso, habida cuenta de una serie de consideraciones que más adelante se formularán.

A este respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha dispuesto en múltiples pronunciamientos previos que cuando quiera que la autoridad judicial encargada del estudio de una acción popular encuentre que pueden estar involucrados en el asunto sometido a su consideración derechos colectivos

²⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 22 de enero de 2.004, Rad. 25000-23-26-000-2001-00527-03(AP), Actor: Asociación de residentes Barrio Santa Ana Oriental, Demandado: Curaduría Urbana-Departamento Administrativo de Planeación Distrital, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez, en el mismo sentido Sentencia de 16 de abril de 2007, Rad. AP-05001-23-31-000-2004-03831-01, Actor: Edwin Alberto Bermúdez Barbarán, Demandado: Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá-Etmva y otros, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

diferentes a los invocados en la demanda por parte del actor popular, se podrá hacer el análisis correspondiente a la amenaza o vulneración de tales derechos.

En tal sentido:

“¿Cuál es la causa petendi dentro de la demanda de acción popular? es la situación específica que pone de presente el demandante, que supuestamente amenaza o vulnera los derechos colectivos; se trata de la relación hechos – amenaza o vulneración, como situación concreta en donde se evidencia que se pone en peligro o se causa un agravio a los intereses de naturaleza colectiva.

De esta forma, la causa petendi no se refiere solamente a la vulneración de los derechos colectivos enunciados expresamente, sino también a aquellos que se deduzcan de la lectura de la demanda, sobre los cuales se ordenará su protección en la sentencia, obviamente, si su vulneración se encuentra plenamente demostrada, por lo cual se garantiza el derecho al debido proceso de las partes (en especial el derecho de defensa de los demandados) ...” (Subrayado fuera de texto)²¹

En ese orden de ideas, la Sala adelantará el estudio respectivo para definir si la protección de los derechos colectivos referidos, a pesar de no haber sido invocados por el actor popular, está llamada a prosperar.

3. Argumentos del demandante.

El actor popular afirmó en la demanda que el Municipio de Barrancabermeja celebró dos contratos para la realización de obras públicas en el centro deportivo del Barrio Palmira de esa ciudad; manifestó también que la entidad territorial no procedió debidamente ante el incumplimiento de los contratos por parte de los contratistas y que con tal omisión se afectaron los derechos colectivos correspondientes.

4. Relación de los medios de prueba.

Para efectos de analizar el valor de las pruebas aportadas en un proceso de esta naturaleza es necesario consultar las normas del Código de Procedimiento Civil

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 de octubre de 2007, Radicación no. 250002327000 2002 (AP-02514) 01, Actor: Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra

por remisión expresa de los artículos 29²² y 44²³ de la ley 472 de 1998 y del artículo 168²⁴ del Código Contencioso Administrativo.

En atención a lo anterior, la Sala analizará el valor jurídico de las diferentes las pruebas aportadas al proceso, así:

4.1. Contratos

Los contratos referidos por el actor, los cuales fueron aportados al expediente en copias simples²⁵, corresponden a:

Contratista	Contrato Fecha	No.	Objeto	Valor (\$)
Responsabilidad A.L. Ltda..	0567 – 00. 15 de mayo de 2000		“Mejoramiento y techado de la Unidad Deportiva del Parque Palmira”	94'657.726.70
Convias Ltda..	1765 – 00. 11 de julio de 2001		“Adecuación Polideportiva Barrio Palmira”	40'000.000.00

En relación con estos contratos, en la contestación de la demanda, la entidad territorial, de manera expresa, admitió su existencia y objeto, así como la circunstancia de que la obra no se terminó.

No obstante, es necesario recordar que quien aportó al proceso los documentos fue el actor popular, así como que los documentos referidos, de acuerdo con el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil²⁶, corresponden a la calificación de

²² “Clases y medios de prueba. Para estas acciones son procedentes los medios de prueba establecidos en el Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio de los que respecto de ellos se disponga en la presente ley.”

²³ “Aspectos no regulados. En los procesos por acciones populares se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y del Código Contencioso Administrativo dependiendo de la jurisdicción que le corresponda, en los aspectos no regulados en la presente ley, mientras no se opongan a la naturaleza y la finalidad de tales acciones.”

²⁴ “Pruebas admisibles. En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.”

²⁵ Folios 11 – 22, Cuaderno 1

²⁶ “Distintas clases de documentos. Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

Los documentos son públicos o privados.

Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es

documentos públicos y que su naturaleza jurídica de contratos estatales impone el cumplimiento de una solemnidad especial para su existencia jurídica y para su valoración probatoria.

En efecto, el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, a la letra dice:

“Artículo 187.- Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. (Subrayado fuera de texto)

Los contratos estatales, comprendidos en la Ley 80 de 1993 y en la legislación complementaria, demandan para el perfeccionamiento y reconocimiento de su existencia que la forma mediante la cual se exteriorice el acuerdo contractual sea la escrita, tal y como se prescribe en los artículos siguientes:

*“Artículo 39.- De la forma del contrato estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad.
(...)”*

Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.”

En ese orden de ideas, la Sala concluye que no está probada la existencia ni el contenido de los contratos estatales invocados por la parte demandante y, como resultado de ello, se abstendrá de hacer cualquier consideración al respecto.

4.2. Fotografías

El actor popular aportó al expediente 6 fotografías²⁷, las cuales corresponden, de acuerdo con lo dicho en la demanda, a la “UNIDAD DEPORTIVA PARQUE PALMIRA” y fueron tomadas el día “Julio 2/2003”.

instrumento público; cuando es otorgado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública.

Documento privado es el que no reúne los requisitos para ser documento público.”

²⁷ Folios 7 – 9, Cuaderno 1

Para efectos de acreditar la autenticidad de las fotografías, el demandante, Alfonso López León adjuntó las declaraciones extraproceso de Marlene Esther Criado, Ricaurte Reina García y Edilberto Reina García, rendidas ante el Notario Primero del Círculo de Barrancabermeja el 2 de julio de 2003, a través de las cuales, por petición del señor López León, los declarantes manifestaron:

“1. Es cierto y nos consta, que desde hace más de 7, 20 y 30 años, conocemos de vista, trato y comunicación al señor por motivos de vecindad y amistad.

2. Es cierto y nos consta, que el señor ALFONSO LÓPEZ LEÓN, el día 02 de Julio del presente año 2003, le tomó varias (06) fotos a la Unidad Deportiva del Barrio Palmira, ya que el estado actual es el que está registrado en dichas fotos las cuales son anexadas como prueba del estado actual de la Unidad Deportiva, en la Acción Popular.”

En el mismo sentido, la entidad estatal demandada, como un anexo a los alegatos de conclusión de primera instancia, aportó una “[C]opia en medio magnético del Proyecto: ADECUACIÓN Y CONSTRUCCIÓN OBRAS COMPLEMENTARIAS POLIDEPORTIVO DEL BARRIO PALMIRA.” Dentro del archivo correspondiente se aprecia un número de 22 fotografías bajo el título de “[R]egistro fotográfico. Estado actual de la infraestructura”, cuya autoría aparece atribuida en el mismo documento a la “[O]ficina asesora de planeación” y su fecha corresponde, de acuerdo con lo que en el documento se anuncia, a “Octubre de 2004”.

Ahora bien, en relación con el valor probatorio que las fotografías referidas pueden tener, es necesario considerar que el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil las incorpora dentro del listado de “documentos”²⁸, es decir, las hace parte de esta categoría de medios de prueba que se define doctrinariamente como “...todo objeto producido, directa o indirectamente, por la actividad del hombre y que, representa una cosa, un hecho o una manifestación del pensamiento”²⁹. La Sección Tercera del Consejo de Estado, acerca de las fotografías y de su valor probatorio, en un pronunciamiento anterior, señaló que dentro del género de los documentos las fotografías corresponden a la especie de los representativos, puesto que “... no contiene ninguna declaración, sino que se limita a fijar una

²⁸ “Artículo 251.- Distintas clases de documentos. Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.”

²⁹ J. PARRA QUIJANO, Tratado de la Prueba Judicial. T. III, Los Documentos; Librería Ediciones El Profesional Ltda., 3ª ed., 2003. pg. 10.

*escena de la vida en particular, en un momento determinado, es decir, a representarla.*³⁰

Con la intención de definir si las fotografías mencionadas son susceptibles de valoración probatoria, la Sala advierte que de acuerdo con el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil los documentos que han de apreciarse como pruebas deben ser auténticos, es decir debe haber certeza respecto de la persona que lo ha elaborado y de que el hecho plasmado en el documento, en este caso en las fotografías, corresponda a la realidad, puesto que, al igual que en cualquier otro documento, hay riesgo de alteración. En relación con las 6 fotografías aportadas por los actores populares, si bien existe una declaración extrajudicial ante Notario Público, ello no prueba que efectivamente las fotografías correspondan a la realidad en tanto que no hubo dentro del proceso judicial un reconocimiento o admisión de la parte contraria, ni una declaración de testigos que constatará que las fotografías correspondían a la realidad. Respecto de las 22 fotografías aportadas por el apoderado judicial de la parte demandada en el archivo magnético, como un anexo a los alegatos de conclusión de primera instancia, la Sala observa que no hay certeza respecto de que las mismas provinieran del Municipio de Barrancabermeja en tanto que no se acreditó que hubieran sido autorizadas por parte de la entidad territorial, sino que simplemente las aportó al expediente el mencionado apoderado. En igual sentido se observa claramente que la etapa en la cual fueron aportadas las fotografías no corresponde a la que legalmente ha sido dispuesta por la ley para el debate probatorio.

En atención a los argumentos anteriores la Sala concluye que las fotografías aportadas por las dos partes procesales no son susceptibles de valoración probatoria.

4.3. Pruebas testimoniales

Dentro del expediente obran los siguientes testimonios:

Testimonio de Henry Sanabria López³¹:

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 8 de noviembre de 2007, Expediente 32966, Actor: Dionisio Lentino, Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra

³¹ Folios 190 – 191, Cuaderno 1

“PREGUNTADO: Dígale al Juzgado, si usted forma parte de la Comunidad del Barrio Palmira de Barrancabermeja, y de ser así qué sabe acerca del mejoramiento y techado de la Unidad Deportiva Parque Palmira. CONTESTO: Vivo ahí en Palmira hace ocho años aproximadamente, y entonces tumbaron la malla de la cancha y levantaron dos pisos, para construir un polideportivo cubierto, construcción que está más o menos en un 60% de construcción, pusieron el techo, pero faltan las graderías, pero no quedó apto para actividades deportivas, allí únicamente van unas personas de la tercera edad para hacer ejercicio. Inclusive construyeron una especie de camerinos, pero no tiene puertas y lo utilizan unos gamines y los mismos estudiantes de la Kennedy para meter vicio. De día los estudiantes puede hacer ejercicio, pero de noche eso es peligroso.” (Subrayado fuera de texto)

Testimonio de Pascual Reina Altuve³²:

“PREGUNTADO: Dígale al Juzgado, si usted forma parte de la Comunidad del Barrio Palmira de Barrancabermeja, y de ser así qué sabe acerca del mejoramiento y techado de la Unidad Deportiva Parque Palmira. CONTESTO: Sí porque llevo viviendo en ese barrio como dije más o menos unos veinticinco años, y además estamos tratando en lo posible de hacer cambio de la junta para una mejor trato a la comunidad. En cuanto a la cancha han pasado como dos contratistas y nada que se ha terminado y entonces (sic) momento se está prestando para muchas cosas como que la gente llegue en la noche para meter vicio, para hacer del cuerpo y de pronto hasta que nos atraque porque ahí se mete mucho gamín y hasta duermen adentro porque eso quedó encerrado, pero sin puertas, y es preferible que quede escueto como estaba antes con las meras graderías para que no se metan la gente ahí. PREGUNTADO: Conoce usted las condiciones del contrato celebrado por el Municipio, tales como fecha de inicio, terminación, etc. CONTESTO: Desconozco los pormenores de las condiciones del contrato, lo que vi fue que empezaron a construir para arreglar la cancha y de pronto hicieron un pare cuando metieron preso al Alcalde JULIO CESAR ARDILA, en ese tiempo pararon la obra y después como a los seis meses volvieron a reiniciar la construcción y estuvieron trabajando como unos dos meses y de ahí volvieron a parar y ahí quedó ese monstruo. Y entonces necesitamos que el Señor ALCALDE MUNICIPAL termine de arreglar la obra porque no están haciendo una daño a la comunidad.” (Subrayado fuera de texto)

4.4. Inspección judicial

En desarrollo de la diligencia de inspección judicial³³, llevada a cabo por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Barrancabermeja, en cumplimiento de la orden impartida por el Tribunal Administrativo de Santander, se describió el aspecto físico de la Unidad Deportiva Parque Palmira, en los siguientes términos:

³² Folios 193 – 194, Cuaderno 1

³³ Folios 200 – 201, Cuaderno 1

“A la entrada de la mencionada Unidad Deportiva, se encuentra un andén ancho con una zona verde, la cual se halla llena de escombros, basuras y maleza. Seguidamente nos encontramos en un campo deportivo en estado de construcción, se aprecia una cancha de 18 metros de ancho por 36 metros de fondo aproximadamente, con pisos de cemento rústico. Presenta al frente, por la calle 46, un pequeño muro en ladrillo cocido de 1.20 metros de alto aproximadamente, dejando un campo de entrada de aproximadamente 3,50 metros. Al fondo se observa una estructura en ladrillo cocido y cemento y unas pequeñas placas que sirven de graderías; en ese mismo frente encontramos un camerino que consta de tres (3) compartimientos, cada uno con un cuarto adicional para la instalación de baños y duchas respectivas. Dichos camerinos están construidos en ladrillo y cemento con placa fundida. Ubicados de frente a la cancha existente, a mano derecha, un andén de 2,00 metros aproximadamente, donde al parecer debe ubicarse la gradería para los asistentes para observar espectáculos, no hay aún ninguna placa que sirva de asiento porque no se ha construido; y a mano izquierda encontramos unas instalaciones construidas en ladrillo y techo de placa fundida, donde al parecer van a funcionar dos (2) baterías de baño, que incluye varios lavamanos y sanitarios, así mismo, se aprecia otra construcción anexa de iguales condiciones de construcción donde al parecer va a funcionar una oficina. Prosiguiendo con la inspección, se observa alrededor del piso de la cancha unos cuadrados, los cuales se encuentran destapados en tierra y con maleza que forma parte de toda la cancha. Se aprecia igualmente, que la cancha se encuentra cubierta con una estructura metálica en muy buenas condiciones, la cual es sostenida por: cinco (5) columnas de hierro a mano izquierda y cinco (5) columnas de hierro a mano derecha. Dicha estructura metálica está cubierta con láminas dobladas galvanizadas para la protección del agua y del sol; el techo presenta además tres (3) hileras de seis (6) lámparas cada una, y la parte derecha, esto es, donde van a estar las graderías, hay cuatro (4) hileras de lámparas colgantes, allí se observa en el techo, las instalaciones eléctricas, las cuales aún no están en funcionamiento. Se aclara que el techo no alcanza a cubrir las baterías del baño y futura oficina, como tampoco cubre los camerinos. En línea general, se aprecia que puede ser una excelente construcción si se termina la obra de techado, graderías y buen mantenimiento. Debido al estado de abandono, se aprecia en las baterías y en los camerinos, por no tener puertas, no ventanas, y alrededor de la cancha, residuos de basura dejados al parecer por indigentes.” (Subrayado fuera de texto)

4.6. Pruebas documentales

La entidad territorial demandada aportó al proceso como anexo a la contestación de la demanda una copia del Contrato de Obra Pública No. “0561 03”³⁴, celebrado entre el Municipio de Barrancabermeja y la contratista Irma Serna Londoño el día 9 de septiembre de 2003, cuyo objeto era la “**TERMINACIÓN CONSTRUCCIÓN UNIDAD DEPORTIVA BARRIO PALMIRA**”, por valor de “\$57.142.843.90”.

³⁴ Folios 166 – 168, Cuaderno 1

Además, aportó una copia de una comunicación, de referencia “O.A.J. 00195”³⁵, de fecha 2 de febrero de 2004, suscrita por el Jefe de la Oficina Jurídica del Municipio de Barrancabermeja y dirigida al Presidente de la Junta de Acción Comunal de Barrio Palmira, en la cual, en relación con una petición presentada por éste último, en clarísima alusión al contrato mencionado, precisó:

“De manera atenta se procede a contestar el derecho de Petición impetrado por ustedes, realizando las siguientes aclaraciones:

- *La Señorita Deicy Santamaría, funcionaria de la Secretaria de Hacienda Municipal, en fecha 19 de septiembre de 2003, manifiesta que las disponibilidades anexas al contrato 0561 de 2003 se encuentran vencidas desde el mismo momento de firmar el contrato.*
- *Así las cosas jamás se expidió el registro presupuestal necesario para el (sic) expedirse (sic) el certificado de aprobación de garantías y por tanto el contrato nunca se perfeccionó, ni se ejecutó.*

Por tanto aunque hubo un proceso contractual que finalizó con la SUSCRIPCIÓN del contrato, nunca pudo EJECUTARSE por encontrarse vencidas las disponibilidades.

En cuanto a su solicitud de terminación de la construcción del escenario deportivo requerido, le solicito de conformidad al artículo 6 del C.C.A., una ampliación en el término para resolver de quince (15) días adicionales, contados a partir de la notificación de este oficio, teniendo en cuenta que aún no se ha implementado el Plan de Desarrollo Municipal, y por consiguiente no se han priorizado las obras que en materia de Deporte se van a desarrollar en cumplimiento del Plan de Gobierno de Dr. EDGARD COTE GRAVINO.”

En ese orden de ideas, habida cuenta de que los documentos no fueron aportados en original³⁶ y de que el valor probatorio de las copias ha de establecerse de conformidad con las hipótesis contempladas en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el Decreto 2282 de 1989, artículo 1º, numeral 117)³⁷, la Sala, en razón a que ninguna de ellas encuentra concreción en el presente caso, concluye que los documentos referidos no cumplen con lo ordenado por las normas para su valoración probatoria.

5. Conclusiones de las pruebas relacionadas.

³⁵ Folio 60, Cuaderno 1

³⁶ Código de Procedimiento Civil, artículo 253 (Modificado Decreto 2282 de 1989, artículo 1, numeral 116) “Aportación de documentos. Los documentos se aportarán al proceso originales o en copia. Esta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento.”

³⁷ “Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos:

1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.
2. Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente.
3. Cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa.”

En primer lugar, es indispensable señalar que en atención a las consideraciones expuestas anteriormente, la Sala no encuentra probada la existencia ni el contenido de los contratos relacionados con la unidad deportiva del barrio Palmira del Municipio de Barrancabermeja y que no obstante ello es posible continuar con el estudio del presente asunto, puesto que los hechos y pretensiones de la demanda no se contraen únicamente a los contratos supuestamente celebrados para la realización y terminación de la obra, sino que, en el aspecto fáctico, los actores populares denuncian claramente que: *“Las personas que habitan este barrio y sus zonas aledañas no pueden llevar a cabo la práctica de actividades recreativas, culturales y deportivas por encontrarse la obra en un estado en el que no es posible hacer uso de ella en condiciones normales.”* Por su parte, en el *petitum* del libelo introductorio se exige que cesen las omisiones de la Administración, que se termine la obra y que sea entregada en buen estado.

En segundo lugar, respecto de los demás elementos probatorios con fundamento en los cuales se puede adelantar el análisis jurídico para concluir si es procedente o no amparar los derechos colectivos, la Sala tiene por acreditado que:

- La unidad deportiva del barrio Palmira del Municipio de Barrancabermeja es una construcción inconclusa, puesto que en el expediente se ha acreditado que (i) la pista o cancha donde se habrían de desarrollar las actividades deportivas no está terminada; (ii) las graderías tampoco lo están; (iii) hay *“escombros, basuras y maleza”*; (iv) los espacios que habrían de corresponder a camerinos, baños y oficinas están inacabados, así como también las instalaciones para agua y luz; (v) no hay un cerramiento, mallas o puertas que permitan asegurar la construcción e impedir su utilización para actividades diferentes a las que le son propias.
- La unidad deportiva del barrio Palmira del Municipio de Barrancabermeja se ha convertido en un lugar que se utiliza, o al menos es susceptible de ser utilizado, por parte de transeúntes y personas extrañas a la vecindad para el consumo de drogas; para la realización de sus necesidades fisiológicas; para botar basuras y para hacer las veces de guarida de quienes quieren atentar contra la seguridad de los habitantes del barrio.

6. Vulneración o amenaza de los derechos colectivos en el caso concreto.

La Sala relacionará los diferentes derechos colectivos que se han invocado como vulnerados por parte del actor y aquellos cuyo estudio se debe adelantar también en opinión de la Sala con el propósito de definir si en el caso concreto hubo efectivamente amenaza o vulneración de los mismos.

6.1. Espacio público

En relación con el derecho colectivo al *“goce del espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público”*, comprendido en el letra d) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998, es conveniente señalar, en primer lugar, que el concepto jurídico de espacio público encuentra consagración y regulación positiva, entre otros cuerpos jurídicos, en la Constitución Política (artículo 82³⁸), en el Código Civil (artículo 674³⁹), en la Ley 9 de 1989 (artículo 5⁴⁰) y en el Decreto Reglamentario 1504 de 1998, (artículo 3⁴¹), en los cuales se lo relaciona como un conjunto integrado por bienes de propiedad pública y por elementos de propiedad particular, en el cual, en atención a su naturaleza, uso o afectación, tiene interés la colectividad en general para la satisfacción de sus necesidades comunes.

³⁸ “Artículo 82.- Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común el cual prevalece sobre el interés particular”

³⁹ “Artículo 674.- Se llaman bienes de la unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la unión de uso público o bienes públicos del territorio. Los bienes de la unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la unión o bienes fiscales.”

⁴⁰ “Artículo 5.- Entiéndase por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes.

Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyen, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo.”

⁴¹ “Artículo 3º. El espacio público comprende, entre otros, los siguientes aspectos:

- a) Los bienes de uso público, es decir, aquellos inmuebles de dominio público cuyo uso pertenece a todos los habitantes del territorio, destinados al uso o disfrute colectivo;
- b) Los elementos arquitectónicos, espaciales y naturales de los inmuebles de propiedad privada que por su naturaleza, uso o afectación satisfacen necesidades de uso público;
- c) Las áreas requeridas para la conformación del sistema de espacio público en los términos establecidos en este decreto.”

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha dicho en un pronunciamiento anterior, acerca de la forma como el ordenamiento jurídico ampara el espacio público:

“Las regulaciones civil y constitucional son armónicas en prever un régimen singular para los bienes de uso público, en razón de su titularidad colectiva, pues lo que los distingue fundamentalmente es que pertenecen a todos los habitantes del territorio nacional y, por ende, deben estar a su permanente disposición. De modo que la especialidad de este régimen jurídico deriva de su afectación a una utilidad pública al estar vinculados a un fin de interés público.”⁴²

En cuanto respecta a la descripción de las conductas que pueden vulnerar el goce del espacio público, en la misma sentencia se indicó:

“... cuando la Constitución y la ley le imponen al Estado el deber de velar por la integridad del espacio público y su afectación a una finalidad pública, comoquiera que su uso y goce pertenecen a la comunidad, por motivos de interés general, no sólo limita su disposición en términos de enajenabilidad, sino que al mismo tiempo impide la presencia de discriminaciones negativas en el acceso al espacio público (exclusión en el acceso) o discriminaciones positivas a favor de determinados particulares (privilegios), en tanto lo que está en juego es el interés general (arts. 1 y 82 C.P.) anejo a su destinación al uso común general”⁴³ (Subrayado fuera de texto)

Ahora bien, en relación con la carga que tienen las autoridades para proteger el espacio público y de la responsabilidad que deben asumir frente a la vulneración del mismo, ha dicho el Consejo de Estado:

“... el deber de vigilancia y preservación del derecho al goce del espacio público no implica una obligación de resultado, ni puede considerarse que cada vez que un particular usa indebidamente el espacio público, esa irregularidad pueda imputarse a las autoridades encargadas de su protección. De hecho, exigir que la autoridad pública competente ejerza un control automático, permanente e inmediato de todos los casos en los que ha recuperado el goce común del espacio público, implica imponer una carga desproporcionada e imposible de adelantar si se tiene en cuenta la complejidad de las ciudades y poblaciones modernas. En efecto, el Estado no puede asegurar en forma permanente que la conducta de los particulares que ya ha reprochado no se repita ni puede imponérsele la

⁴² Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 6 de octubre de 2005, Referencia: 08001-23-31-000-2002-02214-01(AP), Demandante: Jairo Torres Moreno y otros Demandado: Distrito Especial Industrial y Portuario De Barranquilla, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa

⁴³ Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 6 de octubre de 2005, Referencia: 08001-23-31-000-2002-02214-01(AP), Demandante: Jairo Torres Moreno y otros Demandado: Distrito Especial Industrial y Portuario De Barranquilla, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa

obligación de trasladar funcionarios a todas las vías públicas de la ciudad para proteger los bienes de uso público.”⁴⁴ (Subrayado fuera de texto)

En atención a lo expuesto, la Sala observa, de una parte, que en el caso concreto se presentan situaciones que sugieren que no ha habido una vulneración al goce del espacio público, puesto que no se ha acreditado en el expediente que se haya negado el acceso a la comunidad a la Unidad Deportiva del Parque Palmira, como tampoco se probó que se hubiera concedido privilegio alguno a favor de un individuo o de un grupo de ellos que conllevara la exclusión o perjuicio de los demás miembros de la colectividad; en el mismo sentido no es posible señalar que la utilización de ese espacio por parte de diferentes personas para finalidades ajenas a las de la práctica del deporte y el esparcimiento de la comunidad, implique una violación o amenaza al espacio público en tanto que, como el pronunciamiento transcrito lo señaló, las esporádicas o eventuales utilizaciones adversas a la naturaleza del espacio deportivo no significan una violación del mencionado derecho colectivo.

No obstante lo anterior, en atención a que el derecho colectivo comprende como objeto de protección el *“goce del espacio público”* y *“la utilización ... de los bienes de uso público”* y que estos términos deben ser entendidos en la significación que resulte adecuada, en el caso concreto, para la práctica del deporte y el esparcimiento, la Sala encuentra que este bien de uso público, la Unidad Deportiva del Parque Palmira, está en una situación de abandono, debidamente acreditada con la inspección judicial y los testimonios referidos, que no permite su goce y utilización en condiciones óptimas, de hecho, ni siquiera en condiciones mínimas de acuerdo con lo que su estructura y diseño podrían ofrecer. En consecuencia, desde esta óptica, la Sala encuentra que hay una vulneración al derecho colectivo invocado, imputable al Municipio de Barrancabermeja, que no deriva de la imposibilidad de acceder a él, sino de la imposibilidad de gozarlo y utilizarlo debidamente.

Además de lo anterior, la Sala encuentra que se debe declarar la vulneración del derecho colectivo por parte de la entidad territorial demandada respecto de aquella parte de la letra d) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998 que concierne a la *“defensa de los bienes de uso público”*, puesto que en el caso concreto la

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, 27 de marzo de 2003, Referencia: 25000-23-25-000-2002-9008-01(AP-083), Demandante: Roberto Ramírez Rojas, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla

situación de deterioro, afectación y desmejora en que se halla la estructura deportiva del parque del barrio Palmira, en condición de bien de uso público, requiere que la defensa pedida por parte del actor popular en el ejercicio de esta acción sea asumida por la Sala, impartiendo las órdenes correspondientes, para evitar que el proceso de ruina del inmueble continúe.

6.2. Goce de un ambiente sano.

Este derecho colectivo ha sido amparado de manera concreta por el Consejo de Estado en múltiples pronunciamientos, desde diferentes perspectivas: en conexión con el derecho a la salubridad pública⁴⁵; en relación con el vertimiento de aguas negras a corrientes naturales⁴⁶; en relación con la construcción de urbanizaciones que no cuentan con acueducto y alcantarillado⁴⁷; en atención a eventos de contaminación auditiva⁴⁸.

En el caso concreto, la Sala concluye de acuerdo con las pruebas aportadas al proceso que la falta de terminación de las obras, aunada a la circunstancia de que el espacio correspondiente está siendo utilizado para botar basuras y para que algunas personas realicen ahí sus necesidades fisiológicas constituye una amenaza al goce de un ambiente sano por parte de los habitantes del sector, razón por la cual, otorgará en la parte resolutive de la sentencia la protección correspondientes a este derecho colectivo.

Lo anterior, sin perjuicio de señalar que no se evidencia en la actuación del Municipio de Barrancabermeja que haya sido el causante de la amenaza o vulneración de este derecho colectivo, puesto que las actuaciones que dan lugar a ello obedecen a personas que no guardan relación con la entidad territorial

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5, 23 de agosto de 2003, Referencia: 41001-23-31-000-2002(0549)01, Demandante: Juan Carlos Vargas v. Municipio de Iquira, Consejero Ponente: Roberto Medina López

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5, 7 de diciembre de 2001, Referencia: 63001-23-31-000-2001(0234)01, Demandante: Néstor Díaz v. Municipio de Córdoba, Consejero Ponente: Darío Quiñones

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5, 10 de abril de 2002, Referencia: 25000-23-25-000-2002(0872)01, Demandante: Rubén Darío Hernández v. Empresa de Acueducto y Alcantarillado, Consejero Ponente: Darío Quiñones.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1, 24 de octubre de 2002, Referencia: 11001-03-24-000-2000(6692)01, Demandante: Iván Florez v. Gobierno Nacional, Consejero Ponente: Manuel Santiago Urueta; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5, 16 de enero de 2003, Referencia: 05001-23-31-000-2002(00291)01, Demandante: Martha Isabel Parra v. Municipio de Medellín, Consejero Ponente: Darío Quiñónez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3, 16 de octubre de 2007, Referencia: 19001233100020050098001, Actor: Fundación Espacio Abierto, Demandado: Municipio de Popayán Consejero Ponente: Ramiro Saavedra

demandada. Es cierto que la desatención y abandono de la Administración respecto del espacio deportivo del parque del Barrio Palmira ha contribuido a que se convierta en el lugar donde se producen las situaciones que atentan contra el derecho colectivo al goce de un ambiente sano, pero no es menos cierto que tal omisión de la entidad territorial no es la causa eficiente o adecuada de tales afectaciones al ambiente.

En atención a lo anterior se ordenará proteger el goce de un ambiente sano, pero no se declarará la responsabilidad de la entidad demandada a este respecto.

6.3. Moralidad administrativa.

La moralidad administrativa es un derecho colectivo que ha sido traído a colación en este proceso por parte del Ministerio Público. Al respecto, la Sección Tercera en múltiples pronunciamientos ha intentado darle concepto, contenido y alcance, para lo cual se ha dicho que existe amenaza o vulneración de la moralidad administrativa, entre otros, en los siguientes supuestos: cuando la transgresión de la legalidad obedece a finalidades de carácter particular⁴⁹ – noción que la aproxima a la desviación de poder⁵⁰; cuando existen irregularidades y mala fe por parte de la administración en el ejercicio de potestades públicas⁵¹; cuando se desconocen los valores y principios que inspiran la actuación administrativa y que determinan la expedición de las normas correspondientes al tiempo que orientan su adecuada interpretación⁵² – concepción que reconoce la importancia axiológica y principiolística del ordenamiento, en un contexto eminentemente jurídico que, por tanto, no coincide con el mero desconocimiento de los parámetros éticos y

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia de 4 de noviembre de 2004, radicación N° 2500023240002003 (AP-2305) 01. Actor: William Reini Farias Pedraza. Demandado: DIAN. C.P. Ricardo Hoyos Duque. En el mismo sentido, véase sentencia del 6 de octubre de 2005, radicación N° 0800123310002002 (AP-2214) 01. Actor: Jairo Torres Moreno y otros. Demandado: Distrito especial, industrial y portuario de Barranquilla. C.P.: Dra. Ruth Stella Correa.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 31 de octubre de 2002, radicación N° 5200123310002000105901 (AP-518). Actor: Jesús Orlando Mejía Yepes. Demandado: Empresa de Licores de Nariño y otros. C.P. Ricardo Hoyos Duque

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil seis (2006), Radicación: 190012331000200301594 01, Referencia: Acción popular, Actor: Gerardo Aníbal Paz Gómez y otros, Demandado: Municipio de Popayán y otros, C. P. Germán Rodríguez Villamizar

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 2 de junio de 2005, radicación N° 2500023270002003 (AP-00720) 02. Actor: Fundación Un sueño por Colombia. Demandado: Nación – Ministerio de Comunicaciones. C.P. Dra. Ruth Stella Correa. También, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 26 de octubre de 2006, radicación N° 7600123310002004 (AP-01645) 01. Actor: Andrés Alberto Gómez Orozco. Demandado: Municipio de Santiago de Cali.

morales aceptados por los asociados⁵³; cuando se aplique o interprete por parte de una autoridad administrativa un precepto legal o una decisión judicial en un sentido que se aparte de manera ostensible y contraevidente de su correcto entendimiento⁵⁴. También ha dicho la Sala que los intentos de definir la moralidad administrativa no la limitan sino que simplemente la explican, en vista de que en relación con este tipo de conceptos es el caso concreto el que brinda el espacio para que la norma se aplique y para que se proteja el correspondiente derecho colectivo⁵⁵.

En el asunto *sub judice*, la Sala no encuentra que haya habido una vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa puesto que no está acreditado que el estado actual de la unidad deportiva del parque del barrio Palmira obedezca a finalidades relacionadas con mala fe, corrupción, abuso o desviación del poder. Tampoco se acredita que haya motivaciones particulares para que la obra esté en tal situación, ni que la Administración desatendiera flagrantemente sus obligaciones ni las normas que resultaren de clarísima interpretación y aplicación, en relación con la misma.

Es decir, si bien es cierto que hay una vulneración de ciertos derechos colectivos, también lo es que no se configuran los elementos para hablar de una violación o amenaza de la moralidad administrativa en el caso concreto.

6.4. Seguridad y salubridad públicas.

En la letra g) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998 se ha consagrado como derecho colectivo *“la seguridad y salubridad públicas”*. Al respecto ha dicho la Sección Tercera del Consejo de Estado:

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Bogotá, sentencia del 21 de febrero de 2007, radicación N° 4100123310002004 (AP-00690) 01. Actor: María Nubia Zamora. Demandando: Empresas Públicas de Garzón “EMPUGAR”. C. P. Enrique Gil Botero.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de veintidós (22) de agosto de dos mil siete (2007, Actor: Linnette Andrea Gutiérrez y Otro, Demandada: Municipio de Bucaramanga Radicación: 68001231500020030022801, C. P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 16 de mayo de 2007, expediente: AP 2002-2943, Actor: Alejandro Ramírez Brandt, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. *“Es claro que tratándose de conceptos generales y abstractos que acusan la falta de concreción (como buena fe, equidad, corrección, etc.) las nociones que acompañan su aplicación han de estar referidas al caso concreto que motiva su invocación. Por ello, para la Sala, las situaciones particulares en las cuales se analiza si existió o no vulneración o amenaza de la moralidad administrativa serán las que den lugar a la utilización de uno u otro concepto”*

“En diferentes ocasiones la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre los conceptos de seguridad y salubridad públicas; los mismos han sido tratados como parte del concepto de orden público y se han concretado en las obligaciones que tiene el Estado de garantizar condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad. De esta manera, se puede concluir que la salubridad y seguridad públicas son derechos colectivos y, por tanto, se deben proteger a través de las acciones populares. Su contenido general, implica, de acuerdo con la jurisprudencia citada, en el caso de la seguridad, la prevención de los delitos, las contravenciones, los accidentes naturales y las calamidades humanas y, en el caso de la salubridad, la garantía de la salud de los ciudadanos. Estos derechos colectivos están ligados al control y manejo de las situaciones de índole sanitario, para evitar que tanto en el interior como en el exterior de un establecimiento o de determinado lugar se generen focos de contaminación, epidemias u otras circunstancias que puedan afectar la salud y la tranquilidad de la comunidad y en general que afecten o amenacen el estado de sanidad comunitaria. Es decir, que al momento de ponerse en funcionamiento determinados proyectos de los cuales se pueda derivar algún perjuicio para los ciudadanos, se deben realizar los estudios previos y tomar las medidas conducentes para evitar que se produzca un impacto negativo en las condiciones de salud y seguridad de los asociados.”⁵⁶ (Subrayado fuera de texto)

A propósito de este derecho colectivo, en los mismos términos que se explicó anteriormente respecto del derecho al goce de un ambiente sano, la Sala encuentra que no está probado que haya habido una vulneración o amenaza imputable a la entidad territorial demandada, no obstante lo cual, en atención a que las pruebas indican que la seguridad y la salubridad del área se pueden ver afectadas por la forma como diferentes personas utilizan la construcción para consumir drogas, botar basura, cumplir con sus necesidades fisiológicas, etc., la Sala ordenará las medidas correspondientes para su protección.

7. Posibilidad de tomar medidas.

La función del juez en desarrollo de una acción popular no es la de arrogarse competencias que no le han sido atribuidas por la Constitución y la ley, desplazando así a quienes les han sido asignadas por el mismo ordenamiento jurídico, sino la de amparar los derechos colectivos de conformidad con sus funciones propias y con las medidas que estén a su alcance.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3, 15 de julio de 2004, Referencia: 25000-23-26-000-2002-01834-01(AP), Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar

No obstante lo anterior, en desarrollo de su función, con base en el artículo 34 de la ley 472⁵⁷, el Consejo de Estado ha proferido diferentes decisiones en acciones populares, mediante las cuales ha ordenado a las autoridades administrativas que adelanten medidas efectivas para proteger los derechos colectivos. Estas medidas han comprendido órdenes a las autoridades administrativas de la más variada índole, tales como las de:

- Diseñar y poner en funcionamiento un plan integral de seguridad para proteger un sector de la ciudad⁵⁸;
- Adelantar estudios para la reubicación de asentamientos humanos ubicados en zonas de alto riesgo, hacer planes de prevención, adelantar medidas sanitarias y llevar adelante la reubicación propiamente dicha⁵⁹;
- Arreglar las fallas que se presentan en la infraestructura de un puente peatonal y que el Comité Local para la Prevención y Atención de Desastres tome las medidas correspondientes de seguridad y garantía de la comunidad⁶⁰;
- Realizar estudios y tomar medidas para solucionar las fallas que presenta una planta de tratamientos residuales⁶¹;
- Realizar obras de adecuación al interior de una galería para que los módulos de expendio de comidas cumplan con condiciones de salubridad⁶²;
- Dar manejo adecuado a las basuras y recuperar las zonas de ronda de una quebrada⁶³;

⁵⁷ *“La sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular podrá contener una orden de hacer o de no hacer, condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo, y exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho o del interés colectivo cuando fuere físicamente posible. La orden de hacer o de no hacer definirá de manera precisa la conducta a cumplir con el fin de proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado y de prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a las pretensiones del demandante.”*

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 19 de julio de 2007, Consejero Ponente Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta

⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia 27 de febrero de 2003, Expediente: AP-3448, Consejero Ponente Camilo Arciniegas Andrade

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 22 de agosto de 2007, Radicación: 190012331000-2005 (AP-01655), Actor: Manuel José Castrillón, C.P. Ramiro Saavedra Becerra

⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 8 de junio de 2006, Radicación: 250002327000-2002 (AP-02832) 01, Actor: Angel Molano Díaz

⁶² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de diciembre 7 de 2000, Radicación número: AP-130, Actor: Defensoría del Pueblo, C. P. Jesús María Carrillo Ballesteros

⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 12 de octubre de 2000, Radicación número: AP-112, Actor: Personero Municipal de Duitama, C.P. Ricardo Hoyos Duque

- Construir obras necesarias para garantizar condiciones de seguridad en el uso de una vía terrestre nacional⁶⁴;
- Instalar los servicios públicos domiciliarios en un barrio y trazar un plan de desarrollo urbano para el mismo⁶⁵;

En el caso concreto, la Sala ordenará las medidas tendientes a la protección de los derechos colectivos en la parte resolutive.

8. Sugerencia a las autoridades judiciales respecto de la práctica de las pruebas en desarrollo de las acciones populares.

El principio inquisitivo, en virtud del cual el juez debe participar activamente con sus propias iniciativas en el desarrollo del proceso, encuentra consagración en diferentes artículos de la Ley 472 de 1998, los cuales, de conformidad con lo que la Sección Tercera del Consejo de Estado ha explicado, comprenden:

“... el proceso se encuentra guiado por un principio de oficiosidad según el cual, promovida una acción popular es obligación del juez impulsarla y producir decisión de mérito (Art. 5 Ley 472/98), y cuyas manifestaciones en la Ley son, entre otras, las siguientes: si no se determinan en la demanda los posibles responsables de la amenaza o vulneración a los derechos colectivos, corresponderá al juez determinarlos (Art. 14 Ley 472/98); el juez puede decretar medidas cautelares de oficio en cualquier estado del proceso para prevenir daños inminentes o para cesar el que se hubiere causado (Art. 25 Ley 472/98); de la misma forma, el juez puede ordenar o practicar cualquier prueba conducente, incluidas estadísticas de fuentes que ofrezcan credibilidad y conceptos a manera de peritaje dictados por entidades públicas (Art. 28 Ley 472/98); además (como el mayor poder concedido al juez), en la sentencia podrá ordenar conductas de hacer o no hacer a las autoridades administrativas, condenar al pago de perjuicios y exigir las conductas necesarias para volver las cosas a su estado anterior cuando fuera físicamente posible (Art. 34 Ley 472/98)”⁶⁶

En relación con el asunto *sub judice* es indispensable recordar que a pesar de la importancia que para el proceso representaban ciertas probanzas –los contratos y las fotografías– no fue posible valorarlas puesto que en uno y en otro caso dejaron de cumplirse las exigencias procesales correspondientes.

⁶⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 28 de septiembre de 2000, Radicación número: AP-099, Actor: Christian Josué Narvárez Oviedo, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de julio de 2000, , Radicación número: AP-060, Actor: Heliodoro Sanabria, C.P. Ricardo Hoyos Duque

⁶⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 de octubre de 2007, Radicación no. 250002327000 2002 (AP-02514) 01, Actor: Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra

Al respecto, la Sala considera conveniente llamar la atención acerca de un punto de la mayor trascendencia y es aquel consistente en la conveniencia de que en el desarrollo de las acciones populares y dadas sus particulares naturaleza y finalidad, las autoridades judiciales ejerzan de manera efectiva esa atribución legal de la iniciativa u oficiosidad en materia probatoria, con la cual se hallan investidas de conformidad con el principio inquisitivo, para que procedan a ordenar y practicar pruebas en todos aquellos casos en los cuales resulte necesaria su intervención para completar un acervo de pruebas que sea susceptible de valoración judicial, de acuerdo con las normas procesales respectivas y cuando quiera que tales pruebas sean pertinentes y conducentes para decidir de fondo respecto de si hay lugar o no en el caso sometido a su consideración a proteger los correspondientes derechos colectivos.

En ningún momento pretende la Sala que la autoridad judicial asuma la carga de la prueba, puesto que resulta clarísimo a voces del artículo 30 de la Ley 472 de 1998⁶⁷ –el cual desarrolla para esta materia específica la regla que comprenden los artículos 177 del Código de Procedimiento Civil⁶⁸ y 1757 del Código Civil⁶⁹– que ella corresponde al actor popular; mucho menos quiere la Sala que los jueces entren a suplir en su integridad las falencias que la actuación del demandante acusa, pero sí que cuanto éste último haya desplegado, como en el caso que convoca ahora el interés de la Sala, una actividad importante para dotar al juez de elementos –fotocopias de contratos y fotografías– idóneos para decidir sobre el asunto y tales elementos adolezcan de algunas formalidades legales específicas que impidan su apreciación judicial, el juez practique o disponga las diligencias necesarias para que tales elementos probatorios se incorporen al proceso con el rigor técnico que las normas requieren para su debida valoración.

El proceder que sugiere la Sala a las autoridades judiciales no constituye una injerencia en la autonomía de los jueces y magistrados sino una manifestación sobre lo que la Sala interpreta jurídicamente al respecto y tiene como fundamento,

⁶⁷ Artículo 30.- *Carga de la prueba. La carga de la prueba corresponderá al demandante. Sin embargo, si por razones de orden económico o técnica, si dicha carga no pudiere ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, solicitando dichos experticios probatorios a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate y con cargo a ella.*
(...)"

⁶⁸ "Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen."

⁶⁹ "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta."

entre otras, dos consideraciones especiales: en primer lugar, la naturaleza y trascendencia de los derechos cuyo amparo se suplica a través de las acciones populares, es decir los derechos colectivos que interesan a la comunidad en su totalidad y que se encuentran protegidos en la Constitución Política de Colombia, en los tratados internacionales y en la legislación interna; en segundo lugar, la condición de sujeto no cualificado del actor popular en cuanto que puede hacer las veces de tal cualquier persona dentro del conglomerado social, razón por la cual no se le exige conocimiento o título jurídico o técnico alguno para proponer la acción ni para actuar en el proceso, cuestión que algunas veces se acompaña de la circunstancia de que el demandante no se aferre a las solemnidades procesales y como resultado de ello se frustren los intentos de amparo de los derechos colectivos involucrados.

En el mismo sentido de necesidad de unas pruebas idóneas para decidir sobre los derechos colectivos, pero desde una óptica diferente puesto que comprende la aplicación relativa del principio de la *res iudicata*, la naturaleza e importancia de la acción popular y la condición del actor popular referidas han conducido a que las decisiones judiciales en las cuales se deniegan las pretensiones de la demanda no hagan tránsito a cosa juzgada frente al supuesto de que aparezcan nuevas pruebas relacionadas con la situación planteada en la demanda y decidida en la sentencia, de conformidad con lo dispuesto por la Corte Constitucional al condicionar la exequibilidad del artículo 35 de la Ley 472 de 1998⁷⁰.

Ha dicho la Corte Constitucional en el pronunciamiento mencionado:

“Aun cuando la jurisprudencia constitucional ha reconocido la importancia de la institución de la cosa juzgada, cuya función se centra -como se dijo- en garantizar la efectiva aplicación de los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima, obligando a los jueces a ser consistentes con las decisiones que adoptan e impidiendo que un mismo asunto sea sometido nuevamente a juicio, debe aclarar la Corte que, tratándose de las acciones populares, la importancia de los derechos e intereses en juego, justifican, desde una perspectiva constitucional, que se pueda plantear un nuevo proceso sobre una causa decidida previamente, lo cual tiene lugar únicamente cuando se trate de una sentencia desestimatoria, y siempre que con posterioridad a la misma surjan nuevos elementos de prueba, con entidad suficiente para modificar la decisión anterior.”⁷¹

⁷⁰ “Efectos de la sentencia. La sentencia tendrá efectos de cosa juzgada respecto de las partes y del público en general.”

⁷¹ Corte Constitucional, C – 622 – 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil

De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que el aspecto probatorio debe ser atendido con suma atención por parte del juez cuando conoce de la acción popular, puesto que la aparición de nuevas pruebas puede dar lugar a que se plantee válidamente un nuevo proceso en ejercicio de la acción popular, cuestión que podría significar en la práctica que ante la denegación de las pretensiones en la sentencia por la falta de pruebas debidamente allegadas al proceso, sería posible que se iniciara un nuevo proceso en el cual se aportaran las mismas pruebas pero esta vez sí con el lleno de los requisitos legales y procesales.

Esta hipótesis confirma lo que la Sala destaca ahora acerca de la necesidad de ejercer, ponderada pero activamente, la iniciativa u oficiosidad probatoria autorizada por el artículo 28 de la Ley 472 de 1998, en cuyo texto se lee que: “[E]l juez podrá ordenar o practicar cualquier prueba conducente...”, para aquellos casos en los cuales el actor popular haya procurado brindar elementos suficientes al juez pero no lo haya logrado por la falta de ciertas solemnidades procesales.

Ahora bien, habida cuenta de que la misma ley comprende un incentivo económico a favor del actor popular en los artículos 39⁷² y 40⁷³ de la ley 472 de 1998, y que el pago correspondiente girará en función de la manera acertada como haya actuado al formular la demanda, impulsar el proceso en sus diversas etapas y, especialmente, al aportar pruebas necesarias, pertinentes y conducentes para el éxito de la acción, la Sala encuentra que en la medida en que mayor intervención judicial se requiera en relación con las pruebas para tomar una decisión de fondo en el proceso que ampare los derechos colectivos, menor habrá de ser el reconocimiento por concepto del incentivo económico a favor del actor popular.

9. Incentivo.

La Sala reconocerá un incentivo económico a favor de cada uno de los dos actores populares por la suma que corresponda a 5 SMLMV, la cual deberá ser pagada por el Municipio de Barrancabermeja.

⁷² “Incentivos. El demandante en una acción popular tendrá derecho a recibir un incentivo que el juez fijará entre diez (10) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales.
(...)”

⁷³ “Incentivo económico en acciones populares sobre moral administrativa. En las acciones populares que se generen en la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el demandante o demandantes tendrán derecho a recibir el quince por ciento (15%) del valor que recupere la entidad pública en razón a la acción popular.”
(...)”

A pesar de que la apelación fue presentada por el Ministerio Público, la Sala encuentra que la actuación de los actores populares en primera instancia y las pruebas que aportaron al proceso fueron de importancia para el amparo de los derechos colectivos.

10. Comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia.

La Sala ordenará que se cree un Comité con el propósito de verificar que se cumpla la sentencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia proferida el 17 de marzo de 2006 por el Tribunal Administrativo de Santander.

SEGUNDO: DECLÁRASE responsable al Municipio de Barrancabermeja por la vulneración a los derechos colectivos al goce del espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público.

TERCERO: AMPÁRANSE en los términos dispuestos en la sentencia los derechos colectivos al goce del espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público; al goce de un ambiente sano; a la seguridad y salubridad públicas.

CUARTO: ORDÉNASE al Municipio de Barrancabermeja, previa elaboración de los estudios necesarios, la destinación de una suma del presupuesto municipal y la celebración del respectivo contrato, en los términos que las normas correspondientes lo indican, para adelantar las obras tendientes a la culminación de la unidad deportiva del barrio Palmira. Esta medida deberá cumplirse como máximo en la siguiente vigencia fiscal a la ejecutoria de la presente providencia.

QUINTO: ORDÉNASE al Municipio de Barrancabermeja que delante de manera inmediata las medidas conducentes para que los servicios de aseo sean prestados en la unidad deportiva del parque del barrio Palmira, con la periodicidad y la eficiencia necesarias para evitar la contaminación por basuras y desechos en el lugar.

SEXTO: ORDÉNASE al Municipio de Barrancabermeja que en su condición de autoridad de policía delante de manera inmediata las medidas idóneas para evitar que el lugar sea utilizado por personas con propósitos delictivos, de suerte que se practiquen rondas y vigilancias en las condiciones y frecuencias que la seguridad del sector lo demande.

SÉPTIMO: ORDÉNASE la creación de un Comité para la verificación del cumplimiento de la sentencia, el cual está integrado por el Alcalde Municipal, o su delegado; por el representante del Ministerio Público; por el actor popular Alfonso López León.

OCTAVO: CONDÉNASE al Municipio de Barrancabermeja al pago de: la suma que equivalga a 5 SMLMV a favor del actor popular Alfonso López León; la suma que equivalga a 5 SMLMV a favor del actor popular Oscar Mauricio Reina García.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Ruth Stella Correa Palacio
Presidenta
Con salvamento de voto

Enrique Gil Botero
Con aclaración de voto

Mauricio Fajardo Gómez

Myriam Guerrero de Escobar

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO

ACCION POPULAR – Principio de congruencia / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA – Acción popular / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN ACCION POPULAR – Alcance. Aplicación del principio iura novit curia

La Sala considera en el caso concreto, acertadamente a mi juicio, que la congruencia entre la causa petendi del proceso y la sentencia se conserva cuando

pese a que el actor popular no invoca ciertos derechos colectivos como amenazados o vulnerados, el juez -de oficio- los incorpora al análisis, porque encuentra que efectivamente se vinculan a los hechos que sirven de causa del proceso –fls. 9 a 10-. Sobre esta idea quiero explicar mejor mi posición, pues si bien la comparto, considero que puede ser aún más enérgica la actitud del juez popular, como pasaré a mostrarlo. En consecuencia, tratándose del principio de la congruencia en las acciones populares, este postulado y garantía del debido proceso debe ser incluso más flexible, para permitir que el juez no esté tan vinculado en relación con aspectos que sistematizaré de la siguiente forma: i) En relación con las medidas deprecadas en la demanda, para proteger los derechos o intereses colectivos vulnerados o amenazados, pues de conformidad con el artículo 34 de la ley 472 de 1998, el juez puede adoptar cualquier orden de hacer, de no hacer, o decretará el pago de perjuicios, con miras a proteger el núcleo del derecho transgredido, razón por la que, constatada la vulneración o el peligro, se cuenta con una amplia gama o haz de posibilidades para decretar todas las medidas pertinentes para garantizar el amparo efectivo de los derechos e intereses afectados. ii) En cuanto a la posibilidad de amparar derechos colectivos no invocados en la demanda, también procede, siempre y cuando se desprendan de las circunstancias fácticas narradas en la causa petendi. iii) En relación con hechos que se van presentando a lo largo del proceso, siempre y cuando se relacionen con los supuestos fácticos establecidos en el libelo demandatorio. En otros términos, no me queda la menor duda que el juez de la acción popular puede estudiar los hechos que aparezcan a lo largo del proceso, siempre y cuando tengan relación con la causa petendi formulada en la demanda. En conclusión, el juez de la acción popular puede proferir fallos extra o ultrapetita, y aplicar el principio iura novit curia, para garantizar la protección de los derechos colectivos vulnerados o amenazados. Esta posibilidad no colisiona con el principio al debido proceso y el derecho de defensa de las entidades públicas que fungen como demandadas en un proceso de esta estirpe.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la aplicación del principio iura novit curia en acción popular: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 16 de mayo de 2007, Rad. 2005-10005, MP. Mauricio Fajardo Gómez y 16 de octubre de 2007, Rad. 2002-2714, MP. Ramiro Saavedra Becerra.

MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Naturaleza dual / MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Principio de la función administrativa y derecho colectivo / MORALIDAD ADMINISTRATIVA COMO PRINCIPIO – Concepto. Alcance

La moralidad administrativa, como tantas veces se ha reiterado por la jurisprudencia y la doctrina, para el caso del ordenamiento jurídico colombiano, presenta dos diferentes rangos normativos: i) como principio de la función administrativa (art. 209 C.P.) y, ii) como derecho de naturaleza colectiva (art. 88 C.P.). I) Como *principio* de la función administrativa, debe entenderse como aquél parámetro normativo de conducta ética que radica, en cabeza de todos los funcionarios, servidores públicos y particulares que ejercen función administrativa, una obligación axiológica y deontológica de comportamiento funcional según los postulados de la honradez, pulcritud, rectitud, buena fe, primacía del interés general y honestidad, sobre las cuales existe un consenso, por parte del conglomerado social, en un período de tiempo determinado. En ese sentido, es claro que no toda ilegalidad supone una inmoralidad y, en esa misma relación lógica, no toda inmoralidad presupone, necesariamente, una ilegalidad; en efecto, dada la connotación y estructura del principio bajo estudio, se tiene que su amplitud normativa permite inferir, con grado de certeza, que no toda conducta

que trasgreda el mismo deba, necesariamente, tacharse de ilegal – en el sentido de vulneración de un precepto de dicho orden-. Es posible, por lo tanto, que ciertas *acciones* desconozcan fundamentos éticos o morales – en términos de la función administrativa-, pero no necesariamente constituyan el quebrantamiento de una disposición de rango legal.

MORALIDAD ADMINISTRATIVA COMO DERECHO COLECTIVO – Naturaleza / MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Efectos de su amenaza o vulneración / MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Su protección puede reclamarse frente a cualquier autoridad o particular que ejerzan función pública

El derecho bajo estudio no sólo se estructura bajo el esquema clásico de un derecho subjetivo – de abstinencia- o de carácter social –prestacional-, sino que su naturaleza y fundamento son especiales y claramente diferenciables de lo que se ha definido doctrinalmente como derechos netamente subjetivos (dentro de los cuales encontraríamos a los fundamentales cimentados sobre los principios de libertad e igualdad), y los denominados derechos sociales – que si bien parten del esquema de un derecho subjetivo, se reconoce en ellos un ingrediente adicional como lo es la posibilidad de solicitar una acción positiva por parte del aparato estatal-. Así las cosas, el derecho colectivo a la moralidad administrativa supone una visión bifronte o dual, respecto a la formulación y en relación con los efectos que produce su eventual amenaza o vulneración, en tanto que, como derecho o interés colectivo, su protección puede ser deprecada en términos negativos (abstinencia de ciertas conductas), o en positivos (la realización material de un determinado acto o hecho). Así las cosas, la textura del derecho colectivo a la moralidad administrativa (art. 88 C.P.) permite que su protección no sólo pueda ser reclamada en contra de autoridades que cumplen función administrativa –a diferencia de su aplicación como principio de la función administrativa (art. 209 C.P.)-, sino en relación con cualquier autoridad o particular que ejerzan función pública y que, por consiguiente, a través de su actuar puedan llegar a amenazar o vulnerar el mismo; y, de otra parte, es pertinente resaltar la posibilidad con que cuenta cualquier persona de solicitar del juez competente una medida de protección eficiente e idónea, que consista bien en un deber de abstinencia, o un actuar positivo por parte del sujeto pasivo de la respectiva acción popular, todo con el fin de hacer cesar la amenaza o violación o, en su defecto, restituir las cosas al estado anterior a dicha circunstancia. La moralidad administrativa como principio: Se consagra como esencial de la *función administrativa* y, por consiguiente, implica que todos los servidores públicos o funcionarios administrativos deben velar porque en el cumplimiento de sus tareas se respeten parámetros éticos de conducta que se comparten de manera consensual, por el conglomerado social.

MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Alcance / MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Debe juzgarse desde la perspectiva de los principios, valores y reglas constitucionales y legales que rigen la función pública

La moralidad administrativa como derecho colectivo: Radica en cabeza de todas las personas que integran el núcleo social, la posibilidad de acudir ante el aparato jurisdiccional del poder público para reclamar, vía judicial con efectos de cosa juzgada *erga omnes*, mediante el agotamiento de un proceso legalmente establecido, la protección del citado derecho o interés colectivo que se ve vulnerado por la conducta activa u omisiva de un servidor público o de un particular que ejerce *función pública*, a causa del desconocimiento de ciertos parámetros éticos y morales sobre los cuales los asociados asienten en su aplicación.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la naturaleza, alcance y contenido de la moralidad administrativa: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de agosto de 2007, Rad. 2004-0009(AP), MP. Enrique Gil Botero.

MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Evolución jurisprudencial / MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Legalidad jurídica. Principios generales del derecho. Costumbre social

Considerada la evolución jurisprudencial completa del derecho colectivo a la moralidad administrativa, se advierte que ha caminado en un sentido ascendente y de progreso conceptual, porque, definitivamente, se ha pasado de considerar que la *moralidad* se reduce a la simple *legalidad jurídica* -posición que podríamos llamar *originaria*, y que muestra la actitud más primitiva en la valoración del tema-, para avanzar –decididamente- a admitir que los *principios generales del derecho* también son depositarios de grandes contenidos de moralidad, con ayuda de los cuales se puede revisar y confrontar las conductas de las entidades estatales. Este segundo gran depósito de la moralidad administrativa tiene la virtualidad de ser menos estereotipado y formal que el primero, pues si bien en la pura legalidad se encuentran importantes instituciones morales; la discusión que siempre ofrecí a la Sala es que a ese único reducto no podía reducirse la moralidad administrativa. En otras palabras, se trata de reconocer que si bien en la legalidad pura y simple – es decir, en las normas positivas- se confinan importantes aspectos de la moralidad; eso no justifica que toda la moralidad posible de exigirse al Estado se reduzca a la que contienen las leyes. De esta manera, el binomio *moralidad-norma positiva* representa tan sólo una de las posibilidades de construcción del derecho colectivo, pues el binomio *moralidad-principios* se convirtió en otra. No obstante, la Sala no permaneció estática cuando llegó a esta nueva situación, porque continuó avanzando en el proceso de descubrimiento del contenido definitivo del derecho colectivo a la moralidad. Fue por esto que en la sentencia AP 00901, de agosto 30 de 2007 –CP. Enrique Gil Botero-, la Sala advirtió que existía otro espacio donde palpataba jurídicamente la moralidad administrativa –y no sólo éticamente-, además de los dos ya admitidos. Se encontró que aún era necesario valorar el comportamiento de las entidades estatales, a la luz de la moral generalmente admitida por la sociedad, y que por tanto alcanza a ser moral social, exigible del Estado en relación con los ciudadanos -que se podría denominar *moral-costumbre social*-. Pues bien, el tercer significado de la moral administrativa es la que se mantiene en debate, pese a la admisión que tuvo en varias ocasiones. No obstante, es evidente que no se ha consolidado esta perspectiva del tema. Fue por ello que, muy poco tiempo después, la Sala regresó a los significados de: *moral-derecho* y *moral-principios*, dejando en suspenso el tercero.

MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Moral social / MORAL SOCIAL – Concepto. Alcance

Pero, en esta línea de pensamiento, no puedo menos que abogar, una vez más, porque se admita, sin reservas, el sentido de la moralidad más puro y necesario que exige el país: la búsqueda de la moral administrativa que reside en la moral social, y que no está en las normas o en los principios generales del derecho. Es probable que incluso lo que haya allí sea poco, pues las normas positivas y los principios ya recogen, quizá, los más importantes contenidos de la moral tutelable a través de este derecho colectivo. Esta postura, sin embargo, reconoce que en todo sistema jurídico y en todo sistema social existe un *pluralismo moral*, es decir una posibilidad amplia de valoración de las conductas humanas, interpretables en términos de buen o mal comportamiento. No obstante, ese pluralismo tampoco niega la existencia de un *consenso moral*, más o menos fuerte, sobre ciertos

tópicos de la conducta humana, que la sociedad se apropia, para inyectarlos a lo largo y ancho del sistema político, jurídico y social, con ayuda de las costumbres, de la familia, de la escuela; pero también de la Constitución, de las demás normas positivas, e inclusive de las sentencias. Negar la capacidad que tienen las distintas instituciones públicas para introducir criterios morales a la sociedad desconocería los más elementales criterios socio-políticos que explican el tema. Pero es claro también que el *pluralismo* se diferencia de la *dispersión moral*, por varias razones: porque el primero es respetado y admitido, incluso, como un valor; pero el segundo conduce al aniquilamiento ético, que no es admisible en los ciudadanos, quienes no pueden -bajo la excusa del pluralismo moral- actuar en contra los más acendrados valores que comparte una sociedad. Son estos comportamientos los que alcanzan el rango de *moral social*, y terminan convirtiéndose en una legado cultural que unas generaciones entregan a las siguientes –sin perjuicio de que las nuevas produzcan más moral social-, de manera que esto requiere protección, pues todo sistema social necesita un sustrato moral mínimo para subsistir –esto no quiere decir poco-, capaz de construir la unidad nacional de tipo social y luego político, en torno a los valores que surgen de la convivencia.

MORAL ADMINISTRATIVA – Pautas para determinar su afectación / MORAL SOCIAL – Afectación

La Sala se preguntará: ¿cómo desentrañar la moral administrativa, más allá del derecho positivo, y muy cercano a los principios generales del derecho?. Considero que unas buenas pautas, que se basan, necesariamente, en los casos concretos, sería reconocer el siguiente haz de situaciones: Si el derecho positivo ha incorporado la moralidad, entonces ese es el primer lugar donde debe buscarse. No obstante, aquí el juez aún tiene que hacer una operación mental adicional, que por lo menos no preocupa a la Sala: debe definir si lo que contiene la norma es de verdad de orden moral –por ejemplo, la ley que regula el principio de economía en materia procesal tiene un componente moral?, para lo cual debe razonar y argumentar por qué su contenido tiene connotaciones éticas, de aquellas que protege la Constitución. Si la Sala fuera rigurosa, también debería mortificarse por el hecho de que la ley no concreta exactamente qué es moral y que no, pues al fin y al cabo es el juez quien debe definirlo. Pero en fin, lo cierto es que si la moralidad se encuentra allí, entonces se puede proteger. Ahora, también se la puede buscar en los principios generales del derecho, de aquellos que informan la manera de obrar correctamente. Hasta aquí la Sala está dispuesta a realizar estas dos operaciones lógicas, ontológicas y axiológicas. Sin embargo, y esto es lo que considero que debe servir para el análisis que excede a la moral como derecho, luego se debería indagar -esta es la moral que no se encuentra en las normas positivas- si en los casos que proponen los actores populares la administración actúa atentando contra *la costumbre*, de aquella que impone actuar correctamente. Si acaso no lo hace, y es evidente que el deber de actuar o de abstenerse de hacerlo afecta la moralidad pública, entonces se debería proteger el derecho colectivo. En otras ocasiones, la *irritación colectiva* frente a determinados comportamientos del Estado es una muestra de que la moral administrativa se ha lesionado. El nivel de molestia, desde luego, corresponde valorarlo al juez. No obstante, y en todo caso, no todo malestar colectivo servirá de razón suficiente para entender afectada la moralidad administrativa. La *cultura* que comparte la sociedad de un Estado también sirve de parámetro para que el juez contencioso concrete lo que es el derecho colectivo a la moralidad administrativa, en cada situación. Se trata de uno de los espacios más usuales de construcción y de pervivencia de la moral social –y también de la individual-. El *hábito*, es decir, la usanza o lo manera reiterada sobre la forma correcta como se hace algo o se debe comportar, también ayuda al juez a desentrañar posibles violaciones a la

moralidad administrativa. Una vez más, aquí aplica lo dicho antes: no todo trato poco habitual vulnera la moralidad. Desde luego que debe tratarse de un comportamiento inusual, en relación con el comportamiento general, que afecte la esfera de la corrección en las actuaciones administrativas. Las conductas lícitas también pueden producir daños a la moral administrativa, que bien podrían corregirse a través de esta acción. El criterio, en esta ocasión, es el del *daño producido* con el comportamiento de la administración. En estos casos, es necesario que intervenga el juez administrativo para indagar por la situación, y eventualmente imparta la orden de protección a la moral. También el *sentimiento de obligatoriedad de una conducta* no realizada por la administración, cuando debió actuar, ayuda a descubrir el alcance de la moral social que requiere protección. En este sentido, la sociedad no acepta, desde un perspectiva de sano comportamiento, que sus administradores mientan sobre las cosas públicas, engañen o hagan trampas –sin que constituyan delitos–, sencillamente porque es natural aborrecer la mentira cuando se es destinatario de ellas. Desde luego que también *los valores* que sociológicamente pertenecen a una comunidad dan cuenta de la existencia de conductas morales e inmorales que afectan a la comunidad, cuando las realiza el Estado. Entre muchos otros comportamientos, actitudes y actos, las entidades estatales pueden comprometer la moral administrativa. No se trata aquí de observar si son severos o no los actos realizados. El derecho colectivo a la moralidad administrativa hace abstracción de detalles tan banales como esos, pues sería tanto como decir que el derecho a la igualdad que se puede proteger con la acción de tutela corresponde a las grandes vulneraciones. No, se trata de cualquier violación al derecho fundamental.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá D.C., catorce (14) de abril de dos mil diez (2010)

Radicación número: 68001-23-15-000-2003-1472 -01(AP)

Actor: ALFONSO LOPEZ LEON Y OTRO

Demandado: MUNICIPIO DE BARRANCABERMEJA

Referencia: ACLARACION DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales, si bien comparto lo resuelto en la sentencia de 14 de abril de 2010, dictada en el proceso de la referencia, aclaro algunos aspectos conceptuales, concretamente los que conciernen al análisis acerca de la posibilidad del juez de pronunciarse de oficio sobre derechos colectivos no

invocados en la demanda y en lo que se refiere al concepto del derecho colectivo a la moralidad administrativa.

1. El principio de congruencia en materia de acciones populares

La Sala considera en el caso concreto, acertadamente a mi juicio, que la congruencia entre la *causa petendi* del proceso y la sentencia se conserva cuando pese a que el actor popular no invoca ciertos derechos colectivos como amenazados o vulnerados, el juez -de oficio- los incorpora al análisis, porque encuentra que efectivamente se vinculan a los hechos que sirven de causa del proceso -fls. 9 a 10-. Sobre esta idea quiero explicar mejor mi posición, pues si bien la comparto, considero que puede ser aún más enérgica la actitud del juez popular, como pasaré a mostrarlo.

Si bien es cierto que esta acción es de naturaleza constitucional, y que los derechos que ampara son aquellos de carácter colectivo, es decir, que pertenecen a la colectividad, y que, por consiguiente, muchos están igualmente reconocidos de manera directa por el texto constitucional, no debe desconocerse que el principio de congruencia también opera en estos procesos, pero no con el rigor con que acontece en el Código de Procedimiento Civil -y en todas las áreas del derecho que beben de esa fuente procesal-, sino como lo concibe la Corte Constitucional para la acción de tutela, es decir, de manera matizada y favorable para acciones de categoría constitucional, como la popular, y sobre todo para actores que no son profesionales del derecho sino ciudadanos comunes.

En consecuencia, tratándose del principio de la congruencia en las acciones populares, este postulado y garantía del debido proceso debe ser incluso más flexible, para permitir que el juez no esté tan vinculado en relación con aspectos que sistematizaré de la siguiente forma:

i) En relación con las medidas deprecadas en la demanda, para proteger los derechos o intereses colectivos vulnerados o amenazados, pues de conformidad con el artículo 34 de la ley 472 de 1998, el juez puede adoptar cualquier orden de hacer, de no hacer, o decretará el pago de perjuicios, con miras a proteger el núcleo del derecho transgredido, razón por la que, constatada la vulneración o el peligro, se cuenta con una amplia gama o haz de posibilidades para decretar todas las medidas pertinentes para garantizar el amparo efectivo de los derechos e intereses afectados.

ii) En cuanto a la posibilidad de amparar derechos colectivos no invocados en la demanda, también procede, siempre y cuando se desprendan de las circunstancias fácticas narradas en la *causa petendi*.

iii) En relación con hechos que se van presentando a lo largo del proceso, siempre y cuando se relacionen con los supuestos fácticos establecidos en el libelo demandatorio.

En otros términos, no me queda la menor duda que el juez de la acción popular puede estudiar los hechos que aparezcan a lo largo del proceso, siempre y cuando tengan relación con la *causa petendi* formulada en la demanda.

En conclusión, el juez de la acción popular puede proferir fallos extra o ultrapetita, y aplicar el principio *iura novit curia*⁷⁴, para garantizar la protección de los derechos colectivos vulnerados o amenazados. Esta posibilidad no colisiona con el principio al debido proceso y el derecho de defensa de las entidades públicas que fungen como demandadas en un proceso de esta estirpe.

En ese orden de ideas, la Sala -en el caso concreto- admitió una postura que atempera la confrontación que existe entre la idónea protección a los derechos colectivos amenazados, y los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa. Por consiguiente, se está construyendo una línea jurisprudencial que reconoce la amplitud de valoración y decisión con que cuenta el juez de esta acción, para adoptar diversas medidas (de dar, hacer o no hacer) encaminadas a satisfacer y garantizar los derechos colectivos. Así mismo, se avala la posibilidad de estudiar aquellos hechos que prorrumpen a lo largo del proceso, pese a que no fueron planteados al principio del mismo, siempre y cuando guarden relación con los demás que se investigan, y por tanto permite amparar derechos colectivos diferentes a los precisados en el libelo introductorio, siempre y cuando -se itera-, estén vinculados con los supuestos fácticos debatidos.

Desde luego que esto tiene límites, porque admitir que el juez de la acción popular falle sobre hechos desconocidos en el proceso, que no fueron objeto del debate a lo largo del mismo, supone sorprender a los demandados –y hasta al actor-, puesto que es precisamente en la sentencia donde aparecerían concretados, cuando hasta ese momento se ignoraban.

⁷⁴ Al respecto se pueden consultar las sentencias de: 16 de mayo de 2007, exp. 2005-10005, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, 16 de octubre de 2007, exp. 2002-2714, M.P. Ramiro Saavedra Becerra, entre otras.

En todo caso, no prohíjo una hermenéutica que circunscriba o limite las facultades decisorias del artículo 34 de la ley 472 de 1998, en cabeza del juez constitucional de la acción popular. A *contrario sensu*, defiendo la idea de que en estas acciones se pueden amparar derechos colectivos no anunciados en el escrito de demanda; que se estudien hechos que aparecen a lo largo del proceso, siempre y cuando tengan su génesis en la misma conducta que se censura o reprocha con el libelo introductorio; así como la posibilidad de que el administrador de justicia decreta diversidad de medidas encaminadas o tendientes a la garantía efectiva de los derechos colectivos, sin que el principio de la congruencia limite estas posibilidades.

2. El concepto de moralidad administrativa.

En la Sentencia se hace un análisis oficioso del derecho colectivo a la moralidad administrativa, al considerar que los supuestos fácticos aducidos en la demanda podrían llegar a ser violatorios del mismo. Con independencia de que en la providencia objeto de aclaración se haya llegado a la conclusión de que no se afectó con el actuar de la administración el derecho mencionado, considero oportuno hacer algunas precisiones conceptuales para entender su justo alcance en el contexto constitucional.

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

Lo anterior, como quiera que dada la *textura abierta*⁷⁵ que ostenta la misma, su interpretación debe efectuarse con base en el contenido axiológico, político e ideológico del operador judicial que esté encargado de su aplicación.

En efecto, la moralidad administrativa, como tantas veces se ha reiterado por la jurisprudencia y la doctrina, para el caso del ordenamiento jurídico colombiano, presenta dos diferentes rangos normativos: i) como principio de la función

⁷⁵ HART, H.L.A. "El concepto del derecho", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires. Sobre este punto se puede consultar igualmente: "La responsabilidad patrimonial del Estado frente al derecho colectivo y el principio constitucional de la moralidad administrativa", AMAYA Olaya, Uriel, IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Ed. Universidad Externado de Colombia, Pág. 804.

administrativa (art. 209 C.P.)⁷⁶ y, ii) como derecho de naturaleza colectiva (art. 88 C.P.)⁷⁷.

l) Como *principio*⁷⁸ de la función administrativa, debe entenderse como aquél parámetro normativo de conducta ética que radica, en cabeza de todos los funcionarios, servidores públicos y particulares que ejercen función administrativa, una obligación axiológica y deontológica de comportamiento funcional según los postulados de la honradez, pulcritud, rectitud, buena fe, primacía del interés general y honestidad, sobre las cuales existe un consenso, por parte del conglomerado social, en un período de tiempo determinado.

En ese sentido, es claro que no toda ilegalidad supone una inmoralidad y, en esa misma relación lógica, no toda inmoralidad presupone, necesariamente, una ilegalidad; en efecto, dada la connotación y estructura del principio bajo estudio, se tiene que su amplitud normativa permite inferir, con grado de certeza, que no toda conducta que trasgreda el mismo deba, necesariamente, tacharse de ilegal – en el sentido de vulneración de un precepto de dicho orden-. Es posible, por lo tanto, que ciertas *acciones*⁷⁹ desconozcan fundamentos éticos o morales – en términos de la función administrativa-, pero no necesariamente constituyan el quebrantamiento de una disposición de rango legal.

⁷⁶ Art. 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...”

⁷⁷ Art. 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 salubridad públicos, la moralidad administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

⁷⁸ Los valores son **normas que establecen fines** dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; los principios son **normas que establecen un deber ser específico** del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial. La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino de grado y, por lo tanto, de eficacia. Los principios, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores, tienen una mayor eficacia y, por lo tanto, una mayor capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata, esto es, mediante una subsunción silogística. Los valores, en cambio, tienen una eficacia indirecta⁴, es decir, sólo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales. De manera similar, la diferencia entre principios y reglas constitucionales no es de naturaleza normativa sino de grado, de eficacia. Las normas, como los conceptos, en la medida en que ganan generalidad aumentan su espacio de influencia pero pierden concreción y capacidad para iluminar el caso concreto (Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón -negrillas del original).

⁷⁹ En términos de la filosofía Hegeliana, *toda modificación en el mundo exterior.*

En ese contexto, resulta válido afirmar que es posible que el operador judicial encuentre probado un desafuero en relación con los parámetros del principio de la moralidad administrativa, sin que, previamente, tenga que verificarse la violación a una norma legal positiva. En ese orden de ideas, el concepto de moralidad administrativa, como principio de la función administrativa, desborda necesariamente, por su textura conceptual, el marco de lo legal y lo ilegal.

Corresponderá por lo tanto, en cada caso concreto, establecer si la conducta de los servidores públicos o particulares que desempeñan función administrativa, se puede enmarcar dentro del campo ético que traza el principio objeto de análisis.

II) Ahora bien, la moralidad administrativa entendida como derecho colectivo se erige como uno de los grandes logros obtenidos con la transformación del Estado Liberal y del Estado de Bienestar de siglo XIX, en la fórmula político – jurídica Social y Democrático de Derecho, en la medida que implica un cambio de concepción política en torno al nuevo centro de legitimidad del poder público, en tanto se abandona la idea del principio de legalidad como principal y único instrumento de legitimidad para, en su lugar, aceptar una serie de derechos no sólo de rango fundamental sobre los cuales se basamenta y estructura la organización estatal. En esa medida, el nuevo catálogo de derechos de diversas generaciones se yergue como el principal derrotero a través del cual debe ejercerse el poder público.

En esa perspectiva, según lo he sostenido en ocasiones anteriores, la moralidad administrativa se radica en cabeza de todos y cada uno de los miembros del conglomerado social. Así las cosas, como lo reconoce Tugendhat, el sustrato de los derechos no puede ser el principio de libertad e igualdad, sino el de necesidad⁸⁰, dado que no todos los individuos actúan de forma autónoma y autosuficiente en la reclamación de la protección de sus derechos subjetivos (fundamentales), sociales, o colectivos. Por consiguiente, la positivización que hace la Carta Política en relación con el derecho colectivo a la moralidad administrativa, es el reconocimiento expreso que se otorga a todos los miembros de la población para que, soliciten el respeto por los parámetros culturales, morales y éticos hegemónicos que se comparten y son aceptados – en un juicio de universalidad (imperativo categórico), en términos Kantianos - por la comunidad.

⁸⁰ Cf. Tugendhat, E. "Lecciones de Ética", Ed. Gedisa, Pág. 338.

En esa medida, es válido afirmar que el derecho bajo estudio no sólo se estructura bajo el esquema clásico de un derecho subjetivo – de abstinencia- o de carácter social –prestacional-, sino que su naturaleza y fundamento son especiales y claramente diferenciables de lo que se ha definido doctrinalmente como derechos netamente subjetivos (dentro de los cuales encontraríamos a los fundamentales cimentados sobre los principios de libertad e igualdad)⁸¹, y los denominados derechos sociales – que si bien parten del esquema de un derecho subjetivo, se reconoce en ellos un ingrediente adicional como lo es la posibilidad de solicitar una acción positiva por parte del aparato estatal⁸². Así las cosas, el derecho colectivo a la moralidad administrativa supone una visión bifronte o dual, respecto a la formulación y en relación con los efectos que produce su eventual amenaza o vulneración, en tanto que, como derecho o interés colectivo, su protección puede ser deprecada en términos negativos (abstinencia de ciertas conductas), o en positivos (la realización material de un determinado acto o hecho).

Así las cosas, la textura del derecho colectivo a la moralidad administrativa (art. 88 C.P.) permite que su protección no sólo pueda ser reclamada en contra de autoridades que cumplen función administrativa –a diferencia de su aplicación como principio de la función administrativa (art. 209 C.P.)-, sino en relación con cualquier autoridad o particular que ejerzan función pública y que, por consiguiente, a través de su actuar puedan llegar a amenazar o vulnerar el mismo; y, de otra parte, es pertinente resaltar la posibilidad con que cuenta cualquier persona de solicitar del juez competente una medida de protección eficiente e

⁸¹ “(...) Este concepto de derecho individual coincide con el concepto de derecho subjetivo de la dogmática jurídica en la medida que todos los derechos individuales son derechos subjetivos y todos los derechos del individuo son derechos individuales... los términos derecho individual y derecho subjetivo son intercambiables.” ALEXYY, Robert “El concepto y la validez del derecho”, Ed. Gedisa, Pág. 181.

⁸² “Más bien, la diferencia específica de los derechos sociales parece estar en la manera como se determina su objeto: una prestación a cargo del Estado, y en la manera en que se precisa cuándo existe una vulneración de estos derechos. Todos los derechos fundamentales tienen un objeto indeterminado, pero el tipo de indeterminación es distinta en unos y en otros. En los derechos sociales, la indeterminación se presenta porque la distinción que establece el derecho no precisa con claridad en todos los casos cuál es la prestación mediante la que se satisface el derecho. Como consecuencia, tampoco aparece determinado qué es lo constitucionalmente contrario a aquello que el derecho exige, es decir, no aparece determinado cuándo se vulnera el derecho social. Esta peculiar indeterminación del objeto no se presenta del mismo modo en los derechos de libertad, por cuanto en estos últimos la conducta debida es una abstención y lo constitucionalmente contrario al derecho es cualquier tipo de conducta.” BERNAL Pulido, Carlos “El derecho de los derechos”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Pág. 302. Ver igualmente: ARANGO, Rodolfo “El concepto de derechos sociales fundamentales”, Ed. Legis.

idónea, que consista bien en un deber de abstinencia⁸³, o un actuar positivo⁸⁴ por parte del sujeto pasivo de la respectiva acción popular, todo con el fin de hacer cesar la amenaza o violación o, en su defecto, restituir las cosas al estado anterior a dicha circunstancia.

De allí que, como corolario de lo anterior, es claro que la moralidad administrativa puede entenderse bajo la óptica de dos criterios normativos que, si bien parten del mismo fundamento teórico, en su concreción o aplicación tienen diversas proyecciones a saber:

a) La moralidad administrativa como principio: Se consagra como esencial de la *función administrativa* y, por consiguiente, implica que todos los servidores públicos o funcionarios administrativos deben velar porque en el cumplimiento de sus tareas se respeten parámetros éticos de conducta que se comparten de manera consensual, por el conglomerado social.

b) La moralidad administrativa como derecho colectivo: Radica en cabeza de todas las personas que integran el núcleo social, la posibilidad de acudir ante el aparato jurisdiccional del poder público para reclamar, vía judicial con efectos de cosa juzgada *erga omnes*, mediante el agotamiento de un proceso legalmente establecido, la protección del citado derecho o interés colectivo que se ve vulnerado por la conducta activa u omisiva de un servidor público o de un particular que ejerce *función pública*, a causa del desconocimiento de ciertos parámetros éticos y morales sobre los cuales los asociados asienten en su aplicación.

Recuérdese que en una providencia, de la cual fui ponente, se estudiaron los fundamentos jurídicos y filosóficos de las acciones populares, así como de los derechos colectivos. Allí mismo se analizó la naturaleza, alcance y contenido del derecho colectivo a la moralidad administrativa, lo cual constituyó un avance conceptual en la construcción que hasta ese momento había realizado la Sala. En concreto, allí se señaló –cita que hago *in extenso*, por su relevancia para estos efectos- que:

⁸³ Como por ejemplo, evitar la expedición de un acto administrativo o ley, o que se celebre un contrato, cuando en el respectivo procedimiento o trámite se ha desconocido el derecho a la moralidad administrativa (v.gr. Encontrar comprobado un claro evento de corrupción).

⁸⁴ V.gr. Ordenar el reembolso de sumas de dinero que han salido del patrimonio público a causa de una clara vulneración del derecho colectivo bajo estudio.

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.

(...)

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...

(...)

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 o cualquier norma del ordenamiento jurídico que desarrolle un precepto moral-; lugar en el cual, comúnmente, buscan los abogados la moralidad pública; ii) en los principios generales del derecho y en los concretos de una materia, los cuales mandan, desde una norma, actuar de un modo determinado, aunque menos concreto que el común de las normas positivas. Esta fuente de la moralidad administrativa es menos precisa, pero no por ello menos concreta en sus mandatos. Admite, por esta misma circunstancia, un alto nivel de valoración, pero sin tolerar el capricho⁸⁵. Finalmente, iii) la moral administrativa también se halla por fuera de las normas,

⁸⁵ 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)

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.” -Sentencia de agosto 30 de 2007. Exp. 88001233100020040000901. CP. Enrique Gil Botero-

Quiero destacar, para los efectos de esa providencia, que allí se indicó que existen tres ámbitos donde se manifiesta la moralidad administrativa, pero luego la Sala dijo recoger estas palabras, parcialmente, en otras decisiones posteriores.

El reproche no podía ser más claro y directo, y se dirigía contra la comprensión tripartita de los lugares de donde procede la moralidad que se puede tutelar con la acción popular. En esta perspectiva, haciendo una especie de balance del tema, lo primero que debo indicar es que, considerada la evolución jurisprudencial completa del derecho colectivo a la moralidad administrativa, se advierte que ha caminado en un sentido ascendente y de progreso conceptual, porque, definitivamente, se ha pasado de considerar que la *moralidad* se reduce a la simple *legalidad jurídica* -posición que podríamos llamar *originaria*, y que muestra la actitud más primitiva en la valoración del tema-, para avanzar –decididamente- a admitir que los *principios generales del derecho* también son depositarios de grandes contenidos de moralidad, con ayuda de los cuales se puede revisar y confrontar las conductas de las entidades estatales.

Este segundo gran depósito de la moralidad administrativa tiene la virtualidad de ser menos estereotipado y formal que el primero, pues si bien en la pura legalidad se encuentran importantes instituciones morales; la discusión que siempre ofrecí a la Sala es que a ese único reducto no podía reducirse la moralidad administrativa. En otras palabras, se trata de reconocer que si bien en la legalidad pura y simple – es decir, en las normas positivas- se confinan importantes aspectos de la moralidad; eso no justifica que toda la moralidad posible de exigirle al Estado se reduzca a la que contienen las leyes.

Admitir esto, como hasta hace poco se hacía, equivalía a petrificar la ética social, pues no había más moralidad que esa, por tanto era la única exigible a través de las acciones populares. En otras palabras, la moralidad que no se encontraba allí

no existía para las acciones populares. O también, que la moralidad administrativa era el derecho positivo vigente, es decir, el positivismo moral se había tomado la perspectiva de análisis del Consejo de Estado.

Semejante criterio tuvo una consecuencia nefasta: Le asignó a la norma jurídica la potestad, exclusiva, de señalar la única moral que tenía incidencia para los derechos colectivos, y por tanto para las acciones populares. De modo que no había moralidad administrativa por fuera del derecho positivo, aunque hubiera moral fuera de él.

La seguridad jurídica y el temor a que directamente el juez encuentre la moralidad colectiva que es defensible, se hallaban tras esa forma de pensar; admítalo o no quien así piensa.

Cuando la Sala avanzó en el tema, derribando esa pesada muralla que suponía el criterio legalista puro -a través de la sentencia de febrero 21 de 2007, exp. AP-0355⁸⁶-, entre otras que la siguieron en un avance demoledor-, se abrió a un

⁸⁶ Dispuso esta providencia: “**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.

“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 lo 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

nuevo *desideratum* en su forma de pensar: entendió luego que también en los *principios generales del derecho* reside la moralidad, y que su vulneración atenta contra este derecho. De esta manera se ascendió a la reflexión constitucional, empezando el derecho administrativo a mirar hacia arriba, donde reside la Constitución, y no al mundo de la legalidad estricta. Ese día se comprendió que la moralidad administrativa no se reducía a la norma, y que el derecho colectivo era verdaderamente un nuevo derecho, no sólo un concepto preexistente en la filosofía moral.

En efecto, se debe reivindicar, una vez más, que el derecho colectivo a la moralidad administrativa es, en este contexto, un derecho, y no sólo un principio, como lo es la simple moralidad –art. 209 CP.-. Es decir, que se trata de ambas cosas, pero que con ocasión de las acciones populares su valor lo adquiere como *derecho* y no como *principio* de la función administrativa⁸⁷.

Entendida como *derecho*, la moralidad administrativa debía dotarse de un contenido que no tenía. No me refiero a un significado puro y simple, procedente de la filosofía, sino a un contenido como derecho, es decir, como categoría propia del ordenamiento jurídico, asignado a alguien, con la posibilidad de exigirlo, en las condiciones que lo justifiquen. Pues bien, en eso ha consistido el esfuerzo discursivo que durante todos estos años ha hecho el Consejo de Estado, especialmente en su Sección Tercera, representado en la multiplicidad de jurisprudencias donde se debate el alcance de este derecho, y el lugar de donde procede su contenido.

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 analizado, 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.” (Negrillas fuera de texto)

⁸⁷ En la sentencia de agosto 30 de 2007, ya citada, se manifestó al respecto: “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.”

Lo que encontramos ahora como progreso, en medio de las vicisitudes históricas, de los debates, las contradicciones jurisprudenciales, los avances y los retrocesos, es que la moralidad se ha dejado de reducir a la pura legalidad, para admitir los *principios generales del derecho* como receptáculos válidos de moralidad.

Este paso supuso un cambio general en la manera de construir la jurisprudencia de este derecho colectivo. De un lado, porque admite la posibilidad de buscar la moralidad en conceptos no positivos, es decir, en espacios más conceptuales, pero que al fin y al cabo hacen parte del derecho. De otro lado, la referencia obligada a la norma positiva dejó de ser el vínculo necesario entre moral y acción popular, para encomendarla también a los principios, que por su estructura y fisonomía más abierta, amplia, general y cargada de una multiplicidad de sentidos, permite que el juez valore cada caso concreto.

De esta manera, el binomio *moralidad-norma positiva* representa tan sólo una de las posibilidades de construcción del derecho colectivo, pues el binomio *moralidad-principios* se convirtió en otra.

No obstante, la Sala no permaneció estática cuando llegó a esta nueva situación, porque continuó avanzando en el proceso de descubrimiento del contenido definitivo del derecho colectivo a la moralidad. Fue por esto que en la sentencia AP 00901, de agosto 30 de 2007 –CP. Enrique Gil Botero-, la Sala advirtió que existía otro espacio donde palpitaba jurídicamente la moralidad administrativa –y no sólo éticamente-, además de los dos ya admitidos. Se encontró que aún era necesario valorar el comportamiento de las entidades estatales, a la luz de la moral generalmente admitida por la sociedad, y que por tanto alcanza a ser moral social, exigible del Estado en relación con los ciudadanos -que se podría denominar *moral-costumbre social*-.

Esta nueva posibilidad de contenido para la moral administrativa se convirtió en el centro de discusión desde ese momento y hasta ahora. La prueba de ello es que la preocupación de la jurisprudencia de esta Sección ha girado en torno al asunto. Afortunadamente los dos primeros espacios de la moral administrativa (*moral-derecho* y *moral-principios*) está plenamente aceptada. De hecho, ningún miembro de la Sala lo discute.

Pues bien, el tercer significado de la moral administrativa es la que se mantiene en debate, pese a la admisión que tuvo en varias ocasiones. No obstante, es evidente que no se ha consolidado esta perspectiva del tema. Fue por ello que, muy poco tiempo después, la Sala regresó a los significados de: *moral-derecho* y *moral-principios*, dejando en suspenso el tercero.

Entiendo, haciendo una lectura académica del estado del tema, que vivimos un momento histórico donde el debate hace parte de la formación de la razón que se impondrá. Pero espero, no obstante, que aunque con lentitud la jurisprudencia termine por concederme la razón, como creo que poco a poco viene ocurriendo. En realidad se que en debates de esta envergadura, donde la razón no se demuestra matemáticamente –porque el derecho no es ciencia-, y ni siquiera normativamente –pese a tratarse de un asunto jurídico-, es improbable que surjan los consensos. Es necesario que las evidencias, los casos y los procesos se presenten de la manera oportuna como se necesita para que la Sala entienda que es deber del juez proteger la moralidad administrativa, hállese donde se halle.

Es en este contexto, es decir, en el de la incertidumbre sobre el tercer espacio que puede ocupar la moralidad administrativa, es donde quiero agregar a mi pensamiento ya expuesto en las providencias citadas atrás, algunas ideas más, con las cuales pretendo afianzar mi criterio, y dar respuesta a los salvamentos o aclaraciones de voto que se han hecho en esas ocasiones.

La dubitación de la Sala, en relación con la posibilidad de admitir dos o tres sentidos de la moral administrativa, sólo muestra, según lo señalé atrás, que vivimos una etapa jurisprudencial de incertidumbre conceptual –con los peligros que esta situación entraña para la seguridad jurídica-, y que estamos llegando al tercer y último nivel posible de las acepciones, donde las cosas se ponen un poco más duras y tensas, en términos conceptuales. Esto es inevitable.

Pero, en esta línea de pensamiento, no puedo menos que abogar, una vez más, porque se admita, sin reservas, el sentido de la moralidad más puro y necesario que exige el país: la búsqueda de la moral administrativa que reside en la moral social, y que no está en las normas o en los principios generales del derecho. Es probable que incluso lo que haya allí sea poco, pues las normas positivas y los principios ya recogen, quizá, los más importantes contenidos de la moral tutelable a través de este derecho colectivo.

Sin embargo, no es un asunto de cantidad lo que se debe discutir en este escenario, sino de posibilidad material de encontrar más moralidad por fuera del derecho, y que desde luego no puede ser la moralidad religiosa ni la moralidad individual, sino la que hemos denominado moral social o colectiva, es decir los valores construidos por la sociedad, en cuya observancia el juez también debe asumir un compromiso.

Esta postura, sin embargo, reconoce que en todo sistema jurídico y en todo sistema social existe un *pluralismo moral*, es decir una posibilidad amplia de valoración de las conductas humanas, interpretables en términos de buen o mal comportamiento. No obstante, ese pluralismo tampoco niega la existencia de un *consenso moral*, más o menos fuerte, sobre ciertos tópicos de la conducta humana, que la sociedad se apropia, para inyectarlos a lo largo y ancho del sistema político, jurídico y social, con ayuda de las costumbres, de la familia, de la escuela; pero también de la Constitución, de las demás normas positivas, e inclusive de las sentencias. Negar la capacidad que tienen las distintas instituciones públicas para introducir criterios morales a la sociedad desconocería los más elementales criterios socio-políticos que explican el tema.

Pero es claro también que el *pluralismo* se diferencia de la *dispersión moral*, por varias razones: porque el primero es respetado y admitido, incluso, como un valor; pero el segundo conduce al aniquilamiento ético, que no es admisible en los ciudadanos, quienes no pueden -bajo la excusa del pluralismo moral- actuar en contra los más acendrados valores que comparte una sociedad. Son estos comportamientos los que alcanzan el rango de *moral social*, y terminan convirtiéndose en un legado cultural que unas generaciones entregan a las siguientes –sin perjuicio de que las nuevas produzcan más moral social-, de manera que esto requiere protección, pues todo sistema social necesita un sustrato moral mínimo para subsistir –esto no quiere decir poco-, capaz de construir la unidad nacional de tipo social y luego político, en torno a los valores que surgen de la convivencia.

La dificultad que presenta la Sala para admitir esta posibilidad, se expresa en la incertidumbre de contenido que, como concepto jurídico, tendría la moralidad administrativa, concretamente le preocupa que el juez imponga criterios morales personales y no los objetivos. Pero este temor es inaceptable en el poder judicial,

quien tiene la tarea de administrar la justicia, pues con esta actitud lo que refleja es una incapacidad de hacerlo⁸⁸.

Si esto preocupa, me pregunto, entonces: ¿cómo se indemniza actualmente en equidad, tarea asignada por el ordenamiento jurídico al juez?; ¿cómo se concluye que un contrato es nulo, porque atenta contra la moral y las buenas costumbres – según lo dispone el Código Civil-?; ¿cómo se concreta la protección del daño moral, si este no se materializa en conceptos o categorías definibles en términos cuantitativos? Bueno, si estas tareas las ha realizado el juez al día de hoy -entre tantas otras, donde se enfrenta a retos conceptuales igual de indefinibles-, ¡no entiendo por qué frente a la acción popular, para proteger la moralidad, se declara incapaz de hacerlo!.

Debo destacar, -a partir de una comparación que no tiene por qué resultar odiosa-, que una tarea más titánica que la nuestra, por lo menos en lo que tenía que ver con la cantidad de derechos que requerían explicaciones tan complejas como las que nosotros debemos acometer en relación con el derecho a la moral administrativa, la realizó la Corte Constitucional, en relación con todos los derechos fundamentales. Su trabajo, durante todos estos años, no ha consistido en nada diferente que en construir el sentido de cada derecho fundamental, a partir de una enunciación, tan vacía como pródiga de sentidos, como es la que hace la Constitución con cada uno de los derechos.

En efecto, la Carta Política se limita a decir generalidades, *verbi gracia*, que todos somos iguales ante la ley; pero la concreción de la igualdad dista mucho de la simple enunciación constitucional. A la Corte le ha correspondido construir los significados de la igualdad –por eso creó las nociones de igualdad formal y de igualdad material-, las posibilidades de establecer un trato distinto para asegurar la misma, la necesidad de tratar en forma idéntica a las personas, según los distintos derechos que se les asigna o que se les niegan, entre un universo de construcciones dogmáticas que sólo a la jurisprudencia, como inspectora de los

⁸⁸ En un sentido aproximado al indicado, que reprocha la incapacidad de tomar decisiones, so pretexto de que son variables las posturas, señala GREGORIO ROBLES, en “Los derechos fundamentales y la ética de la sociedad actual”: “... Pero el relativismo –y aquí radica el fondo del reproche- conduce socialmente, esto es, en cuanto penetra en la sociedad transformándose en ‘ideología social dominante’, a la creencia de que no es posible enjuiciar las acciones humanas porque todo depende de puntos de vista. El reproche es injusto, pero al mismo tiempo corresponde a la verdad, si se entiende el fenómeno de absorción social de una idea generada en las fábricas del intelecto. Esto nos muestra que la inteligencia nunca es ‘inocente’.” -Ed. Civitas. Madrid. Pág. 100-

comportamientos humanos y de las decisiones estatales, le correspondía construir. A la postre, lo que hoy se puede expresar de un derecho fundamental como el de la igualdad no es otra cosa que su enunciación constitucional, más la inmensa carga conceptual que elaboró la Corte, para distinguir los diferentes escenarios de aplicación.

Lo mismo se dirá de derechos como el del libre desarrollo de la personalidad, la libertad de cultos, la libertad de conciencia, o la intimidad, entre casi todos ellos. Si tomamos como ejemplo, una vez más, el último derecho citado, encontraremos una situación similar a la del derecho a la moralidad administrativa, es decir, un puro y simple concepto constitucional, erigido en derecho. Pues no debería el juez administrativo, encargado de protegerlo, angustiarse en demasía sobre su alcance y contenido, sino que más bien debería entregarse a terminar de precisarlo. En este sentido, la Corte ha desarrollado adecuadamente su tarea, en lugar de encomendársela a la ley, y negarse a hacerlo personalmente. Esa es la actitud que debe asumir la Sección Tercera con el derecho colectivo a la moral administrativa, es decir, debe, sin demora, asumir sin prejuicios la labor de concretar los márgenes del derecho colectivo.

Si la Corte hubiera adoptado la actitud que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa asume –vacilante-, ahora mismo estaría sosteniendo que no era posible que la igualdad o que la libertad de conciencia fuera algo diferente a la legalidad, es decir, que era la norma positiva quien debe indicar qué es cada derecho fundamental. De esta manera, habría llegado a decir –luego- que también los principios sirven para definirlos. Por el contrario, la Corte asumió un papel responsable en relación con su tarea constitucional: entendió que su deber consistía en hacer respetar la igualdad entre los hombres, de manera que cada comportamiento lo ha sometido a una serie de reglas jurídicas de análisis, construidas racionalmente por ella misma, y que le permiten definir, caso a caso, si respetan o no ese derecho, valiéndose de su papel de guardiana de la Constitución, y de su rol de juez, es decir, de examinador de las conductas humanas, a la luz del derecho –que él participa de descubrirlo y también de hacerlo-.

La Sección Tercera, en cambio, cuando la Constitución pone en sus manos el derecho colectivo a la moralidad administrativa se pregunta, primero, en qué consiste, a lo cual responde que es la ley quien debe decirlo –negándose el

derecho-deber a definir el alcance y los contornos del derecho colectivo constitucional-, y luego se pregunta si el juez puede verificar la moralidad de las actuaciones, según su capacidad de juzgar la conducta humana, y se responde que tampoco, porque eso genera inseguridad jurídica, y que sólo la norma positiva puede realizar esa tarea. Parece que el juez se teme a sí mismo.

Se trata de una serie de respuestas que se cierran a sí mismas, y donde el juez se hace a un lado, dejando de cumplir, en sentido integral, la labor constitucional de proteger los derechos colectivos, entre ellos la moralidad administrativa⁸⁹.

En mi criterio, hay que reivindicar la posibilidad jurisprudencial –apoyada en la Constitución- de construir el contenido del derecho a la moralidad, o mejor, de identificar, con ayuda de la justicia y de la razón jurídica, los comportamientos intolerables desde el punto de vista de una moral social, para cumplir así fielmente la Constitución Política.

En este sentido, señala Juan Damián Traversa que “El poder público, según decíamos, determina nuestra conducta en todo aquello que estima imprescindible para la ordenada solución de los problemas comunitarios (el orden social “justo”). Nuestro mundo vive en plena efusión de la política. Es bueno que así sea. A grandes problemas, grandes remedios y solo desde una organización superior de poder es posible acceder a ellos. Lejos queda ya la idea de que el bien moral era conquistado con tan solo el ‘amor al prójimo’ o ‘caridad’.”⁹⁰

Lo que explica la posición que asume la Sección no es más que un problema endémico del que padece: el excesivo culto a la legalidad, que se refleja en la postura legocéntrica para resolver los litigios de su competencia. Es evidente que debería descubrir la vocación filosófica que la Constitución Política le sugiere, cuando lo erige en juez constitucional de los derechos colectivos. En esta medida,

⁸⁹ Al respecto, enseña GREGORIO ROBLES que “Instrumento de estas delicadas operaciones de delimitación de subsistemas culturales y de reparto de poderes, dentro del equilibrio que todo sistema social exige, es el *derecho*. Si en el período anterior a la revolución técnica el derecho tiene importancia secundaria, comparado con la ética y, en último término con la teología, a partir de ella adquiere una importancia primordial. La razón técnica, analítica y formalizadora, se sustancializa socialmente en razón jurídica. Esta experimentará un progresivo vaciamiento de contenidos éticos hasta desembocar en el formalismo positivista, en el cual la conexión con exigencias ético-políticas desaparece definitivamente.” (Ob. Cit. Págs. 108-109)

⁹⁰ La razón del deber moral jurídico. Madrid. Ed. Dickinson. SA. Pág. 110.

sería forjador de conceptos de gran magnitud, como los que demanda el derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Pero la Sala se preguntará: ¿cómo desentrañar la moral administrativa, más allá del derecho positivo, y muy cercano a los principios generales del derecho?. Considero que unas buenas pautas, que se basan, necesariamente, en los casos concretos, sería reconocer el siguiente haz de situaciones:

Si el derecho positivo ha incorporado la moralidad, entonces ese es el primer lugar donde debe buscarse. No obstante, aquí el juez aún tiene que hacer una operación mental adicional, que por lo menos no preocupa a la Sala: debe definir si lo que contiene la norma es de verdad de orden moral –por ejemplo, la ley que regula el principio de economía en materia procesal tiene un componente moral?, para lo cual debe razonar y argumentar por qué su contenido tiene connotaciones éticas, de aquellas que protege la Constitución. Si la Sala fuera rigurosa, también debería mortificarse por el hecho de que la ley no concreta exactamente qué es moral y que no, pues al fin y al cabo es el juez quien debe definirlo.

Pero en fin, lo cierto es que si la moralidad se encuentra allí, entonces se puede proteger. Ahora, también se la puede buscar en los principios generales del derecho, de aquellos que informan la manera de obrar correctamente. Hasta aquí la Sala está dispuesta a realizar estas dos operaciones lógicas, ontológicas y axiológicas.

Sin embargo, y esto es lo que considero que debe servir para el análisis que excede a la moral como derecho, luego se debería indagar -esta es la moral que no se encuentra en las normas positivas- si en los casos que proponen los actores populares la administración actúa atentando contra *la costumbre*, de aquella que impone actuar correctamente. Si acaso no lo hace, y es evidente que el deber de actuar o de abstenerse de hacerlo afecta la moralidad pública, entonces se debería proteger el derecho colectivo.

En otras ocasiones, la *irritación colectiva* frente a determinados comportamientos del Estado es una muestra de que la moral administrativa se ha lesionado. El nivel de molestia, desde luego, corresponde valorarlo al juez. No obstante, y en todo caso, no todo malestar colectivo servirá de razón suficiente para entender afectada la moralidad administrativa. Así, por ejemplo, si un hospital no atiende un

paciente, y por esa causa muere en la puerta de entrada, pese a que la ley no impusiera la obligación de atenderlo –por ejemplo, por insuficiencia de recursos para pagar-, es evidente que la moralidad administrativa se afecta, porque es claro que en estos eventos el deber de proteger la vida o la salud no pueden ceder frente a otras razones, aún cuando estén protegidas por el derecho. Se trata de un comportamiento que meridianamente es inadmisibles, desde el punto de vista de la acción correcta y ajustada a la dignidad humana.

La *cultura* que comparte la sociedad de un Estado también sirve de parámetro para que el juez contencioso concrete lo que es el derecho colectivo a la moralidad administrativa, en cada situación. Se trata de uno de los espacios más usuales de construcción y de pervivencia de la moral social –y también de la individual-. En este sentido, pese a que la norma positiva no ordena a un funcionario público tratar cordialmente a los ciudadanos, el mal trato, la descortesía, la ordinariez, que no rayan con la ilegalidad, también podrían corregirse a través de la acción popular, con la finalidad de que los servidores públicos ajusten su comportamiento a un estándar obvio, elemental, compartido por los hombres decentes, de trato adecuado a las personas. Del mismo modo, la hostilidad de la administración con un ciudadano se enmarca en esta situación, pues es conocido que amenazar y atormentar la vida de otras personas carece de justificación, y no es inusual que el Estado lo haga con ciertos comportamientos.

El *hábito*, es decir, la usanza o lo manera reiterada sobre la forma correcta como se hace algo o se debe comportar, también ayuda al juez a desentrañar posibles violaciones a la moralidad administrativa. Una vez más, aquí aplica lo dicho antes: no todo trato poco habitual vulnera la moralidad. Desde luego que debe tratarse de un comportamiento inusual, en relación con el comportamiento general, que afecte la esfera de la corrección en las actuaciones administrativas.

Las conductas lícitas también pueden producir daños a la moral administrativa, que bien podrían corregirse a través de esta acción. El criterio, en esta ocasión, es el del *daño producido* con el comportamiento de la administración. En estos casos, es necesario que intervenga el juez administrativo para indagar por la situación, y eventualmente imparta la orden de protección a la moral. Tal es el caso en que las palabras de un funcionario alcancen a poner en duda la credibilidad, honorabilidad y honestidad de una persona –como cuando constituye una persecución personal, con ayuda del cargo que se ejerce-, en cuyo evento bien podría afectarse la

moralidad administrativa, requiriendo la ayuda del juez para corregir esos comportamientos.

También el *sentimiento de obligatoriedad de una conducta* no realizada por la administración, cuando debió actuar, ayuda a descubrir el alcance de la moral social que requiere protección. En este sentido, la sociedad no acepta, desde un perspectiva de sano comportamiento, que sus administradores mientan sobre las cosas públicas, engañen o hagan trampas –sin que constituyan delitos-, sencillamente porque es natural aborrecer la mentira cuando se es destinatario de ellas.

Esta clase de comportamientos proliferan en las relaciones públicas, no obstante, pueden no estar prohibidas en las leyes ni en los principios generales del derecho, pero es evidente que la moral social repudia las mentiras de un ministro, de un alcalde, las trampas de los concejales o de los diputados o el engaño que los congresistas pudieran hacer para obtener beneficios. Sencillamente, de todos ellos, se espera franqueza, honestidad de comportamiento y de palabra, rectitud en el obrar aún en las ocasiones y momentos más cotidianos de la vida institucional. También de estos males, que abundan en nuestro país, quiso la Constitución que se protegiera a los afectados, a través de la acción popular.

Desde luego que también *los valores* que sociológicamente pertenecen a una comunidad dan cuenta de la existencia de conductas morales e inmorales que afectan a la comunidad, cuando las realiza el Estado⁹¹. Así, por ejemplo, la apología del delito, realizada por la propia administración –que se ha presentado en algunas administraciones municipales de nuestro país-, que escandaliza y distorsiona el sentido de lo público, caben perfectamente en estas situaciones.

⁹¹ Sobre los valores enseña Gregorio Robles: “Toda sociedad, todo grupo humano, necesita, para poder vivir, creer en determinados valores, los que defiende como propios del grupo, de la sociedad. Cuando tal creencia no existe, el grupo, la sociedad, se disuelve. Convivir significa compartir, esto es, partir con, repartir. El reparto de cargas y de bienes exige un acuerdo generalizado sobre los valores que sustentan al grupo y que en último término constituyen el fundamento del reparto, del compartir, del convivir. Una sociedad sin valores es un espectro de sí misma.” (Ob. Cit. Pág. 68)

Entre muchos otros comportamientos, actitudes y actos, las entidades estatales pueden comprometer la moral administrativa. No se trata aquí de observar si son severos o no los actos realizados. El derecho colectivo a la moralidad administrativa hace abstracción de detalles tan banales como esos, pues sería tanto como decir que el derecho a la igualdad que se puede proteger con la acción de tutela corresponde a las grandes vulneraciones. No, se trata de cualquier violación al derecho fundamental.

Lo que surge de todo esto es una reflexión que se asienta sobre el sentido mismo de los derechos colectivos. No cabe duda que la Constitución transformó los derechos de los que gozábamos antes de su vigencia, y el de la moralidad administrativa es la prueba más fehaciente de ello, porque la Constitución creó un derecho nuevo, sin referente en el pasado –quiero decir, como derecho autónomo, no como principio- cuyo contenido debemos construir adecuadamente. En este sentido, entiendo que el propósito del Constituyente fue el de contribuir a corregir la abundancia de conductas inmorales que existen en un país criticado por sus propios ciudadanos de ser altamente inmoral, y permeado por conductas que cada vez más mellan su propia capacidad de conservarse con los valores que garanticen la proyección de su existencia.

Era necesario hacer algo para fomentar los valores, las conductas buenas, las prácticas sanas, los mejores comportamientos, y para eso se debía empezar por el propio Estado, que en los distintos niveles territoriales no siempre ha dado muestra de ser modelo de comportamiento en el trato con las personas. Desde esta perspectiva, resulta apenas lógico que la acción popular, creada para proteger la moralidad administrativa, necesariamente choque con las prácticas más terribles y también con las menos graves del obrar administrativo, pero que unas y otras debilitan progresivamente los valores de un Estado.

La anterior reflexión me hace pensar que la Sala no tiene la misma visión de la acción popular para proteger la moralidad administrativa, pues, en general, espera encontrar en la ley el calificativo moral que le permita salvaguardar a la sociedad de los comportamientos desviados que han hecho del país una comunidad necesitada de fortalecer los valores sociales y civiles. En realidad, se necesita asumir un papel más proactivo, para lo cual se debe aceptar que existen comportamientos que afectan la moral, objetivamente hablando, sin que la ley califique la conducta de una manera especial.

Si se obrara de esta manera, entonces la acción popular se convertirá, en relación con el derecho colectivo que se viene comentando, en un lugar propicio para la reflexión moral, como debe ser, dando lugar a consensos cada vez más razonados y firmes, que justifiquen la intervención judicial en esas esferas que hasta la Constitución de 1991 eran inabordables, por escapar a las técnicas de control que el derecho ofrecía entonces.

En términos jurídicos, el derecho contribuiría a lograr acuerdos morales, con ayuda de la acción popular, porque la sumatoria de casos, con intervención de la sociedad, permite establecer directrices de conductas aceptadas por el derecho o por las costumbres que comparte la sociedad. No otra cosa es la que se ha logrado con los derechos fundamentales. No me cabe la menor duda que el nivel de desarrollo jurisprudencial de los derechos fundamentales, en los últimos años, ha contribuido a desarrollarlos, perfilando su alcance y contenido, hasta entregárselos así de decantados a la sociedad civil, para que los aprehenda y utilice.

El derecho a la moralidad administrativa aún necesita avanzar en el desarrollo pleno de sus contenidos, para que pueda el juez, y luego la sociedad civil, apropiárselos en niveles sustancialmente mayores a los que la mera legalidad ofrece. Cuando esto ocurra la moral social u objetiva se intensificará, las relaciones ciudadanas y las del Estado con los ciudadanos podrán ser cada vez más fuertes y sanas, desde la perspectiva de los valores, y esto debería conducir al desarrollo social y a la transformación de la sociedad en su conjunto.

No obstante, obsérvese que todo esto depende, aunque parezca increíble, del nivel de compromiso que el juez tenga con estos derechos. La Corte Constitucional ya mostró que el país habla el lenguaje de los derechos fundamentales, sencillamente porque impuso un nivel de exigencia y respecto muy alto, venciendo los obstáculos que pudo encontrarse. Con la moralidad administrativa se debería recorrer un camino similar, para que con la misma intensidad los ciudadanos y el Estado se apropien de su contenido y adapten sus conductas a las reglas de la buena intención que se deben observar en las actuaciones frente a los demás.

De esta manera se cumplirá con un sueño que yace en la Constitución Política: retornar a la conducta moral en las relaciones públicas, y también en las privadas.

Ahora, esta posibilidad de ninguna manera asimila toda la moral con el derecho. Recuérdese que la moral de la que se viene hablando es de la administrativa, es decir, de la objetiva, de la social; mientras que la moral privada, la subjetiva, permanecerá en su estado y en su lugar, de allí que no la toca el juez de la acción popular. En esto no quiero que se falsee mi pensamiento.

En los anteriores términos, dejo planteada mi posición sobre la forma como se abordó, analizó y definió el alcance del derecho colectivo a la moralidad administrativa y la posibilidad de pronunciarse oficiosamente sobre derechos no invocados en la demanda.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra