

EL DERECHO PÚBLICO EN IBEROAMÉRICA: EVOLUCIÓN Y EXPECTATIVAS

LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR
JAIME VIDAL PERDOMO

TOMO I

Carlos Mario Molina B. - Libardo Rodríguez R.
Coordinadores académicos



UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN



EDITORIAL TEMIS S.A.
BOGOTÁ - COLOMBIA
2010

Contenido

HOJA DE VIDA DEL PROFESOR JAIME VIDAL PERDOMO	v
INTRODUCCIÓN	ix
PRESENTACIÓN	xv

PARTE PRIMERA

DERECHO CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO 1

Panamá en nuestra historia constitucional

Oscar Alarcón Núñez (Colombia)

1.1 INDEPENDENCIA DE PANAMÁ	37
1.2 PRIMERAS SEPARACIONES	39
1.3 IMPORTANCIA DE PANAMÁ	41
1.4 EL FEDERALISMO Y PANAMÁ	43
1.5 CUARTA SEPARACIÓN	46
1.6 EL CANAL DE PANAMÁ	49
1.7 RAZONES DE LA ÚLTIMA SEPARACIÓN	52
1.8 NUEVA PROPUESTA DE CAPITAL	53

CAPÍTULO 2

La situación del derecho público en Venezuela ante la demolición de las bases del Estado de derecho

Allan R. Brewer-Carías (Venezuela)

INTRODUCCIÓN	57
2.1	58
2.2	59
2.3	60
2.4	62
2.5	63
2.6	65
2.7	67

2.8	70
2.9	72
2.10	74
2.11	76
2.12	78
2.13	80
2.14	81
2.15	82
2.16	83
2.17	84
2.18	87
2.19	88
2.20	90
2.21	93
2.22	95
2.23	97

CAPÍTULO 3

Estructura del Estado y de la Administración nacional Conforme a la Constitución de 1991

Fernando Brito Ruiz (Colombia)

INTRODUCCIÓN	101
3.1 ASPECTOS GENERALES	101
3.2 CRITERIOS ORIENTADORES	103
3.3 LA CONSTITUCIÓN DE 1991 INTRODUCE NUEVOS CRITERIOS SOBRE LA ESTRUCTURA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL	104
3.4 ESTRUCTURA DEL ESTADO	105
3.5 EL PODER PÚBLICO SE DIVIDE EN RAMAS Y ÓRGANOS AUTÓNOMOS	107
3.6 COLOMBIA ES UN ESTADO UNITARIO, CON AUTONOMÍA DE SUS ENTIDADES TERRITORIALES	108
3.7 LA DIVISIÓN DEL PODER PÚBLICO EN COLOMBIA PRESENTA NUEVAS CARACTERÍSTICAS	109
3.8 LA FALTA DE UN CLARO REPARTO DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS ENTIDADES TERRITORIALES ACENTÚA LAS DIFICULTADES	110
3.9 LA AUTONOMÍA ESTÁ SOMETIDA A RESTRICCIONES	112
3.10 LA DESCENTRALIZACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES RESPONDE A UN CRITERIO DIFERENTE	112
BIBLIOGRAFÍA	114

CAPÍTULO 4

La jerarquía y regulación de los tratados en la Constitución Argentina

Juan Carlos Cassagne (Argentina)

4.1	LOS DIFERENTES SISTEMAS EXISTENTES EN EL DERECHO COMPARADO ACERCA DE LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS	115
4.1.1	Valor supra-constitucional.....	116
4.1.2	Jerarquía constitucional.....	117
4.1.3	Valor superior a las leyes.....	117
4.1.4	Valor equivalente a las leyes.....	117
4.2	LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA.....	118
4.2.1	Tratados con jerarquía constitucional.....	119
4.2.2	Tratados o acuerdos ejecutivos sin jerarquía constitucional.....	119
4.3	CONDICIONES DE VALIDEZ Y APLICABILIDAD DE LOS TRATADOS DE INTEGRACIÓN	120
4.3.1	Reciprocidad e igualdad	122
4.3.2	El orden democrático y los derechos humanos	122
4.4	INCORPORACIÓN DE LOS TRATADOS AL DERECHO INTERNO.....	123
4.5	LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y LOS CONFLICTOS QUE SE SUSCITEN CON LOS PRECEPTOS DE LOS TRATADOS CONSTITUCIONALES	124
4.6	CONCLUSIONES	127

CAPÍTULO 5

Un largo viaje en busca de una nueva disciplina.

O cómo apareció el “derecho procesal constitucional” en América Latina

Domingo García Belaúnde (Perú)

INTRODUCCIÓN	131	
5.1	LOS EFECTOS DE LA GUERRA CIVIL ESPAÑOLA	132
5.2	LA PRODUCCIÓN PROCESAL DE ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO (1933-1938)	133
5.3	LA PRODUCCIÓN ARGENTINA DE ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO (1942-1946)	134
5.4	EL SIGNIFICADO Y LOS ALCANCES DEL NUEVO CONCEPTO: “DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL”	137
5.5	SIGUE: LOS ALCANCES DEL NUEVO CONCEPTO	138
5.6	LO QUE PASÓ EN MÉXICO (1946-1956).....	139
5.7	DE 1956 EN ADELANTE: ENFRENTANDO UNA REALIDAD	141
5.8	¿CONVERGENCIA, DIVERGENCIA O VIDAS PARALELAS? EUROPA Y AMÉRICA LATINA.....	143

CAPÍTULO 6

El reconocimiento al derecho a un medio ambiente sano

Henry Alexander Mejía (El Salvador)

INTRODUCCIÓN	147
6.1 DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO EN EL PLANO INTERNACIONAL....	148
6.2 RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A UN MEDIO SANO EN EL DERECHO COMPARADO	152
6.3 EL DERECHO A UN MEDIOAMBIENTE SANO EN EL ORDENAMIENTO SALVADOREÑO: UN APORTE DE LA JURISPRUDENCIA.....	155
6.3.1 Titulares del derecho de medio ambiente sano	157
6.3.2 Límites al derecho de medioambiente.....	157
6.4 EL DERECHO A MEDIOAMBIENTE SANO Y LA CONEXIÓN CON OTROS DERECHOS CONSTITUCIONALES	159
6.4.1 Conexidad positiva	159
6.4.2 Conexidad negativa	160
6.5 LEGITIMACIÓN CONSTITUCIONAL E INTERESES DIFUSOS	161
6.5.1 El interés difuso: delimitación conceptual.....	161
6.5.2 Legitimación para tutela del derecho a un medio ambiente sano	165
6.6 A MANERA DE CONCLUSIÓN	167
BIBLIOGRAFÍA	168

CAPÍTULO 7

El Estado bicentenario frente a los retos del derecho público latinoamericano

Carlos Mario Molina Betancur (Colombia)

INTRODUCCIÓN	171
7.1 SIGNOS DE CAMBIO EN EL ESTADO BICENTENARIO LATINOAMERICANO	173
7.1.1 La pacificación del continente latinoamericano	173
7.1.2 El renacer democrático en América Latina	175
7.1.3 Vientos de apertura política y económica	178
7.1.4 El movimiento continental	179
7.1.5 El movimiento regional	179
7.1.6 Movimiento internacional	180
7.2 RETOS DEL DERECHO PÚBLICO LATINOAMERICANO	181
7.2.1 El reto del populismo.....	181
7.2.2 El reto del modelo presidencial en América Latina	182
7.2.2.1 La reforma constitucional argentina de 1994.....	184
7.2.2.2 La reforma constitucional peruana de 1993.....	186
7.2.2.3 La reforma constitucional colombiana de 1991.....	188
7.2.2.4 La reforma constitucional de Bolivia de 1994	189
7.2.3 El reto de la consolidación del Estado de derecho	190

7.2.3.1	Un avance considerable en derechos humanos	190
7.2.3.2	La evolución de la justicia constitucional.....	192
7.3	CONCLUSIÓN.....	198
	BIBLIOGRAFÍA.....	199

CAPÍTULO 8

Acceso al Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Ernesto Rey Cantor (Colombia)

INTRODUCCIÓN	201
8.1 EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.....	201
8.2 JURISDICCIÓN INTERNACIONAL REGIONAL DE DERECHOS HUMANOS	203
8.2.1 Procedimiento en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	204
8.3 PROCEDIMIENTOS EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	206
8.4 MEDIDAS CAUTELARES Y MEDIDAS PROVISIONALES	208

CAPÍTULO 9

Panorama de las transformaciones del derecho público colombiano, con ocasión de la Constitución de 1991

Libardo Rodríguez Rodríguez (Colombia)

INTRODUCCIÓN	211
9.1 LAS TRANSFORMACIONES EN EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL	212
9.1.1 Las transformaciones en el modelo del Estado colombiano	212
9.1.2 La evolución relacionada con la carta de derechos	213
9.1.3 Las transformaciones en la estructura del Estado	215
9.1.4 Las transformaciones en materia de administración de justicia	215
9.1.5 Las transformaciones en relación con el régimen económico y de la hacienda pública	217
9.2 LAS TRANSFORMACIONES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO	218
9.2.1 Las transformaciones en el régimen de la organización administrativa ...	218
9.2.1.1 La organización administrativa nacional	219
9.2.1.2 La organización administrativa seccional y local.....	220
9.2.2 Las transformaciones en el régimen de los bienes públicos.....	222
9.2.3 Las transformaciones en el régimen de la función pública	223
9.2.4 Las transformaciones en el régimen de los actos y procedimientos administrativos	225
9.2.5 Las transformaciones en el régimen de los contratos administrativos	227
9.2.6 Las transformaciones en el régimen de la responsabilidad del Estado	229
9.2.7 Las transformaciones en el régimen de la policía administrativa	231

9.2.8	Las transformaciones en el régimen de los servicios públicos.....	231
9.2.9	Las transformaciones en el régimen del control jurisdiccional de la actividad de la administración.....	233
9.3	CONCLUSIONES	234

CAPÍTULO 10

Las garantías jurisdiccionales de amparo, “mandado de segurança”, recurso de protección y acción de tutela

Eduardo Rozo Acuña (Colombia)

INTRODUCCIÓN	237
10.1 SUPREMACÍA Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN AMÉRICA LATINA	238
10.2 AMPARO, “MANDADO DE SEGURANÇA”, RECURSO DE PROTECCIÓN, ACCIÓN TUTELA Y MECANISMOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA.....	240
10.3 ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL AMPARO, DEL “MANDADO DE SEGURANÇA”, DEL RECURSO DE PROTECCIÓN Y DE LA ACCIÓN DE TUTELA	242
10.3.1 Los diversos conceptos de estas garantías y en particular del amparo	254
10.3.2 Las características más comunes de estas garantías.....	262
10.3.3 Sus campos o sectores de aplicación.	271
10.3.4 El <i>iter</i> procesal de las garantías.	277
10.4 BREVE COMPARACIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN AMÉRICA LATINA Y EN EUROPA.....	288

PARTE SEGUNDA

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO 11

A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro

Romeu Felipe Bacellar Filho (Brasil)

INTRODUÇÃO.....	297
11.1 UMA PARÁBOLA DO INTERESSE PÚBLICO: INTERESSE COLETIVO PRIMÁRIO E INTERESSES SECUNDÁRIOS.....	298
11.2 INTERESSE PÚBLICO, LEGALIDADE E JURIDICIDADE: O INTERESSE PÚBLICO RESIDE NO DIREITO POSITIVO	304
11.3 INTERESSE PÚBLICO E IMPESSOALIDADE: PROCESSO E PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO.....	310
11.4 INTERESSE PÚBLICO E MORALIDADE: ÉTICA, PROIBIDADE E PREVISIBILIDADE.....	314

11.5 INTERESSE PÚBLICO E PUBLICIDADE: MEIOS PÚBLICOS OU TRANSPARENTES	320
11.6 INTERESSE PÚBLICO E EFICIÊNCIA: FUNÇÃO, DEVER E COMPETÊNCIA.....	321
11.7 CONCLUSÃO: UMA PROPOSTA DE DEFINIÇÃO JURÍDICA DE INTERESSE PÚBLICO	324
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	325

CAPÍTULO 12

O néo colonialismo e o direito administrativo brasileiro

Celso Antônio Bandeira De Mello (Brasil)

INTRODUÇÃO.....	331
12.1 A GLOBALIZAÇÃO, O NÉO LIBERALISMO E A "REFORMA" DO ESTADO.....	333
12.2 OS REFLEXOS DA GLOBALIZAÇÃO NO MUNDO JURÍDICO BRASILEIRO.....	335
12.3 CONCLUSÃO.....	336

CAPÍTULO 13

Los principios y valores como fuente del derecho administrativo.

Su reflejo en el derecho argentino

Pedro José Jorge Coviello (Argentina)

INTRODUCCIÓN	339
13.1 LA IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO	340
13.2 LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. SU IMPORTANCIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO FRANCÉS.....	343
13.3 EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO.....	349
13.4 LOS VALORES JURÍDICOS	357
13.5 LOS CAMPOS DE APLICACIÓN DE LOS VALORES Y LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS	358
13.6 UTILIDAD DE LA DISTINCIÓN ENTRE LOS VALORES Y LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS	363
13.7 LOS VALORES JURÍDICOS, LOS VALORES IUSADMINISTRATIVOS Y LOS PRINCIPIOS DERIVADOS DE ESTOS ÚLTIMOS	364
13.8 CONCLUSIÓN	371

CAPÍTULO 14

¿Hacia dónde va el derecho administrativo?

Carlos E. Delpiazzo (Uruguay)

PROPÓSITO	373
14.1 MARCO CONTEXTUAL	374

14.2	DESAFÍOS ACTUALES	379
14.2.1	Derecho administrativo y derecho privado	379
14.2.2	Derecho administrativo y buen gobierno.....	383
14.2.3	Derecho administrativo y ética.....	386
14.2.4	Derecho administrativo y globalización.....	387
14.2.5	Derecho administrativo y nuevas tecnologías	391
14.3	REAFIRMACIÓN DE LO ESENCIAL.....	396

CAPÍTULO 15

Surgimiento y desarrollo del derecho administrativo en México

Jorge Fernández Ruiz (México)

15.1	SURGIMIENTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN MÉXICO	399
15.2	EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO MEXICANO	400
15.3	LA CIENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN MÉXICO Y DESARROLLO BIBLIOGRÁFICO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO MEXICANO.....	420
15.4	LA ENSEÑANZA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN MÉXICO	421
15.5	PROSPECTIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO MEXICANO.....	422

CAPÍTULO 16

La tecnificación electrónica, la informática y el derecho administrativo

Tomás Hutchinson (Argentina)

16.1	APRECIACIONES PRELIMINARES	423
16.1.1	Objeto del análisis.....	423
16.1.2	Concepto de tecnificación electrónica	425
16.1.3	Metodología.....	426
16.2	BASES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	427
16.2.1	Concepto de administración pública.....	427
16.2.2	El derecho administrativo, el acto administrativo y la "máquina"	427
16.3	ADMINISTRACIÓN Y TÉCNICA	429
16.3.1	Evolución.....	429
16.3.2	Interrelación entre la legislación y la tecnificación de la administración .	430
16.3.3	Diversa intensidad administrativa de las máquinas.....	430
16.4	LA SUSTITUCIÓN DE LA "VOLUNTAD" HUMANA POR LA MÁQUINA	432
16.4.1	Planteamiento del problema.....	432
16.4.2	El acto administrativo	433
16.4.3	Responsabilidad por el "producto administrativo defectuoso"	439
16.5	CONCLUSIÓN.....	440

CAPÍTULO 17

La construcción de categorías en el derecho administrativo

José Luis Meilán Gil (España)

17.1	EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO <i>IUS COMMUNE</i>	443
17.2	LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.....	446
17.3	FUENTES DEL DERECHO Y ORDENAMIENTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO .	449
17.4	CATEGORÍAS JURÍDICAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	450
17.5	EL SERVICIO PÚBLICO COMO CATEGORÍA JURÍDICA.....	452
17.6	EL ACTO ADMINISTRATIVO COMO EJERCICIO DE LA POTESTAD	454
17.7	LA CONTROVERTIDA CATEGORÍA JURÍDICA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO	456
17.8	DOMINIO PÚBLICO Y TÍTULOS HABILITANTES DE LA ADMINISTRACIÓN ...	460
17.9	REFLEXIÓN CONCLUSIVA	461

CAPÍTULO 18

La difícil y compleja construcción de un ordenamiento jurídico-administrativo en Nicaragua

Karlos Navarro Medal (Nicaragua)

INTRODUCCIÓN	463	
18.1	LAS CONSTITUCIONES DEL SIGLO XIX.....	468
18.2	EL PERÍODO DEL PROTECTORADO NORTEAMERICANO.....	470
18.3	EL PERÍODO DE LA FAMILIA SOMOZA, Y EL FRUSTRADO INTENTO DE CREAR EL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	471
18.4	EL MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1987	473
18.5	LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 1996.....	475
18.6	RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD EN CONTRA DE LA LEY 350	477
18.7	SENTENCIA NÚMERO CUARENTA QUE DECLARA PARCIALMENTE INCONSTITUCIONAL LA LEY DE LA JURIDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.....	479

CAPÍTULO 19

La participación en el marco de la democracia electrónica

Miguel Ángel Sendín García (España)

INTRODUCCIÓN	483	
19.1	LA IDEA DE PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO TRADICIONAL.....	484

19.2	LA LAESP: LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	487
19.3	LA DEMOCRACIA ELECTRÓNICA	491
19.4	LA DEMOCRACIA ELECTRÓNICA EN LA PRÁCTICA.....	498

PARTE TERCERA

ACTO Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO 20

La teoría del acto administrativo: Origen, evolución y concepto

José Araújo-Juárez (Venezuela)

INTRODUCCIÓN	505
SECCIÓN 1. ORIGEN	506
20.1 CUESTIÓN PREVIA	506
20.2 CONSTITUCIONAL-PROCESAL	507
20.3 EVOLUCIÓN	509
SECCIÓN 2. CONSTRUCCIÓN DOCTRINAL	511
20.4 SENTENCIA	511
20.5 NEGOCIO JURÍDICO	513
20.6 REGLAMENTO	516
SECCIÓN 3. DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO	517
20.7 CUESTIÓN PREVIA.....	517
20.8 ACTO ADMINISTRATIVO Y REGLAMENTO	518
20.8.1 Tesis afirmativa.....	518
20.8.2 Tesis negativa.....	519
20.9 ACTO ADMINISTRATIVO Y NEGOCIO JURÍDICO	519
SECCIÓN 4. CONCEPTO	520
20.10 DECLARACIÓN JURÍDICA	521
20.10.1 Declaración.....	521
20.10.2 Jurídica.....	521
20.11 UNILATERAL.....	523
20.12 POTESTAD ADMINISTRATIVA	523
20.12.1 Administración Pública	523
20.12.2 Potestad administrativa	524
20.13 EFECTOS JURÍDICOS	526
20.13.1 Cuestión previa.....	526
20.13.2 Contenido	527
20.14 CONCLUSIÓN	528

CAPÍTULO 21

Alcance de la presunción de legalidad de los actos administrativos

José Luis Benavides (Colombia)

INTRODUCCIÓN	529
21.1 CONSECUENCIAS DE LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD	530
21.1.1 La presunción como fundamento de la ejecutoriedad y ejecutividad del acto administrativo.....	530
21.1.1.1 La presunción hace obligatoria la decisión	531
21.1.1.2 El decaimiento del acto administrativo no desvirtúa la presunción de legalidad	538
21.1.2 Presunción y ejecución concreta del acto	543
21.2 RESTRICCIONES A LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD	548
21.2.1 Controles tradicionales.....	548
21.2.2 Controles constitucionales.....	554

CAPÍTULO 22

Fuentes del procedimiento administrativo uruguayo

Juan Pablo Cajarville Peluffo (Uruguay)

INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO	567
22.1 LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.....	571
22.2 LA LEY COMO FUENTE DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.....	572
22.3 DECRETOS DE LOS GOBIERNOS DEPARTAMENTALES, FUENTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	574
22.4 LOS PRINCIPIOS DE DERECHO COMO FUENTE DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.....	575
22.5 PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO URUGUAYO	576
22.5.1 Principios generales del ordenamiento, aplicables en el procedimiento administrativo.....	577
22.5.2 Principios propios de la actividad administrativa.	582
22.6 LOS REGLAMENTOS COMO FUENTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.....	585
22.7 "DISPOSICIONES GENERALES" Y "REGLAMENTOS SINGULARES", FUENTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.....	587
22.8 PRESCRIPCIONES ADMINISTRATIVAS DE ORDEN INTERNO, COMO FUENTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.....	588
22.9 CONCLUSIONES Y EXPECTATIVAS	591

CAPÍTULO 23
**Gobernanza, nueva gestión pública
y acto administrativo, una visión contemporánea**
Jaime Duque Casas (Colombia)

23.1	DEMOCRACIA, CONCEPTO Y EVOLUCIÓN	594
23.1.1	La definición mínima de democracia de Norberto Bobbio	595
23.1.2	La teoría pluralista de la democracia o “poliarquía” de Robert Dahl	595
23.1.3	La democracia “libertad” de Félix Ovejero:	597
23.1.4	La democracia competitiva de Joseph A. Schumpeter	597
23.1.5	La independencia de los poderes de Maurice Duverger	598
23.1.6	Democracia moderna de Alain Touraine	598
23.1.7	La democracia en tres dimensiones de Jürgen Habermas	599
23.1.8	La democracia agregativa y deliberativa de Jon Elster y Joshua Cohen	600
23.2	LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA POLÍTICA	601
23.3	LA POLÍTICA Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS	603
23.3.1	Características de la política pública	604
23.3.2	Fases del proceso de elaboración, ejecución y análisis de las políticas públicas	605
23.4	LA GOBERNANZA	606
23.5	LA NUEVA GESTIÓN PÚBLICA.....	607
23.6	EL ACTO ADMINISTRATIVO	608
23.7	CONCLUSIÓN: VISIÓN CONTEMPORÁNEA DEL ACTO ADMINISTRATIVO, CASO COLOMBIANO.....	610

CAPÍTULO 24
**Principios y reglas de procedimiento administrativo
en el nuevo código colombiano**
Augusto Hernández Becerra (Colombia)

INTRODUCCIÓN	613	
24.1	LA REFORMA DE 1984.....	614
24.2	EL PORQUÉ DE UN NUEVO CÓDIGO Y FINES PERSEGUIDOS.....	616
24.3	LA PREPARACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO	618
24.3.1	Iniciativa para emprender la reforma	618
24.3.2	Definición de grandes temas	619
24.4	PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA PARTE PRIMERA	620
24.4.1	El procedimiento administrativo desde la perspectiva de los derechos	621
24.4.2	Los principios	623

24.4.3	Derecho de petición.....	624
24.4.4	Reglas generales de procedimiento	625
24.4.5	El derecho de actuar ante las autoridades utilizando medios electrónicos.....	626
24.4.6	Sentencias de unificación del Consejo de Estado. Mecanismo de extensión y adaptación	627
24.5	CONSIDERACIÓN FINAL.....	629

CAPÍTULO 9

Panorama de las transformaciones del derecho público colombiano con ocasión de la Constitución de 1991

*Libardo Rodríguez Rodríguez (Colombia)**

INTRODUCCIÓN

Las dinámicas propias de la sociedad y del Estado, así como las constantes evoluciones de las disciplinas jurídicas en general y del derecho público en particular, producen diversos cambios en el orden jurídico de las instituciones públicas, tanto desde el punto de vista normativo, como del jurisprudencial y del doctrinal.

Esas dinámicas y evoluciones han sido particularmente intensas en Colombia en los últimos años, especialmente por la promulgación de una nueva Constitución Política en 1991, pero también por la expedición de diversos códigos y estatutos relacionados con las materias que integran el derecho público.

Por lo anterior, dentro del marco del análisis comparado de la evolución y expectativas del derecho público, vale la pena presentar, así sea de manera muy general, el caso de Colombia en la última época, con el fin de que los interesados en esa visión de carácter comparado y aun quienes se inician en el conocimiento del derecho público colombiano tengan a su alcance un panorama que les permita conocer las principales transformaciones.

Puede afirmarse que, en general, los cambios en Colombia no se han producido en la denominación de las materias propias del derecho público sino en el contenido de las mismas. Es decir, no han aparecido propiamente nuevas materias sino que ha cambiado su regulación positiva, así como las posiciones jurisprudenciales y doctrinales sobre las mismas. En otras palabras, a pesar de la importancia en la evolución del derecho público, los grandes capítulos de esta disciplina jurídica continúan siendo los mismos, aunque su contenido ha sufrido importantes variaciones.

* Profesor de Derecho Administrativo. Ex consejero de Estado de Colombia. Miembro de las Asociaciones Iberoamericana e Internacional de Derecho Administrativo; del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, y de la Academia Internacional de Derecho Comparado.

En el anterior orden de ideas, procederemos a presentar una visión general de los cambios más importantes que han ocurrido en el derecho público colombiano con ocasión de la expedición de la Constitución citada y, con ese propósito, para una mejor comprensión, presentaremos inicialmente los grandes cambios producidos en el orden constitucional (I), para analizar luego las principales transformaciones que específicamente han ocurrido en los temas propios del derecho administrativo (II).

9.1 LAS TRANSFORMACIONES EN EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL

A pesar de que durante la década de los ochenta del siglo XX el Congreso de Colombia expidió algunas reformas constitucionales, entre las cuales puede destacarse el acto legislativo 1 de 1986, mediante el cual se buscó fortalecer la descentralización con la elección popular de los alcaldes municipales, sin duda la transformación fundamental en el régimen constitucional colombiano se produjo con la expedición de la Constitución Política de 1991. Al respecto, en este acápite nos limitaremos a presentar de manera general los cambios e innovaciones introducidos por la nueva Constitución, mientras que los cambios que afectan los capítulos que conforman el derecho administrativo los presentaremos detenidamente en el siguiente capítulo, aunque en ellos, como es lógico, juega un papel preponderante el cambio de régimen constitucional¹.

Para comprender los grandes cambios constitucionales, nos referiremos, en primer lugar, a las transformaciones en el modelo del Estado colombiano (A); más adelante, estudiaremos la evolución relacionada con la carta de derechos (B); en tercer lugar, analizaremos las transformaciones en la estructura del Estado (C); posteriormente, veremos las transformaciones en materia de Administración de Justicia (D) y, finalmente, nos referiremos a los cambios en el régimen económico y de la hacienda pública (E).

9.1.1 *Las transformaciones en el modelo del Estado colombiano*

La Constitución de 1991 precisó los aspectos fundamentales sobre el modelo del Estado colombiano, ratificando que es un Estado democrático, aunque ya no solamente con un sistema de democracia representativa sino que pregona la existencia de una democracia participativa, fortalecida con la introducción de mecanismos de participación ciudadana distintos del voto tradicional, como

¹ Para una visión más detallada de las principales innovaciones introducidas por la Constitución Política de 1991 pueden verse, entre otras, las siguientes publicaciones: CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. *Introducción a la Constitución de 1991: hacia un nuevo constitucionalismo*. Bogotá, Presidencia de la República, Consejería para el Desarrollo de la Constitución, 1993; LLERAS DE LA FUENTE, Carlos, et. al. *Introducción y génesis de la Constitución de Colombia*. Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1992, y VIDAL PERDOMO, Jaime y SÁCHICA, Luis Carlos. *Aproximación crítica a la Constitución Política de 1991*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1991.

el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato².

De otra parte, la transformación constitucional de 1991 ratificó que Colombia se encuentra organizada como un Estado unitario, aunque con fuertes elementos de descentralización territorial y la consecuente autonomía de las entidades territoriales, que atenúan el centralismo tradicional en el interior del Estado³.

Además, en la configuración constitucional del modelo del Estado se destaca que la nueva Constitución califica al Estado colombiano como un Estado social de derecho, y ya no simplemente como Estado de derecho, calificación en virtud de la cual surgen nuevas obligaciones para el Estado en cuanto debe proporcionar mayores servicios y garantizar de una forma más adecuada los derechos a los ciudadanos⁴.

No cabe duda, entonces, de que las características tradicionales del Estado colombiano en el sentido de ser un Estado de derecho, unitario y democrático, han sido objeto de importantes transformaciones durante los últimos años, con el objetivo de convertir a Colombia en un Estado social de derecho, con democracia participativa y con régimen unitario, aunque con autonomía de sus entidades territoriales.

9.1.2 *La evolución relacionada con la carta de derechos*

Otra de las grandes transformaciones del régimen constitucional colombiano consiste en la considerable ampliación de la carta de derechos, que garantiza las diversas generaciones de derechos. Como expresión de lo anterior, en la Constitución se consagran y garantizan en forma expresa casi todos los derechos que se han reconocido tradicionalmente como fundamentales en la historia del derecho constitucional colombiano y en instrumentos internacionales de derecho público. Igualmente, la Constitución de 1991 consagra de forma extensa los derechos sociales, económicos y culturales, así como colectivos y del medio ambiente⁵.

² Para conocer los diferentes mecanismos de participación ciudadana previstos en la Constitución colombiana de 1991. Véase a CEPEDA, Manuel José. *Introducción a la Constitución de 1991*. cit. pp. 147 y ss., y a ARAÚJO RENTERÍA, Jaime. *Principios de derecho constitucional*, Bogotá, McGraw Hill, 1999. pp. 3 y ss. Desde el punto de vista jurisprudencial, véase Corte Constitucional, sentencia C-180 de 1994, que estudió el proyecto de ley estatutaria “por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana”.

³ Sobre la concepción unitaria del estado en Colombia y la descentralización de sus entidades territoriales, véase Corte Constitucional. sentencias C-004 de 1993 y C-1051 de 2001.

⁴ Sobre la nueva concepción del estado social de derecho en Colombia, véase a MADRIÑÁN RIVERA, Ramón Eduardo. *El estado social de derecho*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997. Desde el punto de vista jurisprudencial, véase Corte Constitucional, sentencias C-1064 de 2001 y C-292 de 2003.

⁵ Para un mejor conocimiento y análisis de los derechos consagrados en la Constitución de 1991. véase a ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá, Legis Editores, 2005; a BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos: escritos sobre la*

EL DERECHO PÚBLICO EN IBEROAMÉRICA: EVOLUCIÓN Y EXPECTATIVAS

LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR
JAIME VIDAL PERDOMO

TOMO II

Carlos Mario Molina B. - Libardo Rodríguez R.
Coordinadores académicos



UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN



EDITORIAL TEMIS S.A.
BOGOTÁ - COLOMBIA
2010

Contenido

LIBROS, COLABORACIONES Y ARTÍCULOS PUBLICADOS POR EL PROFESOR JAIME VIDAL PERDOMO	v
--	---

PARTE CUARTA
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

CAPÍTULO 25

**Importancia de los procedimientos de selección
del contratista y de la contratación pública, de cara al control de legalidad
ejercido por la Sala Tercera de la Corte**

Víctor L. Benavides Pinilla (Panamá)

25.1 IDEAS PRELIMINARES	35
25.2 PRINCIPIOS QUE RIGEN LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS	37
25.2.1 Principio de transparencia	38
25.2.2 Principio de licitación pública y plena justicia en la adjudicación	38
25.2.3 Principio de eficiencia	39
25.2.4 Principio de eficacia	40
25.2.5 Principio de publicidad	40
25.2.6 Principio de economía	41
25.2.7 Principio de responsabilidad	41
25.2.8 Principio del debido proceso	41
25.2.9 Principio de buena fe	41
25.2.10 Principio de legalidad	42
25.3 LA ADMINISTRACIÓN COMO ENTE PRIVILEGIADO EN LA RELACIÓN DE CONTRATO PÚBLICO	43
25.4 CONTROL DE LEGALIDAD DE LA SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA	44
25.5 LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DE DERECHO	44
25.5.1 Acerca del dominio público	46
25.5.2 Caso de "Playa Bonita"	47

CAPÍTULO 26
**Génesis y evolución de la distribución convencional
y legal de los riesgos en los contratos de concesión desde mediados
del siglo XIX hasta nuestros días**

Juan Carlos Expósito Vélez (Colombia)

INTRODUCCIÓN	49
26.1 LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA: PRECISIÓN CONCEPTUAL.....	51
26.2 LA NOCIÓN DE RIESGO CONTRACTUAL	53
26.3 DISTRIBUCIÓN CONVENCIONAL Y LEGAL DE RIESGOS	
ENTRE LOS AÑOS 1847-1905	56
26.3.1 Decreto del 8 de junio de 1847	59
26.3.2 Ley 69 de 1871	59
26.3.3 Ley 5 de 1876	59
26.3.4 Ley 49 de 1884	59
26.3.5 Ley 18 de 1905	60
26.4 DISTRIBUCIÓN CONVENCIONAL Y LEGAL DE LOS RIESGOS	
EN NUESTROS DÍAS	61
26.4.1 La distribución convencional de riesgos	61
26.4.2 La distribución actual de los riesgos.....	63

CAPÍTULO 27
**Sobre el alcance de la nueva regulación
en materia de contratación pública en España**

Ernesto García-Trevijano Garnica (España)

INTRODUCCIÓN	67
27.1 ALGUNAS CLAVES PARA COMPRENDER LA LCSP	69
27.2 LA LCSP Y LA DISTRIBUCIÓN INTERNA DE COMPETENCIAS EN ESPAÑA	72
27.3 LA LCSP Y EL DERECHO COMUNITARIO	73
27.4 SOBRE EL ÁMBITO SUBJETIVO DE LA LCSP	76
27.4.1 Sector público a efectos de contratación.....	78
27.4.2 Clasificación de las entidades del sector público a efectos de contratación. 79	
27.4.3 ¿Quién decide el grupo en el que se integra cada entidad del sector público?	83
27.4.4 Instrucciones internas de contratación y perfil de contratante.....	84
27.5 ÁMBITO OBJETIVO DE LA LCSP	85
27.5.1 Contratos administrativos y contratos privados. ¿Cabe la conversión de contratos?	86
27.5.2 Contratos de dimensión comunitaria y de dimensión nacional	89
27.6 JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA CONOCER DEL CONTRATO.....	91
27.6.1 La jurisdicción contencioso-administrativa es competente para conocer:...	91

CAPÍTULO 28
Reflexiones acerca de los contratos administrativos en el siglo XXI
Miriam Mabel Ivanega (Argentina)

INTRODUCCIÓN	93
28.1 SÍNTESIS DE LOS CRITERIOS DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO (CON REFERENCIA A LA REPÚBLICA ARGENTINA)	95
28.1.1 El contrato administrativo en la doctrina	95
28.1.2 El procedimiento de licitación pública y los contratos administrativos en la jurisprudencia	97
28.2 EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA	101
28.2.1 Prevención y regulación contra la corrupción	101
28.2.2 Transparencia, participación e información	105
28.3 PRINCIPIO DE CONCURRENCIA Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA	110
28.4 RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS	113

CAPÍTULO 29
**La naturaleza jurídica de la relación del concesionario
con los beneficiarios directos de la concesión administrativa**
Andry Matilla Correa (Cuba)

29.1 SUJETOS DE LA RELACIÓN CONCESIONAL	117
29.2 LA CONCESIÓN COMO VÍNCULO JURÍDICO QUE GENERA UNA EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS JURÍDICOS A TERCEROS	123
29.3 LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN DEL CONCESIONARIO CON LOS TERCEROS BENEFICIARIOS DIRECTOS DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA	127
29.3.1 En la concesión de obra pública	129
29.3.2 En la concesión de servicio público	132

PARTE QUINTA
RÉGIMEN LOCAL

CAPÍTULO 30
El municipio en el Uruguay
Augusto Durán Martínez (Uruguay)

INTRODUCCIÓN	157
30.1 UN POCO DE HISTORIA	159
30.2 CONSTITUCIÓN DE 1967 Y ENMIENDA CONSTITUCIONAL DE 1997	163
30.3 LEY 18567 DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2009 Y MODIFICATIVAS	174

CAPÍTULO 31
Régimen local y desarrollo urbano en Venezuela.
Evolución y expectativas del derecho público
Armando Rodríguez García (Venezuela)

INTRODUCCIÓN	187
31.1 ASENTAMIENTOS HUMANOS E INSTITUCIONALIDAD PÚBLICA	194
31.1.1 El proceso de urbanización y sus efectos	194
31.1.2 Los cambios institucionales y las decisiones normativas	197
31.2 LAS REGULACIONES SUSTANTIVAS	200
31.3 LOS DATOS DESTACABLES DEL MOMENTO.....	203

CAPÍTULO 32
La autonomía local, fase superior de la descentralización territorial
Augusto Trujillo Muñoz (Colombia)

INTRODUCCIÓN	205
32.1 LA FALACIA DEL DEPARTAMENTO COMO ENTE DESCENTRALIZADOR.....	207
32.2 EN LA NUEVA GRANADA LA TRADICIÓN ERA FUNDAMENTALMENTE LOCAL	208
32.3 EVOLUCIÓN DE LA DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA	210
32.4 DE LA DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL A LA AUTONOMÍA LOCAL	214

PARTE SEXTA
BIENES DEL ESTADO

CAPÍTULO 33
Comentarios sobre la expropiación en Colombia
Mario Alfonso Álvarez Montoya (Colombia)

INTRODUCCIÓN	221
33.1 CONCEPTUALIZACIÓN DE LA EXPROPIACIÓN Y EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA	221
33.1.1 Concepto.....	221
33.1.2 Evolución histórica	223

33.2	CONSAGRACIÓN LEGAL DE LA EXPROPIACIÓN Y PROCEDIMIENTOS APLICABLES.....	227
33.2.1	Algunas consagraciones legales de declaratoria de utilidad pública o interés social.....	228
33.2.2	El procedimiento expropiatorio.....	233
33.3	REGLA GENERAL ESTABLECIDA POR EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.....	233
33.4	PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO DE LA LEY 160 DE 1994.....	235
33.5	PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO JUDICIAL DE REFORMA URBANA, LEYES 9 DE 1989 Y 388 DE 1997.....	236
33.6	PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO ADMINISTRATIVO DE REFORMA URBANA LEY 388 DE 1997.....	238
33.7	CONCLUSIONES.....	240

CAPÍTULO 34

La administración integral del agua en México y América Latina.

Expectativas jurídicas

Germán Cisneros Farías (México)

INTRODUCCIÓN.....	241
34.1 MARCO JURÍDICO DE LA REGULACIÓN DEL AGUA EN MÉXICO.....	243
34.2 LA COMISIÓN NACIONAL DEL AGUA, COMO ÓRGANO RECTOR. FUNCIONES.....	244
34.3 LOS CONSEJOS DE CUENCA COMO ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS.....	246
34.4 LA PRESTACIÓN GUBERNAMENTAL DEL ABASTECIMIENTO DEL AGUA PARA USO DOMÉSTICO.....	248
34.5 UN EJEMPLO DE LEY ESTATAL LOCAL. CASO NUEVO LEÓN.....	249
34.6 LA ADMINISTRACIÓN DEL AGUA EN ALGUNOS PAÍSES LATINOAMERICANOS.....	251
34.6.1 Argentina.....	251
34.6.2 Brasil.....	254
34.6.3 Colombia.....	257
34.6.3.1 La promulgación de la ley 99.....	258
34.6.3.2 Las corporaciones autónomas regionales.....	259
34.6.3.3 La Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena.....	260
34.6.3.5 El proyecto de ley 365.....	261
34.6.4 Chile.....	261
34.6.5 Ecuador.....	264
34.7 CONCLUSIONES.....	265

CAPÍTULO 35

Sobre los inconvenientes del concepto unitario de los patrimonios de las administraciones públicas en la legislación española

Fernando López Ramón (España)

INTRODUCCIÓN.....	267
35.1 EL CARÁCTER POLISÉMICO DEL CONCEPTO DE PATRIMONIO EN DERECHO PÚBLICO.....	269
35.2 EL TRADICIONAL CONCEPTO DE "BIENES PATRIMONIALES" EN LA LEGISLACIÓN CIVIL Y ADMINISTRATIVA.....	271
35.3 EL CONCEPTO AMPLIO DE "PATRIMONIO DE LAS ENTIDADES LOCALES" ...	273
35.4 LA GENERALIZACIÓN DE LOS "PATRIMONIOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS"	275
35.4.1 Generalización del concepto	276
35.4.2 Alcance objetivo	277
35.4.3 Alcance subjetivo	279
35.5 LA ARTIFICIAL CONSTRUCCIÓN DE UN RÉGIMEN UNITARIO DE UTILIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO DE APLICACIÓN SUPLETORIA	280
35.6 EL SORPRENDENTE ESTABLECIMIENTO DE SISTEMAS SANCIONADORES COMUNES PARA LA DEFENSA DE LOS PATRIMONIOS PÚBLICOS	284
35.6.1 Prioridad del régimen penal	285
35.6.2 Otros problemas	287
BIBLIOGRAFÍA.....	289

PARTE SÉPTIMA

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO 36

Evolución de las acciones contencioso-administrativas en el derecho colombiano

Hernán Guillermo Aldana Duque (Colombia)

INTRODUCCIÓN	293
• PRIMERA PARTE	
36.1 SURGIMIENTO Y DESARROLLO DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y REGULACIÓN CLÁSICA DE LAS ACCIONES CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVAS	296
SECCIÓN PRIMERA	
36.1.1 Surgimiento y desarrollo de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.....	296
36.1.2 Las primeras disposiciones en materia de nulidad de actos administrativos.....	297

36.1.3	La supresión del Consejo de Estado en 1905.....	297
36.1.4	La organización de la jurisdicción y rasgos de las acciones de lo contencioso-administrativo por ley 130 de 1913	299
36.1.4	Las disposiciones centrales de la ley 130 de 1913.....	300
SECCIÓN SEGUNDA		
36.2	REGULACIÓN CLÁSICA DE LAS ACCIONES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS.....	304
36.2.1	La organización de la jurisdicción y rasgos de las acciones contencioso-administrativas en la ley 167 de 1941	304
36.2.2	Rasgos generales de las acciones establecidas en la ley 167 de 1941	305
36.2.3	Juicio de indemnización por trabajos públicos	319
• SEGUNDA PARTE		
36.3	EVOLUCIÓN DE LAS ACCIONES Y COMPETENCIAS DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO A PARTIR DE 1958	321
SECCIÓN PRIMERA		
36.3.1	Innovaciones de la reforma de 1958	321
36.3.2	Legislación de 1958 a 1984	322
36.3.3	La legislación en materia agraria.....	322
36.3.4	La legislación en materia comercial.....	322
SECCIÓN SEGUNDA		
36.4	LA REGULACIÓN DE LAS ACCIONES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS A PARTIR DE 1984	324
– Sub-sección primera –		
36.4.1	Las innovaciones en el decreto 01 de 1984	324
– Sub-sección segunda –		
36.4.2	Innovaciones posteriores a 1984	326
36.4.3	Acción de pérdida de investidura de miembros de las corporaciones públicas	328
36.4.4	Acción de revisión de cartas de naturalización.....	328
36.4.5	Innovaciones en materia de acción contractual	328
36.4.6	Modificaciones introducidas por la ley 446 de 1998	328
36.5	CONCLUSIONES	329

CAPÍTULO 37

La argumentación jurídica en el contencioso-administrativo

Mariano R. Brito Checchi (Uruguay)

INTRODUCCIÓN	331
37.1 LA CUESTIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO Y LAS NORMAS PROGRAMÁTICAS.....	334
37.2 LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	

Y EL CONTRALOR JURISDICCIONAL DE LOS LLAMADOS ACTOS DISCRECIONALES	335
37.3 LA CUESTIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SOBRE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y SU DISTINCIÓN CONCEPTUAL	338
37.4 LA CASUÍSTICA Y EL SABER TEORÉTICO	342
37.5 PRUDENCIA Y PONDERACIÓN EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	345
37.6 CONCLUSIONES	348

CAPÍTULO 38

Teoría de los motivos y las finalidades: evolución, controversia y aplicación

Augusto Ramón Chávez Marín (Colombia)

INTRODUCCIÓN	351
38.1 MARCO LEGAL Y PROBLEMA INTERPRETATIVO	352
38.2 CONSEJO DE ESTADO Y LOS ARTÍCULOS 84 Y 85 DEL C.C.A.: DOCTRINA DE LOS MÓVILES Y LAS FINALIDADES	355
38.3 LA TEORÍA DE LOS MÓVILES Y LA CORTE CONSTITUCIONAL	360
38.3.1 Alcance de la competencia del Tribunal Constitucional.....	360
38.3.2 Derecho de acceso a la Administración de Justicia e interpretación del Consejo de Estado	363
38.3.3 Procedencia de la ASN frente a actos particulares	364
38.3.4 Alcance de la pretensión en la ASN	364
38.3.5 Competencia del juez frente a la ASN y la ANR	365
38.3.6 Límites de la autonomía judicial del Consejo de Estado	366
38.3.7 Ejercicio alternativo de acciones por el directamente interesado en un acto administrativo individual	367
38.3.8 Consecuencias de la declaratoria de simple nulidad del acto administrativo individual	367
38.4 REACCIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO FRENTE A LA SENTENCIA C-426 DE 2002	368
38.4.1 Límites de la jurisprudencia de la Corte Constitucional e inexistencia de una acción de inconstitucionalidad contra la jurisprudencia.....	368
38.4.2 El Consejo de Estado es juez de constitucionalidad	368
38.4.3 Autonomía del Consejo de Estado en la producción de su jurisprudencia	369
38.4.4 Fragilidad de los fundamentos jurídicos de la posición de la Corte Constitucional	369
38.5 EPÍLOGO JUDICIAL DE LA CONTROVERSIA: LA TUTELA CONTRA LAS DECISIONES DEL CONSEJO DE ESTADO Y LA POSICIÓN DE ESTA CORPORACIÓN	371
38.6 EL EXAMEN DEL DEBATE	372

38.6.1 La distribución de competencias entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado	372
38.6.2 Los derechos de acceso a la justicia y del debido proceso frente al ejercicio de las acciones contencioso-administrativas	375
38.6.3 Doctrina de los móviles: ampliación o desbordamiento en su evolución ..	377
38.6.4 Los aspectos procesales de la discusión.....	378
38.6.5 Los aspectos sustantivos de la discusión	382
38.7 EPÍLOGO LEGISLATIVO: EL PROYECTO DE REFORMA DEL CCA.....	385
38.8 RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES.....	389
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	390

CAPÍTULO 39

El proceso administrativo por audiencias. Balance y perspectivas

Víctor Rafael Hernández-Mendible (Venezuela)

INTRODUCCIÓN	393
39.1 LA SITUACIÓN DEL PROCESO ADMINISTRATIVO INMEDIATAMENTE PRECEDENTE A LA LEY ORGÁNICA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA	401
39.2 LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO ADMINISTRATIVO POR AUDIENCIAS	403
39.2.1 Los principios constitucionales del proceso administrativo por audiencias	403
• El principio de oralidad	404
• El principio de informalidad	406
• El principio de publicidad	407
• El principio de gratuidad	408
39.2.2 Los principios específicos del proceso administrativo por audiencias	409
• El principio de intermediación	410
• El principio de concentración y continuidad	413
• El principio de contradicción	414
• El principio de investigación e impulso de oficio	416
39.3 CONSIDERACIONES FINALES	418

CAPÍTULO 40

Inconstitucionalidad del agotamiento preceptivo de la vía administrativa: La necesidad de su carácter facultativo

Ernesto Jinesta L. (Costa Rica)

INTRODUCCIÓN	421
40.1 INCONSTITUCIONALIDAD DEL AGOTAMIENTO PRECEPTIVO: LA NECESIDAD DEL AGOTAMIENTO FACULTATIVO	422

40.1.1	Fragilidad de los argumentos que dan fundamento al carácter preceptivo del agotamiento de la vía administrativa	422
40.1.2	Inconstitucionalidad del carácter preceptivo del agotamiento de la vía administrativa	425
40.1.3	Carácter necesariamente facultativo del agotamiento de la vía administrativa	427
40.2	VOTO DE LA SALA CONSTITUCIONAL N° 3669 DE LAS 15 HRS. DE 15 DE MARZO DE 2006	428
40.2.1	Razonamientos de la Sentencia	428
40.2.2	Consecuencias e implicaciones del voto de la Sala Constitucional 3669-06	434
40.3	EL AGOTAMIENTO FACULTATIVO EN EL NUEVO CPCA	435
40.3.1	Regla general	435
40.3.2	Cuasi-agotamiento preceptivo	435
40.3.3	Excepciones en materia de contratación administrativa y municipal.....	438

CAPÍTULO 41

Pruebas, actas y vídeo en la administración de justicia colombiana

Jorge Armando Orjuela Murillo (Colombia)

INTRODUCCIÓN	439
41.1 FALTA NO SANCIONADA EN EL ÚLTIMO SEGUNDO DEL TURNO EXTRAORDINARIO	440
41.2 EL CASO DE LOS CELTAS CONTRA LOS ÁNGELES.....	443
41.3 EL “DESAFÍO” DE LAS PARTES EN EL TENIS.....	444
41.4 CONCRECIÓN DE LA EVIDENCIA VISUAL EN OTROS PROCESOS.....	444
41.5 NUESTRAS ACTAS JUDICIALES	445
41.5.1 A. Primero la etimología.....	445
41.5.2 B. Después la historia	446
41.5.3 C. La norma vigente y la paradoja de su derogatoria doctrinal	448
41.5.4 D. Sobre las actas en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia	449
41.6 EN LAS ACTAS, PREVALECE EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD SOBRE LA RESERVA.....	452
41.7 LA INTERPRETACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO Y LA CORTE CONSTITUCIONAL, SOBRE LAS ACTAS	453
41.7.1 A. Comentario doctrinal.....	453
41.7.2 B. Las respuestas sobre las Actas del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.....	453
41.7.3 B.1. Requisitos extralegales para obtener copias de las actas.....	454
41.8 CONCLUSIÓN	456
41.9 EPÍLOGO.....	457

CAPÍTULO 42

Jurisdicción contencioso-administrativa, derechos fundamentales y principios rectores de la política económica y social

Jaime Rodríguez-Arana (España)

INTRODUCCIÓN	459
42.1 MARCO CONSTITUCIONAL	460
42.2 ALCANCE DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA	463
42.3 ESTUDIO ESPECIAL DE LA PROTECCION JURISDICCIONAL CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA..	466
42.4 JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES Y PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL.....	473
42.5 REFLEXIÓN CONCLUSIVA	478

CAPÍTULO 43

La acción de cumplimiento en Colombia:¿Un medio de control judicial de la administración que no produjo los efectos que se esperaban?

Guillermo Sánchez Luque (Colombia)

INTRODUCCIÓN	481
43.1 VISIÓN PESIMISTA DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO: UN DESARROLLO LEGAL INCONSTITUCIONAL QUE LA ANIQUILÓ	489
43.1.1 La prohibición de perseguir el cumplimiento de normas que ordenan gasto o la licitud de engañar al ciudadano.....	490
43.1.2 El “doble” carácter residual o subsidiario de la acción de cumplimiento se aleja de los cometidos constitucionales y la hace inoperante.....	494
43.2 VISIÓN REALISTA DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO: SU DESARROLLO LEGAL FUE COHERENTE CON LA CONSTITUCIÓN Y NO IMPIDE SU EJERCICIO EFICAZ	497
43.2.1 En un Estado social de derecho ningún juez puede ser ordenador de gasto	497
43.2.2 La acción de cumplimiento, aunque no puede suplir los medios de control judicial de la Administración, tiene su propio campo de acción.....	505
43.3 CONCLUSIONES	521

CAPÍTULO 44

Estrategias de descongestión en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo desde la perspectiva de la cooperación internacional

Diego Younes Moreno (Colombia)

INTRODUCCIÓN	525
44.1 LA PLATAFORMA CONSTITUCIONAL	526
44.2 LA ARQUITECTURA ESTATAL	526
44.3 NATURALEZA, PRINCIPIOS Y MISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	527
44.4 LA ORGANIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	528
44.5 LAS ENORMES RESPONSABILIDADES DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA	529
44.6 LA PROBLEMÁTICA CONGESTIÓN EN LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	530
44.7 MEDIDAS DE SOLUCIÓN CON EL ACOMPAÑAMIENTO DE LA GTZ	534
44.7.1 Eliminación del recurso extraordinario de súplica	534
44.7.2 Apoyo organizacional para la evacuación de los recursos pendientes	535
44.7.3 Reorganización al interior del Consejo de Estado	536
44.7.4 Propuesta de reforma constitucional sobre organización de las secciones. Recomendación en esta misma línea fue la de proponer un cambio constitucional para flexibilizar al máximo la organización de las secciones en cuanto al número de consejeros que las integran dejando este aspecto al reglamento, consultando cargas de trabajo de las correspondientes secciones.	537
44.7.5 Propuesta y acogida del proceso testigo en la legislación colombiana	537
44.7.6 Uso intensivo de la vía gubernativa y de la conciliación	539
• Fortalecimiento de los comités de conciliación	540
• Difundir más rápidamente la jurisprudencia del Consejo de Estado hacia los comités de conciliación	540
• Entrelazar el “proceso testigo” con la solución de controversias a través de la vía gubernativa y la conciliación	540
• Identificar experiencias piloto que puedan multiplicarse sobre uso de la jurisprudencia del Consejo de Estado por parte de las entidades oficiales	541
• En entidades con reclamaciones intensivas se hace necesario constituir comités que empujen el uso cierto de la vía gubernativa	541
• Apoyar la escuela de pensamiento sobre la conciliación	542
• Unificar la legislación proponiendo un estatuto único para las figuras en estudio tratándose del Estado	542
• Apoyo a la Procuraduría General de Nación, frente a los cambios	

que recientemente se han propuesto	543
• Fomentar alianzas entre el Consejo de Estado, la Procuraduría, la Dirección de Acceso a la Justicia del Ministerio del Interior y otros agentes significativos	543
• Organización y perfeccionamiento de un sistema de información.....	543
– Acompañamiento a la expedición de la ley 1367 de 2009.....	544
• Convenio Universidad del Rosario-Consejo Superior de la Judicatura (Donación del Gobierno del Japón).....	544
– Metodología.....	544
– Recomendaciones	546

PARTE OCTAVA

TEMAS VARIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO 45

**Evolución de la teoría del daño especial en Colombia
“Arribando al tema de las minas unipersonales”**

María Patricia Ariza Velasco (Colombia)

45.1 TRATAMIENTO LEGAL Y CONSTITUCIONAL	551
45.2 EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL	553
45.2.1 Las primeras sentencias contenían el concepto de culpa	553
45.2.2 Responsabilidad por expropiación u ocupación de inmuebles y por obras públicas.....	554
45.2.3 Por los hechos o actos atribuibles a la lucha armada y los actos de beligerancia	557
45.2.4 Responsabilidad del Estado por los actos terroristas.....	559
45.3 LAS MINAS ANTIPERSONALES O QUIEBRAPATAS.....	560
45.4 SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL Y RESPONSABILIDAD POR EL RIESGO EXCEPCIONAL.....	566

CAPÍTULO 46

**Densificações democráticas
do serviço público no Brasil: alguns pressupostos**

Rogério Gesta Leal (Brasil)

NOTAS INTRODUTÓRIAS:	569
46.1 APOGEU E QUEDA DO ESTADO DE BEM ESTAR SOCIAL: A NECESSIDADE DE APRENDER COM HISTÓRIA.	569
46.2 QUAL O PAPEL DA CIDADANIA EM FACE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS?	579

46.3 A FORMATAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS COMO RESULTADO DA INTERLOCUÇÃO ENTRE ESTADO E SOCIEDADE:	585
BIBLIOGRAFIA	588

CAPÍTULO 47

Las nuevas perspectivas del régimen de empleo público en Costa Rica

Enrique Rojas Franco (Costa Rica)

INTRODUCCIÓN	591
47.1 NATURALEZA JURÍDICA DEL RÉGIMEN DE EMPLEO PÚBLICO EN COSTA RICA	593
47.2 COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE RÉGIMEN DE EMPLEO PÚBLICO EN COSTA RICA	596
47.3 ARTÍCULO 49 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COSTA RICA.....	599
47.4 ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES SOBRE LA POTESTAD COMPETENCIAL DE OTRAS JURISDICCIONES PARA ANULAR ACTOS ADMINISTRATIVOS	600
47.5 ANÁLISIS DE LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 3.1 DEL CÓDIGO PROCESAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO –LEY 8508 DEL 25 DE ABRIL DE 2006–, Y DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA PRIMERA DE CASACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 4.A DE LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO – <i>OVERRULING</i> –	605
47.6 CONCLUSIONES	612
BIBLIOGRAFÍA.....	613

Aclaro que revisar si la adjudicación fue hecha en debida forma, una vez interpuesto el recurso de impugnación establecido en el artículo 112 de la Ley, no es la única competencia que le tiene asignada dicha norma al TAdCP; sin embargo, pongo dicha atribución como ejemplo para describir la importante misión que se le ha asignado, entre otras, a ese Tribunal que está ubicado dentro de la vía administrativa, por lo que emite actos administrativos (no sentencias ni otras resoluciones judiciales), sujetos al control de legalidad por la Sala Tercera.

25.2 PRINCIPIOS QUE RIGEN LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS

El marco anterior permite decir que a lo largo de la ley 22 de 2006 se observa una serie de figuras jurídicas que le brindan una fisonomía y soporte al contenido normativo de esa ley. Son los principios que sirven para la interpretación en caso de duda, llenar vacíos legales ante el supuesto de ausencia de disposición aplicable al caso concreto, y sirven para orientar al legislador durante el proceso de creación de nuevas normas sobre procedimientos administrativos de contratación.

Antes de mencionar y explicar brevemente los principios del procedimiento de selección de contratista, según nuestra legislación, coincido con el jurista Javier Sheffer Tuñón –especialista en Derecho Administrativo– en que la ley 22, a través de su última modificación por medio de la ley 69 de 2009, vino a dar claridad en el reagrupamiento de cuáles son esos procedimientos de selección de que se vale la Administración para dotar de obras, bienes y servicios a la población panameña:

Desde el origen de las regulaciones de los trámites para escoger a los prestadores de servicios, constructores de obras o suministros de bienes al Estado, han sido varias las fórmulas utilizadas para tales propósitos, que tomaron en cuenta la complejidad del objeto, su disponibilidad en el mercado, y en la mayoría de los casos, en atención al precio de la obra, servicio o suministro.

Con la claridad introducida por la ley 69 de 2009, puede decirse que éstos procedimientos consisten en: **contratación menor, licitación pública, licitación por mejor valor, licitación para convenio marco, licitación de subasta en reversa, licitación abreviada y subasta de bienes públicos.**

... esta última modificación a la ley 22 de 2006, en lo que concierne a este listado, tiene la virtud de recoger en una sola norma (Art. 11) las distintas modalidades de procedimientos de selección de contratistas, que antes, pese a estar contenidas en el cuerpo del régimen de contratación administrativa, no yacían enunciadas de este modo¹.

¹ SHEFFER TUÑÓN, Javier Ernesto. Régimen jurídico de la selección del contratista en Panamá y su control en sede administrativa y judicial, Ponencia al Congreso de contratación pública y mecanismos de control, celebrado en San José, Costa Rica, Colegio de Abogados, entre el 23 y 27 de

En otras palabras, se recogen los distintos tipos de procedimientos de selección de contratista que contiene la ley 22 de 2006 y se agrupan listándose en un mismo artículo. No entraré en el análisis de estos procedimientos por razones de tiempo para esta exposición, pero sí convendría para el futuro referirnos a estos tipos de procedimientos en sí.

Dicho lo anterior, menciono ahora algunos de los principios más trascendentes que identifican dichos procedimientos de selección. Esta materia puede variar de autor en autor, además pudiesen ser denominados de distinta forma; sin embargo, en lo que en la legislación nuestra se trata, son plenamente identificables o extraíbles los siguientes:

25.2.1 Principio de transparencia

Significa que la gestión pública en general debe ser abierta y accesible a la población. Lo transparente tiene como antónimo lo oscuro, lo turbio; en términos generales, la cosa pública ha de ser clara para todos los ciudadanos, salvo que haya alguna norma constitucional, legal o reglamentaria que impida su acceso por ser de carácter restringido o confidencial. El tema de contratación pública por regla debe revestir esta condición, excepto en materia de seguridad nacional, secretos de Estado, y otros similares.

La tendencia es ir hacia gobiernos abiertos, que rindan cuentas de su gestión, y una de las formas para ello es saber cómo se invierten los fondos públicos que provienen del pago de impuestos por los particulares.

La ley 22 aborda la transparencia como el deber de “seguir los procedimientos que señala la ley y hacer públicas las actuaciones y decisiones de la entidad contratante cuando adelante un proceso contractual, lo cual garantiza la selección del mejor de los proponentes u oferentes y asegura que todos los que puedan, participen y conozcan las reglas, y a la vez exige ofrecer condiciones de igualdad para los participantes, lo que facilita la selección objetiva del contratista”.

Esto, en términos prácticos implica, sólo por mencionar algo, que el pliego de cargos debe ser de conocimiento y acceso para todos los que intervengan como oferentes; esto redundará en la imparcialidad del trato o igualdad de nivel de los que aspiran a ser ganadores del acto público, y con ello ganarán el servicio público y la población destinataria de dicho servicio u obra. *La transparencia es una válvula anticorrupción, de allí una de las claves de su importancia.*

25.2.2 Principio de licitación pública y plena justicia en la adjudicación

Vale abordar estos dos principios juntos que provienen de la Constitución (Art. 266). El colega Javier Sheffer Tuñón los concibe de la siguiente manera:

noviembre de 2009, texto por publicar en las memorias de dicho Congreso.

... la regla que establece la Ley Fundamental de 1972, es que la ejecución, reparación y compras que se efectúen con fondos estatales o de dependencias públicas, así como la venta o arrendamiento de bienes públicos han de hacerse mediante *licitación pública*, salvo las excepciones que determine la Ley. Tales actos públicos están orientados en la búsqueda del *mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación*².

La Constitución exalta, pues, la licitación pública como principio universal en la selección de contratistas, y herramienta para lograr un “plus” de beneficio al interés público, lo que no es incompatible con la “plena justicia en la adjudicación”.

Estimo que la *justicia en la adjudicación, que según la Carta no es cualquier justicia sino una justicia completa o plena*, es una facultad compartida entre la entidad licitante y el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TAdeCP), toda vez que este último interviene en la fase de impugnación de ciertas acciones u omisiones en el procedimiento precontractual, que a juicio del recurrente o reclamante están reñidas con la Ley o los reglamentos, incluido el pliego de cargos.

En la medida que algún oferente impugne el acto de adjudicación por considerarlo contraventor de la Ley y las ventajas comparativas de su propuesta, la intervención imparcial e independiente del TAdeCP contribuye de este modo al objetivo trazado por la Constitución.

Corresponderá al TAdeCP analizar el recurso y, de estimarlo, proceder a que se cumpla con la plena justicia en la adjudicación, querida por la Ley Fundamental, todo esto en vía administrativa, porque este “Tribunal”, es un mecanismo de control preventivo de legalidad dentro de esta esfera de competencia, previo al proceso jurisdiccional ante el Juez natural o Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia³.

25.2.3 Principio de eficiencia

Está relacionada con la competencia y capacidad de los recursos humanos para el desempeño de las atribuciones a ellos asignadas en tiempo oportuno y con ahorro de gastos; con esto se trata de promover que la participación del oferente como colaborador de la Administración para el fin contractual sea óptima.

Es un principio que se ayuda en la era actual de las herramientas tecnológicas para aproximar los servicios a la población. Se cita como ejemplo el portal “PanamaCompra” (www.panamacompra.gob.pa) y la debida capacitación que debe darse al operador oficial y por qué no a la ciudadanía para el mejor ma-

² La *adjudicación* es definida técnicamente como una competencia, en principio, de la entidad licitante, que al ejercerla debe exponer las razones o motivos por las que se “reconoce, declara y acepta” la propuesta más ventajosa de conformidad con las disposiciones legales (Ley, reglamentos, pliego de cargos), con la que finaliza el *procedimiento precontractual*.

³ Cf. Ponencia del autor “Régimen jurídico de la selección del contratista en Panamá y su control en sede administrativa y judicial”.