

28 FEB. 2011

**BIBLIOTECA
ENRIQUE LOW MURTRA**

REALIDADES Y TENDENCIAS DEL DERECHO EN EL SIGLO XXI

DERECHO PÚBLICO

Tomo VI

**OBRA CONMEMORATIVA DE LOS OCHENTA AÑOS
DEL RESTABLECIMIENTO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA**

**Pontificia Universidad
JAVERIANA**
Bogotá
Facultad de Ciencias Jurídicas

 **editorial
TEMIS S. A.**

ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Presentación general	IX
Prólogo	XIII

PARTE PRIMERA

¿DERECHO GLOBAL VERSUS LA LÓGICA DE LA POTENCIA ESTATAL?

SOBERANÍA DE LOS ESTADOS EN UN MUNDO GLOBALIZADO

Profesor Dr. *iur. utr.* MATTHIAS HERDEGEN

1. Soberanía como cuestión fundamental de la comunidad de Estados	3
2. Soberanía y autodeterminación democrática	5
3. Soberanía y vinculación de los Estados a un orden material de valores	6
A) Derechos humanos	6
B) Defensa de la seguridad internacional	8
4. Instrumentos de limitación de soberanía	9
5. Fortalecimiento del Estado moderno a través de la cooperación limitante de la soberanía	9
6. Soberanía moderna y legitimidad	10

LA INFLUENCIA DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEA SOBRE LOS ORDENAMIENTOS CONSTITUCIONALES NACIONALES CON LA ENTRADA EN VIGOR DEL TRATADO DE LISBOA

Profesor Dr. LUCA MEZZETTI

1. La naturaleza de la Unión Europea	13
--	----

	PÁG.
2. La Unión Europea en la jurisprudencia reciente de las cortes y tribunales constitucionales europeos	17
3. El bloque de constitucionalidad europeo	27

EL FEDERALISMO, UNA TENDENCIA CONTEMPORÁNEA DE CONFIGURACIÓN ESTATAL: ANÁLISIS DEL CASO ESPAÑOL

VANESSA SUELT COCK

1. Introducción	29
2. Presupuestos conceptuales	30
A) Conceptos del Estado federal en el siglo xx	34
B) Arreglos federales	38
3. Antecedentes del Estado autonómico como desarrollo federal	42
A) El modelo autonómico en la Constitución de 1978	46
B) La autonomía regional, elemento esencial del proceso federal español	51
C) Evolución del sistema autonómico	54
D) Elementos federales del sistema autonómico	56
4. Conclusiones	61

EL MODELO AUTONÓMICO DE ESTADO: ¿TENDENCIA O REALIDAD EN EL DERECHO COLOMBIANO?

AUGUSTO TRUJILLO MUÑOZ

1. Introducción	63
2. El ámbito local	65
3. El Estado autonómico	70
4. Descentralización y autonomía en el derecho colombiano	79
5. Conclusiones	87

LA GLOBALIZACIÓN Y EL DERECHO

JAVIER RINCÓN SALCEDO, Ph.D

1. Introducción	89
2. Planteamiento del problema	90
A) Una superposición interna	94
B) Una superposición externa	98
3. Conclusiones	100
4. Bibliografía	101

PARTE SEGUNDA

**LOS PROBLEMAS CONTEMPORÁNEOS
DEL DERECHO CONSTITUCIONAL**

**CLÁUSULAS GENERALES Y DESARROLLO
JUDICIAL DEL DERECHO**

JOSÉ MARÍA MIQUEL

	PÁG.
1. Introducción	105
2. Concepto. Terminología	111
3. Concreción o precisión de la cláusula general	118

**LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ EN EL MARCO
DE LA LEGISLACIÓN POR CLÁUSULAS GENERALES
Y LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES**

RICARDO LUIS LORENZETTI

1. Delimitación del campo de análisis	137
A) La discrecionalidad judicial	137
B) La cláusula general	140
2. El contenido de las cláusulas generales y los límites constitucionales	142
A) Calificación de la actividad del juez: juicio normativo de concretización	142
B) Normas que limitan la actividad judicial en la aplicación de las cláusulas generales	143
C) Cláusulas generales limitadas por principios generales	144
D) Los principios como normas fundamentales	145
E) Casos	145
3. El juicio de ponderación	148
A) Ámbito de aplicación del juicio de ponderación	148
B) Trato discriminatorio, diferente y bien común: el criterio de la solución más armónica	149
C) La emergencia económica como cláusula general: colisión del orden pú- blico y derechos individuales	151
4. Casos con normas competitivas	154
A) Noción de normas competitivas	154
B) La solución transaccional: solución óptima y juicio de ponderación	154
C) Competitividad entre normas fundamentales de distinto rango	156
D) La existencia de garantías que excluyen la competitividad	156

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LOS ACTOS REFORMATARIOS DE LA CONSTITUCIÓN: ¿COMPETENCIA JUDICIAL O PODER POLÍTICO?

JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

	PÁG.
1. El poder constituyente, la reforma de la Constitución y sus límites	159
2. Un caso	172
3. Los antecedentes jurisprudenciales. El cambio cualitativo en la doctrina de la Corte	178
4. El fondo del examen. El examen de fondo	182

EL DERECHO A LA MEMORIA

NILSON PINILLA PINILLA

1. Introducción	191
2. La importancia de la memoria para la humanidad	192
3. Principios y características del derecho a la memoria en el derecho comparado y en Colombia	193
4. La jurisprudencia de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	198
5. Otras manifestaciones del derecho a la memoria en el ordenamiento jurídico colombiano	201

NOVEDADES SOBRE EL DERECHO DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL ÁMBITO MÉDICO-SANITARIO

JUAN GUTIÉRREZ ALONSO

1. Planteamiento general	205
2. Panorama normativo	206
3. Principales criterios jurisprudenciales sostenidos hasta la fecha	210
4. La objeción en los códigos deontológicos y reglamentos internos de funcionamiento de instituciones médico-sanitarias	214
5. Algunas referencias en el derecho de objeción en derecho comparado	215

LA OBLIGACIÓN DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: EL CASO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN COLOMBIA

JULIÁN DANIEL LÓPEZ MURCIA

LINA MARÍA GARCÍA DAZA

1. Introducción	225
2. La obligación de desarrollo progresivo	229

A) Ha tenido mayor desarrollo en el sistema universal que en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	229
B) Análisis del artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	230
3. Los servicios públicos domiciliarios en el derecho internacional de los derechos humanos	233
A) Los servicios públicos domiciliarios como parte del “derecho a una vivienda adecuada”	233
B) Acueducto-“derecho al agua”	234
4. Cómo se incorporan las Observaciones Generales del Comité en el derecho colombiano	236
5. El régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios colombiano	239
6. El actual régimen tarifario de servicios públicos: ¿progresivo o regresivo?	242
A) Efectos del régimen con relación a la “accesibilidad”	242
B) Efectos del régimen en relación con la “calidad”	245
7. Conclusión: el régimen ha tenido efectos progresivos, no se puede reformar de manera arbitraria	246
8. Bibliografía	247

LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LA COMUNICACIÓN Y NUEVOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Profesor Dr. RAMÓN ORZA LINARES

1. Introducción	251
2. Las declaraciones de derechos y su evolución	253
3. Nuevas tecnologías de la información y ¿nuevos derechos fundamentales?	257
A) Algunos antecedentes	257
B) ¿Nuevos o viejos derechos?	261
4. Conclusiones	283

CONFLICTOS ACTUALES DEL MODELO CONSTITUCIONAL MUNICIPAL DERIVADOS DE LA TENDENCIA CENTRALISTA DEL ESTADO COLOMBIANO

AURA XIMENA OSORIO TORRES

1. Introducción	287
2. Generoso régimen constitucional del municipio contrasta con el rígido modelo legal	289
3. Ambigüedades y retrocesos en la concepción municipalista	292
A) Existencia de corregimientos departamentales como entidad administrativa transitoria	293
B) Falta de claridad para la definición de los límites internos	298

	PÁG.
C) Mientras las finanzas territoriales mejoran, su capacidad de autogestión disminuye	301
D) Las ciudades quieren ser distritos	307
4. Conclusión	309
5. Bibliografía	310

TENDENCIAS DE LAS FINANZAS TERRITORIALES EN EL SIGLO XXI

GUSTAVO ZAFRA ROLDÁN

1. Antecedentes del modelo de ingresos y gasto público territorial	313
2. La situación de 2009	316
A) ¿Qué nos depara el futuro?	318
3. Los tributos departamentales	319
A) Licores	319
B) Cervezas	320
C) Cigarrillos	321
D) Registro	322
E) Vehículos	323
F) Sobretasa a la gasolina	323
G) Impuestos municipales	324
H) Industria y comercio	325
I) Valorización	326
J) Plusvalía	326
K) Delineación urbana	326
L) Regalía de extracción de arena y cascajo del lecho de ríos y arroyos	327
M) El caso de la bicicleta	327
N) Otros tributos	327
Ñ) Las exenciones	327
5. Conclusiones	328

PARTE TERCERA

LAS NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

LOS PRINCIPIOS GENERALES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

JUAN CARLOS CASSAGNE

1. Sobre los principios generales	331
---	-----

	PÁG.
2. Su trascendencia	333
A) Consideraciones generales	333
B) Peculiaridades de los principios generales en el derecho administrativo	336
3. La inserción de los principios del derecho natural en el ordenamiento y el papel de la tópica	339
4. Principios y derechos fundamentales. Jerarquía y límites	343
5. Principios fundamentales y principios institucionales o sectoriales	347
6. Bibliografía	349

PANORAMA DE UN SISTEMA TIPO DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA CONTEMPORÁNEO

JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO

353

PARADOJAS DE LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA ECONÓMICA: EL BUCLE DE LA MEJORA REGULATORIA

RICARDO RIVERO ORTEGA

1. Intervencionismo y desintervención en el último cuarto del siglo xx: ¿eter- no retorno?	369
2. La crisis económica y la vuelta al intervencionismo: ¿más de lo mismo?	370
3. El nuevo intervencionismo: controles más eficaces y proporcionados	372
4. La mejora regulatoria en el anteproyecto de Ley de Economía Sostenible	375
5. Conclusiones	378

CLÁUSULAS EXCEPCIONALES EN EL DERECHO PÚBLICO

FELIPE HADAD ÁLVAREZ

1. Introducción	381
2. Noción y justificación de las cláusulas excepcionales en la contratación es- tatal	382
A) Introducción	382
B) Origen y justificación de las cláusulas excepcionales	382
3. Las cláusulas excepcionales en el derecho privado. Diferencias con el de- recho público	386
4. Conclusiones	391

**LA ADECUADA IDENTIFICACIÓN, TIPIFICACIÓN, ASIGNACIÓN
Y DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS CONTRACTUALES.
LA NORMA Y LA POLÍTICA PÚBLICA COMO MECANISMOS
DE PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO ECONÓMICO
DE LAS PARTES EN EL CONTRATO ESTATAL**

INOCENCIO MELÉNDEZ JULIO

	PÁG.
1. Aspectos técnicos, legales y financieros de la estructuración	407
a) Estudios técnicos	407
b) Aspectos legales	408
c) Aspectos financieros	408
2. Proceso de contratación	409
a) Condiciones mínimas de los oferentes	409
b) Promoción de los procesos	409
c) Plazos para elaborar propuestas y divulgar las bases contractuales	409
d) Criterios de selección	409
e) Terminación anticipada de los contratos	409
3. Seguimiento a los contratos	410

**LA VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN DE INHABILIDADES
E INCOMPATIBILIDADES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL
COMO MATERIA DE NECESARIA CONFLUENCIA ENTRE
EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL DERECHO PENAL**

MARIO ROBERTO MOLANO LÓPEZ

1. Premisas básicas: confines de la competencia para contratar a nombre de la respectiva entidad estatal	411
2. Efectos penales de la ocurrencia de inhabilidades e incompatibilidades en ejercicio de las competencias ejercidas en la actividad contractual	418
3. La configuración de inhabilidad o incompatibilidad para contratar como falta gravísima	429

**LA REVISIÓN DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES
EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL. UNA TAREA PENDIENTE**

LUIS RAMIRO ESCANDÓN HERNÁNDEZ

1. Introducción	439
2. Configuración del régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado	440

A) Diferencias entre inhabilidades e incompatibilidades	440
B) Fundamento constitucional y legal de la aplicación de las inhabilidades e incompatibilidades	442
C) Las inhabilidades e incompatibilidades no solo se encuentran en el artículo 8° del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública	446
D) Las inhabilidades e incompatibilidades rigen frente a la contratación con todas las entidades estatales, independientemente del régimen legal al que se encuentren sujetas	450
3. Inconvenientes del ámbito de aplicación de algunas inhabilidades e incompatibilidades	452
A) Inconvenientes generados con la reforma contenida en la ley 1150 de 2007	452
B) Necesidad de revisar la inhabilidad referida a las sociedades de personas	457
4. Conclusiones	459

CONCURSO DE MÉRITOS

WILLIAM BARRERA MUÑOZ

1. Introducción	461
2. Antecedentes	462
A) En el decreto 222 de 1983	462
B) En la ley 80 de 1993	463
C) En el decreto 2170 de 2002	463
3. La enunciación del concurso de méritos en la ley 1150 de 2007	464
4. Su desarrollo y vicisitudes	464
A) El campo de aplicación del concurso de méritos	464
B) Las dificultades de los estudios previos	477
C) Los riesgos	478
D) Las dificultades del procedimiento	481
E) La posibilidad de empate técnico y la potestad del pliego de señalar los criterios de desempate	483
F) Los denominados conflictos de interés	484
G) El caso especial de la intermediación de seguros. ¿Propuesta técnica simplificada o detallada?	485
H) La mínima cuantía de la consultoría: un problema legislativo que se dejó en cabeza de las entidades públicas	486
I) La garantía de seriedad de la oferta	487
J) La importancia de la oferta	487
5. Conclusiones	487

**PERSPECTIVAS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO
COLOMBIANO. LAS FORMAS ACTUALES
Y LAS CUENTAS PENDIENTES**

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

	PÁG.
1. Una responsabilidad de derecho público. La influencia francesa	489
2. La falla de servicio	491
3. La teoría del riesgo excepcional	492
4. El principio de igualdad ante las cargas públicas	493
5. El sistema español de responsabilidad totalmente objetiva	495
6. Las dificultades del nuevo sistema de responsabilidad	498
7. La responsabilidad como medio de control de la actividad de la administración	501
8. Definición de estándares de funcionamiento	503
9. El juego de la solidaridad en las compensaciones por daños	505
10. El solidarismo como doctrina jurídica	506
11. La legislación actual en materia de terrorismo	508
12. Otros temas pendientes	509
13. Bibliografía	511

**LA INTIMIDACIÓN POR INTERNET O EL “BULLYING”
INFORMÁTICO**

NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO

1. Introducción	513
2. Los distintos tipos de responsabilidad	515
A) La responsabilidad penal	515
B) La responsabilidad civil	517
C) La responsabilidad constitucional	518
3. El caso concreto	519
A) Los antecedentes	519
B) La decisión judicial	520
4. Conclusión	521
5. Bibliografía	522

**LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LAS GARANTÍAS
DE COMUNICACIÓN DEL CIUDADANO**

ÁLVARO ANDRÉS MOTTA NAVAS

1. La ley de comercio electrónico. El equivalente funcional y su aplicación a la administración pública colombiana	525
--	-----

2. Racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos (ley 962 de 2005)	531
3. Conclusiones	539

PARTE CUARTA

**DERECHO INTERNACIONAL
Y DERECHOS HUMANOS**

**LA CORTE PENAL INTERNACIONAL
Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO
UNA VISIÓN GLOBAL DE LA JUSTICIA**

LUIS FERNANDO ÁLVAREZ LONDOÑO S. J.

1. Origen	543
2. De la responsabilidad individual	545
3. Del derecho internacional humanitario (D.I.H.) y los crímenes de guerra	561

**EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.
UN CONTROL JUDICIAL PARA EL SIGLO XXI**

MANUEL FERNANDO QUINCHE RAMÍREZ

1. Introducción	573
2. El control de convencionalidad. Elementos conceptuales	574
A) Primera etapa del control de convencionalidad sobre las leyes. La responsabilidad internacional por daño causado a las víctimas desde normas contrarias a la Convención Americana	576
B) Segunda etapa del control de convencionalidad sobre las leyes	578
3. El control de convencionalidad “en sede interna o nacional”. El control sobre los hechos por los jueces nacionales	582
4. El marco normativo y las dimensiones del control de convencionalidad. Los instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos	587
5. El control de convencionalidad en Colombia sobre las leyes y los hechos. Perspectivas de aplicación para el siglo XXI	591
A) El control de convencionalidad sobre las leyes en Colombia	591
B) El control de convencionalidad como control concreto en Colombia ...	593
C) Perspectivas del control de convencionalidad en Colombia para el siglo XXI	597
6. Bibliografía	598

**JUSTICIA Y PAZ, O CUANDO
TODOS LOS CAMINOS CONDUCEN A... ¡LA HAYA!**

RAFAEL A. PRIETO SANJUÁN

	PÁG.
1. Introducción	603
2. Tribunales de posguerra: ¿una solución clásica?	604
A) De la primera a la segunda guerra mundial	604
B) Al final del orden bipolar, el revivir del Consejo de Seguridad	609
3. Corte Penal Internacional: ¿la solución permanente?	612
4. Tribunales mixtos o la híbrida solución	614
A) Tribunales integrados al sistema nacional	615
B) Tribunales internacionales especiales	619
5. ¿Podríamos concluir?	621

**EL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL EN COLOMBIA
A LA LUZ DEL SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS**

ENRIQUE GIL BOTERO

623

**PODER INTELIGENTE, DERECHO INTERNACIONAL
Y ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**

ANDRÉS TELLEZ NÚÑEZ

1. Introducción	659
A) Estado de la cuestión	661
B) Definiciones propuestas	661
2. El “poder inteligente”	662
A) Introducción	662
B) Niveles existentes para delinear la definición y descripción de “diplomacia inteligente”	663
3. Aproximaciones y usos	666
A) Aproximaciones jurídicas y legales	666
B) Otras aproximaciones	677
4. Conclusión	681

**EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES
EN AMÉRICA LATINA: EL REENCUENTRO
CON LOS DERECHOS HUMANOS**

DIANA CAROLINA OLARTE BÁCARES

1. Introducción	683
-----------------------	-----

	PÁG.
2. El contexto común de la inversión extranjera y los derechos humanos en Latinoamérica	684
A) Surgimiento de la doctrina Calvo	685
B) Fortalecimiento de las normas sobre la inversión extranjera mediante los derechos humanos	686
C) Desplazamiento de la protección de los derechos humanos a favor de la globalización de la inversión extranjera	689
3. Realidades del derecho internacional de las inversiones y su relación con los derechos humanos	691
A) Conflictos entre los APPRI y las competencias del Estado	692
B) Interacción entre la inversión extranjera y los derechos humanos: derechos humanos para proteger a los inversionistas	696
C) Interacción entre la inversión extranjera y los derechos humanos: derechos humanos en contra de los intereses de los inversionistas	698
4. Tendencias en el derecho internacional de las inversiones en favor de los derechos humanos	701
A) Modificaciones a los acuerdos para la promoción y protección de las inversiones	702
B) Cambios en el arbitraje sobre inversión extranjera	704
C) Tendencias en Latinoamérica	706
5. Conclusión	706
6. Bibliografía	707

THE LAW OF THE WORD TRADE ORGANIZATION

ROBERTO RIOS HERRAN

1. Introduction	713
2. Legal Nature	716
3. Core Concepts	722
4. The Settlement of Disputes	729
5. Conclusions	739

LAS IMPLICANCIAS DE LA CIDIP V SOBRE TRÁFICO INTERNACIONAL DE MENORES EN LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL FRENTE AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

CHRISTIAN G. SOMMER

1. Introducción	741
2. La regulación internacional de la adopción y el tráfico de niños y niñas	744
3. Regulaciones normativas en algunos Estados de la región	747

	PÁG.
4. La regulación en el Sistema Interamericano	750
A) Las implicancias de los artículos 18 y 20 de la Convención Interamericana sobre Tráfico de Menores	752
5. La obligación de los Estados de adoptar medidas	757
A) La obligación de adoptar medidas en el Sistema de Naciones Unidas	759
B) La obligación de adoptar medidas en el Sistema Interamericano	760
6. Conclusiones	764