

Volumen 3 • No 6 • ISSN 2410-2768

Julio - Diciembre 2017

REVISTA

CIENCIA JURÍDICA Y POLÍTICA

**Escuela de Ciencias Jurídicas
y Políticas (ECJP)**

**REVISTA
CIENCIA JURÍDICA Y POLÍTICA
UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE NICARAGUA**

<https://portalderevistas.upoli.edu.ni/index.php/revista-cjyp>

ISSN 2410- 2768



CONSEJO NICARAGÜENSE DE CIENCIA Y TECNOLOGIA

**Mejor Revista Indexada
Nicaragua 2017**

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación. Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización de la Universidad Politécnica de Nicaragua (UPOLI).

Revista Ciencias Jurídicas y Políticas se encuentra bajo una licencia Creative Commons
Atribución- No Comercial Internacional 4.0



UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE NICARAGUA

Norberto Herrera Zúñiga
Rector

Ricardo Pérez
Vicerrector General

Astrid Bracamonte Hernández
Decana Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas

Oscar Castillo Guido
Decano Emérito de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas

Mario Isaías Tórrez
Director del Instituto Centroamericano de Estudios Jurídicos y Políticos

Rodolfo Sandino Argüello
Presidente de la Academia Nicaragüense de Ciencias Jurídicas y Políticas (†)

Carlos Tünnermann Bernheim
Presidente de la Academia de Ciencias Jurídicas y Políticas

REVISTA CIENCIA JURÍDICA Y POLÍTICA

CONSEJO CIENTÍFICO EDITORIAL

Sergio Ramírez Mercado
(Academia Nicaragüense de las Ciencias Jurídicas y Políticas)

Carlos Tünnerman Bernheim
(Academia Nicaragüense de las Ciencias Jurídicas y Políticas)

Francesc Pérez Amorós
(Universidad Autónoma de Barcelona-España)

Ángel Guillermo Ruiz Moreno
(Universidad de Guadalajara-México)

Gonzalo Salerno
(Universidad Nacional de Catamarca-Argentina)

Ana Margarita Vijil
(Universidad Politécnica de Nicaragua)

Ada Esperanza Silva
(Academia Nicaragüense de las Ciencias Jurídicas y Políticas)

Cairo Manuel López
(Universidad Politécnica de Nicaragua)

Hugo Roberto Mansueti (†)
(Universidad de Buenos Aires-Argentina)

Martha Elisa Monsalve Cuellar
(Universidad de la Gran Colombia-Colombia)

Augusto Valenzuela
(Universidad del Istmo-Guatemala)

Gabriel Álvarez
(Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua-León)

Donald Alemán Mena
(Universidad Politécnica de Nicaragua)

Miguel Polaino Orts
(Universidad de Sevilla, España)

DIRECTOR
Oscar Castillo Guido
Universidad Politécnica de Nicaragua

EDITOR
Roberto Guerrero Vega
Universidad Politécnica de Nicaragua

COMITÉ DE REDACCIÓN
Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas-ICEJP

Astrid Bracamonte Hernández
Mario Isaías Tórrez
Óscar Castillo Guido
Roberto Guerrero
José Alejandro Castillo Chavarria
José Antonio Moreno
Fernando Centeno Chiong
Cristian Rivas Castillo

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN
Gabriela Baltodano García

Presentación

Norberto, Herrera Zúñiga

Rector Universidad Politécnica de Nicaragua (UPOLI)

Contacto: rectoria@upoli.edu.ni

Me complace enormemente y me llena de orgullo, como Rector de la UPOLI, presentar la Revista Ciencia Jurídica y Política, en su edición número 6, que, bajo la responsabilidad de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas, se publica semestralmente, como un aporte permanente al estudio y desarrollo del Derecho y las Ciencias Políticas.

La publicación de 6 números de la Revista CJP destaca el interés del equipo editorial, de mantener viva su contribución a los saberes jurídicos-políticos, divulgando artículos científicos de pertinencia, actualidad y de avanzada, en los nuevos contextos en el que país y el mundo experimentan cambios.

El abordaje de los artículos que nos presentan los académicos Gonzalo Salerno y Eduardo J. Arrubia (Argentina), así como Jorge Isaac Lechuga-Cardozo, Diego Fernando Yanten Cabrera (Colombia) y Roberto Guerrero (Nicaragua), representan el enjundioso trabajo que significa escribir artículos completos, didácticos y escritos con buen estilo científico, que despiertan el interés de su lectura, de un público exigente, a como lo es, la comunidad jurídica nacional e internacional.

Sea pues, esta edición número 6, un aporte particular para estudiantes, juristas, académicos y politólogos que, en su diario vivir personal y profesional, dedican en sus espacios respectivos, la tarea de actualizarse, innovarse y la de reaprender en sus conocimientos.

Contenido

Editorial:

La investigación y su implementación en la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas (ECJP) 7

Reasearch and its implementation in the school of legal and political sciences.

Astrid Berenice Bracamonte Hernández, Universidad Politécnica de Nicaragua

Artículos:

Igualdad y no discriminación en el Derecho Constitucional Argentino 10

Equality and non-discrimination within Argentina Constitutional law.

Gonzalo Salerno

Soberanía y derechos humanos: una relación de complejidad 26

Sovereignty and human rights: a relationship of complexity

Eduardo J. Arrubia

Contexto Sociojurídico de la lex mercatoria en Colombia 42

Sociojuridical context of the lex mercatoria in colombia

Jorge Isaac Lechuga-Cardozo

Aleida Núñez-García

Oswaldo Leyva-Cordero

Universidad Autónoma de Nuevo León

El fraccionamiento contractual de la cláusula pacta sunt servanda y el carácter programático del principio de mutabilidad del negocio jurídico estatal..... 57

The contractual fractionation of the pacta sunt servanda clause and the programmatic approach of the principle of mutuality of the state legal business

Diego Fernando Yanten Cabrera

Alex Rodrigo Coll

Reseña:

Cultura y Educación para la paz: una perspectiva transversal 79

Culture and Education for Peace: A momentous perspective

Roberto Guerrero, Universidad Politécnica de Nicaragua

Directrices de la revista ciencia jurídica y política (CJP) 84

Guidelines of the journal legal science and politics (CJP)

Editorial

La investigación y su implementación en la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas (ECJP)

Astrid Berenice, Bracamonte Hernández

Decana Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas
decanaturaderecho@upoli.edu.ni

La real academia española define a la investigación como la acción de ampliar el conocimiento científico, sin perseguir en principio ninguna aplicación práctica (Rae, 2019). Esta definición está relacionada directamente con la epistemología, la cual funda el estudio crítico de la diversidad de las ciencias, basándose en el origen lógico, analizando los procedimientos por los cuales se constituye la ciencia y se alcanza el conocimiento científico; a su vez la ciencia es parte de la epistemología y describe la relación que existe entre el sujeto y los fenómenos, procesos y hechos sociales (Batthyány y Cabrera, 2016).

La investigación es uno de los ejes primordiales de la UPOLI y de su ECJP. Desde su fundación la ECJP se ha caracterizado por promover la investigación a diferentes niveles, a través de los siguientes programas:

En lo que concierne al grado, dentro de la reciente reforma curricular se implementó el reforzamiento de la asignatura de metodología de la investigación, también se estableció de manera transversal el enfoque de la investigación en relación a las asignaturas que corresponden a la carrera de derecho. En este mismo sentido por medio del área de investigación de ECJP, se realiza anualmente una jornada de investigación científica, en la cual los estudiantes de licenciatura pueden presentar sus trabajos ante un panel de expertos; estos trabajos se encuentran basados en problemáticas sociales dentro del campo jurídico o político, las referidas investigaciones son debidamente tutoradas por los diferentes especialistas que son parte de la planta docente de nuestra ECJP.

En cuanto al área de posgrado en la actualidad se han creado diferentes programas que mantienen su enfoque profesionalizante en el área del derecho. Recientemente se ha implementado dentro de los programas de maestrías, módulos dirigidos a la investigación que tienen por contenido la construcción de un proyecto de investigación, también se realiza

la importancia de la elaboración y postulación de artículos científicos a nivel nacional e internacional. Las referidas actividades colaboran al desarrollo del profesional desde la perspectiva de la investigación.

Por otra parte tenemos a la primera edición del doctorado en derecho que se encuentra dirigida por nuestro Decano emérito el maestro Oscar Castillo. En la actualidad soy alumna de este programa y puedo referir que además de formarnos con una cátedra docente a nivel internacional, también es preponderante en la elaboración y el seguimiento de las tesis, mismas que requiere un alto nivel de investigación científica.

Por último y no menos importante debo hacer mención que la ECJP cuenta con dos revistas dedicadas a la promoción y publicación de artículos que contienen un alto nivel científico de carácter nacional e internacional. La primera se trata del Cuaderno Jurídico y Político, producida ICEJP, el cual recientemente publicó su volumen 4, número 11, y en segundo lugar tenemos a la Revista Ciencia Jurídica y Política que cuenta con la presente publicación correspondiente a su volumen 3, número 6. Cabe destacar que ambas revistas fueron premiadas por el Consejo Nicaragüense de Ciencia y Tecnología CONICYT en el año 2017, otorgándoles un reconocimiento por el esfuerzo en elevar la calidad y aplicación de los criterios del Sistema Regional de información para Revistas Científicas de América Latina, El Caribe, España y Portugal (LATINDEX).

En conclusión es notable que la ECJP ha logrado implementar el enfoque investigativo en la mayoría de sus programas, es por ello que en mi rol de nueva Decana adquiero no solo el compromiso de mantener los referidos enfoques, también me comprometo a incrementar las actividades relacionadas a la investigación, con el fin de aportar por medio de la ECJP una contribución a la UPOLI enfocada al crecimiento de la investigación científica.



Universidad
Politécnica
de Nicaragua

Orden de la Calidad

Artículos

Igualdad y no discriminación en el Derecho Constitucional Argentino

Equality and non-discrimination within Argentina Constitutional law.

Gonzalo Salerno¹

RESUMEN

En el presente artículo se empleó la revisión bibliográfica, con el propósito de evidenciar la igualdad y no discriminación en el derecho constitucional Argentino. Se aplicó el método de análisis con un enfoque cualitativo, basado en un diseño no experimental, bajo un nivel documental-bibliográfico trasversal. En el análisis de la documentación se encontró que: Existe una realidad de pobreza crónica y dramática desigualdad social, que se constituye en prácticas discriminatorias estructurales, mismas que crean la vulneración de derechos fundamentales que perjudican la vida de los individuos.

Palabras clave: Discriminación, desigualdad, derechos humanos y derechos fundamentales.

ABSTRAC

Within this article, the bibliographic review was used, aimed at demonstrating equality and non-discrimination in Argentina Constitutional Law. The analysis method was applied under a qualitative approach, based on a non-experimental design, under a cross-sectional documentary-bibliographic level. The analysis of the documentation found that: There is a reality of chronic poverty and dramatic social inequality, which is constituted on structural discriminatory practices and thus violating fundamental rights which jeopardize the lives of individuals.

Keywords: Discrimination, inequality, human rights and fundamental rights



¹¹ Catedrático de Derecho Constitucional y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Catamarca, Argentina. Doctor en Derecho Universidad Pablo de Olavide, España. Profesor Honorario de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UPOLI.gonzalosalerno@hotmail.com

I. Discriminación y desigualdades desde una mirada estructural. Reflexiones iniciales.

La pobreza, la desigualdad e inequidad social, las múltiples manifestaciones de prácticas discriminatorias, la exclusión de muchas personas al efectivo goce y ejercicio de derechos humanos, la insatisfacción de necesidades jurídicas básicas, constituyen preocupaciones fundamentales del Derecho Constitucional Latinoamericano en los últimos tiempos.

La discriminación frecuente y sistemática, en sus diversas maneras y modos de manifestarse, provoca graves daños al tejido social, configurando no solamente una violación a principios y derechos constitucionales y convencionales esenciales del ser humano, sino también importa una agresión contra individuos o grupos sociales y, en definitiva, contra todo el sistema constitucional y democrático de gobierno.

Desde hace muchos años en nuestro país, y en general en Latinoamérica, se observa una realidad de pobreza crónica y dramática desigualdad social, manifestándose constantes prácticas discriminatorias estructurales que constituyen una permanente y cruda vulneración, a gran escala, de derechos fundamentales para la vida en sociedad.

La CIDH considera que la pobreza constituye un serio problema que se traduce en obstáculos para el goce y ejercicio de los derechos humanos en condiciones de igualdad real por parte de las personas, grupos y colectividades que viven en dicha situación. En determinados supuestos, implica además violaciones de derechos humanos que pueden ser atribuidas a la responsabilidad internacional del Estado (CIDH, 2017).

Para la CIDH, teniendo en cuenta los estudios de CEPAL, en 2015 la pobreza habría crecido 4,1% respecto al año anterior. La tendencia es más que alarmante. La región estaría caminando en sentido contrario a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (2015-2030), aprobado por Naciones Unidas, cuya meta número 1 es erradicar la pobreza. Las cifras sobre 2016 y 2017 aún están siendo sistematizadas, pero cabe referir que otros organismos como la FAO y el PNUD, también han manifestado preocupaciones similares (CIDH, 2017).

La discriminación puede generar o consolidar realidades desiguales y, a la vez, a mayor desigualdad social es mayor la propensión a que determinados grupos excluidos y en situación de vulnerabilidad sean mucho más relegados, acentuándose la inequidad estructural.

Para BIDART (1991): “*la postración desigualitaria es uno de los peores enemigos para el sistema de derechos*”. Considera el autor que una sociedad es desigualitaria cuando hay estratificaciones sociales muy endurecidas o rígidas que traban la movilidad social, cuando tiene poblaciones marginales en situaciones de pobreza extrema, miseria, insalubridad, analfabetismo, carencia de bienes elementales para sus necesidades, cuando no existe la igualdad de oportunidades (p. 292).

Teniendo en cuenta el uso y significado pertinente a la tutela antidiscriminatoria y el sentido normativo-valorativo (Maurino, 2007), consideramos, debe ser el seleccionado de acuerdo con nuestros fines, citamos el aporte conceptual de RABOSSO (2007) que considera: “*discriminar supone adoptar una actitud o llevar a cabo una acción prejuiciosa, parcial, injusta, o formular una distinción que, en definitiva, es contraria a algo o a alguien. Discriminar es practicar un tratamiento desigual que no resulta admisible*” (p. 50).

La Constitución Argentina, la Convención Americana, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no contienen una definición explícita del concepto de “discriminación”. Así, tomando como base las definiciones establecidas en el Art. 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y el Art. 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Comité de Derechos Humanos la ha definido como: “*toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas*”.

Según INADI, las conductas sociales discriminatorias pueden consistir en acciones tales como:

- a) Crear y/o colaborar en la difusión de estereotipos de cualquier grupo humano por características reales o imaginarias, sean éstas del tipo que fueren, sean positivas o negativas y se vinculen a características innatas o adquiridas.
- b) Hostigar, maltratar, aislar, agredir, segregar, excluir, marginar a cualquier miembro de un grupo humano del tipo que fuere por su carácter de miembro de dicho grupo (ANAID – APDH, 2008).

Sostiene SABSAY (2018) que la discriminación, como conducta contraria al art. 16 de la Carta Magna Argentina, ha alcanzado a partir de la segunda mitad del siglo veinte una nueva y dramática vigencia. Para el autor, la protección del derecho a no ser discriminado y la tutela de los grupos vulnerables, como derecho de tercera generación, se ha visto fortalecida a partir de la reforma de 1994 con la incorporación de la figura del amparo colectivo, la inclusión de la cláusula 23 del art. 75 y las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos (p.85). Avancemos para analizarlo con mayor profundidad.

II. Reforma constitucional de 1994. La necesidad de incorporar la tutela colectiva.

La reforma de 1994 fue la oportunidad constitucional propicia para la inclusión de una nueva categoría de derechos a la que pertenece el derecho al ambiente, los derechos del consumidor, de los usuarios de servicios públicos, el derecho al desarrollo humano, a una mayor y mejor participación democrática, a no ser discriminado, a la inclusión social, a la paz, a una calidad de vida digna, a la información, al patrimonio cultural, a la tecnología, a la justa distribución de la riqueza, a la eliminación de la pobreza estructural, etc.

Se ha dicho acertadamente que estos intereses tutelados resultan de un consenso en torno a valores que enlazan a los seres humanos a escala universal frente a amenazas también globales. Ya no estamos solamente frente a la presencia de necesidades o prerrogativas individuales dignas de protección constitucional, ni tampoco se tutela únicamente la función

social de la persona en su rol de trabajador o de miembro de una familia, por ejemplo, sino que estamos además frente a derechos de "incidencia colectiva", cuyo titular es la sociedad (Baigorri, 2001).

El auge del neoliberalismo en el contexto de la mundialización de la economía profundizó la lógica de los extremos, acentuando las asimetrías sociales a escala global. Los avances muy acelerados de la informática, la tecnología y la comunicación; las transacciones comerciales electrónicas y el flujo de divisas; el protagonismo de las multinacionales (Lorenzetti, 2010); los agresivos parámetros de producción, consumo y crecimiento económico; etc., fueron provocando directa e indirectamente su contracara: pobreza, desigualdad, desempleo, desintegración social, situaciones lesivas a los consumidores y usuarios, discriminaciones a grupos vulnerables, alteraciones ambientales y puesta en peligro de la vida útil y funcionalidad de los recursos naturales y culturales, entre otras implicancias.

Según BIDART CAMPOS, la tan esperada reforma respondió a esta realidad ampliando, actualizando y reforzando el núcleo ideológico de la CN, su sustrato axiológico. Se afianzó el constitucionalismo social, "*aggiornado*" con visiones modernas, en las que la comunidad toda y los colectivos sociales adquieren una dimensión fundamental, sin dejar de prestar atención a la persona individualmente considerada y al hombre en su rol y actuación social. Comenzamos a hablar de una nueva etapa del constitucionalismo, en su versión contemporánea, con vocación y mirada colectiva (Gil, 2005).

Así, entonces, reconociendo el piso axiológico ya afirmado en las sociedades contemporáneas, que tiene origen en el liberalismo clásico de la Constitución originaria, adhiere definitivamente al constitucionalismo social, pero no solamente al de hace varias décadas, que se había introducido livianamente en 1957, sino además a este movimiento contemporáneo que se basa también en la solidaridad, la participación democrática, la justicia social y distributiva, la igualdad real de oportunidades, los derechos colectivos, etc. (Constitución de la nación de Argentina, 2019).

Además, ya no solamente será la CN la norma máxima en Argentina, sino que esa posición superior estará compartida con los instrumentos internacionales de derechos humanos que en el art. 75 inc. 22 se incorporaron expresamente. Por otra parte, se dispuso también la posibilidad de que luego el Congreso le asigne a otros Tratados y Convenciones sobre derechos humanos, jerarquía constitucional.² Ello provocó un fortalecimiento del marco axiológico y una reconfiguración positiva del bloque de constitucionalidad federal (Bidart, 1995).

Por último, debe mencionarse la incorporación constitucional de la acción de amparo como herramienta de garantía para la tutela de los derechos colectivos. Con relación a lo que en esta oportunidad nos interesa puntualmente, destacamos lo dispuesto por el art. 43 en cuanto dispone que: “...podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general...”.

III. Los nuevos paradigmas igualitarios en la Constitución Nacional.

Prácticamente coincide la doctrina en reconocer que el tratamiento constitucional a la igualdad (originariamente art. 15 y especialmente art. 16 de la CN de 1853/60), ha sido considerablemente ampliado y enriquecido en los últimos años con los aportes de los arts. 14 bis (1957), 37, 43 y 75 incisos 17, 19 y 23 (1994) (Medina, 2016). Debemos agregar los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados con jerarquía constitucional, que han contribuido significativamente a reforzar el plexo normativo en materia de tutela de este principio/derecho fundamental del constitucionalismo³.

Nos dedicaremos a analizar especialmente el art. 75 inc. 23, que establece: corresponde al Congreso... “*Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad*

² Fueron incorporados, desde la reforma hasta la fecha: Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas; Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad; Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

³ Por ej.: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. 2); Declaración Universal de DD. HH. (Arts. 1º y 7); Convención Americana sobre DD. HH. (Arts. 1.1., 1.2, 24); Pacto I. de DESC (Arts. 2.2, 3); Pacto I. de D. Civiles y Políticos (Arts. 2.1, 3, 24, 26, 27).

real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

El constitucionalismo social, como vimos, postula que el Estado no debe permanecer impasible esperando que el mercado sea quien genere condiciones de igualdad real. Debe abandonar su rol abstencionista e indiferente, y comprometerse activamente para remover los obstáculos estructurales de carácter económico, cultural y social que impiden el efectivo goce de los derechos. Se asume entonces la convicción de que, sin igualación de las condiciones sociales de existencia, la pretendida igualdad ante la ley es utópica y/o engañosa (Rosatti, 2017, p, 169).

El principio de igualdad se vio fortalecido a partir de 1994. A través del art. 75 inc. 23 la CN promueve la implementación de medidas de acción positiva que deben atender preferentemente la situación de grupos identificados como especialmente sensibles y desaventajados, destinatarios de acciones que promuevan una mayor posibilidad de goce y ejercicio de derechos fundamentales.

Consideramos pertinente recurrir a un importante sector de la doctrina que, en los últimos años, ha comenzado a proponer la necesidad de un análisis, interpretación y aplicación de la igualdad con una mirada estructural y no solamente la óptica individual como venía prevaleciendo. Para SABA (2016), la visión estructural se incorporó con el objetivo de comenzar a dar respuestas a la falta de acceso a derechos que padecen muchos grupos de personas debido a una práctica social compleja y sistemática, cargada de prejuicios y creencias, que desplaza a mujeres, discapacitados, indígenas u otros grupos excluyéndolos de empleos, funciones, actividades, espacios, servicios, etc.

El autor propone distinguir entre la idea tradicional de igualdad como no-discriminación y la igualdad como no-sometimiento. Consiste en la incorporación de una nueva estrategia, complementaria al ideal constitucional de igualdad, que permite la posibilidad de que el Estado realice distinciones y justifique la adopción de medidas tendientes a la búsqueda de

una igualdad estructural, evitando la conformación o consolidación de grupos que excluyen sistemáticamente a otros impidiendo el goce y ejercicio de sus derechos.

Las dos miradas no se excluyen; todo lo contrario, se necesitan y, de algún modo, se complementan y monitorean una a la otra. A nosotros nos interesa concentrarnos, en esta oportunidad, en la estrategia que aconseja preocuparse por la desigualdad estructural y la subordinación sistémica que se observa de determinados grupos en situación de vulnerabilidad en nuestra sociedad. Y es el modelo que, como venimos mostrando, se ha pretendido plasmar en 1994 (Salerno, 2019). El Estado, y los particulares, deberán evitar que por acciones u omisiones se consoliden o acentúen estas situaciones de subordinación y, además, deberán implementarse medidas que garanticen la disminución de las desigualdades.

Para GROSMAN (2018), la igualdad real de oportunidades que contempló la CN a partir de la reforma es la igualdad estructural de oportunidades. Atiende a la estructura social y aspira a modificarla mediante la provisión de beneficios sociales financiados con fondos públicos (Holmes, 2011). Más que una faceta de la igualdad antidiscriminatoria, o una idea complementaria, para el autor es un paradigma más amplio y superador (p. 79). Es un ideal social y colectivo de desarrollo humano, un mandato que fue incorporado en 1994 (Abramovich, 2014).

El Estado se propone no mantenerse neutral e indiferente ante la vulneración de derechos de las minorías desaventajadas. No debiera contentarse con ofrecer igualdad de oportunidades en el punto de partida sin prestar atención a los resultados que luego se obtienen y, por tanto, al mayor o menor aprovechamiento de esas oportunidades supuestamente garantizadas al inicio. Deberá procurar una mirada más social del fenómeno discriminatorio, con su complejidad, que se armonice con los demás ideales constitucionales y que acompañe al sector de atención prioritaria hacia la satisfacción de sus necesidades (Rossetti, 2010).

En este sentido, considera CAYUSO (2010) que la norma que estamos analizando introdujo el concepto jurídico indeterminado de igualdad real de oportunidades con el fin u

objetivo de alcanzar la igualdad fáctica considerada, de tal modo, un fin constitucionalmente legítimo. Reconoce al Estado como sujeto obligado a su implementación (p. 489).

Para FREEDMAN (2013), según el esquema de tutela de la igualdad luego de la reforma de 1994, debe garantizarse que los grupos desventajados accedan de igual manera a la educación, a la enseñanza, al ejercicio de la función pública, a los cargos electivos, y participen de forma igual en las cuestiones públicas.

Reafirma MAURINO (2014) la valoración que venimos haciendo del cambio cualitativo consagrado en nuestra CN, en 1994. Destaca, por un lado, la incorporación explícita de la igualdad de oportunidades como valor constitucional y la correlativa habilitación de las acciones afirmativas como medidas legítimas para neutralizar y rectificar situaciones, prácticas o patrones de desigualdad. Por el otro, la asignación de jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos y la inclusión de una vía procesal específica, como el amparo colectivo, para la tutela antidiscriminatoria (Maurino, 2007).

De la misma manera, el sistema interamericano no sólo propone una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas afirmativas de equiparación.

La CIDH ha sostenido que, de acuerdo con la normativa interamericana para garantizar la igualdad y el principio de no discriminación, los Estados están en la obligación de adoptar medidas de acción afirmativa y de establecer distinciones basadas en desigualdades de hecho para la protección de quienes deben ser protegidos. Caso contrario, la omisión de medidas de acción afirmativa para revertir o cambiar las situaciones discriminatorias, de iure o de facto, en perjuicio de determinado grupo de personas, genera la responsabilidad del Estado⁴.

⁴ La CIDH ha analizado situaciones de discriminación estructural y ha señalado que: “*los principios generales de no discriminación e igualdad*” reflejados en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana requieren la “*adopción de medidas destinadas a superar las desigualdades en la distribución interna y las oportunidades*”.

IV. La vulnerabilidad estructural como fundamento de protección prioritaria.

En Argentina, desde 1994, la Constitución Nacional le asigna al Congreso de la Nación la competencia para el dictado de normas y medidas de acción positiva que promuevan la igualdad real de oportunidades y de trato, en general para toda la sociedad, y en particular especialmente a los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (Salerno, 2019).

La vulnerabilidad se relaciona con la situación o condición de las personas que le impide gozar y ejercer sus derechos humanos en un pie de igualdad con otras. Su pertenencia a grupos históricamente discriminados o desaventajados le asigna un estatus que debe considerarse preferencial o prioritario al momento de la sanción de las normas, la definición y ejecución de políticas públicas y las decisiones judiciales.

Consideramos que la enumeración que realiza la cláusula que estamos analizando no es taxativa y que la permanente dinámica social puede incorporar nuevos grupos en situación de vulnerabilidad que merezcan tutela prioritaria. A la vez, coincidimos con AMAYA & MAURINO (2017), en la necesidad de incluir expresamente en nuestro país a la pobreza estructural y crónica como factor prohibido de discriminación.

El art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se refiere a los siguientes factores: *“raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*.

Los obstáculos que deben enfrentar cotidianamente las personas, grupos y colectividades que viven en situación de pobreza se amalgaman entre sí, generando: condiciones de trabajo degradantes y peligrosas; viviendas insalubres; alimentación inadecuada; enfermedades; etc. Todos estos factores repercuten gravemente en el goce efectivo de los derechos (INADI, 2014). Estos obstáculos se agravan cuando existen acumulación de situaciones de vulnerabilidad, en el caso de grupos históricamente discriminados como: mujeres, niños,

indígenas, migrantes, afrodescendientes, personas con discapacidad, población LGBTI, entre otros, sumada la condición de pobreza (CIDH, 2017).

Así, de manera correlativa a la obligación de preservar la libertad y no interferir en el desarrollo de la vida autónoma de las personas, el Estado debe promover las mejores oportunidades para que los ciudadanos puedan elegir y llevar adelante sus planes de vida, modificando o neutralizando las desigualdades que resultan de circunstancias que no deberían determinar o condicionar el desarrollo y vida de las personas (Maurino, 2017).

Excede el marco del presente realizar un pormenorizado desarrollo de cada uno de los grupos vulnerables con tratamiento prioritario referidos en el art. 75 inc. 23, que abarque la observación jurisprudencial correspondiente, el marco legal nacional e internacional específico para su tutela y las políticas públicas implementadas en estos 25 años transcurridos desde la reforma.

Por lo tanto, también estamos limitados, en esta oportunidad, para dedicarnos con especial atención al análisis minucioso de la jurisprudencia de nuestro país, que muestre la evolución de los criterios, estándares y pautas establecidas en los últimos años a los fines de la tutela antidiscriminatoria, y que contribuya a aportar material de reflexión con relación a lo que venimos desarrollando. Sin embargo, expondremos una breve reseña de los aspectos más significativos y de los principales fallos de referencia.

Siguiendo a AMAYA (2017), observamos que nuestra CSJN, adoptando pautas marcadas con anterioridad por la jurisprudencia de EE.UU. y Europa, ha ido elaborando diferentes criterios de análisis del control de constitucionalidad de las normas respecto del principio de la igualdad. Así, desde hace unos años adquiere cada vez mayor presencia el reconocido criterio del estándar estricto o categoría sospechosa. Consiste, a grandes rasgos, en un formato de revisión exigente que presume la inconstitucionalidad de la norma, práctica, acción u omisión estatal, cuando se realizan distinciones o diferenciaciones basadas en alguna categoría prohibida por el derecho antidiscriminatorio. Deberá el Estado demostrar las

razones concretas que fundaron la decisión adoptada, caso contrario no superará el examen de constitucionalidad y convencionalidad.

La Corte ha utilizado este criterio en: “Repetto” (antes de la reforma de 1994); “Calvo y Pessini”; “Hoofst”; “Gottschau”; “Mantecón Valdez”. Por citar algunos de los fallos más frecuentemente señalados por la doctrina⁵. A su vez, destacamos otros casos analizados por el más alto Tribunal, en los que se han utilizado criterios de razonabilidad o escrutinios más leves o intermedios. Por ej.: en situaciones de vulnerabilidad por discapacidad (“Reyes Aguilera”; “Arenzón”)⁶. En cuanto a discriminación basada en el sexo en “González de Delgado” la Corte comienza a delinear una posición tutelar con mirada estructural respecto de la mujer, que luego continúa con “Freddo”⁷.

Más recientemente en “Sisnero” se aplica el control de constitucionalidad estricto y se falla con perspectiva de género y de vulnerabilidad estructural⁸. Con respecto a este último caso, MEDINA opina, y adherimos, que cuando se juzguen hechos en los cuales se encuentra comprometido el derecho a la igualdad y no discriminación de grupos vulnerables, se debe invertir la carga de la fundamentación y de la prueba. Así es como el demandado deberá probar que el acto no es inconstitucional, porque se encuentra justificado por una razón sustancial que no puede ser cumplida de una forma menos restrictiva (Medina, 2016). Además, en el dictamen de la Procuración en este caso se destaca, entre otros puntos, la necesidad de que las empresas demandadas adopten medidas adecuadas para equilibrar la desigualdad entre hombres y mujeres (convocatorias para mujeres, campañas, cupos, difusión de la sentencia, etc.).

⁵ “Repetto Inés María c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallo 311:2272. “Calvo y Pessini c/Provincia de Córdoba”, Fallo 321:194. “Hoofst, Pedro Cornelio c/ Pcia. de Bs. As.”, Fallo 327:5118. “Mantecón Valdés, Julio c/ Estado Nacional”, Fallo 331:1715. Ver análisis de estos fallos en ROSSETTI, Andrés – ÁLVAREZ Magdalena: *“Derecho a la igualdad. Un análisis desde el método de casos”*. Advocatus, Córdoba, 2010.

⁶ “Reyes Aguilera, Daniela c/ Estado Nacional, Fallo 192:260. “Arenzón, Gabriel c/ Estado Nacional”, Fallo 306:400. Se recomienda ver: MEDINA, Graciela: *“Vulnerabilidad, control de constitucionalidad y reglas de prueba”*. Revista LA LEY, 2016-F.

⁷ “González Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba”, Fallo 323:2659. “Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/ Freddo”, Sala H, CNCiv. Bs. As., 16/12/02. SALERNO, Gonzalo: *“Constitución de la Nación Argentina. A 25 años de la reforma de 1994. Evolución doctrinal y jurisprudencial”*. Coord. MANILI, Pablo. Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

⁸ “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Tadelva SRL y otros”, Fallo 337:611.

Es en este tipo de situaciones en las que SABA, como vimos, sostiene que debe juzgarse con visión estructural y en tutela del principio de no sometimiento, en el que la pertenencia a este grupo históricamente discriminado y excluido (en este caso la mujer) le asigna un marco de preferencia y protección especial al sector vulnerable, y se “sospecha” que el grupo vulnerador está pretendiendo perpetuar una situación de subordinación sistémica (Saba, 2016).

Como ejemplo de lo que venimos desarrollando, podemos mencionar a la Ley Nacional 24013, de cupo femenino (cuota de género), sancionada en 1991. Es una clara manifestación de medidas de acción positiva en beneficio de un sector desaventajado, en este caso para garantizar un mayor acceso de la mujer a los cargos políticos, y así disminuir una histórica asimetría estructural y sistémica⁹. En el 2017 la estrategia de discriminación positiva para la participación electoral de la mujer se ve fortalecida con la sanción de la Ley 27412 de paridad de género.

Además, en los últimos tiempos se diseñaron, articularon y comenzaron a implementar una serie de programas, estrategias y métodos, intervenciones, protocolos de acción, organizaciones gubernamentales específicas, observatorios, unidades judiciales, entre otras acciones concretas dirigidas a evitar, prevenir, sancionar prácticas y conductas discriminatorias contra la mujer, y promover en diferentes ámbitos la actuación con perspectiva de género, con vistas a reducir las desigualdades estructurales que los patrones y estándares discriminatorios por motivos de género provocan, con graves consecuencias hacia el grupo determinado y todo el tejido social (Lloveras, 2014).

Cabe destacar que en múltiples aspectos es mucho lo que se ha avanzado positivamente, sin embargo, también es demasiado lo que todavía queda por hacer, en especial en materia de violencia contra la mujer. El análisis de toda esta compleja realidad excede, evidentemente, los límites de este trabajo.

⁹ Nos vemos imposibilitados de analizar los diferentes grupos de atención preferencial, sus características y rasgos particulares, así como las medidas o acciones positivas que se han implementado en los últimos años, en el sentido que venimos analizando.

Por otra parte, debemos destacar que todos los colectivos vulnerables referidos en el art. 75 inc. 23 (niños, ancianos, personas con discapacidad y mujeres) cuentan con una normativa regional específica y actual de protección de sus derechos. Además, a nivel nacional y provincial en los últimos años se han sancionado importantes normas destinadas a regular diferentes aspectos de interés de cada uno de estos grupos sociales.

V. A modo de conclusión.

El derecho constitucional argentino, a partir de la reforma de 1994, ha ampliado y fortalecido el ideal de igualdad y el principio de no discriminación, con perspectiva estructural y una mirada más sensible a las necesidades sociales de inclusión. En este nuevo paradigma el art. 75 inc. 23 aporta elementos muy importantes a los fines de intentar reducir las desigualdades y proteger a los grupos históricamente discriminados de nuestra sociedad.

Ahora bien, consideramos que todavía es mucho el camino que queda por recorrer, tanto en el ámbito administrativo, como en el judicial, y en el diseño, definición e implementación de políticas públicas, para lograr satisfacer los objetivos y fines planteados por el constituyente de 1994.

El escenario socio económico de nuestro país, a 25 años de aquella reforma, nos muestra una imagen tan alarmante como la que, sin dudas, preocupó en su momento al constituyente. La fragmentación social, la dramática desigualdad y asimetría estructural, la pobreza crónica, la exclusión de millones de argentinos que ven insatisfechos derechos elementales caracterizan a una sociedad que demanda con urgencia respuestas.

Se destaca, con sensato entusiasmo y optimismo, una visible madurez y consolidación del sistema, y de muchos institutos que lo integran, adquirida en todos estos años de vida constitucional y democrática que vienen transcurriendo y que merecen ser celebrados. Se deberá trabajar articuladamente entre los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, con firme compromiso y acciones concretas, juntamente con los sectores más favorecidos de la

sociedad, para intentar alcanzar estándares más elevados de cumplimiento del mandato constitucional, en busca de una sociedad más justa, equitativa, inclusiva y menos desigual.

Referencias

- ABRAMOVICH, Víctor – COURTIS, Christian: “*Los derechos sociales como derechos exigibles*”, Ed. Trotta, Madrid, 2014.
- ALEGRE, Marcelo y GARGARELLA Roberto (coord.). “*El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*”. Lexis Nexis, Bs. As., 2007.
- ALONSO REGUEIRA, Enrique, (Director): “*La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*”. LA LEY, Bs. As., 2013.
- AMAYA, Jorge Alejandro: “*Categorías sospechosas, pobreza y derecho a la alimentación*”. Revista de Derecho Público. Los DESC. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017.
- BAIGORRÍ, José Antonio: “*Los Derechos Humanos. Un proyecto inacabado*”. Ediciones del Laberinto, España, 2001.
- BIDART CAMPOS, Germán: “*Teoría general de los derechos humanos*”, Astrea, Bs. As., 1991.
- CAMINOTTI, Mariana - DEL COGLIANO, Natalia: “*La paridad política en Argentina: avances y desafíos*”. Buenos Aires: PNUD, 2017.
- CIDH. Informe sobre pobreza 2017. CIDH: Informe sobre pobreza 2017. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf>.
- DABOVE, María Isolina (Dir.): “*Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional*”. ASTREA, Bs. As., 2017.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés: “*Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*”, Ediar, Bs. As., 2005.
- GROSMAN, Lucas S.: “*Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*”. LIBRARIA, Bs. As., 2008.
- HOLMES – SUNSTEIN: “*El costo de los derechos*”. Siglo veintiuno, Bs. As., 2011.
- INADI – APDH: “*Discriminación. Un abordaje didáctico desde los Derechos Humanos*”. Ministerio de Justicia, Seguridad y DD.HH. 2008.

- INADI. Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo: “*Mapa nacional de la discriminación*”, 2a ed., CABA, 2014.
- JIMÉNEZ, Eduardo: “*Igualdad, no discriminación y discapacidad*”. EDIAR. Bs. As. 2006.
- LLOVERAS, Nora: “*Violencia y vulnerabilidad. Abordaje transversal y multidisciplinario de las intervenciones*”. Alveroni, Córdoba, 2014.
- LORENZETTI, Ricardo Luis: “*Justicia colectiva*”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010.
- MEDINA, Graciela: “*Vulnerabilidad, control de constitucionalidad y reglas de prueba*”. Revista LA LEY, 2016-F.
- PÉREZ ROYO, Javier: “*Curso de Derecho Constitucional*”. Marcial Pons, Madrid, 2012.
- ROSATTI, Horacio: “*Tratado de Derecho Constitucional*”. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017.
- ROSSETTI, Andrés – ÁLVAREZ Magdalena: “*Derecho a la igualdad. Un análisis desde el método de casos*”. Advocatus, Córdoba, 2010.
- SABA, Roberto: “*Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*”. Siglo veintiuno. Bs. As. 2016.
- SABSAY, Daniel A.: “*Tratado Jurisprudencial y doctrinario*”. LA LEY, 2010, Tomo I.
- SABSAY, Daniel: “*La Argentina estructural. Proyecto de políticas públicas para el mediano y largo plazo. Justicia*”. EDICON, Bs. As., 2018.
- SALERNO, Gonzalo: “*Constitución de la Nación Argentina. A 25 años de la reforma de 1994. Evolución doctrinal y jurisprudencial*”. Coord. MANILI, Pablo. Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

Soberanía y derechos humanos: una relación de complejidad

Sovereignty and human rights: a relationship of complexity

Eduardo J. Arrubia¹

RESUMEN

A lo largo de la historia de los desarrollos de la comunidad internacional han aparecido dos nociones que se relacionan de manera compleja pero necesaria entre sí, estas son las ideas de soberanía y de derechos humanos. Luego de la segunda guerra mundial estos últimos emergieron con una clara nota de universalidad en pos de una consciencia que reclamaba que la soberanía estatal no podía ser ilimitada produciendo violaciones a las prerrogativas elementales de los seres humanos. No obstante, un estudio más minucioso de la evolución del derecho internacional hacia la actualidad revela que la ecuación según la cual se afirma que a menor soberanía mayor protección de los derechos humanos puede devenir reduccionista y, por consiguiente, se requiere un análisis que revele su complejidad. Este artículo se enmarca en el enfoque de las teorías críticas para proporcionar una deconstrucción de estos conceptos posibilitando el entendimiento de aquello que subyace detrás de la relación entre derechos humanos y soberanía.

Palabras clave: Soberanía – Derechos Humanos – Globalización – Política Internacional – Teoría crítica

ABSTRACT

Throughout the history of the International Community development, two complex notions strongly related arouse and these are: The idea of sovereignty and human rights. After World War Two these emerged by following an evident pattern of universality in favor of a consciousness which claimed that state sovereignty shall not be unlimited thereby trespassing those basic prerogatives to which human beings are entitled. Nonetheless, a deeper assessment on the evolution of International Law reveals that the equation according to which it is posed that the weaker the sovereignty the better the human rights protection will be might become reductionist, and therefore, a complex analysis must be required. This article is framed within the approach of critical theories so that it allows to provide a deconstruction of these concepts and thus enabling the understanding of all the matters underlying human rights and sovereignty.

Key words: Sovereignty – Human Rights – Globalization – International Policy – Critical Theory

¹Abogado. Becario de Investigación doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Profesor Adjunto Ordinario en la cátedra de Filosofía del Derecho y Ética de la Abogacía (Facultad de Derecho – UNICEN). Doctorando en Derecho (UBA). Miembro del Centro de Estudios en Derechos Humanos (CEDH-UNICEN). E-mail: earrubia@gmail.com

1. Introducción.

El planteo inicial que se formula en este artículo está fuertemente vinculado a dos nociones básicas que informan el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Política Internacional. Por un lado, el concepto de “soberanía” y, por el otro, la propia noción de “Derechos Humanos”. Ambos conceptos aparecen de alguna forma conectados, tanto en la doctrina y jurisprudencia como así también en las normas internacionales. En este sentido, Ruiz-Fabri (2008: 2) advierte que a veces se esbozan relaciones de oposición entre ellos, sosteniéndose que la soberanía podría funcionar como una suerte de pretexto para evadir el respeto que requieren los Derechos Humanos; y otras, relaciones de complementariedad al afirmarse que la noción de soberanía ha sido originariamente concebida a los efectos de garantizar una protección adecuada de los derechos de las personas. Sin embargo, si bien puede pensarse que la soberanía, definida en un sentido clásico, ha sido recortada a raíz de la introducción de la protección de los Derechos Humanos en el escenario del Derecho Internacional, lo cierto es que la ecuación entre ambos conceptos debe pensarse en una suerte de equilibrio y no de supresión de uno por el otro. Así, deviene imperativo sostener que *“precisamente porque los Derechos Humanos requieren una limitación al poder – y del concepto de soberanía sobre el que se apoya ese poder – sería contraproducente debilitar sobremanera la figura del Estado”* (Ruiz-Fabri 2008: 11). Ahora bien, el abordaje de este planteo requiere analizar de forma previa las nociones de soberanía y de Derechos Humanos entendiendo que ambos conceptos están cargados y determinados por su propia historicidad. Para ello, se especificará de antemano el marco teórico desde el que se aborda la comprensión del mundo jurídico en general, y del Derecho Internacional Público en particular. Posteriormente, una vez exploradas conceptualmente las nociones antedichas, se procederá a analizar las relaciones entre ambas a través de ejemplificaciones basadas en casos que han trascendido en el escenario internacional en esta materia. Finalmente, se establece la conclusión según la cual la relación entre soberanía y Derechos Humanos es un vínculo complejo ya que, contrario a lo que puede pensarse *a priori*, la reducción de la primera no siempre implicará necesariamente una protección de los segundos.

2. Marco teórico

Tomando como punto de partida un enfoque constructivista, puede advertirse que la realidad social (y la juridicidad dentro de ella) es un constructo producido culturalmente. Desde esta perspectiva, se sostiene que los distintos entes del mundo son configurados en un primer momento a través de conductas que van adquiriendo objetividad a lo largo del tiempo y son internalizadas subjetivamente para luego legitimarlas y transmitir las de generación en generación por medio del lenguaje (Berger y Luckman 2011: 13). En este sentido, a los efectos de conceptualizar el “derecho”, en cuanto a la definición que se formula desde la teoría crítica, deviene crucial destacar en primer lugar que esta teoría supera los reduccionismos a los que ha sido sometido el fenómeno jurídico desde otras perspectivas, tales como el iusnaturalismo y el iuspositivismo. De esta manera, se considera que el derecho no es mera normatividad ni tampoco valoraciones que existen ontológicamente en el mundo. Dichos reduccionismos han impedido abordar la real complejidad de lo social y, en consecuencia, de lo jurídico (Cárcova 2003: 5). Así, el derecho es entendido desde la teoría crítica como un fenómeno de naturaleza social. Es pensado como un producto histórico de la evolución de las sociedades humanas, constitutivo de la construcción de sentido en la interacción social. Los problemas que hacen a la juridicidad se encuentran entrelazados, pero al mismo tiempo abiertos. Esto supone penetrar en las interacciones humanas en sentido amplio y, para ello, la comprensión del derecho se enriquece en la teoría crítica legitimando el recurso a otras disciplinas tales como la ética, la sociología, la antropología, etc. Es decir, a través de una perspectiva interdisciplinaria (Cárcova 2014: 3).

Estas precisiones teóricas son necesarias en este artículo ya que es sabido que cuando se califica como verdadera a una proposición, dicha afirmación se funda en un determinado universo de decisiones metodológicas previas, de manera que toda verdad guarda relación con el sistema de pensamiento que le sirve de marco (Guibourg 2006: 66). En consecuencia, se entiende que tanto la noción de soberanía como la de Derechos Humanos son constructos en el mismo sentido en que lo es la disciplina del Derecho Internacional Público. No obstante, el quid a elucidar está determinado por los procesos de construcción de dichas nociones, por su historia, y por las relaciones que se dan entre ambos en el contexto actual.

Por otra parte, corresponde dejar expuesto en este apartado y en consonancia con lo antedicho, que en materia meta-axiológica este artículo se apoya en las teorías cognoscitivistas o descriptivistas que sostienen que existen juicios de valor de lo que se considera bueno o malo, justo o injusto, verdadero o falso que pueden ser aprehendidos por los seres humanos como sujetos cognoscentes (Nino 2014: 355), pero en coherencia con el marco teórico que se viene esgrimiendo, dicha objetividad de los valores es construida culturalmente y no dada de forma ontológica. Esto será trascendente a la hora de abordar la noción de Derechos Humanos, tal como se explicará en el apartado pertinente.

3. El concepto de Soberanía

Desde una perspectiva histórica puede vislumbrarse que el concepto de soberanía se consolida como noción funcional a la emergencia de los Estados absolutos que centralizaron la dispersión del poder que había reinado durante la Edad Media. Más precisamente, a raíz de la Paz de Westfalia de 1648 se construye el sistema moderno de Estados europeos fundado en dos conceptos básicos, esto es, el de soberanía territorial y el de igualdad de derechos de los Estados (Moncayo; Vinuesa; Gutiérrez Posse 1977: 31). A partir de entonces el Derecho Internacional clásico será entendido como el conjunto de normas que vinculan y regulan contractualmente las relaciones entre dichos Estados, y así aparece la figura estatal disociada de la persona que ejerce su titularidad (Pinto 2008: 15). Sin embargo, corresponde dejar en claro que este derecho internacional aún distaba de asumir las características definitorias que hoy en día lo atraviesan. En este sentido, puede afirmarse que

“El espíritu que deja Westfalia es que la limitación de los propios deseos de poder y de expansión asegura, de alguna manera, que los otros Estados respeten la integridad del espacio soberano ajeno. Queda asentada una lógica que repetirán los tratados de paz al menos hasta fines del siglo XIX. Se trata de un esquema que procura la pacífica coexistencia de Estados con intereses distintos, y no todavía de objetivos comunes” (Buis 2015: 12)

Así las cosas, las primeras formulaciones acerca del concepto de soberanía fueron aportadas por Emer de Vattel quien distinguió el derecho de gentes voluntario, es decir, positivo, de aquel derecho de gentes natural o necesario, que se esbozaba por analogía a las cualidades intrínsecas del ser humano, y de esta manera, se construía una idea del Estado con

características tales como su libertad e independencia naturales de las que no podía ser despojado sin su propio consentimiento (Barreiros 2009: 40). Esta forma de pensar a la soberanía tuvo como correlato en el propio pensamiento explícito de Vattel la incorporación de los hoy tan conocidos principios de no intervención en los asuntos internos y de igualdad soberana como componentes necesariamente resultantes de la noción en análisis (Barreiros 2009: 41).

En este contexto, deviene sumamente interesante para el objeto de estudio del presente artículo, traer a colación uno de los planteos de este filósofo en el sentido de que

“Si bien todavía lejos de la revolución de los derechos humanos, Vattel ya argumentaba en su época —aparentemente de manera concordante con la práctica de los Estados en ese período y echando luz sobre debates contemporáneos acerca de la intervención humanitaria— que el principio de no intervención no resultaba aplicable a circunstancias de guerra civil dado que `toda potencia extranjera tiene el derecho de socorrer a un pueblo oprimido que implore su asistencia’” (Barreiros 2009: 47)

En coherencia con el marco teórico constructivista expuesto supra, resulta trascendente advertir de qué manera el concepto de soberanía se ha construido diacrónicamente. Por consiguiente, puede afirmarse con Sands (2001: 529) que esta noción quedó establecida en el siglo XIX sobre la base del respeto mutuo de los Estados entre sí en pos de la búsqueda de la paz internacional, a tal punto que se consideraba ilegítimo asumir cualquier tipo de decisión que implicase entrometerse en los asuntos internos de otro país. La comprensión de los vocablos “asuntos internos” era de gran amplitud sin admitir las excepciones que hoy en día se pueden conocer, lo cual implicaba una cosmovisión desde la que las cuestiones atinentes a los nacionales de tal o cual Estado o acaecidas en el territorio de éste no podían exceder su propio ámbito doméstico en cuanto a su resolución (a menos que hubiese una norma ad hoc expresamente consentida), y así se buscaba mantener un clima de relaciones interestatales pacíficas ya que éste era el objetivo generalmente aceptado.

Sin embargo, el contexto histórico se fue modificando durante el siglo XX y la noción de soberanía comenzó a ser construida a la luz de los nuevos sucesos. Así, aparecieron en la escena internacional instituciones regionales y globales; se asumieron obligaciones

internacionales que implicaron limitaciones a las libertades soberanas de antaño; emergieron estándares de protección de los Derechos Humanos incluyendo posteriormente la preocupación por la preservación del medioambiente; y se conformaron organizaciones no gubernamentales que empezaron a tener cada vez mayor trascendencia (Sands 2001: 530). Frente a estos nuevos despliegues, resulta útil evocar la tipología elaborada por Krasner para elucidar de qué se habla cuando se invoca la soberanía. En este sentido, el autor afirma que

“El término soberanía ha sido usado en cuatro modos diferentes: soberanía legal internacional, soberanía westfaliana, soberanía doméstica y soberanía interdependiente. La soberanía legal internacional se refiere a las prácticas asociadas con el reconocimiento mutuo, usualmente entre entidades territoriales que tienen independencia jurídica formal. La soberanía westfaliana se refiere a la organización política fundada en la exclusión de actores externos de las estructuras de autoridad dentro de un territorio dado. La soberanía doméstica se refiere a la organización formal de la autoridad política dentro del Estado y a la capacidad de las autoridades públicas de ejercer un control efectivo dentro de las fronteras de su propia polis. Finalmente, la soberanía interdependiente se refiere a la capacidad de las autoridades públicas de regular el flujo de información, ideas, bienes, personas, agentes contaminantes o capitales a través de las fronteras de su Estado.” (Krasner 1999: 3)

Esta deconstrucción de los distintos aspectos semánticos del concepto analizado deviene valiosa a los efectos de vislumbrar la inserción de la soberanía estatal en el mundo globalizado que nos ha legado el trascurso del siglo XX. En este orden de ideas, Barreiros (2009: 77) apunta que la globalización puede restringir la capacidad del Estado para controlar una serie de aspectos de su vida interna y de sus políticas públicas, pero eso no significa que se limite la independencia y la autonomía resultantes de las categorías de soberanía vinculadas a la idea de autoridad, como lo son las denominadas legal internacional y westfaliana. Por lo tanto, se reproduce lo que Ruiz Fabri (2008: 3) identifica como una paradoja de la comunidad internacional al advertir que ésta se funda en un principio que más allá de fomentar la integración dentro un sistema particular, refuerza la independencia, autonomía e intereses individuales construyéndose un orden preponderantemente heterogéneo.

Ahora bien, si se circunscribe la mirada a uno de los múltiples aspectos de la globalización, o sea, a la emergencia de los Derechos Humanos y el consecuente desarrollo del Derecho Internacional relativo a estos derechos a partir de la mitad del siglo XX en adelante, surge el interrogante acerca de cuál es la metamorfosis que ha experimentado en este sentido la construcción de la idea de soberanía. Es decir, ¿Los Derechos Humanos como valores asumidos por la comunidad internacional tal como los conocemos hoy han erosionado a la soberanía? ¿O es acaso ésta un elemento valioso y necesario a la hora de lograr un respeto real por estos derechos? Para asumir la argumentación de estos interrogantes primero se explorará cómo se ha dado la construcción del concepto de los Derechos Humanos para luego poder abordar la ecuación que ésta ofrece en relación con la soberanía en el ámbito de la política internacional.

4. Los Derechos Humanos

Los Derechos Humanos hallan su antecedente más cercano en la idea de libertades públicas que surgieron a fines del siglo XVIII con la combinación del iusnaturalismo que fundamentaba los derechos del hombre por el solo hecho de ser tal y del liberalismo constitucional que recortó el poder del Estado imponiéndole como límite el respeto de ciertos derechos de las personas, pero sin desconocer que la tutela de estas prerrogativas de los individuos eran una cuestión discrecional de cada Estado y, por ello, quedaba reservada al ámbito doméstico de los países (Pinto 1997: 2). Finalmente, con la institucionalización de la comunidad internacional a partir de la mitad del siglo XX, el concepto de Derechos Humanos quedó construido con los aportes del iusnaturalismo, del constitucionalismo liberal y del derecho internacional. Ello significa, por un lado, que estos derechos quedan reconocidos en términos de universalidad (para todas las personas, en todos los lugares y en todos los tiempos), y por otro, la asunción de que la responsabilidad internacional del Estado queda comprometida en caso de violación no reparada. (Pinto 1997: 10)

Desde los sucesos históricos, puede advertirse que recién en la Conferencia de San Francisco de 1945 se incluyeron en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas unas escasas referencias a los Derechos Humanos tanto en el preámbulo como en el texto articulado. Así, aparecieron en dicho instrumento dos tipos de normas referidas a estos

derechos, por un lado, aquellas que contemplaban una perspectiva material vinculada a los objetivos y propósitos de la ONU, y por otro, aquellas normas de índole institucional que definieron los órganos competentes en este ámbito (Diez de Velasco 2009: 652). De allí en adelante, la actividad práctica de esta Organización fue dando lugar a un proceso de ampliación y especificación de derechos que instituyó un verdadero *Programa de Derechos Humanos de las Naciones Unidas* caracterizado por ser progresivo, escasamente estructurado y abierto (Diez de Velasco 2009: 653). De esta manera, la denominada *Carta Internacional de Derechos Humanos* quedó integrada por la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de Derechos Civiles y Políticos y los protocolos facultativos a este último pacto (Diez de Velasco 2009: 654). Este sistema universal se fue replicando en el desarrollo progresivo de sistemas regionales de Derechos Humanos, esto es, el americano, europeo y africano.

De esta manera, los diversos tratados internacionales no sólo fueron consagrando Derechos Humanos, sino que además aportaron un sistema de protección de los mismos, estableciendo órganos de control y comités de expertos cuya función radica en constatar el cumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones de respetar, garantizar y adoptar medidas para hacer efectivos tales derechos (Pinto 2008: 40). Sin embargo, a pesar de la proliferación de normas y órganos es necesario dejar en evidencia que cuando nos referimos al derecho internacional estamos en presencia de un espacio que se caracteriza por ser descentralizado. Esto significa que

“En el ámbito internacional no se da la tradicional división de poderes. Se carece así de un poder legislativo u órgano centralizado para la elaboración normativa, de un poder judicial u órgano con jurisdicción compulsiva para la solución de conflictos y de un poder ejecutivo u órgano administrador centralizado.” (Pinto 2008: 61).

No obstante, la ausencia de un órgano específico a los efectos de la elaboración normativa de ninguna manera autoriza a afirmar que no existan modos válidos de creación de normas internacionales (Pinto 2008: 70).

Por otro lado, de todas las características distintivas de los Derechos Humanos, la más interesante a los fines de este trabajo es aquella vinculada a su universalidad. En consonancia

con lo explicitado en el marco teórico previo, se ha explicitado la adhesión a las tesis metaéticas cognoscitivistas a través de la convicción de que existen valores en el mundo, aunque no de forma dada naturalmente sino contruidos social y culturalmente. En este contexto epistemológico debe entenderse la construcción de los Derechos Humanos. Por ello, puede afirmarse siguiendo a Nino (2007: 6) que el escepticismo ético “...es uno de los obstáculos más profundos para la formación de una consciencia moral esclarecida que sirva de último baluarte contra los asaltos a la dignidad del hombre”.

Por consiguiente, esta universalidad puede ser pensada en una dimensión ética y en otra jurídica. En relación a la primera, la universalidad evidencia la presencia de ciertos rasgos que se predicán de todo ser humano y que conlleva la exigencia de una consideración igualitaria de éstos, mientras que en la segunda, esta idea reclama un trato igual no incompatible con la atención a la diferencia, es decir, con el trato diferente (De Asís Roig 2006: 43). En este orden, la teoría de los derechos puede renunciar a la universalidad jurídica siempre que esto no signifique el abandono de la universalidad en su proyección ética (De Asís Roig 2006: 43).

En suma, una vez esclarecido el panorama conceptual de los Derechos Humanos y de la soberanía, resta explorar el vínculo entre uno y otro en el escenario de la política internacional.

5. Soberanía y Derechos Humanos en el escenario de la política internacional

El surgimiento histórico de los Derechos Humanos tal como ha sido descrito en el apartado precedente, generó una idea preliminar según la cual la protección de estos derechos universales implicaba necesariamente una disminución de la soberanía de los Estados. Sin embargo, como se ha adelantado al comienzo de este trabajo y siguiendo a Ruiz Fabri (2008: 11) se argumentará que no necesariamente la disminución de la soberanía es útil a los efectos de lograr una protección eficaz de los Derechos Humanos y, a la inversa, no siempre la eficacia de éstos vendrá dada por vía de la absolutización de la noción de soberanía.

En este marco, retomando lo explicado en el apartado precedente y en consonancia con el marco teórico metaético asumido en este trabajo, puede advertirse que los Derechos Humanos se han objetivizado en términos de valores universales, lo cual implica la necesaria afirmación de que existe una dignidad del ser humano por el sólo hecho de ser tal, independientemente de los matices determinados por cada cultura en particular a la que pertenezca dicha persona. De esta manera, Ruiz Fabri (2008: 12) señala el defecto de la teoría voluntarista según la cual los Estados sólo están obligados por aquellas normas que han consentido expresamente. El problema de esta teoría radica en que los Derechos Humanos han cristalizado en el mundo actual en términos de valores más allá de las normas que los regulan, y esto genera obligaciones en cabeza de los Estados para su efectividad, protección y garantía sin importar la existencia de su consentimiento previo.

Por consiguiente, en esta materia resulta valioso el pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia que en el año 1970 en ocasión de resolver el caso denominado *Barcelona Traction, Light and Power Co., Inc. (Bélgica Vs. España)*, estableció que

“... debe establecerse, en particular, una distinción esencial entre las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen respecto de otro Estado en el campo de la protección diplomática. Por su propia naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los derechos en cuestión, puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en que tales derechos sean protegidos; las obligaciones de que se trata son obligaciones *erga omnes*”. (CIJ 1970: párrs. 33 y 34)

En relación con el contenido de estas obligaciones *erga omnes* se destacan ejemplificativamente la descalificación jurídica de los actos de agresión y de genocidio, al igual que la obligación de respetar los derechos fundamentales del ser humano, incluyendo la protección contra la esclavitud y la discriminación racial (Pinto 2008: 70).

A la luz de lo expuesto, la soberanía puede ser abordada desde dos enfoques. Uno extenso, que admitirá limitaciones voluntarias como involuntarias, y otro estricto, que sólo reconocerá la posibilidad de limitaciones voluntarias, es decir, aquellas que el Estado haya consentido expresamente (Ruiz Fabri 2008: 14). Pero por fuera de esta clasificación tajante, la autora

entiende que existen otros dos tipos de limitaciones a la soberanía de los Estados. Esto es, por un lado, aquellas que son optativas ya que permiten que el Estado decida asumirlas o no, y por el otro, las que éste no pueda resistir ni repeler en función de su propia debilidad y carencia de poder, lo cual constituye un elemento de irrecusabilidad (Element of Irrecusability) (Ruiz Fabri 2008: 15).

En todo este contexto, se inscribe la transición jurisprudencial que evidencian los casos “Filartiga”² y “Kiobel”³. En el primero, hacia 1980 los Sres. Filartiga, ciudadanos paraguayos asilados en Estados Unidos, demandaron al Sr. Peña Irala (también de nacionalidad paraguaya) al enterarse que éste se encontraba de paso por el territorio norteamericano, para lo cual lo acusaron de haberle causado la muerte al hijo del matrimonio a través de la aplicación de torturas. Al respecto, la Cámara de Apelaciones sostuvo que la tortura arbitraria ejecutada bajo el ropaje del Estado es violatoria de normas internacionales de Derechos Humanos universalmente aceptadas independientemente de cuál sea la nacionalidad de las partes. Por consiguiente, se entendió que cada vez que se dieran casos de esta naturaleza la jurisdicción federal de los Estados Unidos quedaba habilitada. De esta manera, puede advertirse cómo opera simbólicamente la construcción axiológica de los Derechos Humanos desde la cual se limita la soberanía del Estado de Paraguay en nombre de estos valores universales inherentes a la dignidad de la persona humana.

No obstante, hacia 2013 en el caso “Kiobel” ante una situación análoga a lo planteado en “Filartiga” en relación a la violación de normas internacionales de Derechos Humanos, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos asumió un criterio diferente. En esta oportunidad, nacionales nigerianos residentes en Estados Unidos presentaron una demanda ante los tribunales de este país sustentada en la invocación del Alien Tort Statute –ATS– (Ley de reclamación en función de agravios a personas extranjeras), norma que había sido aplicada en “Filartiga”. Esta norma dispone que los tribunales de distrito tengan jurisdicción originaria para entender en asuntos de acciones civiles incoadas por

² Filartiga vs. Peña Irala. United States Court of Appeals, Second Circuit. No. 191, Docket 79-6090. June 30, 1980.

³ Kiobel, individually and on behalf of her late husband Kiobel, et al. V. Royal Dutch Petroleum Co. et al. Supreme Court of the United States. April 17, 2013

extranjeros por daños provenientes únicamente de una transgresión del Derecho de gentes o de un tratado en el que Estados Unidos sea parte. En esta ocasión, los demandantes alegaron que las empresas demandadas habían contribuido y colaborado con el gobierno de Nigeria para que cometiera gravísimas violaciones a los derechos fundamentales de las personas. En síntesis, la Corte resolvió que para que fuera procedente aplicar el ATS al caso en análisis, tenía que darse una fuerte vinculación con el territorio de los Estados Unidos. Es decir, tanto los demandados como los demandantes eran extranjeros y los hechos que se alegaban, ni siquiera se atribuían a las compañías demandadas, sino que eran imputados al Estado de Nigeria con el cual estas empresas habían colaborado. Como puede advertirse, en esta ocasión, no fue suficiente considerar a los Derechos Humanos como valores objetivos supremos a los efectos de recortar la soberanía de Nigeria, lo cual permite adelantar la conclusión de este trabajo, en línea con lo que se viene argumentando, según la cual se sostendrá que la noción de soberanía debe ser valorada también a los efectos de lograr el respeto y la garantía de protección de los Derechos Humanos, ya que éstos no siempre estarán salvaguardados automática y directamente por vía de limitaciones de aquella.

En todo este esquema, no menos paradigmático resulta el caso “Pinochet”. En el año 1998 a propósito de una visita del senador chileno a Londres, un juez español requirió al Reino Unido su extradición fundada en la imputación de varios crímenes de lesa humanidad, a saber, genocidio, asesinatos, torturas, captura de rehenes en territorio chileno así como en otras partes (Chinkin 1999: 2). Finalmente, con ciertas variaciones en los cargos susceptibles de generar la extradición, la Cámara de los Lores decidió concederla negando la existencia de inmunidad de un ex jefe de Estado cuando los hechos delictivos que se atribuyen no tienen que ver con actos relativos al ejercicio de esa jefatura. Siguiendo a Chinkin (1999: 5), esta resolución constituyó la primera vez en que un tribunal local se negó a conceder inmunidad a un ex jefe de Estado con el argumento de que no puede existir tal inmunidad cuando se trate de crímenes que atañen a la comunidad internacional. Más aún, esta decisión evidencia una de las limitaciones a la soberanía proveniente del elemento de irrecusabilidad mencionado supra. En este sentido, Ruiz Fabri (2008: 25) sostiene que no estaba dentro de las previsiones de Inglaterra en el año 1984, momento en que ratificó la Convención sobre Tortura, tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes, el hecho de que dicha ratificación

conllevaría al Estado inglés a asumir las obligaciones que debió enfrentar en el asunto Pinochet hacia 1998.

Adicionalmente, el caso Kadi también representa la fuerza de los Derechos Humanos construidos como valores objetivos que en este asunto pusieron en jaque decisiones de un órgano internacional como lo es el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. No se trata de que lo internacional tenga primacía sobre lo nacional, sino que lo que importa es que dicha primacía la tenga lo que más respete y garantice los derechos fundamentales de las personas. De esta forma, el Sr. Kadi había sido identificado como colaborador del grupo terrorista Al-Qaeda, y por ese motivo el Consejo de Seguridad dispuso ciertas medidas que lo afectaban, entre ellas, el congelamiento de sus activos el cual se hizo efectivo mediante una regulación de la Unión Europea que canalizó lo resuelto por la ONU. La impugnación de esta normativa hecha por el Sr. Kadi llegó hasta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Esta corte decidió que la regulación regional que materializaba la disposición del Consejo de Seguridad no era compatible con el respeto a los Derechos Humanos de Kadi ya que éste no había sido notificado de su inclusión en la lista de personas sujetas a estas sanciones, todo lo cual generó un menoscabo a su derecho a ser oído y a buscar acceso a una revisión judicial, además de la lesión a su derecho de propiedad (Kokott; Sobotta 2012: 1016, 1017).

De esta manera, puede advertirse cómo en el caso en análisis el recorte de la soberanía estatal producido por una resolución de un órgano internacional no ha contribuido a la satisfacción plena de los Derechos Humanos. Esto evidencia, nuevamente que hay ocasiones en las que, como ya se ha sostenido, reforzar el concepto de soberanía deviene imperioso para la consecución de tales derechos. En este sentido, es interesante traer a colación las ideas de Kokott y Sobotta cuando sostienen que

“La opción de un abordaje dualista en un contexto particular como éste, debe ser entendida como una reacción ante una situación específica que trasciende sistemas de varios niveles. Dentro de éstos, es posible que el grado de protección de los derechos fundamentales garantizados por un nivel superior, no cumplan el grado de protección que el nivel inferior ha desarrollado y que considera indispensable. Rechazar la

preponderancia del nivel superior puede constituir un mecanismo adecuado para dar respuesta a esta deficiencia. En consecuencia, la protección insuficiente de los derechos fundamentales en el nivel de las Naciones Unidas exigió la adopción de una concepción dualista de la interacción entre el ordenamiento de la Unión Europea y el Derecho Internacional.” (Kokott, Sobotta 2012: 1018)

Por último, el panorama de lo acontecido en Kosovo hacia 1999 hace aparecer el elemento de irrecusabilidad antes mencionado al estar en un contexto en que el propio Estado a través de su soberanía no es capaz de cumplir con su responsabilidad de proteger a sus ciudadanos frente a graves violaciones de sus Derechos Humanos (Ruiz Fabri 2008: 23). En esta oportunidad, el uso de la fuerza aplicado por la OTAN en contra de la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro), fue ilegal desde una perspectiva positivista del Derecho Internacional ya que se contradijeron las disposiciones de la Carta de Naciones Unidas al no contar dichas operaciones con la autorización del Consejo de Seguridad, ni encuadrarse el caso en la excepción de legítima defensa regulada por el art. 51 de dicha norma (Cassese 1999: 23). Sin embargo, dicho accionar contó con una justificación ética basada en la primacía de los Derechos Humanos como valores que exigen dejar a un lado la legalidad en pos de salvaguardar derechos tan fundamentales como la vida y la integridad física de una población. Es por lo que Cassese (1999: 27) considera que debe justificarse gradualmente el recurso al uso de la fuerza armada sólo bajo estrictas condiciones particulares como las de este caso, incluso sin autorización del Consejo de Seguridad.

6. Conclusión

A modo de cierre, de todos los escenarios planteados en el acápite precedente puede señalarse que los Derechos Humanos se han construido como valores objetivos más allá de las normas que los regulan porque como sostiene Nino (2007: 4) *“además de ese imprescindible e imperioso reconocimiento, debe apuntarse a un plano todavía más profundo: la formación de una consciencia moral de la humanidad acerca del valor de estos derechos y de la aberración inherente a toda acción dirigida a desconocerlos”*. Esto nos lleva a la necesidad de buscar el respeto de estos derechos anclados en la dignidad humana sorteando los obstáculos institucionales que puedan darse. En esta tarea, se ha creado todo

un orden internacional limitante de las soberanías individuales de los Estados para lograr este cometido. Sin duda esta conquista de la humanidad resulta harto valiosa. No obstante, hay que admitir que el robustecimiento de la noción de soberanía deviene imperioso a la hora de tutelar los Derechos Humanos. La primera instancia más eficaz para luchar contra las violaciones de estos derechos es el propio Estado en cuyo territorio éstas se han perpetrado. Para ello es fundamental que las instituciones estatales domésticas funcionen de manera adecuada. Así, la soberanía construida para el respeto a los Derechos Humanos es aquella que se apoya en un sistema de gobierno democrático, ya que el Estado no siempre debe ser pensado como una estructura opresora de los individuos (Ruiz Fabri 2008: 60). Ha quedado demostrado entonces que los Derechos Humanos como valores constituyen una pauta hermenéutica para determinar la necesidad y legitimidad de ciertas limitaciones a la soberanía, pero también para identificar situaciones en las que ésta será el instrumento más idóneo para salvaguardarlos.

Referencias

- Barreiros, L. (2009), "El derecho internacional contemporáneo y el problema de la soberanía. Un intento de reconciliación", en M. Pinto (comp.) *Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización*, Buenos Aires, Eudeba, 31-90, 70-90
- Berger, P; Luckmann, T. (2011). *La construcción social de la realidad*. Amorroutu: Buenos Aires.
- Buis, E. (2015) "El Derecho Internacional Público: Conceptos, características y evolución histórica", en González Napolitano, S., O. Álvarez, F. M. Armas Pfirter, L. E. Barreiros, P. Bilbao, G. Bottini, M. V. Bruno, E. J. Buis et al., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires: Errepar, 2015; 1-21 [con referato nacional, ISBN 978-987-01-1817-6].
- Cárcova, C (2003). Notas acerca de la teoría crítica del derecho. *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*. N°38. San Juan.
- Cárcova, C. (2014) Racionalidad formal o racionalidad hermenéutica para el derecho en las sociedades complejas. En Cárcova, C (Coord.) *Los derechos fundamentales en la Constitución: Interpretación y lenguaje*. Abeledo Perrot. Buenos Aires.

- Cassese, A. "*Ex Iniura Ius Oritur*. Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community", 10 EJIL, 1991, 23-30
- Chinkin, C. (1999) "UK House of Lords: Regina v. Bow Street Stipendiary Magistrate, ex part Pinochet Ugarte. Spanish Request for Extradition", 93 AJIL, 703-711
- Corte Internacional de Justicia. Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, Recueil 1970, p. 3. Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3.
- De Asís Roig, R. (2006). Hacia una nueva generalización de los derechos. Un intento de hacer coherente a la teoría de los derechos. En Campoy Cervera, I. (Ed.). Una discusión sobre la universalidad de los Derechos Humanos y la inmigración. Dykinson. Madrid.
- Diez de Velasco, M. (2009). Instituciones de Derecho Internacional Público. Tecnos. Madrid.
- Guibourg, R. (2006). La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas. Colihué: Buenos Aires.
- Kokott, J.; Sobotta, C. (2012) "The Kadi Case – Constitutional Core Values and International Law – Finding the Balance?", 23(4) *European Journal of International Law*, 1015-1024
- Krasner, S. (1999). Sovereignty: Organized hypocrisy. Princeton University Press. New Jersey.
- Pinto, M. (2008). *El derecho internacional. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado*, 2ª ed., Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica (Colección Breves).
- Pinto, M. (1997). Temas de Derechos Humanos. Editores del Puerto. Buenos Aires.
- Nino, C. (2014). Introducción al análisis del Derecho. Astrea. Buenos Aires.
- Nino, C. (2007) *Ética y derechos humanos*. Astrea. Buenos Aires.
- Ruiz-Fabri, H. (2008) "Human Rights and State Sovereignty: Have the Boundaries been Significantly Redrawn?", *Human Rights, Intervention and the Use of Force*, Philip Alston and Euan MacDonald (eds), New York, Oxford University Press, 33-86.
- Sands, P. (2001) "Turtles and Torturers: The Transformation of International Law" , 33 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 527, 527-54

Contexto Sociojurídico de la Lex mercatoria en Colombia

Sociojuridical context of the lex mercatoria in colombia

Jorge Isaac Lechuga-Cardozo

Aleida Núñez-García⁺

Oswaldo Leyva-Cordero⁺

Universidad Autónoma de Nuevo León

RESUMEN

El presente artículo es producto de una revisión bibliográfica, cuyo objetivo consistió en mostrar evidencia del contexto socio jurídico de la lex mercatoria en Colombia. Se aplicó el método de análisis, con un enfoque cualitativo, diseño no experimental, bajo un nivel documental-bibliográfico transversal. Tras la revisión documental se encontró que: existe legitimidad de la lex mercatoria y una creciente promoción de esta en el contexto internacional. Se concluye que en Colombia existe una necesidad desde el contexto empresarial por asimilar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, los Principios de Unidroit, las Reglas y Usos Uniformes para Crédito Documentario y algunos íconos jurisprudenciales.

Palabras clave: Contratación Internacional - costumbre mercantil - derecho internacional - lex mercatoria.

ABSTRACT

This article is the result of a literature review, aimed at showing evidence of the legal context of the lex mercatoria in Colombia. The method of analysis was applied, under a qualitative approach, non-experimental design, under a transversal documentary-bibliographic level. After the documentary review it was found that: there is legitimacy of the lex mercatoria and a growing promotion of it in the international context. It is concluded that in Colombia there is a need, from a business standpoint, to assimilate the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, the Unidroit Principles, the Uniformed Rules and Uses for Documentary Credit and some jurisprudential icons.

Keywords: International contracting - international law - lex mercatoria - mercantile custom



⁺Doctorando en Relaciones Internacionales, Negocios y Diplomacia. Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, Universidad Autónoma de Nuevo León. Correo electrónico: jorge.lechugacd@uanl.edu.mx. Orcid ID: orcid.org/0000-0002-0999-5468

⁺ Doctorando en Relaciones Internacionales, Negocios y Diplomacia. Profesor Titular, Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, Universidad Autónoma de Nuevo León. Correo electrónico: aleida.nunezgr@uanl.edu.mx

⁺ Doctor en Gerencia y Política Educativa. Profesor Titular-Investigador, Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, Universidad Autónoma de Nuevo León. Correo electrónico: oswaldo.leyva@uanl.mx

1. Introducción

Hoy por hoy gran parte del mundo, ha sido testigo de transformaciones fundamentales, tanto en las relaciones entre los estados y sus sociedades nacionales como en los patrones de organización económica y política en el plano internacional.

En la dinámica de la globalización hoy se encuentra que los países están ampliamente internacionalizados. Desde 1921 el mundo ha cambiado y con este su orden jurídico. Por ende, el Derecho Internacional debe evolucionar en la misma dinámica de las relaciones internacionales, de acuerdo con las necesidades actuales, la complejidad que impera en el entorno internacional, y la apertura a las nuevas manifestaciones jurídicas internacionales (Virally, s.f., p. 39).

Es necesario el abordaje del derecho internacional de los negocios más específicamente la nueva *lex mercatoria* en la medida que es un tema apremiante e inaplazable que afecta los desafíos no sólo de gobernabilidad y de consolidación en un nuevo orden mundial caracterizado por la complejidad en las relaciones internacionales, sino de la globalización y la justicia internacional.

En este contexto globalizado, existe una urgencia sentida en el entorno jurídico internacional es la de implementar un medio jurídico para la solución de los conflictos comerciales y mercantiles que se caracterice por su flexibilidad, eficacia y universalidad. Postula Cadena (2006):

Es reconocido que el actual sistema legal de contratación internacional no satisface todos los requerimientos de los actores internacionales del comercio. Ellos buscan estructurar una alternativa jurídica que sea adecuada a sus operaciones y necesidades, basándose, para ello, en la repetición de cláusulas contractuales y elaboración de contratos - tipo, la consolidación de usos y costumbres mercantiles, la utilización del arbitraje internacional en la solución de sus conflictos comerciales, la creación de regulaciones profesionales, y la realización de diversos esfuerzos de armonización y unificación internacional de las normas comerciales (Cadena, 2006, p.2).

De acuerdo con la Cámara de Comercio de Bogotá (s.f.) se entiende por costumbre mercantil los usos y prácticas que realizan los comerciantes y que cumplen con los requisitos exigidos por el código de comercio para adquirir la denominación.

Agrega García (2017) “es una forma de obrar del conjunto social que va emergiendo gradualmente, sin promulgación expresa, sin órgano que la declare, que la aplique y que la defienda. Su obligatoriedad se basa en que sea aceptada por dicho grupo social”.

Esta tiene importancia en la medida que constituye un mecanismo ágil para que una práctica comercial pueda ser certificada como costumbre mercantil, contribuye a regularizar las prácticas realizadas por los comerciantes evitando conflictos futuros, y puede llegar a tener la misma autoridad que la ley escrita, su observancia puede ser local, general, extrajera e internacional (Cámara de Comercio de Bogotá, s.f., 4 -8).

Las instituciones económicas y comerciales están en permanente evolución, provocando que nuestras instituciones jurídicas se adapten a la apertura de los mercados de bienes y servicios. Estos desafíos requieren que los agentes económicos implícitos conozcan los medios de pago internacional; las normas aplicables de acuerdo con la regulación vigente; y los criterios de índole, tributario, cambiario, y aduaneros entre otros.

Por tanto, en el presente trabajo se hará una revisión documental y se abordará la importancia del estudio de la nueva *lex mercatoria*, con respecto al marco jurídico y legal que la sustenta en Colombia. En este sentido postula Cadena (2006) “La nueva *Lex Mercatoria* se configura como un fenómeno de transnacionalización del Derecho Comercial Internacional, el cual excede la esfera estatal y se configura como un derecho de clase, autónomo e informal en cabeza de las empresas transnacionales y multinacionales” (p.5).

Agrega Cadena (2006):

La transición económica hacia una economía de mercado globalizada y el consecuente surgimiento de nuevos actores económicos en el contexto internacional, ponen en evidencia la crisis del derecho nacional como normatividad estática, por lo cual se hace necesario la

adopción de nuevas normas que respondan a la movilidad del mercado y que faciliten el desarrollo de las relaciones comerciales entre los actores económicos (p. 8).

En este sentido el papel de la Lex Mercatoria consiste en fundar un ordenamiento jurídico adaptable a las necesidades de la economía de mercado que en función de su volatilidad exige una flexibilización del derecho, de las prácticas comerciales y del papel de los estados nacionales en las esferas del comercio internacional.

Ahora bien, cabe preguntarse en Colombia desde la Jurisprudencia que se ha hecho, como se resuelven hoy las controversias jurisdiccionalmente, cual es el papel de actores como multinacionales y transnacionales. Cómo asimiló Colombia la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, los principios de Unidroit, las reglas y usos uniformes para crédito documentario y algunos íconos jurisprudenciales.

Partiendo de la problemática anteriormente descrita es necesario formular el siguiente interrogante: ¿Cuál es el Contexto Sociojurídico de la Nueva Lex Mercatoria en Colombia?

2.- Revisión de la literatura

A continuación, se definen las dimensiones antecedentes, referentes y desarrollo cronológico a partir de la revisión de los principales autores en el tema.

Antecedentes

Ahora bien, de acuerdo con Cadena (2006):

El 21 de junio de 1985 marcó el hito histórico en que un instrumento jurídico internacional reconoció la procedencia de la nueva Lex Mercatoria como fuente para la resolución de un conflicto en materia comercial. Se trata del artículo 28 (1) de la Ley - tipo de la CNUDMI sobre Arbitraje Internacional Comercial, la cual establece que las normas aplicables al fondo del litigio que el tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio (p.5).

En este sentido en 1980 en Viena se gesta la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías comprende en total 101 artículos y su objetivo es brindar un cuerpo uniforme de reglas que armonizan los principios del comercio internacional (CENUDMI, 2011).

De modo que por medio de la Ley 518 (4 agosto de 1999), Colombia se ratificó la Convención. Dicha Ley fue declarada executable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-529-00 del 10 de mayo de 2000, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell. Se estableció que toda controversia que se genere a partir de la celebración de un contrato de compraventa se resolverá bajo los principios generales de la convención, o a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado (Congreso de la Republica de Colombia, 1999).

En este orden de ideas se analiza el marco estructural de la Nueva Lex a partir de su conceptualización, fuentes, características, actores y causas que la promueven a nivel internacional. Como bien postula Cadena (2006) “Así como la asimilación en Colombia de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, los Principios de Unidroit, las Reglas y Usos Uniformes para Crédito Documentario y algunos íconos jurisprudenciales” (Cadena, 2006, p. 1).

Cuadro 1 *Referentes a Favor y en contra de la Nueva Lex Mercatoria*

<i>Referentes a Favor</i>	
Rentería (2013)	En su artículo "Nueva lex mercatoria y globalización: breves notas de teoría general del derecho" se propone examinar los presupuestos de la lex mercatoria a la luz de los principios de la teoría general del derecho. El autor intenta en primer lugar una definición de la lex mercatoria, seguido por un breve análisis sobre los orígenes históricos de la lex mercatoria. El autor nos presenta seguidamente cómo, desde una perspectiva descriptiva, la "nueva" lex mercatoria se relaciona con los ordenamientos jurídicos nacionales, para concluir con una valoración sobre la función y el lugar de la lex mercatoria en la teoría general del derecho. En este sentido, en particular, el autor parece contraponer a la lex mercatoria como un producto a-nacional de la

	<p>globalización, contra el derecho estatal. Este derecho estatal, nos recuerda acertadamente, es el resultado de un proceso democrático. Por lo tanto, este derecho nacional debería garantizar la aplicación de los principios fundamentales del Estado de derecho, interfiriendo, limitando, matizando, cuando sea necesario, la aplicación de este nuevo derecho transnacional.</p>
<p>Silva (2013)</p>	<p>En su artículo "Resurgimiento de la <i>lex mercatoria</i>: la regulación de las relaciones comerciales internacionales" se propone tres objetivos específicos. En primer lugar, precisar si la "nueva" <i>lex mercatoria</i> constituye una evolución de la "antigua" <i>lex mercatoria</i> medieval. Luego, determinar el contenido actual de la <i>lex mercatoria</i>. Y, por último, establecer cuál es la relación entre la <i>lex mercatoria</i> y el derecho estatal. A tales fines, el autor ensaya una identificación del contenido de la <i>lex mercatoria</i>, incluyendo a los usos, costumbres y prácticas comerciales; los principios generales del derecho, y la codificación (tanto privada como oficial). Seguidamente, el autor sintetiza las diferentes teorías que intentan explicar y conceptualizar este nuevo fenómeno jurídico, englobándolas en dos categorías. La primera está dada por las posiciones autonomistas, que consideran a la <i>lex mercatoria</i> como un fenómeno jurídico original, diferente y separado del derecho estatal. Mientras que la segunda posición "dependentista", basa el fundamento último de la <i>lex mercatoria</i> en el derecho estatal. El autor parecería inclinarse por la conceptualización de la <i>lex mercatoria</i> como "usos y prácticas", las que, sin embargo, no son "autónomas" pero deben ser, en última instancia, reconocidas de una manera u otra por el Estado.</p>
<p>Albornoz y All (2013)</p>	<p>En su artículo "La <i>lex mercatoria</i>, el soft law, y el derecho internacional privado" nos proponen colocar el debate en torno a la <i>lex mercatoria</i> dentro de un marco quizá más amplio: cuál es el de la problemática del así llamado soft law. Los autores conceptualizan al soft law como un "conjunto no sistemático de reglas de diversa índole que, como nota común, ostentan la carencia de obligatoriedad per se", y ubican a la <i>lex mercatoria</i> como una especie dentro del género soft law. A su vez, consideran tanto a la <i>lex mercatoria</i> como al soft law como los subproductos jurídicos de la</p>

	<p>globalización. Seguidamente, los autores nos brindan un panorama exhaustivo sobre diversas concepciones relativas la lex mercatoria y el soft law. Los autores concluyen tomando posición en el debate, al afirmar que, en última instancia la lex mercatoria, y el "derecho blando" en general, se apoyan u originan en el principio de autonomía de la voluntad, principio que se desenvuelve dentro de los marcos establecidos por el derecho positivo que así lo permite.</p>
Galgano (2013)	<p>En su artículo "Los caracteres de la juridicidad en la era de la globalización" centra el impacto de la globalización sobre el fenómeno jurídico. La globalización provoca una nueva universalización del derecho, que se manifiesta, por ejemplo, en un cambio en el sistema de fuentes. No es ya la ley (nacional, positiva) la que enmarca o formaliza la globalización, sino que es el contrato. El contrato es, según Galgano, la fuente del derecho propia de la globalización. Pero contra la dificultad, desgano o temor de las legislaciones nacionales para enmarcar, esto es regular, la globalización, los jueces, como órganos de una sociedad civil internacionalmente integrada, no tienen otra opción que enfrentarse y juzgar casos, concretos y reales, relativos a estos contratos uniformes internacionales. Entonces ¿cómo el juez nacional debe juzgar la validez de contratos internacionales?, ¿por medio de las normas de su propio derecho nacional que tal vez determinen la nulidad del contrato?; un contrato que, si no fuera por la aplicación de las normas nacionales, parecería perfectamente válido; un contrato que además es utilizado multiplicidad de veces y válidamente por las otras "naciones civilizadas". El juez será inducido a considerar no sólo sus leyes nacionales positivas, sino también los "principios jurídicos" comunes con aquellas otras naciones (con quien su país comercia, y con las que forma parte la comunidad internacional). "Lo que es válido en otras naciones puede no ser válido en mi país", parecería concluir nuestro juez. Muchas sentencias se han basado en esta ratio decidendi, diferente (y acaso antitética) a la ratio decidendi propia del Estado constitucional de derecho, basado en la ley. Galgano nos invita a pensar en una posible reconciliación de estas dos</p>

	diferentes racionalidades jurídicas. Acaso, concluye Galgano, los Estados ya no serán soberanos <i>uti singuli</i> ; pero podrán serlo solamente <i>uti socii</i> , es decir como miembros de organizaciones internacionales capaces de gobernar los mercados globales.
Referentes en contra	
Marín (2013)	En su artículo "Negación de la <i>lex mercatoria</i> medieval: de la Feria de Saint Ives a los Consulados del Mar"). Inicialmente se nos propone una mirada escéptica. La autora se basa en un estudio sobre la aplicación del derecho en la Corte de la Feria de Saint Ives, Inglaterra. Según dicho estudio, esta Corte nunca aplicó realmente una <i>lex mercatoria</i> , entendida como un sistema jurídico autónomo, sino simplemente ciertos usos comerciales locales, los cuales se aplicaban juntamente con las leyes reales. Por otra parte, la Corte estaba a cargo de un abad nombrado por el rey. Y aun cuando la misma Corte de St. Ives, y luego los reyes ingleses, hacen referencia al término <i>lex mercatoria</i> , lo hacen siempre en un sentido laxo, preferentemente refiriéndose al derecho procesal. La autora contrapone luego sólidos argumentos históricos a favor la existencia de la <i>lex mercatoria</i> medieval, basándose en este caso en las regulaciones de los consulados hispanos. La autora remarca cómo estos consulados, establecidos por el rey, al momento de administrar justicia comercial, sí aplicaban un cuerpo más desarrollado, amplio y sistemático de usos y costumbres mercantiles, que llegaron incluso a compilarse por escrito. Como lección histórica de la vieja <i>lex mercatoria</i> sobre la nueva, la autora, en una opinión que compartimos, propone evaluar abiertamente las relaciones entre el sector privado (los comerciantes) y el sector público (el Estado) en la configuración de la nueva <i>lex mercatoria</i> .
Boutin (2013)	("La <i>lex mercatoria</i> en el derecho comercial internacional moderno: en su dimensión doctrinal, convencional y judicial del nuevo orden mercático en América Latina") estima que la <i>lex mercatoria</i> está basada en los usos y

<p>costumbres comerciales. Como tales, estos usos y costumbres son diferentes del derecho nacional positivo, son de origen a-nacional, y no llegarían a constituir un sistema jurídico completo o autónomo. El autor remarca la recepción, o reconocimiento "positivo" de los usos del comercio internacional por Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (la que, sin embargo, después de 20 años sólo ha sido ratificada por dos países). Seguidamente, y con especial referencia al derecho panameño, el autor nos reitera una de las preguntas claves de este tema: ¿cuál es el fundamento de aplicación de <i>lex mercatoria</i> a-nacional por autoridades nacionales? La única fundamentación posible es calificar a la <i>lex mercatoria</i> como un "uso comercial" previstos en los códigos de comercio. Claro que esto implica una reconceptualización del significado "usos comerciales" ya que la <i>lex mercatoria</i> incluye una pluralidad normativa que excede el concepto tradicional de "costumbre". Sin embargo, este criterio amplio, o amplísimo, de los que debe entenderse por "usos comerciales" es receptado por la jurisprudencia panameña, cuya Corte Suprema consideró, y aplicó, la Guía Jurídica de la CNUDMI sobre Transferencia Electrónica de Fondos, como un uso comercial. El autor concluye afirmando que la <i>lex mercatoria</i> a-nacional ha sido reconocida a nivel convencional, legal y jurisprudencial. Quedaría por determinar si éste es un reconocimiento no excesivamente amplio, y si los sistemas nacionales no deberían reservarse un derecho de control sobre el contenido material de este nuevo derecho transnacional.</p>
--

Fuente: Elaboración propia, 2019. Adaptado de Giménez (2013, p. 864)

*Desarrollo Cronológico***Cuadro 2** *Desarrollo Cronológico de la Lex Mercatoria en Colombia*

Fecha	Descripción
1950	Fue un concepto identificado y desarrollado de manera pionera por berthold goldman, clive schmitthoff y pierre lalive.
21 de junio de 1985	Marcó el hito histórico en que un instrumento jurídico internacional reconoció la procedencia de la nueva Lex Mercatoria como fuente para la resolución de un conflicto en materia comercial. Se trata del artículo 28 (1) de la Ley - tipo de la CNUDMI sobre Arbitraje Internacional Comercial, la cual establece que las normas aplicables al fondo del litigio que el tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio.
Diciembre 30 de 1992	La Ley 32, aprobó el estatuto orgánico del Instituto para la Unificación del Derecho Privado, realizado en Roma el 15 de marzo de 1940. Fue adoptado por Colombia con la finalidad de buscar la unificación del derecho privado obteniendo vínculos de armonización y coordinación entre los distintos Estados que aprobaron dicha disposición.
10 de febrero de 1994	La Ley 32 de 1992 fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-048, magistrado ponente: Dr. Fabio Morón Díaz.
Agosto 4 de 1999	Por medio de la Ley 518, Colombia se ratificó la Convención.
10 de mayo de 2000	Dicha Ley fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-529-00, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell.

Fuente: Elaboración propia, 2019.

3.- Materiales y Método

Diseño

El enfoque investigativo de la presente investigación es cualitativo, de acuerdo con Hernández, Batista y Fernández (2014) “Utiliza la recolección y análisis de los datos para afinar las preguntas de investigación o revelar nuevas interrogantes en el proceso de interpretación” (p.7).

Alcanzando un diseño no experimental “Que se realiza sin la manipulación deliberada de variables y en los que sólo se observan los fenómenos en su ambiente natural para después analizarlos” (Hernández, Batista y Fernández, 2014, p. 149).

El alcance establecido es el exploratorio “emplean cuando el objetivo consiste en examinar un tema poco estudiado o novedoso” (Hernández, Batista y Fernández, 2014, p. 91).

Instrumentos

Para la construcción del marco teórico-conceptual del contexto socio jurídico de la lex mercatoria en Colombia, se consultaron un total de treinta referencias bibliográficas utilizándose como instrumento las ideas, argumentos y proyectos que fueron interpretados desde una perspectiva analítica y crítica.

Procedimiento

Con relación a la comprensión del problema de la investigación se recopilan fuentes secundarias de documentos académicos. En el marco de referencia se definen los conceptos básicos relativos a contexto socio jurídico de la lex mercatoria en Colombia. Una vez recopilada y analizada la información se construye el documento objeto de este trabajo. Por último, se realizan las recomendaciones y conclusiones conforme a los objetivos trazados (Bascón et al, 2016, p. 196; Cazallo et al, 2019, p. 16).

4.- Conclusiones

En los apartados anteriores hemos podido comprender el papel de la Nueva Lex Mercatoria en Colombia. Sobre la base de los resultados obtenidos con la realización de la revisión documental, podemos enumerar algunas conclusiones generales:

- a) En el siglo XXI, caracterizado por la revolución tecnológica que impacta a las comunicaciones, cabe replantear la antigua institución de la costumbre internacional (Becerra, s.f.). Es por tanto necesario con mente abierta, sus categorías y confrontarlas con la realidad contemporánea. Es importante entonces promover nuevas instituciones o modernizar las ya existentes.
- b) Las instituciones económicas y comerciales están en permanente evolución, provocando que nuestras instituciones jurídicas se adapten a la apertura de los mercados de bienes y servicios. Estos desafíos requieren que los agentes económicos implícitos conozcan los medios de pago internacional; las normas aplicables de acuerdo con la regulación vigente; y los criterios de índole, tributario, cambiario, y aduaneros entre otros.
- c) El derecho internacional contemporáneo necesita certeza en su creación y democracia no solamente formal con elementos como justa razón, opinio juris, que llegan a ser exotéricos sino llegan a expresar el sentido real de los Estados y se convierte en un derecho consuetudinario de carácter plutocrático (Becerra, s.f.).

Podemos afirmar que la presente investigación sirve como paso previo para estudios más consistentes a desarrollar en el futuro, que incluyan una investigación empírica encaminada a profundizar en el conocimiento del papel de la lex mercatoria en Colombia. Siendo cociente de ello se considera oportuno dar continuidad a este estudio planteando como futuras líneas de casos de solución de controversias con aplicación de la lex mercatoria que pueda facilitar datos cuantitativos y estadísticamente relevantes.

Referencias

- Albornoz, J. y All, P. (2013). La lex mercatoria, el soft law, y el derecho internacional privado. En J. Silva (Ed.), Estudios sobre lex mercatoria. Una realidad internacional. Ciudad de México, México: Universidad Autónoma de México.
- Arango Olaya, M. (2004). *El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*. Recuperado de: <http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf>
- Bascón, M.; Cazallo, A.; Lechuga, J. & Meñaca, I. (2016). Estudio de la necesidad de implantar un servicio público de transporte entre las ciudades de Ceuta-Tetuán y Melilla-Nador. Desarrollo Gerencial Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, administrativas y contables de la Universidad Simón Bolívar 8(2), 37 – 57.
- Becerra Ramírez, M. (s.f.). Notas sobre problemas teóricos de la costumbre internacional. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2547/10.pdf>
- Boutin, G. (2013). La lex mercatoria en el derecho comercial internacional moderno: en su dimensión doctrinal, convencional y judicial del nuevo orden mercático en América Latina. En J. Silva (Ed.), Estudios sobre lex mercatoria. Una realidad internacional. Ciudad de México, México: Universidad Autónoma de México.
- Cadena, W. (2006). *Impacto en Colombia de la Lex Mercatoria*. En Civilizar, 11, 1 -21.
- Calduch, R. (1991). *Relaciones Internacionales*. Madrid: Ediciones Ciencias Sociales, p. 1.
- Cámara de Comercio de Bogotá (s.f.). *La costumbre mercantil*. Bogotá: Autor.
- Cazallo, A.; Meñaca, I.; Lechuga, J.; Medina, H.; Uribe, C. y Barragán, C. (2019). Modeling foreign investment received in the Colombian oil sector during the period 1996-2016. Revista Espacios, 40 (20), 13– 23.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CENUDMI (2011). *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*. Nueva York: Autor.
- Congreso de la Republica de Colombia (1999). Ley 518 de agosto 4 de 1999. Por medio de la cual se aprueba la "Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías", hecha en Viena el once (11) de abril de mil novecientos ochenta (1980). Bogotá (Colombia): Diario Oficial No. 43.656.

Corte Internacional de Justicia (s.f.). *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, Artículo 38.

Fernández Rozas, J. (2009). Autorregulación y unificación del derecho de los negocios internacionales. En González, J. *Derecho de la regulación económica*. Madrid: Iustel.

García Bautista, H. (2017). *La costumbre mercantil en Colombia como fuente del derecho: un estudio sobre su teoría, práctica y uso a través de la jurisprudencia y la doctrina*.

Recuperado de:

[https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14012/4/LA%20COSTUMBRE%20MERCANTIL%20EN%20COLOMBIA%20COMO%20FUENTE%20DE%20DERECHO%20\(DEFINITIVO\).pdf](https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14012/4/LA%20COSTUMBRE%20MERCANTIL%20EN%20COLOMBIA%20COMO%20FUENTE%20DE%20DERECHO%20(DEFINITIVO).pdf)

Hernández, R., Fernández, C., y Baptista, P. (2014). *Metodología de la investigación*. México: Mc Graw Hill.

Hill, Ch. (2011). *Negocios Internacionales*. México: McGraw-Hill.

Galgano, F. (2013). Los caracteres de la juridicidad en la era de la globalización. En J. Silva (Ed.), *Estudios sobre lex mercatoria. Una realidad internacional*. Ciudad de México, México: Universidad Autónoma de México.

Giménez Corte, C. (2015). Estudios sobre lex mercatoria: Una realidad internacional. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 48(143), 863-870.

Guijon Klein, R. (1969). *Características Jurídicas de las Operaciones del Banco Interamericano de Desarrollo*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 65.

Kunz, J. (s.f.). *El derecho internacional en la teoría Kelseniana*. Recuperado de: <http://www.bdigital.unal.edu.co/17769/1/13448-37929-1-PB.pdf>

Malpica De la Madrid, L. (1980). *El arbitraje internacional y el derecho internacional*. Recuperado de: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/2/918/24.pdf>

Marín, Z. (2013). Negación de la lex mercatoria medieval: de la Feria de Saint Ives a los Consulados del Mar. En J. Silva (Ed.), *Estudios sobre lex mercatoria. Una realidad internacional*. Ciudad de México, México: Universidad Autónoma de México.

Mogilevich Dubin, A. (1972). *La comunidad Supranacional*. Santiago de Chile: Ed. Andrés Bello, p. 26.

Oyarce- Yuzzelli, A. (2014). El Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado. En *Revista Vis Iuris* 1 (1), 35 – 46

Pacheco, M. (1985). *Juris. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cuenca*, 7, 42 – 75.

Rentería Díaz, A. (2013). Nueva lex mercatoria y globalización: breves notas de teoría general del derecho. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3881/13.pdf>

Sánchez, V. & Otros (2010). *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Huygens.

Silva, J. A. (2013). *Estudios sobre lex mercatoria. Una realidad internacional* (2a. ed). México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Zambrana Ramírez, C. (1995). *Administración del Comercio Internacional*. Costa Rica: Publicaciones UNED, p. 13.

Virally, M. (s.f.). *Las fuentes del Derecho Internacional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/4/1911/7.pdf>

El fraccionamiento contractual de la cláusula pacta sunt servanda y el carácter programático del principio de mutabilidad del negocio jurídico estatal

The contractual fractionation of the pacta sunt servanda clause and the programmatic approach of the principle of mutuality of the state legal business

Diego Fernando Yanten Cabrera¹
Alex Rodrigo Coll²

RESUMEN

La naturaleza iusfundamental del principio de autonomía de la voluntad como estándar extrajurídico determinante para la consolidación del acto jurídico contractual es innegable, sin embargo, la materialización de aquél, al interior del ámbito negocial estatal, puede verse afectada, lo cual produce la desacralización del esquema de legalidad de los pactos alcanzados con ocasión de un negocio jurídico. Podría aseverarse incluso que, existe una ruptura del principio de igualdad entre las partes contratantes y una exacerbación que informa la oponibilidad relativa. El presente artículo examina la posibilidad que se suscita tras un proceso de reconfiguración negocial inesperada y la consecuente validez de un acto jurídico diferente, no obstante, ser el mismo.

Palabras clave: Negocio jurídico - Contrato estatal - Fines esenciales del Estado - Autonomía de la voluntad - Equilibrio económico.

ABSTRACT

The essential nature of the principle of autonomy of the will as an extra-juridical standard key for the consolidation of a contractual legal act is undeniable, however, the materialization of the principle within the State's business sphere may be affected, which leads to the dismantling of the scheme of Legality of the agreements reached in connection with a legal transaction, it could be asserted that there is even a rupture of the principle of equality between the parties and an exacerbation of that which informs the relative effectiveness. The present article examines the possibility that arises after an unexpected reconfiguration process and the consequent validity of a different legal act.

Keyword: Legal business - State contract - State essential purposes - Autonomy of the will - Economic balance



¹¹ Doctorando en Métodos Alternos de Solución de Conflictos de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Magister en Derecho Administrativo del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Abogado de la Universidad Cooperativa de Colombia- Profesor titular e investigador adscrito al grupo de investigación GICPODERI perteneciente a la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali. diego.yanten00@usc.edu.co

² Magister en Derecho con Énfasis en Derecho Público y Abogado. Docente de tiempo completo e Investigador adscrito al Grupo de Investigación Lumen Humanitas y Grupo de Investigación en Derecho y Ciencias Políticas de la Facultad de Ciencias Sociales y Políticas de la Fundación Universitaria Católica Lumen Gentium. acoll@unicatolica.edu.co

I. Introducción

La naturaleza negocial contractual, cualquiera que sea su especificidad, posee semejanzas incuestionables, gravita en torno a la expresión de la voluntad de las partes contratantes, engastada en una relación, eminentemente conmutativa (Canal, 2016, p. 147). *Contario sensu*, existe una gran distancia entre las peculiaridades antecedentes al *negotium* privado y, como resulta lógico, a aquel que procede de verdaderas autoridades administrativas. Ciertamente, para lograr la materialización y el perfeccionamiento contractual, resulta necesaria la exteriorización de la voluntad de las partes –indistintamente de su origen sistemático–, no obstante, la caracterización estructural –la pertenencia misma a órbitas de actuación civilista o administrativista– contienen particularidades propias, esto es, la razón de ser una cosa y no otra: *e. g.* las particularidades inherentes a los acuerdos, la ejecución, las bifurcas y la finalización negocial (Aponte, 2014, pp. 178 y s.s.) sugieren una correspondencia autoevidente con referencia a la consideración relacional-creadora, voluntad/acto negocial, lo cual evoca un paralelismo exacerbado entre voluntad creadora-civil, que tiene por efecto directo la materialización de un esquema creador sub-legislativo provocado por la efervescencia social del *principium laissez faire, laissez passer*. Este esquema contiene límites socio-integradores (interés general), empero anuda en sí, permisiones reguladoras (Keynes, 2010, pp. 272-294); esto viabiliza la mutación contractual según la extensión voluntaria de consuno de los agentes contratantes, nunca de manera unilateral.

El contrato estatal, por su parte, construye como suya la posibilidad transformativa o supresora de la voluntad misma, supone, pues, como posible (mas no permanente) la mutabilidad del negocio jurídico (Hitscherich, 2005, p. 20-21). Si bien es cierto, la consensualidad generadora está llamada a perdurar y convertirse en fuente de verdaderas obligaciones (Schiller, 2006, p. 194; Shimabukuro, 2015, p. 20), el “si acaso...” contiene la ubicuidad corrosiva que hace de la conmutatividad un “no-definitivo”, sino un “sí... pero...”. La razón del por qué se estructura como posible esta subrepticia consideración sobre la gravedad misma del *negotium legalis*, o sea, la razón misma del porqué el acto jurídico negocial público actúa sobre la sociedad, brinda, igualmente, razón para superar así la voluntad genealógica del contrato mismo. El mismo grado de indeterminación de la voluntad

es postulada por la fuerza creadora que lo impulsa, esto es, los conceptos indeterminado-jurídicos que lo sustentan (Cassagne, 2006, pp. 186-187).

Este artículo pretende demostrar la afectación del carácter *iusfundamental* del principio de la autonomía de la voluntad de las partes involucradas en un acto jurídico negocial, regido por las regulaciones especiales de la contratación estatal, cuando las bifurcas unilaterales configuran un acto jurídico derivado, distinto del originario. La voluntad no genera, únicamente, el nacimiento de las obligaciones, sino que, estrecha el vínculo de sus efectos durante la ejecución y en la finalización misma. El proceso hermenéutico-crítico realizado en la investigación, derivado de la exploración documental y de la revisión bibliográfica y normativa, decanta, además, la imposibilidad de oponibilidad real a las variantes contractuales por parte del extremo pasivo de la mutación, quebrantando el principio de igualdad y el carácter sinalagmático del acto (Amaya, 2016, pp. 110-11).

De buen principio, el artículo realiza un acercamiento al carácter directivo adscrito a la voluntad, en tanto que, exteriorizada representa, no una externalidad individual previa a la comprensibilidad intersubjetiva, sino un principio determinante para la corroboración obligacional contractual, unido a la materialización instrumental-eficientista de la telesis inscrita en los desarrollos funcionales estatales, como explicación no justificada de la adopción, dominante, de contenidos contractuales no volitivos y exorbitantes. La voluntad exteriorizada, en los actos contractuales estatales genera un estado fáctico y jurídico obligacional primigenio; las variaciones unilaterales del acto no encuentran en la voluntad un nicho obligacional de derecho sino adoptado de *factum* por el extremo activo de la mutación contractual. Finaliza, este artículo, en igual sentido, exhibiendo el detrimento del elemento volitivo de los actos jurídicos contractuales estatales como representación de la conmutabilidad del contrato, que constituye la *quinta essentia* en la formación de estos actos, arraigada a la naturaleza y no a su especificidad (Santofimio, 2009, pp. 16 y s.s.).

I. El carácter iusfundamental de la autonomía de la voluntad como principio determinante del título obligacional negocial

La naturaleza omnicomprensiva negocial de la autonomía de la voluntad estructura un vínculo obligacional cuasilegislativo –un verdadero poder de autogobierno– (Arnau, 2009, p. 136), entre los particulares que, conmutativamente, enlazan obligaciones y deberes, entabándose así una relación recíproca contractual entre el sujeto obligado y su análogo, esto es, el sujeto facultado para exigir el cumplimiento de la obligación, jurídicamente reconocida. Solución lógica cuando se trata de actos contractuales afectados por el principio de bilateralidad (artículo 1496 Código Civil). Se trata de una delegación legislativa, en cabeza de los particulares, para la autorregulación de las relaciones sociales de contenido jurídico, en pro del mejor beneficio recíproco de los interesados, sin que ello signifique o provoque desmedro del interés general de la sociedad (Corte Constitucional, 1993). Compromete, en cabeza de los extremos intervinientes, una forzosa constancia en el desarrollo de los acuerdos alcanzados, vinculados por ocasión y por razón de la precitada expresión exteriorizada de origen volitivo (Picod, 1989; Brunswick, 2016, pp. 17 y ss.).

1.1. Precisiones de concepto

Este presupuesto contiene la suficiente fuerza expresiva para soportar la posibilidad de establecer, *ab intra* de los estándares normativos de carácter dispositivo–privados, proposiciones con contenido obligacional (Lehmann, 2005, p. 11). Repercute en la posibilidad de extender, hasta los límites sistemático-jurídico posibles (Corte Suprema de Justicia, 2011), la proyección constructiva de sus propósitos vitales, siempre que concurren los elementos de existencia y validez del contrato (artículo 1502 *ídem*). Lo anterior, se traduce en la verificabilidad de: capacidad legalmente atribuida, consentimiento exento de vicios, causa y objeto lícito, como también, para el caso de los contratos solemnes (artículo 1500 Código Civil), la saturación del cumplimiento de la formalidad *ad solemnitatem*.

La conmutatividad (artículo 1498 del Código Civil) se encuentra precisada por el carácter iusfundamental que la autonomía de la voluntad contractual³ supone. Se traduce en la

³ En efecto, la Corte Constitucional (2003), ha manifestado, con elocuencia que: “El derecho a la autonomía privada no es entonces un derecho patrimonial, no es reconocido *ex singuli*, ni depende de ciertas situaciones jurídicas, no es disponible ni enajenable por parte de su titular o de un tercero (Estado o particular) y no es

posibilidad de sujetar y empeñar la libertad particular a la precisión de un título obligación que, a su vez, se traslada desde la preexistencia de un consenso intersubjetivo, al interior del cual la voluntad contractual es decisiva y, hasta cierto punto, definitiva. En virtud de esa autonomía voluntaria los particulares pueden: “(i) celebrar contratos o no celebrarlos [...], (ii) determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos [...], (iii) crear relaciones obligatorias entre sí” (Corte Constitucional, 2013), que no generen, *per se*, vínculos obligacionales respecto de aquellos que no han brindado su consentimiento en la formación y ejecución negocial.

No obstante, esta precisión no mengua el carácter dispositivo de la autonomía de la voluntad. Refuerza sus contornos delimitantes y asegura su carácter programático–restrictivo tendiente a la materialización del acto jurídico negocial (artículo 1495 Código Civil), puesto que, aunque la legitimidad de los pactos alcanzados está amparada por sus propias determinaciones, aquella vinculación no puede precisarse si para su consolidación se subvierte la estructura sistemática que el Estado Social de Derecho protege a través diversos estándares (Corte Constitucional, 2013).

La logicidad de este argumento se contrae a la percepción connatural del Sistema Jurídico como fuente y límite de directrices jurídico–vinculantes de corte privado. Comporta la configuración de fundamentos teóricos, tales como, la teoría del objeto jurídico genérico, por contra, a la teoría del objeto jurídico concreto, que supone la necesidad de delimitar el objeto del contrato a la proyección sistemática del régimen jurídico. Implica, a su vez, una frontera inquebrantable para el principio de la autonomía de la voluntad negocial (Ospina y Ospina, 1998, pp. 7–11).

Sin embargo, a pesar de aquel baremo previsto por el propio sistema jurídico que traduce una regulación de las desideratas configurativo–contractuales de los particulares, la autonomía de la voluntad precisa un esquema de autoprogramación obligacional que implica barreras recíprocas. Estas barreras, en estricto sentido no horadables, se aperciben con la

atribuido *ex negotium* sino que tiene su fuente directa en la Constitución y en la Ley, y constituye desarrollo imprescindible tanto del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 14 Superior) como del derecho al libre desarrollo de la personalidad y el principio general de libertad”.

adscripción de dos principios adicionales determinantes: el *pacta sunt servanda* y, la subsecuente habilitación legal configurativa, prevista en el *laissez faire, laissez passer*. La doble connotación –permisión para crear títulos obligacionales y estatus de ley de las fuentes obligacionales suscritas para las partes–, se complementa, además, con el *laissez contracter*, “que favorece la supresión de cualquier traba a la libertad contractual” (Camacho, 2005, p. 64). Adscribe y permite una proyección protectora sobre las directrices determinantes de contenido negocial y las blindas respecto de posibles transmutaciones *in concreto*, lo que materializa, en efecto, el principio de inmutabilidad unilateral del contrato (Corte Constitucional, 2013).

No cabe duda de que, “el significado y efectos del negocio jurídico descansan en la voluntad de las partes” (Lehmann, 2005, p. 11). Esta implicancia materializa la consolidación de la legalidad del pacto alcanzado, consistente en la sujeción a una obligación y a una facultad decididamente definidas, que predisponen, *eo ipso*, la imposibilidad verosímil de que esa misma autonomía creativa, de esencia *iusfundamental*, se transforme, sin más, en una autonomía individual deconstructiva del contrato creado. Esta es la naturaleza restrictiva del principio de autonomía de la voluntad individual, una vez alcanzado el consenso intersubjetivo y la apropiación transubjetiva de existencia y validez del acto jurídico (Hinestrosa, 2000, p. 34).

La categoría *iusfundamental* de la autonomía de la voluntad es, desde luego, infranqueable y su proyección privada es innegable –aunque mensurable– hecho que no tiene un eco similar en tratándose de su proyección público–negocial. Aunque se reconoce su naturaleza inmanente, la extensión se reduce substancialmente porque aquélla, para ser tal, debe adecuarse a los postulados de una Administración prestacional preocupada, en entero, por la solucionabilidad de necesidades colectivas de primer orden. Repercute en la adecuación de aquélla, esto es, la autonomía de la voluntad, a los actos administrativos separables (Consejo de Estado, 2006), *ad exemplum*, el pliego de condiciones (Consejo de Estado, 2013) y la formalidad como elemento de validez del acto jurídico estatal e, igualmente, se supedita a los principios de selección objetiva y libre concurrencia de oferentes (Corte Constitucional, 2012)

1.2. Los presupuestos teleológico–instrumentales del Estado

La singularidad que representa la especificidad teleológica que anima la naturaleza contractual del Estado, establece y construye un sistema cerrado –no obstante, versátil a las circunstancias coyunturales comunitarias– (Schmidt–Assmann, 2003, pp. 92–93). Su vórtice se comprime limitativamente sobre las diversas aspiraciones prejurídicas que contienen los sujetos cocontratantes. Se determinan por aquélla en sus actividades esencializadoras de propósitos estatales (Marienhoff, 1994, pp. 17–18), en tanto colaboradores activos de la Administración Pública por virtud de un fundamento obligacional establecido mediante un acto negocial estatal, para el cumplimiento de tales cometidos. El contratista, apresurado por la motivación económica coadyuva con la Administración para el logro de los fines propuestos y la Administración categoriza su eficiencia para la satisfacción del interés público (Consejo de Estado, 2011). Se trata del “principio de eficacia de la administración pública, según el cual las autoridades administrativas ostentan cargas relativas al desempeño de sus funciones, en orden a implementar y brindar soluciones a problemas de los ciudadanos” (Corte Constitucional, 2009).

Aquella substancia angular representada por los fines esenciales del Estado se extiende transversalmente sobre las actividades públicas como eje medular–existencial de la Administración Pública (Consejo de Estado, 2016). Su efecto aglutinador evidencia la respuesta al por qué, cómo, cuándo, dónde, quién y para quién la actividad estructuralizada de las Entidades Administrativas (Artículo 2º Ley 80 de 1993), se hará efectiva. Concreta para éstas últimas –las entidades– los efectos determinantes de su actividad y construye a su paso, los elementos definitivos para su real materialización.

La secuencia programática de aquéllos ocasiona, por su propia sistematicidad, una serie de elementos que se traducen en la conversión ontológica de estándares jurídico–privados, que, aplicados al sector público–contractual, gracia de la existencia de un título obligacional, se encuentran afectados por la naturaleza delimitante del interés general (Corte Constitucional, 2007). También así, por las cláusulas exorbitantes (Consejo de Estado, 2006), que cobijan en su seno el extremo fuerte de la relación negocial. Sin embargo, aunque esta predisposición de que adolecen las disposiciones jurídicas resulta, si es contrastada con el

régimen civil, hasta cierto punto, chocante, lo cierto es que, la voluntad se concretiza en el hecho inexcusable del querer creador de fuentes obligacionales con el Estado. El sujeto legalmente capaz, sea este, persona natural, sociedad, consorcio o unión temporal, tiene la facultad (entiéndase “voluntariedad”) de generar obligaciones negociales o no, bajo los términos impolutos de la función administrativa (artículo 209 constitucional) y, la Administración, se encuentra irremediabilmente coaccionada al uso de las prerrogativas desequilibrantes, para beneficio y satisfacción del bien común (Blanquer, 2013, p. 361).

De conformidad con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, la contratación pública inscribe en su télesis “la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines” (Consejo de Estado, 2011). En tal sentido, la legislación dispone una serie de principios y presunciones (Patiño, 2008, pp. 55-65), que rigen los cursos de acción que afectan la voluntad contractual pública. Se objetiviza la selección del contratista y, los mecanismos de contratación son, por regla general, a través de licitación pública o concurso de mérito, excepcionalmente, de manera directa. Limita la posibilidad de las actuaciones discrecionales de la Administración Pública y revoca objetivamente, la atomización del poder público (Rabotnikof, 1993, pp. 85-86), *reductio ad unum* (Zagrebel'sky, 1996, p. 118), que inscribe en sus desarrollos intereses individualizados, en la formación de los contratos estatales. No obstante, en sus procesos, tiende a materializar afectaciones a la libertad configurativa obligacional del particular que concurre al acto negocial.

Ese contexto limita, gracia de la razón de Estado, el derecho fundamental de la autonomía de la voluntad, empero no, en el mismo sentido, el poder decisorio del individuo capaz de contratar. La voluntariedad, como se advirtió, permanece intacta, no así los demás elementos configurativos de la existencia del contrato estatal. La causa, como elemento motivacional (Escola, 1977, p. 186), se descompone, al igual que la conmutatividad, elementos determinantes del negocio jurídico, pues, su licitud se encuentra condicionada porque se determine fehacientemente como producto de la materialización efectiva de fines esenciales del Estado en concordancia con una necesidad colectiva *in concreto*, previamente determinada. La conmutatividad en el ámbito privado viene estrechamente ligada a la voluntad y a los intereses subjetivos de los contratantes, mientras que, en el ámbito público,

su amplitud o su escasez, están necesariamente vinculadas a los presupuestos objetivos que establece el orden jurídico (Rico, 2012, pp. 86–87; López, 1976).

En efecto, el principio de inmutabilidad unilateral propio del acto jurídico contractual privado cede frente a la flexibilidad o mutabilidad unilateral del negocio estatal, no obstante, esa variabilidad excepcional representa una proyección –como se verá más adelante– de la garantía inexcusable de la convergencia eficaz de los restantes principios de la contratación estatal. Por lo pronto, valga manifestar que, la naturaleza de esta variabilidad se encuentra destinada a la garantía indiferenciada centrada en la materialización de verdaderos propósitos estatales a través del desarrollo del principio de la buena prestación del servicio público⁴, sin que por tal hecho la responsabilidad atribuida o atribuible a la Administración desaparezca. La mutabilidad unilateral del contrato estatal se presenta, *ab initio*, como una prerrogativa en cabeza de la Administración Pública, no obstante, *in media res – ad infine*, se traduce en una obligación ligada a los propósitos particulares del contrato estatal (Botero, 2016, pp. 8-9).

De ese modo, aunque existen diferencias substanciales en su tratamiento desde la perspectiva del régimen jurídico público y el ordenamiento destinado a la regulación de las actividades particulares, lo cierto es que, la autonomía de la voluntad –limitada en los dos esquemas– se encuentra estructurada como un estándar indispensable para la consolidación del acto jurídico negocial. Sin embargo, la disposición del cocontratista a la proyección comunitaria–esencial de la Administración Pública, lo sitúa como el extremo débil de la relación contractual, empero, esta categorización es propia del principio de autonomía de la voluntad contractual, un efecto de la libertad contractual y de la libertad para contratar, que vincula a la decisión voluntaria del particular, su posibilidad de contratar o no con el Estado. Al hacerlo, íntimamente acepta y externamente declara (Aguilar, 2006, pp. 12–15) su propia limitación, con ello la aprehensión sistemático–contractual del derecho fundamental a la autonomía de la voluntad, no sólo queda estructurada, sino, en efecto, asegurada.

⁴ Es importante precisar que no obstante, el criterio del servicio público constituye la generalidad aceptada, existen disidencias conceptuales, dada la vaguedad o la indeterminación del concepto. Al respecto ver: Delgadillo y Lucero (1994, pp. 273 y s.s.).

II. El factum principis y la mutabilidad unilateral del contrato estatal

El derecho fundamental de la autonomía de la voluntad auto-compone la substancia esencial e inmanente que resulta propicia y adecuada al acto negocial. Su proyección afecta la constitución sistemática del contrato estatal, pues, aquélla adscribe, en su interior, el principio concretizador del *pacta sunt servanda*. Su extensión, en tanto estándar normativo, permite la asegurabilidad de los elementos existenciales del contrato -estos que, subsecuentemente, suponen su validez y repercuten en su eficacia-, preestableciendo, a su paso, facultades tendientes al reconocimiento de una obligación recíproca e inclinando los elementos de cumplimiento a un círculo de garantías. Éstas, redundan no sólo en la satisfacción negocial de las partes contratantes, sino, también en el seno de la comunidad, con la saturación de necesidades colectivas y la proyección real de los estándares superiores teleológicos que determinan la actuación estatal (Fernández, 2016, pp. 167-168).

1.1. Genética del contrato estatal

La relación contractual presupone obligaciones y derechos recíprocos. Aferra su naturaleza en el *pacta sunt servanda*. La intervención legislativa, que es ajena a la voluntad exteriorizada, solo cobra vida en la medida de las necesidades configurativas del pacto, bien por omisión, bien por alcance limitado de esa voluntad exteriorizada que impide la perfección del negocio. Las cláusulas inmersas en el pacto generan un vínculo con carácter normativo para las partes, alterable solo por el consenso de los extremos contratantes o por mandato expreso de la ley (Consejo de Estado, 2003).

Aquella perfecta armonía entre facultades y obligaciones recíprocas, precisadas en el escenario de la prevalencia del interés general que, desde luego, enaltece el principio de conmutatividad de las relaciones jurídico-vinculantes, recibe el nombre de equilibrio contractual. Predispone la tendencia consecuencialista de una Administración prestadora que colabora juntamente con agentes privados –ajenos al Derecho Público por no estar presente entre ellos y aquél una “relación especial de sujeción”, aunque sí, una regulación actuarial autoevidente al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Corte Constitucional, 1998)– para el desarrollo de sus propósitos determinadores. Sin embargo, la variabilidad unilateral de las condiciones contractuales, reifica la condición de iguales e

instrumentaliza al extremo débil (Delpiazzo, 1999, pp. 216-219)⁵, muchas veces afectando el precitado equilibrio. Es en este ámbito, donde la objetividad causal de la mutabilidad cobra valor determinante, pues consolida, vía protección del interés general, la legitimación de las potestades exorbitantes de la Administración (Parejo, 2012, p. 54), propendiendo por no generar afectaciones negativas al pasivo de la bifurca.

La perfecta ecuación genética del contrato sinalagmático de carácter estatal expresa un esquema, *ab intra*, del cual la bilateralidad presupone la nota esencializadora (Corte Constitucional, 2001), eminentemente sistémica. Convergen, el interés público–constitucional y los intereses emergentes de los colaboradores de la Administración que fungen como elementos instrumentales para la consecución de tendencias teleológico–existenciales bajo la estructura de verdaderas prestaciones correlativas. Sin embargo, lejos se encuentra el esquema contractual de contenido válido–existencial de concretarse como a–problemático. La consecuencia multicausal de actividades adscritas a la Administración Pública (Villar, 1982, pp. 108-109), presupone imponderables que afectan el devenir negocial y que auspician la ruptura entre las disposiciones jurídico–autonómicas, precisadas en la etapa precontractual constructivista y que afectan la ejecución y liquidación del contrato estatal.

La afectación en la línea formal–determinista del vínculo contractual adquiere relevancia si se repara en la adscripción del Estado, como estructura de tendencia teleológica, que no sólo antepone su actividad causal a la concreción efectiva del negocio jurídico y la materialización particular del elemento motivacional de validez contractual –lo que a su vez evidencia la eficacia funcional de los fines esenciales que animan su génesis–, sino que, el entramado prestacional, del cual es deudora evidente la Administración Pública, puede expresar colisiones probables entre diversas actuaciones normativo–teleológicas que tienen por propósito esa misma esencia prestadora. Ese curso causal que puede resultar incontrovertible e incontrolable dado el sinnúmero de actividades que el Estado debe atender o que, siendo, efectivamente, controlable en sus determinaciones causales resulta necesario

⁵ *Contrario sensu*, una gran mayoría proponen y defienden la mutabilidad de los contratos estatales como un principio mínimo e irrefutable de la específica modalidad contractual, que posee un vínculo estrecho con la tésis inscrita en el instrumento, sobrepasando su simple contenido. Al respecto ver: Garrido (1992, pp. 87-89), Brewer (1997, pp. 160-167) y Dromi (1995, pp. 505 y 519).

e innegable, supone, en un sentido restrictivo, la contracción del principio de autonomía de la voluntad y la exacerbación del estándar de mutabilidad unilateral que es tan peculiar de los ámbitos negociales estatales (Consejo de Estado, 2009).

La convergencia funcional orgánico-causal (Saavedra, 2008, pp. 514 y ss.)⁶ desata, en tanto consecuencia lógica –si la extensión de los diversos cursos causales, una vez colisionados unos contra otros, afecta un negocio jurídico estatal cualquiera–, el desequilibrio contractual. La ruptura de la correlatividad. Propicia, a su paso, la necesaria disyuntiva configurativa propuesta entre garantía y subsidiariedad, entre mutabilidad contractual y consecuencia residual subsecuente de una potestad jurídico-estatal exógena al contrato, desde la perspectiva de la ajenidad a aquellas autonomías de la voluntad concurrentes, tendencialmente agrupadas para un fin común. Esa doble fisura pluricausal (Garrido, 2011, pp. 6 y s.s.), desde la perspectiva del ejercicio multi-orgánico del poder (Ospina, 2014, p. 137), quebranta el sazón normativo-obligacional sobre el cual se erige el contrato estatal, lo que supone, a su paso, la deflación del principio nuclear de la autonomía de la voluntad y afecta la precisión negocial instrumental del extremo contractual débil. Exíjase así, para el caso, proceder a restablecerse el equilibrio fragmentado. La afectación así configurada, conjura una solución, aquélla precisándose, en atención a los presupuestos fundacionales que desataron la contraecuación contractual y la ruptura del principio de igualdad negocial (Bercaitz, 1980, p. 151).

Si la afectación residual es propiciada por un factor inconcurrente en la relación negocial estatal, la imprevisibilidad contractual es autoevidente (Long, 2000, p. 119), su extensión virtual implica el concurso, como es obvio, de un contrato sinalagmático perfecto estatal,

⁶ Desde luego, la asimilación de la teoría de la equivalencia de condiciones es evidente, lo que se presupone es la concurrencia inmensurable de diversas causas funcionales que, siendo crecientes, son incontenibles. La propuesta aquí codificada, aunque no por ello acrítica, es adecuada toda vez que advierte la presencia de diversas causas público-actuariales que confluyen y desatan la teoría de la imprevisibilidad mas no –como se verá en breve– la teoría del hecho del príncipe, para la cual, por obvias razones de imputabilidad, el camino propicio será la teoría de la causalidad adecuada. Por contra, la imposibilidad teórica de la equivalencia de condiciones, en cuanto postulado, es irrefutable y sus consecuencias son bien conocidas, en palabras de Saavedra, excelente jurista y antiguo magistrado del Consejo de Estado “... el reproche generalizado de la doctrina a la fórmula de la *equivalencia de las condiciones* es que cuando se la emplea sin correctivo alguno amplía en forma exagerada el ámbito de la responsabilidad, independientemente de si se lo examina tanto hacia el pasado como hacia el futuro...”.

sumado al cual, debe precisarse la presencia de un hecho, que al interior de la relación causal, se encuentra afectado, en sus consecuencias causales mas no en su sentido ontológico, por la imprevisibilidad misma (Gorbaneff y Cabarcas, 2009, p. 77-79). Aquélla que, a su vez, no pudo ser controlada ni era aprehensible como factor controlable por la incidencia del principio de autonomía de la voluntad en la etapa precontractual –imprevisión previsible– (Consejo de Estado, 2006). Como es lógico, el ejercicio de adecuación causal entre el contenido factico–objetivo (el hecho) y la consecuencia normativa (ruptura de la ecuación contractual) debe ser posible, lo que propicia la *imputatio facti*, bajo el esquema de la causalidad adecuada y la causalidad próxima (Coderch, 2002, p. 16)⁷. No obstante, para que la teoría de la imprevisibilidad contractual sea predicable, el siguiente paso valorativo, esto es, la *imputatio iuris* debe corresponderse con un parte no contratante, lo que a su vez estructura la consecuencia lógica que predica: “La imprevisión no cubre ganancias, sólo es una ayuda en las pérdidas (daño emergente)” (Consejo de Estado, 2006).

De esa forma, la teoría de la imprevisibilidad contractual no siendo reconducible a la entidad contratante, por carecer esta de nexo causal directo en su materialización, no es presupuesto del principio de inmutabilidad unilateral contractual, lo que si ocurre como consecuencia multicausal en el ejercicio del hecho del príncipe y el desarrollo del *ius variandi*, por contenerse estas apreciaciones en el ciclo contractual total, en tanto forma, garantía de principios y la siempre recurrible facultad operacional reglada administrativa, todo lo cual precisa la validez del acto administrativo en tanto ejercicio del poder aconductado. En contraste a la teoría de la imprevisión (Long, 2000, p. 119), el *factum principis* (Consejo de Estado, 2003), estructura una verdadera restricción, en el seno de la relación negocial, a la naturaleza instrumental del derecho fundamental de la autonomía de la voluntad, pues el direccionamiento multicausal es atribuible a la entidad cocontratante, concentrándose la dimensión de la *imputatio facti* y la *imputatio iuris* en un solo sujeto, aquel

⁷ En el Derecho de Daños la reducción de consecuencias causales concurrentes suele operarse bajo los dos esquemas precisados. A ese respecto, se expresa: “... las doctrinas de la causalidad próxima -en el *Common Law*- y de la causalidad adecuada -en el *Civil Law*- se usan para restringir el círculo de los agentes sociales obligados a responder por la causación de un daño y, en particular, suelen citarse en casos de **accidentes raros**, absolutamente infrecuentes o erráticos (*freakish*). Una razón que suele aducirse para excluir o limitar la responsabilidad del demandado es que ello no tiene consecuencias negativas en los incentivos de los posibles demandados, ya que, por hipótesis, el accidente es imposible de prever”.

que se encuentra recubierto por la capacidad contractual y que, efectivamente, ha suscrito el acto jurídico. La relación, en ese sentido, no procede por la concurrencia de un propósito de beneficencia o ayuda, se concreta en una verdadera responsabilidad por la concurrencia de un daño residenciable en el extremo débil de la relación negocial

La capacidad de imputación que recae sobre la Entidad contratante supone, igualmente, para la consolidación del *factum principis*, del curso de un acto administrativo expedido por aquélla –la entidad contratante– que extiende sus efectos hacia la esfera negocial, transmutando, directa o indirectamente, la ecuación financiera y el equilibrio negocial inicialmente alcanzada con la adjudicación y suscripción del contrato, previo el debate precontractual en la que concurren elementos intraanímico–espirituales volitivos, subsecuentes declaraciones obligacionales y conformación del *animus* contractual. No obstante, es necesario manifestar que la afectación contractual debe alcanzar un nivel de gravedad elevado y contener un efecto no ordinario para que tal sea su consecuencia. La concreción sistemática del acto administrativo, al interior de la teoría del hecho del príncipe, debe procurarse siempre en el encausamiento de un poder aconductado, que se concreta con la saturación de los elementos de existencia y validez que cobijan la decisión administrativa y aquélla, contraria a la decisión singular, particular y concreta, propia del uso de facultades exorbitantes, debe ser, a no dudarlo, general, abstracta e impersonal, pues lo contrario genera por implicancia lógica el uso del poder concretado en el *ius variandi*.

Pese a sus elementos peculiares y la evidente asignación causal y jurídica del sujeto involucrado, eminentemente diferencial (Brewer, 2011, p. 9), las teorías de la imprevisión y del *factum principis* se asemejan, en la presencia de un acto no controlado ni controlable en la etapa de formación del *animus negotii contrahendi*, pues, como efectivamente lo señala el Consejo de Estado (2003) “... esta teoría no resulta procedente frente a alteraciones propias o normales del contrato, por cuanto todo contratista debe asumir un cierto grado de riesgo...”, a lo cual se suma, la naturaleza aleatoria del suceso transformativo.

Lo anterior supone la colisión entre el esquema multicausal prestacional del Estado y las garantías genético–prestacionales que el colaborador de la Administración adscribe a su dominio, en tanto instrumento necesario para que aquella acometa sus propósitos

teleológico—esenciales (Regueira, *et al*, p. 41). En efecto, la potencial alteración económica de que adolece el acto negocial estatal se expresa como un efecto inmanente a la Administración prestacional y ordenadora, que, saturada por innumerables servicios a su cargo, no puede prever todos los cursos causales, produciéndose choques imponderables que repercuten, directa o indirectamente, en el Contrato Estatal. Genera un efecto modificadorio en el principio de autonomía de la voluntad que, no obstante, ello, puede resurgir con la teoría de la imputación y la consecuente determinabilidad del hecho acaecido, que, siendo eminente e imprevisible, requiere un reequilibrio contractual y un encauzamiento hacia la materialización generatriz de la voluntad y la declaración concurrentes *ab initio*.

Conclusiones

Las líneas precedentes, condensadas al extremo, supuesto el nivel de reducida extensión del documento presente, permiten observar el triple fenómeno que representa una afectación del equilibrio económico y la ecuación financiera propia de los actos negociales estatales, bien por el concurso de agentes externos a la relación contractual o por la naturaleza prestacional propia de la entidad contratante a través de actos administrativos abstractos o de particular aplicación.

La alteración del equilibrio económico contractual puede surgir de la realización de diferentes aspectos, concurrentes o no, como: por el incumplimiento por parte de la entidad pública de las obligaciones a su cargo o por la vía unilateral de las modificaciones del contrato -abusivas o no-; por las actuaciones de carácter general de la Administración que se materializan a través de normas de carácter general que afectan de manera negativa el balance contractual inicial —hecho del príncipe- y; por aquellas situaciones imprevistas —no previsibles de manera normal y general-, ajenas a las partes contratantes (Consejo de Estado, 2011; Benavides, 2002, p. 118). No obstante, la consideración y efectivización de aquellas se contrae con el reequilibrio de las prestaciones recíprocas obligacionales, al punto de efectuar un proceso integracionista entre la etapa previa a la alteración y el fenómeno concursal que ocasiona la contraecuación financiera. El derecho fundamental de la autonomía de la voluntad resulta determinante para la consolidación del acto jurídico contractual y aunque efectivamente delimitado —en un grado mayor que en el régimen civil—, siempre se

articula como elemento genético–existencial, con presencia transversal y concreción material.

La teoría del riesgo (Martínez, 2005, p. 218; Mier, 2010, pp. 96 y s.s.), apercebida desde la generación de concausas ajenas al dominio de la prognosis contractual y del control causal de los eventos negociales, presentes y futuros, genera una verdadera garantía de reducción de los efectos negativos sobre el *pacta sunt servanda*. Al advertir su presencia, encuentra senderos de reestructuración negocial a fin de concretar una verdadera conmutatividad, un balance ajustado al nivel de prestaciones exigibles y correlativas. Facultades de cumplimiento. Estrecha el vínculo bidireccional y concreta la bilateralidad contractual bajo el auspicio de los principios determinantes de la función administrativa y el respeto de los derechos instrumentales que la autonomía de la voluntad concertó. La Corte Constitucional (2001), así lo ha entendido al sostener que los precitados aspectos trasladan a la Administración la asunción de las responsabilidades derivadas de la materialización de los colofones de riesgo, por la vía de la aplicación de “los principios de la reciprocidad de las prestaciones o de la justicia conmutativa y de la buena fe o mutua confianza”, como “ingredientes normativos de imputación”.

Referencias

- Aguilar, Vladimir (2006): *El Negocio Jurídico*. (Guatemala, Colección de Monografías Hispalense).
- Amaya, Carlos (2016): “El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado”, *Revista Via Iuris*, vol. 20, No. 1: pp. 105-119.
- Aponte, Iriana (2014): “Las fallas de Planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, vol. 11, No. 1: pp. 177-207.
- Arnau, Federico (2009): *Lecciones de Derecho Civil II. Obligaciones y contratos*. (Valencia, Publicaciones de la Universitat Jaume I).
- Benavides, José (2002): *El Contrato Estatal. Entre el Derecho Público y el Derecho Privado*. (Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia).

- Bercaitz, Miguel (1980). *Teoría general de los contratos administrativos*. (Buenos Aires, Depalma, segunda edición).
- Blanquer, David (2013): *Los contratos del sector público*. (Valencia, Tirant Lo Blanch, primera edición).
- Botero, Enrique (2016): *De las prerrogativas del Estado en el marco de la contratación estatal. Herramientas para el correcto ejercicio de la función pública en la contratación estatal*. (Bogotá D.C., Auditoría General de la República de Colombia).
- Brewer, Allan (2011): “Sobre los contratos del Estado en Venezuela”. *Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo*, No. 6: pp. 207-252.
- Brewer, Allan (1995): *Contratos administrativos Vol. I*. (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana).
- Brunswick, Philippe (2016): “Le devoir de loyauté, une norme générale de comportement oubliée puis retrouvée?” *Cahiers de droit de l’entreprise*, vol. 1: pp. 17-48. Paris. Nexis Lexis.
- Camacho, Sandra (2005): *Derechos de las Nuevas Tecnologías. Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*. (Madrid, Editorial Reus).
- Canal, Manuela (2016): “La aplicación del principio del equilibrio económico a contratos estatales sometidos al régimen normativo del derecho privado”. *Revista digital de Derecho Administrativo*, vol. 15, No. 1: pp. 143-161.
- Cassagne, Juan (2006): *El contrato administrativo*. (Buenos Aires, Lexis Nexis, segunda edición).
- Coderch, Pablo y Fernández, Antonio (2006): “Causalidad y Responsabilidad”. *Revista para el análisis del derecho*, vol. 3, No 1: pp. 1–25).
- Delgadillo, Luis y Lucero, Manuel (1994): *Compendio de derecho administrativo, primer curso*. (México, Porrúa).
- Delpiazzo, Carlos (1999): *Contratación administrativa*. (Montevideo, Universidad de Montevideo).
- Dromi, Roberto (1995): *Licitación Pública*. (Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina).
- Escola, Héctor (1977): *Tratado integral de los contratos administrativos*. (Buenos Aires, Depalma).

- Fernández, Jorge (2016): El contrato administrativo, en *Derecho administrativo*. (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM), pp. 161-198.
- Garrido, Fernando (1992): *Tratado de derecho administrativo Vol. II*. (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- Garrido, Isabel (2011): “Lo que queda del principio clásico Pacta Sunt Servanda”. *Derecho y Cambio Social*, vol. 8, No. 2: pp. 1-8.
- Gorbaneff, Yuri y Cabarcas, Gina (2009): “Equilibrio económico y la contratación pública en Colombia”. *Revista de Derecho*, vol. 31, No. 1: pp. 67-91.
- Hinestrosa, Fernando (2001): “El Principio *Pacta Sunt Servanda* y la Estipulación de Intereses”. *Con-texto*, No. 12: pp. 32-38.
- Hitscherich, Jorge (2005): *Elementos del contrato estatal*. (Bogotá D.C., Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano).
- Keines, Maynard (2010): *The end of laissez-faire. In Essays in persuasion*. (London, Palgrave Macmillan).
- Lehmann, Heinrich (2005): *El Negocio Jurídico*. (Bogotá D. C., Leyer).
- Long, Marceau. Weil, Prosper. Braibant, Guy. Devolve, P. y Genevois, B. (2000): *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*. (Bogotá D.C., Librería El Profesional, primera edición en español).
- Marienhoff, Miguel (1994): *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Contratos de la Administración Pública teorías generales y de los contratos en particular*. (Buenos Aires, Abeledo Perrot).
- Martínez, Santiago (2005): “Teoría relacional de los contratos: una visión alternativa del derecho de contratos”. *Revista de Derecho Privado*, No. 35: pp. 203-229.
- Mier, Patricia (2010): “Los riesgos, su identificación, asignación y amortización en los contratos del Estado”. *Revista de Ingeniería*, No. 32: pp. 95-107.
- Ospina, Andrés (2014): “Separación de Poderes y Derecho Administrativo: en la búsqueda de la partícula de Dios”, en: Ospina Andrés y montaña Alberto (edit), *La Constitucionalización del Derecho Administrativo. XV jornadas internacionales de Derecho Administrativo*. (Bogotá D. C. Universidad Externado de Colombia) pp. 119–142.

- Ospina, Guillermo y Ospina, Eduardo (1998): *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. (Bogotá D. C., Temis, quinta edición).
- Parejo, Luciano (2012): *Lecciones de Derecho Administrativo*. (Valencia, Tirant lo Blanch, quinta edición).
- Patiño, Jorge (2008): “Presunciones en contratación estatal”. *Revista Principia iuris*, No. 9: pp. 47-67.
- Picod, Yves (1989): *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*. (Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence).
- Rabotnikof, Nora (1993): “Lo público y sus problemas: notas para una reconsideración”. *Revista Internacional de Filosofía Política*, No. 2: pp. 75-98.
- regueira, Alonso; Cardaci, Ariel; Cormick, Martín; diana, Nicolás; dubinski, Guido y kodelia, Gonzálo (2017): *Contratos de la administración. Teoría y práctica*. (Buenos Aires, Diamantes en Almíbar).
- Rico, Luis (2012): *Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal*. (Bogotá D. C., Leyer, séptima edición).
- Saavedra, Ramiro (2008): *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*. (Bogotá D. C., Ibáñez).
- López, José (1976): “Sobre la aporía de la equivalencia contractual”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*. (Madrid, Tecnos), pp. 129-146.
- Santofimio, Jaime (2009). “El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico”. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, No. 1, pp. 1-57.
- Schiller, Alexandra (2006): “El derecho colectivo: “moralidad administrativa” en la contratación estatal. Fortalecimiento de los principios del derecho administrativo”. *Revista Estudios Sociojurídicos*, vol. 8, No. 2: pp. 171-205.
- Schmidt–Assmann, Eberthard (2003): *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*. (Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública).
- Shimabukuro, T. N. R. (2015): “El Principio de mutabilidad o flexibilidad en la modificación del contrato de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura suscrito en el marco jurídico de asociaciones público–privadas. *Revista Derecho & Sociedad*, No. 45: pp. 15-34.

Villar, José (1982): *Principios de Derecho Administrativo. Tomo III. Contratación Administrativa*. (Madrid, Universidad Complutense de Madrid).

Zagrebelsky, Gustavo (1996): *La crucifixión y la democracia*. (Barcelona, Ariel).

Normas citadas

Constitución Política de Colombia (20/06/1991).

Colombia: Ley 80 (30/10/1993), Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Jurisprudencia citada

Colombia: Consejo de Estado. Sentencia del 27 de enero de 2016. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. (Expediente Número 49847).

Colombia: Consejo de Estado. Sentencia del 24 de julio de 2013. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. (Expediente Número 25642).

Colombia: Consejo de Estado. Sentencia del 31 de agosto de 2011. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. (Expediente Número 18080).

Colombia: Consejo de Estado. Sentencia del 07 de marzo de 2011. Consejera Ponente: Olga Melina Valle de la Hoz. (Expediente Número 20683).

Colombia: Consejo de Estado. Sentencia del 31 de enero de 2011. Consejera Ponente: Olga Melina Valle de la Hoz. (Expediente Número 17767).

Colombia: Consejo de Estado. Sentencia del 13 de agosto de 2009. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. (Expediente Número 1952).

Colombia: Consejo de Estado. Sentencia del 12 de diciembre de 2006. Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo (Expediente Número 1792).

Colombia: Consejo de Estado. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. (Expediente Número 30832).

Colombia: Consejo de Estado. Sentencia del 26 de abril de 2006. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. (Expediente Número: 15188).

Colombia: Consejo de Estado. Sentencia del 18 de septiembre de 2003. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. (Expediente Número 15119).

Colombia: Consejo de Estado. Sentencia del 29 de mayo de 2003. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. (Expediente Número 14577).

Colombia: Corte Constitucional. Sentencia del 11 de 2013. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia C-934).

Colombia: Corte Constitucional. Sentencia del 25 de abril de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sentencia C-300.

Colombia: Corte Constitucional. Sentencia del 15 de octubre de 2009. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Sentencia T-733.

Colombia: Corte Constitucional. Sentencia del 08 de noviembre de 2007. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia C-932.

Colombia: Corte Constitucional. Sentencia del 23 de mayo de 2003. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Sentencia T-423.

Colombia: Corte Constitucional. Sentencia del 22 de agosto de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Sentencia C-892.

Colombia: Corte Constitucional. Sentencia del 07 de octubre de 1998. Magistrados Ponentes: Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz. Sentencia C-563.

Colombia: Corte Constitucional. Sentencia del 24 de agosto de 1993. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Sentencia T-338.

Colombia: Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 30 de agosto de 2011. Magistrado Ponente: William Namen Vargas. (Exp. 11001-3103-012-1999-01957-01).



Universidad
Politécnica
de Nicaragua
siendo e inconfundible

Reseña

Cultura y Educación para la paz: una perspectiva transversal

Culture and Education for Peace: A momentous perspective

Autores del libro: **Cabello Tijerina Paris A.**

Vázquez Gutiérrez Reyna L.

Edición: **Tirant lo Blanch México**

Número de Páginas: **121**

Año: **2018**

La paz debe de perfilarse como un tema que pueda ser abordado con un enfoque multidisciplinar, en esta obra los autores hacen un recorrido por distintas corrientes o teorías que aportan significativamente a la conceptualización, teorización, construcción y aplicación de la paz. Cabello & Vázquez también plantean un nuevo modelo que permite la aplicación de la transversalidad práctica de la educación para la paz como una nueva estrategia que contribuye a mejorar los resultados de la construcción y consolidación de la cultura de paz.

I. Irenología: la ciencia que estudia la paz

Este capítulo está dirigido al análisis de la irenología como ciencia que estudia la paz, los autores describen cronológicamente los orígenes de la irenología y sus objetivos principales, también plantean que la irenología se trata de una ciencia joven que es reconocida en el ámbito académico con un enfoque multidisciplinar que contribuye grandemente al estudio de la paz.

Esta ciencia promueve investigaciones que en muchas ocasiones están dirigidas a temas que engloban necesidades básicas como lo es, la disminución de las desigualdades en el ámbito económico y social, la participación ciudadana y el desarrollo sustentable de una educación de calidad, por mencionar algunos.

La obra aborda la teorización de la paz, esta consiste en el surgimiento de diferentes teorías desarrolladas por autores diversos que estudian este fenómeno desde diferentes perspectivas como los son:

- a) El enfoque legalizador, abordado por su principal referente Immanuel Kant y sustentado en una perspectiva jurídica pacifista planteada por Hans Kelsen, Norberto Bobbio o Luigi Ferrajoli.
- b) El enfoque analítico fenomenológico en donde se estudia la guerra por medio de la polemología, teniendo como principales autores son Sun Tzu, Maquiavelo, Hegel, Quincy Wright, Clausewitz entre otros;
- c) Las teorías clasistas libertadoras, planteadas fundamentalmente por Marx y Engels.
- d) Teorías pacifistas raciales que tiene como principales exponentes a Tolstoi, Gandhi, Luther King Jr., Thoreau.
- e) El pacifismo científico encabezado por Joan Galtung como pilar fundamental del estudio científico de la paz, Elise Boukding, Anatol Rapoport, Lederach, Vicent Fisas, Martínez Guzmán, Francisco Muños, Francisco Jiménez y los referidos autores de esta obra.

II. Epitome de la paz. hacia una transformación social

La paz según Cabello & Vázquez es una figura que desde los orígenes de la humanidad es inherente al individuo, esta condición refleja que la paz siempre ha estado manifiesta en la mayoría de los conflictos, sin embargo, al momento de estudiar los conflictos en la historia solo se trasmite la cultura de la violencia y se minimiza el enfoque de la cultura de paz.

En el segundo capítulo los autores analizan el origen de la paz, relacionándola con el fenómeno de la socialización del ser humano como un factor donde se originan los conflictos y emanan conductas de asociación, cooperativismo y altruismo entre los individuos. Seguidamente los autores conceptualizan la definición de paz, tomando en cuenta las diferentes teorías existen y de igual forma plantean la correlación que tiene la justicia y la equidad como fines u objetivos de la paz.

En la obra se hace mención de la naturaleza investigativa de la paz, la cual está centrada en los estudios de comprensión de la dinámica de los conflictos, también se plantea los elementos constituyentes de la paz, como lo son: las necesidades básicas, la disminución de todo tipo de violencia, la búsqueda de la justicia, entre otros. Por otro lado, los autores

también comentan y describen los tipos de paz, basados en la clasificación que plantea Joan Galtung y otros estudiosos de esta figura.

III. Construyendo una cultura de paz

El capítulo tres condensa la trayectoria de la cultura enfocada en la paz, comenta que la cultura de paz es un tema recientemente estudiado, en donde la cultura es analizada desde diferentes concepciones, como lo son: Los elementos materiales y no materiales. También el texto explica la importancia del progreso de las investigaciones como factor de desarrollo para que la cultura de paz sea enfocada en la transformación de los conflictos y por último se hace mención de una serie de estrategias que contribuyen a la construcción de una cultura de paz.

IV. Educación para la paz

V. El papel de las instituciones sociales en la educación integral

VI. La necesaria transversalidad práctica de la educación para la paz

En los tres últimos capítulos de esta obra, los autores desarrollan la idea principal que se ha venido comentando en el capitulo que precede, inician explicando las perspectivas generales de la educación para la paz basándose en los modelos de educación tradicional versus el modelo de educación moderna. Partiendo de lo anterior el texto explica por medio de un enfoque cronológico, como se da el surgimiento de la educación para la paz y en su mismo contexto menciona a Jean-Jaques Rousseau, Pestalizzi, Froebel y Herbart como los precursores de esta nueva escuela, al igual se hace mención de siete principios básicos que conforman el trabajo educativo, enfocados en el desarrollo de las habilidades sociales, afectivas e intelectuales de los estudiantes.

En el cuarto capítulo Cabello & Vázquez plantean distintas definiciones dirigidas al estudio de la educación para la paz, entre ellas se encuentran lo dispuesto por la UNESCO en 1980 que denota a la EP como un proceso educativo que tiene como objetivo la construcción de la opinión ciudadana que rechaza la violencia como forma de resolución de conflictos; por lo tanto los autores definen a la EP como un proceso educativo, dinámico,

continuo y permanente que fundamenta los conceptos de paz positiva y pretende desarrollar un nuevo tipo de cultura.

En el quinto capítulo se definen tres pilares fundamentales de la educación integral, estas bases son consideradas las instituciones socializadoras más importantes, se trata de la familia, la escuela y la sociedad. Las referidas parten de la constitución de una educación integral centrada en el aprendizaje de las áreas esenciales del conocimiento, estas contienen la educación en valores, la educación en habilidades sociales, la educación en resolución de conflictos y todos aquellos aspectos que estén basados en el respeto, convivencia, cooperación y la tolerancia.

El último capítulo de la obra comenta la importancia de la práctica de la transversalidad enfocada en la educación para la paz, los autores en el capítulo cuarto definen el concepto de transversalidad, basándola en la acción derivada de las reformas educativas con el fin de atravesar el currículum con una visión interdisciplinaria, este concepto se aterriza en la práctica cuando se introduce en las actividades diarias de la enseñanza, enfocada en la paz como un modelo de vida.

Para concluir podemos decir que esta obra viene a incentivar la participación de las instituciones encargadas de nutrir a la sociedad, basándose en una cultura de la no violencia, promoviendo el desarrollo de la ciencia, la educación, la investigación y otros programas de interacción que refuercen el desarrollo de la paz y la solución de los conflictos.

Elaborado por: Roberto Guerrero
Docente investigador del ICEJP - UPOLI
Candidato a Doctor por la UANL



Universidad
Politécnica
de Nicaragua

SENANDO EN CONSULTA

Directrices

Directrices de la revista ciencia jurídica y política (CJP)

Guidelines of the journal legal science and politics (CJP)

La Revista Ciencia jurídica y política (CJP) es una publicación científica, de periodicidad semestral, que se ocupa del estudio de todas las disciplinas jurídicas y políticas desde una perspectiva teórica y práctica. Contiene estudios inéditos elaborados por especialistas nacionales y extranjeros.

I. Periodicidad

Es una publicación semestral, que abarca los periodos de enero a junio y de julio a diciembre de cada año.

II. Convocatoria

Se invitará a los estudiosos del Derecho y la Ciencia Política, nacionales y extranjeros, a presentar trabajos para su publicación en CJP, que puedan ser incorporados a alguna de las secciones siguientes: a) Estudios (se refiere a estudios dogmáticos que hagan aportaciones científicas a las áreas de conocimientos específicas; b) Ensayos (trabajos de carácter especulativo o que hagan propuestas de carácter eminentemente práctico); c) Comentarios (que pueden ser a sentencias, jurisprudencias o reseñas bibliográficas).

III. Originalidad

Se aceptarán trabajos originales e inéditos escritos sobre todas las disciplinas objeto de la revista. El idioma oficial de CJP es el español. Se considerarán inéditos aquellos trabajos que ya hayan sido publicados en otros idiomas y se traduzcan por primera vez al español. Los autores deberán informar si de manera previa o simultánea han sometido sus colaboraciones a otra revista, así como informar si tal colaboración fue aceptada primero en otra publicación.

IV. Derechos

El envío del original supone que el autor cede a CJP los derechos de reproducción una vez admitida su publicación.

V. Selección de trabajos

Los trabajos recibidos serán revisados por el Comité de Redacción y sometidos a un sistema de revisión anónima por pares académicos del Consejo Científico o de especialistas externos invitados ad hoc.

VI. Correspondencia

Los autores deberán enviar sus aportaciones a la siguiente dirección: Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas, Costado Sur Villa Rubén Darío, Código postal 359, Managua, Nicaragua. Dirección Electrónica (E-Mail): derecho@upoli.edu.ni. Teléfonos: (505)-22499231.

VII. Canje

Se acepta canje de publicaciones, previa solicitud.

VIII. Proceso de revisión por pares

Los dictámenes se elaborarán con base en el principio de doble anonimato, es decir, el dictaminador no sabrá el nombre o nombres de los autores de la colaboración evaluada y éstos, a su vez, no sabrán el nombre del dictaminador.

Todas las colaboraciones inéditas serán sometidas a dictamen. Asimismo, todas deben cumplir rigurosamente los aspectos de forma establecidos en estos lineamientos editoriales. Aquellas que no los cumplan serán devueltas de inmediato al autor sin necesidad de que medie dictamen.

IX. Del proceso y políticas de la revista (CJP)

Política de acceso abierto

Esta revista proporciona un acceso abierto a su contenido, basado en el principio de que ofrecer al público un acceso libre a las investigaciones ayuda a un mayor intercambio global del conocimiento.

Envíos en línea

Se realizará mediante el otorgamiento de un nombre de usuario/a y contraseña. Es necesario registrarse e iniciar sesión para poder enviar artículos en línea y para comprobar el estado de los envíos actuales.

Lista preliminar para la preparación de envíos

Como parte del proceso de envíos, los autores/as están obligados a comprobar que su envío cumpla todos los elementos que se muestran a continuación. Se devolverán a los autores/as aquellos envíos que no cumplan estas directrices.

- a) El envío no ha sido publicado previamente ni se ha sometido a consideración por ninguna otra revista (o se ha proporcionado una explicación al respecto en los Comentarios al editor/a).
 - b) El archivo de envío está en formato Open Office, Microsoft Word, RTF o WordPerfect.
 - c) Siempre que sea posible, se proporcionan direcciones URL para las referencias.
 - d) El texto tiene un interlineado sencillo, un tamaño fuente de 12 puntos, se utiliza cursiva en lugar de subrayado (excepto en las direcciones URL), y todas las ilustraciones, figuras y tablas se encuentran colocadas en los lugares del texto apropiados, en vez de al final.
 - e) El número de páginas será de entre 15 y 20 incluyendo figuras y tablas, referencias, etc.
- a) Las referencias se numerarán correlativamente en orden alfabético y tamaño 12. El estilo de la Asociación Americana de Psicología (APA-6ª Edición) se empleará para la organización y redacción de las referencias bibliográficas. Consultar <http://online.upaep.mx/LPC/online/apa/APAimp.pdf>.
 - b) El texto reúne las condiciones estilísticas y bibliográficas incluidas en Pautas para el autor/a, en Acerca de la revista.
 - c) En el caso de enviar el texto a la sección de evaluación por pares, se siguen las instrucciones establecidas por la CJP, la que determinará la publicación o no de la colaboración.

Declaración de privacidad

Los nombres y las direcciones de correo electrónico introducidos en esta revista se usarán exclusivamente para los fines establecidos en ella y no se proporcionarán a terceros o para su uso con otros fines.



Revista Ciencia Jurídica y Política, Año 3, No. 6, Julio-Diciembre 2017, es una publicación semestral editada por la Universidad Politécnica de Nicaragua (UPOLI), a través de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas dentro del Programa de Investigación Jurídica-Política.

Sur Villa Rubén Darío, Aptdo. 3595, Managua, Nicaragua.

Tel (505) 22499231

www.upoli.edu.ni y derecho@upoli.edu.ni

Director: Oscar Castillo Guido

Editor: Roberto Guerrero