

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**



**“SOBERANÍA Y DERECHO INTERNACIONAL
-EL CASO DE GUATEMALA-”**

LICDA. JERALDIN CAROLINA ESPAÑA VIDAL

CHIQUIMULA, GUATEMALA, FEBRERO 2020

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**



**“SOBERANÍA Y DERECHO INTERNACIONAL
-EL CASO DE GUATEMALA-”**

Informe final de tesis para la obtención del grado de Maestro en Ciencias en Derecho Constitucional, con base al Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado, aprobado por el Consejo Directivo del Centro Universitario de Oriente, en el punto Quinto del Acta once guiones dos mil catorce (11-2014), en la sesión ordinaria celebrada el día dos de abril del año dos mil catorce.

LICDA. JERALDIN CAROLINA ESPAÑA VIDAL

CHIQUMULA, GUATEMALA, FEBRERO 2020

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**



RECTOR

M.Sc. Ing. MURPHY OLYMPO PAIZ RECINOS

CONSEJO DIRECTIVO

Presidente:	Ing. Agr. Edwin Filiberto Coy Cordón
Representante de profesores:	M.Sc. Mario Roberto Díaz Moscoso
Representante de profesores:	M.Sc. Gildardo Guadalupe Arriola Mairén
Representante de graduados:	Inga. Evelin Dee Dee Sumalé Arenas
Representantes de estudiantes:	A.T. Estefany Rosibel Cerna Cerritos
Representante de estudiantes:	PEM. Elder Alberto Masters Cerritos
Secretaria:	Licda. Marjorie Azucena González Cardona

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

M.Sc. Mario Roberto Díaz Moscoso

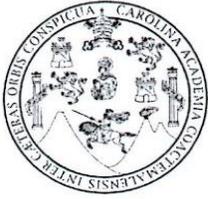
JURADO EXAMINADOR

Presidente: Ph.D. Saúl González Cabrera

Secretario: Ph.D. María Roselia Lima Garza

Vocal: M.Sc. Selvin Wilfredo Flores Divas

Asesora de Tesis: Ph.D. Gabriela Patricia Portillo Lemus



**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**

Chiquimula, 26 de Septiembre de 2019.

Maestro

Mario Roberto Díaz Moscoso

Director del departamento de Estudios de Postgrado

Centro Universitario de Oriente

Su despacho

Maestro Díaz Moscoso:

Con las más altas muestras de consideración y respeto me dirijo a usted, con el objeto de manifestarle que, conforme a resolución RES.DEPG.CUNORI.058-2019, de la dirección del departamento de postgrado del Centro Universitario de Oriente, fui nombrada Asesora principal de Tesis de la Maestría en Derecho Constitucional, de la Licenciada **JERALDIN CAROLINA ESPAÑA VIDAL**, por lo que para los efectos correspondientes me permito rendir el dictamen correspondiente en los términos que siguen:

- I) La actividad investigadora de la Licenciada España Vidal, se desarrollo con mucha seriedad y responsabilidad profesional, haciendo acopio de fuentes de consulta pertinentes y actualizadas.
- II) Como problema de su investigación, la Licenciada España Vidal planteó en forma interrogativa lo siguiente: ¿Se ha transformado la noción de soberanía como producto de los problemas actuales relacionados con las instituciones creadas por el Derecho Internacional? Planteando como hipótesis ante este planteamiento que: "La noción de soberanía se ha transformado, como producto de los problemas relacionados con las instituciones creadas por el

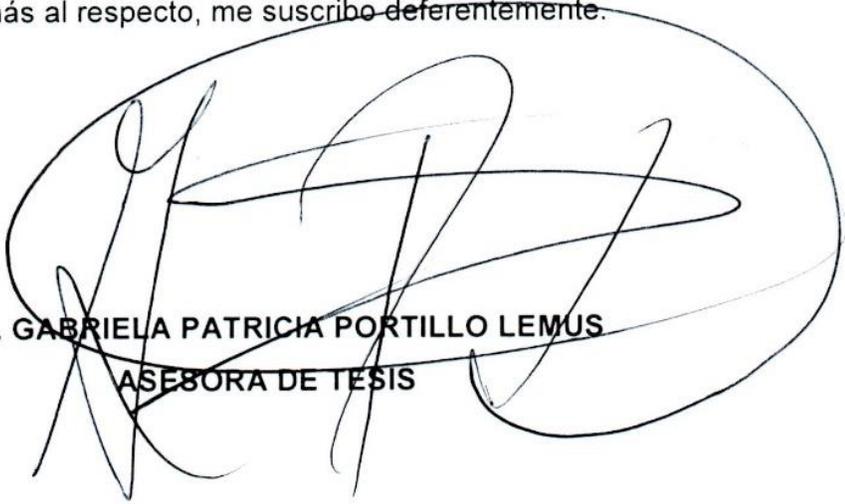


Derecho internacional, en virtud, de que estas instituciones a través de sus resoluciones no han respetado la igualdad y libertad que tiene cada Estado de actuar de conformidad con su ordenamiento interno,

atentando contra su poder soberano y evitando que se enmarque en la defensa de la supremacía de su Derecho nacional, provocando con esta injerencia que dichas instituciones internacionales busquen erigirse como una policía mundial”.

- III) Derivado de la investigación y en virtud de considerarse mas adecuado a la misma se sugirió el cambio de nombre a: "SOBERANIA Y DERECHO INTERNACIONAL" -EL CASO DE GUATEMALA.
- IV) Como se colige de sus conclusiones la postulante comprobó la hipótesis que formuló utilizando los principios, métodos y técnicas de la metodología de la investigación científica, por lo que la suscrita emite DICTAMEN FAVORABLE, con el objeto de que el trabajo de investigación de la Licenciada España Vidal, sea objeto de evaluación ante el tribunal que para el efecto se designe.

Sin más al respecto, me suscribo ~~deferentemente~~.



DRA. GABRIELA PATRICIA PORTILLO LEMUS
ASESORA DE TESIS

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

CERTIFICACIÓN DE ACTA DE EXAMEN PRIVADO DE TESIS

DEPG- 42-2019

El Director del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Oriente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, CERTIFICA: que ha tenido a la vista el Libro de Actas de Exámenes Privados de Tesis, del Departamento de Estudios de Postgrado, del Centro Universitario de Oriente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, folios treientos treinta y seis y trescientos siete, donde se encuentra el Acta EPT treinta y cinco guion dos mil dos mil diecinueve (ACTA EPT-35-2019), que copiada literalmente dice:-----

Acta EPT-35-2019: En el salón L-1 de las instalaciones del Centro Universitario de Oriente, nos reunimos los miembros del Tribunal Examinador, Doctor Saúl González Cabrera (Presidente), Doctora en Derecho María Roselia Lima Garza (Secretaria) y Maestro en Derecho Penal Selvin Wilfredo Flores Divas (Vocal), el día viernes veinticinco (25) de octubre de dos mil diecinueve (2019), siendo las dieciséis horas, para practicar el **EXAMEN PRIVADO DE TESIS**, de la **Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria Jeraldin Carolina España Vidal (Postulante)**, inscrita con Registro Académico con carné No. **201044085**, en la Maestría en Derecho Constitucional de esta Unidad Académica, como requisito previo a optar el grado de **Maestra en Ciencias en Derecho Constitucional**, del Departamento de Estudios de Postgrado del Centro Universitario de Oriente.-----

PRIMERO: Procedimos a efectuar el referido examen de conformidad con el **NORMATIVO DE TESIS DE MAESTRÍA Y DOCTORADO**, aprobado por el Consejo Directivo del Centro Universitario de Oriente, en el Punto Quinto del Acta once guion dos mil catorce (11-2014), en la sesión ordinaria celebrada el dos de abril de dos mil catorce.-----

SEGUNDO: El examen privado de tesis fue oral y consistió en la evaluación de los elementos técnico-formales y de contenido científico del informe final de la tesis **“SOBERANÍA Y DERECHO INTERNACIONAL –EL CASO DE GUATEMALA-”**. Elaborado por la postulante, Licenciada Jeraldin Carolina España Vidal.-----

TERCERO: El resultado del examen fue **APROBADO POR UNANIMIDAD** de votos, por los miembros del Jurado Examinador. -----

CUARTO: El secretario dio lectura a la presente acta de examen privado de tesis. No habiendo más que hacer constar se da por terminada la presente en el mismo lugar y fecha, siendo las diecisiete horas. Damos fe." Firmaron el acta Doctor en Derecho Saúl González Cabrera, Doctora en Derecho María Roselia Lima Garza y Maestro Selvin Wilfredo Flores Divas y Licenciada Jeraldin Carolina Espala Vidal.-----

Para los efectos que a la interesada convengan, extendiendo y firmo la presente en dos hojas de papel bond, en la ciudad de Chiquimula, diecinueve de noviembre de dos mil diecinueve.



M.Sc. Mario Roberto Díaz Moscoso

Director Departamento de Estudios de Postgrado

Centro Universitario de Oriente



D-TG-MADC-021/2020

EL INFRASCrito DIRECTOR DEL CENTRO UNIVERSITARIO DE ORIENTE DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, POR ESTE MEDIO HACE CONSTAR QUE: Conoció el Informe Final de Tesis de la maestrante JERALDIN CAROLINA ESPAÑA VIDAL titulado “SOBERANÍA Y DERECHO INTERNACIONAL -EL CASO DE GUATEMALA-”, trabajo que cuenta con el aval de su Asesor y Coordinador del departamento de Estudios de Postgrados de esta Unidad Académica. Por tanto, la Dirección del CUNORI con base a las facultades que le otorga las Normas y Reglamentos de Legislación Universitaria **AUTORIZA** que el documento sea publicado como **Informe Final de Tesis** a Nivel de Postgrado, previo a obtener el título de **MAESTRA EN CIENCIAS** en la rama de **DERECHO CONSTITUCIONAL**.

Se extiende la presente en la ciudad de Chiquimula, a trece de febrero de dos mil veinte.

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”



Ing. Agr. Edwin Filiberto Coy Cordón
DIRECTOR
CUNORI - USAC



c.c. Archivo

EFCC/ars

DEDICATORIA

A Dios:

Gracias por todas las Bendiciones recibidas, por darme la sabiduría para alcanzar cada meta que me proponga y por siempre guiar mi camino.

A mi Madre:

Oneyda Lisbeth Vidal Brenes, por ser pilar fundamental en mi vida, por ser ejemplo de lucha y superación, por tu amor incondicional, es un orgullo ser tu hija.

A mi Esposo e Hijo:

Luis Fernando y Luis Fabián, ustedes son mi energía y el motor para lograr todo lo que me proponga, gracias por el apoyo, comprensión y por motivarme a seguir adelante. Los amo con todo mi corazón.

A mis hermanos:

Vanesa, Kristel, Kimberlin y Mario; gracias por todo lo compartido, por estar allí en todo momento, por su apoyo y amor.

A mis Sobrinos:

Los amo con todo mi corazón.

A mi suegra:

María Cristina Morales, la tendré siempre en mi corazón.

A toda mi familia y Amigos en General:

Gracias a todos por su cariño, y muestras de apoyo.

A los Docentes de la Escuela de Estudios de Postgrado:

Por los conocimientos aportados a mi persona.

A mi Asesora de Tesis:

Dra. Gabriela Patricia Portillo Lemus, mi respeto y admiración.

Al Programa de Maestría de Derecho Constitucional del Centro Universitario de Oriente:

Por abrirme las puertas para formarme académicamente.

A la Universidad de San Carlos de Guatemala:

Por permitirme ser llamada Orgullosamente San Carlista.

ÍNDICE

CONTENIDO	PÁGINA
INTRODUCCIÓN	i

CAPÍTULO I

NOCIONES DE SOBERANÍA

1.1 CONCEPTO DE SOBERANÍA	1
1.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA SOBERANÍA	2
1.3 EL PENSAMIENTO DE BODINO	4
1.4 LA TITULARIDAD DE LA SOBERANÍA	6
1.5 LAS IDEAS DE ROUSSEAU	7
1.6 LA SOBERANÍA INTERNA Y LA SOBERANÍA EXTERNA	10
1.7 LAS CRÍTICAS AL CONCEPTO DE SOBERANÍA	11
1.8 LA DEFENSA DEL CONCEPTO DE SOBERANÍA	13
1.9 EL VALOR ACTUAL DE LA IDEA DE SOBERANÍA	15
1.10 SOBERANÍA CONTRA CONSTITUCIÓN	18

CAPÍTULO II

PROBLEMAS ACTUALES DE LA SOBERANÍA

2.1 LA SOBERANÍA Y EL DERECHO INTERNACIONAL	40
2.2 PROBLEMAS ACTUALES DE LA SOBERANÍA	43

2.2.1 SOBERANÍA Y GLOBALIZACIÓN	43
2.2.2 LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y LA SOBERANÍA EN GUATEMALA	48
2.2.3 CRIMEN ORGANIZADO Y SOBERANÍA	50
2.2.4 COMISIÓN Y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	55
2.4.5 CONVENIOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS RATIFICADOS POR GUATEMALA	61
2.2.6 EL ESTATUTO DE ROMA Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL	64
2.2.7 EL CONVENIO 169 DE LA OIT Y LA SOBERANÍA	68

CAPÍTULO III

TEORÍAS SOBRE LA SOBERANÍA Y EL DERECHO INTERNACIONAL

3.1 DERECHO INTERNACIONAL Y ORDEN COSMOPOLITA EN KELSEN	74
3.2 LA VISIÓN DE CARL SCHMITT SOBRE LO POLÍTICO Y EL DERECHO INTERNACIONAL	78
3.3 HERMANN HELLER, LA SOBERANÍA Y EL DERECHO INTERNACIONAL	80
3.4 OTRAS TEORÍAS	86
3.4.1 LINDSAY: LA SOBERANÍA DE LA CONSTITUCIÓN	86
4.1 GENERALIDADES	89
4.2 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE LA SOBERANÍA	91

4.3 LA SOBERANÍA EN GUATEMALA EN EL NUEVO MILENIO	99
4.4 PROPUESTA DE UN CONCEPTO DE SOBERANÍA ACORDE AL DERECHO JUSTO	102
CONCLUSIÓN	105
RECOMENDACIONES	106
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	107

ÍNDICE DE CUADROS

CUADRO	PÁGINA
1 SISTEMA UNIVERSAL	63
2 SISTEMA INTERAMERICANO	63

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene la finalidad de establecer el concepto de soberanía con un objeto específico: analizarlo en el contexto de la nueva realidad internacional hacia la que algunos países transitan, y en cuya reflexión se propone señalar elementos para la discusión del concepto desde la perspectiva de las relaciones internacionales actuales.

Las ideas de soberanía y derecho internacional no son antagónicas, sino complementarias. El Estado soberano no vive solo, por tanto, se necesitan ciertas reglas para normar las relaciones entre los Estados soberanos. La base misma del derecho internacional es la idea de los Estados soberanos, si éstos no existieran el derecho internacional sería superfluo.

La Soberanía del Estado de Guatemala se ha autolimitado debido a la aceptación y ratificación de acuerdos y tratados internacionales en materia, económica, laboral, penal y de derechos humanos en general.

El poder someter problemas de Estado a organismos internacionales, establece límites a la libertad de los mismos de actuar, “siendo que al incorporar en la cotidianidad la variable internacional al estudio del concepto de soberanía, su estatus como absoluto se reduce, y es ahí cuando surge la discusión sobre la jerarquización de las normas y el dilema tradicional sobre la primacía del Derecho nacional frente al Derecho internacional. Inclusive con este razonamiento se reconoce que los Estados, por su propia facultad soberana, se autoimponen medidas restrictivas al entrar en acuerdos internacionales.

El problema planteado es ¿Se ha transformado el concepto de soberanía como producto de los problemas actuales relacionados con las instituciones creadas por el Derecho Internacional? Aspecto que conlleva al abordaje del denominado tema “Soberanía y Derecho Internacional -El Caso de Guatemala-”

La hipótesis de trabajo es: “La noción de soberanía se ha transformado, como producto de los problema relacionados con las instituciones creadas por el Derecho internacional, en virtud, de que estas instituciones a través de sus resoluciones no han respetado la igualdad y libertad que tiene cada Estado de actuar de conformidad con su ordenamiento interno, atentando contra su poder soberano y evitando que se enmarque en la defensa de la supremacía de su Derecho nacional, provocando con esta injerencia que dichas instituciones internacionales busquen erigirse como una policía mundial”.

El presente trabajo de graduación apoyado por la discusión doctrinal, aportes legislativos y jurisprudenciales a través de una división de la investigación en cuatro capítulos, se analizará en el capítulo I la soberanía como concepto, sus antecedentes estableciendo que la soberanía es el fruto de las luchas sostenidas por el Rey francés contra el imperio romano, la iglesia y los señores feudales; se menciona que la primera sistematización del concepto de soberanía se encuentra en Los seis libros de la República de Juan Bodino, se hace mención de la titularidad de la soberanía, las críticas al concepto de soberanía y la defensa a dicho concepto.

En el Capítulo II se hará énfasis de los problemas actuales de la soberanía, porque en la actualidad existen muchos problemas de escala mundial que no pueden resolverse dentro de los límites de los Estados, sino que requieren del esfuerzo y la acción conjunta de ellos. Se tendrán en cuenta los problemas que sin ser los únicos, presentan especial relevancia para Guatemala, por contar con regulación Constitucional sobre los mismos.

Capitulo III se abordan de las ideas de Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller sobre la soberanía y el derecho internacional, estas representan los extremos más comunes de la discusión sobre esta problemática: por un lado, la negación del concepto de la soberanía y la afirmación del derecho internacional y el cosmopolitismo pacifista y por el otro, la afirmación de lo político y de la soberanía y la negación del derecho internacional y del pacifismo.

Por último, en el Capítulo IV se analizará la Soberanía y Derecho Internacional -El Caso de Guatemala- utilizando jurisprudencia y expresando una propuesta de un concepto de Soberanía actualizado y apegado al derecho.

Para la realización de la investigación se ha acudido a múltiples fuentes bibliográficas, expresadas en el último de los apartados de este trabajo, donde se utilizan las opiniones y planteamientos teóricos de expertos, con lo cual se desarrolló los cuatro capítulos que se presentan en esta investigación.

CAPÍTULO I

NOCIONES DE SOBERANÍA

1.1 CONCEPTO DE SOBERANÍA

La palabra soberanía proviene de los vocablos super-omnia; luego, etimológicamente, significa "sobre todo poder". El soberano es quien decide en última instancia sin que nadie le pueda decir o indicar en Soberanía es la facultad exclusiva de un pueblo para dictar, aplicar y hacer cumplir las leyes que el mismo se ha dado.

La soberanía es a los pueblos lo que la libertad a los hombres. La soberanía es la base de todas las instituciones que sentido tiene que decidir. jurídico-políticas. En una teoría democrática, la soberanía solo puede radicar en el pueblo.

Sierra Rojas, cita a Juan Jacobo Rousseau quien explicó que la soberanía es el ejercicio de la voluntad general¹ y ésta nunca es enajenable, prescriptible de serlo se destruiría el cuerpo político, la voluntad es general y al declararse hace la ley, y no prescribe porque a la libertad se le puede atar, pero no suprimir.

La soberanía radica por esencia en el pueblo, éste es el principio y fin de toda la organización política. El pueblo es su propio legislador y juez. El pueblo crea y destruye las leyes. El pueblo es quien decide y su voluntad convierte las simples conductas en leyes que son las guías de la voluntad creadora.

¹ Serra Rojas, Andrés: Diccionario de Ciencia Política (M-Z), 2ª. ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 1999, p.1175.

La gran mayoría de las constituciones modernas contiene la declaración explícita de que la soberanía radica en el pueblo.

Ahora bien, un Estado no vive aislado sino en un conjunto internacional y por ello la idea de soberanía tiene un aspecto externo, que es la idea de igualdad de todas las naciones: ninguna es más que otra, todas son libres en ningún Estado tiene el derecho de agredir o imponer una decisión a otro Estado.

1.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA SOBERANÍA

Con frecuencia se ha afirmado que el concepto de soberanía es confuso y polémico, incluso se le ha atribuido haber sido uno de los factores importantes en el estallido de las guerras. Kaplan y Katzenbach, tratadistas de derecho internacional², afirman que el término soberanía es vago e inconsistente, que es un símbolo altamente emotivo y que no es una idea que resulte muy útil ni a efectos de análisis ni de descripción.

Los pueblos, a través de la historia, han construido diversas formas de organización política, la última cronológicamente es el Estado nacional y soberano; en consecuencia, el Estado de nuestros días conserva como notas características precisamente las de nacional y soberano.

El Estado nacional nació con una característica antes no conocida: la idea de la soberanía. La soberanía es el fruto de las luchas sostenidas por el rey francés contra

² Kaplan, Morton A. y Nicolás de B. Katzenbach. Fundamentos políticos del derecho internacional, (traducción de Andrés M. Mateo), México, limusa-Wiley, 1965, p.159.

el imperio romano, la iglesia y los señores feudales; este nacimiento del Estado soberano ocurrió a finales de la alta Edad Media.

Bien conocida es la pretensión de la Edad Media de conseguir una unidad religiosa regida por la Iglesia romana. Dentro de estas unidades se establecieron reinos cuyos jefes recibían tal título del Emperador; en esos reinos existían los Señores Feudales quienes competían en poder y señorío con los propios reyes.

La Iglesia trató, desde principios del siglo XI, de independizarse de las presiones políticas del imperio y posteriormente de dominarlo. El acontecimiento principal en esta lucha fue el episodio de Canossa, en el cual el emperador Enrique IV, de rodillas y descalzo, pidió perdón al papa Gregorio VII.

En 1214 el Rey francés Felipe II, apoyado por los barones y señores feudales, derrotó en la batalla de Bouvines al emperador Otón. Ocho decenios después de ese triunfo, otro rey francés, Felipe el Hermoso, se impuso al papa Bonifacio VIII. Como los señores feudales, después de una serie de luchas, se habían sometido a la autoridad real, al vencer Francia al imperio y a la Iglesia (episodio de Avignon), nació como un Estado nacional, como una unidad que reconoció un poder: al Rey que había destruido los estamentos feudales y construido una nación.

Se haría posible la idea que tiempo después Renán expondría: Francia se constituía por el plebiscito cotidiano de todos los franceses. Así nació el Estado nacional y soberano.³

³ Carpizo, Jorge, La Constitución Mexicana de 1917, 4ª. Ed., México, UNAM, 1980, pp. 163-165.

1.3 EL PENSAMIENTO DE BODINO

La soberanía no se concibió en una doctrina o en una teoría, sino que fue producto de la realidad y, como se ha expresado, la doctrina se puso al servicio de los acontecimientos.⁴ El Estado nacional y soberano estaba ahí, existía, y entonces se trató de explicar esta nueva forma de organización política.

La primera sistematización del concepto de soberanía se encuentra en Los seis libros de la República de Juan Bodino. El teórico francés estudió una realidad nueva y trató de definirla. Hay definiciones que siempre escriben y comentan, una de ellas es la de Bodino: República es el gobierno justo de muchas familias y de lo que es común, con suprema autoridad.

En el concepto de suprema autoridad se encuentra la idea de soberanía. Para Bodino, soberanía es un poder absoluto y perpetuo. Este pensador francés entendió por absoluto la potestad de dictar y derogar las leyes. Esta idea ha levantado multitud de críticas, se ha dicho que el pensamiento de Bodino lleva al totalitarismo; empero, el autor de Los seis libros de la República escribió, frases que nos hacen comprender su pensamiento y en los que queda claro que los principios están sujetos a las leyes comunes de todos los pueblos.

El príncipe tiene el poder de dictar leyes civiles, nunca las divinas; o sea, la actuación real está limitada por márgenes puede traspasar. Precisos, los cuales no puede traspasar.

⁴ Tena Ramírez, Felipe, Derecho Constitucional Mexicano, 17ª. Ed, México, E. Porrúa, 1980, p.5.

Víctor Flores Olea comprendió muy bien el pensamiento de Bodino y manifestó que:

*La expresión legibus solutus no significa arbitrariedad del soberano, porque los principios de la tierra están sujetos a las leyes de Dios, de la naturaleza y al Derecho de gentes. Bodino distingue, nítidamente, entre Derecho y Ley, entre principio y precepto, y el soberano, a quien le compete dar las leyes a los hombres, no está sujeto, precisamente, a la Ley, aunque sí al Derecho divino, natural y de gentes.*⁵

Bodino entendió por perpetuo el poder irrevocable, el poder por tiempo ilimitado, pero este pensamiento no se puede separar del carácter de absoluto, ya que, si el príncipe viola las leyes que no delito de lesa majestad divina, y se abren las puertas a un movimiento para destruir al legislador arbitrario.

La soberanía es la facultad de dar leyes a todos los ciudadanos, pero nunca recibirlas de éstos.⁶

Bodino afirmó, entonces, que el príncipe tenía que respetar las leyes comunes a todos los pueblos, es decir, que tenía que respetar el derecho internacional (intergentes).

¿Quién es el titular de la soberanía para Bodino? La respuesta ha sido sumamente debatida y se han proporcionado las más diferentes soluciones; empero, el término definido es república, y ésta es el justo gobierno de muchas familias con suprema autoridad, ¿quién entonces tiene la suprema autoridad? Una oración que nos

⁵ Flores Olea, Víctor, Ensayo sobre la soberanía del Estado, México, UNAM, 1969, pp. 64-65.

⁶ Héller, Hermann, La Soberanía, (traducción de Mario Cueva), México, UNAM, 1965, p. 81.

puede ayudar es: «hay mucha diferencia del Estado al Gobierno civil». Bodino distinguió entre Estado y Gobierno, entre la estructura y la manera en la cual se manda en esa estructura.

Podemos concluir que para Bodino el soberano es quien efectivamente gobierna, ya sea el príncipe, un grupo o el pueblo.

Pero no hay que olvidar que Bodino era francés y admiraba a su rey por haber sido la monarquía la creadora de su Estado, y en forma sentimental deseaba que el soberano fuera el rey, sin descartar las otras posibilidades; en el siglo XVI, en Europa, el poder supremo lo poseía el rey, se estaba viviendo un absolutista.⁷

1.4 LA TITULARIDAD DE LA SOBERANÍA

Uno de los grandes temas respecto a la soberanía es quién es su titular. La doctrina ha contestado en las formas más diversas y contradictorias. Veamos algunos pensamientos.

Para Grocio, el titular de la soberanía es el derecho natural, el cual no cambia y permanece inmutable. Para Hobbes, el titular es quien detenta el poder.

Para Hegel, Jellinek, Heller y Flores Olea el titular es el Estado. Aquí la dificultad se encuentra en las diversas e incluso antagónicas acepciones respecto a la noción de Estado que tiene cada uno de esos autores.

Para Loyscau la soberanía reside en el territorio.

⁷ Cueva, Mario de la, teoría general del Estado (edición mimeografía de sus apuntes de clase), México, 1961, tomo II, pp. 409-410.

Para Krabbe, el titular es el orden jurídico. Para Rehm, el soberano es el derecho público, y para Haenel es la función suprema de la legislación. Para Lasing, la soberanía reside en el mundo. Para Gioberti, José Manuel Estrada y Mauricio Hauriou, la soberanía radica en Dios. Para Felipe Tena Ramírez la soberanía se encuentra en la Constitución⁸.

Para Rousseau, el pueblo es el soberano.

El problema de la titularidad de la soberanía es que, el sujeto de ella debe ser un sujeto de voluntad real con autoridad para expedir las normas jurídicas sin que nadie le indique cómo debe hacerlo⁹. Las teorías que despersonalizan al titular de la soberanía sólo pretenden disimular u ocultar el hecho de que se tiene oprimido al pueblo.

Si la soberanía es la facultad de darse un orden jurídico, entonces es necesario que alguien cree ese orden jurídico y ese alguien sólo puede ser el pueblo. En una teoría democrática no existe ninguna otra posibilidad: el titular de la soberanía es el pueblo, ya que, es su esencia misma, y aquí se encuentra el mérito del pensamiento de Rousseau.

1.5 LAS IDEAS DE ROUSSEAU

Examinemos, aunque rápidamente, algunas de las ideas de Rousseau. Para Rousseau el hombre vivió una etapa de naturaleza donde fue totalmente libre. La obra de Juan Jacobo es la proposición para regresar al Estado en que el hombre es libre.

⁸ Carpizo, Jorge, op. Cit., supra, nota 2, pp. 168-169. 173-179, y Flores Olea Victor, op. Cit., supra. Nota 4, pp. 45, 56-58.

⁹ Heller Hermann, op. Cit., supra, pp. 145

Juan Jacobo nunca creyó, como Hobbes, en la existencia real y verdadera de un contrato, sino que fue la idea explicativa de la necesidad de cierto orden, en el cual no se sacrificara en nada la libertad humana, por lo cual escribió:

Hay que encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado y por lo cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y permanezca tan libre como antes¹⁰.

Esta es la idea vertebral del Contrato Social: que los hombres se asocien para que hagan su historia y su orden jurídico, que les permita realizar su esencia de igualdad, sin sacrificar ninguna de sus libertades.

Una idea sumamente discutida del autor de Julia o la nueva Eloísa¹¹, es la anterior idea de la voluntad general: se ha dicho que es la voluntad de todos los asociados, pero párrafo importante es:

Hay, con frecuencia, bastante diferencia entre la voluntad de todos y la voluntad general. Esta no tiene en cuenta sino el interés común; la otra se refiere al interés privado y no es más que una suma de voluntades particulares.

¹⁰ Rousseau, Juan Jacobo, El Contrato Social, (traducción de Consuelo Berges), 7ª. Ed, Buenos Aires, Ed. Aguilar, 1965, pp. 64-65.

¹¹ Es una novela epistolar de Jean-Jacques Rousseau publicada en 1761. la obra está llena de una teoría filosófica con la que Rousseau explora los valores morales de la autonomía y la autenticidad para dar preferencia a la ética de esta contra los principios morales racionales: cumplir lo que la sociedad exige solo si es conforme a sus propios "principios secretos" y a los sentimientos que constituyen la identidad profunda. "Julia o nueva Eloísa" En: wikipedia.org. Disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/Julia,_o_la_nueva_Elo%C3%ADsa. Consultado: 25 de octubre de 2019, 06:01 pm.

La voluntad general es la sociedad, cuya finalidad es que todos los hombres puedan vivir como hombres. De la Cueva afirmó que: la voluntad general no es más que la suma de todas las voluntades identificadas en la idea de la libertad¹².

La soberanía declaró Rousseau es el ejercicio de la voluntad general, y esta soberanía nunca es enajenable, prescriptible o divisible. De estas características se deducen otras, pero la soberanía no es enajenable porque de serlo se destruiría el cuerpo político, no es divisible porque la voluntad es general y al declararse hace la ley, y no prescribe porque a la libertad se le puede ahogar, pero no suprimir¹³.

La soberanía radica por esencia en el pueblo, éste es el principio y fin de toda la organización política. El pueblo es su propio legislador y juez. El pueblo crea y destruye las leyes. El pueblo es quien decide y su voluntad convierte las simples conductas en leyes que son las guías de la voluntad creadora. El pueblo es el amo y señor, los que gobiernan son sus servidores:

El acto que instituye el gobierno no es un contrato, sino una ley; los depositarios del poder ejecutivo no son los dueños del pueblo, sino sus servidores; puede nombrarlos o destituirlos cuando le plazca; no es cuestión para ellos de contratar, sino de obedecer, y encargándose de las funciones que el Estado les impone no hace sino cumplir con su deber de ciudadano, sin tener en modo alguno el derecho de discutir las condiciones.

¹² Cueva , Mario de la, "la idea de la Soberanía", en estudios sobre el decreto constitucional de Apatzingán, México, UNAM, 1964, p. 281

¹³ Rousseau, Juan Jacobo, op. Cit., supra, nota 2, pp. 77-80.

Después de la obra de Rousseau quedó claro que la única forma de gobierno aceptable a la dignidad humana es democracia: el pueblo soberano crea su orden jurídico para realizar la libertad, la igualdad y la justicia. En esta parte, el pensamiento de Rousseau está vigente: la libertad y la dignidad del hombre como base de toda la estructura política; el pueblo soberano actualizando su libertad y su independencia.

1.6 LA SOBERANÍA INTERNA Y LA SOBERANÍA EXTERNA

Soberanía, que es una e indivisible, puede ser contemplada desde dos ángulos o aspectos: el interno y el externo; ya Rousseau, Hegel y Jellineck se ocuparon de ellos.

El aspecto interno implica que el pueblo se otorga su propio orden jurídico sin que nadie le señale cómo de ser éste; los hombres libres deciden su forma de gobierno y nombran a quienes van a dirigir los órganos de la estructura política de acuerdo con las leyes, que son la expresión de la voluntad popular. Así, el aspecto interno consiste en la facultad exclusiva de pueblo de dictar, aplicar y hacer cumplir las leyes.

El aspecto externo implica la libertad de todas las naciones, la igualdad entre todos los pueblos. El aspecto externo significa que un pueblo independiente y el consorcio universal de naciones, entra en relaciones con sus pares; es el mismo principio que rige la vida interna de la nación, sólo que proyectado hacia afuera del Estado.

Tena Ramírez señala que la noción de supremacía es la nota característica de la soberanía interior; es entonces un superlativo; en cambio, la soberanía exterior es comparativo de igualdad¹⁴.

1.7 LAS CRÍTICAS AL CONCEPTO DE SOBERANÍA

La idea de la soberanía ha sido muy criticada por algunos autores: le adjudicaron haber propiciado las guerras y ser un grave obstáculo para el desarrollo del derecho y de las relaciones internacionales; especialmente fuertes fueron las críticas después de la Primera Guerra Mundial.

Hugo Preus sostuvo que la idea del Estado de derecho extirparía y subsistiría no solamente el concepto romántico de la soberanía, sino incluso el término mismo¹⁵.

El norteamericano James W. Garner aunque atribuyó la soberanía al Estado, decididamente se manifestó en contra de ella, ya que expresó su opinión en el sentido de que el concepto de soberanía es el obstáculo principal a una organización mundial y una gran traba para mantener la paz y el progreso de los intereses comunes de los Estados¹⁶.

El teórico griego N. Politis creyó que la idea de la soberanía se encontraba en su etapa de desaparición, virtualmente abolida y que era necesario borrar del lenguaje jurídico esa palabra. Y como este autor pensó que la soberanía ya estaba casi abolida indicó que el Estado estaba cerca de ser una federación para la administración de los servicios públicos.

¹⁴ Tena Ramírez, Felipe, op. Cit., supra, p. 6.

¹⁵ Mencionado por Heller, Hermann, op. Cit., supra, p. 93

¹⁶ Carpizo, Jorge, op. Cit., supra, nota 2, p. 182, y Heller Hermann, op. Cit., supra. Pp. 102-103.

Los pensamientos anteriormente señalados de Politis están atemperados en la parte final de su obra, de donde se deduce que ni Politis está convencido de que la soberanía sea un concepto superado, sino que, según él, se estaba logrando eliminar su carácter peligroso.

En esta forma, la doctrina de Politis resulta confusa. Más que párrafos concretos hay que analizar su concepción general: anhela que desaparezca la idea de la soberanía¹⁷.

El pensamiento de León Duguit lo podemos sintetizar diciendo que para él la noción de soberanía es una idea metafísica, totalmente extraña a la realidad y que se halla en camino de desaparecer. Para Duguit el problema se encuentra en que determinados hombres imponen su voluntad por la fuerza a los demás.

Afirmó que este problema era irresoluble, puesto que resolverlo equivaldría a admitir que ciertos hombres son por esencia superiores a otros, o bien habría que admitir que el superior es un dios. Ante su imposibilidad de explicar científicamente la existencia de una voluntad soberana, se pronunció en contra de la soberanía.

En el problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional, Kelsen manifestó que el mundo llegaría a tener un orden jurídico universal y justo, cuya validez no dependería del reconocimiento de los Estados y para alcanzar lo anterior había que abolir el dogma de la soberanía de cada Estado. En otros párrafos agregó que la noción de soberanía debía ser radicalmente extirpada y que debía desaparecer del diccionario del derecho internacional.

¹⁷ Carpizo Jorge, op. Cit., supra, pp. 182-183, y Heller, Hermann, op. Cit. Supra, pp. 104-105.

Laski externó que puede existir paz sin una organización internacional que derogue la soberanía de los Estados. Este autor creyó que la idea de la soberanía del Estado pasaría de la misma forma en que pasó el derecho divino de los reyes, ya que el concepto de soberanía sólo fue la espada victoriosa, forjada en uno de los más terribles conflictos políticos. Hay que reemplazar esta espada por otras armas más nuevas¹⁸.

1.8 LA DEFENSA DEL CONCEPTO DE SOBERANÍA

Dentro del anterior panorama surgió el pensamiento de Hermann Heller: no existe contradicción entre los conceptos de soberanía y Derecho internacional, ya que el Estado soberano es presupuesto para la existencia del segundo. Heller se convirtió así en el gran defensor de la idea de soberanía. Heller afirmó que:

La concepción del Derecho internacional que no tome como punto de partida la existencia de una pluralidad de unidades de voluntad soberanas, está de antemano y necesariamente destinada al fracaso. El Derecho internacional existe únicamente en la medida en que por lo menos están presentes dos unidades territoriales decisorias universales y efectivas.

Desde este punto de vista, la idea del Estado soberano es un presupuesto necesario del pensamiento internacional; por el contrario, la idea del derecho internacional no es presupuesto indispensable para el pensamiento estatal.

¹⁸ Laski Harold J. El problema de la Soberanía (traducción de Armando Razán) Buenos Aires, Editorial Dédalo, 1960, pp. 132-133.

La civitas máxima o el Estado que pudiera aislarse dentro de la muralla china, serían unidades decisorias soberanas y existirían sin necesidad de la existencia o vigencia de un derecho internacional; en cambio, un derecho internacional sin Estados soberanos es impensable. Una unidad decisoria planetaria, universal y efectiva, transformaría al derecho internacional en derecho estatal y sería soberana en el más eminente sentido de la palabra.

Adoptamos como principio de que el Estado es soberano; esta fórmula significa que el Estado es una unidad territorial decisoria universal y efectiva, tanto en su interior como hacia el exterior¹⁹.

Soberano es quien tiene el poder necesario para asegurar el derecho, pero el derecho no es soberano porque del legislador para su misma existencia o positividad y porque necesita también de un sostén para su garantía total.

La propia Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso ruso-finlandés de Carelia declaró que el principio que se encuentra en la base misma del derecho internacional es el de la independencia de los Estados²⁰.

La conclusión de Heller se encuentra en que mientras no exista un Estado mundial como unidad territorial universal de la decisión, de acción, es decir, un Estado

¹⁹ Heller Hermann, op. Cit. Supra, nota 5, p. 225.

²⁰ De Conformidad de la declaración de independencia con el derecho internacional. Con arreglo a la práctica de los Estados, no están prohibidas las declaraciones de independencia. Afirmación de que la prohibición de las declaraciones unilaterales de independencia está implícita en el principio de integridad territorial. El alcance del principio de integridad territorial se limita a la esfera de las relaciones entre Estados. "Opinión consultiva de la corte internacional de justicia" en: dipublico.org, disponible en: <https://www.dipublico.org/11021/opinion-consultiva-de-la-corte-internacional-de-justicia-sobre-la-conformidad-con-el-derecho-internacional-de-la-declaracion-unilateral-de-independencia-relativa-a-kosovo-2010/> Consultado el 25 de octubre de 2019, 06:11 pm.

mundial soberano, la soberanía de cada Estado particular debe ser legibus soluta potestas²¹. Así, las características de nacional y soberano aún siguen conformando al Estado de nuestros días y continuarán constituyendo sus elementos esenciales mientras no se modifiquen las actuales estructuras de la organización política de los Estados.

1.9 EL VALOR ACTUAL DE LA IDEA DE SOBERANÍA

Como hemos visto, la idea de la soberanía no nació de una teoría, sino de la realidad; nació como la potestad última de acción y decisión sobre el orden jurídico; nació como la facultad de dar y derogar las leyes sin la intervención de ningún elemento extraño a ese pueblo. Soberanía es entonces sinónimo de libertad, independencia, poder constituyente, pueblo, autodeterminación y del principio de no intervención²².

El titular de la soberanía es y sólo puede ser el pueblo, porque es la realidad. El pueblo construye su Estado y su orden jurídico como instrumentos a sus servicios, como auxiliares en su finalidad de vivir con libertad, dignidad y justicia.

El pueblo es el que quiere y decide. El pueblo construye, modifica, reforma y, llegando el caso, destruye su Estado y su orden jurídico para darse otros diversos.

²¹ Ídem, pag. 304.

²² Carpizo Jorge, La Soberanía Del Pueblo En El Derecho Interno y en El Internacional, en: dialnet. disponible en: <https://dialnet.unirioja.es> , consultado el 20 de julio de 2019, 06:21 pm.

Tratar de despersonalizar el concepto de soberanía es negar la realidad y tratar de ocultar alguna forma de dominación y de fuerza. Un sistema democrático es sólo aquel en el cual todo el poder deviene del pueblo, del pueblo que decide sus estructuras, entonces la soberanía sólo puede estar en la voluntad decisoria del pueblo. La soberanía es al pueblo lo que la libertad es al hombre. La soberanía no es arbitrariedad, sino que se encuentra limitada por sus principios mismos; que es indivisible, que es inalienable, que es imprescriptible y porque persigue es propia libertad y dignidad.

Así, no asegurar su concebible que la noción de soberanía pueda prestarse a la violación de los derechos humanos o al desconocimiento de que los gobernantes son sólo los representantes de la voluntad del pueblo.

En esta forma, la misma idea de soberanía contiene sus límites para no autodestruirse y poder libremente decidir su Estado y su orden jurídico que son instrumentos a su servicio para poder vivir bien, con libertad y con justicia.

El pueblo es una comunidad política, el pueblo soberano construye su Estado, el cual conviene con otros Estados. De aquí que la idea de soberanía, que es única e indivisible, tenga un aspecto interno: la decisión de sus normas y un aspecto externo: la igualdad los otros Estados soberanos. El aspecto externo de la soberanía es la independencia, la igualdad y la autodeterminación de los Estados en el consorcio de naciones regido por el derecho internacional.

Las ideas de soberanía y derecho internacional no son antagónicas, sino complementarias. El Estado soberano no vive solo, por tanto, se necesitan ciertas

reglas para normar las relaciones entre los Estados soberanos. La base misma del derecho internacional es la idea de los Estados soberanos, si éstos no existieran el derecho internacional sería superfluo²³.

Recordemos que la noción de soberanía no significa arbitrariedad; por ello el Estado soberano tiene que respetar ciertas reglas de convivencia con los otros Estados: el Estado soberano no debe realizar actos que no desearía que le hagan a él, debe respetar la soberanía de los otros Estados. Este pensamiento está plasmado bellamente en un precepto jurídico del año 1814. El artículo 9° de la Constitución de Apatzingán señaló: Ninguna nación tiene derecho para impedir a otra el uso libre de su soberanía. El título de conquista puede legitimar los actos de la fuerza: el pueblo que lo intente debe ser obligado por las armas a respetar el derecho convencional de las naciones.

Así, en la misma forma en que un hombre libre no debe imponer su voluntad a otro, un pueblo no debe intervenir en los asuntos internos de otro.

O dicho con palabras diversas: la idea de la voluntad general de Rousseau se puede aplicar al derecho internacional: que los Estados soberanos en sus relaciones lleven como principio el respeto a la soberanía de los otros y que la fuerza común de todos impida que alguno trate de impedir a otro el ejercicio libre de la soberanía.

²³ *Ibíd*em

En efecto, en el derecho internacional se encuentra la mejor garantía a la soberanía de cada Estado: en la realización de la igualdad de cada Estado resplandecen su independencia y su autodeterminación.

Todo Estado está obligado de respetar estos principios, todo Estado está identificado con su soberanía que no es arbitrariedad y se encuentra vinculado al derecho internacional.

En esta forma, soberanía y derecho internacional son términos correspondientes.

En consecuencia, el titular de la soberanía en el derecho internacional sólo puede ser también el pueblo, que es la realidad, sólo que se suele hablar de Estados soberanos, pero en esta alocución se está identificando Estado y pueblo, entendido este último como comunidad política.

1.10 SOBERANÍA CONTRA CONSTITUCIÓN

La constitución medieval es en su esencia histórica una constitución mixta. En el momento culmen de la experiencia política medieval esa constitución sirve para sostener la idea de la potestas temperata, es decir, una imagen y una práctica del poder monárquico limitado por los otros componentes de la constitución y, antes que nada, por instituciones dentro de las cuales pueden decirse representadas las distintas partes de la comunidad política.

Sucesivamente, en el siglo comprendido entre la mitad del siglo XVI y la mitad del XVII, la constitución medieval continuará operando en profundidad en la realidad y en la cultura política de su tiempo, sosteniendo la necesidad de contraponer a todo intento

unilateral de síntesis el modelo histórico de la constitución mixta, de un prudente y razonable equilibrio entre las distintas componentes de la misma constitución.

Hemos visto, en este sentido, cómo los dos grandes escenarios dentro de los cuales se produce el enfrentamiento entre absolutismo político y constitución mixta eran respectivamente el francés de las guerras de religión y el inglés de la lucha entre monarquía y parlamento.

Ahora debemos retomar el hilo de estos acontecimientos desde un punto de vista divergente e incluso opuesto respecto a la tradición medieval: el de las doctrinas de la soberanía. Estas doctrinas aparecen desde distintos aspectos en los orígenes de la constitución de los modernos, partiendo precisamente de una valoración de nuestra constitución mixta.

El profundo estado de conflicto y, en ciertos casos, de verdadera y propia guerra civil, como en la Francia de las guerras de religión o la Inglaterra de los años cuarenta del siglo XVII, ya no se interpreta en clave de una culpable desviación de la originaria constitución mixta.

Como consecuencia, esta última ya no se ve como el pacífico y armonioso requisito histórico al que era necesario volver cuanto antes, precisamente para salir del insostenible conflicto existente.

Al contrario, las doctrinas de la soberanía, que en este sentido se expresan de manera plena y radical en la obra de Thomas Hobbes (1588-1679), señalaron precisamente en la larga vigencia de la constitución mixta la causa primera y más relevante del conflicto y de la guerra civil.

En otras palabras, se había llegado inevitablemente a ese conflicto y a esa guerra porque durante demasiado tiempo se había eludido la pregunta fundamental titularidad de la potestas pública y, así, se había terminado por perder totalmente el centro de gravedad del sistema social y político.

En suma, se deducía que un orden como el inherente a la constitución mixta medieval, fundado sobre una vasta y pluralidad de acuerdos y de convenios, permanente contrario a todo intento de síntesis, tenía que producir al fin anarquía y guerra civil, como en efecto estaba sucediendo.

Sin embargo, una conclusión tan drástica y clara sobre la constitución medieval encontró dificultades para manifestarse de manera plena durante un tiempo. La figura más emblemática en este sentido, en cuya obra encontramos ya bien expresados los caracteres de la moderna soberanía, aunque todavía con presencia de una buena parte de la tradición medieval, es seguramente Jean Bodin²⁴ (1519-1596), el autor de *Les six livres de la République*, publicados por primera vez en París en 1576.

No existe ninguna duda sobre la presencia en esta obra de la dimensión, nueva e inédita de la soberanía (*souveraineté*, *summa potestas*).

La novedad consiste, en primer lugar, en el hecho de que Bodino no procede por vía de análisis, partiendo de la enumeración de los poderes y de las prerrogativas del soberano, sino por vía de síntesis, intentando descubrir la naturaleza de los poderes que pertenecen al soberano.

²⁴ Bodin Jean, *Los Seis Libros de la República*, Madrid, Editorial Tecnos S.A, 1997.

El rey no es soberano porque sea titular de múltiples y vastos poderes, sino porque esos poderes están dotados, en él y sólo en él, de un carácter particular, el de la soberanía. Para que tal carácter esté presente es necesario que el poder del soberano sea perpetuo y absoluto.

Comencemos por el primer aspecto. Por poder perpetuo Bodino entiende esencialmente un poder no revocable, que es tal en primer lugar porque no ha sido contenido por otro poder, no es por ello fruto de una delegación Bodino entiende esencialmente un revocable, que es tal en primer lugar porque no ha sido contenido por otro poder, no es por ello fruto de una delegación.

Bodino polemiza aquí, implícita y explícitamente, con aquella corriente de la tradición medieval que en el rey veía el *summus magistratus* que en origen había recibido su poder del conjunto de la comunidad, frente a la que se había comprometido.

Un rey de tal género no podía ciertamente llamarse soberano precisamente por el hecho de que su poder era recibido, y no era por ello perpetuo, sino que, por el contrario, siempre estaba sometido a la posibilidad de la revocación. En otras palabras, un poder es soberano cuando puede llamarse originario, es decir, cuando no deriva de otro poder.

Pero Bodino persigue un objetivo bastante concreto. Intenta, de esta manera, introducir un criterio seguro para distinguir entre el poder del rey y el poder de los magistrados, y en general de todos aquellos que ejercitan poderes de *imperium* en la Francia de su tiempo.

En efecto, tales poderes, por vastos que puedan ser, siempre derivan de un título que originariamente los ha formado, de una comisión, de una delegación, de un nombramiento, de la constitución de un beneficio concreto.

Ahora bien, Bodino no pretende de ningún modo que todos estos poderes sean superiores al rey, de manera que ellos en conjunto puedan revocarle.

El suyo no es de ningún modo un proyecto de nivelación, de radical negación del carácter complejo y compuesto de la constitución francesa de su tiempo. Quiere más bien afirmar la necesidad de un poder cualitativamente distinto a todos los demás, capaz, por su carácter intrínseco, de expresar la necesidad de una dimensión fija y constante en la vida concreta de la res publica, es decir, perpetuo en el sentido de sustraída por su naturaleza de la infinita cadena medieval de los poderes derivados, constituidos en sentido particular, siempre más o menos fácilmente revocables.

Con Bodino, se produce la primera ruptura verdadera del ordenamiento medieval de los poderes. Consiste, desde el punto de vista teórico, en la conciencia adquirida de la imposibilidad de mantener un orden pacífico y armonioso, que ahora, para salvarse y evitar conflictos, debe admitir en su interior la presencia de un poder de naturaleza distinta, de un poder originario y soberano.

En suma, lo que no funciona bien es la gran idea medieval del organismo político que, por el solo hecho de existir, presupone la presencia de un corazón, de un centro motor. Ahora, este corazón ya no es necesario y naturalmente. Y, por lo tanto, es necesario injertar, precisamente en el centro del cuerpo político, una fuerza suplementaria, desconocida hasta ese momento.

Este poder soberano no sólo es perpetuo, sino también absoluto. Esto no significa que carezca de límites. Al contrario, desde este punto de vista puede decirse que Bodino está profundamente ligado a la tradición medieval. De ella deriva la necesidad de, al menos, dos límites.

El primero viene unido a la distinción entre rey y Corona, con la consecuente imposibilidad de cambiar las leyes que regulan la sucesión al trono y de alienar los bienes que forman parte de la hacienda pública.

El segundo, aún más importante, viene unido a la existencia de un derecho profundamente radicado en las cosas y en los bienes, que regula la pertenencia de éstos a los súbditos tomados individualmente, a las familias, a las comunidades rurales y urbanas. Este derecho de los particulares lenguaje de tiempos más recientes no está a disposición del soberano, no puede ser libremente alterado por su cómo podemos decir usando una voluntad discrecional.

Al contrario, está bien claro y Bodino lo repite innumerables veces que el soberano que entra en esa esfera, por eso mismo, acepta usar el mismo derecho que los particulares usan entre ellos. También para Bodino, bajo la guía de la tradición medieval, sirve la gran máxima según la cual tirano es el que pretende tomar libremente los bienes de sus súbditos.

Pero, entonces, ¿qué significa poder absoluto? Significa que, en una comunidad política bien ordenada, que realmente aspira a evitar el conflicto y sobre todo el peligro de su disolución, existen prerrogativas y poderes que no pueden ser objeto de convenios, que no pueden ser compartidos.

Mirándolo bien, el absolutismo del poder soberano deriva de la primera característica de ese partido, que consiste en el hecho de ser perpetuo, en el sentido de originario.

Un poder de este género, precisamente porque no deriva de otros poderes, no tiene y no debe tener otros poderes, anteriores a él ni junto a él, con los que esté de algún modo obligado a asociarse, a pactar, a compartir.

En otras palabras, el absolutismo del poder soberano coincide con su indivisibilidad. El poder soberano no es por ello un poder ilimitado. Es más bien un poder que por su naturaleza escapa de la dimensión constitucional del control del contrapeso por parte de otros poderes.

Bodino procede también a enumerar de manera clara y definida los poderes y las prerrogativas que forman parte del núcleo duro de la soberanía, y que por ello no ser compartidas: el poder de dar y anular leyes, el poder de declarar la guerra y de firmar la paz, el poder de decidir pueden en última instancia sobre las controversias existente entre los súbditos, el poder de nombrar a los magistrados y, en fin, también el tan discutido poder de imponer los tributos.

Como se aprecia con claridad, la puesta en juego es bien concreta, se refiere a esos mismos poderes sobre cuya titularidad tanto se había afanado la reflexión medieval y sobre los que enseguida se producía en Inglaterra el conflicto constitucional que ya conocemos.

Y bien, la respuesta de Bodino, consecuente con su doctrina de soberanía, es bastante clara y atrevida. El régimen político el éstat en el texto de Bodino sólo puede

asumir tres formas: la monárquica cuando los poderes soberanos son de titularidad del rey, la aristocrática cuando esos mismos poderes son de titularidad de un estamento reducido y cualificado reunido en asamblea, y la democrática cuando tal asamblea tiende a expresar la voluntad de la mayoría de los ciudadanos.

Contra toda la tradición, primero antigua y después medieval, Bodino niega que pueda existir una cuarta forma de carácter mixto y, sobre todo, que ésta sea la forma ideal.

Una situación en la que el pueblo con su asamblea más o menos condicionada por la presencia de la componente aristocrática, concurra de manera más o menos decisiva a la formación de la ley y al nombramiento de los magistrados, y prerrogativas esenciales de exclusiva titularidad del rey, es para Bodino una situación simplemente sin forma, en espera de definirse a favor de uno de los factores de la constitución. Y es bueno que tal definición suceda cuanto antes si no se quiere que se disuelva todo el sistema, todo el orden político.

Es bien conocido que Bodino prefiere la solución de la soberanía monárquica. Pero una vez firme, en realidad el discurso se reabre, ya que se trata de dar a este régimen político monárquico adquirido este dato un gobierno.

En efecto, la mayor contribución de Bodino está precisamente en la distinción entre *état* y *gouvernement*, *entre régimen* y *gobierno*.

Si desde el punto de vista del régimen se define quién es el titular de los poderes soberanos, desde el punto de vista, distinto y diferente, del gobierno se define cuál es la función, junto al soberano, de todos aquellos que están dotados de poderes con

relevancia pública, desde los estados generales y los parlamentos hasta los magistrados y oficiales del reino.

Y bien, Bodino deduce que desde el punto de vista del gobierno el óptimo régimen regulado por el uso moderado de ciertas asambleas de estados, cuerpos y comunidades, el régimen cual los cuerpos consultivos y los magistrados tienen su autoridad ordinaria y legítima.

En suma, sería insensato el poder monárquico soberano y absoluto que pretendiese gobernar por sí solo, renunciando a la ayuda y al consejo de las asambleas y de los magistrados. Bodino aprecia que en una situación de este género existe el peligro del aislamiento del soberano, obligado cotidianamente a desgastar en la actividad de gobierno su prestigio, su autoridad, su soberanía, en definitiva.

He aquí por qué, finalmente, la fórmula política ideal para Bodino es la del régimen monárquico provisto de un mixto y temperado, capaz en cuanto tal de valorar las componentes populares y aristocráticas.

La solución final de Bodino es verdaderamente ingeniosa. En efecto, consigue recuperar, desde el punto de vista del gobierno, gran parte del instrumental de la constitución mixta medieval, hasta admitir que determinados poderes soberanos como el de imponer tributos puedan y deban ser ejercidos, en general, con el consenso de las asambleas, de los estados generales.

Pero todo esto no hace mella en el plano, distinto y diferente, del régimen político, de la atribución de la soberanía, que permanece en todo caso totalmente en las manos del monarca.

Y, en efecto, el desenvolvimiento de los cuerpos consultivos y de los magistrados verdaderos y propios poderes soberanos se produce exclusivamente en el plano del gobierno, que es el plano en el ejercicio de política, de la oportunidad y de la del arte de la conveniencia, de la prudencia y del equilibrio, sin que esto signifique de ninguna manera redefinir las características esenciales del régimen político ni la puesta en discusión, o el reparto parcial, de la soberanía del monarca.

La constitución mixta medieval sobrevive todavía, pero ser -como máximo- un conveniente y reconocido modo de organizar el gobierno.

A través de ella ya no se alcanzan las características fundamentales de la comunidad política, que por el contrario vienen dadas por el tipo de régimen político en ella presente. Para comprender esas características ahora es necesario preguntarse quién es el soberano, en qué lugar y en qué sujeto están fundados los poderes soberanos.

En otras palabras, ya no se diría que Francia tiene una constitución monárquica mixta y temperada, sino que Francia tiene una monarquía que gobernaba de modo mixto y temperado.

Esta idea, que verdaderamente recorre toda la obra de Bodino, según la cual incluso el más complejo y mediato de los gobiernos no duro del régimen político, dentro del cual está contenido el momento de la soberanía, es la primera gran idea que está en los orígenes de la constitución de los modernos.

En efecto, esta constitución comienza a nacer en el momento en el que comienza a hacerse fuerte y sensible la necesidad de individuar un núcleo rígido e inalterable del

poder político, sustraído por su naturaleza a la fuerza corrosiva del intercambio, de lo pactado.

Obviamente con Bodino sólo se da un primer paso en esta dirección. En su obra aparece el problema moderno de la soberanía, pero no se explica ni mucho menos se resuelve, lo demuestra el hecho de que nunca se preocupa de analizar en serio la razón profunda de la separación, de la diferencia, entre régimen y gobierno, del exceso del primero respecto al segundo.

En pocas palabras, en su obra no se encuentra una verdadera y propia búsqueda del fundamento de la soberanía.

Este posterior y decisivo paso fue dado por Thomas Hobbes, en concreto con su *Leviatán*²⁵. Hobbes escribió inmediatamente después de los dramáticos sucesos de 1649: la condena a muerte del rey, la abolición de la Cámara de los Lores, la caída de la tradicional constitución mixta inglesa, el nacimiento de la república. Su juicio sobre todo esto es muy claro.

A ese epílogo dramático se había llegado porque durante demasiado tiempo se había prestado atención a las falsas doctrinas de la constitución mixta y de la monarquía mixta, que habían incitado a los actores políticos a confiar en el orden compuesto y equilibrado, profundamente radicado en la historia del reino.

En realidad, se había llegado a una situación en la que la cosa pública, la *Commonwealth*, el Estado, en una dividía cada vez más «en tres facciones», que

²⁵ Hobbes, Thomas, *Leviatán*, México, Editorial Fondo de la Cultura Económica, 2017.

aspiraban cada vez más abiertamente a la conquista del poder soberano. En una situación de este género era una inevitablemente premisa de la guerra civil.

Si se quiere salir de esta peligrosa condición es necesario decidirse de manera clara y firme, individualizando un solo sujeto titular irrevocable de los poderes soberanos, que son para Hobbes los mismo que había individualizado Bodino: el poder de dar y anular la ley, el poder de declarar la guerra y de firmar la paz, el poder jurisdiccional, en última instancia, el poder de nombrar los magistrados y los funcionarios.

Cuando la individualización de este sujeto y la atribución de estos poderes no son firmes y claras, la asociación política está en peligro, la disolución del Estado es posible en cualquier momento.

Pasaje justamente célebre, Hobbes considera este soberano y a sus irrevocables. En una operación de individualizar poderes como la única y verdadera gran necesidad de la asociación política, la única y verdadera ley fundamental:

[...] ley fundamental es en todo Estado aquella que, si se anula, el Estado se derrumba y disuelve por completo, lo mismo que un edificio cuyos cimientos son destruidos. Por tanto, todo poder dado al soberano, ya sea éste monarca o una asamblea ley fundamental es en virtud de la cual los súbditos están obligados a mantener soberana, sin el cual el Estado no puede subsistir. Tal es el poder de hacer la guerra y la paz, el de judicatura, el de elección de oficiales y el de procurar todo lo que sea necesario para el bien público.

Con esto, la despedida de la constitución medieval está ahora ya señalada de manera firme.

En vez de una pluralidad de leyes fundamentales, llamadas a definir en su conjunto el puesto y la función de los distintos componentes de la constitución y de los diferentes poderes presentes en ella, ahora se tiene una única ley fundamental, que exige preservar la integridad de los poderes soberanos, ya que tal integridad, y sólo ella, es para Hobbes absolutamente necesaria para el mantenimiento del orden político, y por ello fundamental, en el sentido de inherente al fundamento primero de la convivencia civil y política.

Con esto se ha recorrido un trecho consistente más allá del punto que ya Bodino había alcanzado. En efecto, Hobbes afirma, de manera bien firme y clara respecto a Bodino, que sin soberanía ya no existe ninguna esperanza de orden político.

Si la constitución puede considerarse, sobre la base de la misma tradición antigua y medieval, como una condición en la que es posible un suficientemente ordenada proyecto de convivencia civil duradera, es necesario entonces concluir con Hobbes que *ninguna constitución es posible sin soberanía*.

Hobbes no se limita sólo a despedir a la constitución medieval. Su soberanía presenta también un elemento posible distinto y nuevo, que ya podemos calificar como la *constitución de los modernos*.

Ciertamente, no es casual que el otro polo de la reflexión de Hobbes sea aquel, bien conocido, del estado de naturaleza, dentro del cual los sujetos protagonistas son ahora sólo y exclusivamente los individuos, tomados en sí.

Esos individuos, que en las páginas de Bodino aparecían esporádicamente y siempre vestidos de súbditos, de destinatarios de las leyes del soberano, son ahora colocados por Hobbes en la base de la asociación política, en el sentido de que ella nace de la originaria decisión que los individuos toman para salir del estado de naturaleza.

Este es un paso que Bodino nunca habría dado, que incluso hubiera parecido destructivo ya le está en contradicción manifiesta con el carácter primero del poder soberano, que es el de no estar derivado, no ser fruto de otra voluntad.

En efecto, éste es el dilema del cual el mismo Hobbes debe salir, el de un poder soberano pero artificial, ya que en origen es generado por la voluntad de los individuos.

Es decir, es necesario configurar un particular tipo de voluntad, suficientemente fuerte para ser capaz de instituir el poder soberano común, pero al mismo tiempo destinada a desaparecer en él, de manera tal que nunca pueda ser el fundamento de una oposición al soberano, que ponga en crisis la ley fundamental que ya conocemos, que exige la preservación de la integridad de los poderes soberanos.

Para ese fin, Hobbes prepara dos dispositivos teóricos: la autorización y la representación. El primero indica el momento en el que los individuos, absolutamente iguales entre ellos en el estado de naturaleza, y por eso mismo sometidos al peligro del ilimitado deseo de cada uno de adueñarse de todos los bienes, deciden, precisamente para salvar del conflicto sus vidas y sus personas, salir de esa precaria condición e instituir un poder soberano común.

Hobbes indica incluso la fórmula que él imagina que pronunciaría cada uno de los individuos:

Autorizo y concedo el derecho a gobernarme a mí mismo, dando esa autoridad a este hombre o a esta asamblea de hombres, con la condición de que tú también concedas tu propio derecho de igual manera, y les des esa autoridad en todas sus acciones.

Existe un primer aspecto que hay que tener consideración. La voluntad de instituir el común poder soberano de un hombre o de una asamblea, como dice en Hobbes no puede ser completamente representada como la voluntad de un sujeto unitariamente entendido. En el estado de naturaleza de Hobbes no está presente ningún pueblo, o sociedad civil, sólo están presentes, sólo y exclusivamente, los individuos. Pero cada uno de ellos como hemos visto reconoce y autoriza al soberano a condición de que todos los otros simultáneamente hagan lo mismo.

Evidentemente, para el soberano el resultado es totalmente tranquilizador.

A él no puede oponerse ninguna originaria voluntad constitutiva, que como tal no existe en el plano colectivo.

Y, por otra parte, está bien claro en la construcción de Hobbes que ese individuo singular o muchos, que intentaren poner en discusión los poderes soberanos, terminarían inevitablemente por violar no sólo la ley fundamental general que ya conocemos, que exige preservar la integridad de esos poderes sino también el compromiso que los liga a todos los otros individuos, que junto o esos individuos, habían originaria y simultáneamente reconocido el mismo soberano.

Nadie razonablemente se expondrá al riesgo inherente a la oposición al soberano.

Pero todavía hay más. En realidad, gracias al mecanismo de la autorización los individuos ponen en movimiento la efficacísima máquina de la representación, que los conduce finalmente a convertirse en pueblo, a superar la incierta condición originaria de multitud.

Para este propósito existe otro célebre pasaje de Hobbes, que conviene citar completo:

Una multitud de hombres deviene una persona cuando estos hombres son representados por un hombre o una persona; esto puede hacerse con el consenso de todos y cada uno de los miembros de la multitud en cuestión. Pues es la unidad del representante, y no la unidad de los representados, la que hace a la persona una; y es el representante quien sustenta a la persona, sólo a una persona. Hablando de una multitud, la unidad no puede ser entendida de otra manera.

Pero entonces, en fin, la razón más profunda de la imposibilidad de la oposición al soberano está en el hecho de que oponerse al soberano significa debilitar su capacidad de representar el orden civil y político del que los individuos forman parte, y así, auto condenarse a regresar a la condición de multitud, dentro de la cual inevitablemente se desarrollan los gérmenes de la guerra civil. Y ya que los hombres poseen por naturaleza el instinto de proteger su vida y su persona, ellos no correrán el tremendo riesgo inherente a la oposición de soberano.

Con esto, el dilema del que hemos partido se resuelve perfectamente. El poder soberano de Hobbes tiene en efecto un origen, es fruto artificial de la voluntad, pero

no soberano, ni está mayormente menos es por esto expuesto al peligro de la oposición. De aquí se deduce todo lo demás.

En efecto, está claro que Hobbes, de manera coherente con toda su obra, sostiene el deber del soberano de proteger las vidas y las personas de sus súbditos, y también está claro que éstos pueden gozar, sobre la base de las leyes del soberano y también en derechos. El primero es el derecho de propiedad que ni siquiera podía pensarse en la incertidumbre del estado de naturaleza.

Pero en toda esta materia de los derechos, a partir de ahora se deberá tener en cuenta la extraordinaria novedad del poder soberano nacido de la crisis definitiva de la constitución mixta medieval, por dispuesto a aceptar los controles y contrapesos por parte de otros poderes y, por otro lado, titular de manera exclusiva de un poder de hacer la ley al que será bien difícil mismo poco eso oponer límites apreciables.

Ciertamente, Hobbes no era el único que consideraba ese poder. Ni siquiera eran pocos lo que durante mucho tiempo lo consideraron necesario. Lo advertimos si avanzamos en el tiempo, hasta situarnos casi en la vigilia de la Revolución Francesa. Mientras se había necesario desarrollado la obra de consolidación de los Estados absolutos, que de distintas maneras parecían darle la razón a Bodino y a Hobbes, más que a los defensores de la constitución mixta. Y, sin embargo, cuando en abril de 1762 fue publicado el Contrato Social de Jean Jacques Rousseau²⁶ (1712-1778), el escándalo fue grande y, sobre todo, fueron grandes los temores ante el poder

²⁶ Rousseau, Juan Jacobo, op. Cit.

soberano, que ahora, bien al centro de la obra de Rousseau, se atribuía directamente al pueblo.

Un testimonio precioso de este sentido está contenido en las conclusiones del Procurador General de la ciudad de Ginebra, por las que se proscribía el Contrato Social, prohibiendo su reproducción y difusión.

Generalmente se admite que el escándalo consistía en la radical puesta en discusión de toda autoridad constituida contenida en la obra de Rousseau. En efecto, tenía razón el Procurador General al subrayar la importancia de la propuesta contenida en esta obra, según la cual se debería fijar asambleas periódicamente del pueblo soberano, durante las cuales el gobierno sería suspendido y, en cada ocasión, se decidiría si debía conservarse la forma de gobierno recibida y los magistrados en cargo.

Pero todavía más interesante es el hecho de que el Procurador General supone amenazada por la soberanía popular, junto al gobierno, la entera constitución. En efecto, éste es el error del que Rousseau no puede ser de ninguna manera culpado: Las leyes constitutivas de todos los gobiernos le parecen siempre revocables, no reconoce ningún compromiso recíproco entre gobernantes y gobernados.

Lo que se defiende entonces de la primacía absoluta del pueblo soberano no es el valor puro y simple de la estabilidad de los poderes constituidos, sino mucho más, es decir, la misma idea de la permanencia de algunas leyes constitutivas, que fijan el puesto y la función de todos los sujetos, el contenido de los deberes de obediencia a los gobernantes, pero también los límites que los gobernantes no pueden sobrepasar.

En otras palabras, el Procurador General defiende la constitución, que él todavía interpreta, bajo la guía de la tradición medieval, en los términos de la sponsio, del solemne juramento, que de manera estable compromete recíprocamente a los gobernantes y a los gobernados, ante todo fijando los deberes de unos y otros. Y el enemigo de todo esto es ahora más que nunca el moderno poder soberano, que en las páginas de Rousseau más que antes descubría su carácter fundamental, que se traducía en una voluntad esencialmente libre, incesante y periódicamente llamada a redefinir las formas de gobierno y con ellas todo el espacio de las relaciones políticas y sociales.

Naturalmente, el Procurador General veía las cosas desde su punto de vista. Rousseau, por su construcción, tenía excelentes motivos para sostener la necesidad de una presencia continua del pueblo soberano.

En efecto, partía de la idea de que el único pacto admisible, más bien necesario, era el que se determinaba entre los individuos, que gracias a él daban vida al cuerpo político, al mismo pueblo.

Con ese pacto esos individuos renunciaban a su libertad natural, pero adquirirían la libertad civil, que consistía en la garantía de estar gobernados por una ley general, fruto de la totalidad del cuerpo soberano y, por ello mismo, libre de toda hipoteca de carácter personal. De ese momento en adelante, el problema principal, o más bien exclusivo, era el de garantizar la integridad de esa ley, el de impedir, precisamente mediante la presencia continua del pueblo soberano, reintroducirse elementos de carácter particular y personal que corrompieran su carácter general.

Rousseau afirmaba el principio de la necesaria presencia del soberano, pero con un propósito preciso: el de impedir que la ley, que había sancionado el fin de todo dominio de carácter personal y particular y por ello había inaugurado el nuevo reino de la igualdad, escaparse de las manos del pueblo soberano, iniciado así un camino hacia atrás que la habría debilitado cada vez más, dejándola cada vez más a merced de los intereses parciales, que inevitablemente terminarían por destruirla.

De aquí la necesidad de circunscribir cuidadosamente la función de los gobernantes, que, lejos de poder ser el otro hipotético contrato con el pueblo, son vistos parte de un como los que podrían aprovecharse de su autoridad constituida para destacarse del pueblo soberano y poner la ley al servicio de su propia voluntad y de sus intereses particulares.

Por esto el gobierno, que por su naturaleza obra «contra la soberanía y que continuamente está expuesto al riesgo de identificarse con esa voluntad particular que obra sin tregua contra la voluntad general, debe estar fuertemente limitado; y para esto el pueblo soberano debe conservar siempre la posibilidad de retomar lo que había delegado parcial y temporalmente a los gobernantes, sin que se le puedan oponer leyes fundamentales de cualquier especie o contratos originarios que de cualquier forma limiten su originaria y absoluta potestad.

De aquí, en fin, la célebre crítica de Rousseau a la representación política: los diputados del pueblo, lo que el pueblo elige no son representantes, sino sólo comisarios: no pueden concluir nada de manera definitiva. Toda ley que no haya sido ratificada directamente por el pueblo es nula, no es una ley.

Y, más en general, se confirma con Rousseau la dificultad de oponer límites al poder soberano que ya hemos visto en Hobbes.

Cuando se trata explícitamente, incluso en referencia directa a los derechos de los ciudadanos, la conclusión se refiere siempre a la existencia de un único límite, por otro lado, incluido en la ley, que consiste en el deber del soberano de mantener íntegro el carácter general de su voluntad y, así, no obrar en sentido discriminatorio, constitutivo de privilegios o beneficios particulares.

Cuando por el contrario se limite externo capaz de vincular al entonces la opinión de negativa: no existe ni puede existir ningún tipo de ley fundamental obligatoria para el cuerpo del pueblo, ni siquiera el contrato social.

En vano buscaremos en Rousseau la constitución como límite y garantía.

Al contrario, la constitución está para él totalmente absorbida por la soberanía, en el sentido de que para Rousseau sigue siendo verdadero lo que Hobbes había afirmado: que la única ley fundamental es la que obliga preservar la integridad del poder soberano, que ahora, en el umbral de la Revolución, de manera todavía más clara y transparente se manifiesta en la forma de la ley general y abstracta, en sí productora de igualdad.

Por lo demás, el concepto mismo de constitución ocupa un espacio bien reducido en la obra de Rousseau. Opera exclusivamente en el plano distinto y subordinado respecto al de soberanía del gobierno, del conjunto de las instituciones que facilitan la exacta ejecución de la ley.

Así, cuando Rousseau afirma que el legislador que constituye la República, no está comprendido en su constitución, pretende decir que la constitución se ocupa sólo los poderes derivados y subordinados al gobierno, que el legislador funda y mantiene en su dominio, a través de la permanente presencia del pueblo soberano.

Lo que entonces no puede existir en una constitución que se ocupe del legislador soberano. Éste, en efecto, no es presentado como un poder sino como la voluntad originaria que consiente la existencia de los poderes positivamente instituidos.

De estos últimos y sólo de éstos se ocupa la constitución, y siempre sabiendo que el ordenamiento del gobierno que ella dispone puede ser revocado en todo momento por el legislador, por el pueblo soberano, que precede a la constitución y que por su naturaleza está fuera de ella. A fin de cuentas, la constitución no puede ni debe traicionar al soberano, y no al revés.

CAPÍTULO II

PROBLEMAS ACTUALES DE LA SOBERANÍA

2.1 LA SOBERANÍA Y EL DERECHO INTERNACIONAL

Tema aparentemente difícil es la concordancia entre los conceptos de soberanía y derecho internacional, pero realmente no hay tal dificultad si tenemos presente que soberanía no es arbitrariedad ni sinónimo de absolutismo.

El distinguido internacionalista César Sepúlveda sostiene que el derecho internacional es un orden jurídico de entes soberanos a los que obliga, y que la soberanía del Estado consiste en la capacidad de crear y de actualizar el derecho, tanto el interno como el internacional, pero obligación de actuar conforme al derecho y responsabilidad por esa conducta²⁷.

El Estado soberano coexiste con otros Estados soberanos y ninguno puede tener supremacía sobre los otros, pero ellos están dispuestos a reconocer la soberanía de los otros sobre el supuesto de una cierta reciprocidad, y de aquí nacen los principios fundamentales que explican la convivencia de seres independientes y soberanos. Schewarzenberger, con claridad y precisión, numera, esos principios fundamentales:

1. Aun sin su consentimiento, los sujetos del derecho internacional están obligados por las normas del derecho de gentes consuetudinario que les resulten aplicables y por los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

²⁷ Sepúlveda, Cesar, Derecho Internacional Público, 2ª. Ed., México, ed., Porrúa, 1964, p. 82.

2. Pueden imponerse a un sujeto del orden legal internacional obligaciones internacionales adicionales sólo con su consentimiento.
3. El ejercicio de la jurisdicción territorial es exclusivo para cada Estado, a menos de que estuviere limitado o exceptuado por normas de derecho internacional.
4. En ciertos y especiales casos, los sujetos de derecho internacional pueden pretender jurisdicción sobre cosas y personas fuera de su jurisdicción territorial.
5. A menos que existan reglas que le permitan la intervención de un sujeto de derecho internacional en la esfera de la exclusiva jurisdicción doméstica de otro sujeto, constituye una ruptura del orden jurídico internacional²⁸.

De las exposiciones de Sepúlveda y de Schwarzenberger queda claro que no existe contradicción ni antagonismo entre el Estado soberano y el derecho internacional, y la base de este último es la existencia de Estados soberanos que al no vivir aislados entran en relación sobre la base de ciertos principios como el de reciprocidad.

Flores Olea se encuentra dentro de este pensamiento: la condición misma de la existencia del derecho internacional es la presencia de unidades de voluntad soberanas. Así, el derecho internacional es la manifestación de una pluralidad de voluntades unitarias y soberanas.

²⁸ Schwarzenberger, Georg, A. *Manuel of Internacional law* (5ª. Ed.), Londres, Stevens and Sons limited, 1967; p. 65. La traducción de estos principios se encuentra en Sepúlveda, Cesar, op. Cit., supra, pp. 82-83.

En las relaciones internacionales, la soberanía del Estado se presenta como la independencia del mismo, para tomar todas las decisiones sobre su orden jurídico e incluso para cambiarlo totalmente sin la intervención de ningún otro ente soberano²⁹.

Deni Tourent afirma que el principio de la igualdad soberana de los Estados es, por una parte, una norma a la cual no se le permite derogación alguna y, por otra parte, constituye la idea más importante de los fundamentales sobre los cuales se construye el derecho internacional³⁰.

Carrillo Salcedo sostiene que el Estado soberano expresa una realidad básica del orden internacional, ya que cada Estado es a la vez sujeto del derecho internacional y órgano mismo, así como intérprete, razonable y de buena fe, del alcance de sus obligaciones jurídicas. Desde luego, la soberanía no es concebible como poder arbitrario no sujeto a norma jurídica alguna.

El Estado no tiene sobre sí ninguna otra autoridad salvo la del derecho internacional; existe igualdad soberana entre los Estados y ninguno debe tratar de intervenir en los asuntos internos del otro.

El Estado soberano continúa siendo una pieza esencial en la organización social y política de la humanidad y del derecho internacional. Sin derecho internacional no existe respeto para la soberanía de los Estados, por lo cual debe entenderse que la

²⁹ Flores Olea, Víctor, op. Cit., supra, pp. 120-124.

³⁰ Citado por Gómez-Robledo, Alonso, Significación Jurídica del Principio de la Soberanía permanente sobre los recursos naturales, en la soberanía de los estados sobre sus recursos naturales, México, UNAM, 1980, p. 50.

expresión que los Estados están sometidos al derecho internacional está ligada estrechamente al principio de la igualdad soberana de los Estados.

Por todo lo anterior, Carrillo Salcedo concluye diciendo que:

La soberanía del Estado no es, pues, un derecho internacional, sino el punto de partida en la comprensión de este peculiar ordenamiento jurídico. Simboliza la relevancia de voluntad y del consentimiento del Estado en el proceso de creación, desarrollo progresivo y aplicación del derecho internacional³¹.

De la exposición de los pensamientos anteriores resulta diáfano que no existe antagonismo entre los conceptos de Estado soberano y derecho internacional, ya que la base y punto de partida del segundo es precisamente el Estado soberano.

2.2 PROBLEMAS ACTUALES DE LA SOBERANÍA

2.2.1 SOBERANÍA Y GLOBALIZACIÓN

Cualquier discurso que intente analizar los efectos de la globalización sobre la noción de soberanía estatal debe partir de una evidencia previa, que resulta una obviedad: es necesario abandonar el concepto clásico de soberanía del Estado heredado del siglo XIX en cualquier aproximación actual a dicho concepto.

La noción absoluta de soberanía es dejada de lado por la mayoría de los teóricos del derecho público interno a comienzos del siglo XX como un dogma indemostrable,

³¹ Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía del estado y el derecho Internacional*, Madrid, ed. Tecnos, 1969. Pp. 30-33, 58, 67, 75, 80-85.

y el Estado soberano empieza a identificarse de una forma cada vez más clara con el ejercicio de una serie de competencias funcionales.

Esta evolución tiene sus lógicas repercusiones en el ámbito internacional, donde el concepto clásico de soberanía encontraba aún más dificultades en el contraste con la realidad social.³²

No obstante, debe esperarse hasta un momento relativamente reciente en el estudio del derecho internacional para que asistamos a una desmitificación auténtica de esa noción de soberanía, despojada del formalismo y la abstracción con la que había sido tratada hasta bien entrado el siglo XX.

De hecho, en mi opinión, la teoría marxista encuentra una de sus grandes aportaciones en la consideración del Estado como una entidad político social contingente y en evolución, que surge en un determinado momento histórico y puede desaparecer en el futuro³³.

El discurso formal sobre la igualdad e independencia de los Estados contrasta con la realidad de algunos de ellos de forma brutal, ya que la existencia de países en los que no existe ninguna forma de articulación social efectiva, o dependientes completamente de otros Estados más poderosos, o sometidos dictatorialmente por la fuerza de las armas, nos permiten albergar serias dudas sobre el alcance real del concepto de soberanía³⁴.

³² Hinojosa Martínez, Luis Miguel, *Globalización y Soberanía de los Estados*, 2014, pp. 1.

³³ R. Mesa Garrindo: *Teoría de las Relaciones Internacionales*, Madrid, 1980, pp. 184-192.

³⁴ Hinojosa Martínez, Luis Miguel, *Op. Cit.* p. 2.

Sin embargo, cuando la doctrina actual habla de la «crisis del Estado» no se suele referir a los países más pobres del planeta, sino paradójicamente a los países más poderosos. Las autoridades públicas de los países desarrollados han perdido capacidad de influencia a la hora de diseñar el modelo político y social en las respectivas sociedades nacionales.

Esto es consecuencia de lo que se ha dado en llamar «globalización» o «mundialización», fenómeno complejo, multiforme, que no siempre es bien entendido por quienes ahora utilizan este término de moda. Personalmente prefiero el término globalización frente al de mundialización. Este último tiene una connotación excesivamente geográfica, mientras que el primero goza de un significado más general, que se adapta mejor a la realidad descrita.

En efecto, la globalización no es sólo un hecho geográfico, en el que se difuminan las fronteras y se acortan las distancias entre los países; este fenómeno trae consigo una serie de connotaciones económicas, políticas, sociales e incluso culturales, que exigen un término de más amplio significado que el de mundialización.

La globalización hace referencia a una fase posterior a la «internacionalización» y a la «interdependencia», términos utilizados en los años sesenta y setenta para describir un proceso que se fundamentaba precisamente en la existencia de los Estados: se hacía así alusión a la necesidad de cooperación internacional entre los Estados, o al aumento de los intercambios internacionales de bienes y servicios entre los mismos.

La globalización, sin embargo, cuestiona la existencia del Estado Nación, su capacidad para liderar y regular los acontecimientos en la compleja sociedad «global» de nuestros días. Así, por ejemplo, desde un punto de vista económico, la globalización implica no sólo el incremento de los intercambios internacionales, sino la conexión directa (la interpenetración) entre los mercados y las economías de los distintos países, así como la desaparición de las fronteras entre los distintos sectores tradicionales del mercado³⁵.

Se puede establecer un vínculo entre el nacimiento del Estado moderno, la elaboración del concepto de soberanía y la aparición del capitalismo liberal. El derecho internacional clásico, articulado en torno al sistema de Estados soberanos e independientes, permite el desarrollo del comercio internacional y la ordenación de los factores de producción en la forma más conveniente para el capitalismo liberal.

El derecho nace exclusivamente de la voluntad de los Estados y tiene como objetivo proporcionar seguridad jurídica a las transacciones, que deben ser juzgadas únicamente en función de su legalidad.

El Estado regula las actividades económicas, políticas, sociales y culturales, proporcionando seguridad y previsibilidad a dichas relaciones sociales (proceso de estatización de la sociedad y, paralelamente, de socialización del Estado, en palabras de García Pelayo)³⁶.

Si la soberanía no se concibe únicamente como un hecho, o como algo exclusivamente político, sino como un conjunto de funciones, puede decirse que el

³⁵ Idem. P. 3

³⁶ M. García Pelayo: Las Transformaciones del Estado contemporáneo, Madrid, 1982, pp. 24-25.

Estado social y democrático de derecho expande el concepto de soberanía al multiplicar el número de funciones asignadas al Estado.

Sin embargo, el fenómeno de la globalización va a alterar sustancialmente este esquema de funcionamiento. Debe reconocerse que la constatación de la interdependencia entre los Estados no supone ninguna novedad entre los estudiosos del derecho internacional.

A pesar de ello, el grado de aceleración de este fenómeno en los últimos años ha desbordado los clichés tradicionales que permitían explicar de forma más o menos satisfactoria los límites a la soberanía del Estado en la sociedad internacional. En la medida en que han desaparecido una parte sustancial de los obstáculos para la circulación transnacional de mercancías y capitales, que los medios de comunicación y transporte han reducido las distancias y que la información circula en tiempo real a lo largo de todo el planeta, se difuminan las fronteras entre los Estados³⁷.

Por tanto, existen factores de la globalización que han erosionado el concepto clásico de soberanía del Estado de forma evidente. De hecho, los Estados han perdido en la práctica algunas de las funciones tradicionalmente vinculadas a dicho concepto. Así, por ejemplo, Salah ha identificado cuatro sectores de intervención pública en los que el declive de la soberanía del Estado ante las exigencias de la globalización sería más evidente: el control de los flujos monetarios y financieros, los problemas

³⁷ H. H. KOH: «The Globalization of Freedom», en *Yale Journal of International Law*, vol. 26, n.º 2, 2001, pp. 305-312.

medioambientales, el control de la información, y el control de las empresas multinacionales³⁸.

La pérdida de eficacia del Estado para desarrollar muchas de sus funciones tradicionales resulta especialmente acusada en los PVD. Es importante destacar además que este vaciamiento de la soberanía estatal no se centra únicamente en la definición de las normas, sino también en el control de su cumplimiento.

La libre circulación de capitales entre los principales mercados financieros del planeta, y las mayores facilidades de las que disfrutaban las personas para cruzar las fronteras, facilitan la elusión de los controles administrativos o policiales establecidos por las autoridades públicas.

2.2.2 LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y LA SOBERANÍA EN GUATEMALA

Las Organizaciones Internacionales son creadas a través de los Estados para relaciones de cooperación y la de sus conflictos dentro de aspectos que indica el tratado que le dio origen. Desde un punto de vista jurídico, su existencia está en la voluntad propia en el ejercicio de las competencias que los Estados hayan atribuido cada Organización.

La Corte Internacional de Justicia es el principal órgano judicial de la Organización de las Naciones Unidas. Tiene su sede en el Palacio de la Paz en la Haya (Países Bajos) y está encargada de decidir las controversias jurídicas entre

³⁸ SALAH MOHAMED MAHMOUD: «Mondialisation et souveraineté de l'Etat», en J.D.I., 1996, n° 3, pp. 620-628.

Estados. También emite opiniones consultivas sobre cuestiones que pueden someterle órganos o instituciones especializadas de la ONU.

En este sentido, la Corte Internacional de Justicia tuvo muy en cuenta en su dictamen de 11 de abril de 1949, sobre Reparación por daños sufridos servicio de las Naciones Unidas, el hecho de que la Organización tiene una voluntad propia y es, por tanto, una entidad distinta y separada de los Estados miembros. Sin embargo, cabe agregar que no equivale a decir que sus derechos y obligaciones sean los mismos que los de un Estado.

Por otra parte, un principio básico del derecho internacional es la igualdad soberana entre los Estados, que implica que son iguales jurídicamente y que gozan de los derechos inherentes a la plena soberanía³⁹. Es evidente que el concepto de soberanía ya no puede considerarse como la autoridad ilimitada del Estado, puesto que en ese caso no se deja ninguna posibilidad a la existencia de un ordenamiento internacional.

Por ende, cuando un Estado ratifica un tratado que le otorga competencia a un tribunal internacional se produce una cierta erosión en su soberanía, que se relaciona con el principio de derecho internacional de buena fe y con la necesidad de garantizar una buena convivencia internacional⁴⁰.

³⁹ Resolución 25/2625. Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, 1883ª sesión plenaria, 24 octubre 1970.

⁴⁰ Bicudo, Helio, "Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en CIDH, El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI, 2ª ed., San José, 2003, Tomo I, p. 230.

Como sostiene Pinto, si se reconoce la importancia de los derechos humanos dentro del sistema de normas que regulan las relaciones internacionales, el concepto de soberanía nacional debe ser redefinido en función de aquélla, debiendo entonces ser practicada de conformidad con las obligaciones asumidas por los Estados⁴¹.

En función de ello, los Estados deben cumplir las decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos aun cuando no estén de acuerdo con ellas.

2.2.3 CRIMEN ORGANIZADO Y SOBERANÍA

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, firmada en 2000 y entrada en vigor en el 2003, lo define en su artículo 2, como: un grupo estructurado (no formado de manera puntual para la comisión inmediata de un crimen), de tres o más personas, que existe durante un periodo continuado de tiempo, y actúa en concierto con el objetivo de cometer uno o más crímenes (sujetas a privación de libertad de al menos cuatro años), establecidas de acuerdo a esta Convención, y con el objetivo de obtener directa o indirectamente un beneficio material o de otro tipo⁴².

En Guatemala el Crimen Organizado han expandido, siendo el Estado incapaz de detener su actividad empleando sus políticas de seguridad para contrarrestarlo, el Ministerio Público como ente estatal encargado de la investigación se ve imposibilitado

⁴¹ Pinto, Mónica, "La soberanía y el nuevo orden internacional", Anuario de Filosofía Jurídica y Social", n° 29, Asociación Argentina de Derecho Comparado, Sección Teoría General, 2009, Bs. As., Abeledo Perrot, 2010, pp. 165/178

⁴² La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, firmada en 2000 y entrada en vigor en el 2003, artículo 2, a).

para demostrar fehacientemente la verdadera actividad de los responsables directos e indirectos de tales organizaciones.

Las actividades delictivas del crimen organizado se han diversificado y especializado en sus operaciones, ahora poseen visión empresarial en el desarrollo de sus actividades como el tráfico de armas y explosivos, contrabando, la extorsión, el tráfico de mujeres y menores, tráfico de drogas, el tráfico ilícito de recursos naturales, el espionaje, el fraude financiero y de seguros, el fraude informático, el terrorismo y el secuestro, el lavado de activos etc.

La implementación de estrategias en la lucha contra el Crimen Organizado, han demostrado ser insuficientes para detener la transnacionalización, este fenómeno viola la Soberanía de los Estados, debido a que estos grupos delictivos no respetan las fronteras para movilizarse en sus actividades ilícitas.

No tener una agenda de seguridad propia y una Política de Seguridad definida, ha repercutido negativamente en Guatemala, porque siendo un Estado dependiente de las políticas exteriores de los Estados Unidos, EE.UU., se enfrenta al problema de "estar a favor o en contra" de la cruzada contra el crimen organizado y específicamente del terrorismo impulsada por el imperio norteamericano y esto claramente erosiona más la Soberanía del Estado.

Guatemala se ha convertido en una de las bases de operaciones del Crimen Organizado en la región; suficiente justificación para la formulación de políticas públicas de seguridad que contribuyan a enfrentar la amenaza; Por lo que el Estado de Guatemala se ve condicionado a participar en la Convención de las Naciones

Unidas Contra La Delincuencia Organizada Transnacional, la cual suscribió con fecha doce de diciembre del año dos mil y aprobada mediante Decreto Número 36-2003.

El Estado de Guatemala se ha comprometido internacionalmente a implementar mecanismos para proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidas, ya que grupos delictivos como el Crimen Organizado, atentan gravemente estos derechos, hechos que en un gran porcentaje quedan impunes porque las instituciones reconocidas en nuestra Constitución no tienen la capacidad de investigar y perseguir penalmente. Por lo que implemento un acuerdo de carácter internacional en materia de derechos humanos para cumplir con su obligación de proteger estos derechos.

Éste es justo un punto fundamental para entablar la discusión sobre la vulneración de la soberanía en el Estado en relación al crimen organizado. Sólo el Estado puede reclamar la autonomía de sus funciones frente a cualquier tipo de organización formal e informal.

Sin embargo, de acuerdo a la naturaleza delictiva de las organizaciones que se dedican al tráfico de estupefacientes, éstas buscan no sólo acrecentar su poder en la distribución y venta de la droga, sino incrustarse en la propia estructuración del Estado para, desde ahí, eliminar cualquier tipo de barrera institucional que “estorbe” al desarrollo de sus actividades.

A pesar de su aparente estructuración jerárquica, los grupos dedicados al narcotráfico poseen en realidad una fuerza organizativa en su formación en red, la cual les permite, en la mayoría de las ocasiones, neutralizar los “éxitos de las fuerzas

policiales” al rearticularse y redireccionarse rápidamente para la apertura de nuevos agentes y el tránsito de la mercancía ilegal⁴³.

El artículo 5. Penalización de la participación en un grupo delictivo organizado⁴⁴:
Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) Una de las conductas siguientes, o ambas, como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva:

i) El acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado;

ii) La conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en:

⁴³ Williams, Phil, “Redes trasnacionales de delincuencia” en John Arquilla y David Ronfeldt (Eds.), *Redes y guerras en red. El futuro del terrorismo, el crimen organizado y el activismo político*, 2003 Madrid: Alianza. Pp. 98, 107-108.

⁴⁴ La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, firmada en 2000 y entrada en vigor en el 2003, artículo 5.

- a. Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado; b. Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita;
 - b) La organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado.
2. El conocimiento, la intención, la finalidad, el propósito o el acuerdo a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.

Los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la participación de un grupo delictivo organizado para la penalización de los delitos tipificados con arreglo al inciso i) del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo velarán por que su derecho interno comprenda todos los delitos graves que entrañen la participación de grupos delictivos organizados. Esos Estados Parte, así como los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la comisión de un acto que tenga por objeto llevar adelante el acuerdo concertado con el propósito de cometer los delitos tipificados con arreglo al inciso i) del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo, lo notificarán al Secretario General de las Naciones Unidas en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella.

Los Estados están divididos por fronteras, que no sólo separan el territorio sino también poseen diferentes sistemas legales, diferentes culturas políticas y diversos niveles de desarrollo económico. En su contra se sitúa el Crimen Organizado, que por

su propia naturaleza transnacional e ilegal, no reconocen las soberanías estatales ni tienen respeto por las fronteras nacionales en términos de sus negocios ilícitos.

Los planes de expansión del Crimen Organizado, no se establecen sobre la idea de jurisdicciones nacionales sino con el ojo puesto en la globalización, porque les representa obtener más beneficios económicos, flujos de bienes y protección a nivel internacional. Cuando piensan en fronteras estatales lo hacen en términos de mercados específicos con oportunidades para ganancias ilegales y sistemas penales concretos con diferentes niveles de riesgo y además es más sencillo para estos grupos delictivos no dejar rastros de sus actividades ilícitas.

2.2.4 COMISIÓN Y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano. Está integrada por siete miembros independientes que se desempeñan en forma personal y tiene su sede en Washington, D.C. Fue creada por la OEA en 1959 y, en forma conjunta con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), instalada en 1979, es una institución del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos (SIDH)⁴⁵.

El SIDH se inició formalmente con la aprobación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en la Novena Conferencia Internacional

⁴⁵ Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, en: [oas.org](http://www.oas.org), disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp>, Consultado el 25 de octubre de 2019, 06:30pm.

Americana celebrada en Bogotá en 1948, en el marco de la cual también se adoptó la propia Carta de la OEA, que proclama los "derechos fundamentales de la persona humana" como uno de los principios en que se funda la Organización.

El pleno respeto a los derechos humanos aparece en diversas secciones de la Carta. De conformidad con ese instrumento, "el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre". La Carta establece la Comisión como un órgano principal de la OEA, que tiene como función promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la OEA en dicha materia.

La CIDH realiza su trabajo con base en tres pilares de trabajo:

- a) el Sistema de Petición Individual;
- b) el monitoreo de la situación de los derechos humanos en los Estados Miembros;
- c) la atención a líneas temáticas prioritarias.

A través de este andamiaje, la Comisión considera que en el contexto de la protección de los derechos de toda persona bajo la jurisdicción de los Estados americanos, es fundamental dar atención a las poblaciones, comunidades y grupos históricamente sometidos a discriminación. En forma complementaria, otros conceptos informan su trabajo: el principio "pro personae", según el cual la interpretación de una norma debe hacerse de la manera más favorable al ser

humano, la necesidad de acceso a la justicia, y la incorporación de la perspectiva de género a todas sus actividades.

Las Instituciones internacionales en materia de Derechos Humanos, tales como la Corte Interamericana a través de sus fallos, tiene autoridad para disponer que se garantice al lesionado o agraviado, el goce pleno de sus derechos y el pago de una indemnización justa; generando así, un tema de discusión sobre la soberanía del Estado de Guatemala; y a tal respecto, Edgar Cordon Sosa⁴⁶ refiere que "El impacto que provoca el cumplimiento de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los órdenes nacionales, es un tema clave para el futuro inmediato del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Los ordenamientos jurídicos nacionales no estaban del todo preparados para recibir el cúmulo de obligaciones lanzadas desde el ámbito interamericano pero la capacidad de innovación jurídica demostrada en el cumplimiento, nos lleva a sostener que el impacto que se está logrando en los órdenes jurídicos es altamente esperanzador.

Por su parte, Kari Johana Ríos Franco⁴⁷, expresa que "La posibilidad de que el Estado de Guatemala se someta a la jurisdicción de un tribunal internacional, es una cesión voluntaria de parte de su soberanía, es constitucionalmente permisible"; continúa agregando que "...otros autores le llaman abandono de soberanía".

⁴⁶ Sosa Cordon, Edgar "Impacto de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Serie Derechos Humanos y Poder Judicial. México. 2013. P. 1.

⁴⁷ Ríos Franco, Kari Johana. "La Jurisdicción Universal no Viola La Soberanía del Estado". Tesis de Graduación. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, 2011. P. 49.

De lo cual, se infiere que dicha permisibilidad se da a través del artículo Constitucional, ya que constituye una ventana para los instrumentos legales e internacionales, tales como las convenciones y tratados en materia de derechos humanos, aceptados y ratificados por el Estado de Guatemala, campo de acción en el derecho interno guatemalteco, pero no se podría hablar de para que tengan abandono de soberanía.

Philip Chicola⁴⁸, expresa que "A raíz de la interdependencia y del surgimiento de amenazas comunes, los Estados han debido sacrificar parte de su potestad para definir su ordenamiento interno. Las organizaciones internacionales y la evolución del derecho internacional, relativizan aún más el ejercicio de la soberanía. La guinda al pastel ha sido la constitución de formas de gobierno supranacionales, en los cuales los Estados delegan funciones soberanas. Para Guatemala, este fenómeno provoca dilemas constantes... la adhesión a organismos internacionales o la aceptación de Tratados y Convenciones, si bien generan beneficios para el país, también le imponen obligaciones que en varios casos causan reacciones adversas de actores relevantes".

En virtud de lo expresado por los autores precitados, se infiere que no es un abandono de la soberanía del Estado, sin embargo se ha llegado a cuestionar sí se produce un debilitamiento de la misma, por la aceptación y ratificación de Tratados y Convenciones internacionales, para que entes internacionales procedan al

⁴⁸ Chicola, Philip. "Estados Sin Soberanía, el sistema Internacional del Siglo XXI ha relativizado el ejercicio de la Soberanía". Disponible en: www.elperiodico.com.gt/opinion/estados-sin-soberania, consultado el 23 de marzo de 2019, 05:01pm.

juzgamiento de ciertos procesos; y a tal respecto Aylin Brizaida Ordoñez Reyna⁴⁹, manifiesta que "El Estado, como ente autónomo e independiente, se encuentra facultado para celebrar una serie de convenios con otros Estados para regular diferentes tipos de relaciones entre ellos".

Y, como consecuencia de esa autonomía de la que goza el Estado, se adhiere constitucionalmente a los tratados internacionales, como parte de sus relaciones internacionales, permitiendo de tal manera la aplicabilidad de la comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, instituciones que actúan para garantizar el respeto a los Derechos de las personas que forman parte de la Sociedad Guatemalteca, recurriendo a tales instancias, en el Sistema de Justicia Nacional, no tenga capacidad o voluntad para ello, o en otros casos, por no ser confiable el sector justicia, derivado a los altos índices de corrupción recurriendo así a una jurisdicción Universal.

En primer término, los jueces del Tribunal son designados por los representantes de los Estados que ratificaron la Convención Americana de Derechos Humanos en el ámbito de la Asamblea General de la OEA⁵⁰. Es decir, son designados por los respectivos gobiernos que son elegidos por el pueblo.

En segundo lugar, el propio derecho internacional establece los mecanismos para que un Estado —en función de la decisión soberana de su pueblo— cuestione o

⁴⁹ Ordoñez Reyna, Aylin Brizaida. "Régimen Constitucional de los Tratados Internacionales en Centroamérica" Tesis Doctoral, Derecho Pluralista Público y Privado. Universidad Autónoma de Barcelona. 2010. P. 16.

⁵⁰ Ver art. 7 del Estatuto de la Corte IDH.

recurra una sentencia e, incluso, deje de estar obligado por el contenido del tratado denunciándolo⁵¹.

Finalmente, la participación del pueblo en la discusión de la formación del derecho internacional parece una crítica desmedida. La realidad indica que en la negociación de los tratados de derechos humanos participan delegaciones estatales, que en general, son designadas por los Poderes Ejecutivos —cuya legitimidad democrática nadie cuestiona—.

Posteriormente, los Estados tienen la posibilidad de no obligarse por el tratado si es que en el ámbito interno existe una discusión sobre la inconveniencia de hacerlo. Es más, en algunos Estados se exige que previo a que el Poder Ejecutivo manifieste el consentimiento del Estado en obligarse, el Poder Legislativo apruebe el tratado.

Este fue el criterio utilizado por la Corte IDH en “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú” cuando consideró que el Estado había aceptado las obligaciones convencionales consagradas en la CADH en el ejercicio de su soberanía, admitiendo la competencia de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y, por ende, obligándose, también en ejercicio de su soberanía, a participar en los procedimientos ante la Comisión y la Corte y asumiendo las obligaciones que derivan de éstos y, en general, de la aplicación del tratado.⁵²

Los delegados de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos redactaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que

⁵¹ Ver art. 78 de la CADH.

⁵² Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros c/Perú, págs. 101 y 102

entró en vigor el 18 de julio de 1978, al haber sido depositado el undécimo instrumento de ratificación por un Estado Miembro de la OEA.

Veintidós naciones americanas han ratificado o se han adherido a la Convención: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam y Uruguay⁵³.

2.4.5 CONVENIOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS RATIFICADOS POR GUATEMALA

Los instrumentos legales internacionales toman la forma de un tratado, (acuerdo, convención, protocolo) que puede ser de cumplimiento obligatorio para los Estados contratantes. Cuando las negociaciones se han llevado a cabo, el texto de un tratado se establece como auténtico y definitivo, y para tal efecto es firmado, por los representantes de los Estados.

Hay varias maneras mediante las cuales un Estado expresa su consentimiento a asumir las obligaciones de un tratado.

Las más comunes son la ratificación y la adherencia. Un tratado nuevo es "ratificado" por aquellos Estados que han negociado el instrumento.

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, en: Wikipedia.org, disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/Corte_Interamericana_de_Derechos_Humanos, Consultado el 25 de octubre de 2019.

Un Estado que no ha participado en las negociaciones puede, en una etapa posterior, "adherirse" al tratado. El tratado entra en vigor cuando un número predeterminado de Estados lo han ratificado o se han adherido a él.

Cuando un Estado ratifica un tratado o se adhiere al mismo puede formular reservas a uno o más de sus artículos, a menos que esas reservas estén prohibidas por el tratado. Normalmente, las reservas pueden ser retiradas en cualquier momento. En algunos países los tratados internacionales tienen prioridad sobre las leyes internas mientras que en otros se puede necesitar una ley específica para dar a un tratado internacional, aunque lo haya ratificado o se haya adherido a él, la fuerza de una ley.

El artículo 172 de la Constitución Política de la República de Guatemala señala que para aprobar antes de su ratificación tratados, convenios o cualquier arreglo internacional, es necesario que:

- a. se refieran al paso de ejércitos extranjeros por el territorio nacional o al establecimiento temporal de las bases militares extranjeras; y
- b. afecten o puedan afectar la seguridad del Estado o pongan fin a un estado de guerra.

La aprobación requerirá mayoría calificada (2/3 partes) del total de diputados.

Los Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por Guatemala son.

Sistema Universal

CUADRO 1.

INSTRUMENTOS DE DERECHOS HUMANOS	FECHA DE RATIFICACION O ADHESION
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16 diciembre de 1966)	5 de mayo de 1992 (a)
Protocolo Opcional al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16 de diciembre de 1966)	28 de noviembre de 2000 (a)
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (16 de diciembre de 1966)	19 de mayo de 1988 (a)
Convención Internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial (7 de marzo de 1966)	18 de enero de 1983
Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (18 de diciembre de 1979)	12 de agosto de 1982
Protocolo opcional de la convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.	9 mayo de 2002
Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (10 de diciembre de 1984)	5 de enero de 1990 (a)
Protocolo opcional de la convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (18 de diciembre de 2002)	04 de diciembre de 2007
Convención de los derechos del niño (20 de noviembre de 1989)	06 de junio de 1990
Protocolo opcional de la convención de los derechos del niño y la participación de la niñez en el conflicto armado (25 de mayo de 2000)	09 de mayo de 2002
Protocolo opcional de la Convención de los derechos del niño, de la venta de niños, prostitución de niños y pornografía de niños (25 de mayo de 2000)	09 de mayo de 2002
Convención Internacional de la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias (18 de diciembre de 1990)	14 de marzo de 2003
Convención Internacional de la supresión y castigo de los crímenes de apartheid (18 de julio de 1976)	15 de junio de 2005
Convención para la Prevención y castigo de los crímenes de genocidio (9 de diciembre de 1948)	13 de enero de 1950

Sistema Interamericano

CUADRO 2.

INSTRUMENTOS DE DERECHOS HUMANOS	FECHA DE RATIFICACION O ADHESION
Convención Americana de los Derechos Humanos	25 de mayo de 1978
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (17 de noviembre de 1988)	05 de octubre de 2000
Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (09 de diciembre de 1985)	29 de enero de 1987 (a)
Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (09 de junio de 1994)	25 de febrero de 2000 (a)
Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer "Convención de Belem do Para" (09 de junio de 1994)	04 de abril de 1995
Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (07 de junio de 1999)	28 de enero de 2003

Al analizar los convenios internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Guatemala, en los cuales nos podremos dar cuenta que en dichos convenios se ha auto limitado en su poder soberano, puesto que, siendo el Estado, el soberano internamente delega las atribuciones en los organismo de Estado, como por ejemplo el organismo legislativo quien es el ente encargado de hacer las leyes internas del país, lo que en este caso se ha apoderado a los organismos internacionales como lo son la Organización de las Naciones Unidas por ejemplo, asimismo si analizamos que el ente soberano interno como lo es El Estado de Guatemala, delega el poder central en el Organismo Ejecutivo, para la administración pública de los recursos de la nación, el caso que en estos convenios internacionales son otros los entes encargados de dicho gobierno; de igual forma es en el órgano encargado de la juricidad como lo es el Organismo Judicial, puesto que ante el incumplimiento de alguno de los preceptos establecidos en los convenios son llevado a la Corte Interamericana y no se ventilan en el organismo Judicial como órgano interno, por lo que se pude deducir que la soberanía se encuentra delegada casi en su totalidad en los convenios internacionales.

2.2.6 EL ESTATUTO DE ROMA Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El 12 de abril del 2012, Guatemala depositó el instrumento de adhesión al Estatuto de Roma de 1998 por medio del cual se crea la Corte Penal Internacional (CPI). La entrada en vigencia de dicha disposición fue el 1 de Julio del 2012.

El proceso para formar parte de dicho estatuto fue prolongado ya que transcurrieron 10 años desde que la Corte de Constitucionalidad fuera llamada a pronunciarse acerca de la compatibilidad o incompatibilidad del Estatuto con la constitución guatemalteca (expediente 171-2002, sentencia de 25 de marzo de 2002). De conformidad con el artículo 163 e) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal Constitucionalidad, la Corte de Constitucionalidad puede "emitir opinión sobre constitucionalidad de los tratados, convenios y proyectos de ley (...)". La Corte de Constitucionalidad concluyó que no existía incompatibilidad alguna entre el Estatuto de Roma y la Constitución Política de la República de Guatemala.

De manera específica vale la pena mencionar dos temas que fueron abordados por la Corte de Constitucionalidad al estudiar el Estatuto de Roma en la opinión consultiva arriba mencionada.

Como primer punto relevante, reconoció que la Corte Penal Internacional solamente podría ejercer jurisdicción sobre individuos si el Estado de Guatemala no puede o no quiere hacerlo a nivel interno. De esa manera, la Corte de Constitucionalidad reafirmó el principio de subsidiariedad por medio de la cual el tribunal internacional no se constituye como una instancia de apelación sino como un ente coadyuvante o complementario de la jurisdicción interna.

El segundo punto relevante se relaciona con el principio de irretroactividad de la norma penal "nullum crimen nullum pena sine lege" lo cual significa que la Corte Penal Internacional no conocerá de ningún caso cuyos hechos hayan ocurrido antes de la entrada en vigencia del Estatuto, lo cual significa el año 2012 para el caso de Guatemala.

De conformidad con el artículo 5 del Estatuto de Roma, establece el carácter complementario de la Corte Penal Internacional lo cual implica una relación de subsidiaridad entre justicia estatal de cada estado miembro y la corte penal internacional, con esto se pretende que los tribunales nacionales puedan ejercer jurisdicción sobre los crímenes internacionales perpetrados en su territorio, basándose en el principio de territorialidad del derecho penal y debido a la presunta conculcación de los intereses del estado.

El principio de complementariedad protege la soberanía jurisdiccional de los estados partes y libera a la Corte Penal internacional de sobrecarga de casos.

Sin embargo, esta complementariedad exige a los Estados partes legislar sobre la responsabilidad penal individual, la ejecución de sentencias, las inmunidades entre otros y definir dentro su legislación interna todos y cada uno de los crímenes de derecho internacional de competencia complementaria de la corte penal internacional esto último no exime a los Estados de su deber de tipificar también dentro de su legislación otros crímenes de derecho internacional que no están comprendidos dentro del Estatuto de Roma, pero si en otros instrumentos.

La principal característica de la Constitución Política de la República de Guatemala, es que es un texto eminentemente humanista que busca la mayor protección posible a la persona humana, tal y como se desprende de su preámbulo y sus dos primeros artículos. En los cuales se establece de manera tajante que el estado tiene el deber de garantizar a sus habitantes de la Republica la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y su desarrollo integral teniendo como finalidad suprema el bien común.

Dentro de estos deberes de protección se encuentran incluidos bienes jurídicos que el Estatuto de Roma pretende proteger de igual manera.

No obstante, el primer deber de legislar para garantizar la seguridad, la vida y la justicia de los habitantes de Guatemala no viene dado por la aprobación o no del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que, por otro lado, no olvidemos es complementación del sistema de justicia guatemalteco, sino por el deber impuesto al Estado por la Constitución Política de la República.

La Constitución Política de la República de Guatemala, autolimitó su poder soberano en aras de luchar contra la impunidad por delitos cometidos por guatemaltecos que atenten contra la paz y la seguridad de la humanidad lo cual es compatible con lo dispuesto por el Estatuto relacionado a la entrega de personas.

El 26 de marzo de 2002 la Corte de Constitucionalidad en su Opinión Consultiva respecto al Estatuto de Roma, en solicitud presentada el 30 de enero del 2002 por el presidente de la República Alfonso Portillo. Dicha solicitud se emitió sobre 3 puntos a saber;

- 1) La posible colisión entre la eventualidad de que la Corte pudiera ejercer su competencia en Guatemala y lo establecido por el artículo 203 de la constitución, el cual establece que la función jurisdiccional se ejerce con exclusividad, por la Corte Suprema de Justicia y demás tribunales de Justicia establecidos por la ley;
- 2) Era posible la colisión del Estatuto de Roma con el Artículo 204 de la Constitución Guatemalteca ya que esta señala que los tribunales de justicia en

toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio que la Constitución de la Republica prevalece sobre cualquier ley o tratado;

3) Contraviene el Estatuto alguna disposición constitucional, debido a que el tribunal en él establecido "... tendrá competencia para juzgar los crímenes de trascendencia más grave para la Comunidad Internacional. En particular, genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, y el crimen de agresión cometidos después que entre en vigor el estatuto; en consecuencia, la corte podría ejercer competencia sobre esos crímenes cometidos por cualquier persona en el territorio de Guatemala, por haber tenido lugar allí la conducta de que se trate o si el crimen se hubiere cometido a bordo de buque o aeronave guatemalteca, así como cometidos por nacionales guatemaltecos.

2.2.7 EL CONVENIO 169 DE LA OIT Y LA SOBERANÍA

El convenio 169 fue adoptado por la OIT, el 27 de junio de 1989, con 328 votos favor, 49 abstenciones y 1 en contra, con un total de 378 representantes de Estados patronos y trabajadores del mundo en la septuagésima sexta Conferencia Internacional del Trabajo, reunida en junio de mil novecientos ochenta y nueve, en Ginebra, Suiza, donde se consideró que en muchas partes del mundo los pueblos indígenas y tribales na gozaban de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población, por lo que se decidió adoptar el Convenio ciento

sesenta y nueve (169), Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes"⁵⁴.

Este Convenio revisa normas anteriores de la Organización Internacional del Trabajo -OIT-, especialmente el Convenio ciento siete (107), de 1957, y se aplica de conformidad con su artículo 1 a los pueblos tribales de países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores y también a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el País en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

El Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, no obstante contener casi los mismos principios de reconocimiento de los derechos de las poblaciones indígenas y tribales en países independientes, en el su contexto se fundamentaba básicamente en la teoría ya superada de la integración social de dichos pueblos, o sea, la que mediante acciones paternalistas trataba de lograr su asimilación incorporación, es decir, que los indígenas al asumir la calidad de ciudadanos tenderían a desaparecer como tales⁵⁵.

⁵⁴ Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Convenio 169 de la OIT. Guía para la aplicación judicial. Proyecto de la Oficina de la Alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Guatemala noviembre 2004, pág. 4.

⁵⁵ Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Convenio 169 de la OIT. Guía para la aplicación judicial. Proyecto de la Oficina de la Alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Guatemala noviembre 2004, pág. 7.

Por el contrario, el Convenio 169 de la OIT, aporta nuevos elementos eficaces para remover los obstáculos que impiden a los pueblos indígenas gozar de los derechos humanos y libertades fundamentales, en el mismo grado que el resto de la población; por una parte, se promueve el respeto a su cultura, religión, organización social y económica y a su identidad propia como pueblos, lo que ningún Estado democrático de derecho o grupo social puede negarles; y, por la otra, incorpora el mecanismo de la participación y consulta con los pueblos interesados a través de sus organizaciones o de sus representantes, en el proceso de planificación discusión, ejecución y toma de decisiones sobre los problemas que les son propios como forma de garantizar su integridad, el reconocimiento, respeto y fomento de sus valores culturales, religiosos y espirituales.

Lo anteriormente señalado significa que el Convenio 169 de la OIT constituye el instrumento jurídico internacional mediante el cual la Organización Mundial de las Naciones Unidas (ONU), a través de su organismo especializado, Organización Internacional del Trabajo -OIT- y el marco de su competencia, reitera los principios de la carta y demás tratados, convenios y declaraciones que en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ha adoptado la comunidad internacional.

En Guatemala, la presentación para su ratificación, se hizo durante el gobierno del presidente Marco Vinicio Cerezo Arévalo, pero no fue sino con el gobierno del presidente Jorge Antonio Serrano Elías, que el Ministerio de trabajo asume su control, y se inicia un proceso de divulgación y consulta⁵⁶. El empoderamiento de las

⁵⁶ Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Convenio 169 de la OIT. Guía para la aplicación judicial. Proyecto de la Oficina de la Alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Guatemala noviembre 2004, pág. 8.

organizaciones indígenas ante el convenio 169 se vio reflejado con la constitución de una delegación que se denominó "Delegación Pro-ratificación del Convenio 169. Ante dichas acciones el gobierno de la República de Guatemala emite el dictamen para su ratificación.

Lo anterior provocó reacciones contrarias, ante las cuales el Congreso de la República, solicita una opinión consultiva y dictamen a la corte de constitucionalidad y al colegio de abogados y notarios, los cuales resuelven en el sentido de declarar que el convenio no contradice la constitución, por lo el mismo es finalmente ratificado en 5 de junio de 1996 y entro en vigencia un año más tarde.

Luego del análisis realizado sobre la estructura del Convenio 169 de OIT y lo relativo a la soberanía podemos llegar a la conclusión de las normas de dicho convenio no atentan contra la soberanía del Estado ni interna, ni de externamente.

Así como la constitución es un orden para promover la paz dentro del propio Estado, ya que prohíbe a los miembros de la comunidad el uso de la fuerza, de restringe la actuación de los poderes y establece derechos y obligaciones para todos los miembros de la comunidad estatal, estableciendo medios de control para su cumplimiento y medios de coacción, es necesario quizás también que dentro del propio orden jurídico internacional se establezcan estos convenios internacionales de protección a los derechos de las personas que garanticen la convivencia pacífica y armónica entre los Estados y los pueblos fijando también, por supuesto deberes y lo en lo que toca a facultades de todos los miembros de la comunidad internacional.

Lo que si es que también ha fundamental es la creación de este nuevo derecho internacional, se dé bajo un esquema auténticamente democrático con la participación de los distintos países del muy pobres y el mundo y no como una imposición de reglas por parte de uno o unos cuantos Estados poderosos, lo cual constituiría una autentica desgracia y regresión a una especie de absolutismo internacional.

Como se ha expuesto, en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, no existen disposiciones que puedan considerarse incompatibles con el texto constitucional ni que atenten contra la soberanía del estado, pues interpretadas dichas normas dentro del marco general de flexibilidad con el que fue concebido, el citado convenio solo puede producir las consecuencias favorables que se previeron para promover el respeto a la cultura, la religión, la Organización social y económica y la identidad de los pueblos indígenas en Guatemala.

CAPÍTULO III

TEORÍAS SOBRE LA SOBERANÍA Y EL DERECHO INTERNACIONAL

Muchas de las cuestiones que seguimos debatiendo en torno a la cuestión de la soberanía de los Estados-Nación y de la efectividad del derecho internacional, han sido ya planteadas en el pensamiento jurídico de Weimar. Mucho se ha escrito sobre la riqueza y actualidad de la obra de los juristas de Weimar, sin embargo, se trata de un pensamiento que no deja de convocar a juristas y politólogos, tanto por la fascinación que provoca este período de la historia de Alemania como también por gran variedad de debates teórico-jurídicos que enmarca. Aquí pretendemos plantear sólo algunas de las ideas de tres de los principales juristas de la época en torno a la soberanía y el derecho internacional.

Las ideas de Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller sobre la soberanía y el derecho internacional, representan los extremos más comunes de la discusión sobre esta problemática: por un lado, la negación del concepto de la soberanía y la afirmación del derecho internacional y el cosmopolitismo pacifista y por otro, la afirmación de lo político y de la soberanía y la negación del derecho internacional y del pacifismo⁵⁷.

Analizaremos en primer lugar las críticas de Kelsen a la noción de soberanía y su postura acerca de la primacía del derecho internacional y la posibilidad de lograr una paz mundial por medio del derecho.

⁵⁷ Soberanía y Derecho Internacional, en: Derecho.uba.ar, disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/vita-soberania-y-derecho-internacional-en-el-pensamiento-juridico-de-weimar.pdf>, Consultado el 25 de octubre de 2019, 06:35pm.

En segundo lugar veremos como el concepto de lo político que manejó Schmitt determinó su concepción sobre la guerra y el derecho internacional, para luego analizar, cómo la crítica que elaboró Heller a la noción de soberanía kelseniana, se enmarcó en su defensa de la supremacía del derecho nacional y su cuestionamiento a las instituciones internacionales que buscan erigirse como “policía mundial”.

3.1 DERECHO INTERNACIONAL Y ORDEN COSMOPOLITA EN KELSEN

Para comprender las ideas de Kelsen acerca del derecho internacional y el orden político mundial debemos partir primero de su concepción de soberanía.

En consonancia con su crítica al dualismo entre Estado y derecho, Kelsen emprende una dura crítica de la noción de soberanía.

Es cierto que no niega su importancia teórica para la Teoría del Estado y del derecho Internacional, pero critica esta noción porque entiende que se encuentra profundamente marcada por ambigüedades y por un “abuso” político que se hace de ella. En particular, cree que la noción de soberanía del Estado se vuelve aún más problemática cuando el derecho Internacional aparece como un sistema jurídico imponiendo obligaciones y confiriendo derechos en el Estado⁵⁸

Es por eso que para Kelsen la solución reside en “erradicar” este concepto de la ciencia. Para nuestro autor, la soberanía no puede ser una propiedad perceptible, o reconocible objetivamente de otra manera, o un objeto real, sino que se trata en

⁵⁸ Hans Kelsen, “Sovereignty”, en: Stanley Paulson y Bonnie Litschewski Paulson, (edit.), *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 525.

realidad de un presupuesto; el de un orden normativo como orden supremo que no necesita derivarse de ningún orden superior para ser válido.

Así, desde su punto de vista, la pregunta sobre la soberanía del Estado no puede ser respondida mediante una investigación de la realidad natural, a partir de datos empíricos, -ya que los Estados que no cuentan con ningún poder real son tenidos como tan soberanos como las grandes potencias⁵⁹ sino que su respuesta debe buscarse en el orden jurídico.

Kelsen ataca así la noción tradicional de soberanía entendida en un sentido material, como poder del Estado. Coherentemente con su crítica al dualismo entre Estado y derecho, reniega de dar esta especie de entidad “super-humana” al Estado, cuya única realidad son en realidad los seres humanos, con lo cual se hace de la idea de soberanía un “abuso político”. Y la historia misma del concepto de soberanía demuestra para Kelsen cómo dicho concepto ha estado, desde el principio, “más al servicio de los propósitos políticos de los gobernantes que de la finalidad del conocimiento científico del Estado”⁶⁰.

Para el jurista de Viena no sólo amenaza este concepto a la cientificidad del derecho sino que es también una muestra de la funesta confusión entre los puntos de vista político-morales y jurídicos. Kelsen entiende que la idea de soberanía estuvo ligada históricamente al fortalecimiento de la monarquía absoluta centralista pero

⁵⁹ Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, (trad. Roberto Vernengo de la segunda edición en alemán), México, UNAM, 1986, p. 336-337.

⁶⁰ Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, Barcelona, Labor, 1934, p. 148.

cree que aún en el actual Estado democrático se la utiliza con fines políticos, creando confusión y presentando deseos políticos como verdades absolutas⁶¹.

El problema de la soberanía es, por lo tanto, el problema de la soberanía del orden jurídico estatal en su relación con el orden jurídico internacional. Y esta relación plantea lo que clásicamente se ha identificado como el debate entre el dualismo y el monismo.

Como es sabido, Kelsen se ubica entre los críticos de la postura dualista y como defensor de la teoría monista. Repasemos brevemente los alcances de cada postura. De acuerdo al dualismo, el derecho internacional y el derecho estatal son distintos sistemas jurídicos que, en su validez, son independientes uno de otro, pero al mismo tiempo equivalentes⁶².

En cambio, de acuerdo con la postura monista, el derecho internacional y el estatal forman una unidad: o el derecho internacional está por encima del derecho estatal, de tal forma que las bases de la validez del derecho estatal deben encontrarse en el derecho internacional (primacía del derecho internacional) o, en cambio, el derecho estatal está por encima del internacional, de manera tal que las bases de la validez del derecho internacional, reside en el derecho estatal (primacía del derecho estatal).

En resumen, podríamos Kelsen distingue dos nociones de soberanía. La primera es la noción tradicional, de poder supremo del Estado, vinculada a la supremacía del derecho estatal por sobre el internacional y al punto de vista

⁶¹ Ibid., p. 150.

⁶² Kelsen, H., "Sovereignty", op. cit., p. 526.

subjetivista criticado por Kelsen. Esta es la noción que dice Kelsen debe ser “erradicada” de la Teoría del Estado y del derecho Internacional y su abuso político denunciado.

Por otra parte, podríamos decir que identifica una noción “formal” de soberanía. Si uno habla de “soberano” en este contexto dota al concepto de un significado que es totalmente diferente del sentido original y propio.

Aquí, expresa simplemente la noción de que el orden jurídico estatal está sujeto al derecho internacional solamente y a ningún otro orden jurídico y que, por lo tanto, en la terminología personificante del derecho, el Estado es jurídicamente independiente de otros Estados. La llamada "soberanía" del Estado, entonces, es nada más que su relación inmediata con el derecho internacional.

Entonces, siendo el punto de partida la primacía del derecho internacional, para Kelsen la engañosa expresión "Estado soberano" debe ser reemplazada por la expresión "relación inmediata del Estado con el derecho internacional".

Tampoco en este contexto sería correcto hablar de soberanía "relativa" de los Estados, porque esa expresión es contradictoria en sí misma. Para Kelsen, erradicando la noción tradicional de soberanía, es más sencillo afirmar la supremacía del derecho internacional tan importante en su doctrina para la consecución de la paz.

3.2 LA VISIÓN DE CARL SCHMITT SOBRE LO POLÍTICO Y EL DERECHO INTERNACIONAL

En 1936 Schmitt pasó a ocupar un lugar relegado entre quienes apoyaban al régimen nazi y aspiraban a posiciones de poder⁶³, la temática de sus publicaciones viró hacia el derecho internacional y las relaciones internacionales. Las primeras obras de ese período serían: *Die Wendung Zum Diskriminierenden Kriegsbegriff*, de 1938, *Land und Meer*, de 1942, *Der Nomos der Erde*, de 1950 y *Theorie des Partisanen*, de 1963. Si bien a partir de este período los ejes de la teoría del espacio y la concepción de la guerra y la paz en la modernidad pasaron a protagonizar la obra del jurista de Plettenberg, lo cierto es que no podemos afirmar que exista una ruptura, entre los trabajos de este período y del anterior, dado que muchos de los conceptos elaborados ya en *Begriff des Politischen* [Concepto de lo político], continúan presentes en los trabajos de esta etapa.

En líneas generales se podría decir que la visión internacionalista de Schmitt se acerca en muchos sentidos al realismo de E. H. Carr y Hans Morgenthau⁶⁴. Esa visión es sumamente crítica a todo tipo de universalismo y de cosmopolitismo, con lo cual se ubica en las antípodas de la obra de Kelsen. En ese sentido, la advertencia de Schmitt

⁶³ Los ataques que Schmitt recibiera en la prensa nazi entre 1936 y 1937 y que provocaron su alejamiento del escenario político, no se debieron a una actitud de resistencia de Schmitt hacia el nacionalsocialismo ni a una retracción de los elementos nacional socialistas en sus trabajos, sino que muy por el contrario, la excesiva obsecuencia mostrada por el jurista por aquellos años, provocó en sus poderosos enemigos y competidores en el profesorado, en el partido y especialmente en las SS, tanto incredulidad como idea de provocación. Cf. Bernd Rüthers, *Carl Schmitt en el Tercer Reich*, 1ª ed., Buenos Aires, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 117. También cf. Joseph Bendersky: *Carl Schmitt teórico del Reich*, 1ª ed., Bologna, Il Mulino, 1989.

⁶⁴ Al respecto ver William Scheuermann, "Another Hidden Dialogue: Carl Schmitt and Hans Morgenthau", en: William Scheuermann, *Carl Schmitt: The End of Law*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1999. p. 225-252 y la tesis de doctorado de Ramón Campderrich Bravo, *Derecho, política y orden internacional en la obra de Carl Schmitt (1919-1945)*, Universitat de Barcelona, 2006.

es acerca de los potenciales peligros que podrían traer nuevas formas de imperialismo ocultas tras la máscara del universalismo liberal. También son conocidas sus críticas a la Sociedad de las Naciones, su rechazo para toda organización internacional que se inspire en convicciones morales, como así también su teoría de los grandes espacios o que ha sido vinculada con el compromiso de Schmitt con el régimen nazi y la doctrina del “espacio vital” alemán⁶⁵.

De aquí las críticas de Schmitt a las ideas pacifistas y a la noción de humanidad. Un mundo sin la posibilidad de la guerra sería un mundo sin la distinción del amigo y el enemigo, y, por tanto, un mundo sin política⁶⁶.

Así también, la idea misma de “humanidad” excluye el concepto del enemigo, ya que la humanidad como tal, no puede hacer guerra alguna ya que no tiene un enemigo identificado. Por eso es un instrumento especialmente adecuado para la expansión imperialista del propio poder, un instrumento típico del imperialismo económico⁶⁷.

⁶⁵ En ese sentido se pronuncian Alessandro Campi, “Gran espacio y unidad política del mundo”, en: Juan Carlos Corbetta y Ricardo Sebastián Piana (comp.), *Política y orden mundial. Ensayos sobre Carl Schmitt*, 1ª ed., Buenos Aires, Prometeo, 2007, p. 63-78. Para Campi es errónea la visión de quienes - como Julien Freund o Bendersky- creen que Schmitt se dedicó a la temática internacional en particular después de 1936, para huir de las censuras del ala más intransigente del partido nazi. Para Campi, la teoría del nomos de la tierra y el análisis de las transformaciones sufridas por el concepto de guerra son aspectos constantes de la vida intelectual de Schmitt. Julien Freund, por el contrario, sostiene la idea de que la teoría de los grandes espacios de Schmitt nada tiene que ver con el espacio vital del cual se hablaba en la época, sino que Schmitt se inspira en la doctrina Monroe. Julien Freund, “Las líneas clave del pensamiento político de Carl Schmitt”, en: Juan Carlos Corbetta y Ricardo Sebastián Piana (comp.), *Política y orden mundial. Ensayos sobre Carl Schmitt*, 1ª ed., Buenos Aires, Prometeo, 2007, p. 55.

⁶⁶ Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, op. cit., p. 65.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 83. Schmitt trae a colación aquí una frase del anarquista Proudhon: “Quien dice humanidad, quiere engañar”. “Aludir a la Humanidad sólo puede poner de manifiesto la aterradora pretensión de negar al enemigo en calidad de hombres, declararlo hors-la-loi y hors l’humanité, y llevar así la guerra a la más extremada inhumanidad”. *Ibid.*, p. 84.

Así podemos afirmar que, a partir de esta breve caracterización de las ideas de Schmitt en torno a la posibilidad de un orden mundial y del papel del conflicto en lo político, sus ideas se entroncan dentro de aquellos que cuestionan la “juridicidad” del derecho internacional y la posibilidad de considerar a la guerra como una sanción justa⁶⁸.

Para Schmitt no tiene sentido hablar de una justicia moral o jurídica de la guerra, sino, en todo caso de las condiciones materiales de la misma⁶⁹. En definitiva, su teoría jurídica y política tiende a afirmar el concepto de soberanía del Estado⁷⁰ y la idea de conflicto como eje de la politicidad y a negar, la posibilidad de que la guerra y los conflictos puedan ser prevenidos o eliminados del escenario político.

3.3 HERMANN HELLER, LA SOBERANÍA Y EL DERECHO INTERNACIONAL

Se presentan algunas de las ideas del jurista socialdemócrata Herman Heller, quien criticó tanto las concepciones sobre el derecho y el Estado de Kelsen como las de Schmitt, y cuyas ideas son consideradas como un punto intermedio entre las de ambos juristas⁷¹.

Su noción de soberanía opuesta a la de Kelsen, plantea una manera distinta de ver el derecho internacional pero también es coherente con una visión del espacio

⁶⁸ Cristina García Pascual, “Orden jurídico cosmopolita y Estado mundial en Hans Kelsen”, en: Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, no. 2, 1999, p. Disponible en <http://www.uv.es> accedido en 28 de abril de 2007.

⁶⁹ Cf. Carl Schmitt: El nomos de la tierra. En el Derecho de Gentes del “Jus publicum europaeum”, 1ª ed., Buenos Aires, Struhart, 2005.

⁷⁰ Sobre el concepto de soberanía en Schmitt cf. Carl Schmitt: Teología Política, 1ª ed., Buenos Aires, Struhart, 2005, especialmente p. 23 y ss.

⁷¹ En ese sentido cf. David Dyzenhaus: Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar, 1a ed., Oxford, Oxford University Press, 1997 y Gerhart Niemeyer, en su prólogo a Hermann Heller, Teoría del Estado, 5a reimp., Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1992.

político fuertemente estatalista y nacionalista, tributaria de las ideas de su época. En la misma línea que Schmitt, aunque con otros argumentos, Heller plantea la primacía del derecho nacional por sobre el internacional.

Se podría afirmar que lo que más le molesta a Heller de Kelsen es precisamente su crítica a la noción de soberanía, en otras palabras, su afirmación del predominio del derecho sobre el poder a partir de la reconstrucción del Estado como mero ordenamiento normativo. Heller escribió en 1927 una obra referida a la cuestión de la soberanía llamada *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats und Völkerrechts* - La Soberanía, Contribución a la teoría del Derecho estatal y del Derecho Internacional⁷².

Allí reivindica el concepto de soberanía sosteniendo que el jurista tiene que partir de ese hecho en su análisis del orden jurídico. De no hacerlo, quien estudia el derecho pierde la materia de su disciplina, que es el derecho positivo y “queda, con su ciencia y su arte, colgando en el aire”⁷³

En esta obra Heller denunció el intento de Kelsen por ocultar o disolver el concepto de soberanía, a partir de subsumir al Estado en el orden jurídico. Así, en manos de Kelsen la soberanía pasaría a ser una cualidad del orden jurídico personificado en el Estado. Al igual que lo hace en reiteradas ocasiones Schmitt, Heller identifica las ideas de Kelsen con el pensamiento democrático liberal⁷⁴, e incluso llega

⁷² Hermann Heller, *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats und Völkerrechts*, Berlin & Leipzig, 1927. Este escrito y otras obras centrales de Heller han sido publicados en alemán en 1971 bajo el título de *Gesammelte Schriften*. Bd.1-3, Leiden, A.W. Sijthoff.

⁷³ Hermann Heller, *La soberanía*, 2ª ed., Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 91 y Hermann Heller, *Las ideas políticas Contemporáneas*, 1ª edición, Barcelona, Labor, 1930, p. 142.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 88.

a afirmar que bien podrían ser las ideas de Kelsen, al subsumir al Estado en el ordenamiento jurídico, las de un anarquismo disfrazado⁷⁵.

Para Heller es Schmitt quien representa el “único intento importante para regenerar el dogma de la soberanía” a partir de postular la idea de un sujeto de voluntad con capacidad para ser su titular. Sin embargo, cree que Schmitt pretende sustituir la soberanía ficticia del Estado con la soberanía de uno de los órganos estatales, oponiendo su concepción decisionista a la doctrina que cree en la fuerza racional de la ley.

Así, Heller señala como principal problema de la idea de soberanía de Kelsen, el de la falta de un sujeto. Para él, nunca se había llegado “en forma tan radical” a la despersonalización del mundo de lo jurídico y de ello se desprende la ausencia de patria y de soporte para el concepto de soberanía de la Teoría Pura del Derecho. En definitiva, esta carencia de sujeto se explicaría para Heller a partir de la noción de validez mantenida por Kelsen.

Para Heller, el jurista de Viena confunde la validez lógica del razonamiento con la validez fáctica del orden normativo. Ésta última sólo puede ser, para Heller, una validez jurídica de naturaleza empírica. Así, a diferencia de Kelsen, Heller busca la validez del derecho en el hombre, en el pueblo y en sus vidas, entendiendo que el deber ser jurídico es un producto del ser, es la norma que se da el ser, el pueblo, para regir su conducta.

⁷⁵ Ibid., p. 91.

En cambio, para Kelsen, la validez proviene de la correspondencia jerárquica entre normas, lo que refleja para Heller -paradójicamente- el “iusnaturalismo” kelseniano. Para ser claros, Heller cree que Kelsen es un iusnaturalista, pero sólo formalmente, porque no funda la validez de la norma jurídica en un acto individual de voluntad enmarcado dentro de un campo de las normas jurídicas fundamentales, sino que pretende deducirla de abstracciones lógicas carentes de contenido.

Así llegamos a la definición de soberanía propuesta por Heller. Para el socialdemócrata, la soberanía es la propiedad de una unidad de acción y de decisión universal sobre el territorio, en virtud de la cual, para garantizar el derecho, se afirma de modo absoluto, circunstancialmente, “incluso en contra del Derecho”⁷⁶.

En este punto podemos observar claras divergencias con la noción kelseniana. Mientras que por un lado, se postula la soberanía como una pro-piedad de decisión - en consonancia con Schmitt- llega Heller incluso a afirmar la posibilidad de que el soberano pueda pronunciarse incluso en contra del derecho.

Aquí se manifiesta para Heller en todo su esplendor el problema de la soberanía. Justamente el fenómeno estatal contrario al derecho, que tiene la misma naturaleza en el derecho interno como en el internacional, es lo que constituye el hecho unitario de la soberanía⁷⁷.

⁷⁶ Hermann Heller, *La Soberanía*, op. cit., p. 289.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 281.

En consecuencia, el otro aspecto para resaltar de la concepción de Heller radica en la posición que le da al derecho internacional en relación a su noción de soberanía estatal y el rescate que elabora del concepto.

En este punto Heller defiende, al igual que Kelsen, la postura monista del derecho. Sin embargo, a diferencia de Kelsen, Heller subordina el derecho internacional al nacional, postulando que es éste último el que prevalece en caso de conflicto. Para Heller, “todo Derecho –incluso el Internacional- puede reducirse al Derecho nacional, es decir, al Derecho del Estado soberano”⁷⁸.

En efecto, para Heller esto queda demostrado en la circunstancia de que ningún tratado internacional pueda nacer sin la aprobación de todos los estados que participan en su formación y de que únicamente pueda ser objetivado por la acción de unidades de voluntad que no estén subordinadas a otra unidad decisoria universal⁷⁹.

Así, Heller considera que la concepción del derecho internacional que no tome como punto de partida la existencia de una pluralidad de unidades de voluntad soberanas, está de antemano y necesariamente destinada al fracaso⁵⁸. Para el jurista, el derecho internacional existe únicamente en la medida en que, por lo menos, están presentes dos unidades territoriales decisorias universales y efectivas y desde este punto de vista, la idea del Estado soberano es un presupuesto necesario del pensamiento internacional, mientras que, por el contrario, la idea del derecho internacional no es un presupuesto indispensable para el pensamiento estatal.

⁷⁸ Ibid., p. 220.

⁷⁹ Ibid., p. 233.

Es por eso que cree que en la medida en que la doctrina moderna del derecho internacional no elimina la totalidad del concepto de soberanía, procura, por lo menos, hacerlo inofensivo. De esta manera, “pretende arrancarle las manos y los pies, explicando la naturaleza de la soberanía, ya como una especie de la capacidad jurídica de acción, bien como una competencia internacional, ya, finalmente, como una esfera de libre acción concedida por el Derecho Internacional”⁵⁹. La postura de Heller, en cambio, apunta a afirmar la soberanía del Estado como presupuesto del derecho internacional, poniéndose así en la vereda opuesta a Kelsen.

Finalmente, la postura de Heller frente a las relaciones internacionales se inscribe, como la de Schmitt en el realismo clásico. Heller desconfía de la posibilidad de contar con una jurisdicción universal, lo que se ve claramente cuando critica la actuación de los tribunales internacionales hasta la primera guerra mundial⁸⁰ y en su análisis del papel de la Sociedad de las Naciones, que identifica no como una instancia decisoria universal porque siempre depende en sus funciones de los límites que le pongan los Estados.

Es por eso que Heller concluye que “cada instancia decisoria creada convencionalmente, un tribunal o una instancia arbitral o una mediación política, tiene como límites fijos la soberanía de los estados delegantes. El estado que no se ha sometido convencionalmente a una instancia decisoria es el único que decide, por sí y ante sí, dentro del marco de las normas jurídicas fundamentales, cuáles son los límites de su actividad”⁸¹.

⁸⁰ Ibid., p. 282

⁸¹ Ibid., p. 286.

3.4 OTRAS TEORÍAS

3.4.1 LINDSAY: LA SOBERANÍA DE LA CONSTITUCIÓN

Las teorías de la soberanía de Kelsen y Schmitt tienen, no obstante, un antecedente común: la expuesta por el primer teórico del Estado moderno, Thomas Hobbes, analizada desde dos perspectivas diferentes: la del formalismo jurídico y la del imperativismo de la ley⁸².

Una nueva teoría de la soberanía, que supera la antinomia entre las dos concepciones expuestas, y que permite retomar la cuestión en el marco de la experiencia jurídica de esta segunda mitad del siglo, fue formulada algunos años después, en 1924, por un agudo crítico de Hobbes, por un pensador también perteneciente a la cultura política inglesa: Alexander D. Lindsay, después Lord Lindsay of Birker. En su ensayo titulado *Sovereignty*, Lindsay destacaba que la definición dada por Hobbes y recogida por Austin (a la que posteriormente se referirá Kelsen), según la cual el Derecho se basa en el principio de soberanía, pero la soberanía se apoya en la obediencia, era a circular definition, esto es, una definición construida a partir de un círculo vicioso: no hay soberanía sin obediencia, y donde hay obediencia, hay soberanía.

Esta definición constituía un intento de legitimación ideal de la posición histórica de las monarquías, que no podía seguir reconociéndose al amparo de un Estado de Derecho en el que rigen principios constitucionales que determinan quién es el

⁸² Sobre las interpretaciones de Hobbes, véase la reseña crítica de G. SORGI, *Quale Hobbes?*, F. Angelí, Milán, 1989.

soberano y a los cuales se debe exclusivamente obediencia jurídica. No se aceptaba la máxima *rex facit legem*, pero sí el principio *lex facit regem*.

La historia de la experiencia política de Occidente, que atraviesa dramáticos conflictos suscitados por el problema práctico de la soberanía, desemboca en la teoría del Estado democrático moderno, basado en la soberanía de la Constitución, la fundamental *law*, en palabras de Lindsay, que es «un mecanismo o método pactado para dirimir controversias y tomar decisiones importantes; un método que incluye en sí mismo los instrumentos para su corrección y mejora»⁸³

Volveremos pronto a esta concepción de la soberanía constitucional, entendida no como título cambiario de un documento cartáceo, sino, tal como señaló claramente Lindsay, como atribución de poderes y determinación de valores, que diferencia a la soberanía en la democracia moderna de otras formas de ordenamientos políticos y jurídicos.

Aquí importa subrayar que la noción de la Constitución como ley fundamental o ley de leyes, que determina el principio de legitimidad y de soberanía, ha sido recogida e incluso hecha propia por Hans Kelsen, en una decisiva (y en cierto modo sorprendente) toma de posición durante los últimos años de su vida intelectual, enormemente productiva hasta el final.

En las actuales circunstancias del mundo, la multiplicación y agudización de conflictos interestatales, el surgimiento de nuevos y acuciantes problemas en la esfera

⁸³ LINDSAY, A. D. Sovereignty, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, N. S., vol. XXIV (1924), p. 226. Sobre el pensamiento de Lindsay, véase V. FROSINI, *La ragione dello Stato*, Giuffrè, Milán, 1963 (2.a ed., 1976), pp. 59-64.

internacional, los radicales cambios a que asistimos en todos los órdenes y no en último lugar en el derecho y la ciencia jurídica, es de una gran oportunidad la aparición del libro comentado. Se abren nuevas perspectivas y caminos para el enriquecimiento del derecho internacional, el respeto a sus normas e instituciones, el fortalecimiento de la comunidad de naciones y se invita a proseguir en pesquisas e indagaciones semejantes, con la certidumbre de que la ciencia del derecho internacional no puede resolver los casos litigiosos concretos, pero si dar pautas y luces para su solución por parte de las instancias políticas competentes.

CAPÍTULO IV

SOBERANÍA Y EL DERECHO INTERNACIONAL -EL CASO DE GUATEMALA-

4.1 GENERALIDADES

La soberanía ha sido sin lugar a dudas un concepto clave para el desarrollo del constitucionalismo moderno. Sin embargo debemos reconocer que dicho concepto ha sido por demás polémico a lo largo del tiempo y objeto de múltiples teorías; por lo que la cuestión relativa a la transformación de sus alcances debido a la injerencia el derecho internacional resulta un tema bastante espinoso. Por ello la finalidad de esta investigación es resolver el problema ¿Se ha transformado la noción de soberanía como producto de los problemas actuales relacionados con las instituciones creadas por el Derecho Internacional?

Desde un punto de vista tradicional, soberanía es la capacidad del Estado de regular su propio poder, lo que en el plano de las relaciones entre los Estados se manifiesta como la capacidad de cualquiera de estos de defender sus intereses limitando la intervención extranjera. Pero el derecho es un cuerpo en continuo desarrollo, que se adapta al contexto geográfico y social en que se aplica.

Es por ello que, al discutir el rol noción de soberanía como producto de los problemas actuales relacionados con las instituciones creadas por el Derecho Internacional en Guatemala, no solo debemos atender a las nociones generales de soberanía, sino también aterrizar ese concepto a su contexto y desarrollar una terminología propia.

Coincidiéndose con el cambio de paradigma de la soberanía originado con la derrota del nazismo y fascismo, en época de la posguerra y con el surgimiento de la Organización de las Naciones Unidas, comenzó a presentar también dentro del Derecho constitucional un nuevo paradigma: el de la democracia constitucional, redescubriéndose el significado de la "constitución" como límite y vínculo a los poderes públicos a través de la división de poderes y de los derechos fundamentales estableciéndose el carácter rígido de la constitución con la consecuente sujeción de todos los poderes al derecho, no solo en el plano interno, sino también en el plano de los convenios internacionales, lo cual ha implicado sujetarlos al imperativo de la paz y a los principios de justicia positiva y ante todo a los derechos fundamentales establecidos no solo en las constituciones estatales, sino también en esa especie de embrión de constitución mundial, constituido por la Carta de la ONU y la declaración Universal de los Derechos Humanos.

Creándose por tanto un nuevo tipo de orden jurídico-político en el cual ya no existirán sujetos soberanos ni poderes "legibus soluti". Ya no existirá la soberanía interna dado que todos los poderes públicos estarán sujetos a la ley constitucional, y tampoco existirá, más al menos el plano jurídico, la soberanía externa, ya que todos los Estados se han sometido al "pactum subiectionis"⁸⁴ representado por el nuevo ordenamiento internacional nacido de la Carta de la ONU y con la obligación de respeto a los derechos fundamentales tanto civiles y políticos como sociales frente no solo a

⁸⁴ El pactum subiectionis, significa que los individuos reunidos se someten a un poder común. Carvajal, Julio. Moral, Derecho y Política en Inmanuel Kant, Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, 1999, página 35.

los poderes públicos sino también frente a los poderes privados y en todos los niveles, es decir no solo en el derecho estatal sino también en el derecho internacional.

Como dice Ferrajoli es preciso reconsiderar las relaciones exteriores del Estado a la luz del derecho internacional igual que como se hace en su dimensión interna a la luz del derecho constitucional. La noción tradicional de soberanía debe ser en tal virtud reconsiderada, ya que el Estado nacional como sujeto soberano se encuentra en una crisis, en la actualidad podemos Estados-Nación está perdiendo competencias y protagonismo ver claramente como los (Soberanía) tanto por arriba hacia las instancias supraestatales, como por abajo, hacia los pueblos-naciones que los integran, produciendo un doble vaciamiento de la soberanía, que deberá ser llenando en algún modo por el derecho internacional, garantizando el sano equilibrio de las relaciones entre Estados.

4.2 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE LA SOBERANÍA

La soberanía nacional tiene sus raíces en los Derechos fundamentales, históricos, estratégicos y de desarrollo independiente, plasmados en la Constitución Política de la República de Guatemala.

La Soberanía constitucionalmente es el poder que ejerce el pueblo y este lo delega a sus tres organismos, dicho de otro modo, es el pueblo el que da la autoridad a estos organismos para gobernar según sus competencias, y la soberanía no es sino un poder delegado de forma condicional a una autoridad, a su capacidad de cumplir con un fin ulterior. En este caso, el fin es garantizar a sus habitantes la vida, la libertad,

la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral, como también detalla la Constitución Política de la República de Guatemala.

“[...] el Congreso [...] es uno de los organismos del Estado encargados del ejercicio de la soberanía del pueblo [...], en el que está radicada la potestad legislativa y otras funciones [...].”⁸⁵

El artículo 141 Constitucional es la disposición creadora de los tres organismos del Estado, soberanos, autónomos, sin subordinación “entre ellos”. Ningún organismo del Estado debe recibir y aceptar ordenes que impliquen subordinación.

“[...] la finalidad de la separación de poderes es la limitación recíproca, de forma que cada uno de los órganos actúe dentro de la esfera de su propia competencia y constituya un freno o contrapeso a la actividad de los demás. En un caso hipotético concreto en el cual la Administración Tributaria determine una simulación fiscal, no existiría una fiscalización natural entre los órganos ejecutivo y judicial. La determinación de la simulación (que debería corresponder al Organismo Judicial) la estaría efectuando el Organismo Ejecutivo, por medio de una interferencia fuera del ámbito de su competencia, que vulneraría el control o contrapeso establecido por la Constitución. Al Organismo Ejecutivo le corresponde el poder de gobernar y administrar. A la Superintendencia de Administración Tributaria, le corresponde la administración, recaudación, control y fiscalización de tributos. En el momento en que la Administración Tributaria determine una simulación tributaria, se está extralimitando de sus funciones administrativas e invadiendo esferas de aplicación y declaración de

⁸⁵ Gaceta 117 Expediente 3016-2013. Fecha de sentencia: 14/07/2015.

leyes, función que corresponde al Organismo Judicial. La violación al principio de separación de poderes se consuma al momento de facultar a la Administración Tributaria a determinar por sí sola la simulación tributaria, cuestión que constitucionalmente corresponde al Organismo Judicial, hecho que hace a la Administración Tributaria obviar o evadir el control de contrapeso atribuido al Organismo Judicial. De esta forma, la ausencia de una fiscalización por parte del Organismo Judicial hacia el Organismo Ejecutivo (Administración Tributaria) causa la violación al sistema de división de poderes, principio básico para el adecuado funcionamiento de nuestro Estado [...]”⁸⁶

La soberanía que el Estado delega a los tres organismos del Estado les reconoce autonomía política y administrativa. Tanto así que la Constitución prohíbe la subordinación entre los organismos legislativo, ejecutivo y Judicial. No existe subordinación y si existiera sería inconstitucional. Puede y debe existir Colaboración entre los tres organismos.

“[...] los principios básicos del Estado de Derecho es el de la división o separación de poderes, en que se atribuye primordialmente al Organismo Legislativo la función de crear leyes (legislar); al Organismo Judicial la de aplicarlas y declarar los derechos en los casos controvertidos que se someten a su conocimiento (administrar justicia); y al Organismo Ejecutivo la facultad de gobernar y administrar. La división de poderes es la columna vertebral del esquema político republicano y es, además, el rasgo que mejor define al gobierno constitucional, cuya característica fundamental es

⁸⁶ Gaceta 109. Expediente 1898-2012. Fecha de sentencia: 11/07/2013.

la de ser un gobierno de poderes limitados; el sentido de la distribución del poder estatal en diversos órganos no es básicamente el de distribuir funciones entre ellos con el objeto de obtener un desempeño eficiente; su fin primordial es que al desarrollar separada y coordinadamente sus funciones, tales órganos se limiten recíprocamente, de forma que cada uno de ellos actúe dentro de la esfera de su competencia y constituya un freno o contrapeso a la actividad de los demás, es decir, que ejerzan entre sí un control recíproco con el objeto de enmarcarse dentro del régimen de legalidad [...]”⁸⁷

La Constitución Política de Guatemala adopta un sistema de división de poderes atenuado por la existencia de una mutua coordinación y de controles entre los diversos órganos, que al desempeñar las funciones estatales, se limitan y frenan recíprocamente; en los sistemas constitucionales modernos la división de poderes no implica una absoluta separación sino una recíproca colaboración y fiscalización entre tales órganos con el objeto de que los actos producidos por el Estado se enmarquen dentro una unidad jurídico-constitucional...”. Con estos balances se forma lo que modernamente se le denomina la teoría de los frenos y contrapesos en la estructura estatal.

“[...] el génesis de la Constitución Política es el poder soberano del cuerpo social, el cual, a su vez, da vida a un poder constituyente primario que, al formular el texto supremo, origina la organización jurídica y política. El texto supremo define el tipo de Estado y de gobierno, así como la estructura de los órganos públicos y sus

⁸⁷ Gaceta 86. Expediente 1312-2006. Fecha de sentencia: 19/11/2007.

competencias, determinando también, la forma de creación de las otras normas del sistema jurídico, mismas que, indefectiblemente deben armonizar y adecuarse a la ley fundamental”⁸⁸

“[...] la Soberanía del Pueblo. Tal expresión que evoca la idea de un gobierno del pueblo, de acuerdo a la teoría democrática, es el poder supremo del Estado, poder del que provienen todos los demás poderes; lo detentan o pertenece indivisamente a todos los ciudadanos de una Nación. La soberanía es la colectividad de ciudadanos, estimada como un ser real distinto de las individualidades que la componen. Como Nación o ente soberano puede instituir el poder constituyente originario, con potestades para crear la norma fundante y fundamental, cuya estructura sólo podría ser variada conforme el procedimiento y límites fijados en la misma norma fundante. De manera especial, corresponde a esa colectividad ciudadana dar o negar su respaldo a la propuesta de variar la estructura de tal norma fundante, para cuya realización se precisa de instrumentos que garanticen y tutelen la efectiva participación de la población que reúna los requisitos necesarios para poder expresarse políticamente [...]”⁸⁹.

La soberanía tiene dos ámbitos de ejercicio: interno y externo. Ambos forman parte de un mismo proceso, y se retroalimentan mutuamente. La unidad interna favorece al Estado en sus vinculaciones con el exterior, en tanto que la actividad internacional fortalece la identidad y los valores que nos conforman como Nación. Por estas razones, se reconoce la necesidad de trabajar en favor de la compatibilidad de

⁸⁸ Gaceta 73. Expediente 1250-2004. Fecha de opinión consultiva: 05/08/2004.

⁸⁹ Gaceta 51. Expediente 931-98. Fecha de sentencia: 08/02/1999.

nuestra pluralidad social y política con la unidad nacional, y la conciliación de nuestra capacidad de decisión interna con la realidad internacional.

“[...] el máximo contralor de la actividad política de los órganos del Estado es el pueblo, en el que reside la soberanía [...]”⁹⁰.

La Soberanía radica o se ubica en el pueblo. El pueblo soberano tiene la autoridad suprema, esto significa que por encima de la autoridad del pueblo, no existe otra autoridad. El pueblo delega la autoridad suprema en los tres organismos del estado y la ejercitan gracias a la autorización constitucional.

“[...] la Constitución [...] asigna determinadas funciones a cada uno de los organismos estatales, y, al hacerlo, expresa la voluntad soberana del pueblo que, en ejercicio del poder constituyente, elaboró la Constitución; es por ello que los órganos estatales no pueden delegar, modificar ni tergiversar el contenido ni el sentido de la función que les ha sido otorgada; cualquier tergiversación, delegación o disminución que hagan de sus funciones, o de parte de ellas, pasando por encima de la delimitación que la Constitución ha establecido en cuanto a su competencia, es inconstitucional, porque comporta el hecho de que un poder constituido, ubicándose en el mismo plano del poder constituyente, modifica por sí la ley suprema del país [...]”⁹¹.

“La Constitución [...] limita la concentración del poder en un solo organismo del Estado, distribuyendo su ejercicio entre varios órganos que cooperan en la formación de la voluntad estatal y que al mismo tiempo se limitan y controlan recíprocamente. En

⁹⁰ Gaceta 26. Expedientes acumulados 290-91 y 292-91. Fecha de sentencia: 03/11/1992.

⁹¹ Gaceta 24. Expediente 113-92. Fecha de sentencia: 19/05/1992.

nuestro régimen constitucional existen diversas formas de control. Los controles de tipo horizontal son aquellos que funcionan dentro de un mismo nivel jerárquico, control que se ejerce por y con respecto de órganos del Estado. Se dividen en controles intraórganos e interórganos. En el caso de los interórganos es clara la interacción de dos órganos distintos, dándose dos supuestos: que uno de los órganos controle a otro o que los dos se controlen recíprocamente. Las funciones de control pueden ejercitarse en dos modalidades, ya sea como resultado de la necesaria participación de dos órganos para la realización de un acto estatal complejo, o bien como el control discrecional y unilateral de un órgano estatal sobre otro. En la primera modalidad se produce un control recíproco y obligatorio, mientras que en la segunda es unilateral y facultativo. Como el sistema presidencial adoptado en la Constitución deriva de la separación orgánica de los poderes, esto provoca también una separación de la legitimidad de los mismos. El Presidente no tiene su origen en el Congreso ni depende de él, como en los sistemas parlamentarios, sino tiene una legitimidad democrática que proviene de una elección directa al igual que los Diputados al Congreso [...]. Por esta razón, el Presidente no requiere de la confianza del Congreso. Esta independencia de poderes y legitimidades propias, produce una serie de interferencias, relaciones y controles recíprocos, entre ellos, la posibilidad de los Ministros de concurrir al Congreso y participar en los debates sobre negocios relacionados con su ramo (Art. 194 inc. h); la obligación de presentar anualmente al Congreso, en los primeros diez días del mes de febrero de cada año, la memoria de las actividades de sus respectivos ramos, que deberá contener además, la ejecución presupuestaria de su Ministerio (Art. 198) y la obligación de presentarse ante el

Congreso con el objeto de contestar las interpelaciones que les formule (Art. 199) [...]”⁹².

Guatemala cuenta con tres organismos, los cuales ejercen el poder por mandato constitucional, la subordinación de los mismos está prohibida. El Organismo Legislativo, está formado por el Congreso de la República de Guatemala, su principal atribución es la de crear y derogar las leyes, y se encuentra integrado por los diputados. En la función legislativa coopera directa o indirectamente, con el órgano ejecutivo de acuerdo con los sistemas, el Jefe del Ejecutivo, a quien, a veces, se autoriza vetar las leyes, a presentar iniciativas, a promulgarlas, etc., como es el caso de Guatemala, de acuerdo al Artículo 183 de la Constitución Política. El Organismo Ejecutivo es el organismo principal de la administración pública y por eso le está encomendada la función administrativa preferentemente, también realiza la función política o de gobierno. Su denominación proviene de una de sus atribuciones primordiales: “ejecutar las Leyes del país”, esto quiere decir, hacer que las mismas se cumplan.

Cabe advertir que en nuestro ordenamiento jurídico los otros poderes (legislativo y judicial) también ejercen función administrativa, al igual que los entes y órganos no estatales autorizados a tal efecto por el Estado. La función administrativa no está sólo a cargo del órgano ejecutivo, sino que también en cierta medida es realizada por los órganos legislativo y judicial bajo el mismo régimen jurídico, puesto que no son coincidente Poder Ejecutivo y función administrativa, ni tampoco existe

⁹² Gaceta 23. Expediente 274-91. Fecha de sentencia: 18/02/1992.

ecuación entre Administración pública subjetivamente considerada y función administrativa. La ley y la sentencia necesitan de la ejecución; cuando el Estado dicta una ley o una sentencia con ella se agota la función legislativa y la función jurisdiccional respectivamente. Su principal atribución o función es ejercer la función jurisdiccional que consiste en la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado, es decir, en la facultad que tiene el Estado a través de sus órganos respectivos de administrar justicia y aplicar la ley a casos concretos.

Las funciones jurisdiccionales corresponden fundamentalmente a la Corte Suprema de justicia y a los demás tribunales que a ella están subordinados. Las funciones administrativas corresponden a la presidencia de dicho organismo y a las direcciones y dependencias administrativas subordinadas a dicha presidencia. El organismo judicial realiza funciones del organismo legislativo cuando: Emite los reglamentos, acuerdos y órdenes ejecutivas que le corresponden conforme a la ley, en materia de las funciones jurisdiccionales confiadas al Organismo Judicial, así como en cuanto al desarrollo de las actividades que le confiere la Constitución Política de la República de Guatemala y esta Ley. Artículo 54 f) LOJ.

4.3 LA SOBERANÍA EN GUATEMALA EN EL NUEVO MILENIO

El concepto clásico de soberanía ha sufrido una mutación en sentido jurídico, al regularse en forma diferente a la que se venía haciendo en siglos pasados, e incluso en la primera mitad del Siglo XX, en lo referente al ejercicio de la misma, así las normas supremas de los Estados en la actualidad, establecen el reconocimiento de las relaciones internacionales, y la aceptación de este derecho, lo que provocará la aceptación de obligaciones en el plano interno e internacional para cada miembro de

la Comunidad internacional respecto de temas específicos, por ejemplo en el área de los derechos humanos.

Asimismo, ello conlleva una mutación política en cuanto al ejercicio de la soberanía estatal, pues en su ejercicio debe respetar esas obligaciones internacionalmente adquiridas. De esa cuenta, si bien la soberanía continúa siendo uno de los elementos esenciales del Estado, junto con el territorio, población e imperio, su conceptualización abarca una serie de aspectos que con anterioridad no se manejaban a profundidad.

Esta variación en el concepto clásico de la soberanía, ha derivado, precisamente, del alto grado de relaciones entre los <Estados soberanos>, los cuales en sus relaciones entre sí, todos ellos actuando como entes autónomos, deben ceder parte de ella para procurar una interrelación armoniosa como parte de la Comunidad internacional a la que pertenecen. Estas variantes se aprecian con mayor claridad en unos Estados que en otros, según el grado de interrelación que posean entre sí.⁹³

La soberanía interna del Estado la ejerce el pueblo en su territorio. Esta Soberanía no se discute y no se pone en duda. El Estado es una unidad soberana que en su territorio opera con toda clase de organizaciones públicas y privadas, subordinadas al Estado. En lo externo del Estado, el Estado de Guatemala es soberano en relación con otros Estados. Internacionalmente el Concepto de Estado

⁹³ Ordoñez Reyna, Aylin Brizaida. "Régimen Constitucional de los Tratados Internacionales en Centroamérica" Tesis Doctoral, Derecho Pluralista Público y Privado. Universidad Autónoma de Barcelona. 2010. P. 28.

Soberano esta sustituido por el concepto de Soberanía Internacional, sujeta al derecho público internacional.

Los Estados reconocidos como “potencias mundiales” en el 2017 se dividen en potencias regionales y potencias mundiales. Estados Unidos se ha reducido a potencia regional. Esta situación la debe de tener presente el gobierno de Guatemala que defiende el concepto tradicional de la Soberanía sin poseer el suficiente poder económico, financiero y moral. Centroamérica se divide en dos grupos: 1) Panamá, Costa Rica y Nicaragua, considerados países en pleno desarrollo y 2) Guatemala, El Salvador, y Honduras, considerados países con bajo desarrollo. Estos Estados carecen de fuentes de trabajo y emprendimiento y altos niveles de violencia y emigración, que conjuntamente con México amenazan la seguridad de Estados Unidos por sus elevados niveles de corrupción Administrativa.

Esta situación les impone las Políticas norteamericanas y el reclamo de soberanía recibe como respuesta la reducción de la ayuda financiera norteamericana al 50% y la prohibición de créditos de las financieras y bancos internacionales. Las Potencias regionales han modificado los principios del derecho internacional, principalmente el derecho de los pueblos a la autodeterminación para decidir sobre sus intereses políticos y económicos.

En lugar de los principios se impone el uso de la fuerza y por imposición de sanciones económicas unilaterales. La soberanía externa del Estado de Guatemala

depende de factores políticos, económicos, judiciales y criminales de carácter internacional que no reclama un Estado sin desarrollo y sin autoridad moral⁹⁴.

4.4 PROPUESTA DE UN CONCEPTO DE SOBERANÍA ACORDE AL DERECHO JUSTO

La Noción Absoluta de Soberanía se ha ido debilitando en base a los problemas actuales relacionados con las instituciones creadas por el Derecho Internacional, y esto trae lógicas repercusiones, es por ello que el Estado de Guatemala ha tenido que autolimitarse en sus potestades soberanas para definir su ordenamiento interno.

En este sentido sobresale el juego del poder, la soberanía y la democracia en Guatemala, siendo esta una democracia disminuida, visualizada en una serie de circunstancias que hacen que el estado merme sus cualidades democráticas y soberanas, y que vaya contra lo establecido en nuestra constitución política, específicamente en lo relativo a que Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar el goce de sus derechos y libertades. Libre para tomar decisiones políticas y administrativas de acuerdo a sus intereses y conveniencias, sin consulta previa y posterior, sin control, supervisión e injerencia extranjera; Independiente, para no depender de otro estado o comunidad extranjera; Soberano por ejercer un poder supremo dentro de su territorio y sobre sus habitantes.

La Constitución determina que el Estado ejerce plena Soberanía en el territorio nacional, integrado por su suelo, subsuelo, aguas interiores, el mar territorial en la

⁹⁴ Castillo González, Jorge Mario, Constitución Política de Guatemala, Guatemala, 2018. P. 254-255.

extensión que fija la Constitución (artículo 122 y 123) y el espacio aéreo que se extiende sobre el territorio.

El fortalecimiento de la soberanía nacional es el mejor camino a seguir para enfrentar el nuevo milenio. Siendo que la presente investigación aporta elementos teóricos y resultado del análisis que evidencia la situación de que el Estado de Guatemala debe fortalecer la soberanía nacional, y promover el acceso efectivo de la sociedad civil a la verdadera política ciudadana, responsable y participativa.

La soberanía es la expresión más pura de nuestro nacionalismo, de nuestra herencia histórica, cultural y de nuestra capacidad para asumir las decisiones que corresponden exclusivamente a los guatemaltecos. Ésta es el cimiento, en favor de las propuestas para el desarrollo interno y de los intereses que busca Guatemala en el exterior.

Es por ello que es necesario formar un concepto de soberanía que nos ayude a explicarla en la actualidad, y más que nunca debe responder al entendimiento y aceptación de los fenómenos y problemas actuales de la soberanía; Por lo que los vocablos de referencia que se entrelazan para formar el concepto de soberanía bajo un esquema de derecho justo en la actualidad de Guatemala, serían: Estado, Poder, libertad y democracia e independencia.

El concepto de soberanía al cual nos referimos, tiene que ver con el poder supremo que otorga la constitución al pueblo para elegir a sus autoridades en un proceso libre y democrático, delegando para su ejercicio en sus órganos, siendo independientes para tomar decisiones para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y

libertades. Un Estado no vive aislado, sino en un conjunto internacional, es por ello que la Soberanía tiene un aspecto externo, que es la idea de igualdad de todas las naciones: ninguna es más que otra, todas son libres e iguales, por lo tanto ningún estado tiene derecho a imponer a otro una decisión.

CONCLUSIÓN

- I. Se probó la hipótesis de la misma, como lo es: “La noción de soberanía se ha transformado, como producto de los problema relacionados con las instituciones creadas por el Derecho internacional, en virtud, de que estas instituciones a través de sus resoluciones no han respetado la igualdad y libertad que tiene cada Estado de actuar de conformidad con su ordenamiento interno, atentando contra su poder soberano y evitando que se enmarque en la defensa de la supremacía de su Derecho nacional, provocando con esta injerencia que dichas instituciones internacionales busquen erigirse como una policía mundial”. La cual quedó comprobada, en virtud que no se respeta a los Estados ni a su soberanía cuando se integra a la Comunidad Internacional.

RECOMENDACIONES

- I. El Estado de Guatemala deberá tomar acciones encaminadas a fortalecer la soberanía nacional siendo el mejor camino a seguir para enfrentar el nuevo milenio, sin que ello nos quite la idea de un aspecto externo, que es la idea de igualdad de todas las naciones.
- II. El Estado de Guatemala no puede aislarse total y completamente del resto del mundo y sobrevivir, es por ello que debe promover el acceso efectivo de la sociedad civil a la verdadera política ciudadana, responsable y participativa.
- III. Guatemala debe fortalecer e impulsar su desarrollo económico, crear más fuentes de empleo, proyectar sus intereses políticos y consolidar el Estado de Derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bendersky, J. (1989). Carl Schmitt teórico del Reich. Chile: Il Mulino.

Bicudo, H. (2003). Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en CIDH, El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. Costa Rica.

Bodin, J. (1997). Los Seis Libros de la República. España: Tecnos.

Campderrich, R. (2006). Política y orden internacional en la obra de Carl Schmitt (1919-1945). (Tesis de doctorado de Derecho). Universidad de Barcelona. España.

Campi, A. (comp.) (2007). Gran espacio y unidad política del mundo en: Juan Carlos Corbetta y Ricardo Sebastián Piana, Política y orden mundial. Ensayos sobre Carl Schmitt. Argentina: Prometeo.

Carpizo, J. (1980). La Constitución Mexicana de 1917. México: UNAM.

Carpizo, J. La Soberanía del pueblo en el derecho interno y en el internacional. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es>.

Carrillo, J. A. (1969). Soberanía del estado y el derecho internacional. España: Tecnos.

Carvajal, J. (1999). Moral, derecho y política en Inmanuel Kant. España: Universidad de Castilla- La Mancha.

Castillo, J. M. (2018). Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala.

Chicola, P. Estados sin soberanía, el sistema internacional del siglo XXI ha relativizado el ejercicio de la soberanía. Recuperado de www.elperiodico.com.gt/opinion/estados-sin-soberania.

Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp>.

Corbetta, J. C. & Piana, R. S. (comp.). (2007). Política y orden mundial. Ensayos sobre Carl Schmitt. Argentina: Prometeo.

Corte de Constitucionalidad. Sentencia de fecha: 18 de febrero de 1992. Expediente número 274-91. Recuperado de <https://gt.vlex.com/vid/-423898718>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de: https://es.wikipedia.org/wiki/Corte_Interamericana_de_Derechos_Humanos.

Cueva, M. (1961). De la teoría general del Estado. México: (Edición mimeografía de sus apuntes de clase).

Cueva, M. (1964). La idea de la soberanía, en estudios sobre el decreto constitucional de Apatzingán. México: UNAM.

Dyzenhaus, D. (1997). Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. Oxford. Oxford University Press.

Flores, V. (1969). Ensayo sobre la soberanía del estado. México: UNAM.

Gaceta 109. Corte de Constitucionalidad. Sentencia de fecha: 11 de julio de 2013. Expediente número 1898-2012. Recuperado de <https://gt.vlex.com/vid/-470264718>.

Gaceta 117. Corte de Constitucionalidad. Sentencia de fecha: 14 de julio de 2015. Expediente número 3016-2013. Recuperado de https://leyes.infile.com/index.php?id=182&id_publicacion=72798.

Gaceta 24. Corte de Constitucionalidad. Sentencia de fecha: 19 de mayo de 1992. Expediente número 113-92. Recuperado de <https://gt.vlex.com/vid/-423823254>.

Gaceta 26. Corte de Constitucionalidad. Sentencia de fecha: 03 de noviembre de 1992. Expediente Expedientes acumulados números 290-91 y 292-91. Recuperado de <https://gt.vlex.com/vid/-423844118>.

Gaceta 51. Corte de Constitucionalidad. Sentencia de fecha: ocho de febrero de 1999. Expediente número 931-98. Recuperado de <https://gt.vlex.com/vid/-423698650>.

Gaceta 73. Corte de Constitucionalidad. Opinión Consultiva de fecha: cinco de agosto de 2004. Expediente número 1250-2004. Recuperado de <https://gt.vlex.com/vid/-423673090>.

Gaceta 86. Corte de Constitucionalidad. Sentencia de fecha: 19 de noviembre de 2007. Expediente número 1312-2006. Recuperado de <https://gt.vlex.com/vid/-423773626>.

García, C. (1999). Orden jurídico cosmopolita y estado mundial en Hans Kelsen. En cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, no. 2. Recuperado de <http://www.uv.es>.

García, M. (1982). Las transformaciones del estado contemporáneo. España: Alianza.

Gerhart, N. (1992). En su prólogo a Hermann Heller, Teoría del estado. Argentina: Fondo de Cultura Económica.

Gómez, A. (1980). Significación jurídica del principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales, en la soberanía de los estados sobre sus recursos naturales. México: UNAM.

Hans, K. (1934). Teoría general del Estado. España: Labor.

Hans, K. (1986). Teoría pura del derecho. México: UNAM.

Hans, K. (1998). Sovereignty, end: Stanley Paulson y Bonnie Litschewski Paulson, (edit.), Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes, Oxford. Clarendon Press.

Héller, H. (1965). La Soberanía (traducción de Mario Cueva). México: UNAM.

Hermann, H. (1927). Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats und Völkerrechts, Berlin & Leipzig.

Hermann, H. (1930). Las ideas políticas contemporáneas. España: Labor.

Hermann, H. (1995). La soberanía. Chile: Fondo de Cultura Económica.

Hinojosa, L. M. (2014). Globalización y soberanía de los estados. Revista electrónica de estudios. España. Recuperado de <http://www.reei.org/index.php/revista/num10/articulos/globalizacion-soberania-estados>.

Hobbes, T. (2017). Leviatán. México: Fondo de la Cultura Económica.

Kaplan, M. A. & Katzenbach, N. (1965). Fundamentos políticos del derecho internacional. México: limusa-Wiley.

KOH, H. H. (2001). The Globalization of Freedom. En Yale Journal of International Law.

La Alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2004). Proyecto de Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Convenio 169 de la OIT. Guía para la aplicación judicial. Guatemala. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2009/6903.pdf>.

Laski, H. J. (1960). El problema de la Soberanía. Argentina: Dédalo.

Lindsay, A. D. (1924). Sovereignty, en Proceedings of the Aristotelian Society, N. S., vol. XXIV. Sobre el pensamiento de Lindsay, véase V. FROSINI, La ragione dello Stato, Giuffre, Milán.

Mesa, R. (1980). Teoría y práctica de las relaciones internacionales. España: Taurus.

Opinión consultiva de la corte internacional de justicia. Recuperado de <https://www.dipublico.org/11021/opinion-consultiva-de-la-corte-internacional-de-justicia-sobre-la-conformidad-con-el-derecho-internacional-de-la-declaracion-unilateral-de-independencia-relativa-a-kosovo-2010/>.

Ordoñez, A. B. (2010). Régimen constitucional de los tratados internacionales en Centroamérica. (Tesis Doctoral de Derecho Pluralista Público y Privado). Universidad Autónoma de Barcelona. España.

Phil, W. (2003). Redes trasnacionales de delincuencia, en John Arquilla y David Ronfeldt (Eds.), *Redes y guerras en red. El futuro del terrorismo, el crimen organizado y el activismo político*. España: Alianza.

Pinto, M. (2010). *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Asociación Argentina de Derecho Comparado. Argentina: Abeledo Perrot.

Resolución 25/2625. Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, 1883 sesión plenaria, 24 octubre 1970.

Ríos, K. J. (2011). *La Jurisdicción universal no viola la soberanía del estado*. (Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala.

Rousseau, J. (1761). *Julia o nueva Eloísa*. Recuperado de https://es.wikipedia.org/wiki/Julia,_o_la_nueva_Elo%C3%ADsa.

Rousseau, J. J. (1965). *El contrato social*. Arentina: Aguilar.

Rüthers, B. (2004). *Carl Schmitt en el Tercer Reich*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Salah M. M. (1996). *Mondialisation et souveraineté de l'Etat*. en J.D.I.

Scheuermann, W. (1999). *Another Hidden Dialogue: Carl Schmitt and Hans Morgenthau*. William Scheuermann, *Carl Schmitt: The End of Law*, Lanham, Rowman & Littlefield.

Schmitt, C. (2005). El nomos de la tierra. En el Derecho de Gentes del Jus publicum europaeum. Argentina: Struhart.

Schmitt, C. (2005). Teología Política. Argentina: Struhart.

Schwarzenberger, G. A. (1967). Manuel of International law. Inglaterra: Stevens and Sons limited.

Sepúlveda, C. (1964). Derecho internacional público. México: Porrúa.

Serra, A. (1999). Diccionario de Ciencia Política. México: Porrúa.

Sorgi, G. (1989). Quale Hobbes. Italia: Angeli.

Sosa, E. (2013). Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. México: Serie Derechos Humanos y Poder Judicial.

Tena, F. (1980). Derecho Constitucional Mexicano. México: Porrúa.

Vita, L. (2012). Soberanía y Derecho Internacional en el pensamiento jurídico de Weimar. Colombia. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/vita-soberania-y-derecho-internacional-en-el-pensamiento-juridico-de-weimar.pdf>.