

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**SOBERANÍA DIGITAL Y CIBERSEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN
DEL ESTADO DE GUATEMALA**

ADA LISSETTE VELÁSQUEZ RAMÍREZ

GUATEMALA, AGOSTO DE 2016

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**SOBERANÍA DIGITAL Y CIBERSEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN
DEL ESTADO DE GUATEMALA**



TESIS
Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ADA LISSETTE VELASQUEZ RAMÍREZ

Previo a conferirsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, agosto de 2016

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Licda. Crista Ruiz Castillo de Juarez
Vocal: Lic. René Siboney Polillo Cornejo
Secretaria: Licda. Ingrid Coralia Miranda

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Juan Ramiro Toledo Alvarez
Vocal: Licda. Ethel Judith Cardona Castillo
Secretaria: Licda. Joanna Vega Garcia

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenidas en la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 27 de octubre de 2014.

Atentamente pase al (a) Profesional, KARLA MARISOL MORALES MARROQUÍN
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
ADA LISSETTE VELÁSQUEZ RAMÍREZ, con carné 201014059,
 intitulado DETERMINACIÓN DE LA SOBERANÍA DIGITAL Y CIBERSEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN DEL
ESTADO DE GUATEMALA.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 15 / 01 / 2016:

f) 
 Asesor(a)

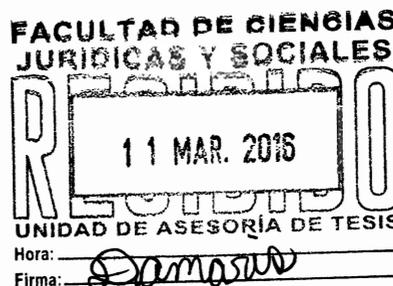
Karla Marisol Morales Marroquín
 ABOGADA Y NOTARIA





Guatemala, 11 de marzo de 2016

Dr.
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Respetable Dr. Mejía:

De acuerdo al nombramiento de fecha 27 de octubre de 2014, que me fue notificado con fecha 15 de enero de 2016, he procedido a asesorar el trabajo de tesis intitulado: **“DETERMINACIÓN DE LA SOBERANÍA DIGITAL Y CIBERSEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN DEL ESTADO DE GUATEMALA”** de la bachiller **ADA LISSETTE VELÁSQUEZ RAMÍREZ**, motivo por el cual emito el siguiente dictamen:

a) Respecto al contenido científico y técnico del trabajo de tesis, puede verificarse que se emplearon los métodos analítico, analógico e inductivo y técnicas bibliográficas, documentales y de campo, los cuales se ven reflejados a lo largo de la investigación en cuanto al desarrollo de cada tema de forma exhaustiva e interrelacionada. La elaboración de la misma fue realizada con base en un escogido y satisfactorio repertorio bibliográfico para el desarrollo de cada capítulo, incluyéndose bibliografía electrónica y respetándose los derechos de autor.

b) En cuanto a su redacción, a lo largo de la investigación puede apreciarse el uso correcto del lenguaje jurídico y técnico, lo cual permite que el contenido sea comprensible para el lector. Asimismo, los capítulos han sido desarrollados sistemáticamente, fundamentándose cada tema en el anterior, a fin de que el lector pueda llevar una secuencia tanto de los aspectos teóricos como de los fácticos y que en cada capítulo pueda ir comprobando una parte de la hipótesis, llegando a comprobarse su totalidad en el último capítulo.

De esa manera, la investigación comienza exponiendo el origen y desarrollo del Estado y sus elementos; posteriormente se analiza de forma específica la soberanía estatal y sus acepciones; luego de ello se expone la manifestación actual de la soberanía en el ciberespacio, explicándose a la vez términos técnicos de una forma accesible para el



lector, abordándose temas relativos con la realidad que presenta el mismo. Por último, se interrelacionan todos los temas anteriores explicándose la transformación de la soberanía estatal y los vejámenes de los que ha sido víctima, específicamente la soberanía digital, se exponen las medidas que otros Estados han asumido y se proponen posibles soluciones, siendo ello el aporte científico del trabajo de tesis.

c) El tema central de la investigación, la soberanía digital y la ciberseguridad de la información, fue desarrollado sustanciosa, novedosa y satisfactoriamente, habiéndose explicado el tema en su totalidad, citando casos concretos y actuales. Asimismo, se realizó un esbozo completo de la normativa internacional y nacional, lo cual permite conocer y entender la realidad jurídica de esta temática.

d) La conclusión discursiva permite percibir un panorama completo del desarrollo de la investigación y la solución propuesta.

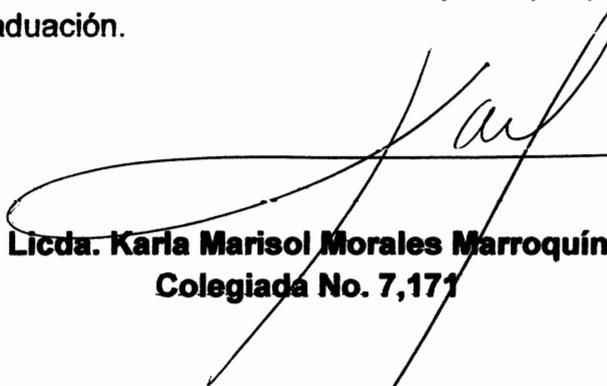
e) He asesorado, revisado y corregido cada una de las partes de la presente investigación, verificando que las correcciones señaladas hayan sido realizadas.

f) Con base en el desarrollo y conclusión de la investigación y de acuerdo a las facultades que como asesora de tesis me confiere el Artículo 26 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público a través del nombramiento realizado, he sugerido a la estudiante modificar el tema propuesto, quedando este de la siguiente manera: **“SOBERANÍA DIGITAL Y CIBERSEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN DEL ESTADO DE GUATEMALA”**.

g) Declaro que no soy pariente de la estudiante dentro de los grados de ley.

Por lo anterior, y habiendo cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, procedo a emitir emitido **DICTAMEN FAVORABLE** a la bachiller **ADA LISSETTE VELÁSQUEZ RAMÍREZ**, para que prosiga con los trámites necesarios para su graduación.

Atentamente,



Licda. Karla Marisol Morales Marroquín
Colegiada No. 7,171

Karla Marisol Morales Marroquín
ABOGADA Y NOTARIA



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 01 de agosto de 2016.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante ADA LISSETTE VELÁSQUEZ RAMÍREZ, titulado SOBERANÍA DIGITAL Y CIBERSEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN DEL ESTADO DE GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/srrs.

Handwritten signatures and official stamps of the Faculty of Law and Social Sciences, University of San Carlos of Guatemala, Guatemala, C.A. The stamps include 'SECRETARIA' and 'DECANATO'.





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por ser la base fundamental en mi vida, a quien doy la gloria por lo que soy y lo que tengo. Dedico mi profesión a tu servicio.
- A MIS PADRES:** Fausto Velásquez y Ana Lucia Ramírez, porque este logro también es suyo. Gracias por su amor, ejemplo, esfuerzo invaluable, apoyo, comprensión e inversión a lo largo de mi vida, especialmente durante los años de mi carrera profesional.
- A MIS HERMANAS:** Ana Lucia y Diana Gisella, porque su apoyo, palabras de ánimo, compañía y alegría nunca faltan.
- A MIS AMIGOS:** A las pocas personas que tengo el honor de llamar amigos, gracias por el apoyo y amistad sincera a lo largo de los años que he compartido con cada uno de ustedes.
- A MI ASESORA:** Licenciada Karla Morales, gracias por su ejemplo como profesional y sobre todo por su apoyo, tiempo y esfuerzo en la asesoría de la presente investigación.
- A:** La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por ser mi casa de estudios y como compromiso con su lema "Id y enseñad a todos".
- A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, porque a través de sus catedráticos me transmitió las bases del derecho y la responsabilidad de ejercer esta profesión.

PRESENTACIÓN



La presente investigación tiene como objeto de estudio la realidad y consecuencias que ha traído para los Estados y el derecho la creación y el desarrollo de la tecnología y el ciberespacio - específicamente internet - en relación a la transformación y manifestación de la soberanía estatal en este último, denominada soberanía digital; asimismo, las amenazas a las que se ve sometida la soberanía digital, las cuales vulneran la libertad y privacidad de los Estados y de los particulares, haciendo énfasis en la seguridad de la información.

Dicho estudio se extiende a la normativa y medidas concretas internacionales y nacionales respecto a esta realidad, lo cual permite proponer una solución viable y estandarizada mediante la unión de esfuerzos estatales en razón de la naturaleza de internet, la cual trasciende las fronteras nacionales. En ese sentido, la investigación realizada es de tipo cualitativo.

Debido a que el sujeto de estudio de la presente investigación es el Estado de Guatemala y que la misma se encuentra relacionada con las soberanías estatales y relaciones internacionales, esta temática corresponde a la rama del derecho denominada derecho internacional público, centrándose en su surgimiento y desarrollo a partir de la última década del siglo XX, llevándose a cabo la investigación durante los años 2015 y 2016.

El aporte académico es dar a conocer que la soberanía del Estado de Guatemala también se extiende al ciberespacio, como se manifiesta, como es violentada y cuales son las medidas nacionales e internacionales que el Estado de Guatemala debe adoptar para eliminar la actual precariedad legal, institucional y técnica respecto a este ámbito y lograr así el ejercicio pleno de su soberanía digital.

HIPÓTESIS



La hipótesis de trabajo consiste en que el ciberespacio, específicamente el desarrollo de internet, ha generado una nueva manifestación de la soberanía estatal como lo es la soberanía digital, la cual en el caso del Estado de Guatemala ha sido debilitada por acciones provenientes de las potencias mundiales y de los particulares y por la falta de medidas estatales preventivas y reactivas, provocando todo ello una ausencia de control estatal principalmente en el tema de ciberseguridad de la información.

Ante ello, la solución más satisfactoria con base en la realidad fáctica y normativa, consiste en la adaptación y reformulación del concepto soberanía y el establecimiento de límites jurídicos y técnicos tanto a nivel internacional como nacional adaptados a la naturaleza de internet, para que el Estado de Guatemala no esté sometido a otro poder en el ciberespacio y pueda brindar seguridad jurídica a sus habitantes.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

A través del método inductivo se validó la hipótesis planteada ya que efectivamente la soberanía ha tomado una nueva forma como consecuencia de la no territorialidad en el ciberespacio, generándose problemas para el Estado de Guatemala y controversias sobre la legislación a aplicar y la jurisdicción competente en tal espacio; asimismo, a través de este método y del análisis hermenéutico de las normas jurídicas internacionales y nacionales existentes pudo comprobarse una evidente falta de regulación suficiente.

En virtud de tales factores pragmáticos y jurídicos debe modificarse tal concepto y dar lugar a la cosoberanía, la cual se manifiesta a través de una serie de instrumentos jurídicos y organismos internacionales que se adaptan a la naturaleza de internet, llegando así al denominado imperio, mismo que se caracteriza por la inexistencia de fronteras y de algún centro territorial de poder.



ÍNDICE

Pág.

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. El Estado	1
1.1. Origen del Estado	1
1.1.1. Edad o Época antigua	1
1.1.2. Edad Media o Época Intermedia	3
1.1.3. Edad o Época Moderna	5
1.1.4. Edad o Época Contemporánea	12
1.2. El Estado como persona jurídica	17
1.3. Elementos del Estado	22
1.3.1. Elementos formativos, previos o anteriores	23
1.3.2. Elementos determinantes, constitutivos o posteriores	25
1.4. Definición de Estado	32

CAPÍTULO II

2. Soberanía	35
2.1. Evolución del concepto soberanía	35
2.2. Titularidad de la soberanía	44
2.3. Definición y características de la soberanía	48
2.4. Clases o acepciones de la soberanía estatal	49
2.5. Análisis y problemas contemporáneos de la soberanía estatal	52

CAPÍTULO III

3. Ciberespacio, ciberseguridad y derecho de internet	65
3.1. Era de la información	65
3.2. Ciberespacio	70
3.3. Ciberseguridad	72
3.4. Legislación y jurisdicción del ciberespacio	77

CAPÍTULO IV

4. Soberanía digital y ciberseguridad de la información del Estado de Guatemala	87
4.1. Soberanía digital e imperio	87
4.2. Ataques y amenazas a la soberanía digital	90
4.2.1. Dominios en internet y sus consecuencias sobre la soberanía digital	91
4.2.2. Espionaje y ciberseguridad de la información	96
4.3. Violación a la soberanía estatal	103
4.4. Medidas internacionales y nacionales asumidas por los Estados	106
4.4.1. Medidas legislativas e institucionales de carácter internacional	107
4.4.2. Medidas legislativas e institucionales de carácter nacional	121
4.4.3. Medidas técnicas de carácter internacional y nacional	126
4.4.4. Medidas personales	135
4.5. Medidas asumidas y propuestas en el Estado de Guatemala	137
CONCLUSIÓN DISCURSIVA	147
BIBLIOGRAFÍA	149



INTRODUCCIÓN

La soberanía entendida como el derecho de la comunidad para organizarse políticamente hace posible la autodeterminación e independencia de los Estados y en consecuencia la igualdad y no intervención entre los mismos. Sin embargo, como consecuencia del surgimiento y desarrollo de la era digital, conceptos como este han sufrido transformaciones para adaptarse al nuevo paradigma tecnológico, de ahí la importancia de su estudio.

En virtud de ello, el objetivo de la presente investigación consistió en dar a conocer el surgimiento y evolución del concepto soberanía y su actual manifestación en el ciberespacio, los problemas que se suscitan como consecuencia de ello y las soluciones asumidas y propuestas tanto a nivel internacional como nacional; asimismo, exponer la importancia de la defensa de la soberanía digital y proponer una solución viable a través de la unificación de esfuerzos estatales para que los mismos, específicamente el Estado de Guatemala y sus habitantes tengan libertad, seguridad y derechos plenos sobre sus comunicaciones e información en el ciberespacio.

El cumplimiento de dichos objetivos en el desarrollo de la investigación se logró a través de la implementación de una metodología de investigación regida por el método analítico, inductivo y analógico, y a través de técnicas bibliográficas (revisión bibliográfica, hemerográfica y documental), técnicas de campo (observación directa, indirecta y participante) y técnicas documentales. Lo anterior se ve reflejado en el análisis que se realiza del origen y vertientes del problema, logrando así dar a conocer las causas y efectos de la transformación del concepto soberanía y por ende del Estado, proponiendo a la vez una solución general basada en un estudio cuidadoso y a fondo de casos en particular y medidas asumidas internacionalmente, teniendo en cuenta que el problema de la soberanía digital y la seguridad de la información en el



ciberespacio es un problema latente que afecta a toda la sociedad y forma parte del día a día.

Derivado de la naturaleza del tema a desarrollar se exponen y explican términos de suma importancia para la comprensión del mismo como lo son: ciberespacio, ciberseguridad, cibersoberanía, ciberdelincuencia, ciberespacio, era digital o era de la información, tecnologías de la información y la comunicación, soberanía tecnológica y soberanía informática.

En ese sentido, en el primer capítulo se desarrolla lo relativo al origen del Estado, sus elementos y su definición; el segundo capítulo se enfoca en la evolución de la soberanía, su titularidad, acepciones y problemas contemporáneos; en el tercer capítulo se abordan temas relacionados con la era de la información, el ciberespacio y la ciberseguridad y se expone lo relativo a la situación de la legislación y jurisdicción en el ciberespacio; por último, en el cuarto capítulo se realiza una interrelación de temas, exponiéndose lo relativo a la soberanía digital e imperio, los ataques, amenazas y violación a la misma, citándose a la vez casos concretos y las medidas internacionales y nacionales asumidas y propuestas por los Estados, específicamente el caso del Estado de Guatemala.

El contenido se encuentra estructurado de lo general a lo específico con la finalidad de brindar al lector un material sistematizado y basado en aspectos teóricos y prácticos que permitan comprender la raíz y evolución del problema, las posturas existentes y su situación actual; asimismo, a través de esta investigación se busca incentivar a los estudiantes y profesionales del derecho a la búsqueda, investigación y desarrollo de soluciones en los distintos aspectos jurídicos relacionados con la tecnología, la cual no debe subestimarse ni descuidarse en el estudio del derecho.



CAPÍTULO I

1. El Estado

1.1. Origen del Estado

1.1.1. Edad o Época Antigua

El Estado, tal como se conoce en la actualidad, es un fenómeno social, político y jurídico que ha venido desarrollándose desde tiempos muy remotos. El antecedente más antiguo es la figura política que se desarrolló en Grecia denominada *polis*, palabra griega que significa ciudad. La *polis* se caracterizó por ser un ejemplo de estado-ciudad, originándose como una aldea que posteriormente creció y se convirtió en ciudad; asimismo, se caracterizó por la supremacía del ser humano, ya que este era valorado como miembro de la comunidad - tal como lo expusieron Aristóteles y Platón - y en consecuencia, por el papel fundamental de la soberanía popular.

Su extensión solamente comprendía los límites de la ciudad y al superarse estos, nace otra figura política, más amplia, a la que se llamó *to-koinon*, palabra griega que significa comunidad, consistiendo esta en la agrupación de la población en villas y pueblos alrededor de una ciudad matriz.

Platón(428-348 a. C.), filósofo griego, autor de los diálogos La república, Las leyes y El político, citado por Gerardo Prado, estableció que el Estado "...es una consecuencia del instinto de los hombres que obedecen a una ley de su naturaleza..."¹

¹Teoría del Estado. Pág. 75.



De acuerdo a Ignacio Burgoa, "...Platón estructura un tipo ideal de Estado dividiendo la población en tres clases sociales según la actividad que cada una de ellas debe desempeñar dentro de la organización política, a saber, la de los gobernantes, la de los guerreros y la de los artesanos y labradores. Para el perfecto funcionamiento del Estado, entre cada grupo debe haber una puntual armonía, una verdadera sinergia, de tal manera que su actuación recíproca e interdependiente sea el medio para la convivencia social y el logro de la felicidad común. Los mejores hombres deben dirigir los destinos de la comunidad, tanto por sus cualidades intelectuales como por sus virtudes morales, como la sabiduría, el valor, la templanza y la justicia."²

Entre otros filósofos griegos se encuentra Aristóteles (384 - 322 a. C.), quien, de acuerdo con Burgoa, parte del principio de que "...el hombre es un *zoon politikon*, es decir, que por su propia naturaleza siempre ha vivido y vive en relación permanente con sus semejantes. Aristóteles sostiene que el Estado es una entidad necesaria, ya que el hombre forzosamente nace, se desenvuelve y muere dentro de él, llegando a aseverar que fuera del Estado sólo pueden concebirse los seres irracionales o los dioses. (Sic)"³

Por otro lado, en Roma, surgen las organizaciones políticas denominadas *civitas*, palabra latina que significa ciudad, comunidad de ciudadanos y de la cual deriva la denominada *res publica*, la cosa o intereses comunes a todo el pueblo, la comunidad del pueblo.

La etapa antigua se considera que inicia con la aparición de la escritura y termina con el fin del imperio romano (siglo V), siglo en el que comienza a difundirse la doctrina impulsada por Jesucristo, la cual contribuyó al establecimiento del cristianismo.

² **El Estado.** Pág. 30.

³ **Ibid.** Pág. 32.



1.1.2. Edad Media o Época Intermedia

Con el paso del tiempo y como consecuencia de los enfrentamientos bélicos, la organización política comienza a identificarse en la edad media (siglos V - XV) con el territorio sobre el que vivían los pueblos y comunidades, utilizándose el vocablo germánico *land* como sufijo añadido al nombre que estos llevaban, cuyo significado en latín es *terra* y en castellano tierra. Asimismo, dicha organización se transformó en algo mayor a la ciudad, es decir, en *imperium* o imperio, mayor no solo en territorio sino también en un nuevo concepto, poder (de lo cual deriva *res imperantes*), identificándose así a la organización política en diversos territorios europeos con las palabras *reich*, reino y *empire*, las cuales tenían como común denominador la sumisión al mandato de un rey o de un príncipe.

Vale la pena mencionar que de acuerdo al régimen feudal imperante en casi la totalidad de los países, existían otras tierras, posesiones o dominios que configuraban Estados dentro del reino y que recibían distintas denominaciones, entre ellas: ducados, marquesados y condados.

Paralelamente al poder real existía la justicia popular, sin embargo esta decreció y el poder real se dividió en tantas posiciones como señores feudales existían dentro de la comunidad política, originando una lucha por el poder y en consecuencia, la independencia de las ciudades.

Durante este período, un grupo de pensadores cristianos conformaron la escuela patrística, cuya base fue el nuevo testamento y el precepto toda potestad proviene de Dios. "La filosofía y la teología cristianas formulan sus concepciones en torno a los principios evangélicos y aunque ~~expresamente~~ no se preocupan por desentrañar y explicar la esencia del Estado, sus enseñanzas tuvieron marcada repercusión y notoria



influencia en el pensamiento jurídico político medioeval. Fundándose en la existencia del alma, que preconiza una vida ultraterrena, a las comunidades estatales reales temporales las consideraron como organizaciones efímeras o transitorias supeditadas a la gran comunidad religiosa, carácter que se atribuyó a la Iglesia.”⁴

Uno de sus principales exponentes fue San Agustín (354 - 430), considerado como el más famoso de los padres de la iglesia, quien citado por Burgoa, sostuvo que el Estado o los estados temporales “...son producto de la voluntad de los hombres, de suyo viciada por el pecado, y su finalidad es procurar la felicidad perecedera en este mundo dentro de un marco hedonista que sus gobiernos suelen proteger y fomentar. Frente a esas ciudades terrestres, el insigne teólogo formula su concepción de un tipo ideal de Estado celeste, la Ciudad de Dios, que en la vida ultraterrenal estaría formada por los elegidos, o sea, por los que hubieren practicado las enseñanzas y postulados de Cristo.”⁵ Derivado de su posición, afirmó que el poder del Estado era consecuencia del pecado y que la justicia se derivaba del poder eclesiástico.

Posteriormente, en el siglo XIII, Santo Tomás de Aquino (1224/1225 - 1274), máximo representante de la escolástica, en su obra *Summa theologiae*, señala la necesidad de la organización política - más extensa que el estado-ciudad griego - en la naturaleza del hombre como ser social. La escolástica fue el movimiento o corriente teológico-filosófico dominante del pensamiento medieval, después de la patrística de la antigüedad tardía, que utilizó la razón, en particular la filosofía de Aristóteles, para comprender la concepción cristiana, basándose en la coordinación entre fe y razón, que en realidad consistía en la subordinación de la razón a la fe, de acuerdo a la frase latina *philosophia ancilla theologiae*, que significa, la filosofía es sierva de la teología.

⁴ Ibid. Pág. 35.

⁵ Ibid. Pág. 36.



De acuerdo con dicho filósofo citado por Burgoa, "...el Estado es una comunidad natural de hombres, un organismo necesario dentro del cual la persona debe cumplir sus deberes humanos frente a sus semejantes y como criatura de Dios. Su formación se debe a la sociabilidad natural del hombre, pues Santo Tomás, siguiendo a Aristóteles, lo considera como un *zoon politikon*. El orden estatal, al igual que el orden de la naturaleza, han sido establecidos por los designios de la providencia, de tal manera que el Estado implica una organización comunitaria al través de la cual los individuos satisfacen sus necesidades temporales y espirituales."⁶

La tesis tomista es "...una clara concepción antagónica a los regímenes absolutistas de los estados medievales del siglo XIII, en que el ilustre pensador cristiano escribió su monumental obra *Summa theologica*, ya que para él, el único Estado digno de merecer este nombre desde el punto de vista de la naturaleza del hombre y de los designios de Dios, es el Estado de derecho, entendiendo como derecho humano a la ley positiva que necesariamente debe tener por objetivo la realización del bien común, arguyendo que sin esta tendencia ninguna ordenación normativa debe ser valedera."⁷

1.1.3. Edad o Época Moderna

A finales de la edad media (siglos XIV - XV) se hicieron esfuerzos para eliminar la disgregación existente en el feudalismo y lograr la unidad del Estado, culminando ello con la creación del Estado moderno el cual surgió como la "...unidad que superaba al dualismo existente entre rey y pueblo y entre poder espiritual y temporal que caracterizó a las sociedades políticas de la Edad Media. (Sic)"⁸

⁶Ibid. Pág. 38.

⁷Ibid.

⁸ Porrúa Pérez, Francisco. **Teoría del Estado: teoría política.** Pág. 84.

En consecuencia, la edad moderna (siglos XV - XVIII) estuvo marcada por determinados hechos que transformaron los ideales políticos, siendo estos: el renacimiento; el fortalecimiento del poder de los monarcas frente al imperio y frente a la autoridad de los papas y la reforma protestante - que dividió la unidad del cristianismo -, los cuales implicaban que el denominado poder temporal se robustecía.

El renacimiento, movimiento cultural que nació y se desarrolló en Italia, principalmente en Florencia, en una época de transición entre la edad media y la edad moderna (siglos XV - XVI), se caracterizó por retomar los elementos de la cultura clásica, griega y romana y por la propagación de las ideas del humanismo, las cuales determinaron una nueva concepción del hombre y del mundo, revalorizaron la razón humana colocándola como centro del universo.

El término renacimiento se utilizó para contraponer estas ideas (sistema antropocéntrico) a las que se desarrollaron en Europa durante la edad media, las cuales estaban enfocadas en la idea de Dios (sistema teocéntrico). De ello deriva que la edad moderna se identificara como un período de progreso, comunicación, modernidad y razón, contrario a la edad media, que era identificada como un período de atraso, aislamiento y oscurantismo.

En el siglo XV en Italia, cada comunidad política, cada reino, era una *ciudad*, las cuales estaban organizadas de forma monista debido a que su gobierno estaba en manos de un solo hombre o grupo aristocrático; de esta forma, se empezó a utilizar la palabra Estado para denominar cada una de ellas, por ejemplo: Estado de Florencia. Posteriormente, en el siglo XVI, se utilizó la palabra Estado para denominar a toda comunidad política autónoma.

De esta manera, la concepción del Estado moderno - concebido este con su cualidad particular, la soberanía - surge en Italia durante el renacimiento. El mérito por el uso de



la expresión *lo stato* por primera vez para referirse a un nuevo status político moderno - se atribuye principalmente a Nicolás Maquiavelo (1469 - 1527) quien escribió: “Todos los Estados, todos los dominios que han tenido y tienen soberanía sobre los hombres, han sido y son repúblicas o principados”⁹.

En relación con esta afirmación, Norberto Bobbio, citado por Prado, señala lo siguiente: “Esto no quiere decir que la palabra fue introducida por Nicolás Maquiavelo. Minuciosas y amplias investigaciones sobre el uso de Estado, en el lenguaje de los siglos XV y XVI, muestran que el paso del significado común del término status, de situación, a Estado en el sentido moderno de la palabra, ya se había dado mediante el aislamiento del primer término en la expresión clásica *status rei publicae*.”¹⁰

Sin embargo, Maquiavelo ha sido considerado por Autores como Porrúa Perez como “...una de las figuras más conocidas, discutidas y comentadas de la historia de las ideas políticas, por sus reflexiones sobre el poder como uno de los ingredientes fundamentales de la comunidad política y que al consolidarse independizándose totalmente o sea al convertirse en soberanía, dio origen al Estado moderno.”¹¹

Otro filósofo importante que destacó en esta época fue Juan Bodino (1530 - 1596). Respecto a dicho autor, Prado establece que “...este filósofo perseguía la consolidación de la monarquía absoluta en Francia. Su tema fue elaborar la doctrina de la soberanía, definida como un poder supremo sobre ciudadanos y súbditos, no sometido a la ley, es decir no sometido a la ley positiva; esto dice no significa que haya despotismo, porque considera que ese poder supremo está bajo el Derecho Natural, el derecho de gentes y las costumbres”¹², criterio que será analizado más adelante.

⁹ **El príncipe**. Pág. 5.

¹⁰ Op. Cit. Pág. 54.

¹¹ Op. Cit. Pág. 87.

¹² Op. Cit. Pág. 89.



Asimismo, durante esta época el distinguido filósofo Francisco Suárez (1548 -1617), basándose en el principio aristotélico de que el hombre es un ser sociable por naturaleza, distingue dos tipos de relaciones: las imperfectas, tales como el matrimonio y la familia, y las perfectas, que son las comunidades políticas y el Estado, ello porque únicamente en ellas el hombre puede satisfacer todas las necesidades y fines de su naturaleza social. A la vez, dicho teólogo español estableció que no puede haber comunidad política sin autoridad, sin poder que la dirija, subrayando la soberanía como uno de sus atributos esenciales y considerando a la comunidad como un ente moral creado por acuerdo de los hombres, idea con la que anticipa el pensamiento de Locke y Rousseau en relación al contrato social como presupuesto de la comunidad política.

Los diversos enfrentamientos entre países europeos durante esta época impulsaron la particularización de las características del Estado moderno, las cuales son: la unidad de la organización política, debido a que se buscó una base ideológica nacional que provocó que este fuera reconocido políticamente por otros Estados; una estructuración constitucional de sus funciones con un poder centralizado a través de la separación de poderes o división de poderes en organismos distintos, y un ordenamiento jurídico que regula y limita las relaciones entre el Estado y los individuos, caracterizado por el reconocimiento constitucional de las garantías individuales y por el sometimiento de los individuos al poder del Estado de forma limitada.

Por otro lado, en el pensamiento político de los siglos XVII y XVIII, se desarrollaron dos corrientes doctrinales de diversa posición, la doctrina natural tradicional o cristiana o derecho natural cristiano y la doctrina del jusnaturalismo racionalista o del derecho natural racionalista. El derecho natural cristiano establece que la comunidad política, el Estado, es un organismo que se deriva como una necesidad de la naturaleza social de los hombres, la razón humana la descubre pero no lo crea; por el contrario, el derecho natural racionalista indica que el Estado es necesariamente un orden creado por la razón humana, por razones de conveniencia y convivencia, ya que se somete



contractualmente a la organización política para garantizar su libertad individual que se ve amenazada por la de otros hombres.

Como principales expositores del derecho natural racionalista se encuentran los filósofos políticos tales como Hobbes, Locke, Rousseau, Puffendorf, Thomasius y Kant, teniendo los primeros tres una postura contractualista.

Thomas Hobbes (1588 - 1679), autor de la célebre obra El Leviatán, precursor de la secularización de la ciencia política durante esta época y cuyo objetivo era justificar la monarquía absoluta de la misma, estableció que la tendencia del ser humano es satisfacer sus instintos, teniendo como único límite de acción la fuerza, lo cual lo vuelve egoísta. Esto originó en la sociedad humana primitiva un estado de lucha, una guerra de todos contra todos, lo cual impedía su desarrollo, por ello los hombres pensaron en obtener una solución de convivencia social en la que a cambio de un sacrificio mínimo se obtuviera la libertad necesaria para satisfacer las necesidades individuales por medio del trabajo. Esta solución fue la constitución de la sociedad civil mediante un contrato, en la que existe una autoridad - persona o corporación - que gobierna como consecuencia de la cesión que el pueblo hace de su potestad o poder coactivo.

De manera que, de acuerdo a la concepción de Hobbes, el Estado se origina de un pacto entre los hombres que tiene como causa un estado de guerra o de fuerza primitivo y que es impulsado por el deseo de eliminarlo y sustituirlo por un estado de orden coactivo. Como bien indica Burgoa: "Esta es la generación de aquel gran Leviatán... de aquel dios mortal, al cual debemos, bajo el Dios inmortal, nuestra paz y nuestra defensa. Porque en virtud de esta autoridad que se le confiere por cada hombre particular en el Estado, posee y utiliza tanto poder y fortaleza, que por el terror que inspira es capaz de conformar las voluntades de todos ellos para la paz, en su propio país, y para la mutua ayuda contra sus enemigos, en el extranjero."¹³

¹³ Op. Cit. Pág. 45.



Siguiendo la tendencia contractualista, John Locke (1632 - 1704) en su obra **Los tratados sobre el gobierno**, también hace alusión a un primitivo estado de naturaleza, diferenciándose del pensamiento de Hobbes al establecer que en esa situación primitiva los hombres se encuentran en un estado de perfecta libertad, caracterizado por el orden y la razón, para determinar sus acciones y decidir sobre sus posesiones en la manera que les parezca más conveniente, dentro de los límites de la ley o derecho natural - antecedente del derecho positivo -, sin necesitar la aquiescencia o aprobación de ningún otro hombre.

A diferencia de la situación que plantea Hobbes, en esta existe la igualdad, porque ningún hombre tiene mayor poder que los demás; la ley natural, derivada de la razón, concede a los hombres la facultad de defender sus derechos fundamentales y de castigar a quienes no los respeten, de forma proporcional al daño sufrido. Sin embargo, como bien expone Porrúa Pérez: "...esta situación hacía que cada hombre fuese el juez de su propia causa y el ejecutor de sus decisiones de reparación. La consecuencia fue la verificación de muchas injusticias y por ello se hizo necesario crear, por el acuerdo de todos, una sociedad política en la que en su totalidad residiese el poder soberano pero siendo su ejercicio encomendado a un grupo de personas, pero, y aquí está el abismo que separa a Locke de Hobbes, sólo en la medida necesaria para preservar los derechos fundamentales de todos los hombres a la vida, libertad y propiedad. (Sic)"¹⁴

Para Locke el Estado debe ser a-religioso, libre de cualquier injerencia de la autoridad eclesiástica, pues la iglesia y el Estado están separados debido a su distinta naturaleza, siendo la primera una sociedad voluntaria sin poder coactivo y la segunda, una comunidad política constituida por un pacto social en el que los hombres deciden otorgar el poder coactivo (derivado de la ley natural) a los órganos de gobierno, indispensable para la defensa y protección en su favor.

¹⁴ Op. Cit. Pág. 94.



Durante los siglos XVII y XVIII también se encuentra la teoría de Montesquieu (Charles Louis de Secondat, señor de la Brède y barón de Montesquieu (1689 - 1755), autor de la obra El espíritu de las leyes), teoría no contractualista sino enfocada hacia el gobierno y sus sistemas. Para Montesquieu la sociedad humana es un organismo natural, existente, positivo y real, por lo que no le preocupaba establecer su origen. Por tal razón, dicho filósofo citado por Burgoa, indicó: “Si los hombres no formasen sociedad alguna, si se dispersaran y huyeran los unos de los otros, entonces sí sería preciso averiguar cuál es el motivo de tan singular actitud, y buscar porqué se mantienen separados.”¹⁵

Por último, la tercera gran figura del contractualismo es Juan Jacobo Rousseau (1712 - 1778), autor de la obra El Contrato Social, cuya postura difiere de la de Hobbes y Locke, principalmente por su concepción del estado de naturaleza. Rousseau describe una situación precaria de los hombres antes del nacimiento de la sociedad política, una situación presocial, en la que gozaban de una libertad absoluta y en un plano de igualdad con los demás. Al respecto Burgo comenta: “Contrariamente a lo que sostenía Hobbes, Rousseau afirma que en tal estado las relaciones entre los seres humanos, exentas de toda compulsión, se entablaban espontáneamente, sin contiendas ni luchas, ya que todos ellos estaban colocados en una situación de igualdad que generaba la armonía, obedeciendo al orden natural de las cosas según fue dispuesto por Dios.”¹⁶

En ese estado de naturaleza el hombre no hacía uso de sus facultades reflexivas, sin embargo, en un momento determinado, los seres humanos reflexionaron y empezaron a transformar la naturaleza, siendo producto de ello, la cultura y con ella la propiedad y la desigualdad entre los hombres, finalizando entonces el estado de naturaleza primitiva.

¹⁵ Op. Cit. Pág. 48.

¹⁶ Ibid. Pág. 52.

De acuerdo a Rousseau, el hombre recupera la libertad por medio de un acuerdo que origina la sociedad civil o comunidad política; este acuerdo se crea cuando el hombre cede a la comunidad política sus derechos naturales, devolviéndole esta, protección y derechos. En palabras de Burgoa, “lo que el hombre pierde con el contrato social es su libertad natural y su derecho ilimitado sobre todo lo que le tienta y está a su alcance. Lo que gana es la libertad civil y la propiedad de todo lo que posee...”¹⁷

De la doctrina rousseauiana surgieron las bases de las ideologías de la revolución francesa de 1789 y de las organizaciones políticas liberales, que fueron su consecuencia. Con las grandes revoluciones del siglo XIX, la postura racionalista decayó en definitiva por la transformación política y social que se verificó en el mundo durante ese siglo, precediéndose por ideas de los filósofos que basaban su pensamiento en datos obtenidos por la observación de la realidad empírica y no por la razón.

1.1.4. Edad o Época Contemporánea

La edad contemporánea tiene sus inicios a finales del siglo XVIII o principios del siglo XIX hasta la actualidad. La edad contemporánea “...intensifica extraordinariamente la tendencia a la modernización con el triunfo y desarrollo espectacular de las fuerzas económicas y sociales que durante la Edad Moderna se gestaba lentamente: el capitalismo y la burguesía; y las entidades políticas que lo hacen de forma paralela: la nación y el Estado. (Sic)”¹⁸

Entre los pensadores políticos más importantes de estos siglos se encuentra Hegel, (Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770- 1831)), para quien el Estado es un todo que lo

¹⁷Ibid. Pág. 54.

¹⁸ Prado. Op. Cit. Pág. 93.



abarca todo, negando la existencia de los llamados derechos naturales del hombre y afirmando, en relación a la libertad, que solo dentro de la unidad estatal la persona puede gozar de ella. Para dicho filósofo alemán el Estado es un organismo real, histórico, distinto del pueblo en el que reside la soberanía, y es conforme a su tesis idealista que lo considera una idea universal, fuera de la cual el hombre no vale nada.

Por otro lado, se encuentra la teoría marx-leninista. Esta teoría se basa principalmente en las ideas filosóficas de Carlos Marx (1818 - 1883), quien distingue en la sociedad humana las superestructuras y la sub o infraestructuras, siendo las primeras las ideologías sociales y las segundas, la realidad social constituida por las relaciones económicas de producción.

Esta teoría se enfoca en establecer que en la sociedad primitiva, sin clases, existía una total armonía entre lo que el hombre era y lo que debía ser: era y debía ser libre. Sin embargo, “durante la época capitalista, cuando el hombre es esclavo de las relaciones económicas, hay un conflicto entre la realidad externa del hombre y su esencia, su realidad interna, verdadera, su libertad; un conflicto entre lo que el hombre es y lo que debería ser, una auto-extrañación del hombre.”¹⁹

En ese sentido, la sociedad burguesa se encuentra constituida por dos clases, la de los explotadores o propietarios de los medios de producción y la de los explotados, es decir, los obreros y campesinos. Con base en ello, Marx y Engels concibieron al Estado y al derecho como aquella maquinaria coercitiva cuyo fin es mantener la explotación de una clase por otra, colocando en contraposición la aspiración comunista, la cual consiste en destruir el Estado y derecho burgueses y sustituirlos por la dictadura del proletariado como etapa política de transición, para llegar finalmente a la sociedad comunista.

¹⁹ Burgoa. Op. Cit. Pág. 63.



Durante la dictadura del proletariado - condición *sine qua non* para la transición del capitalismo al comunismo - la represión a través del Estado, es aún necesaria, **sin embargo**, es la represión de la minoría de explotadores por la mayoría de explotados a través de un Estado transicional denominado Estado socialista - dictadura del proletariado organizada políticamente - cuya función es ser un aparato transitorio de coacción para suprimir a los explotadores y para educar al pueblo en la vida social comunista que se desarrollará sin la maquinaria estatal. "Por consiguiente, importa una ideología de contenido esencialmente económico, para cuya implantación proclama dos objetivos: uno inmediato, a saber, el establecimiento de la dictadura del proletariado, como situación política transitoria, y otro mediato, es decir, la creación de la sociedad comunista como finalidad definitiva."²⁰

De acuerdo a esta teoría el Estado y el derecho han sido burgueses o capitalistas, oponiéndose de esta forma a la denominada realidad social, es por ello que la misma establece que "...será libre el hombre de nuevo cuando la sociedad capitalista sea reemplazada por una sociedad de comunismo perfecto, que será el reino de la libertad, en contraposición a la sociedad capitalista, que es el reino de la necesidad."²¹

Entre otras posturas contemporáneas se encuentra la teoría de Georg Jellinek, (1851 - 1911), quien estudia el Estado desde el punto de vista no del deber sino del ser, a través de hechos reales y como objeto y sujeto de derecho. Para Jellinek, el Estado es el resultado de las relaciones sociales entre los hombres, una corporación - considerada como sujeto de derecho dotado de personalidad - formada por un pueblo con poder de mando originario y asentado sobre un territorio.

Asimismo, para León Duguit (1859 - 1928), el Estado surge cuando aparece la relación que él denomina orden - obediencia, es decir, el poder político, el cual considera que es

²⁰ Ibid. Pág. 67.

²¹ Ibid. Pág. 63.



producto de una evolución social debido a la existencia de individuos que imponen su fuerza sobre otros, fuerza que puede ser material, moral, religiosa, económica y en ocasiones, intelectual.

Por otro lado, Hans Kelsen (1881 - 1973), citado por Burgoa, con un enfoque distinto identifica al Estado con el orden jurídico y asevera que “El Estado no es para él un hecho natural; no pertenece al mundo del ser – ontos –, sino del deber ser – deontos –. Es un objeto espiritual cuya esencia consiste en un sistema de normas, agregando que el Estado, como orden, no puede ser más que el orden jurídico o la expresión de su unidad, entendiendo por orden jurídico el positivo, pues es imposible admitir junto a éste la validez de otro orden cualquiera. (Sic)”²² Con base en ello, Kelsen critica el dualismo Estado - derecho (según el cual el Estado crea el derecho, y este último somete el poder del primero) considerando inadmisibile que la causa - el Estado - quede supeditada al efecto - el derecho -.

De forma contraria a la teoría de Kelsen, Raymond Carré de Malberg (1861 - 1935), uno de los más destacados precursores del dualismo Estado - derecho, indica que no debe identificarse al Estado con el orden jurídico ya que la creación del derecho deviene de una organización política pre-existente cuya formación no puede ser reducida a un acto jurídico propiamente dicho, por ello, el derecho es una institución humana que nace de la potestad del Estado. Aunado a ello, establece que el derecho debe considerar al Estado como persona jurídica, como expresión de la colectividad unificada, es decir, una figura distinta de la de sus miembros particulares y transitorios, lo que los juristas han denominado como el ente de derecho en el cual se resume abstractamente la colectividad nacional.

Asimismo, durante la época contemporánea y desde otro punto de vista, se encuentra la teoría de Jacques Maritain (1882 - 1973), quien afirma que la nación no puede por sí

²² Ibid. Pág. 86.

misma transformarse en una sociedad política, siendo únicamente el suelo y ocasión propicia para la transformación; en virtud de ello, el cuerpo político es diferente a la comunidad nacional y forma parte de un orden superior, considerándolo la más perfecta de las sociedades temporales que tiende a un bien humano concreto y total, el bien común. Sin embargo, para Maritain el Estado no es una sociedad política sino la parte más sobresaliente de ella, identificando al Estado con el gobierno con el argumento que solo es aquella parte del cuerpo político especialmente interesada en el mantenimiento de la ley, el fomento del bienestar común, el orden público y la administración de los asuntos públicos; de ahí que dicho filósofo no considere al Estado como sujeto de derechos.

Por otro lado, Hermann Heller (1891 - 1933), citado por Burgoa, establece que el género próximo del Estado es "...la organización, la estructura de efectividad organizada en forma planeada para la unidad de la decisión y la acción, estribando su diferencia específica frente a las demás organizaciones existentes dentro de su territorio, en que su dominación es soberana, por cuanto que sólo al Estado incumbe el poder físico coactivo y la capacidad de ejecutar sus decisiones frente a quienes se opongan a ellas. El Estado, afirma, no es un orden normativo; tampoco es el pueblo; no está formado por hombres, sino por actividades humanas. (Sic)"²³ A la vez, de forma contraria a Maritain, Heller considera que la nación no es anterior al Estado sino que es este último el que fomenta la existencia y unidad del pueblo y la nación.

Ahora bien, en el mismo sentir que Carré de Malberg, Heller acepta el dualismo Estado - derecho al sostener que el poder del Estado crea al derecho y es fuente de validez formal, existiendo entre ambos una recíproca vinculación. Es decir, sin el carácter de creador de poder que el derecho entraña no existe ni validez jurídica normativa ni poder estatal; pero sin el carácter de creador de derecho que tiene el poder del Estado no existe positividad jurídica ni Estado. Sin embargo, a pesar de que el poder estatal crea el derecho (positivo), este debe estar sometido a ciertos principios de obligatoriedad

²³ Ibid. Pág. 99.

ética cuyo cumplimiento legitima ese poder, denominados principios suprapositivos.



Por último, entre las más destacadas teorías modernas se encuentra la del jurista francés Georges Burdeau (1905 - 1988), la cual se basa en lo que se ha denominado institucionalización del poder. Al considerar el poder como un hecho, resultado de la diferenciación entre gobernantes y gobernados, Burdeau indica que para que ese poder implique la consistencia del Estado, se requiere que se institucionalice ya sea de forma consuetudinaria o a través de un acto jurídico formal como lo es la constitución; sin embargo, en cualquiera de sus formas se trata de la modificación de la naturaleza del poder para el nacimiento del Estado.

De esta forma, puede observarse que las teorías o posturas respecto al Estado durante la época o edad contemporánea se centran o se desarrollan con base en explicaciones o discusiones respecto a las relaciones económicas; la consideración del Estado como sujeto de derecho o no, y en consecuencia la existencia o inexistencia de la personalidad jurídica del mismo; el origen y razón de la potestad del Estado, del poder o fuerza coactiva por la que se caracteriza y diferencia con otras organizaciones o personas jurídicas; la dualidad Estado - derecho; el problema del uso de una terminología imprecisa para referirse al Estado, utilizándose indistintamente palabras como poder, pueblo, país, nación y potencia; entre otras.

1.2. El Estado como persona jurídica

El estudio del Estado como persona jurídica, como sujeto de derecho dotado de personalidad jurídica, varía de acuerdo al análisis que de este realicen las distintas corrientes filosóficas, entre las cuales se encuentra el positivismo jurídico político y el formalismo jurídico.



El positivismo jurídico político es la "...corriente que se expresa de manera científica mediante la teoría de la personalidad jurídica del Estado, el cual debe concebirse como un ente con personalidad jurídica, o sea como sujeto abstracto, cuya actividad se resuelve en actos y relaciones jurídicas basadas en normas de Derecho que le dominan en toda posible expresión de poder político."²⁴

Thomas Hobbes en su obra El Leviatán equipara al Estado con un ser humano, siendo el primero en considerar al Estado como persona jurídica. Por esa razón, este pensador citado por Prado, indicó: "...el Estado es un *fiat* obra del hombre similar al hombre como imagen de Dios."²⁵ John Locke, Samuel Freiherr von Pufendorf y Juan Jacobo Rousseau mantuvieron esta posición, sin embargo, esta se impuso con las obras de Georg Jellinek, Otto von Gierke, André Hauriou, Paul Dabin y Friedrich Karl von Savigny.

Otro de los principales exponentes de esta corriente fue Georg Jellinek, quien como se indicó en párrafos anteriores, consideró al Estado como un objeto y sujeto de derecho dotado de personalidad, concluyendo con la siguiente definición teleológica del Estado citada por Burgoa: "asociación de un pueblo, poseedora de un personalidad jurídica soberana que de un modo sistemático y centralizador, valiéndose de los medios exteriores, favorece los intereses solidarios individuales, nacionales y humanos en la dirección de una evolución progresiva y común."²⁶

En la misma línea y haciendo referencia a la dualidad Estado - derecho, posición que es utilizada por diversos autores para explicar la personalidad jurídica del Estado, Raymond Carré de Malberg establece que el derecho es una institución creada por el hombre posterior al Estado, considerando al Estado como sujeto de derecho con

²⁴ Prado. Op. Cit. Pág. 21.

²⁵ Ibid. Pág. 22.

²⁶ Op. Cit. Pág. 82.



personalidad jurídica, titular del poder soberano, sujeto jurídico único e invariable formado por miembros que con voluntad única tienen la dirección de la cosa pública. En ese sentido, aporta la siguiente definición de Estado, misma que es citada por Burgoa: "...expresión de la colectividad unificada, una individualidad global distinta de la de sus miembros particulares y transitorios"²⁷.

Por otro lado, el formalismo jurídico es la corriente filosófica defendida por Hans Kelsen, quien oponiéndose a la dualidad Estado – derecho estableció la identidad entre ambos con base en la consideración de que el Estado es el ordenamiento jurídico mismo.

Entre otras posturas contrarias a considerar al Estado como persona jurídica – no partidarias del formalismo jurídico - se encuentra la de León Duguit, quien critica la tesis de la personalidad jurídica del Estado, es decir, la que sostiene que el Estado es sujeto de derecho – como bien lo considera Jellinek - oponiéndole el concepto de que el Estado es un hecho real y positivo cuya esencia radica en el poder político, el cual surge de la diferencia entre gobernantes y gobernados en una comunidad social determinada.

De igual forma, Jacques Maritain estableció que el Estado representa al cuerpo político (al pueblo) a través de los ciudadanos investidos de poder, encargados de dirigir los asuntos públicos. De acuerdo a su teoría el Estado es una entidad abstracta y no una persona moral o sujeto de derechos ya que los derechos que se le atribuyen no son derechos propios sino que son los derechos del cuerpo político.

Sin embargo, sin el ánimo de realizar una discusión teórica y amplia del tema y teniendo en cuenta que el criterio aceptado en la actualidad es el que considera al Estado como persona jurídica, es menester enfatizar que: "El ser sujeto de derecho es

²⁷ Ibid. Pág. 90.



una cualidad que el Derecho atribuye a un ser; no es algo esencial que exista dentro de la Naturaleza, sino que esa cualidad le viene de su reconocimiento por el orden jurídico. La personalidad jurídica es una creación del orden jurídico. El sujeto de derecho por excelencia es la persona humana. Pero además de ella existen personas jurídicas de otro orden, gentes que tiene una sustantividad especial y se les atribuye también derechos; son entes a quienes se les considera con una personalidad jurídica y moral, tales como son las sociedades mercantiles o civiles. Son sujetos de derecho, personas, entes a quienes el Derecho les atribuye esa capacidad de ser sujetos de derecho. (Sic)²⁸

Es por ello que el Estado, que no es una persona física sino una entidad moral (porque no se da en el terreno de la realidad óptica, es decir, en el ámbito del ser, sino en el mundo del derecho), es sujeto de derecho en cuanto el orden jurídico se lo atribuye, atribución que únicamente se da a seres reales, de ahí que la misma realidad del Estado sea la que imponga al orden jurídico la necesidad de considerarlo sujeto del mismo. En ese sentido, puede decirse que la personalidad jurídica es una cualidad necesaria de la realidad de las personas morales o jurídicas, siendo la persona jurídica suprema el Estado.

En la actualidad, entre los tratadistas de derecho internacional público está aceptada por unanimidad la tesis de considerar al Estado como una ficción legal necesaria (porque el Estado está sometido a reglas de derecho positivo y es un sujeto jurídico que se relaciona normativamente con sus súbditos), ello para poder hacer del Estado un sujeto de derechos y obligaciones y radicar en él el interés general.

También es importante indicar que la característica que distingue al Estado de cualquier otra agrupación o unidad corporativa, es decir, de otras personas jurídicas, es la

²⁸ Porrúa Pérez. Op. Cit. Pág. 185.



potestad de la que está dotado. “Esta potestad, que sólo él puede poseer, y que por lo tanto se puede ya caracterizar denominándola potestad estatal, lleva, en la terminología tradicionalmente consagrada en Francia, el nombre de soberanía. Según esto, se podría concretar, pues, la noción jurídica del Estado a esta doble idea fundamental: el Estado es una persona colectiva y una persona soberana.”²⁹

A las posturas que sostienen que el Estado es una persona jurídica con notas o atributos particulares que nos permiten distinguirlo de otras se suman tratadistas contemporáneos entre los cuales se encuentran los mexicanos Rafael Rojina Villegas y Mario de la Cueva. Así, Rojina, citado por Burgoa, define al Estado como “una persona jurídica con poder soberano constituida por una colectividad humana determinada territorialmente, cuyo fin (de dicha persona) es la creación y aplicación del derecho al cual se encuentra sometida”.³⁰

En ese sentido, es importante tomar en consideración lo establecido en el Código Civil guatemalteco, Artículo 15, numeral primero, mediante el cual se reconoce al Estado como persona jurídica: “Artículo 15. Son personas jurídicas: 1º. El Estado, las municipalidades, las iglesias de todos los cultos, la Universidad de San Carlos y las demás instituciones de derecho público creadas o reconocidas por la ley;...”

Asimismo el Artículo 16 establece: “La persona jurídica forma una entidad civil distinta de sus miembros individualmente considerados; puede ejercitar todos los derechos y contraer las obligaciones que sean necesarios para realizar sus fines y será representada por la persona u órgano que designe la ley, las reglas de su institución, sus estatutos o reglamentos, o la escritura social.”

²⁹ Burgoa. Op. Cit. Pág. 91.

³⁰ Ibid. Pág. 107.



1.3. Elementos del Estado

El Estado es una organización política, un fenómeno complejo y compuesto producto de la realidad histórico – social, por lo tanto debe definirse unificando e interrelacionando todos sus elementos y no exponiendo únicamente algunos de ellos, toda vez que al ser un organismo necesita para su existencia cada uno de sus componentes.

En ese orden de ideas, se establece que “...en el Estado convergen elementos formativos, o sea, anteriores a su creación como persona moral o jurídica, y elementos posteriores a su formación, pero que son indispensables para que cumpla sus finalidades esenciales.”³¹ Los elementos formativos o previos son la población y el territorio, mientras que los elementos posteriores, también conocidos como constitutivos o determinantes son, el poder público o potestad, el orden jurídico y la finalidad.

La doctrina tomista de alguna forma también expone los elementos del Estado de acuerdo a las cuatro causas que según la misma originan o fundamentan su naturaleza, siendo estas citadas por Porrúa Pérez: “A) Causa eficiente: la naturaleza del hombre, que por su indigencia social, vive asociado a sus semejantes. B) Causa material: la comunidad humana que se origina de manera natural por la asociación de los hombres. C) Causa formal: la autoridad que de manera necesaria existe en las comunidades humanas para imponerles un orden que las mantiene unidas y orientadas. D) Causa final: es la orientación teleológica de la comunidad política, su razón de ser específica: el bien común que trata de obtenerse por la combinación mutua de esfuerzos y recursos en la empresa política.”³²

³¹ Ibid. Pág. 126.

³² Op. Cit. Pág. 187.



1.3.1. Elementos formativos, previos o anteriores

a) Población

Este elemento formativo es considerado "...un derivativo del concepto latín *populus* que en la Antigua Roma designaba al *populus romanus*. En el derecho romano era básico este concepto pues sólo a través del entendimiento del mismo era que cobraba eficacia jurídica el *ius civile* o derecho aplicable a los ciudadanos romanos. (Sic)"³³

Actualmente, población es el elemento humano que constituye la base del Estado, encontrándose formado por un conjunto de seres humanos agrupados y organizados política y jurídicamente, sometidos al poder estatal y que como resultado de sus relaciones intersubjetivas, persiguen un fin.

Con la finalidad de comprender dicho elemento, es necesario diferenciar términos que regularmente se utilizan con la misma connotación, como es el caso de población, pueblo y nación.

Pueblo - llamado en la revolución francesa tercer estado, por no ser distinguidos ni privilegiados - es un término con dos acepciones importantes: se utiliza para referirse a una población de menor categoría y con menos habitantes que una ciudad o bien es utilizado en la teoría política y en el derecho constitucional para hacer referencia a la sociedad política organizada en Estado como sujeto de la soberanía popular; nación, es un término que se refiere a una agrupación de seres humanos unidos por factores en común que los identifican, siendo estos, el origen étnico, su historia, idioma, religión, cultura, costumbres, tradiciones y territorio; y por último, población es un término más amplio que pueblo y nación debido a que abarca a todos los habitantes de un Estado,

³³ Cáceres Rodríguez, Luis Ernesto. **Estado de derecho y derechos humanos**. Pág. 17.

tanto a los nacionales como a los extranjeros, encontrándose ambos sometidos al ordenamiento jurídico de este.

Con base en tal explicación, deben anotarse dos cuestiones importantes: primero, que el uso indistinto de los términos nación y pueblo es correcto desde el punto de vista sociológico pero no del político, ello porque la nación no es un cuerpo político sino puramente social; y segundo, que la importancia del elemento población radica en que esta "...como grupo humano natural, integrada por una o varias comunidades nacionales y que tiene su asiento permanente en un territorio determinado, es no sólo anterior al Estado, sino la causa originaria de su formación. (Sic)"³⁴

b) Territorio

El territorio es otro de los elementos formativos o previos del Estado - cuya importancia es resaltada por filósofos como Jellinek -, constituye el elemento espacial del Estado, el soporte físico, la porción determinada de suelo, el asiento, la extensión o superficie terrestre en que vive o habita la población, sin olvidar que el territorio del Estado no solo comprende el territorio que suele llamarse continental sino también el mar territorial y el espacio aéreo.

Asimismo, el término territorio suele utilizarse para referirse al espacio geográfico de dominio o propiedad del Estado, al límite material o marco de acción del poder estatal o a la demarcación en la que se aplica el ordenamiento jurídico del Estado.

El territorio tiene dos perspectivas o funciones, una positiva y otra negativa. La función positiva significa que constituye el asiento físico de la población, la fuente de los recursos que esta precisa y el espacio geográfico donde se hace efectivo o aplica el

³⁴ Burgoa. Op. Cit. Pág. 126.



ordenamiento jurídico; por lo tanto, todo el que se encuentre dentro del territorio estatal está sujeto al poder del Estado y a su ordenamiento jurídico, afirmándose ello con base en el principio territorial, el cual establece que "...un territorio delimitado constituye la base de la unidad de asociación de dominación"³⁵.

Por otro lado, la perspectiva o función negativa sostiene que dentro del territorio estatal no existe otra autoridad soberana que no sea la del propio Estado, por esa razón a través de sus fronteras establece los límites de su actividad e impide la actividad de los otros Estados dentro del territorio nacional. Evidentemente este elemento es fundamental para la existencia del Estado ya que "El Estado que pierde su territorio desaparece, pues ya no tiene espacio donde hacer valer su poder, donde desarrollar su misión. Del territorio depende también su independencia frente al extranjero."³⁶

1.3.2. Elementos determinantes, constitutivos o posteriores

Asimismo, existen otros elementos que afianzan la naturaleza del Estado, que son posteriores a la formación del mismo pero indispensables para el cumplimiento de sus fines. Estos elementos son: el poder público o potestad, el ordenamiento jurídico y la finalidad.

a) Poder público

El *imperium*, palabra latina que significa dominio y cuyo significado moderno es poder público, es la facultad de mando o autodeterminación delegada por el pueblo y depositada en los órganos estatales - cuya existencia es inherente a la naturaleza institucional del Estado - que integran el gobierno del Estado y ejercida a través de los

³⁵ Cáceres Rodríguez. Op. Cit. Pág. 19.

³⁶ Porrúa Pérez. Op. Cit. Pág. 279.



funcionarios públicos - quienes ejercen un poder que pertenece al Estado y no a los - ,
respetando los límites que establece la constitución – en el deber ser, instrumento
jurídico por excelencia para la limitación del poder - y demás normas que forman el
ordenamiento jurídico, debido a que el ejercicio de tal poder no es ilimitado.

Para que el Estado logre alcanzar sus objetivos necesariamente debe estar investido de un poder, el cual es el poder público o poder estatal, mismo que se manifiesta en tres funciones diferentes, independientes e interrelacionadas, a saber: función o poder legislativo, ejecutivo o administrativo y el jurisdiccional o judicial. Estas funciones son delegadas a los distintos órganos estatales y ejercidas a través de los denominados actos del poder público, los cuales gozan de imperatividad, unilateralidad y coercitividad, por ello, "...en virtud de dichos atributos el poder público, como poder de imperio, tiene la capacidad en sí mismo para imponerse a todas las voluntades individuales, colectivas o sociales dentro del espacio territorial del Estado."³⁷

Por lo anterior, se afirma que mediante tal poder el pueblo se autodetermina es decir, se otorga una estructura jurídico – política que expresa en el ordenamiento fundamental o constitución. "La autodeterminación obviamente excluye la ingerencia de cualquier sujeto distinto de la nación... no está sujeto a ninguna potestad extraña a la comunidad nacional ni tampoco a la de cualquier grupo que dentro de ella esté comprendido. (Sic)"³⁸

Con relación a este elemento vale la pena traer a colación la común duda y confusión en cuanto al uso de los términos poder público, poder soberano y soberanía, y si esta última pertenece a la nación o al Estado, es decir, si debe existir una soberanía popular o una soberanía estatal. A pesar de que dicho tema será desarrollado con mayor

³⁷ Burgoa. Op. Cit. Pág. 154.

³⁸ Ibid. Pág. 131.



amplitud en el siguiente capítulo, es necesario dejar claro lo siguiente: generalmente se dice que el titular de la soberanía es el Estado, sin embargo esto es incorrecto toda vez que esta pertenece al pueblo - en su acepción política -, en quien radica la denominada soberanía popular.

Derivado de ello, la diferencia entre el poder soberano y el poder público radica en el titular de los mismos, toda vez que el primero pertenece al pueblo, el cual ejercido a través de sus representantes reunidos en una asamblea constituyente, crea el derecho fundamental o constitucional, fuente del Estado, mientras que el poder público emana y depende del poder soberano del pueblo pero pertenece al Estado, el cual crea el derecho ordinario o secundario. En consecuencia, ni el Estado ni su poder son soberanos debido a que el poder público que le concierne y que se desempeña por sus órganos de gobierno no es un poder que esté sobre el derecho fundamental creado por el poder soberano del pueblo sino que se encuentra sometido a él.

Asimismo, no debe olvidarse que la soberanía es única, inalienable e indivisible, por lo que no existen dos soberanías, es decir, la del pueblo o nación y la del Estado; no debe confundirse al pueblo con la entidad estatal, ni el poder originario, la soberanía, que corresponde al pueblo con el poder público del que el Estado es titular.

b) Ordenamiento jurídico

Como se indicó, el pueblo se autodetermina a través de una estructura política y jurídica, por ello es necesario que este cuente con un cuerpo sistematizado de disposiciones o preceptos normativos inspirados en postulados de justicia, creados y aplicados por el poder estatal, que regulen y organicen la actividad socialmente relevante de la población y que coadyuven a la consecución del elemento teleológico del Estado.



Debe aclararse que ordenamiento jurídico no es sinónimo de orden jurídico puesto que el primero es el sistema de normas jerarquizadas que rigen en un Estado, en un lugar y tiempo determinado, las relaciones intersubjetivas de la población, mientras que el segundo únicamente alude a un fragmento o parte del ordenamiento jurídico, es un término más reducido y específico. De ello deviene que el ordenamiento jurídico sea el resultado de la unión de varios órdenes jurídicos o normativos creados por el organismo constitucionalmente facultado, debiendo ser único, coherente y completo.

Este elemento es importante debido a que a través de él se crea al Estado como suprema institución pública, como sujeto o ente de derecho con personalidad jurídica, haciéndose referencia en este caso al derecho primario o fundamental, fuente directa del Estado, es decir, la constitución que es creada mediante el poder constituyente que le corresponde al pueblo. Sin embargo, este en su consideración como unidad es física y sociológicamente incapaz por sí mismo de ejercer ese poder, por lo que lo delegan en representantes electos por el mismo pueblo que conformarán el denominado congreso o asamblea constituyente cuya misión única consiste en elaborar una constitución o derecho fundamental a nombre del pueblo.

Respecto a lo anterior, cabe la interrogante sobre si al surgir un cambio o sustitución en el derecho fundamental o constitución también sucede un cambio o sustitución en el Estado. Ante ello Ignacio Burgoa indica: "La respuesta es negativa, pues cuando la nación se da otro u otros derechos fundamentales en el decurso de su vida histórica, el Estado que se produjo en el derecho fundamental primario u originario no desaparece como institución pública suprema, en virtud de que lo único que se trasmuta es la forma estatal, la forma de gobierno o los fines del Estado, trasmutación que obedece a posturas ideológicas que vaya imponiendo la evolución de los pueblos en el ámbito social, político, económico, cultural o religioso."³⁹, agregando que "...el Estado, una vez

³⁹ Ibid. Pág. 152.



producido, crea al derecho, pero este derecho es el ordinario o secundario y su **génesis** deriva directamente del poder público estatal, que es distinto del poder constituyente.

En síntesis, teniendo presente que el derecho primario y secundario provienen de distintos poderes, el primero del poder soberano del pueblo y el segundo del poder público estatal, se llega a afirmar que el ordenamiento jurídico es el sistema de normas jurídico – legales jerarquizadas (encontrándose en la cima la constitución, con base en el principio de supremacía constitucional y el principio de jerarquía normativa) inspirado en postulados de justicia, creado y aplicado por el poder estatal, que regula las conductas socialmente relevantes de la población (incluyendo las restricciones al ejercicio del poder público) y que coadyuva a la obtención de la finalidad del Estado, en un lugar y tiempo determinado.

c) Finalidad

Es el elemento teleológico del Estado que forma parte de la justificación de su existencia y naturaleza, encontrándose conformado por distintos objetivos, que solo pueden alcanzarse cuando existe un ordenamiento jurídico que limita la actividad de la población y la dirige hacia la obtención de los intereses comunes.

El Estado no es un fin en sí mismo sino un medio para alcanzar el fin determinado por la población en la constitución o derecho fundamental. Como bien predicaba Santo Tomás de Aquino, citado por Porrúa Pérez, el fin del Estado consiste "...en que los hombres no sólo vivan sino que vivan bien. *Quod homines non solum vivant se quod bene vivant.* (Sic)"⁴¹

⁴⁰ Ibid. Pág. 147.

⁴¹ Op. Cit. Pág. 288.



En virtud de ello, los filósofos han establecido distintos fines que el Estado debe alcanzar, entre ellos: defender a la sociedad de todo acto de violencia o invasión extranjera, proteger a los ciudadanos contra cualquier injusticia cometida por otro, crear y sostener obras públicas e instituciones que el interés privado no podría realizar jamás (Adam Smith), realización de la justicia que es la virtud total (Platón), obtención del bien material y moral (Aristóteles), seguridad de la propiedad privada (Locke), el bien común (Maritain), la existencia y conservación del Estado (Porrúa Pérez), el gobierno y la libertad, el perfeccionamiento de la nacionalidad, la perfección de la humanidad, la civilización del mundo, etc.

Sin embargo, la finalidad del Estado mantiene una estrecha relación con la ideología política imperante en una sociedad históricamente determinada, "...imputar al Estado en general, es decir, al Estado a-temporal y a-espacial, fines específicos con un contenido determinado, significa el error de atribuirle un objetivo teleológico de contenido político, social, económico o cultural, que únicamente es referible a los Estados en particular, o sea, a los Estados históricamente dados o a los tipos ideales de Estado."⁴²

De esta forma, pueden mencionarse los siguientes: la ideología liberal tiene como fin primordial el bienestar individual y por ende el garantizar la vida, libertad y sobre todo la propiedad privada de los habitantes; la ideología social – liberal o social – demócrata establece como fin primordial el bien común y estipula la garantía de los derechos individuales y de los derechos sociales; y la ideología socialista establece como fin del Estado el bienestar colectivo o general a través de la intervención total del Estado en la economía.

⁴² Burgoa. Op. Cit. Pág. 167.



En el caso de Guatemala, la Constitución Política de la República de Guatemala refleja claramente la ideología social - liberal o social – demócrata en su Artículo primero, al establecer: “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común.”

Al respecto, es necesario precisar la diferencia entre bien común y bien público: el bien común es el fin que persigue toda agrupación de seres humanos para beneficiarse por el hecho de estar agrupados, como lo son la sociedad civil y la sociedad mercantil, mientras que el bien público es el fin específico de la organización estatal que busca beneficiar a todos sus habitantes Estado. Estos términos también suelen distinguirse como bien común particular y bien común público.

El bien público o bien común público debe basarse en principios que se deriven de la observación de la realidad social y que tiendan a armonizar y a equilibrar los intereses individuales y colectivos. “Así, frente al individuo el bien común se revela como un reconocimiento o permisión de las prerrogativas esenciales del sujeto, indispensables para el desenvolvimiento de su personalidad humana, a la par que como la prohibición o limitación de la actividad individual respecto de actos que perjudiquen a la sociedad o a otros sujetos de la convivencia humana, imponiendo al gobernado determinadas obligaciones cuyo cumplimiento redunde en beneficio social. Por otra parte, frente a los intereses colectivos, el bien común debe autorizar la intervención del poder público en las relaciones sociales para preservar los intereses de la comunidad o de los grupos desvalidos, con tendencia a procurar una igualdad real, al menos en la esfera económica.”⁴³

⁴³ Ibid. Pág. 180.

1.4. Definición de Estado

Diversas definiciones respecto al Estado se han elaborado y expuesto a lo largo de la historia con base en la corriente realista o bien en la corriente idealista. La primera corriente procura la elaboración de un concepto general de Estado (como entidad, fenómeno o situación jurídico-política), la explicación de su origen, fines y justificación, obteniendo de la realidad mediante el método inductivo las características comunes de las entidades estatales sin tomar en cuenta sus modalidades jurídico - políticas particulares, siendo entonces una corriente ontológica. Contrariamente a ello, la corriente idealista no se basa en una concepción del Estado obtenida de la realidad sino en un tipo ideal del mismo, en lo que debe ser o debiera ser el Estado, es por ello una corriente deontológica.

De esta forma, los autores a lo largo de la historia al definir al Estado, le asignan una naturaleza dependiendo de las circunstancias históricas, sociales, políticas, económicas y culturales de su época y del criterio o perspectiva de los mismos. Por ejemplo: ente ideal (Platón), sociedad perfecta (Aristóteles), comunidad natural de hombres (Santo Tomás de Aquino), dios mortal (Hobbes), corporación (Jellinek), maquinaria coercitiva destinada a mantener la explotación de una clase por otra (Marx y Engels), orden jurídico (Kelsen), unidad de decisión y acción (Heller).

Así, desde el punto de vista del liberalismo, "...el Estado es la máxima organización política jurídicamente organizada para promover el bienestar individual (vida, libertad y propiedad) mediante el crecimiento de la libertad religiosa y la mayor expansión de la libertad económica."⁴⁴

Contrariamente, la teoría marxista establece que "...el Estado es un instrumento de poder de la clase dominante, el cual ha emergido producto de la división histórica de las

⁴⁴ Cáceres Rodríguez. Op. Cit. Pág. 15.



clases sociales y del apareamiento de la propiedad privada.”⁴⁵ Marx afirmaba que el Estado es el reino de la fuerza, del interés parcial, y en consecuencia, tiene como fin el bienestar de los que detentan el poder.

Sin embargo, para la elaboración de una definición de Estado debe abstraerse este último de cualquier circunstancia o característica que se relacione o pertenezca a una determinada concepción del mismo, ya sea esta real o ideal, toda vez que para comprender dicho concepto no es menester realizarlo a la luz de una idea determinada sino con base en su acepción o sentido formal.

El término Estado “proviene, como se sabe, del vocablo latino *status* que denota situación, posición, postura o condición en que se encuentra una persona o una cosa.”⁴⁶ Sin embargo, “no equivale, en puridad, a una situación, posición, postura o condición, sino a la designación de un ente que estructura a una comunidad humana”⁴⁷, del cual se presentan algunas definiciones a continuación:

De acuerdo a Porrúa Pérez: “El Estado es una sociedad humana establecida en el territorio que le corresponde, estructurada y regida por un orden jurídico, que es creado, definido y aplicado por un poder soberano, para obtener el bien público temporal, formando una institución con personalidad moral y jurídica.”⁴⁸ Asimismo, Jellinek, citado por Porrúa Pérez, define al Estado como “la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio”.⁴⁹

Max Weber, citado por Prado, define al Estado moderno como una “asociación de dominación con carácter institucional que ha tratado, con éxito, de monopolizar dentro

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Burgoa. Op. Cit. Pág. 17.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Op. Cit. Pág. 26.

⁴⁹ Ibid. Pág. 197.

de un territorio la violencia física legítima como medio de dominación y que, a este fin, ha reunido todos los medios materiales en manos de su dirigente y ha expropiado a todos los funcionarios estamentales que antes disponían de ellos por derecho propio, sustituyéndolos con sus propias jerarquías supremas.”⁵⁰ De igual forma Prado cita a Herman Heller, quien define al Estado como la “unidad de dominación, independiente en lo exterior e interior, que actúa de modo continuo, con medios de poder propios, y claramente delimitado en lo personal y territorial”⁵¹.

Desde un punto de vista socio-jurídico, el Estado es definido como “...la máxima organización jurídica y política de un grupo de individuos sobre un territorio en virtud de un poder o facultad de mando (soberanía).”⁵²

Por otro lado, Kelsen, citado por Cáceres Rodríguez y desde una perspectiva jurídica “...reduce al Estado a ordenamiento jurídico y lo entiende como el poder soberano de crear y aplicar el derecho en un territorio (validez espacial) y hacia un pueblo (validez personal); poder que se regula por la norma fundamental (legitimidad o validez material), con capacidad de imponerse mediante su vigencia (validez temporal) y hacerse valer en última instancia por la fuerza (eficacia).”⁵³

Luego del análisis de los elementos del Estado y de las definiciones anteriormente indicadas, se concluye en que el Estado es la máxima organización jurídica y política consistente en una persona jurídica formada por un grupo de seres humanos establecidos en un territorio y tiempo determinado, bajo una misma forma de gobierno, regidos por un ordenamiento jurídico que es creado y definido tanto por el poder soberano como por el poder público y aplicado por este último para obtener la finalidad establecida por dicho grupo.

⁵⁰ Op. Cit. Pág. 19.

⁵¹ Ibid.

⁵² Cáceres Rodríguez. Op. Cit. Pág. 15.

⁵³ Ibid.



CAPÍTULO II

2. Soberanía

2.1. Evolución del concepto soberanía

El concepto soberanía se caracteriza porque a lo largo de su desarrollo histórico han sido fundamentales las luchas políticas en cuanto a la imposición de un poder sobre otros, como bien indica Eduardo Andrade Sánchez: “Afirmar que un poder es soberano no tiene sentido si no es frente a otros poderes.”⁵⁴

La soberanía es considerada como aquel “concepto básico de la Teoría del Estado el cual constituye el punto de contacto entre la realidad política que el Estado significa y su configuración jurídica; sirve de gozne entre las consideraciones de índole política relativas a la facticidad del poder, y las construcciones de carácter jurídico en cuanto a la manera como se manifiesta ese poder del Estado. (Sic)”⁵⁵

En la antigüedad este concepto no fue considerado de la forma anotada, como una pugna entre poderes, toda vez que en esta época las organizaciones políticas antiguas no afirmaban su soberanía como lo hicieron en la modernidad, es decir, esta no se manifestó con las características que se presenta en la época moderna; sin embargo, no por ello carecían de soberanía, definida esta como: “...la capacidad autónoma de poder de una sociedad políticamente organizada.”⁵⁶ “Existía en cambio, el atributo de la comunidad política... que se denominaba autarquía, la autarquía en cierto sentido está vinculada al concepto actual de soberanía, pero su dimensión específica se daba en el

⁵⁴ Teoría general del Estado. Pág. 338.

⁵⁵ Ibid. Pág. 337.

⁵⁶ Ibid. Pág. 338.



plano de lo que denominaríamos hoy autosuficiencia, es decir, **capacidad de autoabastecerse** en cuanto a la satisfacción de sus necesidades por parte de la **unidad política.**"⁵⁷

Asimismo, existía un reconocimiento del poder de la comunidad política hacia el interior, por lo que no era admisible una lucha de poderes dentro de la misma y si en caso sucedía era erradicada por sus miembros, tomando en cuenta que la unidad política comprendía todos los ámbitos de la vida de las personas (económica, social, cultural, religiosa, etc.)

Hacia el exterior, en cuanto a la lucha entre las antiguas ciudades - Estado entre sí "...debe decirse que el solo hecho del enfrentamiento entre estas unidades políticas suponía la existencia de la capacidad de decisión independiente de cada una de ellas excepto cuando alguna caía bajo la dominación de otra... no era preciso afirmar la soberanía de la ciudad antigua, pues ésta se ganaba o se perdía en el terreno o en el campo de batalla y no en discusiones filosófico - jurídicas. (Sic)"⁵⁸

En conclusión, durante la época antigua la soberanía no aparece como elemento característico de la organización política debido a que este término surge en la edad moderna; sin embargo, la misma sí contaba con capacidad autónoma de decisión, la cual no era necesaria en ese tiempo afirmarla frente a otros poderes.

Posteriormente, en la edad media, a causa de la existencia de diversos poderes se producen distintos centros de poder y en consecuencia diversos enfrentamientos entre estos en busca de la supremacía, lo cual se denominó poliarquía medieval, y es en este contexto que nace la concepción moderna, política y después jurídica de la soberanía.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid. Pág. 339.

Tal enfrentamiento, como bien se indicó en el capítulo anterior, era entre los poderes de la época: la iglesia – con su aspiración de dominio universal basándose en la superioridad de lo espiritual sobre lo temporal -, el imperio - como figura política proveniente del antiguo imperio romano - y la afirmación de determinados poderes con capacidad de decisión en distintas localidades. De estos últimos comienza a formarse la denominada autoridad regia, la autoridad del rey, la cual buscaba subordinar a los otros poderes locales, específicamente a los señores feudales o a aquellas ciudades independientes.

Es en la edad moderna, que del enfrentamiento de los mencionados poderes se logra el fortalecimiento del poder del monarca – figura que lidera la consolidación del Estado nacional - frente al imperio y frente al papado, nombrándose de esta forma al monarca como soberano, como autoridad con poder para imponer su voluntad sobre un determinado territorio, con independencia de los poderes indicados. “La capacidad suprema de decisión del rey se manifestaba por la frase el rey es emperador en su reino es decir, independientemente del emperador del que se suponía provenía su poder específico como parte de esa unidad ficticia universal que era el Imperio, el rey podía actuar como emperador, es decir, con plena capacidad de poder sobre los súbditos que estaban sometidos a su voluntad y esto era un hecho real.”⁵⁹

Los defensores del poder real frente al imperio y frente a la iglesia justificaban este acudiendo a la teorización, lo cual es importante enfatizar porque “...si bien la soberanía es efectivamente un hecho... es también, como concepto político, un intento de dar una justificación o legitimación a tal hecho; legitimación primero política y posteriormente jurídica, pero finalmente, desde el principio mismo de la acuñación del término, no solamente se describe el hecho en sí, sino que además se pretende demostrar que esa capacidad soberana de decisión del rey es legítima, es decir, no es

⁵⁹ Ibid. Pág. 340.



contraria o por lo menos no es éticamente contraria al poder de la Iglesia o Imperio. (Sic)⁶⁰

En ese sentido, durante la edad moderna (época del surgimiento de los Estados nacionales, entidades autónomas frente a otros poderes) emergen hechos que propician la determinación de la concepción de la soberanía, como es el caso de la reforma protestante.

La reforma protestante o protestantismo se manifestó como una corriente o fuerza política que dividió el cristianismo, trayendo como consecuencia el surgimiento de distintas religiones y por ende, la inestabilidad del Estado nacional. Por ello, “No es pues sólo la afirmación del Estado nacional como figura política central de la época del Renacimiento la que da lugar a la gran teorización sobre la soberanía sino la pugna... de ese Estado que había alcanzado su primer grado de consolidación, frente a poderes que trataban de enfrentársele, particularmente la iglesia, pero ahora en una nueva dimensión, ya no el Papa, ya no la autoridad de Roma, sino las corrientes políticas que manifestaban una disidencia, precisamente frente a la autoridad papal y que de alguna manera ponían también en peligro la soberanía del Estado nacional. (Sic)⁶¹

Juan Bodino, uno de los principales teóricos de la soberanía, buscando la consolidación de la monarquía absoluta en Francia en el siglo XVI a través de la defensa de la titularidad de la soberanía en el monarca – concretamente en la corona -, señala que esta es el elemento definitorio del Estado, confiriéndole a la vez un contenido específico al afirmar que es la autoridad sobre los súbditos no sometida a la ley, reconociendo simultáneamente que la misma se encuentra limitada por las leyes divinas, por las leyes naturales. Como indica Porrúa Pérez, “...ese poder supremo no entraña el despotismo, pues Bodino considera que por encima del mismo se encuentra el derecho natural: *jus*

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid. Pág. 341.



divinum et naturale, e igualmente el derecho de gentes y las costumbres de los pueblos...”⁶²

Bodino relaciona dicho concepto con la república al indicar que la soberanía es el poder absoluto y perpetuo de la república, absoluto en el sentido que no está sometido a otro poder y perpetuo porque no tiene término o fin. A la vez, determina la soberanía como autoridad o poder sobre los súbditos no sometida a la ley, manifestándose como facultad de dictar la misma, como hecho generador o creador del derecho, independientemente del consentimiento de los súbditos.

Parafraseando el planteamiento de Bodino, existe una distinción entre Estado y gobierno, atribuyéndose la soberanía genérica al Estado (considerado como ente permanente y absoluto) y la corrupción e injusticia a los gobiernos (meros titulares temporales de la soberanía), a cuya actividad se circunscriben los problemas y las responsabilidades. Al respecto Bergalli y Resta indican: “A partir de ese momento el Estado, investido de la soberanía pero exento de responsabilidades; se constituye en la clave intocable de todo el sistema político.”⁶³

Del pensamiento de Bodino devienen las características de la soberanía como un poder absoluto, perpetuo e indivisible, considerando esta última la característica central puesto que él defendía a la monarquía frente a otras formas de organización política. En alusión a ello Andrade Sánchez explica: “La indivisibilidad de la soberanía en Bodino, tiene por objeto mantener la supremacía del poder del monarca aunque reconoce que pueden existir otras fórmulas en las que la soberanía esté atribuida a un determinado grupo de personas en cuyo caso estaríamos en presencia de la aristocracia, o bien a todo el pueblo, con lo cual se daría una democracia.”⁶⁴

⁶² Op. Cit. Pág. 88.

⁶³ **Soberanía: un principio que se derrumba.** Pág. 91.

⁶⁴ Op. Cit. Pág. 343.



Continuando en la edad moderna, durante el siglo XVII, Thomas Hobbes como consecuencia de los enfrentamientos de poderes y fuerzas sociales en Inglaterra – al igual que Bodino – que el titular o depositario de la soberanía es el monarca, a quien se le atribuye dicha capacidad con la finalidad de que mantenga la unidad del Estado nacional.

No debe dejarse de lado que para Hobbes el origen del Estado y de la autoridad del monarca proviene de un pacto entre los hombres para acabar con un estado de guerra, sustituyéndolo por un estado de orden coactivo que les provea seguridad, pacto que a la vez proviene de la autoridad que le otorga cada hombre que conforma la sociedad y de la capacidad de decisión a la cual renuncian y entregan al Estado, denominado por Hobbes, Leviatán. De esta forma, Hobbes refleja la idea de que la soberanía tiene su fundamento en la comunidad, lo que ahora se denomina soberanía popular.

De manera que Bodino y Hobbes, los dos primeros teóricos importantes de la soberanía, se vieron impulsados por el afán de proporcionar un fundamento intelectual a la legitimación de alguna fuente última de autoridad en el seno del Estado. Ambos deseaban debilitar el apoyo a las guerras de religión que se desarrollaban en Europa, demostrando que la sublevación contra el soberano no podía ser legítima de ninguna manera.

Posteriormente y de forma novedosa, John Locke (basado en su tesis de que el Estado debe ser a-religioso y que en el mismo no debe intervenir ninguna autoridad eclesiástica, pues considera que entre la iglesia y el Estado existe una separación derivada de su distinta naturaleza) hace a un lado la pugna por la soberanía entre el monarca y el pueblo al no considerar la supremacía absoluta del monarca ni de la comunidad, atribuyendo o bien abstrayendo la soberanía al ordenamiento jurídico, a aquel conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta socialmente relevante de los hombres, encubriendo de esta forma el poder con el que contaba la élite que había tomado la dirección del Estado en esa época.



La tercera figura del contractualismo, Juan Jacobo Rousseau (quien considera al contrato únicamente en el sentido de que crea o da origen a la organización política) no como un medio mediante el cual se cede el ejercicio de la soberanía de la comunidad a los gobernantes), fue partidario de que la soberanía es esencialmente popular, es decir, el verdadero soberano es el pueblo, el cual se manifiesta a través de la voluntad general, teniendo su teoría un enfoque democrático basado en su posición liberal igualitarista mediante la cual afirma que nadie puede permitir ser gobernado por otro salvo que lo consienta. De la postura de Rousseau nacen las bases de las ideologías de la revolución francesa, de las organizaciones políticas liberales, el voto universal, el ejercicio de la democracia directa, entre otros.

Como se ha dejado ver hasta este punto, la soberanía es un concepto que evoluciona de acuerdo a las condiciones de cada época al igual que todo concepto político y jurídico, es por ello que al inicio de la edad contemporánea (finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX) surgen nuevas percepciones en relación a dicho concepto.

Entre los primeros pensadores políticos de esta época se encuentra Hegel, quien considera que el Estado es un organismo real resultado del devenir histórico dialéctico, es un todo que lo abarca todo – de ahí las posteriores justificaciones del Estado absoluto -, en consecuencia el hombre no es nada fuera de él; derivado de ello, afirma que la soberanía radica en el Estado y la defiende como entidad política. Al respecto, Andrade Sánchez anota: “En realidad el pensamiento de Hegel responde a su circunstancia histórica en la que la unidad nacional alemana aún no había sido lograda y era claro que otros pueblos habían alcanzado una consolidación en su organización política estatal que los colocaba en posición de ventaja frente a la Alemania de la época aún no integrada estatalmente.”⁶⁵

⁶⁵ Ibid. Pág. 345.



En el siglo XIX, "...en Francia, los llamados doctrinarios tratan de realizar una síntesis entre la idea de la soberanía popular que había aflorado durante la Revolución Francesa y la nueva afirmación de la monarquía como forma política que se da entre 1815 y 1848 y que constituye un regreso, por una parte, a la autoridad monárquica pero que ya no podía sustentarse exclusivamente en el derecho divino de reinar sino que tenían que hacer alguna concesión a la realidad vigente de la época y ésta concesión vuelve a hacerse por la vía de la abstracción, de manera que se elude plantear lo relativo a la titularidad de la soberanía y ésta se remite de nueva cuenta al orden jurídico. (Sic)"⁶⁶

En ese sentido, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, las corrientes alemanas procuran despersonalizar a la soberanía, es decir, intentan revocar el tema de la titularidad de la misma al esbozarla como una cualidad del ordenamiento jurídico. Debe recordarse que el mayor representante de esta corriente fue Hans Kelsen, quien identifica al Estado con el ordenamiento jurídico toda vez que considera que el Estado no es un hecho natural sino un sistema de normas en el que radica la soberanía, esto porque la autoridad es la característica esencial del mismo y en consecuencia debe ser acatado por los individuos.

Posteriormente, en el siglo XX surgen las ideas del reconocido jurista y pensador político Herman Heller, para quien el Estado es una estructura de efectividad organizada, una unidad de decisión y acción, encontrándose de esta manera formado por actividades humanas y no por hombres como lo sostienen otros pensadores. De acuerdo a Heller, la diferencia entre el Estado y otras formas de organización radica en que la dominación de este es soberana, es quien cuenta con el poder físico coactivo y la capacidad de ejecutar sus decisiones frente a sus súbditos.

⁶⁶ Ibid. Pág. 346.



Heller viene a rechazar y a refutar las ideas de Kelsen separando a la soberanía de la idea formal que se había plasmado con anterioridad, partiendo del poder como elemento central de la soberanía la cual no puede entenderse sin una voluntad que dirija al Estado, voluntad que es el elemento esencial que le da sentido a la norma jurídica y que le da sentido al actuar del Estado. Esta nueva noción de la soberanía hace que la misma retorne a su concepción como proveniente de la voluntad general, es decir, la soberanía popular basada en la doctrina rousseauiana.

Aunado a ello, como otro aporte de este pensador se encuentra el asunto de la manifestación externa de la soberanía, es decir, internacional, cómo esta se manifiesta fuera de sus límites, considerando que es esta exteriorización la que verdaderamente garantiza la igualdad entre los Estados ya que permite percibir la relación entre los mismos, en la que no debe existir subordinación sino igualdad.

Del resumen histórico expuesto en relación a la evolución del concepto soberanía, se advierte que la misma es considerada de acuerdo a las condiciones sociales y culturales de la época, y de forma específica y acentuada, de acuerdo a los intereses políticos y económicos de aquellos que detentan el poder, mismos que se reflejan, defienden e intentan justificar y legitimar por parte de los distintos pensadores políticos y jurídicos, encontrándose en ciertos momentos en pugna con las subversiones o levantamientos del pueblo en defensa de sus derechos.

Este concepto a lo largo de la historia se consideró como aquel poder supremo tanto en el interior de la comunidad política como hacia el exterior, es decir, no sometido o subordinado a otro poder, causando polémica el asunto de su titularidad, el cual se refleja en la pugna entre la soberanía popular y la soberanía del monarca, y en determinados casos, la pugna de estas con la soberanía otorgada al derecho u ordenamiento jurídico. Es pues, un vaivén entre los denominados titulares, relacionado con la justicia o legitimidad de la pertenencia de ese poder y la necesidad de que este

cambie de titular para quedar en el que - de acuerdo a la perspectiva de quien lo analice - verdaderamente es el titular legítimo.



Asimismo, el concepto soberanía también ha sido relacionado con las distintas formas de gobierno, de organización política, en el sentido que se ha considerado y debatido si la misma corresponde a una persona (monarquía), a un grupo reducido (aristocracia), o a la comunidad o pueblo (democracia).

2.2. Titularidad de la soberanía

En el capítulo anterior se abordó de manera general lo relativo a la diferencia entre poder público, poder soberano y soberanía, y quien es el titular de la misma, si el pueblo o el Estado, y en consecuencia, si debe utilizarse el término soberanía popular o soberanía estatal; sin embargo, es en este punto en el que se abordará de forma más sustanciosa la diferencia entre estos términos y lo relativo al titular de la soberanía.

Como bien se refleja en la historia, la soberanía popular tiene su manifestación en un ambiente democrático, es decir, en un Estado democrático se entiende que la soberanía radica en el pueblo a quien le pertenece el poder soberano y del cual proviene el poder público que pertenece al Estado.

En consecuencia, ni el Estado ni su poder son soberanos ya que el poder público que le concierne y que se desempeña por sus órganos de gobierno, no es un poder que esté sobre el derecho fundamental creado por el poder soberano del pueblo sino que se encuentra sometido a él. A ello debe agregarse que la soberanía es única e indivisible, por lo tanto no pueden existir dos soberanías.



Sin embargo, para efectos del derecho internacional y de la presente investigación, es necesario analizar la titularidad de la soberanía en su doble aspecto o sentido, es decir, desde una perspectiva política y desde una perspectiva jurídica, dado que la soberanía es la coyuntura entre la realidad política del Estado y su configuración jurídica.

Desde el punto de vista político la soberanía la tiene y dispone el pueblo (soberanía popular), no puede haber otro titular de la soberanía que no sea el pueblo. Es por ello que la Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 141 establece: “La soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial...”

Sin embargo, a pesar de que en la teoría se afirma que la soberanía la tiene y dispone el pueblo, llegando ingenuamente a creer que la misma es ejercida por todas las clases sociales dentro de la sociedad, no es asunto nuevo el hecho de que hay grupos dentro de la población que gozan de mayor poder o influencia en las decisiones políticas, derivado generalmente del poder económico, teniendo de esta forma - podría decirse - mayor soberanía que otros grupos o sectores, en términos más adecuados, son los que verdaderamente representan al pueblo. “La teoría clasista del marxismo nos diría que si bien la soberanía está radicada en el pueblo, son las clases dominantes las que ejercen efectivamente, como parte de ese pueblo, la soberanía real y que es la clase dominante la que usa al Estado como instrumento de su poder real, para que sus decisiones soberanas le favorezcan.”⁶⁷

De esta forma, esa capacidad de influencia en las decisiones políticas se manifiesta en la facultad de crear el derecho, el cual se impone a todos aunque beneficie solo a uno o a algunos sectores de la comunidad, es decir, la soberanía ya transformada en ordenamiento jurídico puede llegar a utilizarse en contra del pueblo. “Podría decirse que

⁶⁷ Ibid. Pág. 353.

esta creación real del Derecho, o sea, la conversión de poder en Derecho, que es la característica de la soberanía, radica en el estudio de lo que la politología norteamericana ha llamado el proceso de *decision making*, esto es, la forma como efectivamente se toman las decisiones que se convierten en jurídicamente obligatorias para la comunidad. (Sic)⁶⁸

En este punto debe hacerse la distinción entre soberanía y potestad. Sin ahondar en el tema diremos de forma concreta que el pueblo tiene soberanía y el Estado potestad, toda vez que el primero es atributo originario del pueblo (cuya esencia es la facultad de crear el derecho) y su ejercicio le pertenece al Estado, el cual se le atribuye mediante la autorización que realiza el primero. “La soberanía origina el poder político del Estado. El poder de las instituciones y órganos políticos no crea soberanía. El decisionismo sin normas solamente es válido para el titular único y legítimo de la soberanía, que tiene poder porque es soberano: que es capaz de decidir en última instancia, aun cuando no haya norma aplicable al caso concreto. La potestad del pueblo es originaria y perpetua.”⁶⁹

A la vez, también es necesario analizar la diferencia entre soberanía popular y soberanía nacional. Como bien se indicó, el titular de la soberanía es el pueblo y no la nación, toda vez que nación es un concepto puramente social y no político; sin embargo, y a modo justificar el uso del término soberanía nacional, puede decirse que el titular de la soberanía es la nación política de la cual deviene la creación del derecho fundamental que rige el funcionamiento del Estado.

Desde la edad contemporánea, específicamente desde la revolución francesa, se ha debatido la diferencia entre nación política y pueblo, y por ende, entre soberanía

⁶⁸ Ibid. Pág. 354.

⁶⁹ Arnaiz Amigo, Aurora. **Soberanía y potestad II: de la potestad del Estado.** Pág. 33.

nacional y soberanía popular. Una distinción clásica - respecto a la mencionada revolución – puede ejemplificarse en las constituciones francesas; así, de acuerdo a la constitución francesa de 1791 la soberanía nacional era ejercida por un parlamento elegido por sufragio censitario (visión conservadora), y la soberanía popular, de acuerdo a la constitución de 1793 pertenecía al pueblo y conduciría a la democracia directa o sufragio universal (visión revolucionaria). Según algunos filósofos, las diferencias fueron prácticamente terminológicas y desde 1789 hasta 1794 hubo en el fondo un mismo concepto revolucionario de soberanía.

Por otro lado, desde el punto de vista jurídico - que es el que conviene resaltar para efectos de esta investigación - el titular de la soberanía es el Estado, en cuanto la comunidad como unidad política lo es, sin llegar a considerar al mismo como un ser absoluto. Esta postura proviene de la edad moderna, concretamente de Juan Bodino, quien indicó que la soberanía es el atributo esencial del Estado, consecuencia de la consolidación del Estado nacional que se había logrado frente al poder del imperio y del papado y que se veía amenazado por la reforma protestante.

Este punto de vista encuentra su justificación en que “El Estado es en sí una realidad política como el poder que lo sustenta, pero se configura como una estructura jurídica en la medida en que ese poder – por decirlo así – se vacía en una serie de instituciones con pretensión de permanencia. La permanencia de las instituciones permite identificar no sólo a la unidad política del poder existente y real, sino a su configuración jurídica que se establece como un sujeto de Derecho, tanto para las aplicaciones internas de la legislación, como para los tratos con otras unidades similares a las que se les reconoce la misma categoría de Estado. (Sic)”⁷⁰

⁷⁰ Andrade Sánchez. Op. Cit. Pág. 355.



Es por ello que la Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 140 establece: “Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades...”, y en su Artículo 141: “La soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial...”

Con base en lo anterior y con el ánimo de aclarar los posteriores usos del término soberanía desde esta perspectiva, es decir, como soberanía estatal, se establece que esta acepción corresponde en el sentido que el Estado es un sujeto de derecho tanto en relación con sus súbditos (la población) como a nivel internacional (relación independiente con otros Estados), encontrándose investido de un poder denominado poder público, el cual proviene del poder soberano que pertenece al pueblo; en otras palabras, el pueblo (o nación política) no es considerado sujeto de derecho en el plano internacional, cualidad que si recibe el Estado debido a que es depositario y representante de la soberanía que pertenece al pueblo y que por tal hecho se le atribuye la misma denominándola soberanía estatal.

Para finalizar este tema es importante mencionar que la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados, establece en su Artículo primero: “El Estado como persona de Derecho Internacional debe reunir los siguientes requisitos: I. Población permanente. II. Territorio determinado. III. Gobierno. IV. Capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados.”

2.3. Definición y características de la soberanía

Con base en todo lo expuesto, la soberanía se define como aquel poder supremo o capacidad autónoma de decisión de toda comunidad políticamente organizada tanto en el interior como hacia el exterior de su territorio, es decir, no sometido o subordinado a otro poder.



De esta forma, la soberanía es un poder legítimo, absoluto (no supeditado a otros poderes), independiente (frente a otros estados, derivado de la igualdad entre estos y en consecuencia no deben intervenir en su régimen interior), perpetuo (porque no tiene limitación en el tiempo), inalienable (porque si esta se enajena conlleva a la supresión del soberano) e indivisible (ello deriva de su inalienabilidad, pues dividirla supondría enajenarla parcialmente).

2.4. Clases o acepciones de la soberanía estatal

Stephen D. Krasner, desde un punto de vista jurídico, afirma que “El concepto de soberanía se ha usado de cuatro maneras distintas: como soberanía legal internacional, como soberanía westfaliana, como soberanía interna y como soberanía interdependiente.”⁷¹

De acuerdo al orden expuesto, la soberanía legal internacional “...hace referencia a aquellas prácticas que se relacionan con el reconocimiento mutuo, por lo general entre entidades territoriales que poseen independencia jurídica formal.”⁷² A nivel de las relaciones internacionales los Estados necesitan el reconocimiento del resto de Estados, tal como lo afirma Aurora Arnaiz: “El reconocimiento de los demás estados, dándole entrada a dicha comunidad, lo transforma en sujeto capaz de contraer, legalmente, derechos y obligaciones internacionales. La proyección en el exterior de los actos estatales solamente adquiere validez plena, cuando forma parte del concierto internacional, tanto en lo referente a la exigencia de los derechos propios, como al reconocimiento de las atribuciones de los demás sujetos de la relación internacional.”⁷³

⁷¹ **Soberanía, hipocresía organizada.** Pág. 14.

⁷² Ibid.

⁷³ Op. Cit. Pág. 73.



Por otro lado, Krasner aborda la soberanía westfaliana indicando que: “La soberanía westfaliana trata de aquellas organizaciones políticas basadas en la exclusión de protagonistas externos en las estructuras de autoridad en un territorio dado.”⁷⁴, siendo su norma fundamental la existencia de los Estados en territorios determinados, en los cuales las autoridades políticas internas son los únicos reguladores de la conducta legítima.

El término soberanía westfaliana proviene de la paz de Westfalia, momento histórico en que se firmaron dos tratados de paz en el año 1648 – en la región de Westfalia - mediante los cuales se dio fin a la guerra de los treinta años en Alemania y la guerra de los ochenta años entre España y los Países Bajos. La importancia de este acontecimiento histórico para efectos de esta investigación radica en que a través del mismo, Europa central comienza un nuevo orden político basado en el concepto soberanía, que dio origen al Estado nacional durante la edad moderna, el cual logró consolidarse frente al poder del Imperio (sacro imperio romano - germánico) y del papado.

En ese sentido, derivado de la paz de Westfalia, cada Estado logró realizar todo aquello que beneficiara su fortalecimiento, especialmente territorial (con base en el principio de integridad territorial como fundamento de su existencia frente a la concepción feudal en la que se consideraba que los territorios y pueblos constituían un patrimonio hereditario), sin estar sujeto a limitaciones o injerencias externas provenientes del imperio o de la iglesia (misma que influyó en la división del cristianismo y por ende en la diferencia de religiones en cada Estado) y de forma igualitaria con otros Estados.

Esta clase de soberanía se vulnera cuando actores externos influyen o determinan las estructuras de autoridad internas del Estado, pudiendo estas ser atacadas o comprometidas a través de actos coercitivos o impositivos o bien a través de actos

⁷⁴ Op. Cit. Pág. 14.

voluntarios, es decir, a través de la intervención (que transgrede la soberanía legal internacional y la westfaliana, violando de esta forma el principio de no intervención, considerado el elemento clave de la soberanía estatal) y la invitación (que solo transgrede la soberanía westfaliana porque violan la autonomía interna cuando un gobernante sujeta las estructuras de autoridad internas a límites externos).

El principio de no intervención - que cobra vital importancia al hablar de soberanía - se usó por primera vez en la segunda mitad de siglo XVIII por Wolff y Vattel. Al respecto Krasner apunta: "En la década de 1760 Wolff escribía que «la interferencia en el gobierno de otro, sea cual fuere la manera en que se lleve a cabo, es opuesta a la libertad natural de las naciones, en virtud de la cual uno es, en sus acciones, enteramente independiente de la voluntad de otros naciones». Vattel defendió que ningún Estado tiene el derecho de intervenir en los asuntos internos de otros Estados y aplicó el argumento tanto a los Estados no europeos como a los europeos..."⁷⁵

La tercera acepción indicada, la soberanía interna, hace referencia a "...la organización formal de la autoridad política dentro del Estado y a la capacidad de las autoridades públicas para ejercer un control efectivo dentro de las fronteras del propio Estado."⁷⁶; y la cuarta acepción, la soberanía interdependiente, se define como "...la capacidad de las autoridades públicas de regular el flujo de informaciones, ideas, bienes, gentes, sustancias contaminantes o capitales a través de las fronteras del Estado en cuestión."⁷⁷

Es importante subrayar que las distintas clases de soberanía no están teóricamente interrelacionadas - aunque en la práctica si suceda - ni se modifican de la misma forma

⁷⁵ Ibid. Pág. 37.

⁷⁶ Ibid. Pág. 14.

⁷⁷ Ibid.



y al mismo tiempo, ya que cada una está referida a un ámbito diferente de la actividad estatal, sin embargo, en la práctica los Estados pueden tener solo una o algunas de ellas toda vez que la pérdida de una clase de soberanía puede comprometer el desgaste o pérdida de otras.

Asimismo, debe resaltarse la existencia y diferencia entre autoridad y control en estas cuatro acepciones, consistiendo la primera (autoridad) en la facultad de realizar determinadas actividades de forma efectiva y sin el uso de la fuerza mientras que el control implica el uso de la fuerza sin que necesariamente deba existir un reconocimiento mutuo de autoridad. Sin embargo, en la práctica el límite o diferencia entre estas dos figuras es casi invisible ya que la pérdida de autoridad puede producir pérdida de control y viceversa.

En ese sentido, la soberanía legal internacional y la soberanía westfaliana se relacionan con autoridad y legitimación pero no con control, la soberanía interna implica autoridad y control y por último, la soberanía interdependiente se relaciona exclusivamente con control.

2.5. Análisis y problemas contemporáneos de la soberanía estatal

La soberanía es un tema que se ha desarrollado desde tiempos antiguos y que ha sido objeto de múltiples controversias y discusiones al ser manipulada de acuerdo a los intereses de las distintas épocas. Esto ha sido tratado con anterioridad para comprender su devenir histórico y para preparar el espacio en el que se explicará cómo se desarrolla actualmente la soberanía estatal, en qué circunstancias y cuáles son los problemas y obstáculos que enfrenta; análisis que se realizará tomando como base la clasificación de la soberanía desarrollada anteriormente.



Como se indicó, a nivel internacional el pueblo no es sujeto de derecho, **título que si** posee el Estado; de esa cuenta, la soberanía legal internacional se basa **en el** reconocimiento mutuo de los Estados, lo cual les permite ser sujetos de derecho internacional y por ende ser sujetos de derechos y obligaciones. Este reconocimiento es deseado por todas las entidades territoriales formalmente independientes ya que a través de este obtienen beneficios, “facilita la firma de tratados, establece la inmunidad diplomática y ofrece protección contra las acciones legales llevadas a cabo por otros Estados.”⁷⁸ “Casi todos los gobernantes han buscado la soberanía legal internacional, el reconocimiento de otros Estados, puesto que ello les proporciona recursos materiales y normativos. La soberanía puede considerarse «el billete de entrada a la admisión generalizada en la escena internacional».”⁷⁹

Sin embargo, muchas veces las violaciones a la soberanía legal internacional “...han tenido lugar mediante acuerdos mutuos, desde el momento mismo en que el reconocimiento depende de la aceptación voluntaria por otros Estados.”⁸⁰, por ello es menester aclarar que – como bien afirmaba Heller – a pesar de que del reconocimiento deviene la interrelación e interdependencia de los Estados, ello no suprime su independencia jurídica.

Es pues el Estado un sujeto de derecho internacional que permanentemente se ha visto atacado en cuanto a su soberanía, siendo esta erosionada de distintas maneras y a través de distintas situaciones que el Estado enfrenta día a día y que los ciudadanos pueden percibir de forma directa o bien de forma indirecta, desembocando en la disminución de autoridad y capacidad del aparato estatal para ejercer un control efectivo.

⁷⁸ Ibid. Pág. 19.

⁷⁹ Ibid. Pág. 31.

⁸⁰ Ibid. Pág. 18.



Entre los problemas actuales que el Estado enfrenta se pueden mencionar: la globalización; la necesidad del reconocimiento mutuo; los derechos humanos, la existencia de expectativas compartidas en la sociedad internacional, es decir, compromiso ante la comunidad internacional; la situación y necesidades económicas y políticas; la falta de compromiso y responsabilidad de los gobernantes; el narcotráfico; el uso inadecuado e irresponsable de la tecnología, entre otros.

Lo anterior se debe a que el sistema internacional se caracteriza por la existencia de asimetrías de poder que provocan que los Estados más fuertes conquistan a los más débiles, conquistas que varían en cuanto a los medios utilizados y al fin que se persiga, fin que dependerá de lo que ambiciona dominar el Estado más fuerte y que redundará en el menoscabo de autoridad y/o control del Estado débil.

Ahora bien, se entiende en este contexto por Estados fuertes a aquellos que son capaces de controlar su territorio (y el de otros) y de proveer a la población todas aquellas condiciones que aseguren una vida digna y oportunidades para su desarrollo, tales como la seguridad, justicia, empleo, educación, salud, respeto a los derechos humanos, entre otros; y por Estados débiles o en crisis, a aquellos que son vulnerables a las conquistas (no necesariamente por las armas), vulnerabilidad que deviene de su bajo desarrollo, de sus condiciones económicas y políticas que ponen en riesgo su supervivencia, el grado de dependencia ante otros Estados (principalmente de los de primer mundo), el actuar inmoral e irresponsable de sus gobernantes, la criminalidad en aumento, la falta de acceso y deficiente educación y salud, la elevada corrupción y en consecuencia, la falta de justicia.

Como bien se anotó, el reconocimiento entre Estados proporciona recursos materiales y normativos, es por ello que Krasner indica: "Al facilitar la firma de acuerdos, la soberanía legal internacional ofrece a los gobernantes la posibilidad de asegurarse recursos externos que pueden aumentar su capacidad para mantenerse en el poder y



fomentar la seguridad y los intereses económicos e ideológicos de quienes los apoyan⁸¹, tomando en consideración que este reconocimiento es señal de viabilidad para quienes detentan el poder.

Por lo anterior, debe considerarse la importancia del compromiso y responsabilidad de los gobernantes ante el Estado, específicamente ante el pueblo, de quien deviene el poder que detentan, toda vez que el actuar inmoral y corrupto de los mismos es una cuestión que aqueja a los Estados a nivel mundial aunque de forma más clara en los Estados débiles. Este actuar de los gobernantes muchas veces es provocado porque los mismos, a cambio de beneficios personales, están comprometidos política y económicamente con los Estados poderosos de los cuales dependen o bien están comprometidos con ciertos grupos de la sociedad, lo cual somete a los gobernantes y a la población en general a presiones continuas que resultan en actos y decisiones que violan la soberanía estatal.

En razón de ello el autor citado afirma lo siguiente: "...todo aquello que signifique alcanzar el reconocimiento internacional ha llevado a los gobernantes a no escatimar esfuerzos, hasta llegar a alterar las estructuras de autoridad internas, la política, e incluso el personal administrativo de otros Estados, o a aceptar relaciones contractuales que comprometen la autonomía de su propio Estado."⁸² Es pues la decisión de los gobernantes un factor importante del que proviene el respeto e integridad de la soberanía del Estado.

Sin embargo, una soberanía legal internacional reconocida no implica la existencia de una soberanía westfaliana, es decir, que las estructuras de autoridad del Estado no estén sujetas a la autoridad o al control externo; tampoco asegura la legitimación de autoridades internas, su capacidad de controlar y regular en el interior de su territorio o

⁸¹ Ibid. Pág. 31.

⁸² Ibid. Pág. 34.



bien los flujos que atraviesan sus fronteras, es decir, no garantiza ni la soberanía interna ni la soberanía interdependiente.

En el caso de la soberanía westfaliana, las violaciones a la misma pueden darse a través de convenios, contratos, coerción e imposición, mientras que las violaciones a la soberanía legal internacional únicamente pueden darse mediante la coerción e imposición, por las siguientes razones: “Un convenio supone que los gobernantes mejoran – pues, de otra manera nunca lo hubieran admitido -, incluso aunque no todas las partes acepten sus términos. Los contratos hacen que al menos un dirigente mejore su posición y que ningún otro empeore, pero solamente si los participantes aceptan sus términos y compromisos. Si una de las partes renuncia, también lo harán las demás. El *statu quo* está siempre al alcance de los gobernantes, a la expectativa de firmar convenios y contratos. Los gobernantes no empeoran sino participan. Convenios y contratos constituyen acuerdos voluntarios.

La coerción y la imposición dejan a una de las partes en peor situación. En los casos de coerción, un dirigente amenaza con imponer sanciones a otro si el objeto de la acción no cambia su política. Este puede rechazar las demandas (en cuyo caso sufre sanciones), o aceptarlas. En cualquiera de las dos situaciones el objeto de la acción empeora. El objeto de la acción puede optar por sufrir sanciones o por realizar cambios.

La imposición es el final lógico de la coerción. Implica una situación en la que el objeto no tiene otra elección que la de aceptar las demandas del iniciador de la acción: su dinero o su vida no constituyen algo que anime a regatear. El objeto es tan débil que realmente no puede resistir. En la situación más extrema, el gobernante más débil podría ser eliminado de su puesto o, en el caso de aquellos gobernantes que aspirasen a dirigir un Estado, nunca se les permitiría ocupar el cargo de mayor responsabilidad”⁸³

⁸³ Ibid. Pág. 44.



De manera que, la soberanía westfaliana se ha menoscabado debido a que los gobernantes han dejado de lado la importancia que representa para la soberanía estatal el excluir a los actores externos de las estructuras de autoridad en el interior de su territorio, como bien se ha manifestado en América Central y en otros territorios latinoamericanos. De esta forma, “Estados más poderosos han optado por la intervención, manteniendo una coerción sobre las autoridades públicas de Estados más débiles para que acepten estructuras de autoridad dictadas desde el exterior. Los gobernantes han hecho también uso de la invitación, políticas voluntarias que comprometen la autonomía de la propia entidad política, como por ejemplo la firma de acuerdos sobre derechos humanos establecidos por estructuras judiciales supranacionales, o la aceptación de acuerdos sobre préstamos internacionales que proporcionan a quienes los conceden no solo el derecho a cobrarlos, sino también a influir sobre las políticas y las instituciones internas. La norma de la autonomía, punto neurálgico de la soberanía westfaliana, ha sido puesta en entredicho por alternativas que incluyen los derechos humanos, los derechos de las minorías, la responsabilidad fiscal y el mantenimiento de la estabilidad internacional.”⁸⁴

Sin ánimo de ahondar en el tema de la violación a la soberanía estatal a través de acuerdos sobre derechos humanos – por no ser tema principal de esta investigación -, debe aclararse que a pesar de lo anteriormente indicado, en el derecho internacional la soberanía de los Estados no puede servir como escudo inquebrantable frente a graves violaciones de los derechos humanos.

Con relación a la soberanía interna, a la organización de la autoridad política dentro del Estado y a la capacidad de las autoridades de controlar dentro del mismo, la doctrina del Estado soberano no admite que la política interior de ningún Estado pueda ser objeto de interés alguno por parte de cualquier otro Estado. Sin embargo, la violación a las otras clases de soberanía implica de cualquier forma violación a la soberanía

⁸⁴ Ibid. Pág. 20.



interna, ya que intereses externos buscan manejar y tomar la capacidad de las autoridades de controlar su política interna, es decir, interferir en los asuntos domésticos de otros Estados.

Todo lo analizado hasta ahora puede resumirse en lo que Víctor Flores Olea escribe respecto a este tema: “El desequilibrio de poder existente entre los Estados contemporáneos ha limitado el ejercicio de la soberanía; los Estados débiles, sobre todo aquellos que se constituyen o se relacionan directamente con las denominadas zonas de influencia, tienen una libertad relativa para decidir soberanamente sobre algunos problemas ya que sus decisiones están altamente vinculadas a los intereses del Estado poderoso que los tutela, demostrando ello que la existencia de los Estados y las soluciones a problemas internos dependen estrechamente del estado de las relaciones en el plano internacional.”⁸⁵

Ante esta inquietante realidad y con base en la esencia de la soberanía, dicho jurista agrega: “... sólo ostenta la cualidad de soberano aquel Estado cuyo poder de organización le pertenece. Si tal poder, de dar ser y forma a la organización, radica en una instancia fuera del Estado, éste no es soberano. Para que podamos afirmar la soberanía de un Estado, es preciso que el poder de organizarse le sea inmanente. Si a una comunidad, de fuera, se le impone el modo de su organización, ella no constituye un Estado soberano. (Sic)”⁸⁶

Esta realidad es contrastante con el texto de los distintos instrumentos jurídicos de carácter internacional relacionados con la igualdad y la no intervención de los Estados. Por ejemplo, la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados, más conocida como Convención de Montevideo, nació en el marco de la VII conferencia

⁸⁵ Ensayo sobre la soberanía del Estado. Pág. 134.

⁸⁶ Ibid. Pág. 57.

panamericana de Montevideo en diciembre de 1933, conferencia en la que el presidente de los Estados Unidos, Franklin D. Roosevelt declaró la llamada política de buena vecindad, mediante la cual se declaraba la no intervención de Estados Unidos en los asuntos de los países de América durante los años 1933 a 1945. Esta política se realizó con la intención de restablecer el concepto de Estados Unidos que había sido generalizado en América por el denominado imperialismo yanqui, el cual fue desarrollado por Theodore Roosevelt en años anteriores.



Esta convención en su Artículo 4 establece: "Los Estados son jurídicamente iguales, disfrutan de iguales derechos y tienen igual capacidad para ejercerlos. Los derechos de cada uno no dependen del poder de que disponga para asegurar su ejercicio, sino del simple hecho de su existencia como persona de Derecho Internacional." Asimismo, en su Artículo 8: "Ningún Estado tiene derecho de intervenir en los asuntos internos ni en los externos de otro."

La igualdad de los Estados, el derecho a su autodeterminación y la no intervención por parte de otros Estados también ha sido sostenido en otros instrumentos jurídicos de carácter internacional como la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

De forma específica puede citarse la Declaración sobre la Inadmisibilidad de la Intervención en los Asuntos Internos de los Estados y Protección de su Independencia y Soberanía (1965), la cual establece: "1. Ningún Estado tiene derecho de intervenir directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. Por lo tanto, no solamente la intervención armada, sino también cualesquiera otras formas de injerencia o de amenaza atentatoria de la personalidad del Estado, o de los elementos políticos, económicos y culturales que los constituyen, están condenadas; 2. Ningún Estado puede aplicar o fomentar el uso de medidas



económicas, políticas o de cualquier otra índole para coaccionar a otro Estado a fin de lograr que subordine el ejercicio de sus derechos soberanos u obtener de él ventajas de cualquier orden...; ...5. Todo Estado tiene el derecho inalienable a elegir su sistema político, económico, social y cultural, sin injerencia en ninguna forma por parte de ningún otro Estado; 6. Todo Estado debe respetar el derecho de libre determinación e independencia de los pueblos y naciones, el cual ha de ejercerse sin trabas ni presiones extrañas y con absoluto respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales...”

Y por último, la Declaración sobre la Inadmisibilidad de la Intervención y la Injerencia en los Asuntos Internos de los Estados (1981), la cual indica: “1. Ningún Estado o grupo de Estados tiene el derecho de intervenir o injerirse en ninguna forma ni por ningún motivo, en los asuntos internos y externos de otros Estados. 2. El principio de la no intervención y la no injerencia en los asuntos internos y externos de los Estados abarca los siguientes derechos y deberes: a) La soberanía, la independencia política, la integridad territorial, la unidad nacional y la seguridad de todos los Estados, así como la identidad nacional y el patrimonio cultural de sus pueblos; b) El derecho soberano e inalienable de todo Estado de determinar libremente su propio sistema político, económico, cultural y social, de establecer relaciones internacionales y de ejercer soberanía permanente sobre sus recursos naturales de conformidad con la voluntad de su pueblo, sin ninguna forma de intervención, injerencia, subversión, coerción o amenaza del exterior; c) El derecho de los Estados y de los pueblos a tener libre acceso a la información y a desarrollar plenamente sin injerencias su sistema de información y de medios de comunicación y a utilizar sus medios de información para promover sus intereses y aspiraciones políticos, sociales, económicos y culturales, sobre la base, entre otras cosas, de los artículos pertinentes de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los principios del nuevo orden internacional de la información; ...k) El deber de todo Estado, en la conducción de sus relaciones internacionales en las esferas económica, social, técnica y comercial, de abstenerse de adoptar medidas que constituyan una injerencia o intervención en los asuntos internos o externos de otro Estado, impidiéndole así determinar libremente su desarrollo político, económico y social; esto



incluye, entre otras cosas, el deber de un Estado de no utilizar sus programas de asistencia económica externa, adoptar medidas de represalia o de bloqueo económico multilaterales o unilaterales y de impedir el uso de empresas transnacionales y multinacionales bajo su jurisdicción y control como instrumentos de presión y coerción política contra otro Estado, en violación de la Carta de las Naciones Unidas.”

Ahora bien, sin el ánimo de incitar o propiciar el aislamiento de los Estados, también debe considerarse que la soberanía interdependiente sufre menoscabo constante, especialmente en los Estados débiles, ya que ello redundaría en la incapacidad de regular la entrada y salida de bienes, personas, animales, enfermedades, armas, información, ideas, etc. a través de sus fronteras. “Cada vez son menos las actividades sobre las que los Estados pueden ejercer un control efectivo. Han ido apareciendo nuevos problemas, tales como «la contaminación atmosférica, el terrorismo, el mercado de drogas, las crisis monetarias y el sida», producto todos ellos de la interdependencia o de las nuevas tecnologías; todos ellos constituyen más bien problemas transnacionales que nacionales. Los Estados son incapaces de proporcionar soluciones ante éstos y otros asuntos.”⁸⁷

Si bien es cierto que la pérdida de soberanía interdependiente no implica la pérdida de la soberanía interna, la primera si puede influir en el menoscabo de la segunda, ya que si un Estado no puede controlar lo que pasa a través de sus fronteras tampoco será capaz de controlar lo que sucede en el interior de las mismas, pudiendo llegar a hablarse de un Estado fallido o Estado fracasado.

Un Estado fracasa cuando es incapaz de controlar su territorio, mantener el Estado de derecho y proveer un gobierno efectivo, es decir, el gobierno pierde credibilidad por no entregar resultados a su población; a pesar de que conserva su capacidad jurídica, en

⁸⁷ Krasner. Op. Cit. Pág. 26.



la práctica ha perdido su habilidad para ejercerla. Este fracaso es causado por situaciones como las malas políticas económicas, la baja recaudación de impuestos, el malgasto de los mismos, el bajo control sobre el narcotráfico, entre otros.

Luego de este análisis y con base en las ideas de Stephen D. Krasner, se concluye que la soberanía es una hipocresía organizada debido a que si bien existen normas o principios que deben observarse y que muchas veces se cumplen solo de palabra, en la práctica son frecuentemente ignoradas o quebrantadas a través de normas alternativas, las denominadas excepciones, políticas económicas, intereses del Estado o de los gobernantes, entre otros, ya que como bien se mencionó en las primeras líneas de este análisis, la soberanía estatal muchas veces se encuentra sometida a compromisos con la comunidad internacional o bien a presiones provenientes de otros Estados por motivos políticos, económicos o bien basados en derechos humanos y la defensa de la seguridad nacional.

En la actualidad, la división entre poderes internos y poderes externos se ha diluido debido a que las fuerzas que se mueven en el mundo traspasan las fronteras de los Estados, provocando que los mismos, especialmente los Estados subdesarrollados, recurran al concepto de soberanía como medio de defensa para conservar su existencia ante poderes externos que lo invaden y se le oponen. "Su condición, políticamente inferior, sujeta a las fuerzas que penetran en él, o que lo presionan desde fuera lo obliga – como obligaba al antiguo rey todavía no plenamente afianzado - a defender su soberanía. Soberanía que se esgrime en el ámbito jurídico para tratar de preservarla en lo político, donde está disminuida; su poder real es muy poco efectivo, su capacidad de decisión mínima, las presiones exteriores se le imponen con una fuerza tal que parecen superiores a sus propias posibilidades de autodeterminación..."⁸⁸

⁸⁸ Andrade Sánchez. Op. Cit. Pág. 359.



Respecto a este tema Aurora Arnaiz considera que “La división entre sociedades desarrolladas y subdesarrolladas, corresponde a la de los Estados poderosos, y menos poderosos. El grado del poder exterior de un Estado se mide por la extensión de su zona de influencia. El predominio internacional requiere de Estados satélites. La pretendida neutralidad de algunos países suele estar en consonancia con su subdesarrollo. La carencia de disponibilidades sociales económicas propias les impele a aceptar las ofertas de las grandes potencias para transformarlos en Estados satélites, a cambio de obtener ayudas técnicas e industriales que pongan en actividad los improductivos recursos naturales.”⁸⁹ Ello se refleja en que muchas veces “los organismos internacionales que pretenden la ayuda desinteresada a los países pobres están, en muchos aspectos, controlados por las grandes potencias internacionales, de quienes reciben los emolumentos.”⁹⁰

En ese sentido y a manera de conclusión, con base en los argumentos de Andrade Sánchez, debe afirmarse que el problema de la enajenación de la soberanía es real y vigente, es un problema de penetración psicológica y cultural, de ruptura de las estructuras estatales y de debilidad de las instancias gubernamentales para sostener la soberanía estatal la cual se ve reducida a una mera ficción que provoca el sometimiento de los Estados a la suprasoberanía o soberanía expansionista de las grandes potencias que buscan justificar sus mecanismos de dominación extranacional.

Ante esta situación no debe dejarse de lado el derecho de los Estados a su conservación, tema expuesto por Maquiavelo, quien indicó como fines específicos de los Estados: su existencia, coexistencia y subsistencia. El derecho de un Estado a su conservación es correlativo al derecho de reconocimiento de independencia e igual trato de los demás Estados, pues la justicia consiste en mantener la igualdad entre los iguales. Sin embargo, ante la realidad expuesta, entre Estados subdesarrollados o sin

⁸⁹ Op. Cit. Pág. 108.

⁹⁰ Ibid.



peso en la esfera internacional, el principio de conservación equivale al derecho de subsistir, y entre las grandes potencias equivale a la lucha frente a la competencia por proteger el predominio.

La soberanía es un concepto absoluto, de ahí que su manifestación deba ser plena, compartirla o supeditarla es inaceptable al igual que la existencia de Estados semisoberanos; es un derecho originario de la comunidad para organizarse políticamente que hace posible la autodeterminación y la independencia.



CAPÍTULO III

3. Ciberespacio, ciberseguridad y derecho de internet

3.1. Era de la información

Un paradigma tecnológico se integra por un conjunto de reglas o principios que determinan o guían las decisiones tecnológicas y de inversión en un período de tiempo determinado, siendo sustituido cada paradigma por uno nuevo, lo cual tendrá como consecuencia una serie de cambios en la organización y relaciones sociales y económicas. En ese sentido, existen tres elementos que caracterizan el desarrollo de un nuevo paradigma, siendo estos: amplias posibilidades de aplicación de nuevas tecnologías, demanda creciente y disminución creciente del costo unitario de producción.

El cambio de un paradigma a otro se caracteriza por procesos como la aparición de sectores inexistentes previamente, el desarrollo de nuevas tecnologías (los paradigmas están determinados por un artefacto, aparato o dispositivo que lidera el proceso tecnológico y que mejora con el transcurso del tiempo), nuevas formas de generar y de transmitir conocimientos y nuevas formas de comercialización. En ese sentido, “El concepto de paradigma tecnológico se complementa con la noción más amplia de régimen o paradigma tecnoeconómico que refleja la evolución que se produce entre el cambio tecnológico y el desarrollo económico.”⁹¹

⁹¹ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). **La sociedad de la información en América Latina y el Caribe: desarrollo de las tecnologías y tecnologías para el desarrollo.** Pág. 29.



Con base en los elementos anotados, existen cinco períodos representados y distinguidos por un paradigma diferente: el primer período (entre 1770 y 1840) basado en el algodón y el hierro fundido; el segundo período (hasta 1890) dominado por la máquina de vapor y el ferrocarril y por los factores de carbón y transportes; en el tercer período (hasta la gran depresión de 1929) predomina la energía eléctrica y la ingeniería pesada; el cuarto período (hasta principios de los años 80) tiene como elemento clave al acero y los sectores dinámicos son el complejo automotor, los bienes de consumo durables y la petroquímica; y el último período, que se prolonga hasta la actualidad, corresponde al paradigma dominado por las tecnologías de la información, siendo los elementos fundamentales la microelectrónica y las tecnologías digitales y teniendo como sectores dinámicos, los equipamientos de informática y telecomunicaciones, la robótica, software y servicios intensivos en información.

Del último paradigma, denominado paradigma digital, surge la era de la información, también denominada era informática o era digital, período histórico marcado por el surgimiento de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), es decir, surge a partir de la denominada revolución digital o tercera revolución industrial, la cual inició en los primeros años de la segunda mitad del siglo XX con la creación y amplio desarrollo de las computadoras digitales y otras tecnologías similares que siguen desarrollándose hasta nuestros días.

Mediante la revolución digital se realiza el cambio de la tecnología analógica (mecánica y electrónica) a la tecnología digital, lográndose amplificar la señal digital y obtener una mayor facilidad en el movimiento de la información a través de la obtención de copias idénticas al original. Para comprender de una forma más sencilla el cambio que implicó esta revolución, la transición de la tecnología analógica a la digital, se puede tomar el ejemplo de las grabaciones de audio: estas grabaciones se producían a través de la impresión de formas de onda analógicas sobre cinta magnética o un acetato (LP, del inglés *long play*, también llamado disco de larga duración), posteriormente, con el



surgimiento de la tecnología digital, las grabaciones de audio se comenzaron a producir en discos compactos digitales (CD).

La característica común de las tecnologías del paradigma digital es el uso del dígito binario, el *bit*, como el método más eficiente para codificar información, la pieza clave de la simbolización de la información. Ante esto surge la interrogante sobre la importancia de la conversión de la información en *bits*, siendo una de las respuestas más acertadas la siguiente: “La conversión de la información en *bits* permite realizar cuatro operaciones básicas: I) captación y traducción, es decir, la reproducción de la información en un formato distinto al original; II) transmisión, reproduciendo en un punto un mensaje seleccionado en otro; III) computación, es decir, el manejo de la información según un determinado procedimiento, y IV) almacenamiento sin perder la información. Estas funciones están estrechamente ligadas entre sí, son interdependientes y componen el sistema tecnológico que se conoce como tecnologías de la información y las comunicaciones o TIC. Por supuesto, hay un quinto componente que es fundamental al elaborar un esquema completo de los procesos de información y comunicación: el cerebro humano y sus funciones.”⁹²

El almacenar información de forma digital presenta diversas ventajas ya que “...los *bits*, al no gastarse o consumirse, pueden aplicarse a diversos usos no rivales (*non rival*) y no excluyentes. La información digital siempre se puede releer, dividir, recortar, mezclar o redistribuir, pero no gastar, lo que genera importantes efectos de escala. La producción de información digital (por ejemplo, un programa informático o una película) puede tener un costo elevado, pero puede duplicarse mediante instrucciones simples de copiar y pegar. Como los *bits* pueden desplazarse alrededor del mundo a la velocidad de la luz, la información digital no sufre demoras. Además de disponer de un almacenamiento de datos digitales prácticamente ilimitado, ello genera una nueva

⁹² Ibid. Pág. 33.



forma de administrar el tiempo, puesto que la información almacenada puede transmitirse, procesarse o editarse con la regularidad que se desee.”⁹³

En ese sentido, durante la revolución digital surgen las tecnologías como la computadora digital, la consola de videojuegos, el teléfono celular (digital), el internet, el disco versátil digital (DVD), la cámara digital, los cajeros automáticos, la tinta digital o electrónica y la memoria externa (USB). Actualmente pueden mencionarse tecnologías como los tabletas o *tablet PC* y los teléfonos inteligentes, de cuyo uso - y el de los anteriores - derivan fenómenos como las redes sociales y la nube.

De esta forma, las sociedades de la información (también denominadas cibernaciones) nacen gracias a la inserción de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en la vida cotidiana de las personas tanto en el ámbito social como en el económico, laboral, académico, cultural y otras áreas de la vida del ser humano, eliminando los obstáculos y límites de tiempo y espacio. La era digital o era de la información ha logrado que el desarrollo de la comunicación y por ende la transmisión o flujo de información sea más rápida que el movimiento de la misma de forma física, dando como resultado que en la actualidad la información sea considerada un recurso, un objeto y una mercancía.

Es por ello que “...la sociedad de la información es un tipo de sociedad en el que la captación, almacenamiento, transmisión y computación de la información son las acciones socioeconómicas más importantes”⁹⁴, teniendo en cuenta que la misma no se circunscribe o limita únicamente al uso de internet, pero reconociendo que este ha sido uno de los principales medios que han facilitado el acceso e intercambio de información.

⁹³ Ibid. Pág. 43.

⁹⁴ Ibid. Pág. 27.



De lo anterior deviene que las teorías de la información (teoría general de sistemas y teoría de la cibernética) tengan como objeto de estudio el medio para hacer llegar mensajes con mayor eficiencia a un público que cada vez se incrementa más, y que de la unión de las telecomunicaciones y el tratamiento de la información surja la disciplina conocida como telemática. Es por ello que “Desde comienzos de la década de los noventa el avance de las telecomunicaciones se caracterizó por dos tendencias: I) la telefonía inalámbrica celular y II) la transmisión de datos por internet. Desde el punto de vista de la tecnología de redes, la convergencia es un movimiento entre dos bloques en aglutinación. Por un lado, la convergencia de transmisión de los servicios de voz, datos e imágenes y por otro, la convergencia entre redes fijas y móviles. Las implicaciones técnicas de estas innovaciones conducen a cambios tecnológicos y provocan alteraciones radicales en las arquitecturas de redes, los protocolos de funcionamiento y la integración de las diferentes funcionalidades de las redes.”⁹⁵

De acuerdo con la CEPAL, el actual sistema tecnológico de las TIC consiste en la convergencia de diversos medios que utilizan el *bit*, lo cual permite la configuración de una red más amplia; estos medios que convergen son las comunicaciones (telefonía, cable coaxial, satélite y dispositivos inalámbricos), la computación (computadoras, software y servicios) y el contenido (publicaciones, entretenimiento, información). De esa cuenta las TIC son definidas por Barrios Osorio como “...el conjunto de conocimientos y elementos tecnológicos en materia de informática y telecomunicaciones que se utilizan simultáneamente para el procesamiento de toda clase de datos y su correspondiente transmisión por medio de redes de cable o inalámbricas, fax, televisión, radio, satélites, etc.”⁹⁶

En consecuencia, del desarrollo de la era de la información también surgen figuras como el internet de las cosas (internet de todas las cosas o internet en las cosas), la revolución del conocimiento libre, la sociedad del conocimiento (transmisión de

⁹⁵ Ibid. Pág. 37.

⁹⁶ **Derecho e informática: aspectos fundamentales.** Pág. 89.



conocimientos a través de las tecnologías de comunicación) y en regiones como Latinoamérica, fenómenos como la brecha digital, entendiéndose esta como distancia en el acceso, uso y apropiación de las tecnologías tanto a nivel geográfico, a nivel socioeconómico... y también en las dimensiones de género, en articulación con otras desigualdades culturales.”⁹⁷

3.2. Ciberespacio

Actualmente las fuerzas o tendencias que impulsan el crecimiento de los servicios y uso de telecomunicaciones a nivel mundial son los servicios de transmisión de datos y de acceso a internet, los cuales aproximadamente hace dos décadas parecían accesibles únicamente a determinados sectores del mercado o estratos sociales; sin embargo, hoy por hoy estas innovaciones tecnológicas son servicios de consumo masivo, fundamentales en el día a día de las personas, de ahí la importancia del ciberespacio.

¿Qué se debe entender por ciberespacio? Este término cuya utilización inició en los años 80 es uno de los más utilizados en la actualidad, razón por la que es importante conocer sus antecedentes y el alcance de su definición. “A principios de los años 80, el escritor William Ford Gibson acuñó el término ciberespacio para describir una red de computadoras ficticia que contenía enormes cantidades de información que podría explotarse con el fin de adquirir riqueza y poder.”⁹⁸ Posteriormente, este término se popularizó con la expansión del número de usuarios de internet en la década de los años 90; sin embargo, adquirió verdadera trascendencia hasta que John Perry Barlow, activista pro derechos civiles en la red (fundador de Electronic Frontier Foundation o Fundación Fronteras Electrónicas, organización estadounidense cuyo objetivo está enfocado en la conservación de los derechos de libertad de expresión en la era digital.) empezó a utilizar el término para definir al espacio de relación virtual

⁹⁷ Wikipedia. **Brecha digital**. https://es.wikipedia.org/wiki/Brecha_digital (18 de enero de 2016).

⁹⁸ Ecured. **Ciberespacio**. <http://www.ecured.cu/Ciberespacio> (18 de enero de 2016).



generado por internet, a través de la Declaración de Independencia del Ciberespacio en 1996.

El ciberespacio es un espacio virtual, es decir, no constituye un espacio físico o geográfico, se trata de un ambiente intangible, incorpóreo, no palpable, en el que las barreras u obstáculos físicos relacionados con el espacio y el tiempo desaparecen. “Se refiere a un entorno no físico creado por equipos de cómputo unidos para interoperar en una red. En el ciberespacio, los operadores del equipo pueden interactuar de manera similar al mundo real, a excepción que la interacción en el ciberespacio no requiere del movimiento físico más allá que el de escribir.”⁹⁹ “El ciberespacio se ha convertido así en una metáfora para la sociedad digital hecha posible mediante computadoras y redes de computadoras. Cuando se hace referencia al mismo de forma abstracta, significa la suma total de información disponible electrónicamente, el intercambio de esa información y las comunidades que emergen como consecuencia del uso de esa información”¹⁰⁰, sin llegar a considerar al mismo como una simple acumulación de información.

Para comprender de mejor manera el ciberespacio como espacio virtual es menester tomar en consideración que lo virtual no es algo imaginario sino que es el resultado de un entorno creado por la comunicación, por la interacción; es pues, como resultado de la revolución digital, un espacio relacional cibernético en el que las redes sirven de medio para el establecimiento de comunicaciones humanas, de ahí el término tercer entorno. De esta forma, “la red se transforma entonces en un algoritmo gigantesco de conocimiento, un procedimiento eficaz y versátil que digitaliza la manera de hacer las cosas. Así se crea un marco institucional para la sociedad de la información y se explica la importancia omnipresente de la tecnología en la vida cotidiana y el desarrollo de los países.”¹⁰¹

⁹⁹ Ecured. Op. Cit.

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Op. Cit. Pág. 45.



Regularmente, en el campo de la informática (aquella ciencia que estudia el almacenamiento, procesamiento y transmisión de información y datos en formato digital, o bien la ciencia que estudia el tratamiento automático de la información) se utiliza el prefijo ciber para relacionar un concepto o término con el internet, por ejemplo, cibercultura, cibernautas, cibersociedad, cibernautas. Sin embargo, a pesar de que el internet es el espacio con mayor representatividad del ciberespacio, ambos términos no deben confundirse en su comprensión y en su uso.

En ese sentido, al ser el ciberespacio un entorno o espacio creado por la virtualidad de la informática en red, no debe considerarse como sinónimo de internet, pero sí este último como parte del primero, por ello el ciberespacio es aquel "...espacio social definido por Internet y otros espacios virtuales digitales. (Sic)"¹⁰² Por ejemplo, "las unidades militares pueden operar redes privadas que constituyen sus propias versiones limitadas de ciberespacio. De hecho, pueden existir muchos ciberespacios desconectados, sirviendo cada uno a su propia comunidad de usuarios."¹⁰³

3.3. Ciberseguridad

Luego de haber determinado qué es el ciberespacio, se define la ciberseguridad como la protección de la información digital procesada, almacenada y transportada por los sistemas de información interconectados, es decir, la protección de la información digital en el ciberespacio. Suele ser confundida con la seguridad informática, la cual consiste en métodos, procesos o técnicas para la protección en el tratamiento automático de la información en formato digital y la protección de las redes e infraestructura tecnológica.

¹⁰² Las Indias. **Ciberespacio**. <https://lasindias.com/indianopedia/ciberespacio> (18 de enero de 2016).

¹⁰³ Eured. Op. Cit.



De manera que la ciberseguridad es la protección o resguardo en el entorno creado por la unión de equipos de cómputo destinados a interoperar en una red, aunque generalmente se utiliza el término – como se indicó en párrafos anteriores – en relación a la seguridad en internet (meollo del desarrollo de la presente investigación), siendo este último término considerado como una contracción de *internetwork system* (sistema de intercomunicación de redes) o como una contracción de *international net* (red internacional de computadoras).

Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y los espacios virtuales han impulsado el desarrollo del ser humano y de la sociedad, sin embargo, también debe tenerse en cuenta que como consecuencia de su uso devienen nuevos fenómenos sociales como la cibercriminalidad y la dificultad de identificar la verdadera identidad y ubicación física de los usuarios, aunque sea determinable la ubicación del medio que se utiliza.

Relacionado con este último aspecto, surge el fenómeno que se denomina ciferespacio, término que se utiliza para hacer referencia al ciberespacio cifrado, es decir al anonimato de los usuarios, del origen y destino de la información. Ejemplos de ciferespacios son las redes *fræenet*, las cuales son redes de distribución de información a través de las redes de pares (redes entre iguales, P2P o red *peer-to-peer*), que como el término indica, es una red de ordenadores que funciona como una serie de nodos que se comportan como iguales entre sí, es decir, los ordenadores o computadoras actúan como clientes y como servidores, permitiendo el intercambio de información entre los ordenadores interconectados de forma anónima.

Entre otros, también se encuentran el I2P (*invisible internet project* o proyecto de internet invisible), el cual ofrece y apoya el anonimato a través de herramientas y aplicaciones como páginas webs anónimas, *blogging*, transferencia de archivos y chats;

y *tor* (*the onion router* o el enrutamiento de cebolla), que es una red (proyecto) de comunicaciones superpuesta sobre internet en la que en el intercambio de información entre usuarios – a través de *routers* especiales denominados routers de cebolla - no se descubre la identidad de los mismos, la dirección IP y la información.

Estas redes también han sido englobadas dentro del término, aún no aceptado universalmente, *darknet* o red oscura, utilizado para referirse a aquellas tecnologías que se usan sobre internet para dar soporte a actividades ilegales, por ejemplo, compartir archivos que representen violación a los derechos de autor, actividades terroristas, publicación de información secreta y sensible, difusión de pornografía infantil, actividades relacionadas con el narcotráfico, secuestros, asesinatos, entre otros.

En relación con la cibercriminalidad o ciberdelincuencia se encuentran los delitos cibernéticos, ciberdelitos, delitos electrónicos o *computer crime*, (comúnmente considerados de forma errónea como sinónimos de delitos informáticos) los cuales son definidos como aquella "Acción u omisión, típica, antijurídica y culpable, que se realiza por medio de un sistema que haga uso de las tecnologías de la información o un componente de éste, o que lesione la integridad, disponibilidad o confidencialidad de la información. (Sic)"¹⁰⁴

Los ciberdelitos han surgido ya sea por el propio nacimiento y uso de las tecnologías de la información como tal, principalmente de internet (por ejemplo, la interceptación de e-mails, las estafas, el fraude electrónico o informático, el *spam*) o bien por la inclusión de los mismos como medio para cometer delitos que también pueden consumarse a través de otros medios pero que las tecnologías contemporáneas han facilitado su comisión (como es el caso del espionaje, el terrorismo, el narcotráfico, y otros delitos como la calumnia, injuria, difamación, coacción, amenazas, violación a la correspondencia,

¹⁰⁴ Alvarado Lemus, José Rolando y Ronald Eduardo Morales Pérez. *Cibercrimen*. Pág. 16.

revelación de secreto profesional, estafas, extorsiones, interrupción o entorpecimiento de comunicaciones, falsificación de documentos e incitación a delinquir).



Estos delitos difieren del resto en el sentido en que se encuentran íntimamente relacionados con la informática o con las tecnologías de la información, con la violación o ataques a la seguridad de la información digital procesada, almacenada y transportada por los sistemas de información interconectados. Otras diferencias entre los denominados delitos reales y los cibercrimes es que estos últimos no requieren la presencia física para su comisión, la inversión para cometerlos es baja en comparación con el daño que provocan y carecen de una debida tipificación (lo cual dificulta encuadrarlos y provoca una desigual posición contra la cibercriminalidad).

Entre los distintos criterios respecto a su clasificación, se encuentra el de Anibal Pardini, quien establece que los cibercrimes "...pueden ser agrupados según se ataque: datos (robo, interceptación, modificación); redes (sabotaje, interferencia, *hacking*, distribución de virus); mediante computadoras en red (fraude)."¹⁰⁵

Al respecto, debe traerse a colación la denominada ingeniería social, la cual "...es un tipo de ataque que emplea el engaño o artificio, para convencer a un usuario a que proporcione datos sensibles de seguridad... La ingeniería social se considera uno de los pasos más importantes en el proceso de intrusión de un sistema, ya que permite al o los atacantes, obtener información valiosa que permitirá realizar cualquier otra acción dentro del sistema. Es por ello que se le considera la precursora de otros tipos de ataques a sistemas. Estos ataques dependen del factor humano, al igual que en la tecnología, los síntomas pueden ser vagos y difíciles de identificar. Estos pueden provenir de una persona, vía correo electrónico o por teléfono."¹⁰⁶

¹⁰⁵ Derecho de internet. Pág. 65.

¹⁰⁶ Alvarado Lemus. Op. Cit. Pág. 33.



De lo anterior derivan figuras como el *phishing*, el cual es considerado un tipo extremadamente común de ingeniería social que ejemplifica claramente el fraude informático. Sin embargo, “lo que debemos tener claro es que la actividad de *phishing*, por sí sola, constituye un acto preparatorio, que luego se traducirá en el delito de fraude informático o en cualquier otro hecho ilícito en el cual se haga uso de la información objeto del *phishing*.”¹⁰⁷

A través de un ataque de *phishing* el sujeto activo envía un correo electrónico (también puede ser cometido a través de un sistema de mensajería instantáneo o a través de llamadas telefónicas), haciéndose pasar por una institución reconocida (bancaria, por ejemplo) que tenga como característica la interacción de los clientes y la función y facultad de movimiento de fondos. A través de estos correos electrónicos se solicita el nombre de usuario y clave de acceso, número de cuenta, número de documento de identidad personal, fecha de nacimiento o cualquier otro dato confidencial con la excusa de que por motivos de seguridad se requiere verificar si la cuenta es legítima. De esta forma el delincuente logra convencer a la víctima quien remite el correo electrónico con los datos que se le requirieron, información con la que el ciberdelincuente puede hurtar o apropiarse de valores, de identidad, entre otros.

Por razones y casos como los expuestos, Anibal Pardini indica: “En Internet, el tema de seguridad es bastante complejo y extenso. Complejo, porque la clasificación categórica exige una tarea de selección que incluye el análisis de varios componentes, tales como la fuente de ataque, el objeto del ataque, las calidades de los atacantes y los atacados, y la diferenciación entre ataque a la seguridad y a la privacidad. Extenso, ya que involucra la tarea de prever defensas dirigidas a los bienes jurídicos tradicionalmente dignos de protección, e implica diseñarlas para aquellos que por su sola condición de nuevos no carecen de importancia. (Sic)”¹⁰⁸

¹⁰⁷ Ibid. Pág. 90.

¹⁰⁸ Op. Cit. Pág. 63.



Asimismo, el sujeto pasivo, es decir, quien sufre las consecuencias de estas acciones, puede ser tanto el Estado (de lo cual devienen figuras como las guerras digitales, guerras informáticas, ciberguerras o *cyberwarfare*), las personas jurídicas privadas (como los proveedores de servicio de internet) o públicas, o bien las personas físicas o individuales. Por ello, “es importante que los Estados pongan la debida atención a los asuntos de ciberseguridad, toda vez que los ataques cibernéticos pueden afectar a la infoestructura estratégica de los Estados relacionada con: sector de electricidad, transporte, financiero, telecomunicaciones, suministro de agua, entre otros. Los delitos cibernéticos pueden trascender el mundo virtual y afectar en el mundo físico...”¹⁰⁹

De manera que, en el ciberespacio la seguridad personal y estatal son vulnerables a toda costa, ya que más que un asunto jurídico se trata de una cuestión técnica que cada día se perfecciona más, disminuyendo de esta manera la seguridad de la información y en consecuencia, la seguridad personal y estatal. En consecuencia, la seguridad, como bien indican Alvarado y Morales, debe iniciar como un deber, materializarse como una política de Estado y por último, convertirse en un objetivo nacional para garantizar la dignidad del ser humano, el desarrollo pleno de sus potencialidades en sus manifestaciones políticas, económicas, sociales y culturales, y para contrarrestar las amenazas a la soberanía nacional, consolidándose así el régimen de seguridad estatal.

3.4. Legislación y jurisdicción del ciberespacio

El internet como medio internacional de comunicación no tiene límites, sin embargo, ello no debe significar que los actos realizados a través de esta red puedan vulnerar los derechos de las personas físicas y jurídicas tales como el patrimonio, el honor, la intimidad o privacidad, ni transgredir las leyes estatales. Debe mencionarse que estas

¹⁰⁹ Alvarado Lemus. Op. Cit. Pág. 2.

acciones cometidas en el ciberespacio pueden constituir delito de acuerdo a la legislación de algunos Estados pero no de acuerdo a la de otros, lo cual genera duda y polémica sobre quien debe resolver un conflicto que se suscite en tal espacio y sobre qué bases legales, es decir, la determinación de la ley aplicable y de la competencia judicial.

Generalmente se determinan las partes y el lugar donde se produjo el hecho para establecer tanto la ley aplicable como la competencia judicial; sin embargo, frente a la realidad que plantea internet y debido a su organización no jerarquizada por la que se ha caracterizado, la duda recae sobre cuál es la solución frente a estos avances tecnológicos.

De acuerdo a Barrios Osorio, los elementos subjetivos básicos en este contexto o espacio son: el usuario, el proveedor de servicios de internet – PSI – y los servidores; “...estos tres elementos subjetivos básicos pueden estar en diferentes Estados cada uno y por ende, regulados por diferentes normas y condiciones. Es entonces donde los conceptos jurisdicción y competencia tienen un límite que el Derecho tradicional no ha llegado a un acuerdo de como determinarlo o resolverlo, debido a la propia naturaleza de la Internet. (Sic)”¹¹⁰

De manera que el desarrollo de internet coloca al ámbito jurídico ante un nuevo campo de estudio al no poder determinar en qué lugar suceden los hechos física o territorialmente (por ejemplo, en el caso de un *hacker*, si el hecho se determina de acuerdo al ordenador o computadora que dio origen al hecho delictivo, en el equipo que recibe el daño, los ordenadores por los que pasó, etc.) y en consecuencia, que ley debe aplicarse, es decir, quien gobierna y legisla el espacio virtual. Lo anterior se debe a que actualmente el ámbito jurídico se encuentra determinado por las soberanías estatales

¹¹⁰ Op. Cit. Pág. 257.



basadas en el espacio geográfico o territorial, haciendo referencia a la territorialidad en el sentido convencional o tradicional, ya que algunos autores consideran que "...territorio no es sinónimo de espacio geográfico, debido a que el territorio comprende todos los lugares a los que se extiende la soberanía del Estado, lo que debe incluir las redes, sistemas y ordenadores vinculados al Estado de Guatemala."¹¹¹

Una de las respuestas que se ha dado en cuanto al lugar en que se realizan los hechos es que simplemente es en el ciberespacio, es decir, los hechos no están ocurriendo en los países donde los servidores se encuentran ubicados físicamente sino en el ciberespacio. Otros consideran que "Lo que realmente trasciende, en la esfera jurídica, es la determinación del lugar de origen y de producción de las consecuencias jurídicas del acto ilícito, debido a que, esos lugares, sí constituyen parte de un espacio territorial, donde existen normas de Derecho emanadas por el Estado a través de un ente legislativo."¹¹² Ante posturas como estas, actualmente los Estados regulan penalmente las actividades o comportamientos de los ciudadanos en el ciberespacio, por supuesto, ciudadanos sujetos a su jurisdicción.

Respecto a la jurisdicción, en lugares como Estados Unidos y Europa "...se está avanzado en el estudio de posibles medios alternativos de solución de conflictos, entre otros, puede citarse el magistrado virtual, e-resolution.ca, y la utilización de la figura del arbitraje internacional hasta tanto se pueda tener una justicia permanente."¹¹³

Sin embargo, "El derecho, como ciencia social que estudia los mecanismos y los contenidos de los enunciados a través de los cuales los hombres reglamentan su vida

¹¹¹ Alvarado Lemus. Op. Cit. Pág. 4.

¹¹² Ibid.

¹¹³ Rabinad, María Gimena. **La soberanía del ciberespacio: algunas reflexiones sobre el concepto de Estado, soberanía y jurisdicción frente a la problemática que presenta internet.** <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/85/05-ensayo-maria-gimena-rabinad.pdf> (05 de enero de 2016). Pág. 18.

en comunidad, no puede estar ajeno a esta red de redes que conecta cada pequeña sub-comunidad y la congrega en una verdadera comunidad universal. Las relaciones horizontales entre individuos prevalecen en esta red frente a cualquier verticalismo, y la a-nomia parece ser la ley imperante.”¹¹⁴

Esta precariedad normativa se debe a – entre otras razones - la velocidad del desarrollo de internet, lo cual impide su regulación a través del complejo y tradicional proceso legislativo. Además, tal problemática legal creada por esta red ha requerido y sigue requiriendo un proceso de adaptación de los instrumentos normativos existentes ya que “en teoría, la estructura legal puede adaptarse fácilmente a cambios tecnológicos y corresponde a la jurisprudencia ir realizando los necesarios ajustes para hacer viable el sistema en el contexto de conflictos y transacciones específicas.”¹¹⁵

Sobre la regulación de internet, su utilización y las responsabilidades que derivan de ella, existen varias posturas: “Algunas teorías consideran que la Internet no debe de ser regulada, que funciona muy bien con sus propias normas conocidas como autorregulación (orden espontáneo); otra corriente propone que debe de normarse a la Internet y una tercera propuesta (de carácter ecléctico) establece que deben normarse solamente algunas actividades realizadas en la red. Actualmente existe un término en inglés para describir los problemas legales que se relacionan con la Internet y es *Netlaw*. (Sic)”¹¹⁶

Respecto a la primera postura, los defensores de la autorregulación se basan en derechos como el acceso a la información, la libertad de expresión, la privacidad o intimidad. En ese sentido, la propuesta de regulación de internet es considerada como inapropiada, argumentándose que la “...falta de legislación es una ventaja, si

¹¹⁴ Ibid. Pág. 2.

¹¹⁵ Ibid. Pág. 3.

¹¹⁶ Barrios Osorio. Op. Cit. Pág. 80.



entendemos que darle la rigidez de un plexo normativo codificado a esta materia constituiría una imposición contraria a su misma naturaleza: la tecnología, el continuo-avance, el continuo-cambio”¹¹⁷, llegando incluso a surgir la idea de que la red está suficientemente regulada y que la única razón por la que los gobiernos desean legislarla es por miedo a no poder controlar este medio de comunicación.

De manera que, por diversos motivos es común la idea de que toda regulación sobre internet es imposible e innecesaria, sin embargo, ello debe dejarse de lado y abrir la mente – sobre todo la del legislador - al desafío de regulación de internet, es decir, la creación de un derecho de internet por parte de los Estados para obtener una sociedad de la información más justa, inclusiva y equitativa, ya que este vacío legal ha afectado las fronteras nacionales, y peor aún, derechos de orden constitucional reconocidos internacionalmente.

Ahora bien, en este punto puede surgir duda respecto a la diferencia entre el derecho informático y derecho de internet y la necesidad de una rama específica para tal fenómeno. En respuesta a ello, primero debe dejarse en claro que el derecho informático (también denominado derecho de las tecnologías de la información y de las comunicaciones) es una rama del derecho que regula las tecnologías de la información y la comunicación, en aspectos como el valor probatorio de los soportes modernos de la información, la protección de datos personales, los delitos informáticos, el flujo de datos transfronterizos, la protección de los programas computacionales, los contratos informáticos, los bienes informacionales, entre otros.

Sin embargo, actualmente algunos doctrinarios e investigadores, con base en la relación entre el derecho, la informática y las telecomunicaciones, han determinado que la materia o fenómenos que cubre la informática no es suficiente para encuadrar todos

¹¹⁷ Rabinad. Op. Cit. Pág. 3.

los campos que representa el crecimiento tecnológico, por lo que **promueven** denominarlo de forma distinta, entre estos: derecho de la informática (para incluir tanto a la informática jurídica como al derecho informático), derecho telemático, derecho de las tecnologías de la información y de las comunicaciones (regulación de la informática y la telemática) y derecho de internet.

Con relación a esta insuficiencia legal, Barrios Osorio explica: “Debe de tenerse presente que cada uno de los contenidos del Derecho Informático enumerados, pueden suscitarse dentro de las fronteras guatemaltecas o fuera de ellas (ámbito territorial), entre personas que se encuentren físicamente ubicadas en el territorio nacional (ámbito personal), para lo que en algunos casos existe legislación específica; pero la realidad es otra, porque la mayoría de los actos se suscitan desde o hacia nuestro territorio, teniendo múltiples combinaciones en los elementos subjetivos y objetivos, realizándose estos actos y hechos a través de los modernos medios de comunicación, en las redes informáticas, siendo el principal medio para ello la Internet. (Sic)”¹¹⁸

Es por ello que el derecho de internet debe contar con dos características básicas: la primera, que dicha regulación no debe ser de acuerdo al proceso legislativo y estar formado por normas jurídico – legales tradicionales, debido a la naturaleza altamente variante y evolucionante del objeto a regular, es decir, debe ser flexible y su estructuras deben ir al paso del avance tecnológico; y la segunda - de acuerdo con el autor citado - que lo que debe regularse es el uso que le den los partícipes al internet, es decir, normar las conductas de los mismos en tal espacio (los proveedores de servicios de internet – PSI -, los servidores (de sitio y de contenido) y los usuarios).

La regulación de internet es un tema que conlleva variedad de elementos que deben ser analizados en forma particular, por lo que resulta oportuno anotar que para realizar

¹¹⁸ Op. Cit. Pág. 118.



la misma "...debe tenerse en cuenta los principios y derechos que goza cada uno de los elementos subjetivos y que se relacionan entre sí constantemente. En consecuencia debe considerarse que el crecimiento de la Internet y el poder acceder a la misma tuvo como punto de partida la cooperación, la cual permitía que cada uno de los partícipes aportara su consentimiento para el uso que el otro ofrecía y viceversa. Por esto, para legislar la Internet, debe de analizarse definitivamente que es lo que se quiere regular o mejor señalado, que es necesario regular, además de tomar en cuenta si dicha regulación será nacional o si existirán tratados o convenios internacionales para la aplicación de esas normas. (Sic)"¹¹⁹

Entre las propuestas del contenido a regular jurídicamente en materia de internet pueden mencionarse: los aspectos que permiten al usuario conectarse a internet, y a los PSI y servidores proporcionar dicha conexión y servicios; las acciones que pongan en riesgo el patrimonio de las personas que involucren temas de propiedad industrial, comercio, transacciones comerciales, entre otros; los criterios de aplicación para el tribunal que será competente; los medios de prueba y su valoración; la regulación de actos que pongan en riesgo la intimidad, privacidad, honor y otros bienes jurídicos fundamentales en la vida del ser humano; etc.

Sin embargo, situándonos en la actualidad y a manera de aterrizar, la tendencia mundial es que las relaciones internacionales y la creación de organismos supranacionales se basen en lo que se ha denominado derecho de la integración, el cual es considerado como un derecho supranacional (que forma parte del derecho internacional público) cuyo objeto de estudio son las relaciones jurídicas que los Estados han establecido mediante instrumentos de carácter internacional para unir esfuerzos y recursos para el desarrollo de los mismos, creando a la vez entes (de carácter internacional) con competencia sobre los Estados miembros (ejemplo de ello es Mercosur), llegando a proponerse la creación de una codificación, concretamente,

¹¹⁹ Ibid. Pág. 281.



una constitución supraestatal en materia de internet, que marque líneas de conducta en el ciberespacio para los Estados parte.

Ello demuestra que la voluntad internacional se ha enfocado en la renuncia a estrategias políticas, económicas y de seguridad individuales (estatales) en beneficio de la seguridad colectiva (mundial). “Queda claro que aun cuando todo es consecuencia de una negociación, los intereses de la comunidad se hallan por encima de los intereses particulares de cada uno de los actores. Todo esto en la suposición de que los intereses de la comunidad van a ser mejor defendidos en el conjunto.”¹²⁰

En ese sentido, a pesar de que sea imposible afirmar las fronteras territoriales de los Estados cuando un fenómeno como internet borra fronteras y el hecho de que los regímenes legales difieren en cada Estado, surge la necesidad y la propuesta de ponerse de acuerdo y elegir el marco jurídico – legal por parte de todos los Estados, por ejercicio propio de su soberanía. Esta propuesta busca la unificación de normas en un ordenamiento jurídico que regule internet, concluyendo en tratados y acuerdos internacionales que brinden un plexo normativo uniforme para distintas situaciones que puedan suscitarse, así como el reconocimiento de esta red con jurisdicción propia, asignando los conflictos que surjan en la misma a un tribunal internacional con competencia especial, logrando de esta manera ofrecer una solución integral, eficaz y expedita.

Lo anterior también se debe a que, como bien expresa Anibal Pardini: “El alcance del delito en Internet es tan vasto como la red misma, por lo cual, en principio, aun existiendo legislación que reprima este tipo de delitos sólo en un país, o en varios países dispersos, no hay un accionar contundente. Por ello es necesario un acuerdo de

¹²⁰ Rabinad. Op. Cit. Pág. 5.

tipo internacional, para penalizar los estándares mínimos delictuales en la red que permita sancionar, en cualquier lugar, este tipo de actividades.¹²¹



De manera que, el Estado se enfrenta ante el reto del imperio de internet, caracterizado por la velocidad en las relaciones e intercambio de información, proponiéndose como posible solución un acuerdo multinacional y la creación de órganos supraestatales para dominar a este Leviatán moderno, como bien lo describe Rabinad. Sin embargo, mientras los Estados encuentran soluciones concretas, será el derecho informático el encargado de resolver los hechos que se suscitan en internet y las consecuencias de su uso.

¹²¹ Op. Cit. Pág. 66.



CAPÍTULO IV



4. Soberanía digital y ciberseguridad de la información del Estado de Guatemala

4.1. Soberanía digital e imperio

Con el acelerado desarrollo de internet, conceptos tradicionales del derecho tales como el proceso legislativo, las normas jurídico – legales, el ámbito espacial de validez de las mismas y la jurisdicción, quedan limitados al relacionarse con la realidad que presenta el ciberespacio. Lo mismo sucede con el concepto soberanía, por los motivos que a continuación se apuntan.

Como se indicó en el capítulo segundo, la soberanía es un concepto jurídico que ha evolucionado a lo largo del tiempo, comenzando su manifestación como autarquía o autosuficiencia (época antigua) y no como elemento característico de la organización política, pasando por la poliarquía medieval para concluir (edad moderna) en el poder del monarca como el soberano (Hobbes) y ser considerado posteriormente elemento definitorio del Estado (Bodino), característica del ordenamiento jurídico (Kelsen) o bien recayendo su titularidad en la población – soberanía popular - (Rousseau).

La esencia de la soberanía ha sido aquel poder supremo tanto en el interior de la comunidad política como hacia el exterior, y en consecuencia, no sometido o subordinado a otro poder. De esa forma, han surgido figuras como la soberanía alimentaria, (derecho de los Estados a definir su política agraria y alimentaria), soberanía energética (derecho de los Estados de gestionar la producción de la energía que consume así como de controlar y regular la explotación de sus recursos energéticos) y recientemente, la soberanía digital. En ese sentido, si la soberanía

política es el poder de un Estado no está sometido a ningún otro, entonces la soberanía digital sería ese mismo poder pero en el ciberespacio.

Si bien en un deber ser ningún Estado debe entrometerse o intervenir en el poder de otros Estados, en el mundo del ser, es decir, en la realidad, ello no es así, y las formas de intervención han ido variando, es decir, la lucha por el poder, por violentar y conquistar la soberanía estatal, no se limita a la intervención armada, medidas económicas, políticas o de cualquier otra índole. Actualmente, pueden mencionarse de forma concreta, como medios para la consecución de tal fin, el control sobre la información y el uso masivo de la tecnología.

De manera que “nos enfrentamos en los comienzos del siglo XXI con el legado que el siglo pasado nos dejó, marcando la tendencia en materia tecnológica y frente a un eminente cambio de paradigma social, cultural y económico. Internet, como la expresión tecnológica que revolucionó (y sigue revolucionando y evolucionando) las comunicaciones a escala global, nos plantea un nuevo espectro de problemáticas a debatir, donde se funden los límites y fronteras de los que conocimos hasta ahora como Estados, para constituir una sola comunidad. (Sic)”¹²²

De acuerdo con Rabinad, en dicha comunidad se encuentran diversas soberanías, no pudiendo imponerse una a la otra, ello con base en el principio rector de la red de redes, la no territorialidad de la soberanía. Por lo anterior indicado, tal autora plantea: “frente a la realidad que nos presenta Internet, nos preguntamos en dónde o en quién recaería esta soberanía. ¿Es posible que recaiga sobre un Estado, sobre una comunidad de Estados, sobre cada individuo, sobre un ente abstracto supranacional? (Sic)”¹²³

¹²² Rabinad. Op. Cit. Pág. 1.

¹²³ Ibid. Pág. 5.

Para obtener respuesta a esta pregunta, indica que primero debe existir una reformulación conceptual de la soberanía con base en lo que se ha denominado cosoberanía, viéndose obligado el tradicional concepto jurídico a transformarse, a adaptarse para no extinguirse. En ese sentido, debe pensarse en un lugar despojado de toda idea física o territorial de lugar, ya que al relacionar la soberanía con espacios interconectados y superpuestos no existen territorios que delimiten cada Estado, y en consecuencia su soberanía. De manera que, como resultado de esta reformulación se ha creado la denominada soberanía a-territorial, soberanía supranacional o soberanía de no estados.

Sin embargo, con el proceso de globalización y el uso masivo de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), la soberanía de los Estados, según algunos, ha declinado progresivamente por razones como la amenaza de internet a la soberanía estatal en cuanto a la falta de control de este sobre hechos dentro de sus fronteras, las controversias sobre jurisdicción extraterritorial y por los obstáculos que coloca ante la cooperación internacional en materia normativa. Esta postura pertenece a los realistas, denominada por Rabinad, clásica absoluta o totalitaria, "...ya que responde a un ideal de soberanía similar al que predominaba en los tiempos de monarquías absolutas o gobiernos autocráticos, donde los soberanos se veían amenazados por nuevas formas de comunicación."¹²⁴

En contraposición a esta teoría se encuentra el pensamiento liberal o democrático, el cual establece que internet no es un factor de riesgo sino que fortalece los gobiernos nacionales e internacionales al reforzar el Estado de derecho por medio de tratados y otros documentos que sientan las bases para establecer una diplomacia virtual, una creciente interdependencia económica y el apoyo a mecanismos internacionales de seguridad. De acuerdo a criterios como este, la soberanía ha tomado una nueva forma al manifestarse en un nuevo espacio, el ciberespacio, en el que - como venía

¹²⁴ Ibid. Pág. 7.

mencionándose - desaparecen los límites y fronteras de los Estados para conformar una nueva comunidad que se denomina imperio, producto de la era digital, presentándose de una forma nueva y totalmente distinta a lo que se denominaba imperio en la edad media y edad moderna.

Respecto a este segundo criterio, Rabinad indica: “El imperialismo fue realmente una extensión de la soberanía de los estados-nación europeos más allá de sus fronteras. En contraste con el imperialismo, el Imperio no establece ningún centro territorial de poder y no descansa en fronteras fijas o barreras. Es un aparato de normas descentradas y desterritorializadas que progresivamente fue incorporando el reino global entero dentro de sus fronteras globales abiertas. El Imperio maneja identidades híbridas, jerarquías flexibles e intercambios plurales a partir de redes moduladas de comando. El concepto Imperio se caracteriza fundamentalmente por la falta de fronteras: las reglas del Imperio no tienen límites. El concepto de Imperio se refiere a un régimen que efectivamente comprende una totalidad espacial, o que realmente regula sobre la totalidad del mundo civilizado. Ninguna frontera territorial limita su espacio de influencia. (Sic)”¹²⁵

4.2. Ataques y amenazas a la soberanía digital

Como se indicó en el capítulo anterior, las consecuencias de los hechos que tienen lugar en el ciberespacio son tan vastas como la red misma; de la misma forma sucede con los ataques y amenazas a que se ve expuesta la soberanía estatal en el ciberespacio, pudiendo percibirse algunas de forma directa y otras de forma indirecta. A manera de exponer esta situación, a continuación se tratarán los temas relativos a los dominios en internet y el espionaje y ciberseguridad de la información a nivel mundial, haciendo énfasis en la región latinoamericana.

¹²⁵ Ibid. Pág. 6.

4.2.1. Dominios en internet y sus consecuencias sobre la soberanía digital

Desde los inicios de internet, todo lo relacionado con los nombres de dominio o dominios estuvo supeditado al Departamento de Defensa de Estados Unidos debido a la creación de esta red (por parte de tal Estado) como instrumento militar hasta convertirse en una red mundial. En 1998 surge ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers o Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números), organización que opera a nivel internacional, responsable de asignar las direcciones del protocolo IP, de los identificadores de protocolo, de las funciones de gestión del sistema de dominio y de la administración del sistema de servidores raíz. Esta corporación también se dedica a preservar la estabilidad de internet por medio de procesos basados en el consenso. Anteriormente, estos servicios los realizaba IANA (Internet Assigned Numbers Authority o Autoridad de Asignación de Números de Internet) y otras entidades del gobierno estadounidense.

Respecto a los servidores raíz, es necesario apuntar que “Un servidor raíz (*root server* en inglés) es un servidor de nombres para la zona raíz del Sistema de Nombres de Dominio de Internet (DNS). Los servidores de nombres raíz son una parte fundamental de la Internet, ya que son el primer paso en la traducción de (resolver) los nombres de host legibles por humanos en direcciones IP que se utilizan en la comunicación entre los *hosts* de Internet. (Sic)”¹²⁶ Actualmente existen 13 servidores raíz en todo internet, aunque siete de ellos no son realmente servidores únicos sino que representan múltiples servidores distribuidos a lo largo del globo terráqueo.

De ello deviene que los internautas dependan totalmente de estos servidores, ubicada la mayoría en Estados Unidos, existiendo una especie de sucursales en cada uno de los continentes. En el caso de América latina se encuentra LACNIC (Latin America and Caribbean Internet Address Registry), ubicada en Uruguay.

¹²⁶ Wikipedia. **Servidor raíz**. https://es.wikipedia.org/wiki/Servidor_ra%C3%ADz (31 de enero de 2016).



Ahora bien, respecto al tema que atañe desarrollar, un dominio o nombre de dominio, "...es el conjunto de caracteres clasificados por niveles que identifican la dirección o ubicación utilizada en la Internet por una computadora o servidor para su conexión o ubicación. (Sic)"¹²⁷

Estos niveles son: SLD (Second Level Domain), nivel que representa el nombre del servidor o computadora conectada (por ejemplo, el nombre de la empresa, marca, institución, etc.); gTLD (generic Top Level Domain), considerado nivel de primera clase o primer nivel de dominio, el dominio de nivel superior genérico representa la actividad o sector del servidor o equipo de cómputo conectado a internet (por ejemplo, .com, .org, .gob), y por último, ccTLD (country code Top Level Domain), considerado también como nivel de primera clase o primer nivel de dominio, el dominio de nivel superior geográfico describe el código del Estado en el que se encuentra registrado el dominio y que se identifica con dos letras (por ejemplo, .gt, .mx, .es). En el caso de Guatemala, ICANN ha facultado a la Universidad del Valle de Guatemala como el ente para que administre el ccTLD de su territorio.

- **Isla de Tuvalu y el dominio .tv**

Con el desarrollo de internet los dominios se han convertido en una extensión de la soberanía nacional de los Estados (soberanía digital), en una expresión de su identidad en el ciberespacio. De esta forma, los dominios de nivel superior geográfico (ccTLD) comenzaron a convertirse en un negocio cuando internet aún no estaba en su auge como medio de comunicación masivo; este negocio consistió en la adquisición de dominios para su venta y reventa, renunciando de esta forma los Estados a su identidad nacional en nombre del dinero.

¹²⁷ Barrios Osorio. Op. Cit. Pág. 54.

Claro ejemplo de ello es la isla de Tuvalu (Estado perteneciente a la región de la Polinesia, localizado en el Océano Pacífico, aproximadamente a mitad de camino entre Hawái y Australia), Estado que recibió grandes cantidades de dinero por el dominio de nivel superior geográfico .tv debido a su atractivo para la industria televisiva, principalmente para las cadenas principales y para los editores de música (incluso radio, películas y videos).

Actualmente el dominio es operado por dotTV, una empresa de Verisign en la que el gobierno de Tuvalu posee el 20%. “En el 2000, Tuvalu negoció un contrato de leasing por el nombre del dominio .tv en Internet por un valor de US\$50 millones en royalties durante un periodo de 12 años. De esta forma, el gobierno de Tuvalu recibe un pago trimestral de US\$1 millón por el uso de este dominio de nivel superior. (Sic)”¹²⁸

VeriSign, Inc. “...es una empresa estadounidense que opera una gran variedad de infraestructuras de red que incluye dos de los trece servidores de nombre raíz de Internet, además del registro autoritativo para los dominios de nivel superior genéricos .com, .net y .name, los dominios de nivel superior geográficos .cc y .tv, y los sistemas de respaldo de los dominios de nivel superior .jobs y .edu. (Sic)”¹²⁹ En 2006, Verisign anunció una alianza con la empresa Demand Media para comercializar el nombre del dominio de nivel superior .tv como la dirección web preferida para contenidos multimedia.

Con la excepción de los nombres reservados como .com.tv, .net.tv, .org.tv y otros, todas las personas pueden registrar dominios de segundo nivel en .tv, sin embargo, algunos dominios de segundo nivel como gov.tv están reservados para el uso de entidades de Tuvalu.

¹²⁸ Wikipedia. .tv. <https://es.wikipedia.org/wiki/.tv> (1 de febrero de 2016).

¹²⁹ Wikipedia. Verisign. <https://es.wikipedia.org/wiki/Verisign> (1 de febrero de 2016).

De manera que el uso actual de este dominio de nivel superior geográfico es para ser comercializado en sitios relacionados con la televisión o videos y no para uso propio del Estado, para la ubicación e identificación del Estado en el ciberespacio, de esta forma puede decirse que en tal espacio este Estado no existe propiamente.

- **Argentina y Chile en relación con el dominio .patagonia**

La implementación de extensiones mayores a tres caracteres para identificar a los dominios especializados, conocidos como dominios de nivel superior, comenzó con éxito pero también generó algunos conflictos de propiedad entre empresas, entidades y gobiernos, en torno a ciertos nombres de dominio. Ante tal situación, la ICANN estableció una cláusula que impide a una empresa registrar un nombre que sea propiedad de un gobierno o una nación, como el nombre de una provincia, estado, región, ciudad o punto turístico, sin la autorización escrita del Estado al que pertenece.

Este ha sido el caso de amenaza a la soberanía digital de Argentina y Chile en relación a la Patagonia, región geográfica que comprende territorios del sur de ambos Estados. En el año 2012, el dominio .patagonia fue solicitado ante ICANN a nombre de la empresa textil estadounidense Patagonia Inc. dedicada a la venta de indumentaria deportiva, intentando de esta forma adueñarse de un término que refiere a una extensa región del sur de América.

Como bien se indicó, dentro de las reglas que establece la organización para registrar un determinado nombre de dominio se encuentra que las empresas pueden reservar el dominio de una región o provincia con permiso del gobierno de ese lugar, sin embargo la empresa Patagonia Inc. no contaba con anuencia ni autorización gubernamental alguna.

Sin embargo, "...la empresa Patagonia nunca elevó la solicitud al gobierno argentino bajo el argumento de que como no se trata de una provincia sino de una región que no pertenece a una provincia determinada, no posee representantes de gobierno a quien dirigir la solicitud por lo que no haría falta pedir el permiso que exige la ICANN."¹³⁰ Ante tal argumento debe tenerse en cuenta que "...la Patagonia si posee representantes que la integran bajo el nombre de Región de la Patagonia, entidad creada por un tratado de 1990, que redactado en base al artículo 124 de la Constitución Nacional de Argentina, lo integran las provincias de La Pampa, Río Negro, Neuquén, Chubut, Santa Cruz y Tierra del Fuego, con organización y autoridades establecidas, por lo que el argumento de la empresa no sería válido. (Sic)"¹³¹

De esta forma, Argentina y Chile a través de sus delegaciones respectivas manifestaron su preocupación ante ICANN sobre tal solicitud, con base en que el término Patagonia es un nombre geográfico que designa parte del territorio e identifica a un segmento importante de la ciudadanía, por ende no debía ser utilizado para esos efectos, es decir, para efectos comerciales y ajenos a su naturaleza. Las delegaciones también indicaron que esta empresa no contaba con ninguna autorización gubernamental para el uso de tal dominio, en consecuencia, solicitaron que no fuera aprobada la solicitud de Patagonia Inc.

Aunado a ello, es importante mencionar que ICANN implementó un sistema para que los usuarios de internet pudieran opinar en relación a los dominios reservados por las empresas, con la finalidad de resolver los conflictos, sin embargo, esta herramienta se consideró más como un recurso para establecer si el nombre en disputa es importante para la sociedad e identificable de esa manera en todas partes del mundo.

¹³⁰ HD Tecnología. **Conflicto legal con el dominio .patagonia.** <http://hd-tecnologia.com/conflicto-legal-con-el-dominio-patagonia/> (1 de febrero de 2016).

¹³¹ Ibid.

El caso concluyó en julio del año 2013 cuando la empresa textil abandonó la insistencia respecto a la obtención del dominio, sentando precedente este caso para discusiones similares en otros países, entre los cuales puede citarse la controversia entre Brasil y la empresa Amazon respecto al dominio .amazon.

4.2.2. Espionaje y ciberseguridad de la información

Los datos personales se pueden definir como aquella información (alfabética, numérica, fotográfica, dactilar, entre otras formas de registro) que identifica a las personas en las distintas áreas de su vida, pudiendo estos ser públicos o privados.

Los datos personales públicos son aquellos que figuran dentro de los registros (públicos o privados), estando al alcance de todas o la mayoría de personas que deseen consultarlos. Por otro lado, los datos personales privados – o íntimos – se subdividen en datos personales sensibles y datos personales no sensibles, siendo los primeros aquellos que por sí solos impulsan a toda persona a la más íntima y absoluta reserva de dicha información (por ejemplo, los relativos a la identidad sexual, las ideologías o creencias) y los segundos, aquellos que se refieren al fuero interno o íntimo de la persona pero sin llegar a ser información sensible, es decir, están relacionados al orden privado de los individuos pero no implican una absoluta reserva (por ejemplo, nombres, apellidos, residencia, lugar de trabajo).

Los datos personales se encuentran íntimamente relacionados con el derecho a la intimidad, también denominado derecho a la privacidad, considerando que “La privacidad es el derecho del individuo a ejercer el control de aquella información de sí mismo, que desee compartir con otros o conservarla, de la cantidad que de la misma facilite y del momento en que desee hacerlo.”¹³²

¹³² Barrios Osorio. Op. Cit. Pág. 349.



Con la expansión de internet la era de la información se ha desenfrenado, consecuencia la protección de los datos personales comenzó a ser objeto de mayor atención, ya que tanto los datos privados sensibles como los no sensibles han sido objeto de manipulación y se encuentran vulnerables a cualquier otro tipo de ataque en el ciberespacio (tales como el espionaje y el acceso a información privada sin consentimiento), tomando en cuenta que el poder sobre la información (tanto privado como público) se ha convertido en un arma peligrosa en relación al derecho a la intimidad y a la libertad de las personas.

De manera que los problemas legales surgen en cuanto a la aportación, resguardo y uso que se dé a dicha información, con la agravante que en internet la aportación de datos íntimos no se da exclusivamente de forma voluntaria porque existen mecanismos y programas capaces de obtener información sin necesidad de pedir al usuario su consentimiento para poder utilizarlos.

Ejemplos de lo anterior son el haber proporcionado información a cambio de un reporte gratuito de noticias, para consultar cierta información en un sitio o para obtener un servicio o software gratuito; la apertura de una cuenta de correo electrónico; los *spam*; los archivos *cookies* y los software filtros; las condiciones generales de uso y las políticas o prácticas de privacidad de un sitio web (las cuales estipulan el uso o tratamiento que se le puede dar a la información que proporcionen los usuarios al sitio visitado, no teniendo el usuario otra opción más que aceptar o en algunos casos se da por el simple hecho de navegar en el sitio web); la nube, entre otros. De esta forma la empresa a la que se proporcionó la información puede compartir, ceder o vender su base de datos a otras empresas.

Desde que internet tomo un papel fundamental en la economía, Estados Unidos extendió sus fronteras, investigación, información y política a todos los rincones del mundo. De forma encubierta, a través del uso de medios y herramientas digitales



(incluso de armas cibernéticas), este país se ha convertido en el emperador del ciberespacio llevando a cabo actividades como el espionaje o ciberespionaje.

Respecto a ello debe recordarse el momento histórico en que Edward Snowden entregó a Glenn Greenwald los documentos del espionaje estructurado por la NSA (National Security Agency o Agencia de Seguridad Nacional, es una agencia de inteligencia del gobierno de los Estados Unidos encargada de todo lo relacionado con la seguridad de la información) a través del sistema de espionaje Prism con la colaboración de las empresas privadas como Google, Facebook, Yahoo! y Microsoft. Como bien indica Randy Falcón: “Facebook ha entregado datos a diestra y siniestra a gobiernos y corporaciones. Google y Microsoft aportan pistas de las búsquedas y correos de sus usuarios.”¹³³

El espionaje digital o cibernético ha sido llevado a cabo en los ordenadores incluso cuando no se encuentran conectados a internet, ello a través de distintos programas, como por ejemplo el programa cuyo nombre clave es Quantum.

Respecto a ello, Estados Unidos ha argumentado que el espionaje que realiza es para luchar contra el terrorismo, sin embargo, los documentos que Snowden le entregó a Greenwald no aportaban esa prueba. En una entrevista realizada a Glenn Greenwald – citada por Eduardo Febbro -, aclaró: “Los documentos sobre la manera en que Estados Unidos espía y sus objetivos poco tienen que ver con el terrorismo. Muchos tienen que ver con la economía, las empresas y los gobiernos, y están destinados a entender cómo funcionan esos gobiernos y esas empresas. La idea central del espionaje es esa: controlar la información para acrecentar el poder de Estados Unidos alrededor del mundo. En los archivos de la NSA hay documentos sobre el terrorismo, pero no son la

¹³³ **Batallas por la soberanía en el mundo digital.**
<http://www.cubadebate.cu/especiales/2013/10/29/batallas-por-la-soberania-en-el-mundo-digital/#.Vrk8MtJEnIU> (12 de enero de 2016).

mayoría. El gasto de millones de dólares para coleccionar toda esta información **contra** el terrorismo es una broma. Espiar a Petrobras, a Al Jazeera o a la OEA; esos objetivos nada tienen que ver con el terrorismo. El gobierno está tratando de convencer a la gente de que debe renunciar a su libertad a cambio de estar más segura, trata de asustar y hacer creer que sacrificar la libertad es algo necesario para estar a salvo y protegido de las amenazas que vienen de afuera.”¹³⁴

“Un reciente informe del SELA (Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe) muestra que América Latina es el continente con las redes de telecomunicaciones más dependientes de Estados Unidos: más del 90% del tráfico en Internet de la región pasa por servidores norteamericanos; el 85% de los contenidos digitales de Latinoamérica están alojados en el vecino norteamericano. (Sic)”¹³⁵ Derivado de ello y de las revelaciones de Snowden en el año 2013, llamó la atención el espionaje mundial realizado por Estados Unidos a diferentes organismos y entidades públicas y privadas, mandatarios y ciudadanos, como fue el caso de espionaje masivo a los ciudadanos brasileños y a la presidenta Dilma Rousseff.

Otro caso a nivel latinoamericano relacionado con la ciberseguridad de la información fue el proyecto ZunZuneo, el cual consistió en una red social en línea y un servicio de *microblogging* diseñada para usuarios cubanos, creada en 2010 por la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) y retirada en el año 2012. Realmente fue una operación encubierta del gobierno de los Estados Unidos contra el gobierno cubano para alentar a la juventud a unirse a la disidencia; esta plataforma creaba sin aviso a sus usuarios una base de datos potente que segmentaba a la población e identificaba a aquellos ciudadanos propensos a movilizarse para el cambio del sistema político.

¹³⁴ **El gobierno de EE.UU. trata de asustarnos.** <http://www.pagina12.com.ar/diario/elmundo/4-230105-2013-09-29.html> (12 de enero de 2016).

¹³⁵ Falcón. Op. Cit.



Actualmente, en países como Estados Unidos se han tomado medidas como el exigir que todos los vehículos nuevos se vendan con las grabadoras de recuadro negro y la comunicación V2V (de vehículo a vehículo), instaladas aparentemente para ayudar a prevenir accidentes, sin embargo, su objetivo es rastrear parámetros como la velocidad, la dirección, la ubicación, entre otros, datos que se transmiten a la policía. Todo esto ha llegado incluso a cuestiones de espionaje a través del uso de la tecnología *Smart tv* de la compañía Samsung.

El espionaje digital también ha sido realizado por otros Estados como Corea del Norte a través del sistema operativo Red Star OS, utilizado por el régimen para controlar a la ciudadanía.

- Guatemala

Como se indicó en párrafos anteriores, información y declaraciones como la de Edward Snowden revelan que en varios países las agencias de inteligencia y seguridad nacional tienen acceso a la información de sus ciudadanos en tiempo real por medio de plataformas de software, con el supuesto fin de prevenir atentados terroristas, combatir el crimen organizado y cualquier delito que ponga en riesgo al Estado y a sus habitantes. Por ello, con base en la delimitación espacial de la presente investigación es importante exponer la cuestión del espionaje y la ciberseguridad de la información en el Estado de Guatemala.

La inteligencia de Estado se encuentra definida en nuestro ordenamiento jurídico en el Decreto 18 – 2008 del Congreso de la República de Guatemala, Ley Marco del Sistema Nacional de Seguridad, específicamente en su Artículo 23, el cual establece: “Inteligencia de Estado. La inteligencia de Estado es la capacidad institucional del Estado, conforme ley, para disponer de información oportuna, veraz y pertinente para la



toma de decisiones, con el fin de garantizar la seguridad de la nación a través del cumplimiento del ciclo de inteligencia. Constituye el conjunto de competencias y procedimientos especiales asignados, mediante ley, exclusivamente a instituciones públicas especializadas, para que realicen en ámbitos diferenciados, la obtención de información, su análisis y su transformación en un producto útil para la toma de decisiones.”

En ese sentido, el Sistema Nacional de Inteligencia se encuentra formado de acuerdo con el Artículo 24, tercer párrafo, de la siguiente manera: “Está integrado por la Secretaría de Inteligencia Estratégica de Estado, quien lo coordina, la Dirección de Inteligencia Civil del Ministerio de Gobernación, la Dirección de Inteligencia del Estado Mayor de la Defensa Nacional del Ministerio de la Defensa Nacional.”

En el año 2012, la Secretaría de Inteligencia Estratégica de la Presidencia (SIE) adquirió un software desarrollado en Escocia denominado Memex, capaz de enlazar las bases de datos públicas para obtener información de ciudadanos en tiempo real y tener acceso a los registros e información personal. Según expertos, Memex es un software de inteligencia que crea una gran base de datos inteligente, existiendo dos tipos: el database y el analysisist notebook, el primero es de inteligencia y en él se ingresa, gestiona, analiza e intercambia toda la información entre diferentes dependencias y el segundo permite a los usuarios recuperar, consultar y analizar los registros de distintas bases de datos de una sola interfaz.

Este software fue comprado a la empresa Comsur, S. A., proveedor de equipo de seguridad del Ministerio de Gobernación, a través de una publicación en el portal de Guatecompras (concurso NOG 2333260) para la adquisición de una plataforma de software integral de inteligencia para uso de la secretaría, publicación en la que se colocó como términos de referencia las siguientes características: “Plataforma de Software Integral de Inteligencia Memex Serie VI o superior, con la capacidad de coleccionar, integrar, analizar y vincular información en tiempo real y en forma rápida y



precisa de casos mediante un motor de búsqueda que funcione tanto en bases de datos dispersas y heterogéneas como en archivos de información no estructurada. (Sic)¹³⁶

Asimismo, de acuerdo a las características solicitadas por la SIE, el software debía proveer un módulo (Memex Patriarch) que permitiera la entrada, manejo, desarrollo, análisis y compartir información crítica entre las áreas de inteligencia dentro de una dependencia y entre dependencias asociadas, es decir, que gestionara información y generara reportes de operaciones sospechosas. Además, debía trabajar con fuentes de datos públicos como internet y bases de datos internas de las diferentes dependencias del Estado (por ejemplo, la Dirección General de Migración, la Dirección General de Inteligencia Civil, el Registro Mercantil, la Dirección General de Aeronáutica Civil).

De manera que Memex puede crear bases de datos de todos los ciudadanos, sus vínculos con personas, lugares y eventos, fotografías, datos de identificación, lugar de trabajo, lugar de residencia, números de teléfono, direcciones de correo electrónico, etc., incluso es capaz de crear un perfil por cada ciudadano que posea interacción con personajes de la vida política, según los términos en los que un país decida vigilar a sus habitantes.

De igual forma, en el año 2012, la Dirección General de Inteligencia Civil adquirió un paquete de 16 licencias del programa de software Pen-Link Professional versión 8.2 de análisis e investigación de telecomunicaciones, los cuales “son sistemas completos de vigilancia de casi toda forma de comunicación electrónica, incluidos los de cable de acero, *wireless*, satélite, VoIP, *Voice over Packet* y 3G que incluye comunicación *Push-to-Talk*, mensajería instantánea, chat, correo electrónico y tráfico web. (Sic)”¹³⁷ Según expertos, “los productos Pen-Link se utilizan en casi todas las agencias policiales de

¹³⁶ El Periódico. **¿La SIE nos espía? tus datos y archivos al descubierto...** <http://desarrollo.transdoc.com.gt/articulos/noticias-nacionales/La-SIE-nos-espia-Tus-datos-y-archivos-al-descubierto/28174> (13 de enero de 2016).

¹³⁷ Ibid.



Estados Unidos, incluyendo la DEA, FBI, CIA, el Servicio Secreto, el Departamento de Seguridad Nacional, y cientos de departamentos de policía locales y estatales... productos se han usado en casos de escuchas telefónicas y hackeo de computadoras. (Sic)¹³⁸

Por otro lado, en la primera conferencia de la V Cumbre Latinoamericana de Analistas de Seguridad de *Kaspersky Lab*, celebrada en Santiago de Chile, a cargo del especialista en seguridad informática Dmitry Bestuzhev, se dio a conocer que Brasil, México, Colombia, Perú, Chile, Guatemala, República Dominicana, Costa Rica, Argentina, Paraguay y Venezuela son los países con mayor riesgo en cuanto a ataques informáticos.

De acuerdo con lo expuesto en la conferencia, en los primeros ocho meses del año 2015 se registraron 398,611 incidentes contra la seguridad de los usuarios latinoamericanos, de manera que ocurren 20.1 vulnerabilidades por segundo. De estos ataques, Guatemala ocupa el puesto 111 en el conteo mundial, encontrándose el 20.1% de los usuarios nacionales en riesgo de ser atacados por piratas virtuales y registrándose durante ese año 1,251,424 incidentes de vulnerabilidad de cualquier tipo en el país.

4.3. Violación a la soberanía estatal

En el segundo capítulo se indicó que el concepto soberanía ha sido utilizado en cuatro acepciones: como soberanía legal internacional, como soberanía westfaliana, como soberanía interna y como soberanía interdependiente. Posteriormente a la exposición y análisis de las situaciones planteadas en relación a los ataques a la soberanía digital, se concluye que en las mismas se viola la soberanía estatal en sus cuatro acepciones con base en los siguientes motivos.

¹³⁸ Ibid.



El primer caso, respecto a los dominios en internet, refleja una evidente violación a la soberanía internacional ya que los Estados al ser víctimas de una nueva forma de colonización, es decir, de una colonización en el ciberespacio o colonización virtual que se origina de la obtención de dominios por parte de grupos de poder económico, quedan desprovistos de identidad digital, es decir, inexistentes en términos del ciberespacio, ya que se distorsiona y degenera la finalidad de los dominios en internet, específicamente de los dominios de primer nivel geográfico, por otros intereses cuya intención no es identificar a un determinado país, región u otra delimitación territorial.

Derivado de la función de los dominios de nivel superior geográfico y de ser considerados como una extensión de la soberanía estatal, estos no pueden - o no deberían - ser vendidos ni arrendados bajo ninguna circunstancia toda vez que se encuentran intrínsecamente relacionados con la soberanía digital, manifestación actual de la soberanía estatal.

Por otro lado, en la segunda situación expuesta (espionaje y ciberseguridad de la información) se viola la soberanía westfaliana, interna e interdependiente. Respecto a la soberanía westfaliana, la violación se manifiesta a través de los sujetos externos, en este caso Estados (como Estados Unidos) que claramente intervienen en las estructuras de autoridad en un determinado territorio, al imponer condiciones o bien omitir o burlar la autoridad del Estado y acceder a la información que pertenece a sus ciudadanos, ya que la invasión de la privacidad personal o empresarial es un ataque a lo que podría denominarse soberanía digital individual y que en consecuencia viola la soberanía digital estatal.

Asimismo, la soberanía estatal también se ha menoscabado debido a que los gobernantes no han dado la importancia debida – o bien la han disminuido - a estas situaciones que representan constantes violaciones a la soberanía estatal, dejándolo en segundo plano y aprovechándose del desconocimiento de estas situaciones por parte de sus ciudadanos.



De manera que, a través de esta intervención tecnológica se reduce la soberanía de los Estados, ya que los mismos se someten a una suprasoberanía o soberanía expansionista de los Estados poderosos, los cuales terminan por tener la capacidad de decidir tanto sobre la privacidad de sus habitantes como sobre la privacidad de los habitantes de otros Estados débiles, llegando a ser internet para los Estados subdesarrollados, un arma poderosa para someterlos a las normas impuestas por las superpotencias.

Por otro lado y de forma evidente también se ve violentada la soberanía interna, ya que estos ataques y la falta de delimitación de fronteras del Estado en el ciberespacio, a corto o largo plazo, afectan la organización de la autoridad dentro del Estado.

Esta inexistencia de fronteras fijas en el ciberespacio afecta no solo la soberanía interna sino también la soberanía interdependiente, ya que el Estado se vuelve incapaz e impotente de controlar el flujo constante y creciente de información a través de las tecnología, siendo ello más que un problema nacional, un problema internacional. Ante ello, debe considerarse que si los Estados adolecen de deficiencias en cuanto al control del flujo de personas, mercadería, dinero, droga u otros objetos a través de sus fronteras, mayor serán las deficiencias en el ámbito virtual por las circunstancias que la tecnología e internet les presentan, las cuales marcan el declive de la soberanía estatal y marcan un precedente al imperio por llegar.

De manera que en el imperio en el que nos encontramos sumergidos actualmente dominan los Estados más fuertes, como se ha demostrado a lo largo de la historia, con la diferencia que en la actualidad es en el ámbito virtual o digital, es decir, en este imperio digital no existen soberanías determinadas y se impone la ley del más fuerte, la ley del Estado más poderoso, en consecuencia, se corre el riesgo de que no exista una discusión y debate real sobre la regulación de las distintas situaciones en el ciberespacio o bien respecto a la norma a aplicar.

Respecto a este tema, Martín Rodríguez Pellecer manifiesta: "...tenemos que lograr que las acciones de los Estados sean públicas y tenemos que proteger la privacidad de las comunicaciones y acciones privadas de los ciudadanos. Esto nos garantizará ser más libres y soberanos."¹³⁹ Para poder lograr ello debe enfatizarse una vez más en la reconstrucción del concepto de soberanía con base en el imperio, en el cual ningún Estado puede ejercer su soberanía o jurisdicción sin pactar la cosoberanía con aquellos otros Estados que concurren o participan en la red.

4.4. Medidas internacionales y nacionales asumidas por los Estados

La violación a la soberanía digital es un problema que existe desde hace mucho tiempo a pesar de que no se aborde como otros temas tales como la corrupción o la economía nacional. Es un problema tan complejo que los Estados aún no han podido encontrar una solución en aproximadamente veinticinco años, llegando sus consecuencias hasta aspectos como el e-gobierno, es decir, afecta la posibilidad de acceder en línea a las aplicaciones de la administración pública ya que los ciudadanos necesitan contar con las condiciones de seguridad necesarias para que sus datos personales no se utilicen de manera indebida.

La sociedad exige gobiernos eficaces y eficientes que respondan ante tal desafío, por ello, encontrar una solución implica la reforma y modernización del Estado, ya que este debe adaptarse a los cambios que se generan en el contexto mundial, en este caso, a los cambios tecnológicos.

La seguridad cibernética o ciberseguridad y la seguridad informática, que buscan proteger el hardware, redes, software, infraestructura tecnológica o servicios, se alcanzan a través de un conjunto de acciones y medidas que previenen y responden

¹³⁹ Debemos prohibir la app secret y legalizar las drogas por la misma razón. <https://nomada.gt/debemos-prohibir-la-app-secret-y-legalizar-las-drogas-por-la-misma-razon/> (12 de enero de 2016).

ante los riesgos, amenazas y ataques que se suscitan en contra del Estado o bien contra sus ciudadanos. En ese sentido, es necesario delimitar soluciones principalmente legales e informáticas (técnicas) con las cuales puedan los Estados mantener o bien recuperar su soberanía digital, evitando de esta manera el espionaje de los ciudadanos y el acceso a datos particulares sin consentimiento de los mismos.

4.4.1. Medidas legislativas e institucionales de carácter internacional

- **Legislativas**

En el contexto de la denominada ciberseguridad el deber del Estado es brindar seguridad jurídica a través de una protección legal, es decir, a través de su potestad de legislar, entre otros mecanismos y estrategias, para disuadir el crimen cibernético y también para proteger toda relación vinculada con el uso de internet.

El pleno aprovechamiento de internet requiere una normativa responsable que garantice la libre expresión (no libertinaje) y el respeto a los derechos humanos, principalmente el derecho a la intimidad en relación a los datos o información de los particulares, quienes deben prestar su consentimiento para el registro y uso de los mismos, salvo en circunstancias excepcionales previstas en el ordenamiento jurídico como competencias de determinados organismos o entidades, basadas en el correcto funcionamiento del aparato estatal y la protección – principalmente - de la vida, integridad y seguridad personal y estatal, es decir, que el interés general prevalezca sobre el particular.

De acuerdo a RPP Noticias, en el año 2009 el vicepresidente de Google, Vinton Cerf “Sobre el tema de la privacidad de los datos personales, se mostró favorable al establecimiento de una fuerte política pública que obligue a las compañías de internet a



transparentar y garantizar los servicios e información que ofrecen a través de la red. El doctor en ciencias, quien desarrolla un proyecto de internet interplanetario, hizo estas declaraciones en el senado mexicano donde abordó temas como la gobernanza en Internet, la privacidad de los datos personales y los retos frente a la diversidad de aplicaciones que permiten a los usuarios compartir información.”¹⁴⁰

Previo a exponer lo relativo a instrumentos jurídicos internacionales, es importante tomar en cuenta que actualmente existen normas que a pesar de que no regulan directa o expresamente el uso de internet, deben ser observadas dependiendo del uso o aplicación que se dé a esta red, entre estas: las políticas de privacidad y las normas contractuales.

Las políticas de privacidad o de uso aceptable (protecciones de uso) “Son de especial importancia en aquellos Estados que no cuentan con legislación sobre Protección de Datos. Es conveniente y necesario que los administradores de los sitios web, PSI y Servidores, publiquen la Política de Privacidad de su sitio. Al redactar la misma se debe de velar por cumplir con las normas legales, primordialmente en el contenido de su sitio y en el respeto a la información que proporcionarán los usuarios. Además se deben de implementar los procedimientos para asegurar que las políticas indicadas sean cumplidas. (Sic)”¹⁴¹

Por otro lado, las normas contractuales, “...proveen una gran solución a todas aquellas responsabilidades de los PSI y Servidores, frente a los consumidores o Usuarios y el Estado, en ausencia de normas legales que establezcan expresamente el uso de la Internet. Estas normas contractuales tienen ciertas críticas en doctrina, en especial

¹⁴⁰ **Padre de Internet: debe regularse contenidos y uso de páginas web.** <http://rpp.pe/tecnologia/mas-tecnologia/padre-de-internet-debe-regularse-contenidos-y-uso-de-paginas-web-noticia-214065?ref=rpp> (4 de enero de 2016).

¹⁴¹ Barrios Osorio. Op. Cit. Pág. 342.

porque los Proveedores de Servicios de Internet – PSI – los han convertido en perfectos contratos de adhesión, lo que limita la autonomía de la voluntad de los usuarios; es en esos casos como el presente que el legislador debe de regular esas relaciones a través de normas jurídicas. (Sic)¹⁴²

En cuanto a las normas internacionales, de manera general se cuenta con la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los cuales regulan derechos relacionados con esta investigación tales como la seguridad; libertad de expresión; propiedad; protección a la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar; la inviolabilidad y circulación de correspondencia y el derecho de los pueblos a la libre determinación (como bien se indicó en el tema de la soberanía estatal).

A nivel europeo existen instrumentos jurídicos tales como el **Convenio sobre Cibercriminalidad**, también conocido como Convenio de Budapest, "...es el primer tratado internacional que busca hacer frente a los delitos informáticos y los delitos en Internet mediante la armonización de leyes nacionales, la mejora de las técnicas de investigación y el aumento de la cooperación entre las naciones. Fue elaborado por el Consejo de Europa en Estrasburgo, con la participación activa de los estados observadores de Canadá, Japón y China."¹⁴³

El convenio y su informe explicativo fueron aprobados por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 8 de noviembre de 2001 y entró en vigencia el 1 de julio de 2004.

¹⁴² Ibid. Pág. 343.

¹⁴³ Wikipedia. **Convenio sobre cibercriminalidad**.https://es.wikipedia.org/wiki/Convenio_sobre_cibercriminalidad (13 de enero de 2016).



A partir del 28 de octubre de 2010, 30 estados firmaron, ratificaron y se adhirieron a la convención, mientras que otros 16 estados firmaron la convención pero no la ratificaron.

Este instrumento define delitos como el acceso ilícito, la interceptación ilegal, la interferencia de datos, la interferencia del sistema, el mal uso de dispositivos, la falsificación informática, los delitos relacionados con la pornografía infantil y los delitos relacionados con los derechos de autor y derechos conexos. También establece cuestiones de derecho procesal como la preservación de datos almacenados, la búsqueda e incautación de datos informáticos, la recogida en tiempo real del tráfico de datos y la interceptación de datos de contenido.

Este convenio también ha sido firmado por Estados no europeos tales como Estados Unidos, Canadá, Japón y Sudáfrica y se ha previsto la adhesión por parte de Estados latinoamericanos, entre ellos, México, El Salvador, Argentina, Uruguay y Chile. “No obstante que el Convenio de Budapest fue celebrado a nivel del Consejo de Europa, no existe ningún impedimento legal para que otros países, como el caso de Guatemala, puedan adherirse a dicha normativa. Al contrario, tanto para Europa como para los países de América Latina y todos los países del mundo, debido a la naturaleza transfronteriza de los delitos informáticos, la normativa se convierte en Derecho positivo cuanto mayor sea el número de países que se adhieran a la citada Convención. (Sic)”¹⁴⁴

En relación a los eventos e instrumentos normativos a nivel latinoamericano, a continuación se hará mención de los principales en orden cronológico.

En 1999 el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas resolvió que las reuniones de alto nivel del período de sesiones del año 2000 estuvieran dedicadas al desarrollo y cooperación internacional en el siglo XXI, específicamente en la función de

¹⁴⁴ Alvarado Lemus. Op. Cit. Pág. 12.

la tecnología de la información en el contexto de una economía mundial basada en el saber. “Como respuesta, los países de América Latina y el Caribe, convocados por el Gobierno de Brasil y la CEPAL, aprobaron en julio de 2000 la **Declaración de Florianópolis**, que apuntaba al uso de las tecnologías de la Información y de las comunicaciones (TIC) para el desarrollo. (Sic)”¹⁴⁵

A través de este documento los representantes de los países de América Latina y el Caribe solicitaron al segmento de alto nivel del Consejo Económico y Social el apoyo a los países en desarrollo en la consecución de distintas líneas de acción relacionadas con la eliminación de la brecha digital; el mejoramiento del gobierno electrónico; el incentivo al desarrollo de empresas relacionadas con las tecnologías evitando las prácticas monopólicas; la investigación científica y social; el desarrollo de marcos regulatorios para proteger los derechos de propiedad intelectual, minimizar los riesgos en el entorno de las tecnologías de la información y la comunicación, incluyendo lo referente a su privacidad; el fortalecimiento institucional; el establecimiento de redes de alta velocidad en la región y el fomento del desarrollo y hospedaje de contenidos en servidores regionales, con el fin de racionalizar el acceso y promover el intercambio por rutas más directas del tráfico local y regional.

Posteriormente se llevó a cabo la **Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información**, evento organizado por la Unión Internacional de Telecomunicaciones que se realizó en dos momentos, el primero se llevó a cabo en el año 2003 y el segundo en el año 2005, teniendo como participantes a los representantes de los gobiernos, el sector privado y la sociedad civil.

Se basó en aspectos sociales de la sociedad de la información, siendo el objetivo planteado eliminar la brecha digital existente en el acceso a las tecnologías de la

¹⁴⁵Comisión Económica para América Latina y El Caribe (CEPAL). **Antecedentes**. <http://www.cepal.org/cgi-bin/getprod.asp?xml=/elac2015/noticias/paginas/4/44104/P44104.xml&xsl=/elac2015/tpl/p18f.xsl&base=/elac2015/tpl/top-bottom.xsl> (30 de enero de 2016).



información y la comunicación, específicamente las telecomunicaciones e internet, a través de políticas y planes de acción. Asimismo, es importante mencionar que tuvo como antecedente la Declaración del Milenio mediante la cual Naciones Unidas estableció una serie de decisiones con el fin de eliminar la pobreza en el mundo, entre las cuales se incluyó la eliminación de la brecha digital.

Como bien se indicó, la primera fase de la cumbre se realizó en Ginebra, Suiza, durante el año 2003. Como resultado de la misma se concluyó en la **Declaración de Principios de Ginebra y el Plan de Acción de Ginebra**. A pesar de que no existió consenso en cuanto a las acciones que se tomarían en el futuro para fomentar el desarrollo de la sociedad de la información, sí fue posible llegar a un acuerdo para dar continuidad al diálogo sobre dicha temática.

En ese sentido, - a pesar de que en el caso de Latinoamérica, la convocatoria por parte de los gobiernos hacia los distintos sectores de la sociedad y la participación de los mismos fue mínima - los representantes de los gobiernos reunidos en la cumbre solicitaron al Secretario General de las Naciones Unidas el establecimiento de un grupo de trabajo sobre gobernanza de internet, en un proceso abierto en el cual participaran todas las partes interesadas, teniendo como resultado la propuesta de creación del primer Foro para la Gobernanza de Internet.

En ese mismo año, también se realizó la **Declaración de Bavaro**, el cual "...fue un paso importante para establecer los principios fundamentales de América Latina y el Caribe para la transición hacia sociedades de la información, dado que ayudó a identificar las principales características de este fenómeno en la región. A partir de su aprobación, se incorporaron por primera vez oficialmente el análisis sobre la gobernanza de Internet y el software de código abierto en el proceso de la CMSI, temas que cobraron gran importancia durante esa reunión y en eventos posteriores. (Sic)"¹⁴⁶

¹⁴⁶ Wikipedia. **Foro para la gobernanza de internet**. https://es.wikipedia.org/wiki/Foro_para_la_Gobernanza_de_Internet (30 de enero de 2016).

Posteriormente, en el año 2005, en las reuniones preparatorias para la segunda fase de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información y durante la conferencia ministerial regional de América Latina y el Caribe, varios años de diálogo sobre la relación entre las TIC, el crecimiento y la equidad culminaron con el **Compromiso de Río** que instituye el Plan de Acción de la Sociedad de la Información en América Latina y el Caribe, conocido como **eLAC2007**.

La segunda fase de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información fue celebrada en Túnez en el año 2005, de la cual derivó el Compromiso de Túnez y la Agenda de Túnez para la Sociedad de la Información. A través de esta última se solicitó al Secretario de las Naciones Unidas que convocara a una reunión del Foro para la Gobernanza de Internet, en la cual no se llegó a un acuerdo sobre ninguna de las propuestas del Grupo de Trabajo sobre Gobernanza de Internet, que por lo general se centró en las nuevas funciones de supervisión de Internet para modificar el papel que Estados Unidos tiene respecto a la gestión de los recursos técnicos de internet a través de la supervisión contractual de ICANN.

En ese sentido, el **Foro para la Gobernanza de Internet (FGI)** "...es un espacio para el diálogo sobre cuestiones relacionadas con el desarrollo de Internet. Reúne a todas las partes interesadas del ecosistema de Internet, incluyendo a los gobiernos, el sector privado, la sociedad civil, la comunidad técnica y la académica, en igualdad de condiciones y mediante un proceso abierto e inclusivo. (Sic)"¹⁴⁷ Su establecimiento fue anunciado oficialmente por el Secretario de las Naciones Unidas en el año 2006, año en el que también fue llevada a cabo su primera reunión anual, la cual celebra desde entonces.

En el año 2008, en El Salvador se aprobó el segundo Plan de Acción, **eLAC2010**, y en ese mismo año en Lima, se aprobó el Plan **eLAC2015**. Para dar continuidad a ese

¹⁴⁷Ibid.



proceso, en abril de 2013 se llevó a cabo en Montevideo, Uruguay, conferencia ministerial sobre la sociedad de la información en América Latina y el Caribe, en la que se aprobó la **Declaración de Montevideo y el Plan de trabajo 2013 - 2015**.

Asimismo, vale la pena mencionar que la octava reunión del Foro para la Gobernanza de Internet, en el año 2013, en Bali, Indonesia, trató sobre temas relativos a derechos humanos, libertad y libre flujo de la información en internet; principios para la gobernanza de internet; marco legal de seguridad y otros como spam, hacking y cibercrimen.

Por otro lado, a nivel latinoamericano “El interés de Brasil por alcanzar acuerdos mundiales en materia del dominio y manejo del Internet surgió luego de conocer sobre el espionaje mundial que ha realizado Estados Unidos, a través de mecanismos informáticos, vulnerando la soberanía de los Estados.”¹⁴⁸ Las actividades de espionaje de Estados Unidos en Brasil fueron conocidas gracias a documentos filtrados por el exanalista de la Agencia Nacional de Seguridad (NSA) Edward Snowden y divulgados por el canal de televisión O Globo. “El gigante sudamericano ha asumido la vanguardia en la denuncia del desfachatado figoneo imperial y también en la búsqueda de alternativas soberanas. Las graves revelaciones sobre el saqueo de datos desde la Presidenta a ciudadanos comunes, desde el Ministerio de Energía y Minas a Petrobras, se han convertido en una afrenta que ha levantado olas de repulsa en todo Brasil. (Sic)”¹⁴⁹

Frente a ello, en el año 2013, la presidenta de Brasil Dilma Rousseff, expuso ante la Asamblea General de Naciones Unidas: “La ONU debería desempeñar un rol de

¹⁴⁸Agencia Venezolana de Noticias. **Brasil convoca conferencia internacional de seguridad informática para 2014**. <http://www.avn.info.ve/contenido/brasil-convoca-conferencia-internacional-seguridad-inform%C3%A1tica-para-2014> (30 de enero de 2016).

¹⁴⁹ Falcón. Op. Cit.



liderazgo en todos los esfuerzos destinados a regular la conducta de los estados en lo referido a esas tecnologías y el Internet... La tecnología de la información no puede convertirse en un campo de batalla entre estados... El pleno aprovechamiento de Internet requiere una reglamentación responsable que garantice la libre expresión y el respeto a los derechos humanos... Mi gobierno hará cuanto esté a su alcance para defender los derechos de los brasileños... El ciberespacio no puede ser utilizado o manipulado como arma de guerra... Brasil presentará una propuesta para establecer un marco civil multilateral para garantizar la protección de los datos que viajan por Internet. (Sic)¹⁵⁰

La mandataria brasileña recibió el apoyo de otros mandatarios sudamericanos, sin embargo, la propuesta de Rousseff de crear mecanismos multilaterales para regular internet ha sido vista como correcta por muchos y atacada por otros, basándose en que hay algunos aspectos de internet como los ciberdelitos, que necesitan una regulación y mecanismos de supervisión uniformes, sin embargo, el dejar todo ello en manos de la Organización de las Naciones Unidas representaría un problema ya que las potencias mundiales gozan de un enorme poder dentro de la misma.

El 12 de julio de 2013, en Montevideo, Uruguay, los presidentes de Mercosur adoptaron un documento denominado **Decisión sobre el Rechazo al Espionaje por Parte de los Estados Unidos sobre los Países de la Región** en el marco de la Cumbre de Presidentes del Mercosur a través del cual condenan las acciones de espionaje por parte de agencias de inteligencia de los Estados Unidos de América y se rechaza la interceptación de las telecomunicaciones y las acciones de espionaje ya que constituyen violación de los derechos humanos, del derecho a la privacidad y del derecho a la información, formando a la vez una conducta violatoria a las soberanías estatales.

¹⁵⁰ Ibid.



Por medio de esta decisión los Estados del Mercosur deciden, entre otros: **trabajar en conjunto para garantizar la seguridad cibernética de los Estados, defendiendo la soberanía de los países; promover en las instancias multilaterales la adopción de normas relativas a la regulación de internet, con énfasis en los aspectos de seguridad cibernética, para garantizar la protección adecuada de las comunicaciones, la soberanía de los Estados y la privacidad de los individuos.**

También se decidió promover la gestión conjunta de los cancilleres ante el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas para informar sobre los hechos y solicitar mecanismos de prevención y sanción a nivel multilateral en la materia; solicitar a la república argentina que someta este asunto a consideración del Consejo de Seguridad y acordar la formación de un grupo de trabajo para coordinar esfuerzos junto con el Consejo de Defensa Suramericano y el Consejo Suramericano de Infraestructura y Planeamiento, con el fin de tomar acciones que hagan más seguras las telecomunicaciones y reduzcan la dependencia de estos países de la tecnología extranjera.

En ese mismo año, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó una resolución propuesta por Brasil y Alemania en la que llama a los Estados a garantizar los derechos a la privacidad de los ciudadanos, en el uso de internet y otras formas de comunicaciones electrónicas, adoptando medidas para prevenir y contrarrestar tales violaciones.

En el año 2014 Brasil convocó a la **Conferencia Internacional de Seguridad Informática**, organizada con la colaboración de la Corporación estadounidense de Internet para la Asignación de Nombres y Números (ICANN), con la finalidad de identificar las formas de limitar actividades de espionaje como las realizadas por Estados Unidos.



En ese sentido, durante ese año se llevó a cabo la Reunión Multisectorial Global sobre el futuro de la Gobernanza de Internet también conocida como **NETmundial**, la cual contó con la participación de representantes de más de 80 países, teniendo como resultado la firma de los Principios Generales sobre Asuntos Civiles de Internet, que tienen como fin ofrecer a diferentes países principios para la gobernanza de internet y la elaboración de las normas administrativas del mismo.

Recientemente, en el año 2015, el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Cuba convocó a la conferencia internacional “Nuevos escenarios de la comunicación política en el ámbito digital”, la que se realizó en el marco del décimo aniversario de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información. En la misma se debatieron temas como el desarrollo de las TIC y su impacto en las relaciones internacionales, la gobernanza en internet, ciberseguridad, subversión y espionaje electrónico y recomendaciones en relación a la soberanía tecnológica y cultural de las naciones.

En el mes de diciembre del mismo año, también se llevó a cabo la **Conferencia Mundial de Internet** (WIC, en sus siglas en inglés), evento organizado desde el año 2014 por la Administración del Ciberespacio de China (CAC) en el que participaron representantes de varios Estados y empresas como Apple, IBM o Microsoft. Sin embargo, no participó ningún representante oficial de la alianza *Five Eyes*, conformada por Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, Australia y Nueva Zelanda.

“El discurso inaugural de la WIC corrió a cargo del presidente chino Xi Jinping, quien subrayó la importancia estratégica que tiene la seguridad del ciberespacio para el desarrollo socio-económico chino. Además, compartió con los asistentes la visión que tiene su gobierno sobre el futuro del ciberespacio, centrandolo en tres áreas fundamentales: gobernanza del ciberespacio, ciberseguridad y ciber-soberanía. En relación a la primera, el presidente chino abogó por un ciberespacio regulado. No obstante, advirtió que sus reglas de gobernanza deberían ser consensuadas por la



comunidad internacional y no impuestas por un solo actor, en clara alusión a Washington. Esta misma idea fue defendida por Lu Wei, *ciberzar* chino y director del CAC, durante el discurso de clausura del WIC.”¹⁵¹

“En materia de ciberseguridad, el presidente chino expuso la necesidad de evitar la militarización del ciberespacio, e instó a la comunidad internacional a mantener un comportamiento civilizado en este dominio. Asimismo, realizó un llamamiento a la comunidad internacional para implementar los mecanismos necesarios para luchar de manera efectiva contra el cibercrimen. En este sentido, puso como ejemplo los recientes acuerdos alcanzados en materia de ciberseguridad con Estados Unidos.”¹⁵² Por último, en materia de cibersoberanía, resaltó la importancia del principio de la igualdad soberana consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, el derecho de cada país a elegir y desarrollar su ciberespacio y su modelo de regulación cibernética y la participación de los mismos de forma igualitaria en la gobernanza del ciberespacio internacional.

Este conjunto de instrumentos y actividades de carácter internacional han tenido como fin el establecimiento de principios, planes de acción, plataformas de discusión, la presentación de situaciones nacionales o regionales, principalmente de cuestiones relativas a la sociedad de la información y la brecha digital, o bien la regulación de aspectos específicos relacionados con internet como los derechos de autor, sin embargo no existe un instrumento jurídico internacional que regule las relaciones y uso de internet como tal, la jurisdicción competente y tribunales especializados, los entes de prevención, defensa e investigación de ataques informáticos, entre otros temas, es decir que las normas internacionales se han quedado atrás respecto al fenómeno que ha representado la internet a lo largo de las últimas décadas.

¹⁵¹ Fojón, Enrique. **La ciber-soberanía china**. <http://www.thiber.org/2016/01/20/la-ciber-soberania-china/> (22 de enero de 2016).

¹⁵² Ibid.



De manera que, es claro que de llegar a existir una regulación deberá ser a través de tratados internacionales en el que la participación de cada Estado o región deba ser fundamental para evitar contradicciones en la normativa jurídica de internet.

- **Institucionales**

A nivel institucional existen diversos organismos internacionales que se han preocupado por la creación de leyes y herramientas uniformes en materia de ciberdelincuencia, tal es el caso de la Organización de Estados Americanos, que a través del proceso de Reuniones de Ministros de Justicia u otros Ministros, Procuradores o Fiscales Generales de las Américas (REMJA) para fortalecer la cooperación hemisférica en la investigación y persecución del delito cibernético, tuvo como resultado el portal interamericano de cooperación en delito cibernético y el grupo de trabajo en la materia.

El portal "...fue creado para facilitar y hacer más eficiente la cooperación y el intercambio de información entre los expertos gubernamentales de los Estados miembros de la OEA con responsabilidades en materia de delito cibernético o en cooperación internacional en la investigación y persecución de este delito."¹⁵³ y por otro lado, el grupo de trabajo "...se constituye como el principal foro hemisférico establecido desde 1999 por las REMJA para fortalecer la cooperación internacional en la investigación y persecución del delito cibernético, facilitar el intercambio de información y de experiencias entre sus integrantes y formular las recomendaciones que sean necesarias para mejorar para mejorar y fortalecer la cooperación entre los Estados miembros de la OEA y con otras organizaciones o mecanismos."¹⁵⁴

¹⁵³ Organización de los Estados Americanos. **Portal Interamericano de cooperación en materia de delito cibernético**. <http://www.oas.org/juridico/spanish/cybersp.htm> (22 de enero de 2016).

¹⁵⁴ Ibid.



Asimismo, también existe la División Sobre Aplicaciones TIC y Ciberseguridad de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), institución que ha emitido publicaciones sobre cibercrimen, siendo de utilidad para la creación de leyes ordinarias de cada Estado.

Sin embargo, al igual que en relación a normas internacionales, internet no cuenta con un órgano de control que regule su funcionamiento, tanto para proveer como para utilizar información o servicios, sin embargo si existen instituciones u organismos que se encargan de organizar, administrar y velar por el desarrollo de internet, estableciendo estándares en su utilización o bien fomentando su integración e incorporación a la sociedad.

En el ámbito internacional, uno de los principales es la ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers o Corporación Internet para Nombres y Números Asignados), siendo una de sus principales funciones la coordinación técnica de la administración de los nombres de dominio, direcciones y parámetros de protocolos de internet. Asimismo, el Registro de Direcciones de Internet para América Latina y el Caribe – LACNIC – (Latin American and Caribbean Internet Addresses Registry o Registros de Direcciones de Internet para Latinoamérica y el Caribe) es la organización que administra el espacio de direcciones IP, Número de Sistemas Autónomos (ASN), resolución inversa y otros recursos para la región de América Latina y el Caribe en nombre de la comunidad internet.

También existen otras entidades que tienen vinculación directa o indirecta, como la Sociedad de Internet (organización no gubernamental y sin ánimo de lucro cuyo objetivo principal es ser un centro de cooperación y coordinación global para el desarrollo de protocolos y estándares compatibles) y otras cuyo objetivo es impulsar el desarrollo de internet y el comercio electrónico aprovechando adecuadamente el avance de las

tecnologías de la información, entre estas: la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Organización Mundial del Comercio, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Cámara de Comercio Internacional y la Unión Internacional de Telecomunicaciones (organización internacional del sistema de las Naciones Unidas en la cual los gobiernos y el sector privado coordinan los servicios y redes mundiales de telecomunicaciones).



4.4.2. Medidas legislativas e institucionales de carácter nacional

En la mayoría de los países del mundo la protección de los datos personales se rige por el derecho constitucional y sus leyes ordinarias. A pesar de la existencia de variaciones significativas, el derecho a la privacidad y a la intimidad se considera como un derecho fundamental que podría verse vulnerado por la ausencia de una adecuada protección frente a la libre circulación de información.

Por ejemplo, en la República Popular China “Desde que han permitido el uso comercial de Internet – año 1995 – el gobierno ha promulgado por lo menos sesenta regulaciones con el objetivo de controlar el contenido que se divulga. Dentro de estas leyes se destaca... la normativa Computer Information Network and Internet Security, Protection and Management Regulations del Ministerio de Seguridad Pública, promulgado en 1997.”¹⁵⁵

Esta normativa prohíbe utilizar internet para crear, reproducir, recuperar o transmitir información relativa a actividades como: incitar a resistir o violar la constitución o las leyes o la aplicación de los reglamentos administrativos; incitar a derrocar al gobierno o el sistema socialista; incitar a la división del país; participar en actos de terrorismo o incitar a otros a la actividad criminal; perjudicar a la reputación de los órganos del

¹⁵⁵ Wikipedia. **Censura de internet en la república popular china.** https://es.wikipedia.org/wiki/Censura_de_Internet_en_la_Rep%C3%BAblica_Popular_China (22 de enero de 2016).

Estado, entre otros. Asimismo, establece que las unidades o individuos que participan en el negocio de internet deben aceptar la supervisión de seguridad, inspección y dirección de la Organización de Seguridad Pública, lo cual incluye proporcionar a la misma información, materiales y documentos digitales.



A partir de la década de 1970, "...cuando el gobierno electrónico llegó en América Latina y el Caribe a la etapa de Burocracia e Informática, en las constituciones de varios países se comenzó a contemplar el derecho a la intimidad y la privacidad, dando inicio a un periodo en el que surgió un especial interés legislativo en definir directrices sobre la protección de los datos personales, que pasaron a formar parte de archivos electrónicos frecuentemente vedados a sus propios titulares. (Sic)"¹⁵⁶

Posteriormente algunos Estados comenzaron a regular ciertas actividades que se realizan en internet como es el caso del comercio, llevando la delantera los Estados europeos, Estados Unidos y Canadá. A nivel latinoamericano la mayoría de Estados cuentan con cuerpos normativos que regulan ciertas situaciones relacionadas con internet, principalmente lo relativo a delitos informáticos (en el ámbito territorial nacional); a manera de ejemplificar, a continuación se indican algunos cuerpos normativos nacionales latinoamericanos.

En Perú se cuenta con la Ley No. 30096, Ley de Delitos Informáticos mediante la cual se establecen delitos contra datos y sistemas informáticos, contra la indemnidad y libertad sexuales, contra la intimidad y el secreto de las comunicaciones, contra el patrimonio y contra la fe pública, y como normativa distintiva entre los países latinoamericanos, la Ley No. 28493, Ley que regula el uso del correo electrónico comercial no solicitado (*spam*). En Argentina, el Código Penal de la Nación, Ley 11.179 modificado por la Ley 26.388 regula delitos informáticos, disponiendo a la vez de la Ley 25.326 relativa a la protección de datos personales.

¹⁵⁶ Comisión Económica para América Latina y El Caribe (CEPAL). Op. Cit. Pág. 259.



Por otro lado, Colombia emitió la Ley 1273 de 2009, por medio de la cual se modificó el Código Penal, creándose un nuevo bien jurídico tutelado denominado protección de la información y de los datos, se preservan integralmente los sistemas que utilicen las tecnologías de la información y las comunicaciones, entre otras disposiciones. Entre los delitos regulados por esta ley se encuentran: obstaculización ilegítima de sistema informático o red de telecomunicación, violación de datos personales, suplantación de sitios web para capturar datos personales y transferencia no consentida de activos.

Sin embargo, el inconveniente con estos cuerpos normativos es que no evolucionan a la misma velocidad que los hechos ilícitos que hacen uso de internet, adoleciendo también de claridad y certeza en los supuestos de hecho.

Por otro lado, mención especial merece el caso de Brasil, Estado sudamericano que aventaja legislativa e institucionalmente en la región latinoamericana. Dicho Estado, debido a la gran concentración de empresas norteamericanas en el sector, tras el descubrimiento del espionaje masivo llevado a cabo por Estados Unidos y después de ofrecer incentivos para que las empresas de internet mantuvieran sus bases de datos en Brasil, sin alcanzar resultado, analizó garantizar esta medida mediante una ley.

El ministro de comunicaciones, Paulo Bernardo Silva, citado por Lucía Ferreri, indicó: “Creo que vamos a tener que obligar a las empresas de Internet a almacenar los datos generados en Brasil dentro de Brasil”¹⁵⁷, resaltando que “...el almacenamiento de los datos en el país es una cuestión de soberanía nacional ya que las empresas norteamericanas se rehúsan a entregar información a la justicia brasileña con el argumento de que sus archivos no están en el país.”¹⁵⁸ También indicó que el problema es que siempre se está en conexión con servidores americanos y que “...internet tiene

¹⁵⁷ **En busca de la soberanía digital.** <http://portaldelsur.info/2013/07/en-busca-de-la-soberania-digital/> (12 de enero de 2016).

¹⁵⁸ Ibid.

reglas de gestión exclusivamente dictadas por Estados Unidos por medio de una entidad privada vinculada al Departamento de Comercio.”¹⁵⁹

Estados como Rusia también han adoptado normativas que requieren que las empresas de tecnología no rusas almacenen todos los datos internos dentro de Rusia durante al menos seis meses.

Como medida legislativa concreta Brasil cuenta con el Marco Civil de Internet, también conocido como Constitución para Internet, el cual consiste en cuerpo normativo que fue aprobado por el Senado Federal de Brasil el 23 de abril de 2014 y aprobado y sancionado por la mandataria Dilma Rousseff ese mismo día en el marco de la conferencia NETMundial. El objetivo de esta normativa es “...introducir el respeto a los derechos civiles en el uso de internet en Brasil. Se incorporan en él los derechos de neutralidad de la red, limitación de responsabilidad para los intermediarios, libertad de expresión y garantías de privacidad de los usuarios de internet.”¹⁶⁰

En el ámbito institucional brasileño se encuentra el Comité Gestor de internet en Brasil, institución multisectorial creada en el año 1995, formada por 21 miembros representantes del gobierno, de las universidades, de servidores de internet y usuarios. Su finalidad es coordinar e integrar las iniciativas de servicios de internet en el país, promoviendo la calidad técnica, la innovación y la difusión de los servicios.

Entre sus atribuciones se encuentran: establecer directrices estratégicas relacionadas al uso y desarrollo de internet en Brasil; establecer directrices para las relaciones entre gobierno y sociedad en relación a los registros de nombres de dominio y administración del dominio de primer nivel .br en pro de los intereses de desarrollo de internet en el

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ Wikipedia. **Marco civil de internet**. https://es.wikipedia.org/wiki/Marco_Civil_de_Internet (30 de enero de 2016).



país; promover estudios y recomendar procedimientos y normas para la seguridad de las redes y servicios de internet y la adecuada utilización por parte de la sociedad, ejercer la representación en foros técnicos nacionales e internacionales relativos a internet y proponer normas y procedimientos relativos a regular las actividades en esta red.

Además, esta institución cuenta con comisiones de trabajo entre las cuales se encuentran CT-Spam (para combatir la cantidad creciente de spam que circula en internet con contenido no solicitado o bien con relación a fraudes) y CT-Indicadores (encargada de reunir datos e indicadores confiables para la elaboración de políticas públicas que garanticen el acceso a las TIC y de evaluar su impacto socioeconómico).

Brasil también ha sido un ejemplo por su Gabinete de Seguridad Institucional, el cual tiene como atribución el coordinar las actividades de inteligencia federal y de seguridad de la información. Estas áreas están representadas por dos instituciones: el Departamento de Seguridad de la Información y Comunicaciones y la Agencia Brasileña de Inteligencia. Dentro del Departamento de Seguridad de la Información y Comunicaciones – DSIC -, funciona el CERT.br, que es el equivalente al Centro de Respuesta de Incidentes de Seguridad Informática CSIRT.

El CSIRT puede ser definido como un organismo que brinda soporte a incidentes de seguridad informática a las instituciones públicas y privadas que lo requieran, para que, de esta forma se garantice, en buena medida, si bien no un sistema invulnerable, si un sistema más seguro y confiable. “El CERT.br, anteriormente denominado NBSO/Brazilian CERT, o grupo de respuesta a incidentes de seguridad para la internet brasileña, mantenido por el NIC Brasil del Comité Gestor de internet de Brasil, ahora es el responsable de recibir, analizar y responder a incidentes de seguridad, que relacionan a redes conectadas a internet en Brasil.”¹⁶¹

¹⁶¹ Alvarado Lemus. Op. Cit. Pág. 122.

Asimismo, como consecuencia de que las redes de telecomunicaciones latinoamericanas son las más dependientes de Estados Unidos, se creó el Consejo Suramericano de Ciencia, Tecnología e Innovación, acordado por los jefes de Estado y/o gobierno de Unasur, con el cual se aspira a potenciar estos sectores.



Para finalizar este tema, es necesario enfatizar en que no debe dejarse de lado la necesaria actualización de los responsables de la persecución penal y aplicación de justicia en estos temas, en especial en aspectos como los medios de investigación o medios probatorios, pudiendo incluso proponerse la creación de juzgados especializados en esta materia.

4.4.3. Medidas técnicas de carácter internacional y nacional

Ante los ataques sociales, sofisticados o sigilosos en el ciberespacio (principalmente la obtención de información a través de los sistemas operativos, buscadores de internet, correo electrónico, la nube, las redes sociales, etc.), los medios de defensa de un Estado no deben limitarse a políticas, leyes o reglamentos, ya que a pesar de que la ley es la forma tradicional y en teoría, más completa para proteger los datos e información personal, no siempre es la más efectiva. En ese sentido, deben utilizarse y desarrollarse herramientas de acuerdo a la naturaleza de tal espacio para que los Estados y las personas puedan defender su soberanía estatal e individual, respectivamente. Entre las medidas asumidas y propuestas por parte de los mismos se encuentran las siguientes.

- **Pasarelas para internet e intranets nacionales**

En la era digital en la que nos encontramos, los Estados forman parte de una gran red ante la cual son impotentes y dependientes de un solo Estado, Estados Unidos, ello



porque el poder e influencia que dicho Estado ostenta se debe a que es el creador de internet, en consecuencia tiene el control total del mismo. De manera que, los Estados no podrán garantizar la confidencialidad de la información de los usuarios si continúan utilizando sistemas apoyados en servidores norteamericanos.

En ese sentido, la propuesta de Glenn Greenwald - citado por Febbro - fue: “Yo creo que la solución sería crear un lobby entre los países, que los países se unan para ver cómo construir nuevas pasarelas para internet que no permitan que un país domine completamente las comunicaciones.”¹⁶²

En el caso de Corea del Norte, existe la red Kwangmyong, la cual es el intranet nacional de tipo jardín vallado, iniciado en el año 2000. Se puede acceder a este mediante navegadores web, incorpora servicios de correo electrónico, grupos de noticias y un motor de búsqueda interno. Asimismo, la red tiene su propio DNS para utilizar nombres de dominio que no son utilizados en el internet público.

Kwangmyong es la única red de computadoras disponible para sus habitantes como un servicio gratuito de uso público, mantenida por entidades gubernamentales, diseñada para su uso exclusivo en Corea del Norte. Esta red no se encuentra directamente conectada al internet global para que sus usuarios no puedan acceder a fuentes de información extranjeras o bien para evitar la fuga de información clasificada, estando permitido únicamente a un reducido número de personas utilizar el internet global con autorización del gobierno. Por ello, “Al no haber una conexión directa con el internet global, la información no deseada no puede entrar a la red. La información es filtrada y

¹⁶² Febbro. Op. Cit.

procesada por agencias gubernamentales antes de ser alojada en norcoreano.¹⁶³



Asimismo, medidas asumidas por Estados como China, Rusia e Irán deben ser tomadas en cuenta ya que los mismos han emprendido el desarrollo de sus propios buscadores y redes como alternativas a Google, Facebook y Twitter con quienes han tenido inconvenientes.

El Gran Cortafuegos (Great Firewall) denominado oficialmente Proyecto Escudo Dorado, supone la censura y la vigilancia de internet por el Ministerio de Seguridad Pública de la República Popular de China. El proyecto se inició en 1998 y comenzó sus operaciones en noviembre de 2003. El aspecto más importante del proyecto es el bloqueo de contenidos considerados dañinos por el gobierno. Por otra parte, el gobierno también cuenta con la denominada policía de internet, un equipo de funcionarios dedicados a supervisar el contenido y las comunicaciones en línea.

Relacionado con ello, en el año 2013 se reveló que China estaba construyendo el sistema de internet más rápido y eficiente del mundo, operando con el nuevo protocolo IPv6, llamado Nueva Generación de Internet (NGI), diseñado para hacer frente a dos de los mayores defectos de la red mundial actual: las limitaciones de espacio y el tráfico malicioso de virus. “A diferencia de las redes que se utilizan en la actualidad, el NGI de China cuenta con un sistema de seguridad integrado conocido como Arquitectura de Validación de Dirección de Origen (SAVA, por sus siglas en inglés). El SAVA autentifica a todos los usuarios que intentan conectarse a la Red, elaborando una

¹⁶³ Wikipedia. **Kwangmyong (intranet)**. [https://es.wikipedia.org/wiki/Kwangmyong_\(intranet\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Kwangmyong_(intranet)) (23 de enero de 2016).

especie de lista blanca de equipos autorizados según sus direcciones IP. **Cualquier** equipo que no esté en esa lista tendrá el acceso bloqueado. (Sic)¹⁶⁴



En el mismo sentido, en el año 2014, senadores rusos propusieron crear en Rusia una versión de internet propia (que denominarían cocodrilo Guena o Cheburashka) a la que no podría accederse desde países de la Unión Europea y Estados Unidos, con el fin de liberarse de la influencia de este último, del espionaje masivo y de la filtración de información tecnológica. Se consideró la posibilidad de realizar este proyecto con otros países de la Organización del Tratado de Seguridad Colectiva (Bielorrusia, Armenia, Kazajistán, Kirguistán y Tayikistán) o bien con países de la región de Asia y el Pacífico.

Asimismo, en Irán la censura de internet aumentó tras las elecciones efectuadas en el año 2009, debido a su uso para la organización de manifestaciones masivas. En el año 2011 Irán comenzó a trabajar en una red denominada Halal (legal, lo permitido bajo la ley islámica), consistente en una red interna que no permite a sus ciudadanos el acceso a internet global por completo (exceptuándose por ejemplo, el gobierno, instituciones religiosas y empresas multinacionales), teniendo como objetivo planteado que los usuarios accedan únicamente al contenido que de acuerdo a sus costumbres sea ético y moral, a través de motores de búsqueda como Halalgoogling, el cual recoge los resultados de otros motores de búsqueda como Google y Bing, pero únicamente proporciona resultados que son halal (permitidos), filtrando las páginas que son consideradas haram (prohibidas) de acuerdo con la ley islámica. Asimismo, las autoridades promovieron también la creación de un sistema operativo propio como sustituto de Windows.

En relación con la región latinoamericana, el bloque de los BRICS (Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica) se propuso en el año 2012 crear una infraestructura alternativa ya

¹⁶⁴ RT Noticias. **China crea el internet más rápido y eficiente del mundo.** <https://actualidad.rt.com/actualidad/view/90556-china-nuevo-internet-ipv6-rapido> (16 de enero de 2016).



que los mismos se han conectado entre sí a través de centros de telecomunicaciones ubicados en Estados Unidos y Europa. Se estimaba que para finales del 2014 estuviera tendido el BRICS Cable para unir a los países del bloque, teniendo una ramificación hasta Estados Unidos. El servicio sería extensivo a 21 países africanos y se interconectaría con otros sistemas de cables continentales en Asia, África y América Latina.

Por último, los Estados del sur están intentando romper el espionaje y el control casi absoluto que Estados Unidos tiene sobre internet, por ello han propuesto la construcción de un mega anillo de fibra óptica para interconectar la red, proyecto denominado Red de Conectividad Suramericana para la Integración, que se estimaba estuviera activo entre el año 2014 y 2015, propiciando de esta forma un acceso equitativo a la web y la disminución de costos. Asimismo, el Ministerio de Defensa de Brasil trabaja en distintos proyectos, entre estos, se espera que para el presente año la estatal de telecomunicaciones Telebras opere el primer satélite brasileño para el tráfico de internet militar y civil.

De manera que, la solución adoptada por diversos países ha sido – principalmente - la creación de una intranet nacional, es decir, una especie de internet propia mantenida por el Estado, como solución ante el acaparamiento e invasión en asuntos internos a través del uso de internet. En ese sentido, de comenzar internet como un proyecto y un proceso internacional, ahora se busca orientarlo a un contexto nacional o local.

Sin embargo, las redes nacionales propias se confrontan con la libertad de expresión, ya que de esta manera los gobiernos se facilitan la tarea de controlar el flujo de información que navega libremente por internet, restringiendo el acceso a medios de comunicación y controlando las comunicaciones de sus ciudadanos. En ese sentido, existe un choque y una línea muy fina que divide la libertad de expresión y comunicación con la soberanía digital, el derecho a la privacidad y la seguridad de la información.

Esta medida no debe salirse de control y debe recordarse lo que Eduardo Febro cita respecto a las manifestaciones de Glenn Greenwald: “El problema radica también en que cada país empieza a tener más control sobre Internet, y eso puede hacerlos caer en la tentación de hacer lo mismo que los Estados Unidos: intentar monitorear e utilizar Internet como una forma de control... el riesgo está en que estos gobiernos imiten a Estados Unidos: crear sus propios sistemas no ya para permitir la privacidad de sus ciudadanos, sino para comprometerla. Eso es un peligro. Es importante tener la garantía de que el control que ostenta Estados Unidos sobre las comunicaciones no termine en una transferencia a otros poderes. (Sic)”¹⁶⁵

- **Criptografía**

La criptografía es el ámbito de la criptología que se ocupa de las técnicas de cifrado o codificado destinadas a alterar las representaciones lingüísticas de ciertos mensajes con el fin de hacerlos ininteligibles a receptores no autorizados, por lo que su objetivo es conseguir la confidencialidad de los mensajes. Ante los desafíos de la informática, los objetivos de la criptografía se han convertido en el estudio de los algoritmos, protocolos y sistemas que se utilizan para proteger la información y dotar de seguridad a las comunicaciones y a las entidades que se comunican.

De manera que la criptografía garantiza - entre otros - que la información sea accesible únicamente a personas autorizadas a través de códigos y técnicas de cifrado, garantiza la integridad de la información y permite verificar la identidad del comunicador.

En relación a la privacidad y seguridad de las comunicaciones tanto a nivel estatal como particular, debe considerarse que la mayor parte de los mensajes de correo electrónico que se transmiten por internet no incorporan seguridad alguna, por lo que la

¹⁶⁵ Op. Cit.

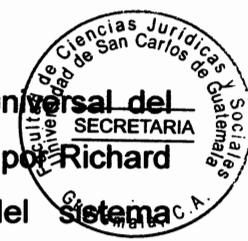
información que contienen es fácilmente accesible a terceros. Ante ello, como medida de protección, se ha implementado la criptografía al correo electrónico, es decir, el uso de un certificado al enviar un email, de manera que brinde seguridad al enviar y almacenar información digital a través de la codificación de la información (necesitándose para decodificarla, una clave o contraseña), se evite que terceras personas lean su contenido y que se tenga certeza de que el remitente del mensaje es realmente quien dice ser.

Brasil propuso asumir esta medida cuando la mandataria Dilma Rousseff anunció que en el 2014 el país contaría con un sistema codificado de correo electrónico para todas las oficinas del gobierno federal, el cual sería desarrollado por el Servicio Federal de Procesamiento de Datos (SERPO) y la implementación de un sistema electrónico gratuito a través de los correos nacionales, como una opción soberana a los servicios de Gmail, Yahoo y Hotmail, que de acuerdo con el Ministro de Comunicaciones contaría con criptografía para proteger la privacidad de los usuarios, almacenándose los datos en Brasil, a diferencia de lo que ocurre cuando se utiliza Gmail.

- **Soberanía tecnológica, soberanía informática y software libre**

La soberanía tecnológica o tecnología autogestionada es una corriente social basada en el empoderamiento colectivo en el ámbito de las nuevas tecnologías, teniendo como claves: una ciudadanía consciente y responsable en su uso y consumo, y la creación y uso de alternativas autogestionadas en telecomunicaciones, informática de usuario, el software para pequeñas y medianas empresas, plataformas móviles y redes sociales.

Para explicar este fenómeno de manera más simple, debemos recordar que las dos grandes corporaciones privadas en relación a sistemas operativos son Microsoft, con Windows y Apple, con Mac OS; estas empresas desarrollan lo que se denomina software privativo. En contraposición a ello surgió el movimiento de software libre y de



código abierto (FOSS, por sus siglas en inglés), basado en la libertad universal del ciudadano para el uso y modificación del software, liderado principalmente por Richard Stallman (creador del proyecto GNU) y Linus Torvalds (creador del sistema operativo Linux) y las infraestructuras servidoras autónomas, que son aquellas compuestas por servidores sostenidos por voluntarios y financiados por una comunidad de usuarios a la que prestan sus servicios; en ese sentido, dicha infraestructura autónoma no depende de las instituciones públicas o corporaciones privadas para su funcionamiento.

Entre las características de la soberanía tecnológica se pueden mencionar: se basa en principios de responsabilidad social, transparencia e interactividad; utiliza la informática libre y abierta, es decir, de software libre; desarrollo de proyectos en donde las jerarquías se encuentran atenuadas o no existen ya que busca empoderar a los participantes a través de la creación, cooperación e intercambio de alternativas, es decir, desarrolladas por y para la sociedad civil; se beneficia de la autonomía política, es decir, goza de libertad de expresión, transparencia y accesibilidad, por ello no cuentan con código espía o de captación de datos en su arquitectura, oponiéndose así a la denominada colonización digital; capacidad de un servicio autónomo de soportar y recuperarse ante desastres y perturbaciones de estos sistemas (por ejemplo, la arbitrariedad de corporaciones privadas y los sectores monopolizados); se encuentra dirigida a reducir las dependencias exteriores y como alternativas a las tecnologías comerciales y militares.

Entre las iniciativas más importantes se encuentran: Riseup (red hacktivista y libertaria que proporciona herramientas de comunicación online para gente y grupos que trabajan en un cambio social libertario), Openkratio (iniciativa ciudadana en pro del gobierno y datos abiertos en las administraciones públicas), Lorea (iniciativa ciudadana en pro de las redes sociales libres y autogestionadas) y Agora Voting (proyecto social FOSS que permite votaciones seguras y escalables a través de internet).



De manera que el software libre y de código abierto "...es el software que está licenciado de tal manera que los usuarios pueden estudiar, modificar y mejorar su diseño mediante la disponibilidad de su código fuente."¹⁶⁶ La diferencia radica en que "El software libre se enfoca en las libertades filosóficas que les otorga a los usuarios mientras que el software de código abierto se enfoca en las ventajas de su modelo de desarrollo."¹⁶⁷ Sin embargo, estos términos no deben confundirse con software gratis, el cual no necesariamente tiene que ser libre o de código abierto.

El término soberanía tecnológica suele ser confundido o utilizado como sinónimo del término soberanía informática, por ello es necesario establecer que la soberanía informática es un concepto central dentro de la soberanía tecnológica, que se enfoca en la generación y resguardo de datos y el desarrollo de software y hardware nacional con independencia de las corporaciones y Estados extranjeros, es decir, es la capacidad del usuario – pudiendo ser una persona o un Estado - de controlar todo lo que hace a través o en un sistema informático, sin ninguna injerencia externa.

En ese sentido, los aspectos principales de la soberanía informática son: el acceso a los datos propios, la forma en que se almacenan los mismos y las herramientas que se utilizan para generarlos (encontrándose dentro de estas el software libre y de código abierto). Todo ello con la finalidad de que los Estados y los particulares mantengan sus datos resguardados ante cualquier intromisión y conserven su soberanía informática.

- **Nube abierta**

La computación en la nube, servicios en la nube, nube de cómputo o nube de conceptos, más conocida como la nube (en inglés, *cloud computing*), "...es

¹⁶⁶ Wikipedia. **Software libre y de código abierto**. https://es.wikipedia.org/wiki/Software_libre_y_de_c%C3%B3digo_abierto (16 de enero de 2016).

¹⁶⁷ *Ibid.*

un paradigma que permite ofrecer servicios de computación a través de una red que usualmente es Internet. (Sic)¹⁶⁸



Es decir, todo lo que puede ofrecer un sistema informático (por ejemplo, álbum de fotos, gestión y almacenamiento de documentos, correo electrónico, blog, agenda, encuestas) se ofrece como servicio, pudiendo tener acceso a la información o servicio, mediante una conexión a internet desde cualquier dispositivo móvil o fijo ubicado en cualquier lugar (por ejemplo, teléfono móvil, tabletas, ordenadores) almacenándose la información de manera permanente en servidores de internet, dejando a los usuarios sin poseer físicamente los dispositivos de almacenamiento (con la excepción de la posibilidad de copiar los datos a un dispositivo de almacenamiento externo) y otorgando el almacenamiento de datos y su control al proveedor, volviendo al usuario dependiente de este.

Es por ello que han surgido iniciativas como la nube abierta, la cual consiste en que los proveedores de los servicios de la nube ofrezcan los mismos de tal manera que los usuarios sean propietarios de sus datos y en consecuencia puedan mover o trasladar los mismos de un proveedor a otro.

4.4.4. Medidas personales

Por último, también es importante mencionar la responsabilidad que cada persona debe asumir ante la protección de sus datos y sistemas informáticos, es decir, debe actuar con diligencia y proteger sus datos e información a través de las herramientas a su alcance siempre que se encuentren dentro de lo permitido por la ley.

¹⁶⁸ Wikipedia. **Computación en la nube**. https://es.wikipedia.org/wiki/Computaci%C3%B3n_en_la_nube (17 de enero de 2016).



Durante la V Cumbre Latinoamericana de Analistas de Seguridad de Kaspersky celebrada en Santiago de Chile, se expusieron algunos consejos para prevenir el robo de datos personales y evitar ataques digitales. Para ello, primero se estableció que debe tomarse en cuenta "...que existen varios tipos ciberdelincuentes: el primero es el que quiere acceso a todo; el segundo desea el acceso a las cuentas; el tercero quiere acceso a las formas de comunicación de la persona; y el cuarto es un atacante oportunista, quien se vale del engaño." ¹⁶⁹

Para evitar a estos atacantes se aconsejó configurar el *router* que provee red y actualizar el mismo, protegiendo estos cambios con una contraseña con la finalidad que solo una persona pueda modificar la configuración. Asimismo, desconfiar de los archivos adjuntos, ya que a través de estos los ciberdelincuentes logran acceder a los equipos cuando los usuarios ejecutan archivos maliciosos que van escondidos en los archivos.

También puede utilizarse una autenticación de doble factor, es decir, utilizar dispositivos o aplicaciones que soliciten al usuario escribir una contraseña extra siempre que ingrese a una cuenta personal. De igual forma, se recomendó no instalar cualquier aplicación, especialmente herramientas gratuitas que prometen aumentar el rendimiento de los dispositivos.

De la misma forma, debe evitarse el ingreso a páginas que no comiencen con *https*, ya que este es un protocolo que garantiza que el portal es seguro. Por último, se indicó que la configuración de navegadores es fundamental en todo momento ya que el mismo deja rastro de lo todo lo realizado o escrito en el equipo, de manera que deben eliminarse las *cookies*.

¹⁶⁹ Dávila, Cristian Noé. **Seis claves para no ser víctima de ciberdelincuentes**. <http://www.prensallibre.com/tecnologia/seis-claves-para-no-ser-victima-de-ciberdelincuentes> (15 de enero de 2016).



4.5. Medidas asumidas y propuestas en el Estado de Guatemala

El uso de internet como medio de comunicación masivo, específicamente en el Estado de Guatemala, ha traído como consecuencias distintas situaciones que también se manifiestan en otros Estados, con la diferencia que el Estado de Guatemala ha descuidado la regulación de las mismas tanto de manera preventiva como represiva. Es decir, el Estado a través de sus organismos y entidades responsables de velar por la regulación y prevención de distintas situaciones han desviado su atención de aspectos tan importantes como lo es el uso de internet y otros fenómenos que derivan del mismo, tales como las redes sociales.

Internet debe ser regulado en sus distintas manifestaciones y desde distintas perspectivas por parte del Estado en la medida de lo posible (debido a la naturaleza de internet), es decir, como medio de comunicación, como telecomunicación, su forma de acceso, los proveedores de internet, los costos de conexión, el uso y seguridad de la información que se encuentra en la misma, principalmente la información o datos de carácter privado y personal.

El Decreto 94 - 96 del Congreso de la República de Guatemala, **Ley General de Telecomunicaciones**, no regula el internet como tal, sin embargo, por su naturaleza englobada dentro del ámbito de las telecomunicaciones, deben considerarse las siguientes regulaciones generales:

Esta ley en su parte considerativa establece: "Que es indispensable una adecuada normativa de los sistemas y servicios de telecomunicaciones, para permitir su expansión y mejora, y asegurar permanentemente la prestación de estos servicios a la población, de acuerdo a las necesidades del desarrollo económico y social del país". Asimismo, "Que es necesario apoyar y fomentar la participación en el sector de las

telecomunicaciones, para favorecer la oferta de estos servicios a través de la libre competencia y mejorar el nivel de vida de todos los guatemaltecos”.

El objeto de la misma es apoyar el desarrollo e inversión en las telecomunicaciones, la protección de los derechos de los usuarios y de los proveedores de servicios, tal como reza su Artículo 2: “El objeto de esta ley es establecer un marco legal para desarrollar actividades de telecomunicaciones y normar el aprovechamiento y la explotación del espectro radioeléctrico, con la finalidad de apoyar y promover el desarrollo eficiente de las telecomunicaciones, estimular las inversiones en el sector; fomentar la competencia entre los diferentes prestadores de servicios de telecomunicaciones; proteger los derechos de los usuarios y de las empresas proveedoras de servicios de telecomunicaciones, y apoyar el uso racional y eficiente del espectro radioeléctrico.”

En cuanto a los sujetos a quienes es aplicable la misma, el Artículo 3 establece: “La presente ley es aplicable a todos los usuarios y usufructuarios del espectro radioeléctrico, así como a todas las personas que operan y/o comercializan servicios de telecomunicaciones en el territorio nacional, sean estas individuales o jurídicas, nacionales o extranjeras, con participación privada, mixta o estatal, independientemente de su grado de autonomía y de su régimen de constitución.” En ese sentido, pueden ser incluidos los proveedores de servicios de internet, ya que constituyen personas físicas o jurídicas que operan y comercializan con los servicios de internet.

Por último, debe tomarse en consideración que “La Superintendencia de Telecomunicaciones – SIT – no tiene competencia para reglamentar la Internet, pero si respecto a los entes que brinden el servicio, por lo que se limita a que los PSI se inscriban como prestadores de servicios de comunicación.”¹⁷⁰ En ese sentido, el Artículo 21 bis, literal e, numeral 5º, del cuerpo normativo en mención establece:

¹⁷⁰ Barrios Osorio. Op. Cit. Pág. 344.



“Transparencia. La Superintendencia con el objeto de garantizar la **Mayor** transparencia, deberá: ...e) Poner a disposición del público, las medidas relativas a los servicios de telecomunicaciones, incluyendo las siguientes: ...5) Requisitos de autorización, notificación y procedimientos de registro.”

A modo de complementar lo anterior, el Artículo 23 indica: “Registro. Se establece el Registro de Telecomunicaciones, el cual será administrado por la Superintendencia. Todos los operadores de redes comerciales de telecomunicaciones, titulares de derechos de usufructo del espectro radioeléctrico, usuarios de bandas de reserva estatal y radioaficionados deberán inscribirse en el mismo antes de iniciar operaciones o ejercer sus respectivos derechos... Para efectos de aplicación de la presente ley, se entiende por red comercial de telecomunicaciones, toda red de telecomunicaciones que permite el libre acceso a sus servicios a cualquier persona individual o jurídica, a cambio del pago de una contraprestación.”

Respecto a la importancia de la regulación de internet como medio de comunicación masivo y como elemento esencial dentro del ámbito de las telecomunicaciones, se propone que sea regulado tanto a nivel ordinario como a nivel constitucional; respecto a la segunda, como situación de interés nacional, tal como es el caso de la electrificación regulada en el Artículo 129 de la Constitución Política de la República de Guatemala: “Electrificación. Se declara de urgencia nacional, la electrificación del país, con base en planes formulados por el Estado y las municipalidades, en la cual podrá participar la iniciativa privada.” En ese sentido, también podrían implementarse medidas como la creación de un Ministerio de Estado encargado específicamente de las tecnologías de la información y la comunicación con la finalidad de alcanzar la soberanía tecnológica y reducir la brecha digital que impera en la sociedad guatemalteca.

Posteriormente a examinar la regulación de internet como parte de las telecomunicaciones, es menester abordar también lo relativo al derecho de privacidad en relación a los datos o información personal.



En nuestra legislación no existen cuerpos normativos de carácter ordinario o reglamentario que regulen el derecho de intimidad o privacidad en el ciberespacio. Sin embargo, existe protección constitucional a tenor de lo establecido en el primer párrafo del Artículo 24 de la Constitución Política de la República de Guatemala: “Inviolabilidad de correspondencia, documentos y libros. La correspondencia de toda persona, sus documentos y libros son inviolables. Sólo podrán revisarse o incautarse, en virtud de resolución firme dictada por juez competente y con las formalidades legales. Se garantiza el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas, radiofónicas, cablegráficas y otros productos de la tecnología moderna.” En ese sentido, debe considerarse que internet evidentemente es un producto de la tecnología moderna, en consecuencia, la correspondencia y demás documentos de las personas así como el secreto de sus comunicaciones son inviolables y protegidas legal y técnicamente por disposición constitucional.

No debe dejarse de lado la protección que se goza de acuerdo al Artículo 44: “Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.”

Otra forma de proteger los datos también es desde la perspectiva del derecho que tienen las personas de conocer la información que de ellas conste en los registros, el fin con el cual se ha recabado y almacenado e incluso que esta sea rectificadas, con la finalidad de limitar el espionaje estatal hacia los ciudadanos, recordando que las excepciones a estas actividades pueden darse dentro de lo establecido legalmente con fines de persecución penal y con autorización judicial competente o bien para el resguardo de la seguridad estatal. En relación a ello el Artículo 31 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece: “Acceso a archivos y registros estatales. Toda persona tiene el derecho de conocer lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales, y la finalidad a que se dedica esta información, así como a corrección, rectificación y actualización...”



Dentro de la legislación ordinaria se encuentra el Decreto 57 – 2008 del Congreso de la República de Guatemala, **Ley de Acceso a la Información Pública**. Si bien el objeto de esta ley radica principalmente en garantizar a toda persona interesada el derecho a solicitar y tener acceso a la información pública, garantizar el derecho a conocer y proteger los datos personales que consten en archivos estatales, su importancia para efectos de la presente investigación radica en que la misma brinda directrices respecto al carácter de la información y datos personales.

En ese sentido, el Artículo 9 de este cuerpo normativo brinda definiciones importantes como las siguientes: “Definiciones. Para los efectos de la presente ley, se entiende por:

1. Datos personales: Los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales identificadas o identificables.
2. Datos sensibles o datos personales sensibles: Aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o actividad, tales como los hábitos personales, el origen racial, el origen étnico, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos, preferencia o vida sexual, situación moral y familiar u otras cuestiones íntimas de similar naturaleza. ...4.Habeas data: Es la garantía que tiene toda persona de ejercer el derecho para conocer lo que de ella conste en archivos, fichas, registros o cualquier otra forma de registros públicos, y la finalidad a que se dedica esta información, así como a su protección, corrección, rectificación o actualización. Los datos impersonales no identificables, como aquellos de carácter demográfico recolectados para mantener estadísticas, no se sujetan al régimen de hábeas data o protección de datos personales de la presente ley...”

También es importante subrayar la delimitación de la información considerada como reservada de acuerdo al Artículo 23: “Información reservada. Para los efectos de esta ley se considera información reservada la siguiente: ...4. Cuando la información que se difunda pueda causar un serio perjuicio o daño a las actividades de investigación,



prevención o persecución de los delitos, la relacionada a los procesos de inteligencia del Estado o a la impartición de justicia...”

Por otro lado, en materia penal actualmente se encuentran regulados ciertos delitos informáticos, los cuales son delitos perseguibles de oficio y protegen, de acuerdo a la clasificación establecida en el Decreto 17 – 73 del Congreso de la República de Guatemala, **Código Penal**, el patrimonio de las personas. Estos delitos son: destrucción de registros informáticos (Artículo 274 “A”), alteración de programas (Artículo 274 “B”), reproducción de instrucciones o programas de computación (Artículo 274 “C”), registros prohibidos (Artículo 274 “D”), manipulación de información (Artículo 274 “E”), uso de información (Artículo 274 “F”), programas destructivos (Artículo 274 “G”) y alteración maliciosa de numero de origen (Artículo 274 “H”).

Como bien se expuso, los delitos informáticos no son sinónimos de ciberdelitos, no protegen los mismos bienes jurídicos ni son suficientes para contrarrestar las conductas que actualmente se realizan a través de internet. El hecho de que no estén expresamente reguladas por el derecho penal - en este caso - no significa que no sea importante e indispensable, es por ello que es necesaria la inclusión de ciberdelitos en el Código Penal o bien la emisión de una ley penal especial que regule las distintas actividades en el ciberespacio que afectan la vida, integridad, privacidad, patrimonio, información, honor y otros bienes jurídicos de las personas, es decir, delitos cibernéticos, y también otros aspectos como instituciones especializadas, procedimientos específicos, cooperación internacional, incluso la creación de una fiscalía especializada para combatir estos delitos; todo ello para que el sistema de justicia pueda tomar acciones concretas con base en el principio de legalidad.

De manera que, ante la falta de regulación respecto a la ciberseguridad se han presentado iniciativas de ley como lo es la **iniciativa número 4055, Ley de Delitos Informáticos**, presentada al Congreso de la República en el año 2009, la cual cuenta



con dictamen favorable desde el año 2010 pero aún no ha sido aprobada. La iniciativa originalmente contaba con 18 artículos, sin embargo, fue reformada y ahora cuenta con 58 artículos.

Básicamente, la finalidad e intención de la ley está claramente establecida en su Artículo primero, el cual indica: “Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto la protección integral de las personas, sus bienes y derechos, mediante el establecimiento de un marco jurídico relativo a los sistemas que utilicen tecnologías de la información, así como la prevención y sanción de los delitos cometidos contra éstos o cualquiera de sus componentes o los cometidos mediante el uso de dichas tecnologías en perjuicio de personas físicas o jurídicas, en los términos previstos en esta ley.

La integridad y disponibilidad de la información contenida en sistemas que utilizan tecnologías de la información y sus componentes, la información o los datos que se almacenan o transmiten a través de estos, las transacciones y acuerdos comerciales o de cualquier otra índole que se llevan a cabo por su miedo y la confidencialidad de éstos, son todos bienes jurídicos protegidos.”

El Artículo 2 establece el ámbito de aplicación, el cual se basa en fronteras territoriales en cuanto a la ubicación del sujeto activo, del lugar de reproducción de las consecuencias de los hechos delictivos o bien de la ubicación de los medios utilizados. En el Artículo 4, se brindan definiciones de distintos términos, útiles para la interpretación de la ley, tales como: confidencialidad, datos informáticos, internet, proveedor de servicio y tecnologías de la información.

Las disposiciones relativas a los delitos derogan, de acuerdo al Artículo 55 de tal normativa, los delitos informáticos regulados en el Código Penal. En ese sentido, en esta iniciativa, los delitos se encuentran clasificados de la siguiente manera: delitos contra la



confidencialidad, integridad y disponibilidad de datos y tecnologías de la información: acceso ilícito (Artículo 5), daño informático (Artículo 6), reproducción de dispositivos de acceso (Artículo 7), dispositivos fraudulentos (Artículo 8), espionaje informático (Artículo 9), violación a la disponibilidad (Artículo 10), fraude informático (Artículo 11), interceptación ilícita (Artículo 12) y falsificación informática (Artículo 13); delitos contra la persona: delitos de pornografía infantil (Artículo 15), control de acceso a pornografía infantil (Artículo 16); difusión y alteración de imágenes personales (Artículo 17) y uso de identidad ajena (Artículo 18); y por último, delitos contra la nación y actos de terrorismo: delitos contra la nación (Artículo 19) y actos de terrorismo informático (Artículo 20).

Mediante esta iniciativa se propone la creación de una fiscalía especial del Ministerio Público para la investigación y persecución de los delitos contenidos en la misma, otorgándole facultades específicas para la materia (por ejemplo, ordenar a un proveedor de servicios de internet a suministrar información de los datos relativos de un usuario que pueda tener en su posesión o control o bien obligarlo a obtener o grabar en tiempo real, los datos relativos al tráfico generado) incluyendo la disposición de medidas cautelares en caso de urgencia (Artículo 25, 30 y 33).

Cabe destacar que mediante esta ley se pretende la creación de un Comité de Respuesta a Incidentes de Seguridad Informática para Guatemala (CSIRT-gt) como un ente adscrito al Ministerio de la Defensa Nacional, teniendo a su cargo la promoción de la seguridad informática a nivel nacional, contando con funciones proactivas, reactivas y de investigación y desarrollo (Artículo 21).

Por último, otro dato interesante e importante se encuentra regulado en el Artículo 31, el cual establece: “Conservación de datos informáticos almacenados. Toda persona individual o jurídica que provea servicio de conexión a Internet, deberá, a requerimiento de autoridad competente, conservar datos electrónicos específicos, incluidos los datos



relativos al tráfico, almacenados por medio de un sistema que utilice tecnología de la información, debiendo proteger su integridad el tiempo que se le indique en la orden judicial correspondiente....”

Respecto al Comité de Respuesta a Incidentes de Seguridad Informática para Guatemala (CSIRT-gt), debe enfatizarse que el mismo se originó a instancias de la convocatoria del Comité Interamericano de Lucha Contra el Terrorismo (CICTE), el cual invitó a los países que integran la Organización de los Estados Americanos a conformar sus Equipos de Respuesta a Incidentes de Seguridad Cibernética (Computer Security Incident Response Team, CSIRT), para combatir amenazas a la seguridad cibernética. Ante ello, el Ministerio de Relaciones Exteriores facilitó el proceso de conformación del equipo nacional, por lo que desde junio del 2006 comenzó a convocar a diversas instituciones públicas, privadas y académicas, para diseñar y cumplir con un plan de trabajo que permitiera seguir los pasos básicos de creación del CSIRT remitidos por el CICTE.

“Entre junio y noviembre del 2006 se realizaron alrededor de 12 reuniones las cuales al final permitieron que con el apoyo de la Superintendencia de Telecomunicaciones, el Clúster de Tecnologías de la Información, el Ministerio de la Defensa Nacional y el resto de entidades públicas y privadas se completara una primera etapa en la que se definió el contenido y ámbito de aplicación; así como la nominación oficial del equipo nacional ante el Comité Interamericano Contra el Terrorismo. Actualmente el equipo coordinador lo conforman: Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Defensa Nacional y dos asesores de seguridad de la información.”¹⁷¹

Asimismo, con relación a la creación de una fiscalía especializada, en el año 2014, con base en la ausencia de mecanismos legales para juzgar delitos que son producto del

¹⁷¹ CSIRT – Guatemala. **Quiénes somos.** <http://www.csirt.gt/?q=node/1> (30 de enero de 2016).

uso indebido de las redes sociales, la diputada del partido político Encuentro por Guatemala, Nineth Montenegro, propuso al Ministerio Público la creación de una Fiscalía de Delitos Cibernéticos.



Para finalizar y frente a todo lo expuesto, se asegura que por el momento internet no puede ser regulada totalmente de manera nacional sin afectar su naturaleza, es decir, el ordenamiento jurídico de un Estado no puede regular un medio sobre el cual no tiene el control, pudiendo regular únicamente algunas actividades sobre las cuales el Estado pueda tener jurisdicción o competencia.

CONCLUSIÓN DISCURSIVA



Con el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación, específicamente de internet, y derivado de la importancia de la información en la era digital, la soberanía digital ha sido amenazada y sometida a la suprasoberanía de las grandes potencias, surgiendo así problemas que trascienden las fronteras nacionales como lo son los ciberdelitos y la ciberseguridad de la información, los cuales vulneran los derechos y libertades estatales y particulares. Esta situación se ve agravada por la precariedad normativa internacional y nacional producida por la velocidad del desarrollo de internet, lo cual impide determinar la ley aplicable y la competencia judicial ante los problemas suscitados en esta red.

Ante esta realidad la soberanía ha sido reformulada como cosoberanía, con base en una comunidad en la que desaparecen los límites y fronteras estatales, denominada imperio. Asimismo, a pesar de que los Estados aún no han encontrado una solución concreta, que no hay un accionar contundente y que las normas internacionales y nacionales se han quedado atrás respecto al fenómeno de internet, el derecho no puede ser indiferente ante tal situación, por ello una solución viable es la unión de los Estados para la creación de tratados y acuerdos internacionales que marquen líneas de conducta en el ciberespacio, brinden soluciones estandarizadas, reconozcan esta red con jurisdicción propia y creen un tribunal internacional con competencia especial.

En ese sentido, el Estado de Guatemala debe coadyuvar en el impulso, creación y desarrollo de medidas a nivel mundial, regional y nacional, a fin de llenar el actual vacío legal, institucional y técnico, reforzar el sistema de justicia y en consecuencia lograr un control estatal moderado sobre la información generada dentro del mismo, logrando así garantizar el respeto a los derechos humanos en el ciberespacio y una sociedad de la información más justa que garantice el ejercicio pleno de la soberanía estatal.



Agencia Venezolana de Noticias. **Brasil convoca conferencia internacional de seguridad informática para 2014.** [http://www.avn.info.ve/contenido/brasil-convoca - conferencia - internacional - seguridad - inform%C3%A1tica - para-2014](http://www.avn.info.ve/contenido/brasil-convoca-conferencia-internacional-seguridad-inform%C3%A1tica-para-2014) (Consultado: 30 de enero de 2016).

ALVARADO LEMUS, José Rolando y Ronald Eduardo Morales Pérez. **Cibercrimen.** Guatemala, Guatemala: Ed. IUS ediciones, 2012.

ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo. **Teoría general del Estado.** México DF. México: Ed. Harla S.A. de C.V. 1987.

ARNAIZ AMIGO, Aurora. **Soberanía y potestad II: de la potestad del Estado.** México DF. México: Ed. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 1971.

BARRIOS OSORIO, Omar Ricardo. **Derecho e informática: aspectos fundamentales.** 4ª ed. Guatemala, Guatemala: Ed. Mayte. 2007.

BERGALLI, Roberto; y Eligio Resta. **Soberanía: un principio que se derrumba.** Barcelona: Ed. Paidós, 1996.

BURGOA, Ignacio. **El Estado.** México DF. México: Ed. Porrúa S.A. 1970.

CÁCERES RODRÍGUEZ, Luis Ernesto. **Estado de derecho y derechos humanos.** 2ª ed. Guatemala: Ed. Estudiantil Fenix, 2011.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). **Antecedentes.** [http://www.cepal.org/cgibin/getprod.asp?xml=/elac2015/noticias/paginas/4/44104/P_44104.xml &xsl=/elac 2015/ tpl/p18f.xsl& base=/elac2015/ tpl/top-bottom .xsl](http://www.cepal.org/cgibin/getprod.asp?xml=/elac2015/noticias/paginas/4/44104/P_44104.xml&xsl=/elac2015/tpl/p18f.xsl&base=/elac2015/tpl/top-bottom.xsl) (Consultado: 30 de enero de 2016).

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). **La sociedad de la información en América Latina y el Caribe: desarrollo de las tecnologías y tecnologías para el desarrollo.** Santiago de Chile, Chile: Naciones Unidas. 2009.

CSIRT-Guatemala. **Quiénes somos.** <http://www.csirt.gt/?q=node/1> (Consultado: 30 de enero de 2016).

DÁVILA, Cristian Noé. **Seis claves para no ser víctima de ciberdelincuentes.** <http://www.prensalibre.com/tecnologia/seis-claves-para-no-ser-victima-de-ciberdelincuentes> (Consultado: 15 de enero de 2016).

Ecured. **Ciberespacio.** <http://www.ecured.cu/Ciberespacio> (Consultado: 18 de enero de 2016).

El Periódico. **¿La SIE nos espía? tus datos y archivos al descubierto...** <http://desarrollo.transdoc.com.gt/articulos/noticias-nacionales/La-SIE-nos-espia-Tus-datos-y-archivos-al-descubierto/281741> (Consultado: 13 de enero de 2016).

FALCÓN, Randy Alonso. **Batallas por la soberanía en el mundo digital.** <http://www.cubadebate.cu/especiales/2013/10/29/batallas-por-la-soberania-en-el-mundo-digital/#.Vrk8MtJEnIU> (Consultado: 12 de enero de 2016).

FEBBRO, Eduardo. **El gobierno de EE.UU. trata de asustarnos.** <http://www.pagina12.com.ar/diario/elmundo/4-230105-2013-09-29.html> (Consultado: 12 de enero de 2016).

FERRERI OCHOA, Lucía. **En busca de la soberanía digital.** <http://portaldelsur.info/2013/07/en-busca-de-la-soberania-digital/> (Consultado: 12 de enero de 2016).

FLORES OLEA, Víctor. **Ensayo sobre la soberanía del Estado.** 2ª ed. México DF. México: Ed. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 1975.

FOJÓN, Enrique. **La ciber-soberanía china.** <http://www.thiber.org/2016/01/20/la-ciber-soberania-china/> (Consultado: 22 de enero de 2016).

HD Tecnología. **Conflicto legal con el dominio .patagonia.** <http://hd-tecnologia.com/conflicto-legal-con-el-dominio-patagonia/> (Consultado: 1 de febrero de 2016).

KRASNER, Stephen D. **Soberanía, hipocresía organizada.** España: Ed. Paidós, 2001.

Las Indias. **Ciberespacio.** <https://lasindias.com/indianopedia/ciberespacio> (Consultado: 18 de enero de 2016).

MAQUIAVELO, Nicolás. **El príncipe.** Barcelona, España: Ed. Altaya, S.A. 1993.



Organización de los Estados Americanos. **Portal interamericano de cooperación en materia de delito cibernético.** <http://www.oas.org/juridico/spanish/cybersp.htm> (Consultado: 22 de enero de 2016).

PARDINI, Aníbal A. **Derecho de internet.** Buenos Aires, Argentina: Ed. La Rocca. 2002.

PORRÚA PÉREZ, Francisco. **Teoría del Estado: teoría política.** 40ª ed. México: Ed. Porrúa S.A. de C.V. 2014.

PRADO, Gerardo. **Teoría del Estado.** 11ª ed. Guatemala, Guatemala: Ed. Práxis, 2012.

RABINAD, María Gimena. **La soberanía del ciberespacio: algunas reflexiones sobre el concepto de Estado, soberanía y jurisdicción frente a la problemática que presenta internet.** <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/85/05-ensayo-maria-gimena-rabinad.pdf> (Consultado: 05 de enero de 2016).

RODRÍGUEZ PELLECCER, Martín. **Debemos prohibir la appsecret y legalizar las drogas por la misma razón.** <https://nomada.gt/debemos-prohibir-la-app-secret-y-legalizar-las-drogas-por-la-misma-razon/> (Consultado: 12 de enero de 2016).

RPP Noticias. **Padre de internet: debe regularse contenidos y uso de páginas web.** <http://rpp.pe/tecnologia/mas-tecnologia/padre-de-internet-debe-regularse-contenidos-y-uso-de-paginas-web-noticia-214065?ref=rpp> (Consultado: 4 de enero de 2016).

RT Noticias. **China crea el internet más rápido y eficiente del mundo.** <https://actualidad.rt.com/actualidad/view/90556-china-nuevo-internet-ipv6-rapido> (Consultado: 16 de enero de 2016).

Wikipedia. **Brecha digital.** https://es.wikipedia.org/wiki/Brecha_digital (Consultado: 18 de enero de 2016).

Wikipedia. **Censura de internet en la república popular china.** https://es.wikipedia.org/wiki/Censura_de_Internet_en_la_Rep%C3%BAblica_Popular_China (Consultado: 22 de enero de 2016).

Wikipedia. **Computación en la nube.** https://es.wikipedia.org/wiki/Computaci%C3%B3n_en_la_nube (Consultado: 17 de enero de 2016).

Wikipedia. **Convenio sobre cibercriminalidad.** https://es.wikipedia.org/wiki/Convenio_sobre_cibercriminalidad (Consultado: 13 de enero de 2016).



Wikipedia. **Foro para la gobernanza de internet**. https://es.wikipedia.org/wiki/Foro_para_la_Gobernanza_de_Internet (Consultado: 30 de enero de 2016).

Wikipedia. **Kwangmyon(intranet)**. [https://es.wikipedia.org/wiki/Kwangmyong_\(intranet\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Kwangmyong_(intranet)) (Consultado: 23 de enero de 2016).

Wikipedia. **Marco civil de internet**. https://es.wikipedia.org/wiki/Marco_Civil_de_Internet (Consultado: 30 de enero de 2016).

Wikipedia. **Servidor raíz**. https://es.wikipedia.org/wiki/Servidor_ra%C3%ADz (Consultado: 31 de enero de 2016).

Wikipedia. **Software libre y de código abierto**. https://es.wikipedia.org/wiki/Software_libre_y_de_c%C3%B3digo_abierto (Consultado: 16 de enero de 2016).

Wikipedia. **.tv**. <https://es.wikipedia.org/wiki/.tv> (Consultado: 1 de febrero de 2016).

Wikipedia. **Verisign**. <https://es.wikipedia.org/wiki/Verisign> (Consultado: 1 de febrero de 2016).

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Organización de los Estados Americanos, 1969.

Convenio sobre Ciberdelincuencia. Consejo de Europa, 2001.

Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados. Organización de Los Estados Americanos, 1933.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Organización de los Estados Americanos, 1948.

Declaración de Bávaro. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2003.

Declaración de Florianópolis. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2000.

Declaración de Montevideo. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2003.



Declaración sobre la Inadmisibilidad de la Intervención y la Injerencia en los Asuntos Internos de los Estados. Organización de las Naciones Unidas, 1981.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Organización de las Naciones Unidas, 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Organización de las Naciones Unidas, 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Organización de las Naciones Unidas, 1966.

Código Penal. Decreto 17-73, Congreso de la República de Guatemala, 1973.

Ley de Acceso a la Información Pública. Decreto 57-2008, Congreso de la República de Guatemala, 2008.

Ley de Delitos Informáticos. Iniciativa 4055, Congreso de la República de Guatemala, 2009.

Ley General de Telecomunicaciones. Decreto 94-96, Congreso de la República de Guatemala, 1996.

Código Penal de la Nación. Ley 11.179, Congreso Nacional de Argentina, 1984.

Ley No. 1273. Congreso de Colombia, 2009.

Ley 26.388. Congreso Nacional de Argentina, 2008.

Ley de Delitos Informáticos. Ley No. 30096, Congreso de la República del Perú, 2013.

Ley que regula el uso del correo electrónico comercial no solicitado (spam). Ley No. 28493, Congreso de la República del Perú, 2005.

Marco Civil de Internet. Senado Federal de Brasil, 2014.