

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO CONSTITUCIONAL



TESIS DOCTORAL

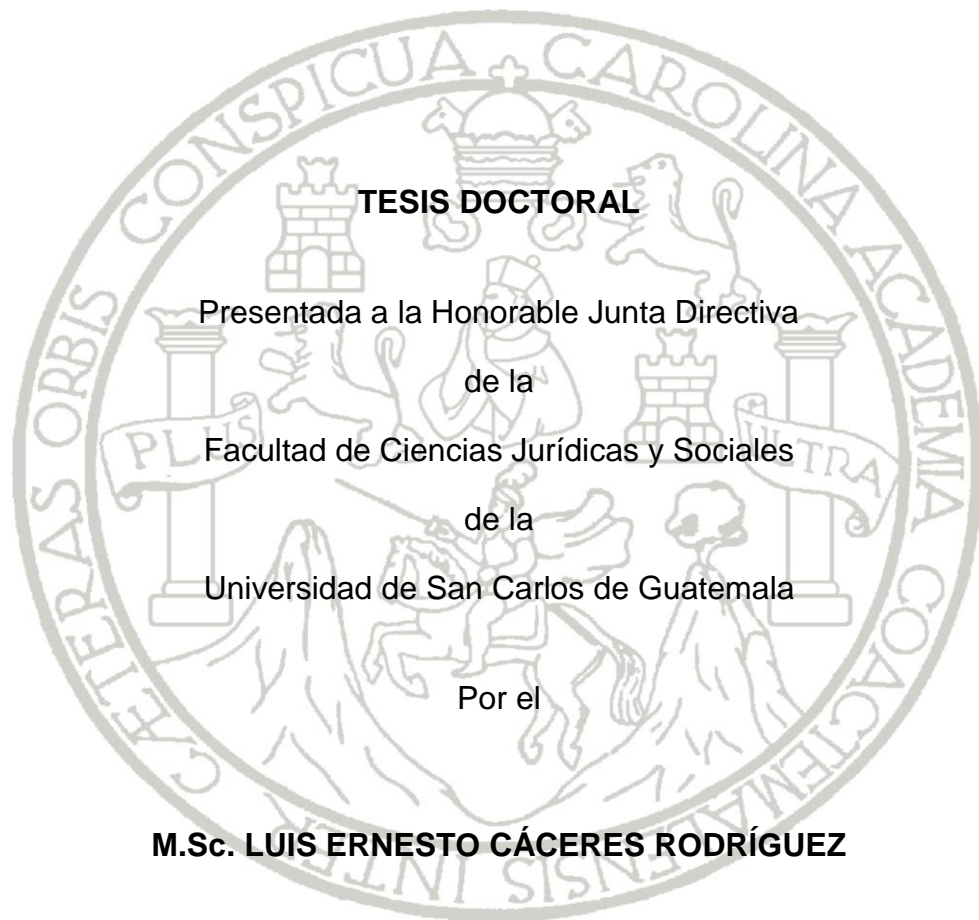
**SOBERANÍA Y GLOBALIZACIÓN
EN LA TEORÍA GENERAL DEL ESTADO**

M.Sc. LUIS ERNESTO CÁCERES RODRÍGUEZ

GUATEMALA, ENERO DE 2018

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO CONSTITUCIONAL

SOBERANÍA Y GLOBALIZACIÓN EN LA TEORÍA GENERAL DEL ESTADO.



M.Sc. LUIS ERNESTO CÁCERES RODRÍGUEZ

Previo a conferírsele el Grado Académico de

**DOCTOR EN DERECHO CONSTITUCIONAL
(Magíster Scientiae)**

Guatemala, octubre de 2018

**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: Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras
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

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
DIRECTOR: M. Sc. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL: Dr. Nery Roberto Muñoz
VOCAL: Dr. Hugo Roberto Jáuregui
VOCAL: M. Sc. Erwin Iván Romero Morales

TRIBUNAL EXAMINADOR

PRESIDENTE: Dr. Luis Felipe Sáenz Juárez
VOCAL: Dr. Fredy Fuentes Yancor
SECRETARIO: Dr. Saúl González Cabrera

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada”. (Artículo 5 del Normativo de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Doctor
Ovidio David Parra Vela
Director Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

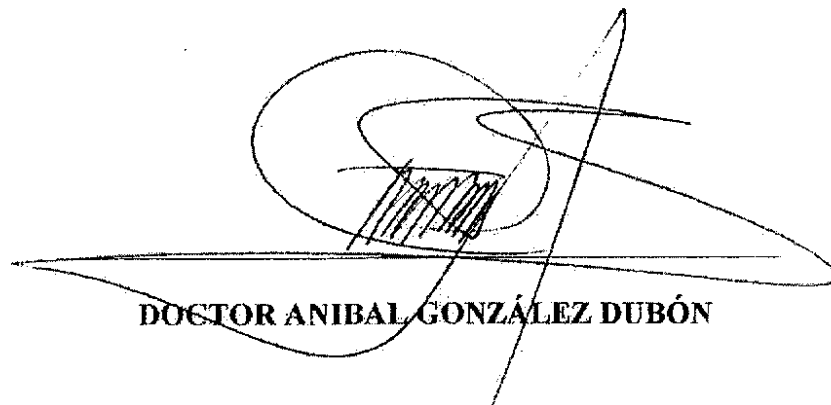
Estimado Doctor Parra Vela:

Lo saludo respetuosamente deseándole bienestar en sus actividades al frente de la Escuela de Estudios de Postgrado.

Por medio de resolución RES. D.E.E.P. D.E.D.C. 652-2017 de la Dirección de la Escuela de Estudios de Postgrado de fecha trece de julio de dos mil dieciocho, se me asignó para su tutoría, la **Tesis de Doctorado en Derecho Constitucional** del Maestro **Luis Ernesto Cáceres Rodríguez**, titulada ***“SOBERANÍA Y GLOBALIZACIÓN EN LA TEORÍA GENERAL DEL ESTADO”***.

Después de revisar y discutir el informe final que contiene la Tesis de Doctorado en Derecho Constitucional del Maestro **Luis Ernesto Cáceres Rodríguez** y realizadas las observaciones correspondientes, es mi opinión que su contenido llena los requisitos que exige el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Postgrado, por lo que emito mi dictamen favorable a la misma, para que continúe el trámite correspondiente y pueda ser defendida en su examen privado.

Quedo a sus órdenes y me suscribo respetuosamente:



DOCTOR ANIBAL GONZÁLEZ DUBÓN

Licenciado Gustavo Bonilla
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria, zona 12

Señor decano:


Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción y ortografía de la tesis denominada:

SOBERANÍA Y GLOBALIZACIÓN EN LA TEORÍA GENERAL DEL ESTADO

Esta tesis fue presentada por el **M.Sc. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez**, estudiante del Doctorado en Derecho Constitucional de la Escuela de Postgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, después de realizada la corrección indicada, el texto puede imprimirse.

Atentamente,


Dra. Gladys Tobar
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450

Gladys Tobar Aguilar
LICENCIADA EN LETRAS
Colegiada 1450



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

EL DECANO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, 11 de enero del dos mil diecinueve.-

En vista de que el MSc. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez aprobó examen privado de tesis en el **Doctorado en Derecho Constitucional con Distinción Cum Laude**, lo cual consta en el acta número 119-2018 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“SOBERANÍA Y GLOBALIZACIÓN EN LA TEORÍA GENERAL DEL ESTADO”**.
Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

- Lic. Gustavo Bonilla
DECANO



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409

Acto que dedico:

A Dios, por ser fuente de serenidad, valor y sabiduría en mi vida.

A mis padres, Eduardo Cáceres Ruiz (q.e.p.d) y Berta Yolanda Rodríguez Figueroa.

A mis hermanos, Jorge Eduardo y José Alberto.

A mis sobrinos, María Fernanda, Eduardo José Luis, José Gabriel y Clarisa.

A mis profesores, Rafael Godínez Bolaños, Brenda Quiñones Donis, René Arturo Villegas Lara, Luis Felipe Sáenz y Fernando Velázquez Carrera (q.e.p.d)

A mi tutor, Aníbal González Dubón.

A la Escuela de Estudios de Posgrado, la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y a la Tricentenaria, Nacional y Autónoma Universidad de San Carlos de Guatemala, alma máter de hombres y mujeres ilustres y mártires de la historia de nuestra patria.

ÍNDICE



INTRODUCCIÓN.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. El Estado.....	1
1.1. Teoría del Estado.....	1
1.1.1. Objeto de la Teoría del Estado.....	1
1.1.1.1. Estado y ciencia política.....	2
1.1.2. Método de la Teoría del Estado.....	8
1.1.2.1. Teoría del Estado como ciencia cultural.....	8
1.1.2.2. Teoría del Estado como sociología, ciencia de la realidad.....	9
1.1.2.3. Teoría del Estado como ciencia de estructuras.....	10
1.1.2.4. Teoría del Estado y la política.....	11
1.2. Supuestos históricos del Estado.....	13
1.3. Condiciones naturales y culturales de la unidad estatal....	17
1.3.1. Condiciones geográficas de la actividad estatal.....	18
1.3.2. Las condiciones de la actividad estatal que se relacionan con el pueblo.....	19
1.3.3. La división económica en clases como condición de la unidad estatal.....	21



1.4. Esencia y estructura del Estado.....	
1.4.1. La justificación del Estado.....	
1.4.2. El Estado como unidad organizada de decisión y acción...	
1.4.3. El poder del Estado como unidad de decisión política.....	27
1.5. Hacia una Teoría general del Estado contemporánea.....	28

CAPÍTULO II

2. Acepciones teóricas del Estado.....	31
2.1. Teoría del Estado como sociología.....	31
2.1.1. Significación de la palabra Estado.....	31
2.1.2. Sociología del Estado y Teoría del Derecho político.....	32
2.1.3. El Estado como sistema ideal.....	34
2.1.4. El Estado como orden jurídico.....	35
2.1.4.1. Estado como arista sociológica y en su acepción jurídica	36
2.1.5. La Teoría acerca del origen del Estado.....	37
2.2. La Teoría del Estado como política.....	39
2.2.1. Doctrinas sobre la justificación del Estado: liberalismo, conservatismo y socialismo.....	40
2.2.2. La doctrina del fin del Estado: fin jurídico, de poder, cultural y de libertad.....	42
2.2.3. Política y Teoría General del Estado.....	44
2.3. Estado y Derecho.....	46
2.3.1. El Derecho objetivo.....	46



2.3.2. El Derecho subjetivo.....	49
2.3.3. El Deber jurídico.....	49
2.3.4. El Estado como persona jurídica.....	49
2.4. Estado constitucional, soberanía y globalización.....	51

CAPÍTULO III

3. La validez del orden estatal y sus elementos.....	57
3.1. Teoría del poder del Estado.....	57
3.1.1. El poder del Estado.....	57
3.1.2. Teorías del poder.....	61
3.1.3. Formas de poder.....	63
3.1.4. Fundamento del poder.....	65
3.2. Elementos del Estado.....	68
3.2.1. La soberanía como característica esencial del Estado.....	68
3.2.2. El ámbito espacial de validez del orden estatal (territorio del Estado).....	69
3.2.3. El ámbito personal de la validez del orden estatal (población).....	71
3.2.4. El ámbito temporal de la validez del orden estatal.....	72
3.2.5. El orden jurídico (legislación y jurisdicción).....	74
3.3. Fines del Estado.....	75
3.3.1. Ideología liberal.....	75
3.3.2. Ideología social liberal o social democrata.....	75



- 3.3.3. Ideología socialista.....
- 3.4. La soberanía como elemento relativizado del poder estatal

CAPÍTULO IV

4. Estado y Constitución.....	79
4.1. Estado, Derecho y Derecho Constitucional.....	79
4.1.1. Estado.....	79
4.1.2. Derecho.....	80
4.1.3. Derecho Constitucional.....	82
4.2. Teoría de la Constitución.....	83
4.2.1. Concepto de Constitución.....	83
4.2.2. Constitución en sentido material y en sentido formal.....	85
4.2.3. Clasificación de las constituciones.....	87
4.2.3.1. Constitución rígida y constitución flexible.....	87
4.2.3.2. Constitución escrita y constitución consuetudinaria.....	89
4.2.3.3. Constitución originaria y Constitución derivada.....	90
4.2.3.4. Constitución programática y Constitución utilitaria.....	91
4.2.3.5. Constitución normativa, Constitución nominal y Constitución semántica.....	93
4.2.4. Poder constituyente.....	94
4.2.4.1. Características y limitaciones del poder constituyente.....	96
4.2.4.2. Poder constituyente originario, poder constituyente derivado y poderes constituidos.....	98



4.2.5. Supremacía de la Constitución.....	100
4.2.5.1. Supremacía material y supremacía formal de la Constitución.....	103
4.3. Unidad del poder estatal y pluralidad de los poderes del Estado.....	105
4.3.1. Separación de funciones en el Estado contemporáneo.....	105
4.3.2. Articulación lógica de las funciones del Estado.....	107
4.3.2.1. Función legislativa.....	107
4.3.2.2. Función administrativa o ejecutiva.....	109
4.3.2.3. Función judicial.....	110
4.4. Estado, globalización y Constitución.....	112

CAPÍTULO V

5. Formas de Gobierno y formas de Estado.....	117
5.1. Formas de Gobierno.....	117
5.1.1. Tipologías clásicas.....	117
5.1.2. Monarquía y República.....	121
5.1.3. Otras tipologías.....	126
5.1.4. El gobierno mixto.....	128
5.2. Formas de Estado.....	130
5.2.1. Formas históricas.....	130
5.2.1.1. El Estado representativo.....	133
5.2.1.2. Los estados socialistas.....	136



5.2.2. Extensión del Estado.....	141
5.2.2.1. Estado y no-Estado.....	141
5.2.2.2. Estado máximo y Estado mínimo.....	141
5.3. Transfiguración del Estado soberano.....	143

CAPÍTULO VI

6. Soberanía y globalización en la Teoría General del Estado...	147
6.1. Definición de soberanía.....	147
6.2. Concepción jurídica y política de soberanía.....	148
6.2.1. La soberanía como propiedad del poder del Estado.....	148
6.2.2. La soberanía como exclusividad de la validez de un sistema normativo.....	149
6.2.3. La soberanía como expresión de la unidad de un orden.....	150
6.2.4. Soberanía en el ámbito interno y externo.....	151
6.2.5. La soberanía como ilimitabilidad del poder del Estado.....	152
6.2.6. Concepto jurídico material de la soberanía.....	152
6.2.7. Abuso político del concepto de soberanía.....	155
6.3. Globalización.....	157
6.3.1. Globalización económica.....	161
6.3.2. Globalización jurídica.....	164
6.3.3. Globalización política.....	168
6.4. Relativización del proceso formal de soberanía en razón de la globalización económica, jurídica y política.....	171



6.4.1. Incidencia de los Tratados de Libre Comercio.....	
6.4.1.1. El Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América –DR CAFTA-.....	177
6.4.2. Tratados Internacionales en Derechos Humanos aprobados y vigentes en Guatemala.....	178
6.4.2.1. El caso de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	180
6.4.2.1.1. Análisis de fallos relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitidos contra el Estado de Guatemala y su incidencia en el concepto de soberanía estatal.....	182
6.4.3. La Política Exterior de los Países desarrollados o ‘Comunidad Internacional’ y sus mecanismos de presión sobre el Estado.....	187
CONCLUSIONES.....	193
REFERENCIAS.....	195



INTRODUCCIÓN



Una de las categorías científico sociales sobresalientes en la Teoría General del Estado es la relacionada con la soberanía. Es un concepto utilizado en la época moderna, a partir de los estudios de Bodin y Hobbes. Recientemente ha habido aportes de Jellineck, Maritain y Kelsen, entre otros.

En la etapa contemporánea, sobre todo a partir de la globalización económica y del Derecho, el concepto de soberanía ha sufrido variaciones en cuanto a su alcance y contenido. Se entiende que soberanía es un atributo o elemento esencial del Estado, del ejercicio de su poder.

Primero es dable explicar cuáles son los fundamentos o razonamientos que justifican el accionar de la soberanía en el ámbito interno, sobre quién descansa la soberanía: el pueblo, la nación o sobre un órgano constituyente.

Luego, se analiza lo referente a soberanía en su ámbito externo, haciendo uso de las doctrinas que derivan del Derecho Internacional, en donde aquél concepto es el parámetro de las relaciones entre Estados, de los ámbitos materiales de existencia de los mismos, de las fuentes de su justificación y su legitimación en el orden mundial.

Pero, las preguntas que planteamos hoy en día, son ¿si realmente existe poder soberano de los Estados a lo interno o externo? ¿Cuáles son los factores que



inciden de forma vehemente para que no pueda ser ejercida plenamente la soberanía en su ámbito interno o externo? Algunas teorías han dado respuestas parciales, como la de “cesión” o “abandono” de soberanía. Hay algunas teorías, como la expuesta acerca de la relatividad de la soberanía, que no han sido lo suficientemente explicadas. La presente investigación cobra importancia para el investigador científico social y el jurista, toda vez que explica la génesis, los conceptos clásicos que dieron origen a la soberanía, su marco evolutivo y las teorías que la han sustentado.

Aunado a lo anterior, se trata de escudriñar un nuevo planteamiento, el concepto relativo de soberanía, en el cuál las manifestaciones que emanan de la sociedad civil acerca de la conveniencia de asuntos de interés nacional cobran auge para entender sí realmente existe un poder soberano del pueblo, lo que podemos ejemplificar cuando se aprueban tratados de libre comercio o se acuerdan regiones económicas o políticas; o bien, si el Estado es realmente quien tiene poder soberano o son las empresas transnacionales las que subrepticamente deciden lo que es propio de la voluntad estatal, o más aún, son los tratados internacionales de hoy los mecanismos idóneos para menguar el poder soberano de los Estados.

La globalización ha tenido tal efecto en Guatemala, que ha provocado mayores desigualdades sociales y económicas, se han vuelto más complejas las oportunidades de crecimiento e inserción en el mercado laboral (uso de tecnologías, desarrollo de idiomas, acrecentamiento e interacción cultural), se ha



consolidado el modelo unidimensional e individualista en desmedro de los colectivos sociales (particularmente niñez, mujer, pueblos indígenas) se han debilitado las instituciones democráticas por los intereses de poder de empresas transnacionales y poderes foráneos.

Por lo anteriormente expuesto, la presente investigación esboza las ideas principales acerca de la soberanía y globalización, y como a partir de los fenómenos de la transnacionalización se incide en el régimen político, jurídico y económico interno del Estado de Guatemala. A guisa de ejemplo, en la actual crisis política, se observan las intervenciones de las potencias, particularmente Estados Unidos de América, quien ha decidido que gobernante puede continuar o no en el poder, y ha influido en la puesta en vigor de Tratados de Libre Comercio, e incluso, condiciona su ayuda económica merced de la permanencia de un órgano internacional de apoyo a la justicia, como es la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (CICIG); todo esto evidencia una clara erosión del concepto pleno de soberanía en el país y su relativización.

Es por ello, que el problema fundamental del presente trabajo de tesis se basa en las siguientes preguntas generadoras: ¿Cómo se explica el concepto de soberanía en la Teoría General del Estado ante el proceso de globalización? ¿Cómo ha influido la globalización en el proceso formal de la soberanía guatemalteca? ¿Puede existir un proceso de relativización de la soberanía guatemalteca? Ante esto, se plantea como hipótesis que: “La globalización política, económica y jurídica ha provocado la relativización de la soberanía del Estado de Guatemala.

El desarrollo de Tratados de Libre Comercio, la aprobación y vigencia de Tratados Internacionales, particularmente en materia de Derechos Humanos y su supremacía sobre el Derecho interno, y la incidencia de la política exterior de los países desarrollados con su expresión en la llamada “comunidad internacional” en el país, son factores que erosionan y relativizan el proceso formal o plenitud de la soberanía del Estado guatemalteco.”



CAPÍTULO I



1.El Estado

1.1. Teoría del Estado

1.1.1. Objeto de la teoría del Estado

Sintéticamente se ha afirmado, que la “Teoría del Estado se propone investigar la específica realidad de la vida estatal que nos rodea. Aspira a comprender al Estado en su estructura y función actuales, su devenir histórico y las tendencias de su evolución” (Heller: 2012, p. 21).

Durante su desarrollo evolutivo, la comprensión del pensamiento estatal se concentró durante la etapa de la Ilustración en el “orden natural”, sin embargo, esta vertiente ha venido disminuyéndose; contrario a ello, se vislumbró luego de esa etapa la arista de la expresión de la situación histórico – política de intereses de ciertos grupos humanos, inclusive la burguesía en la Edad Moderna, cuya potencia tanto económica como política iba en ascenso. En la actualidad, es verdad generalmente aceptada la del condicionamiento histórico social de los conceptos y normas políticas, y la “sociología del saber” la que trata de exponer las concepciones políticas respecto a los intereses de poder de la Iglesia, la monarquía, la burguesía, el proletariado, etc.



Posterior a la postura naturalista, surgió en el siglo XIX, la sociología marxista, que admitía un pensar que comprendiera en conceptos una situación histórica de clases. Pero en Marx la filosofía de la historia de los tiempos pasados estaba aún lo bastante viva para considerar la historia como una conexión llena de sentido y distinguir entre una conciencia verdadera o falsa. Todo conocimiento histórico – sociológico, tiene que partir de una conducta humana que, según una acertada frase de Marx, *pertenece exclusivamente al hombre*.

1.1.1.1. Estado y ciencia política

La *política* significaba para los griegos, quienes en el período clásico solo conocían de modo inmediato al Estado-ciudad, todos los fenómenos estatales, tanto las instituciones como las actividades.

De acuerdo con Heller (2012, p. 21), como primeros maestros de la política, encontramos a los llamados *sofistas*, tales Protágoras y Gorias, que enseñaban la política como una especie de arte para la vida del individuo, como una técnica política cuyo fin esencial era la carrera política del discípulo. La base de aquella enseñanza estaba constituida por una formación enciclopédica general que comprendía rudimentos de matemáticas, medicina, botánica, zoología y astronomía, así como de economía y pedagogía y conocimientos sobre el arte de la guerra y sobre diversos pueblos.



Según Heller, uno de los primeros filósofos de la política fue el mismo Sócrates, quien presentó “una ética política que no se agota con la enseñanza sobre el empleo de los medios políticos, sino que investiga los principios para el obrar político, estableciendo objetivos ético-políticos y sentando, como norma suprema, la absoluta dedicación del individuo al Estado. Con esto se vincula en Sócrates, el problema de delinear la imagen ideal del Estado perfecto” (2012, p. 33).

Esta idea del Estado ideal va surgir también en la mente de los discípulos de Sócrates, encontramos a Platón, quien en su *República*, plantea la idea del gobierno del filósofo – rey, el sabio y justo gobernante. En *Las Leyes*, se acerca a una consideración más empírica del mundo político.

De trascendencia es el apareamiento del pensamiento del estagirita Aristóteles, quien se acerca más a lo que hoy comprendemos por *Ciencia Política*, al dar el salto de la especulación lógica y metafísica al campo de lo empírico. Para Heller (2012, p. 33), no significa esto que haya renunciado al conocimiento del Estado mejor, sino que trata de conseguir ese último objetivo después de haber recogido, de modo análogo a como se hace en las ciencias naturales, un extenso material de hechos que le permite conocer perfectamente la realidad empírica, la cual ha de tener en cuenta para la determinación del último objetivo deontológico. Es a Aristóteles, a quien debemos una descripción y crítica, extensa, de las constituciones políticas



históricas de los atenienses y espartanos, de los cretenses y fenicios ^{en su} ilustre *La Política*.

A pesar de los avances en política, los griegos no conocieron a fondo la doctrina dogmático – jurídica del Estado, se acercaron al concepto de *polis*, que los romanos conocieron como *civitas*; la cultura griega no llegó a conocer una teoría general del derecho político, y lo mismo sucedió, en el fondo, a los romanos. Ella es, propiamente una creación inicial de la baja Edad Media.

El pensamiento político medieval se caracteriza por la cuestión de las relaciones entre el poder espiritual y el secular, entre el pontificado y el imperio. Aquí encontramos las primeras nociones de *poder*, característica propia de la ciencia política.

Fueron relevantes los aportes de San Agustín y Santo Tomás de Aquino a la idea de un Estado cristiano. Esto obviamente se aleja aún de la concepción dogmática de Estado, que figura con la idea moderna e ilustra de Estado: Estado nacional y territorial.

En las últimas décadas de la Edad Media se produce una progresiva secularización del pensamiento político, que devino de la divulgación de los escritos originales de Aristóteles y de la revolución del pensamiento racional proporcionada por Descartes y enfatizada por Nicolás Maquiavelo.



Para Heller, “la nota más característica de las relaciones de poder en la Europa de la Edad Moderna, la constituye la disolución de la unidad del imperio medieval en una multiplicidad de Estados independientes, nacionales y territoriales” (2012, p. 36). Es con el Renacimiento cuando empieza a desarrollarse el pensar empírico, también en lo político. El moderno Estado soberano nace de la lucha de los príncipes territoriales para la consecución del poder absoluto dentro de su territorio, contra el emperador y la Iglesia, en lo exterior, y con los poderes feudales organizados en estamentos, en lo interior. Esa lucha es la que Maquiavelo realza, cuando pide a los Médicis de Florencia enarbolar una Italia unida y someter a Nápoles, Roma, Milán, entre otras.

Tras la influencia de los iusnaturalistas clásicos, de Grocio a Kant, que se despierta una teoría política secular. De manera especial, se emancipa el derecho natural de la teología y se trastoca a un derecho natural racional, un derecho natural cuyo mandato ya no deviene de la divinidad sino aparece como una interna necesidad de la razón.

Maquiavelo y todos los autores de la razón de Estado que de él arrancan llegan, incluso, a eliminar toda clase de límites normativo – morales que puedan trabar la autoridad del príncipe, y solo lo someten a las normas técnicas del poder, a la *ratio status*. La cuestión de las relaciones entre el poder espiritual y el temporal pasa a un segundo plano, y el problema fundamental que se plantea entonces es el poder entre el soberano (personificado en el Rey) y el pueblo.



Según Heller (2012, p. 38), se da completamente una nueva relación entre el poder del Estado y del soberano que radica en una fundamentación independiente de la ética religiosa, y que inicia con Thomas Hobbes, quien para algunos puede ser considerado el fundador de la moderna ciencia política. Aunque de tendencia absolutista, Hobbes renuncia a la tesis que el soberano sea de institución divina; esto significa un avance cualitativo para el pensamiento político moderno.

Lo importante es que, con la doctrina contractual de Hobbes, el Estado recibe, por primera vez, una fundamentación inmanente, es decir, referida a la función de la organización estatal en el seno de la totalidad social; afirmó que la necesidad de un poder político absoluto debía justificarse partiendo de la esencia del propio Estado. Lo más genial de su teoría fue su método, tomado de las ciencias naturales de la época, que aspira a explicar y justificar lo existente partiendo, únicamente, de las fuerzas que laten en su interior.

A partir de Hobbes, se desarrolla con vehemencia la idea del Contrato Social, apuesta que hace John Locke y Rousseau, claro que con aristas diferentes. Locke esbozará el concepto de propiedad privada y Rousseau la igualdad ante la ley. Sin embargo, estos iusnaturalistas racionales obviaron la enorme importancia que tiene en la política la conexión sociedad e historia.

Un autor moderno, también lo es Montesquieu, en su célebre *Espíritu de las Leyes*, donde recoge los postulados del Estado de derecho, tal y como



aparecen en Locke; pero los presenta, lo mismo que las demás formas de organización política, como “condicionados por las características geográficas y climáticas del territorio y por el modo de vida, carácter, economía y religión de la población, acompañando, además para probar sus asertos, un rico material de observaciones concretas histórico – sociales” (Heller: 2012, p. 40).

Contrario a la doctrina de la razón del Estado figura la doctrina histórica del Estado, planteada primariamente por Hegel, en la que aparece junto a la metafísica idealista, una visión singularmente clara de la realidad política, que ejerció un poderoso influjo tanto en el pensamiento conservador como en el revolucionario. Esto fue desarrollado posteriormente por un materialismo histórico propio de Marx y Engels.

Al respecto cabe anotar, que nadie niega que la realidad política sea un constante devenir histórico – social, pero en cambio, se discute si el motor, relativamente no accionado, por ningún otro, de tal devenir el Estado, la nación, la clase, la raza, el genio o la masa, le geografía o la economía.

La discusión histórica del Estado como espíritu del pueblo tiene como crítica que toda la vida política no puede quedar enmarcada en este obrar que puede resultar irracional. El punto de partida de esta doctrina puede configurarse en un concepto vago de pueblo.



En conclusión, siguiendo a Heller (2012, p. 50), el objeto de la Teoría del Estado es únicamente el Estado moderno tal como se ha formado en el círculo cultural de Occidente a partir del Renacimiento.

1.1.2. Método de la teoría del Estado

1.1.2.1. Teoría del Estado como ciencia cultural

El Estado es una expresión cultural, como tal producción humana. La cultura no es, pues, en modo alguno, una libre creación de realidad, condicionada únicamente por el poder del espíritu humano, sino una conformación de la realidad sujeta a las leyes psíquicas y físicas del hombre y de su material. A lo que se debe añadir que el conocimiento de estas leyes por el hombre, la manera como son utilizadas, en suma, su acción social y su significación cultural es algo que cambia también con la historia.

Lo característico de las ciencias de la cultura es que tienen que ver con las transformaciones que tienen lugar en el mundo desde el punto de vista de los seres humanos. Comprendemos la cultura porque nosotros mismos somos un pedazo de cultura. Como lo plantea Dilthey –citado por Heller- solo “por una trasposición basada en la plenitud de las propias vivencias” (2012, p. 61) puede penetrar nuestra mente en las exteriorizaciones vitales de los demás.



La cultura es aquella porción del mundo físico que cabe concebir como formación humana encaminada a un fin. El hombre es portador de cultura, posee y crea cultura. Como dice Simmel, una cultura objetiva en la que aparecen reunidas como patrimonio cultural o espíritu objetivo, todas las formaciones del hombre emanadas de la conexión de sus vivencias.

En conclusión, la concepción inmanente del Estado no puede, pues, ser una interpretación suprahumana ni infrahumana del Estado, sino que tiene que ser, precisamente, humana. Pues solo para el comprender humano *significan* algo estas formas psicofísicas de la realidad que se llaman Estado o cultura.

1.1.2.2. Teoría del Estado como sociología, ciencia de la realidad

En Dilthey (2012) aparece la noción de Estado como realidad, convirtiéndolo en espíritu objetivo, al formular un concepto que comprende “desde el estilo de la vida, desde las formas del trato hasta las conexiones de fines que la sociedad ha establecido, las costumbres, el derecho, el Estado, la religión, el arte, las ciencias y la filosofía” (p. 232).

Pero la sustancia del Estado no es psico-física, pues no quedaría nada en las manos si pensamos así. El Estado no es otra cosa que una forma de vida humano – social, vida en forma y forma que nace de la vida en sociedad. Ya Weber había insistido en la existencia de una ciencia social como *ciencia de la realidad*.



Para Heller, según una consideración no metafísica, el sentido del Estado solo puede ser una *función social*, es decir, la misión que tiene que cumplir como *factor*, como unidad de acción en la conexión de actividad social.

En conclusión dice Heller (2012, p. 76), la teoría del Estado no puede contentarse con una simple coexistencia de la interpretación sociológica y jurídica, sino que, como ciencia de la realidad, deberá dedicar su atención a la investigación del proceso denominado “método jurídico”, al que incumbe también una activa función social.

De este modo la teoría del Estado es, en todos sus aspectos, una ciencia sociológica de la realidad que, considerando el Estado como una formación real, histórica, se propone comprenderlo y explicarlo causalmente mediante la interpretación de la *conexión de actividad histórica social*.

1.1.2.3. Teoría del Estado como ciencia de estructuras

En Teoría del Estado, las formaciones sociales se muestran como procesos vivos entre hombres y los hechos que, según la concepción estática, se presentaban trascendiendo por completo de lo histórico y social e impenetrables a todo influjo humano, se revelan como formas históricas de la actividad humana. Según Droysen –citado por Heller- la “historia aparece, ya sea ciencia, ya sea acontecer, como lo que la humanidad sabe de sí misma, su autoconocimiento” (2012, p. 77).



La Teoría del Estado no es exclusivamente una ciencia histórica, y por esta razón, resulta esencialmente inaceptable una Teoría del Estado que, al modo de la de Schmidt, nos dé un resumen histórico del desarrollo del Estado, el cual, según eso, se considera, de uno u otro modo, como algo constante; y también debe estimarse equivocada una Teoría del Estado que considere como clase de su construcción la integración, es decir, el proceso de renovación permanente.

Las formas históricas de actividad, como el Estado, la Iglesia o la economía, no pueden ser comprendidas y, mucho menos, interpretadas utilizando exclusivamente los medios de la ciencia histórica. Solo pueden aprehenderse por medio del análisis de la interrelación que actualmente existe en la *estructura social efectiva*, por medio, de un corte transversal practicado en la corriente de la historia.

El problema de la teoría del Estado consiste en Heller (2012, p. 80), en concebir el Estado como una *estructura en el devenir*. Pues, por una parte, solo existe el Estado si hay hombre que, en determinada situación y mediante sus actos reales de voluntad, operan para que llegue a ser.

1.1.2.4. Teoría del Estado y la política

Comúnmente se interpretaba que la Política era una ciencia práctica y valorativa, contrariamente, la teoría del Estado se le concebía como ciencia



teórica y no valorativa. Bajo el influjo del iusnaturalismo además se equiparó la teoría del Estado a la filosofía política, oponiendo ésta a la ciencia empírica de la política.

Sin embargo, hoy entendemos, que la teoría del Estado es también, en realidad, una ciencia práctica y no una ciencia libre de toda valoración y de toda política; y por su parte, la ciencia política, en cuanto es ciencia, es también teoría.

Para Bluntschli, la teoría del Estado y la doctrina del derecho político tendrían como misión estudiar el “orden estatal en reposo”, el Estado “como algo fijo y regulado”, en cambio, la política se ocuparía del Estado “en su vivir”. Sin embargo, cabe acotar que el Estado al igual que toda otra forma de la actividad política, solo existe como institución en tanto se renueva de modo constante mediante la acción humana.

El propio George Jellineck se daba cuenta de que todos los procesos importantes de la vida del Estado han sido, antes de su nacimiento y en éste, objeto de consideraciones y decisiones políticas, y de que toda acción estatal acarrea efectos políticos.

En Kelsen el Estado se convirtió en un orden normativo ideal, dando realce a las formas jurídicas, y obviando las consideraciones históricas y sociales. La crítica al pensamiento kelseniano considera que la teoría del Estado de éste es



una teoría sin Estado. El ser del Estado se da mediante actos de decisión política constantemente renovados, existe una lucha política entre poderes reales de voluntad, ante los cuales no es posible que el sujeto de conocimiento mantenga una absoluta neutralidad.

Para Heller (2012, p. 90), la hipótesis de su teoría del Estado consiste en la afirmación de que es insostenible la estructura clasista del actual Estado y que, por consiguiente, se aceptan como válidas las tendencias de evolución que a ella se oponen. Y precisamente por el hecho de que estas tendencias ponen en tela de juicio la realidad y la unidad del Estado, la cuestión cardinal de la teoría del Estado debe ser la de si es posible, y de qué modo, el Estado actual como una unidad que opera en la realidad histórico – social, como una *estructura real e histórica*.

1.2. Supuestos históricos del Estado

En la Antigüedad el Estado se manifiesta aunado al poder teocrático, el grupo político y el grupo cultural habían constituido una unidad inseparable, al punto que cada *polis* mantenía su propia deidad. Con el monoteísmo judeo-cristiano se formó una Iglesia universal y el Estado se asoció a este poder, independiente de las fronteras políticas que sustrajo buena parte de la vida personal y pública a la dominación del grupo político.



Los historiadores suelen considerar la primera forma estatal, en el *Estado estamental*, figura en donde el poder estaba limitado no por el Derecho sino por los numerosos depositarios de poder feudales, corporativos y municipales y, en lo exterior, por la Iglesia y el emperador.

Posterior a ello, surgió el Estado feudal, los señores feudales dominaban el espectro económico del Estado, y por ende, ejercen su prevalencia sobre el poder político. En el Estado *feudalizado* cada una de sus baronías formaba un Estado *aparte*, según Keutgen –citado por Heller-. El Estado feudal no conoció una relación de súbdito de carácter unitario, ni un orden jurídico unitario, ni un poder estatal unitario, en el sentido que hoy conocemos.

La aparición del poder estatal monista se produjo según formas y etapas muy distintas en las diversas naciones. La atomización política se venció primeramente en Inglaterra. Es éste el único reino en que, gracias a la energía de los reyes normandos, se logra crear, ya en el siglo XI, una organización política relativamente fuerte en medio de la jerarquía feudal.

Para Jellineck, la nueva palabra *Estado* surge de la teoría propuesta por el florentino Nicolás Maquiavelo, cuyo *Príncipe* introduce en la literatura el término *lo stato*, a la vez que analiza, de una manera sumamente viva la razón de Estado de la Edad Moderna. Para Weber (2008, p. 225), el poder de mando que se venía ejerciendo como un derecho del sujeto se expropia en beneficio del príncipe absoluto primero y luego del Estado.



A comienzos de la Edad Moderna el Estado tiene que encargarse de una serie de tareas que hasta entonces corrían a cargo de la familia, la Iglesia o las instituciones locales, o que respondían a nuevas necesidades. Eran, especialmente materias relacionadas con las comunicaciones, tanto en lo general como en su aspecto económico-técnico, con la administración de justicia y con lo cultural, sobre todo de carácter pedagógico.

Merced a la jerarquía de los funcionarios la organización pudo extenderse también al territorio, es decir, abarcar a todos los habitantes del mismo, y asegurar de este modo una unificación universal, central y regida por un plan, del obrar relevante para el Estado. A la manera como, en lo económico, vino la fábrica a superar el taller, así también, respecto al despliegue del poder político, el aparato burocrático del Estado actual, rígidamente disciplinado y controlado, vino a estar por encima de los territorios, administrados a la manera feudal de la Edad Media.

Para Spangenberg –citado por Heller-:

Uno de los procesos más decisivos, entre los que integran la evolución del Estado de la Edad Moderna, lo constituye el hecho de que el príncipe, pasando por alto todos los privilegios, haya obligado, en las asambleas, a las corporaciones estamentales, muy debilitadas ya desde mediados del siglo XV, a dar su aprobación al establecimiento de impuestos generales y aplicables a todos los súbditos, sin tener en cuenta su nacimiento ni el estamento a que pertenecieran. Con este objeto principalmente trataron

los señores territoriales de convertir la asamblea en una corporación que, en lo posible, pudiera tener una voluntad unitaria, lo que los obligaba a procurar dar validez al principio de las mayorías. (2012, p. 174)



El Estado solo podía independizarse como unidad de acción militar, económica y política bajo la forma de una independencia como unidad de decisión jurídica general.

Es en esa línea en donde figuran los primeros documentos que iban a dar sustento a la Doctrina de la Razón del Estado, al Estado Moderno, siendo ellos los que registran un contrato entre el príncipe y los estamentos, verbigracia, la Carta Magna de 1215, como el de que tal normación se realiza con el propósito de que permanezca, que sea inviolable. El *Instrument of Government* (1653) de Cromwell es el primer ejemplo de un documento constitucional moderno. Lo que Cromwell pretendía con esta constitución fue expresado por el muy claramente, según Jellineck: “En todo gobierno, tiene que haber algo fundamental, semejante a la Carta Magna, permanente, invariable”.

Sin embargo, paradójicamente es con la Monarquía Absoluta en donde aparece el Estado como sujeto de dominación política. Heller lo documenta así:

La unidad jurídica y de poder del Estado fue, en el continente europeo, obra de la monarquía absoluta (...) Durante toda la Edad Media y aun en los primeros siglos de la Moderna, las clases propietarias del suelo, y al lado de



ellas la burguesía ciudadana poseedora del dinero, tenía también los poderes de mando político. El absolutismo, que por medio de la política mercantilista convirtió al Estado en el más fuerte sujeto económico capitalista, hizo de los medios de dominación política un monopolio del Estado y arrebató a los estamentos sus privilegios públicos de autoridad. Pero no solo dejó a los señores feudales el capital agrario, sino que fomentó, lo que pronto habría de ser más importante, el nacimiento de un poder económico burgués muy potente, en la forma del capital móvil financiero, comercial e industrial, al que el Estado liberal dio luego casi absoluta libertad de acción. (2012, p. 178-180).

1.3. Condiciones naturales y culturales de la unidad estatal

La unidad estatal se halla necesariamente inserta en la conexión total de las condiciones naturales y culturales de la vida social. La misión de la teoría del Estado consiste en mostrarnos al Estado como un fenómeno sustantivo dentro del conjunto de esas condiciones.

Marx y Engels, *autores de la Ideología Alemana*, han precisado en contra de Feuerbach, la relación existente entre las condiciones naturales y la acción estatal, relación que nunca ha de ser concebida estáticamente, sino como históricamente cambiante “toda exposición histórica ha de partir de estas bases naturales (la naturaleza física del hombre y las condiciones naturales que encuentra en torno suyo) y de las modificaciones que experimentan en el curso de la historia por la acción de los hombres”.



De entre las innumerables conexiones aparecen, en un primer plano, para la teoría y práctica de la política actual, dos condiciones naturales, las condiciones geográficas y antropológicas del obrar estatal.

1.3.1. Las condiciones geográficas de la actividad estatal

Para los partidarios del nexo Estado y geografía, los Estados son *entes con cuerpo y razón lo mismo que los hombres*. El objeto de la geopolítica es la tierra permeada por una organización política, *sin sujetos humanos no hay territorio, sino solo parte de la superficie terrestre*.

La relación de la política con la posesión de recursos naturales es tan antigua como la necesidad que hoy vemos día a día en la geopolítica mundial. En tiempos antiguos la riqueza en metales preciosos significaba, con frecuencia, sobre todo un aumento del poder del Estado, y el mismo efecto puede producirse, en los tiempos de las ciencias naturales aplicadas, la posesión de carbón, hierro y petróleo.

Verbigracia, el proceso ascensional de Inglaterra, hasta llegar a convertirse en una potencia mundial coincide, en el tiempo, con la explotación, en la segunda mitad del siglo XVIII, de sus yacimientos de hierro y carbón, tan bien emplazados por el transporte –las líneas férreas y las embarcaciones– y en gran parte se debe a ese hecho. Lo mismo puede decirse del progreso experimentado por el imperio alemán en el siglo XIX, tanto en lo político como económico. En nuestra época los grandes yacimientos de petróleo, a causa de

su importancia para la economía y las técnicas de guerra, se han convertido en la cuestión candente de la política mundial.



1.3.2. Las condiciones de la actividad estatal que se relacionan con el pueblo

Cuando se liquida el orden social estamental y se afianza la dicotomía sociedad civil – sociedad política –en palabras de Gramsci-, y al tambalearse la forma monárquica de gobierno, comienza a desvanecerse la diferenciación dinástica entre los Estados, se constituye el pueblo como *nación política*. A partir de la Revolución Francesa, y en nombre de la soberanía del pueblo y de la soberanía nacional, el mundo político europeo se ve, en lo exterior, distribuido de manera diferente y, en lo interior, radicalmente revolucionado.

El pueblo cultural, que en sí es políticamente amorfo, se convierte en nación cuando la conciencia de pertenecer al conjunto llega a transformarse en una conexión de voluntad política. Para constituir la nación no basta en modo alguno el sentimiento de comunidad meramente étnica. Solo cuando un pueblo se esfuerza por mantener y extender su manera propia mediante una voluntad política relativamente unitaria, solo entonces podremos hablar de una nación. La peculiaridad del pueblo se halla inserta en el curso de la historia y nace de un constante intercambio de asimilación y singularización respecto a la naturaleza y a la cultura circundante.



Para Heller (2012, p. 210), es a partir de la Revolución Francesa y del imperialismo napoleónico, y al principio como reacción contra éste, cuando las naciones, en creciente medida aparecen como las más pujantes fuerzas formadoras de Estados. “En ciertos círculos era de tal evidencia el concepto de Estado nacional que se pudo afirmar que el Estado y nación eran compañeros inseparables” (Kirchhoff: 1905, p. 47). Las ideas nacionalistas y demoliberales contribuyeron por igual a introducir subrepticamente en el concepto de nación el de la unidad política de acción que, propiamente, solo corresponde al Estado. Savigny llamaba al Estado “la manifestación orgánica del pueblo” y Mohl –citados por Heller- decía “El conjunto de los miembros del Estado constituye el pueblo o la nación” (2012, p. 211-212).

La *voluntad general* de Rousseau presenta también un tinte romántico en cuanto implica una armonía política y un acuerdo de voluntades, anteriores al Estado, cosa que nunca se da en la realidad del pueblo, que es siempre de carácter antagónico. Los ideales demoliberales de una “representación popular” como espejo de la voluntad del pueblo, y de un gobierno que no debe ser sino la expresión del parlamento, se nutren de una ficción de una voluntad popular sin contradicciones y no se distinguen de la utopía de Marx y Engels de una sociedad futura sin Estado más que por el hecho de que en ésta esa voluntad popular sin contradicciones solo se puede dar en la sociedad sin clases, en tanto que la concepción demoliberal admite que es realizable en la misma sociedad civil.



En la metafísica del espíritu del pueblo, que, a partir de Hegel, cobra un sentido estatal, se rechaza el dualismo de Estado y pueblo:

Puesto que el espíritu solo es real según lo que él sabe que es, y el Estado, como espíritu de un pueblo, es, a la vez, la ley que penetra todas sus relaciones, la moral y la conciencia de su individuos, la constitución de un pueblo determinado depende del modo y formación de la conciencia de sí mismo (...) Así, pues, todo pueblo tiene la constitución que le conviene y corresponde. (1998, p. 274)

1.3.3. La división económica en clases como condición de la unidad estatal

El nacionalismo y el demoliberalismo crean la ficción de que el Estado es la expresión de la voluntad de una comunidad solidaria de intereses y de la unidad del pueblo; el primero en cuanto hace emanar la unidad estatal del espíritu nacional de pueblo, y el segundo porque, en su confianza en la armonía natural del libre juego de las fuerzas, cree que puede establecerse automáticamente una *voluntad general* como resultado de los egoísmos individuales que se limitan a sí mismos por consideraciones racionales.

La unidad estatal aparece condicionada por la economía, debiendo desaparecer con la desigualdad económica de las clases. Así Marx, y aún más concretamente Engels, a diferencia de Lasalle, consideraban el Estado



como un mal necesario, anexo a la actual sociedad de clases, pero que no existirá en el futuro, cuando las clases desaparezcan, como tampoco existió en el pasado.

La crítica al Estado liberal, viene dada por los materialistas, por esta visión determinante de la economía. El poder del Estado moderno “no es más que un comité que administra los negocios comunes de toda la clase burguesa, una organización de la clase poseedora para protegerse contra los que nada poseen”, el Estado es “en todos los casos, esencialmente, una máquina para dominar a la clase oprimida y expoliada” (Marx-Engels: 1996, p. 185); el cual ha de desaparecer “inevitablemente cuando se liquide la división de clases” (Ibid, p. 182). Continúa Engels: “El Estado y con él la autoridad política, desaparecerán a consecuencia de la futura revolución social; es decir, que las funciones públicas perderán su carácter político y se transformarán en simples funciones administrativas para velar por los intereses sociales”.

El marxismo reprocha al Estado liberal por el hecho de que el pueblo no coincide o no ha llegado aún a coincidir con la *voluntad de todos*, que no es igual a la *voluntad general*. El marxismo, lo mismo que el anarquismo, considera realizado el estado ideal político allí donde se diga –como lo plantea Proudhon- “el pueblo es el guardián de la ley, el pueblo es el poder ejecutivo (...) solo la nación tiene derecho a decir: ordeno y mando” (1896, p. 225).



1.4. Esencia y estructura del Estado

1.4.1. La justificación del Estado

Una de las premisas del porqué se justifica el Estado se entiende en primer lugar, en porqué hay que ofrecer al Estado los máximos sacrificios personales y patrimoniales; porque los sujetos deben servir a la patria y porqué retribuir económicamente al Estado. Se entiende que esto se hace por el mecanismo de subsistencia, de someter a un poder en común que garantice primordialmente –como lo planteara Hobbes- seguridad y justicia. El Estado nace y se mantiene por este sacrificio espontáneo de los individuos, pero también, por la coacción soportada pasivamente. Todo poder estatal, por necesidad existencial, tiene que aspirar a ser *poder jurídico*, valer como autoridad legítima que obliga moralmente a la voluntad. Así Engels –citado por Heller- acepta expresamente que el Estado es una necesidad histórico – social en la sociedad dividida en clases, pero, a la vez, combate la legitimidad de ese “instrumento de explotación” (2012, p. 278).

Pero fue con Hegel y el historicismo que se preparó el camino a la concepción positiva que sostiene que el pueblo y el espíritu del pueblo son la única fuente del derecho y que no están limitados por norma alguna; y como el espíritu del pueblo no existe de modo tangible en la realidad ha de ser representado siempre por el legislador que, como tal, no puede nunca caer en lo antijurídico. Esto significa, que todo aquel que logre hacerse dueño del poder del Estado,



por el hecho de haberlo conseguido encuentra ya moralmente justificado su derecho a representar al pueblo y a darle leyes sin sumisión a ninguna clase de principios jurídicos. La reducción del derecho al espíritu del pueblo democrático – nacional hubo de acarrear como consecuencia una restricción de la ley jurídica universal.

En la posición kelseniana-citando a Heller- (2012), lleva en sí “potencialmente todas las posibles variaciones de su contenido normativo” (p. 282), nos remite al arbitrio del legislador real, libre de todo vínculo jurídico – moral, y llega, de esta suerte también, en último término, a la identificación de derecho y fuerza y a la afirmación de que todo *Estado es Estado de Derecho*. La conformidad de un acto estatal con la ley y de ésta con la constitución jurídica positiva o con la constitución hipotética lógico – normativa, solo puede constituir la base de una legalidad, nunca de una legitimidad justificadora.

Heller afirma que la institución estatal se justifica, pues, por el hecho de que en una determinada etapa de la división del trabajo y del intercambio social la certidumbre de sentido y de ejecución del Derecho hacen preciso el Estado. Del mismo modo que el aumento del tráfico urbano hasta cierto grado reclama una regulación del mismo, e incluso órganos especiales de política de tránsito, así también el desarrollo de la civilización hace precisa una organización estatal cada vez más diferenciada para el establecimiento, aplicación y ejecución del Derecho.



La institución del Estado aparece de esta forma justificada por el hecho de ser una organización de *seguridad jurídica*, y solo por ello. No se trata de restringir la actividad del Estado a la legislación y a la organización judicial, ni que la seguridad jurídica consista exclusivamente en una actividad de policía. Cuando se declara que el Estado solo puede ser consagrado por su calidad de organización para la seguridad jurídica, quiere decirse que solo puede justificarse en cuanto sirva a la aplicación y ejecución de los principios del Derecho.

De allí surge un conflicto insoluble entre juridicidad y seguridad jurídica, el deber incondicional de obediencia o la legítima acción de resistencia en contra de los mandatos injustos, que ha sido resuelta en las recientes declaraciones de derechos humanos y en las Constituciones modernas a favor de la legítima resistencia del pueblo.

1.4.2 El Estado como unidad organizada de decisión y acción

La tesis de Heller va en la línea de demostrar que el Estado es un centro real y unitario de acción, que existe en la multiplicidad de centros de acción reales y autónomos, ya individuales, ya colectivos. La unidad estatal no aparece de hecho, ni orgánica ni ficticia, sino como unidad de acción humana organizada de naturaleza especial. La ley de la organización es la ley básica de formación del Estado. Su unidad es la unidad real de una estructura activa cuya existencia como cooperación humana, se hace posible gracias a la acción



de órganos especiales conscientemente dirigida hacia la formación eficaz de la unidad.

Todo grupo capaz de obrar y decidir, toda unidad colectiva de acción es una estructura organizada de efectividad, ordenada conscientemente, por medio de órganos, a la unidad de la decisión y de la acción. En qué medida los miembros organizados son, a la vez, órganos es cuestión que depende de la estructura más o menos corporativa o autoritaria de la organización. En todo caso, una organización de cierta amplitud, y especialmente del Estado, se apoya siempre en la división de trabajo social. La estructura efectiva llamada Estado ha cobrado autonomía, sobre todo, porque sus diferentes tareas particulares fueron adscritas a órganos especiales. Según Schultze –citado por Heller (2012)- “toda organización es una cooperación planificada de hombres e instituciones para el incremento de la potencia operante de los esfuerzos humanos” (P. 296).

Jellineck, hace recordar que la sociología del derecho natural, que tiene sus raíces en la Antigüedad, pretendía no solo justificar el nacimiento del Estado, sino, además, explicarlo como un contrato de unión que, en su forma definitiva, era considerado como un contrato de sociedad y a la vez como un contrato de sumisión. Luego se formuló la acertada idea de que debe concebirse la unidad de la organización estatal no como mera unificación de voluntades, sino, ante todo, como *unidad de dominación*.



Bajo esa línea, el Estado se forma por actividades humanas y es soberano únicamente porque puede dotar a su ordenación de una validez peculiar frente a todas las demás ordenaciones sociales, es decir, porque puede actuar sobre los hombres que con sus actos le dan realidad de muy distinta manera a como lo hacen las otras organizaciones.

1.4.2. El poder del Estado como unidad de decisión política

La creación y ejecución jurídica –al contrario de las costumbres, reglas convencionales y el derecho internacional- se adscriben al poder del Estado, el que, para estos fines, sostiene un aparato especial que se presenta de ordinario como la unidad de decisión y acción más fuerte dentro de la esfera territorial estatal.

El poder del Estado es en esencia poder político jurídicamente organizado. El poder del Estado es tanto más firme cuanto mayor es el voluntario reconocimiento que se presta, por quienes lo sostienen, a sus principios ético – jurídicos y a los preceptos jurídicos positivos legitimados por aquéllos. Solo goza de autoridad aquel poder del Estado a quien se le reconoce que su poder está autorizado. Su autoridad se basa únicamente en su legalidad en tanto éste se fundamenta en la legitimidad.

La consideración de la técnica jurídica como técnica estatal de poder nos lleva, desde el Estado como unidad existencial de poder, al Estado como *unidad de*



ordenación. En cuanto tal, se la atribuye la soberanía: lo que significa que tiene que ser un poder de ordenación territorial de carácter supremo y exclusivo. Así pues, se llama soberano al poder que crea el Derecho, en su caso al constituyente, pero eso es la organización estatal como un todo.

Para Heller (2012, p. 312-313) solo existe un Estado allí donde el poder sobre la organización social – territorial le pertenezca a ella misma, le sea propio, donde la decisión sobre el ser y modo de la organización tenga lugar dentro de ella. El poder del Estado es soberano, lo que significa que es, dentro de su territorio, poder supremo, exclusivo, irresistible y sustantivo. La soberanía del Estado significa, pues, la soberanía de la organización estatal como poder de ordenación territorial supremo y exclusivo. El Estado, como organización territorial soberana, es creador supremo de las normas y tiene el monopolio del poder de coacción física legítima, la *última ratio* de todo poder.

El poder del Estado tiene que ser, desde el punto de vista del Derecho, el poder político supremo, y desde el punto de vista del poder, el poder político normalmente más fuerte, dentro de su territorio, pues de lo contrario no será soberano ni poder del Estado.

1.5. Hacia una Teoría general del Estado contemporánea

El objeto de la teoría del Estado es escudriñar cuál es la esencia y fundamento del Estado, sus formas de organización, su estructura, las relaciones de clase y



de poder que se suscitan alrededor del mismo. Luego de revisar los elementos más fundamentales de la Teoría del Estado, hay que entender que para efectos de la presente investigación, la Teoría del Estado no puede depender de solo referentes teóricos. En la Teoría del Estado contemporáneo la unidad territorial se disipa con el fenómeno de la mundialización y la globalización. Ese concepto clásico de Estado nacional – territorial unidimensional pasa por ser un Estado multiescalar: visión local, nacional e internacional.

Con la globalización nos daremos cuenta en el presente trabajo de tesis que se hace mella a los conceptos más elementales del Estado, particularmente el de soberanía. Hoy se debe partir de una noción no-clásica del concepto de soberanía, porque la idea de que ésta sea suprema, absoluta e inmutable, fue aportada en el siglo XVI por Jean Bodin, sin embargo, es difícil sostener tales premisas a la luz del fenómeno de Estado frente a la globalización y los intereses de potencias mundiales y sus corporaciones.

En síntesis, se debe desarrollar una teoría general del Estado contemporánea que tome en cuenta tal y como se plantea en la hipótesis, la vicisitud que los Estados encuentran hoy frente al fenómeno de la mundialización o globalización, en su arista económica, política y jurídica, lo cual será desarrollado en el presente trabajo en su último capítulo.



CAPÍTULO II



2. Acepciones teóricas del Estado

2.1. Teoría del Estado como Sociología

2.1.1. Significación de la palabra Estado

Una de las acepciones de Estado más aceptadas bajo la arista sociológica, es la que designa aquél como el “conjunto de todos los fenómenos sociales, identificándolo con la sociedad” (Kelsen: 2002, p. 4). La sociedad se considera el concepto genérico y el Estado el concepto específico.

A veces se contraponen el Estado como ordenamiento coactivo, y, por tanto, como un mal –aunque sea mal necesario-, a la sociedad como libre juego de todas las actividades, y en consecuencia como ideal, quizá prácticamente inasequible de la plena armonía. Otras veces, se suele oponer el Estado – como libertad dentro de la ley- a la libertad aparente de la anarquía –libertad plena sin injerencia estatal-.

Aquellos para quienes el Estado es la colectividad superior, la soberanía es su característica más esencial. Pero otros reconocen también como Estado aquellas colectividades subordinadas a corporaciones más amplias y de rango



superior, tratando, sin embargo, de diferenciar las primeras de las instituciones administrativas con régimen de autonomía, como las provincias o regiones.

Lo más frecuente –prosigue Kelsen- es contraponer al Estado como realidad, como ser, al Derecho como norma, como deber ser; pero también a veces aparece el Derecho como un ser social, y el Estado como norma: ya como norma positiva (por antítesis a un Derecho natural), o como expresión de un postulado ético – político (frente al Derecho positivo). Con la palabra Estado se puede designar tanto la totalidad del orden jurídico como la unidad personificada de este orden, es decir, un principio lógico; pero también es posible que aquella expresión se reserve para caracterizar el fundamento jurídico positivo del Derecho, esto es, la Constitución.

2.1.2. Sociología del Estado y Teoría del Derecho político

Bajo esta arista comprenderemos las nociones de Estado y sociedad, por una parte, y entre Estado y Derecho por otra. El Estado considerado como una asociación de hombres, cae bajo la categoría de la sociedad; y en tanto que a la sociedad se la considera como una conexión de causas y efectos, al estilo de la naturaleza, o como una sección de la naturaleza, se atribuye al Estado una realidad psíquica y aún física, en el sentido de la realidad que se dice poseen las cosas del reino naturalista; mientras que del Derecho, en cuanto a conjunto de normas, es decir, de proposiciones que expresan un deber ser, se



predica tan solo una cierta idealidad que, en el caso del Derecho positivo no es más que relativa.

Es frecuente apuntar diferencias entre la teoría sociológica del Estado y la teoría jurídica del Derecho. Para Kelsen (2002, p. 8-9), la primera se pregunta cómo se comportan de hecho los hombres, cuáles son las causas que han determinado ese comportamiento, con arreglo a qué leyes naturales se regula, creyendo de este modo poder llegar a la entraña de ese objeto específico llamado Estado. La otra doctrina se pregunta, en cambio, cómo se deben comportar los hombres, que conducta les prescribe el Derecho, el Derecho positivo, por qué razones deben comportarse así y no de otro modo.

Aceptando pues que Estado y Derecho constituyen dos objetos diferentes entre los cuales existe una distinción esencial, resulta indispensable una separación entre la teoría sociológica del Estado y la teoría jurídica del Derecho. En lugar de la Sociología del Estado, en lugar de la doctrina social que estudia al Estado a través del punto de vista de las ciencias de la causalidad, aparece la teoría normativa del Derecho orientada hacia las normas jurídicas.

Siguiendo a Kelsen, se dice que el Estado es un ser con dos caras: una, la de la naturaleza, accesible al conocimiento de las ciencias de causalidad; otra la jurídica, orientada al conocimiento jurídico – normativo. Así suele quedar



identificado el Estado como factor de poder, y la antítesis de naturaleza y Derecho que alcanza el sentido de una contraposición entre Derecho y poder.

2.1.3. El Estado como sistema ideal

Para Kelsen (2002, p. 22-23), el Estado es un orden ideal, un sistema específico de normas, pero no el pensar y querer dichas normas; sino en el ser y deber ser. El Estado no existe en el reino de la naturaleza como lo plantean los positivistas sociológicos, en las relaciones físico – psíquicas, sino que se encuentra en el reino del espíritu, en el orden ideal.

Lo específico de este objeto espiritual que llamamos Estado consiste en ser un sistema de normas. Toda validez normativa es independiente del querer y del deseo subjetivo de aquellos para quienes la norma pretende valer. El Estado, considerado como autoridad dotada de fuerza de obligar, es, pues, un valor o una norma o sistema de normas; y, en cuanto tal, esencialmente diverso del hecho real específico, indiferente al valor, de la representación o volición de una norma.

El carácter enteramente normativo que corresponde al concepto de sociedad se revela claramente cuando se contrapone la sociedad al Estado. El antagonismo de Estado y sociedad, siempre vivo en la literatura ético-política, y especialmente en la sociológica, se presenta a un examen atento del problema como la antítesis de dos sistemas distintos de normas o de valores, ya se



considere que la “sociedad” está constituida por el sistema axiológico del liberalismo o por el ideal socialista, frente, en todo caso, al orden positivo del Estado histórico concreto.

2.1.4. Estado como orden jurídico

Aquella unidad específica que ponemos en el concepto de Estado no radica en el reino de la realidad natural, sino en el de las normas y valores. Siguiendo a Kelsen (2002), el Estado es por naturaleza “un sistema de normas o la expresión para designar la unidad de tal sistema; y sabido esto, se ha llegado ya al conocimiento de que el Estado, como orden, no puede ser más que el orden jurídico o la expresión de su unidad” (p. 26). Si el Estado es un sistema normativo, tiene que ser el orden jurídico positivo, pues es imposible admitir junto a éste la validez de otro orden cualquiera.

También figura bajo este escenario, el Estado como *aparato coactivo*, teniendo en cuenta que el Derecho es a la vez un orden coactivo. La coacción figura como un hecho psíquico que radica en la eficacia de ciertas representaciones de normas, como reglas motivadoras que determinan la conducta efectiva de los hombres. La doctrina dominante halla la *positividad* de las normas, la positividad del Derecho en la eficacia de su representación coactiva.

2.1.4.1. Estado como arista sociológica y en su acepción jurídica



Los juristas pueden considerar con no ver en el Estado más que una estructura normativa, un orden jurídico, y por eso su existencia puede radicar en el dominio de la validez ideal; pero para la Sociología, que aspira a conocer la realidad vital, que quiere conocer empáticamente y, por tanto, explicar causalmente la conducta real del hombre, las acciones humanas, que son parte de la cadena de causas y efectos, el Estado según la concepción weberiana –citado por Kelsen- “no puede ser más que un transcurso y una conexión de esta conducta, un complejo específico del obrar humano en común” (2002, p. 31).

De modo especial puede decirse que las acciones humanas no son consideradas como *Estado* más que en el caso de que el criterio valorador sea el orden jurídico-normativo estatal. Existe un Estado desde el punto de vista sociológico, es decir, como complejo de un específico obrar en común, en tanto que determinados hombres orientan su obrar en el sentido de representarse que existe el Estado como orden jurídico normativo, es decir, de admitir que hay un sistema de normas dotadas de validez ideal.

La Sociología denominada *comprehensiva* designa, pues, con la palabra Estado tanto el orden jurídico normativo, como el hecho real de las representaciones de este contenido, motivadoras de una conducta adecuada; y de este modo

creo haber distinguido la existencia meramente *jurídica* de la existencia *sociológica* del Estado.



2.1.5. La teoría acerca del origen del Estado

En la época antigua se tiene como antecedente de este tópico a Aristóteles. Desde las primeras páginas de la *Política*, el estagirita explica el origen del Estado en cuanto polis o ciudad, valiéndose no de una construcción racional, sino de una reconstrucción histórica de las etapas a través de las cuales la humanidad habría pasado de las formas primitivas de sociedad a las formas más evolucionadas hasta llegar a la sociedad perfecta que es el Estado. Las etapas principales son la familia (que es la forma primitiva de sociedad) y la aldea. Aristóteles –citado por Norberto Bobbio (2000)- indica:

La comunidad que se constituye para la vida de todos los días es por naturaleza la familia (...) La primera comunidad que deriva de la unión de muchas familias es dirigida a satisfacer una necesidad no cotidiana es la aldea (...) La comunidad perfecta de muchas aldeas constituye la ciudad que ha alcanzado lo que se llama el nivel de autosuficiencia y que surge para hacer posible la vida y subsiste para producir las condiciones de una buena existencia. (p. 56-57)

Una de las teorías más desarrolladas en la etapa de la Ilustración, es la que se desarrolla bajo la arista del Derecho natural, los cuales afirman que el Estado tiene su origen en un contrato. Esto constituye una tríada, el momento inicial



o de partida lo constituye el *estado de naturaleza*, el estado de lucha de todos contra todos en su acepción hobbesiana. El segundo momento lo constituye el contrato o pacto social, que adquiere dos dimensiones para la mayoría de iusnaturalistas, un pacto de asociación de los individuos y un pacto de sujeción, en donde los hombres dejarán a un tercero sus libertades naturales a cambio de sujetarse a un poder común y que se garantice la libertad, propiedad privada y seguridad. El efecto de este pacto, lo constituye la conformación del Estado o sociedad civil, el cual se basa en un poder soberano irresistible para algunas posturas o resistible si no se respetan los derechos naturales como lo planteara Locke.

Una teoría más jurídica, admite que el Estado en lo esencial, es un “aparato de coacción” (Kelsen, 2002, p. 37); es decir, si se reconoce que el orden estatal es un orden regulador de la coacción, un orden que prescribe que en el caso de que un hombre realice un hecho socialmente dañoso, otro hombre realice contra él un acto coactivo, con objeto de evitar en lo posible la comisión de tales hechos; entonces la cuestión en torno al origen del Estado se transforma en la cuestión acerca del origen de un orden dotado de este específico carácter técnico-social.

Bajo la perspectiva materialista, la teoría que emerge es la de *lucha de clases*. Para ésta el Estado es el orden coactivo cuya finalidad o efecto es el dominio de un grupo explotador sobre un grupo explotado, es decir, el dominio de una

clase sobre otra. En palabras de Gumplowicz –citado por Kelsen (2002)– según esta teoría:



El Estado nació exclusivamente en virtud del hecho de que chocaron dos grupos de estructura económica heterogénea: una horda nómada, dedicada a la caza o al pastoreo y, por tanto, guerrera, y un grupo pacífico, sedentario, agricultor; aquélla sometió y dominó a éste con objeto de apropiarse permanentemente el sobrante del rendimiento de trabajo de los sometidos” (p. 41).

Bastó el desarrollo inmanente de un grupo originariamente homogéneo: con el tránsito de una forma de economía a otra, por ejemplo, de la caza a la ganadería, o de una economía primitiva agraria o pastoril a una de tipo intensivo y a la producción industrial. En palabras de Marx y Engels, una parte del grupo se apropia para sí sola los medios de producción y da al orden social un contenido tal, que sirve para garantizar el mantenimiento pacífico de esta situación de hecho.

2.2. La Teoría del Estado como política

Si la Teoría general del Estado se pregunta qué es, y cómo es el Estado, y cuáles son sus formas fundamentales y sus contenidos capitales, la Política se pregunta si “debe ser” el Estado y cuál es la mejor de sus posibilidades. La Política así aparece como una parte de la ética, como uno de los conocimientos morales que señalan finalidades objetivas a la conducta



humana, es decir, que estatuyen como debidos ciertos contenidos. Para otro, la Política no es ética, no se dirige a la legalidad normativa, sino a la técnica social referida en cuanto tal a la legalidad causal de la conexión de fines y medios.

2.2.1. Doctrinas sobre la justificación del Estado: liberalismo, conservatismo y socialismo.

El liberalismo es una doctrina que propugna por la reducción del Estado a una expresión mínima merced de una sociedad libre. El Estado es visto como un mal necesario, por lo cual su ámbito de acción debe ser reducido, tal y como lo señala Kelsen a: “defensa de la seguridad exterior, protección de la vida y la propiedad de los miembros del Estado, en el interior; pero nada de fomentar el bienestar de los ciudadanos y, especialmente, nada de intervención estatal en la vida económica y en la cultura espiritual, pues una y otra no florecen más que con el libre juego de las fuerzas sociales” (2002, p. 50). Si el contenido del orden coactivo estatal debe ser limitado lo más posible en interés de la libertad de los individuos, la producción del Estado mismo debe corresponder al ideal de la mayor libertad posible de los ciudadanos.

La libertad no puede consistir más que en la autovinculación, en la autodeterminación de quienes han de ser jurídicamente determinados, y el orden jurídico estatal habrá de ser producido por aquellos mismos para los



cuales pretende validez obligatoria. El ideal liberal es una forma democrática de Estado, pero bajo la figura de un Gobierno representativo.

El liberalismo constituyó en su origen la teoría económica de la burguesía, la cual jugaba ya el primer papel en la economía, pero todavía no había logrado la plenitud de sus derechos políticos; pues el gobierno del Estado hallábase aún en manos del monarca y de una nobleza enlazada con él por los vínculos de una comunidad de intereses.

La acepción conservadora plantea como valor máximo no el individuo y la libertad, sino la colectividad. Esta doctrina considera que el individuo es parte constitutiva de una totalidad superior –el Estado- a cuyas funciones para con el individuo no cabe trazar límites. Desde el punto de vista de esta concepción, la relación entre el Estado y la sociedad se regula de forma que la sociedad queda absorbida por el Estado.

El conservatismo, trata de mantener mediante el orden coactivo la forma actual de las relaciones sociales, especialmente económicas, y, por tanto, aspira a conservar una diferenciación más o menos grande entre los diversos grupos o clases sociales; lo anterior, a diferencia del Socialismo que aspira al ideal de la igualdad, mediante la estatificación de la producción y una cierta regulación del consumo, de la distribución de los productos. El socialismo afirma al Estado y ve en él el instrumento técnico-social más adecuado para la realización de su ideal.



El socialismo se constituye en una fase transitoria hacia el comunismo (ideal que nunca se ha materializado), en donde sea innecesaria la figura del Estado como instrumento de dominación y se ejerza una democracia directa vía la autoadministración y la autoregulación.

2.2.2. La doctrina del fin del Estado: Fin jurídico, de poder, cultural y de libertad.

Uno de los tópicos que circulan por la Teoría general del Estado es el que tiene que ver con la realización de al menos un fin jurídico: garantizar o proteger el Derecho. Esto conlleva a la conceptualización de Estado de Derecho. Por esta razón, desde el punto de vista del positivismo jurídico, todo Estado es un Estado de Derecho, en el sentido de que todos los actos estatales son actos jurídicos, porque y en tanto que realizan un orden que ha de ser calificado de jurídico.

El tipo de Estado que realiza otros fines además del jurídico, el fin de poder o el fin de cultura, son los que dan lugar a los tipos llamados “Estado de poder” y “Estado de cultura”.

El Estado es de poder, toda vez que conlleva una relación de dominación entre gobernantes y gobernados. Esa relación puede ser omnímoda como en los Estados absolutistas, en donde el individuo es para el Estado, o, limitada como en los Estados que persiguen el Derecho y prevalece la tríada de



poderes, donde el Estado es para el individuo. Norberto Bobbio explica esto en su acepción primera como *ex parte principes*, y en la segunda, *ex parte populi*.

El fin cultural regula entre otros la actividad industrial de los ciudadanos, cuida de su salud y educación, en una palabra, persigue fines de cultura, todo eso no puede realizarse sino a condición de que sean dictadas ciertas normas jurídicas generales –un Derecho industrial, un Derecho sanitario y pedagógico, en una palabra, un Derecho cultural-, sobre la base de las cuales se realizan actos jurídicos individuales, decisiones y resoluciones de los órganos del Estado.

Y así como el fin cultural del Estado, en tanto que es el Estado quien lo persigue, no puede realizarse más que en formas jurídicas del mismo modo el fin de aquella actividad que se quiere hacer pasar como jurídica en sentido estricto y propio, el fin de la creación de normas generales de Derecho civil y penal y de su aplicación por los tribunales, no es otra cosa que lo que comúnmente se llama cultura. Lo mismo que en el caso del Derecho de la cultura, lo que constituye el fin verdadero no es el castigo o la ejecución, sino la vida, la salud, el honor, la economía, en una palabra, el bienestar de los ciudadanos que deben estar asegurados contra posibles daños.

Por último, ya sea que el Estado se encuentra limitado a un fin meramente jurídico o aquel al cual se reconoce una ilimitada finalidad de poder o de



cultura, siempre es el Estado el que hace posible la verdadera libertad. Como plantea Kelsen: “Y si se admite que la libertad no es más que la expresión de la legalidad normativa del valor o el espíritu, a diferencia y en contraposición con la legalidad causal de la realidad natural, se puede afirmar que el Estado no solo trata de realizar esta libertad, sino que él es la libertad, puesto que él es la ley jurídica” (2002, p. 72).

2.2.3. Política y Teoría general del Estado

La Teoría general del Estado no se pregunta, como la Política, si debe ser el Estado, ni porqué, ni cómo debe ser, sino qué y cómo es el Estado. La Política plantea una doctrina más compleja del Estado mejor, del verdadero y justo, distinguiéndose de la Teoría general, como doctrina del Estado posible, y de la Teoría especial del Estado, como doctrina de un Estado concreto y real; del mismo modo que la llamada Filosofía del Derecho, como doctrina del mejor Derecho, del Derecho verdadero y justo, según una concepción ya hoy corriente, distínguele de la Teoría general del Derecho, como doctrina del Derecho posible, y de la Teoría especial, como doctrina del Derecho positivo y concreto.

Una vez conocido el Estado como orden jurídico, revelase que la efectividad o realidad del Estado, en contraposición a los postulados meramente ético-políticos, constituyen la misma positividad del Derecho. El Estado *real*,



existente, es el Derecho positivo, a diferencia de la justicia, que es la exigencia de la Política.

Como lo plantea Kelsen (2002, p. 74-75), lo que constituye el contenido esencial de la Teoría general del Estado, aparte del problema sobre la esencia del mismo –y, por tanto, del Derecho-, son los problemas acerca de la validez y la producción del orden estatal: es decir, las cuestiones en torno al sentido de la validez y del orden jurídico en general, así como respecto del dominio espacial, temporal y personal de la validez, y las cuestiones acerca de los grados, de los métodos y de los órganos de producción del orden jurídico.

Los problemas de la creación del orden estatal suelen ser comprendidos bajo el concepto de *constitución*. El Concepto de Estado adopta el sentido de *constitución* bajo la visión kelseniana, es decir, de principio de creación de Derecho, cimiento de la unidad en la variedad de fenómenos jurídicos, del mismo modo la Teoría general del Estado coincide con la Teoría general de la Constitución. Junto a ella, como doctrina de las constituciones posibles, existe la Teoría especial del Estado, como doctrina de un Estado *real y concreto*, es decir, como doctrina de una constitución positiva.

Siguiendo al iusfilósofo citado, la Teoría general del Estado es teoría del Derecho positivo, desde el momento que se plantea el problema sobre la posibilidad de éste; y así como el Derecho Constitucional constituye el fundamento de todo el Derecho restante, del mismo modo la Teoría –general y



especial- del Derecho Constitucional trata de unificarse en el sistema de la Teoría del Derecho con todas las restantes teorías de cada Derecho en particular (civil, penal, administrativo, procesal, otros).

2.3. Estado y Derecho

2.3.1. El Derecho objetivo

La Teoría del Derecho político es una doctrina del Derecho objetivo. Toda la Teoría del Estado suele ser expuesta, por regla general, como doctrina de los deberes y facultades del Estado, es decir, como doctrina del Estado como sujeto de derecho, como persona. Derecho objetivo es el orden jurídico positivo.

Si el Derecho es un orden coactivo, cada norma jurídica habrá de prescribir y regular el ejercicio de la coacción. Su esencia se traduce en una proposición, en la cual se enlaza un acto coactivo, como consecuencia jurídica, a un determinado supuesto de hecho o condición. A la manera de la ley natural, hay aquí un específico enlace de dos elementos: la condición y la consecuencia. Ahora bien, la condición jurídica –el supuesto de hecho en sentido estricto- no se enlaza con el hecho de la consecuencia jurídica en el mismo sentido que se enlazan la causa y el efecto en la ley natural, sino en un sentido específicamente jurídico denominado imputación.



Los hechos mutuamente enlazados por la norma jurídica representan una conducta humana. Según el uso corriente del lenguaje, un determinado hecho se imputa al hombre contra el cual se dirige el acto coactivo (como consecuencia jurídica), subordinado a la condición de ese hecho.

En palabras de Kelsen: “El concepto jurídico de la imputación no expresa sino el enlace formal entre los hechos condicionante y condicionado, y se distingue claramente, como relación normativa, del nexo causal que se presupone existente en todo caso, dentro del hecho condicionante, entre la conducta humana y el suceso socialmente dañoso” (2002, p. 82-83). El acto coactivo de la ejecución se dirige, de ordinario, contra hombres cuya conducta no es parte constitutiva del hecho condicionante; y, en especial, contra los hombres que no han tenido culpa por acción u omisión en que se realizase el suceso condicionante de la ejecución.

2.3.2. El Derecho subjetivo

El Derecho subjetivo se define siguiendo la postura de Kelsen (2002, p. 91), o como interés jurídicamente protegido, es decir, objetivamente jurídico, protegido por normas de Derecho (teoría del interés), o como querer jurídicamente reconocido (teoría de la voluntad). En ambos casos, el acento recae sobre un momento metajurídico, obstinadamente situado más allá del Derecho, frente al cual éste no constituye sino un medio, un instrumento de protección o garantía.



Bajo la arista de la teoría del interés, se posee un derecho subjetivo aun cuando no se tenga un interés concreto en él; pues el Derecho objetivo que estatuye la devolución del préstamo recibido, poniéndolo bajo la ejecución, no hace depender la posibilidad de esta sanción del hecho de que el acreedor tenga interés en ella.

Pero, bajo el concepto de derecho subjetivo, la teoría de la voluntad comprende igualmente el hecho de que yo pueda manifestar también una voluntad a la cual el orden jurídico enlaza como consecuencia aquel efecto que uno trata de conseguir por medio de la voluntad manifestada. Por tanto, lo que aquí se declara derecho subjetivo no es un *estar jurídicamente autorizado sino un poder jurídico*.

2.3.3. El deber jurídico

Por Derecho subjetivo se entiende siempre la *facultad*; mientras que Derecho objetivo se entiende no solo como facultad del sujeto, sino también como *deber jurídico*. El derecho subjetivo adopta la forma de facultad en su sentido genuino: bajo las condiciones del acto coactivo se acepta la voluntad o, en su caso, la manifestación de voluntad (acción procesal, querrela) dirigida a la realización del acto coactivo, de una de las partes.

Para Álvarez Gálvez (2000, s.p.), Kelsen plantea que: “El derecho subjetivo no es sino la expresión de una de las condiciones estatuidas por el Derecho



objetivo (por la norma jurídica) para que se dé la consecuencia que también ese Derecho objetivo establece. El derecho subjetivo se introduce en la norma jurídica, formando parte de ella y no es sino Derecho objetivo. No existe una facultad reconocida por el Estado al individuo, no existe una pretensión subjetiva; existe solo, desde el punto de vista jurídico, norma jurídica; norma jurídica objetiva y objetivamente válida. O, dicho de otro modo, lo único que existe desde el punto de vista jurídico es Derecho”.

2.3.4. El Estado como persona jurídica

Aquí se presupone que la voluntad del Estado –en tanto que el querer jurídico es del *deber ser* del Derecho y que, por tanto, la voluntad de las otras personas constituye un orden jurídico parcial- es el orden jurídico total, el cual, personificado, constituye la voluntad colectiva o la persona colectiva compleja.

Queda así establecido que la soberanía es una cualidad del Derecho, de la voluntad del Estado, conocida como orden jurídico en su esfera específica de validez. Un Estado es soberano, siguiendo a Kelsen, “cuando el conocimiento de las normas jurídicas demuestra que el orden personificado en el Estado es un orden supremo, cuya validez no es susceptible de ulterior fundamentación; cuando, por tanto, es supuesto como orden jurídico total, no parcial” (2002, p. 119).



Frente a la dicotomía persona jurídica e individual, Kelsen plantea que solo la persona compleja del Estado, el Estado soberano, es absolutamente libre, porque es punto último de la imputación. La idea de la libertad personal no desaparece en el ámbito del Derecho; pero en el lugar de la libertad de la persona individual se instala la soberanía del Estado. El Estado es la única persona jurídica superior, en este sentido absoluto indicado.

Frente a la ineludible cuestión en torno a las relaciones entre Estado y Derecho tiene que ser resuelta en el sentido de que, por una parte, aquél es el supuesto de éste, pero, por otra parte, ha de estar sometido al mismo, es decir, ha de estar facultado y obligado por el orden jurídico lo mismo que cualquier súbdito; la Teoría del Estado, como Teoría del Derecho político, se convierte en Teoría de los derechos y deberes del Estado; mientras que el Estado se obliga y se faculta a sí propio.

Según el punto de vista antes visto, el Estado es el creador del orden jurídico; le es esencial *crear* y *tener* como *suyo* un orden jurídico, establecer el Derecho. Se ha supuesto como regla que toda acción creadora del Derecho que se quiera interpretar se reduce a un acto del Estado.

Siguiendo la teoría de la autolimitación expuesta por Kelsen (2002, p. 124), el Estado no solo crea el orden jurídico, sino que se somete voluntariamente a él, convirtiéndose de ese modo en persona jurídica, en sujeto de deberes y facultades jurídicas.



Siguiendo esta línea de pensamiento, el Estado no puede ser un poder extrajurídico, tiene que ser Derecho, pues éste no puede provenir nunca del poder, sino del Derecho. Entiéndase esto únicamente en sentido jurídico positivo, no en sentido ético iusnaturalista.

En conclusión, el Derecho es, pues, la personificación de las normas jurídicas: El Estado como persona no puede ser otra cosa que la personificación del orden jurídico.

2.4. Estado constitucional, soberanía y globalización

Para enfocarnos en la hipótesis del presente trabajo, se abordará en este apartado la paradoja Estado constitucional nacional frente al Estado global. El origen de la crisis del Estado constitucional nacional, refiere Javier Tajadura (2006, p. 228-229), puede situarse “sin dificultad, en los años setenta de la pasada centuria”. El mundo desarrollado, desde el siglo XVI hasta los años sesenta del siglo XX, se había caracterizado por una tendencia, continua e ininterrumpida, de fortalecimiento de los Estados nacionales. Este proceso tuvo lugar con independencia de las características ideológicas de los Estados, especialmente a partir del siglo XVIII. El Estado cada vez era más capaz de definir el área y la población sobre las que gobernaba, existía pues un pleno ejercicio del poder soberano; disponía de mayor información para ejercer su soberanía y actuaba de forma que pudiera desarrollar una actividad

administrativa cada vez más eficaz. Como nos recuerda el historiador británico E. Hobsbawm (2000, p. 48):



El Estado, antes que nada, asumió el monopolio de la ley, la transformó en ley del estado; luego la política se convirtió en política nacional y todas las demás formas fueron subordinadas a ella o se hicieron depender de ella. Finalmente, el estado emprendió una amplia gama de actividades: desde la posesión de un ejército –por lo menos a partir del siglo XVII- hasta gestionar las industrias y planificar la economía toda, de tal suerte que ya nada escapaba a su control.

La tendencia de los Estados a incrementar su precisión, su conocimiento, su capacidad técnica, su poder y sus ambiciones, continuó ininterrumpidamente, incluso durante el período de la política del liberalismo mercantil hasta finales de los años sesenta del siglo XX. Entonces, este proceso alcanzó su apogeo, de modo que eran muy pocas las materias que escapaban al control del Estado.

Sin embargo, a partir de los años sesenta del siglo XX esa tendencia se agotó. “No sé si se ha invertido –señala Hobsbawm- pero lo cierto es que se ha agotado el impulso que la movía. Pero entendámonos, lo que se reduce no es el poder del estado, por lo menos en teoría. Hoy en día, su capacidad de saber y controlar cuanto ocurre en su territorio es mayor que nunca” (2000, p. 50). Lo que ocurre es que aunque el Estado no haya perdido poder, si ha perdido el monopolio de los medios de coerción, ha sufrido un deterioro del



orden público, y ha visto cómo se institucionalizaba la protesta social hasta el punto de que como advierte el historiador citado “los ciudadanos están menos dispuestos a obedecer las leyes de lo que lo estaban en el pasado” (2000, p. 51).

La toma de conciencia de esta realidad, de esta crisis del Estado, lleva a Hobsbawm a formular una conclusión “una de las grandes cuestiones que se yerguen frente al siglo XXI es la interacción entre un mundo en el que existe el Estado y otro en el que no lo hay” (2000, p. 54).

Este fenómeno se ve potenciado en el actual proceso de mundialización o globalización y reforzado por la ideología neoliberal, dirigida explícitamente contra el Estado con el fin de debilitarlo y de invertir deliberadamente la tendencia histórica de que su papel en la economía fuera cada vez más importante, y, de un modo general, de debilitarlo en todas sus funciones, minorando y relativizando su poder soberano. El derrumbe comunista a finales de los años ochenta aceleró vertiginosamente ese proceso de debilitamiento del Estado y de la política. Como ha advertido el profesor Ruipérez –citado por Tajadura (2006, p. 230)-, al haber desaparecido la política de bloques, el Estado nacional ha dejado de tener sentido. En este contexto, continúa, lo que se nos propone “es abandonar aquel viejo modelo y, de manera pronta, poner (nos) a trabajar en la construcción de la llamada ‘aldea global’”, o, lo que otros autores denominan el “Estado global”. Son precisamente estos conceptos de aldea o estado global los que resultan radicalmente incompatibles con el Estado constitucional como forma histórica de convivencia y como instrumento de emancipación humana.



Hoy es difícil negar que, junto al derecho estatal, creado conforme a los principios democráticos del Estado constitucional, existe un inmenso corpus normativo producido extra muros del Estado que está integrado por numerosas reglas de dudosa condición democrática y que obedecen y responden a exigencia de la razón económica; aquí se puede ver como la globalización económica también ha relativizado el concepto de soberanía del Estado.

El Estado ha dejado de ostentar no solo el monopolio de la legislación, como producto de la globalización jurídica, sobre la cual nos adentraremos posteriormente, sino también, en cierto modo, el de la jurisdicción. El auge del procedimiento arbitral, sobre todo en la contratación internacional, y de las jurisdicciones internacionales en materia de derechos humanos son una buena prueba de ello. Y es posible como consecuencia inexorable de lo anterior, el Estado ha acabado renunciando también al monopolio de la violencia física legítima, en el cual viera Weber una de sus señas de identidad básicas. Como ejemplifica Tajadura (2006, p. 232) “en la España actual el número de guardias privados de seguridad ha superado ya al de efectivos de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado”.

Esa renuncia al monopolio de la violencia ha provocado conmociones notables en la esfera internacional. Hoy en día asistimos a guerras declaradas por los Estados a entes no estatales, las organizaciones terroristas transnacionales. Y se contempla también que la conducta de muchos Estados, aun los más poderosos, viene condicionada, e incluso determinada, en muchas ocasiones,

por los intereses de los poderes privados representados por las grandes corporaciones multinacionales. Poderes cuya influencia real en las relaciones internacionales supera ampliamente la ejercida por numerosos Estados del planeta. Es con ello como podemos ver cómo se transfigura la concepción de Estado constitucional nacional y soberano por un Estado globalizado cooptado por corporaciones multinacionales que hacen erosionar y relativizar el concepto pleno o absoluto de soberanía, punto central de la hipótesis de este trabajo.





CAPÍTULO III



3. La validez del orden estatal y sus elementos

3.1. Teoría del poder del Estado

3.1.1. El poder del Estado

El poder estatal se entiende como:

El monopolio de la fuerza legal y legítima impuesta soberanamente por la autoridad a los ciudadanos pertenecientes a una circunscripción geográfica determinada. El Estado, en tanto que estructura organizada de poder y acción, tiene como función garantizar una convivencia ordenada en forma de seguridad sin contradicciones, y, en especial, la paz y seguridad jurídica. (Cáceres Rodríguez, 2005, p. 20)

La tarea de garantizar la paz y seguridad jurídica requiere que los titulares de funciones estatales (competencia) afirmen enérgica y eficazmente el monopolio de la fuerza física contra todo acto de violencia. Cuando la creación o el ejercicio de las competencias estatales no bastan para realizar esta tarea se ve frustrada una de las necesidades fundamentales de la comunidad jurídica; el poder del Estado pierde su credibilidad y, junto con la confiabilidad del orden estatal, también se pone en juego su permanencia, como afirmaba Hobbes en *El Leviatán*, pues la tiranía irrumpe precisamente y con mayor ímpetu en el vacío de poder, atraída por la necesidad de una mano poderosa que imponga



el orden. En otras palabras: Se requiere la *aplicación enérgica del poder soberano, pero controlada, legítima y legalmente* (límites al poder sustentado del Estado de Derecho), *para cerrar el camino al tirano*. Ya lo había afirmado Rousseau, citado por Sabine (1996): “El más fuerte no lo es jamás bastante para ser siempre el amo y señor, si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia de los demás en deber” (p. 447).

Para Kelsen “el poder es la médula substancial del Estado” (2002, p. 160); basado en que no podría expresarse otra cosa sino el hecho real de que unos hombres someten a otros y les fuerzan a realizar una determinada conducta. Esta posición naturalista nos recuerda el momento aristotélico del instinto de dominación y mando.

La referencia específica a la unidad de una corporación, la imputación al Estado, solo es posible sobre la base de un orden normativo, en virtud del cual, del angosto campo de la conducta humana son seleccionados ciertos actos particulares humanos, cualificados desde un punto de vista específicamente normativo, y enlazados en esa unidad que constituye al Estado.

La función del orden jurídico es ligar a los hombres sometiendo su conducta a deberes jurídicos pero también a la garantía de sus derechos, entrelazándose así todas las conductas. Y esta es la función del orden estatal, en virtud de la cual afirma éste su validez frente a las personas.



Otra posición referente al poder del Estado es el que lo designa como *voluntad estatal*. Un poder jurídicamente cualificado. La validez normativa de este es lo que aparece como poder del Estado. Por eso, pues, constituye también, el poder del Estado el objeto más auténtico de la Teoría del Derecho político; lo cual, empero, solo es posible porque el llamado poder del Estado no es sino el Derecho del Estado, desde el momento que el objeto de una Teoría jurídica solo puede ser el Derecho.

Así aparece el orden jurídico en forma de sólidas normas generales dictadas por el mismo Estado, y como lo plantea Jellineck, que somete y regula jurídicamente al poder. Ante ello se expresa una multitud de hombres que mandan y que obedecen como comunidad, es decir, como Estado.

Otro aspecto del poder del Estado es el que lo designa como *dominación*. Si se considera que el Estado consiste, en esencia, en la sumisión de ciertos hombres bajo un poder, y en ese sentido se dice que el Estado es dominio, pueden aspirar a ese título no solo la validez normativamente obligatoria para las personas del orden estatal, o la eficacia psíquica vinculadora de los hombres, sino también un contenido específico del orden estatal.

El contenido genérico de la norma originaria que fundamenta el sistema del orden jurídico es el establecimiento de una autoridad, de una fuente del Derecho cuyas manifestaciones tienen fuerza jurídica de obligar. El Derecho,



en cuanto Derecho positivo, es en esencia una norma establecida. En conclusión, el orden estatal es un orden basado en el dominio, en el poder

El sentido del poder o dominación estatal no es el de que unos hombres estén sometidos a otros, sino el de que todos los hombres estén sometidos a las normas, si bien son hombres los que las crean, con sujeción a otras normas. En la perspectiva kelseniana, hemos visto, que el Estado es un orden jurídico, un sistema de normas de Derecho, y que, por tanto, “estar sometido al poder del Estado no significa otra cosa sino hallarse vinculado por un orden jurídico” (Kelsen: 2002, p. 165).

Un último componente es el que ve el poder del Estado como *poder coactivo*. Bajo esta arista significa que las normas del orden estatal son normas que prescriben la coacción, es decir, son normas jurídicas. La coacción no interesa aquí en su efectividad, sino como contenido de la norma. Puesto que los hombres están sometidos voluntaria o involuntariamente al orden estatal, el cual determina a sí mismo el quién, el dónde, el cuándo de la validez, se dice que son forzados a pertenecer al Estado; que pertenecen a él por la coacción, que el Estado los mantiene unidos por una mano férrea.



3.1.2. Teorías del poder

En la filosofía política el problema del poder ha sido representado bajo tres aspectos, con base en los cuales se pueden distinguir tres teorías fundamentales del poder: Sustancialista, subjetivista y relacional (Bobbio, 1996, p. 103).

Una típica interpretación sustancialista de acuerdo con Bobbio es la de Hobbes, según la cual “el poder de un hombre.... Son los medios que tiene en el presente para obtener algún aparente bien futuro” (Bobbio: 1996, p. 103). Que estos medios sean dotes naturales, como la fuerza y la inteligencia, o bien adquiridos como la riqueza, no cambia el significado específico del poder, entendido como algo que sirve para alcanzar lo que es objeto de nuestro deseo. Semejante es la muy conocida definición de Bertrand Russell de acuerdo con la cual el poder consiste en la *producción de los efectos deseados* y cuanto tal puede adoptar tres formas: poder físico y constrictivo, que tiene su expresión concreta más visible en el poder militar; psicológico, con base en amenazas de castigos o promesas de recompensa, en el que consiste principalmente el dominio económico y mental, aquel que se ejerce mediante la persuasión o la disuasión, y tiene su forma elemental y presente en todas las sociedades mediante la educación.

Una típica interpretación subjetivista del poder –siguiendo a Bobbio- es la expuesta por Locke, quien por poder no entiende la cosa que sirve a alcanzar



el objetivo sino la *capacidad del sujeto de obtener ciertos efectos*, por lo que se dice que el fuego tiene el poder de fundir los metales, de la misma manera que el soberano tiene el poder de hacer leyes y al hacerlas influye en la conducta de sus súbditos. Ésta forma de entender el poder es la que adoptan los juristas para definir el derecho subjetivo: que un sujeto tenga un derecho subjetivo quiere decir que el ordenamiento jurídico le atribuyó el poder de obtener ciertos efectos.

La interpretación más utilizada, en palabras de Bobbio, en el discurso político contemporáneo es la tercera, que se refiere al concepto relacional del poder y para la cual por poder se debe entender una relación entre dos sujetos de los cuales el primero obtiene del segundo un comportamiento que éste de otra manera no habría realizado. La más conocida y sintética de las definiciones relacionales es la de Robert Dahl –citado por Bobbio–: “La influencia (concepto más amplio que abarca al de poder) es una relación entre actores, en la que uno de ellos induce a los otros a actuar de un modo en el que no lo harían de otra manera” (1996, p. 104). En cuanto relación entre dos sujetos, el poder así definido está estrechamente ligado al concepto de libertad, de manera que los dos conceptos pueden ser definidos uno mediante la negación de otro de la siguiente forma: El poder de A implica la no-libertad de B; la libertad de A implica el no-poder de B.



3.1.3. Formas de poder

Desde la filosofía antigua en los escritos de Aristóteles se distinguen tres tipos de poder con base en el criterio de la esfera en la que se ejerce: el poder del padre sobre el hijo, del amo sobre el esclavo, del gobernante sobre los gobernados. Aristóteles agrega que los tres tipos de poder también se pueden distinguir con base en el diferente sujeto que se beneficia del ejercicio del poder: el poder paternal es ejercido en interés de los hijos, el patronal o despótico en interés del amo, el político en interés de quien gobierna y de quien es gobernado. Esto se transfigura en lo siguiente: El gobierno paternal o patriarcal en que el soberano se comporta con los súbditos como un padre, y los súbditos son tratados como menores de edad, cuya crítica fuerte de esto lo hizo Locke al señalar las desventajas del gobierno despótico; en el gobierno despótico el soberano trata a los súbditos como esclavos a los que no se les reconocen derechos de ninguna especie; el poder político o civil es el que se funda en el consenso manifiesto y tácito de quienes son sus destinatarios y establece una relación entre gobernantes y gobernados.

En las formas de poder existe una trilogía clásica: el poder económico, el ideológico y el político. El poder económico es el que se vale de la posesión de ciertos bienes, necesarios o considerados como tal, en una situación de escasez, para inducir a quienes no los poseen a adoptar una cierta conducta que consiste principalmente en la realización de un trabajo útil. En la posesión de los medios de producción reside una enorme fuente de poder de parte de



quienes los poseen frente a los que no los poseen, precisamente en el sentido específico de capacidad de determinar el comportamiento ajeno. En cualquier sociedad donde existen propietarios y no propietarios, el poder del propietario deriva de la posibilidad que la posesión exclusiva de un bien le da de obtener que el no propietario trabaje para él bajo las condiciones que él imponga.

El poder ideológico es el que se sirve de la posesión de ciertas formas de saber, doctrinas, conocimientos, incluso solamente de información, o de códigos de conducta para ejercer influencia en el comportamiento ajeno e inducir a los miembros del grupo a realizar o dejar de realizar una acción. De este tipo de condicionamiento deriva la importancia social de quienes saben, los sacerdotes en las sociedades tradicionales, los literatos, los científicos, los técnicos, los llamados “intelectuales”, en las sociedad secularizadas, porque mediante los conocimientos que ellos difunden o los valores que predicar e inculcan se realiza el proceso de socialización del que todo grupo social tiene necesidad para permanecer unido.

El poder político es el que se basa en el monopolio legítimo y legal de la fuerza. En Hobbes, el poder por excelencia es el poder político, el cual, legitimado para ello por una delegación específica de individuos aislado y atemorizados, impulsados por la necesidad de salir del estado de naturaleza, controla lo mismo el poder espiritual que el poder económico. Hobbes es uno

de los exponentes del Estado moderno, es decir, del Estado cuya formación es acompañada por la persistente idea de la primacía de la política.



Con la idea de la politicidad del Estado aparece la doctrina de la razón del Estado, propia del Estado moderno. Bajo esta concepción de la primacía de la política corresponde la doctrina de la necesaria inmoralidad o amoralidad de la acción política que debe contemplar su objetivo propio, esto es algo que destaca de las teorías de Maquiavelo –según Bobbio (1996, p. 115)-, primacía que se refleja en la figura del príncipe con respecto al cual los medios de los que se sirve para vencer y conquistar el Estado, siempre son, cualesquiera que ellos sean, juzgados honorables y loados por cada cual.

3.1.4. Fundamento del poder

El problema de la justificación del poder nace de la pregunta ¿Admitiendo que el poder político sea el poder que dispone del uso exclusivo de la fuerza en un determinado grupo social, es suficiente la fuerza para hacerlo aceptar por aquellas personas sobre las cuales se ejerce, para persuadir a sus destinatarios a obedecerlo?

La filosofía política clásica, que, como se ha dicho considera que su tarea es plantearse el problema del fundamento del poder, se ha inclinado a negar que un poder únicamente fuerte, independientemente del hecho de que sea capaz de durar, pueda ser justificado. De aquí la distinción ya no analítica sino



axiológica entre poder legítimo y poder ilegítimo, con base en el argumento ritual: ¿Si nos limitamos a fundar el poder exclusivamente en la fuerza como se logra distinguir el poder político del de una banda de ladrones?

Este problema –según Bobbio- fue presentado de manera contundente por San Agustín en el famoso fragmento sobre el cual se han vertido una infinidad de comentarios “¿Sin la justicia qué serían en realidad los reinos si no bandas de ladrones?, ¿y qué son las bandas de ladrones sino pequeños reinos” (Bobbio, 1996, p. 118). Fragmento seguido por el también célebre intercambio de palabras entre Alejandro y el pirata –citado por Bobbio-:

Preguntándole este rey qué le parecía cómo tenía inquieto y perturbado el mar, con arrogante libertad le dijo: por el mismo motivo por el que tú infestas la tierra; más porque yo lo hago con un pequeño bajel me llaman corsario, y a ti, porque lo hace con un gran ejército, te llaman emperador. (1996, p.118)

Dos de los más famosos libros de teoría política, la *República* de Platón y el *Contrato Social* de Rousseau, comienzan con un debate sobre la relación entre la justicia y la fuerza, en el que se rechaza la tesis del derecho del más fuerte. También Rousseau –citado por Bobbio- recurre al ejemplo del bandido: “Si un bandido me sorprende en un bosque, estaré, no solamente por la fuerza, sino aun pudiendo evitarlo, obligado en conciencia a entregarle mi bolsa? Porque en fin, también la pistola que él tiene es un poder.” (1996, p. 119).



El mismo Hobbes afirma que por la seguridad de los súbditos, que es el fin superior del Estado, y en consecuencia de las instituciones del poder político, es necesario que alguien, no importa si sea una persona física o una asamblea detente legítimamente en el Estado el poder supremo. Por lo demás, precisamente con base en esta atribución de un carácter ético o jurídico, durante siglos se ha hecho la distinción entre poder político bueno y poder político malo, entre rey y tirano.

La consideración recurrente según la cual el poder supremo, que es el poder político, debe tener una justificación ética (o lo que es lo mismo un fundamento jurídico) ha dado lugar a la variada formulación de principios de legitimidad, o sea, de las diversas maneras bajo las cuales se ha buscado dar una razón, en referencia a quien detenta el poder, de mandar, y a quien lo sufre, de obedecer; lo que Gaetano Mosca –citado por Bobbio- llamó con una expresión afortunada la *fórmula política*, explicando que:

En todas las sociedades discretamente numerosas y llegadas a un cierto grado de cultura hasta ahora ha sucedido, que la clase política no justifica exclusivamente su poder únicamente con la posesión de hecho, sino que busca dar una base moral y legal, haciéndolo emanar como consecuencia necesaria de doctrinas y creencias generalmente reconocidas y aceptadas en la sociedad que esa clase política dirige. (1996, p. 120)



3.2. Elementos del Estado

3.2.1. La soberanía como característica esencial del Estado

Jean Bodin consideró que la soberanía era el atributo esencial del poder del Estado, cuando afirmaba –según Cáceres Rodríguez- que la “República es un recto gobierno de varias familias y de lo que les es común, con poder soberano” (2011, p. 21); dando una formulación jurídica a este poder soberano.

La doctrina de la soberanía en la época absolutista atribuyó este concepto a la persona del gobernante. El monarca y el Estado eran contrapuestos como sujeto y objeto del poder, o bien, se identificaba al gobernante con el Estado, tal y como lo adujo Luis XIV con la frase *L'état o'est moi: El Estado soy yo*. La soberanía en un estado democrático no tiene cabida en esta acepción.

En la democracia la soberanía debe atribuirse al Estado como unidad de poder y acción jurídicamente organizada o también como *persona jurídica*. La unidad del poder del Estado significa que en el territorio de éste no existen facultades soberanas de regulación independientes de él. Cuando en el territorio estatal los órganos de instituciones diversas a las del Estado mismo (por ejemplo un municipio y otros entes autónomos) ejercen competencias soberanas, éstas les han sido atribuidas por los órganos del Estado y se hallan bajo el poder de disposición de éstos (recaltar la potestad legislativa, como la creadora, modificadora de los entes relacionados).



La soberanía reside en el pueblo, como criterio democrático fundamental que rige el verdadero acto de poder estatal, como única fuente de legitimación del Derecho y de la administración. La Constitución y demás normas jurídicas deben distribuir entre diversos órganos del Estado las funciones de legislación, administración y jurisdicción (principio de división de poderes). Aun así, los diversos poderes no deben comprenderse aisladamente, sino como factores que se coordinan jurídica y funcionalmente: el poder ejecutivo y la jurisdicción están vinculados a las leyes. La supremacía de la ley impide las contradicciones entre las normas generales y las decisiones particulares.

La soberanía –como ya se advirtió- debe entenderse como el poder estatal, es decir, el monopolio de la fuerza legal y legítima impuesta soberanamente por la autoridad a los ciudadanos pertenecientes a una circunscripción geográfica determinada. El Estado, en tanto que estructura organizada de poder y acción, tiene como función garantizar una convivencia ordenada en forma segura sin contradicciones, y en especial, la paz y seguridad jurídica.

3.2.2. El ámbito espacial de validez del orden estatal (territorio del Estado)

El territorio se refiere al espacio dentro del cual se pueden ejercer las facultades de regulación sobre una asociación determinada de individuos. El Estado moderno es una *corporación territorial*. El principio territorial significa



que un territorio delimitado constituye la base de la unidad de la asociación de dominación.

Con la formación progresiva del principio de territorialidad, el extranjero que permanece en el territorio se equipara jurídicamente, cada vez más, a los súbditos de la asociación de dominación, lo cual no impide que el Derecho interno mismo (sobre el terreno del principio de territorialidad) haga una distinción entre nacionales y no nacionales. En la teoría del Estado el concepto de soberanía deviene en el fundamento de la idea de la inviolabilidad del territorio de dominación. Así Hobbes aduce: “todo el que entra en los dominios de otro queda sujeto a todas las leyes de ese territorio”; y Pufendorf, señala –citados por Zippelius- que “quien se encuentra en el territorio de un Estado, se somete tácitamente a su poder y renuncia a su libertad natural” (1998, p. 81).

La importancia del territorio como ámbito de dominación específicamente soberana radica en su aspecto positivo y otro negativo. Positivamente, significa que todo el que se encuentre en el territorio estatal, está sujeto al poder del Estado. Negativamente, implica que no puede ejercerse, dentro del territorio estatal, autoridad soberana alguna que no se derive del poder de regulación del propio Estado.



3.2.3. El ámbito personal de la validez del orden estatal (población)

Población es un derivativo del concepto latín *populus* que en la Antigua Roma designaba al *populus romanus* (Kelsen, 2002, p. 124). En el Derecho romano era básico este concepto pues solo a través del entendimiento del mismo era que cobraba eficacia jurídica el *ius civile* o derecho aplicable a los ciudadanos romanos.

Población está referida al conjunto de individuos dentro de la jurisdicción estatal y constituye el elemento constitutivo y jurídico del Estado. La población como elemento del Estado es el conjunto de personas sometidas al poder estatal. El poder estatal implica siempre dominación sobre un conjunto determinado de personas. En el Estado territorial es dominación del pueblo que habita su territorio. Jellineck describió la coordinación recíproca entre el poder y el pueblo del Estado: Considerado más de cerca, se ve cómo todo el poder del Estado descansa en la obediencia de los súbditos; toda su actividad es obediencia transformada. De esa misma forma, Heller –citado por Zippelius- establece la dialéctica entre poder de dominación y la obediencia de los súbditos:

El que las varias actividades de los súbditos vengan finalmente a dar una unidad de acción, se explica porque esas actividades acumuladas son actualizadas unitariamente por un gobernante. Pero el que éste a su vez posea el poder, solo se explica por las actividades de los súbditos. La acción objetiva del poder estatal no puede ser atribuida ni a los súbditos



exclusivamente, ni a un gobernante dominante, así se trata del dictador más absoluto. Siempre deberá aquella su nacimiento y permanencia a la cooperación de ambos. (1998, p. 69)

En sentido sociológico existe la denominación de *pueblo*, que es el conjunto de seres humanos que se sabe están unidos por un sentimiento de pertenencia nacional, fundado, por su parte en una pluralidad de factores, como la afinidad racial, la comunidad de cultura –en especial el idioma y la religión- y la comunidad de destino político.

3.2.4. El ámbito temporal de la validez del orden estatal

Según Kelsen es característico el hecho de que la doctrina dominante ha incluido el concepto de espacio entre los elementos del Estado, pero no el “tiempo” a pesar de que éste pertenece con el mismo derecho que aquél orden jurídico estatal. Si se considera al Estado como una realidad natural, esa realidad ha de existir no solo en el espacio sino también en el tiempo (Kelsen, 2002, p. 194).

En las antiguas teorías políticas se encuentra citada entre las propiedades del Estado la *perpetuidad* con lo cual se daba una analogía entre la persona del Estado y la de un Dios único. Investido el Rey del poder divino, se entendía que la fuerza del Estado era ilimitada y permanente.



Aunque en la actualidad todavía es de aplicación el principio de perpetuidad estatal, pues los compromisos políticos y jurídicos (diplomáticos, internacionales, nacionales) asumidos por los gobernantes, en el ejercicio de la Jefatura de Estado son permanentes, aunque las administraciones gubernamentales –por su estancia temporal- ineludiblemente tengan que cambiar. Un ejemplo de ello lo constituyen los diversos Convenios y Tratados Internacionales asumidos por los Estados, de los cuales los gobiernos no pueden obviar su aplicación en virtud de que no hayan sido suscritos o ratificados por los mismos.

Sin embargo, como lo deduce Kelsen, en la actualidad, el Derecho internacional contiene normas positivas que determinan en qué momento debe considerarse nacido un nuevo Estado o desaparecido uno antiguo. En otras palabras, el Derecho internacional circunscribe el hecho con el cual comienza la validez de un orden jurídico estatal nuevo, y aquel otro con el cual termina esa validez. Prescindiendo del origen y desaparición de un Estado mediante un Tratado internacional, tenemos el caso de la revolución triunfante, reconocida por el Derecho internacional como condición del nacimiento de un nuevo Estado y de la desaparición de uno antiguo. Así, pues, al *orden jurídico estatal se le marcan un principio y un fin en el tiempo*, lo mismo que a las sociedades, asociaciones, cooperativas, corporaciones, etc.



3.2.5. El orden jurídico (legislación y jurisdicción)

El Estado como tal se organiza y coordina mediante un orden normativo eficaz.

En una comunidad, la conducta se orienta por normas, representaciones socioéticas. Las relaciones de la vida social son reguladas, en buena medida, por las normas de la costumbre, de la moral social, además de las normas del Derecho.

Las normas del Derecho garantizadas por el Estado se diferencian de las normas sociales, ante todo, por su eficacia específica, a saber, por la técnica de aplicación coactiva del Derecho. Interesa para el estudio del Estado, que estas normas se reúnan en un cuerpo único, que dé vida formal a la organización y estructura del poder estatal, y sobre el cual se desarrolle la legislación derivada o secundaria que da coherencia y aplicación efectiva a la norma fundamental. Todo ello es abordado por el Derecho Constitucional.

El cumplimiento de las normas *extra-jurídicas* se da mediante la presión social, el infractor corre el riesgo de ser aislado en la sociedad y, ocasionalmente, en los negocios. En cambio, la obediencia a las normas jurídicas es forzada en un procedimiento de aplicación, jurídicamente organizado, por procedimiento de aplicación, jurídicamente organizado, por ejemplo, conforme los preceptos de los códigos procesal penal y civil. Los deberes jurídicos deben cumplirse en ese *procedimiento coactivo*. De este modo el orden jurídico forma un sistema encadenado de regulación, jurisdicción y control administrativo.



3.3. Fines del Estado

La finalidad del Estado mantiene una estrecha relación con la ideología política imperante en una sociedad históricamente determinada. Así se pueden plantear tres postulados finales, relacionados con tres modelos clásicos de filosofía política:

3.3.1. Ideología liberal: Tiene como fin primordial el bienestar individual, y por ende el garantizar la vida, la libertad y sobre todo la propiedad privada de los habitantes. Esta concepción nació con el surgimiento del Estado moderno a fines del siglo XVIII en Francia, pero primordialmente en Estados Unidos e Inglaterra.

3.3.2. Ideología social liberal o social demócrata: Esta establece como fin primordial el bien común. Estipula la garantía de los derechos individuales, pero también los derechos sociales. Este pensamiento se vio influenciado por las doctrinas aristotélicas, tomistas, de donde se desprende también el social cristianismo, que establecen un modelo pluralista y democrático representativo. A inicios del siglo XX existieron varios movimientos que estaban imbuidos del ideal del Estado Social, entre ellos el de México en 1910, el de Alemania en 1919 y el de Guatemala en 1944. La actual Constitución Política de Guatemala establece como fin del Estado el bien común (Artículo 1) y tiene como postulados filosóficos y políticos la doctrina social liberal del Estado



3.3.3. Ideología socialista: Establece como fin del Estado el bienestar colectivo o general, a través de la intervención total del Estado en la economía. Esta ideología fue influenciada por las teorías de Marx y Engels. Esta doctrina fue retomada por Lenin, quien le dio vida política a inicios del siglo XX, a través de la revolución bolchevique de 1917. Otros movimientos socialistas y comunistas surgieron después de esa trascendente revolución, como los movimientos en la China de Mao Tse Tsung en 1949, la revolución martiniana marxista en Cuba en 1959, liderada por Fidel y Raúl Castro, Ernesto Guevara y Camilo Cienfuegos.

3.4. La soberanía como elemento relativizado del poder estatal

Uno de los aspectos que debemos seguir investigando dentro de la validez estatal y sus elementos que se relacionan con la hipótesis de trabajo presentada en esta investigación, es la de evaluar los procesos económicos que surgen a partir de la globalización y como está ha hecho mella en los fueros internos del Estado, especialmente en cuanto a la adopción de medidas arancelarias, adecuación de su legislación interna a temas laborales y medio ambientales, y al establecimiento de políticas económicas que se apartan de la gestión social del Estado. Hoy los Estados se ven debilitados en su poder frente a la imposición de medidas económicas por parte de organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial que han recetado los famosos programas de ajuste estructural y reducción del gasto público con lo que los Estados se han visto debilitados en su quehacer

social y no han cumplido con uno de los fines económicos sociales consagrados en sus leyes fundamentales, como lo es la justicia social para el caso guatemalteco.



También debemos tener en cuenta en este apartado de relativización del concepto de soberanía, el estudio de la globalización jurídica, sobre todo a partir de la aprobación y ratificación de tratados internacionales, del establecimiento de jurisdicciones internacionales que imponen medidas en los ámbitos de seguridad y justicia de los Estados, que incluso exigen la adecuación de su legislación interna a estándares internacionales una vez son aceptados y ratificados por los Estados, relativizando así el concepto pleno de soberanía estatal, que invocaba la autoridad suprema de los Estados sobre su territorio, y que hoy se ve permeada por resoluciones de tribunales internacionales –particularmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que exigen cambios administrativos, jurisdiccionales y legislativos al Estado.

Y por último, se debe apostar por un análisis sobre la globalización política, que se desnuda a lo interior de los Estados con la presencia de las potencias mundiales a través de la llamada “comunidad internacional” y sus fuentes de cooperación, los cuales exigen medidas e intervienen en asuntos internos del Estado, como se puede apreciar en la gestión de la Comisión Internacional contra la Impunidad y en los alcances del Plan de la Alianza para la

Prosperidad, que se verá ejemplificado en el último capítulo del presente trabajo.



CAPÍTULO IV



4. Estado y Constitución

4.1. Estado, Derecho y Derecho Constitucional

4.1.1. Estado

Con relación al tópico de Teoría del Estado, asumiéndolo como un concepto secularizado y puramente político de la razón de Estado, se puede afirmar, que este concepto denota “lo que es de utilidad para el poder político, para la autoconservación y el crecimiento del Estado como institución.” (Zippelius: 1998, p. 5).

En otra aseveración se configura la teoría del Estado, la construcción de la “realidad del Estado”, con la visión de Kelsen como un “sistema puro de normas” (1988, p. 9). Estado aquí se asemeja a ordenamiento jurídico.

Desde un punto de vista socio-jurídico la Teoría del Estado tiene como objeto en sí mismo al Estado, que es “la máxima organización jurídica y política de un grupo de individuos sobre un territorio en virtud de un poder o facultad de mando (soberanía).” (Cáceres Rodríguez: 2005, 15).



El Estado se crea, bajo la visión marxista, como producto de la necesidad de dominación de una clase por otra, en razón de la existencia de la propiedad privada, la división del trabajo y de clases sociales.

La Teoría del Estado nace y se crea de una lógica teórica, y como lo expone Pooper, citado por Zippelius (1998, p. 11), creamos teorías para “apresar aquellos que llamamos ‘el mundo’”, para racionalizarlo, explicarlo y dominarlo. En ese sentido la Teoría del Estado pasa por un momento de la doctrina de la razón hasta su aplicación pragmática que es a través de la ciencia del poder.

La teoría del Estado sirve para dar explicación y fundamento al origen y esencia del Estado que puede ser según Bobbio: naturalista, contractualista o materialista.

4.1.2. Derecho

Para Kelsen, Derecho “es un orden de la conducta humana. Un ‘orden’ es un conjunto de normas” (1988, p. 3).

Una definición política de Derecho se hace “coincidir con un ideal específico de justicia, a saber, el de la democracia y el liberalismo”. (Kelsen: 1998, p. 5)



Otra noción que hace vincular al Derecho con Justicia, establece que Derecho es un orden socialmente justo, lo que significa que ese orden regula la conducta de los hombres de forma satisfactoria. (Kelsen: 1988, p. 6).

El Derecho, para la teoría marxista, se crea como una superestructura de dominación de una clase sobre otra. En esta arista, el Derecho sirve como instrumento de voluntad de la clase dominante erigida en ley.

El Derecho se crea para hacer valer un orden social y justo, de acuerdo con Kelsen, “justo” es que una regla general sea efectivamente aplicada en aquellos casos en que, de acuerdo con su contenido, debe aplicarse.

El Derecho se crea dónde existe todo orden social, pues es función de toda sociedad provocar cierta conducta recíproca de los seres humanos: “hacer que se abstengan de determinados actos que por alguna razón se consideran perjudiciales a la sociedad, y que realicen otros que por alguna razón repútanse útiles a la misma.” (Kelsen: 1988, p. 17)

En la teoría marxista el Derecho se crea cuándo surge la propiedad privada, la división de clases sociales, lo que justifica la existencia del Estado, y éste le es menester un aparato coactivo de dominación social.



4.1.3. Derecho Constitucional

Pereira-Orozco (2013, p. 1), citando a Ramella, indica que el Derecho Constitucional es “la rama del Derecho Público que estudia la organización del Estado y su funcionamiento”.

Otra definición nos dice que es “la rama del Derecho Público que tiene por objeto la organización del Estado y sus Poderes, la declaración de los derechos y deberes individuales y colectivos, y las instituciones que los garantizan.” (Osorio, Manuel: 1981, p. 232)

Por último, otros autores lo consideran el conjunto de normas jurídicas que organizan el Estado, determinan los principios a los que debe ajustarse su funcionamiento y señalan las garantías y derechos de que están asistidos todos los miembros de la comunidad política.

Para Pérez De León –citado por Pereira-Orozco- el Derecho Constitucional se crea en virtud de dos principios que informan, justifican y fundamentan la existencia de todo orden constitucional: “El de la libertad que gozan los particulares y el de autoridad del que están investidos los gobernantes”.

El Derecho Constitucional se crea porqué toda sociedad organizada –desde la perspectiva política- necesita y además presupone la existencia y el ejercicio de poder.



En este sentido, el Derecho Constitucional sirve para estudiar las garantías fundamentales y los límites al poder del Estado.

El Derecho Constitucional se crea en los lugares donde por vez primera se establecieron los derechos de la persona humana *prima facie* caracterizado en su noción individual y se crearon instrumentos de poder ciudadano para limitar el poder estatal. Esto se suscitó a fines del siglo XVIII acaeciéndose principalmente en Inglaterra, Estados Unidos y Francia.

4.2. Teoría de la Constitución

4.2.1. Concepto de Constitución

Modernamente, Jellinek –citado por Naranjo Mesa (1997, p. 318)- hace coincidir “la Constitución con el principio de ordenación conforme al cual el Estado se constituye y desarrolla su actividad”. En ese mismo orden Naranjo, indica que la idea hegeliana refiere este concepto a la idea de un código superlegal que ordena coercitivamente la composición y las tendencias de desarrollo de la estructura dominante de poder, o sea a la organización del Estado y al progreso de su vida, la que depende del modo y formación de la conciencia que tenga el pueblo de sí mismo; “(...) una Constitución es la obra de los siglos, es la idea y la conciencia de lo racional, pero solo al punto en que está desarrollado un pueblo”.



Para Kelsen –citado por Naranjo Mesa (1997, p. 319)- “la Constitución es la norma que regula la creación de las demás normas jurídicas esenciales del Estado, determina los órganos que legislan y los procedimientos para hacerlo, y que además establece las relaciones básicas entre los asociados y las formas de aplicación del derecho, esto es, que contiene una superlegalidad”.

Para Rudolf Smend la Constitución es:

La ordenación jurídica del Estado, mejor dicho, de la dinámica vital en la que se desarrolla la vida del Estado, es decir de su proceso de integración. La finalidad de este proceso es la perpetua reimplantación de la realidad total del Estado: Y la Constitución es la plasmación legal o normativa de aspectos determinados de este proceso. (1985, p. 132)

Siguiendo la obra de Naranjo Mesa, quien cita a Eduardo Couture, éste insigne maestro define la Constitución como cuerpo de normas jurídicas fundamentales del Estado, relativas a la institución, organización, competencia y funcionamiento de las autoridades públicas, a los deberes, derechos y garantías de los individuos y al aseguramiento del orden jurídico que en ellas se establece.

Por último, Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, indica: Una Constitución auténtica “muestra la voluntad de regirse un pueblo como Estado de derecho y su vocación de aceptar normas condignas con la cultura, la libertad y el deber social de los tiempos”. (1989, p. 316).



En conclusión, la Constitución es la norma fundamental o suprema de un país, que rige en un territorio determinado estableciendo los límites internos y externos de un poder determinado, reconoce los derechos fundamentales de los ciudadanos y establece las estructuras de poder, adicionando sus mecanismos de defensa y la posibilidad de su reforma.

Así el pensamiento liberal clásico consagrado en el Artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, traduce lo siguiente: “Una sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes determinada, carece de Constitución”.

4.2.2. Constitución en sentido material y en sentido formal

La palabra Constitución –siguiendo a Naranjo Mesa- puede tener dos sentidos, según se tome en consideración el aspecto puramente normativo, o sea las reglas de derecho que ella contiene, o se refiera a las formalidades que revisten la elaboración y la modificación de esas mismas reglas. En el primer caso se habla de definición material de Constitución o de Constitución en sentido material; en el segundo se habla de definición formal o de Constitución en sentido formal.

En sentido material, siguiendo a Jeanneau (1972, p. 103), por Constitución puede entenderse, en términos generales, “el conjunto de reglas fundamentales relativas a la organización y a la actividad del Estado”. Lo que



se toma en consideración aquí es, como atrás se señaló, el contenido de la materia misma de la Constitución. Esta definición tiene, como dice Jeanneau, el mérito de la lógica y la ventaja de comprender el conjunto de la legalidad objetivamente constitucional. Pero al parecer de Naranjo Mesa (1997, p. 322), tiene el inconveniente de una cierta imprecisión, puesto que la Constitución, dentro de este contexto, no comprendería sino las reglas fundamentales del Estado, cuyos límites no son siempre fáciles de precisar. De acuerdo con esta definición serían reglas constitucionales, por ejemplo, las que terminan la forma que ha de revestir el Estado, el sistema de gobierno que lo regirá, los órganos del poder público, su conformación y funciones principales y los derechos civiles y políticos de los ciudadanos.

En sentido formal, explica Naranjo Mesa, que puede entenderse por Constitución:

El documento que reglamenta el funcionamiento de las instituciones políticas, cuya elaboración o modificación no puede hacerse sino mediante el cumplimiento de ciertas formalidades especiales y a través de un procedimiento diferente al establecido por las demás reglas de derecho. Lo que interesa aquí es la forma y no el contenido de la regla jurídica". (1997, p. 322).

A esta segunda definición se le atribuye la ventaja de la precisión: la Constitución no comprendería sino las reglas promulgadas según un procedimiento particular y por una autoridad especial, lo cual facilita su



determinación. Pero, al contrario de la anterior definición, se le apunta el defecto de no comprender necesariamente el conjunto de reglas esenciales relativas al funcionamiento del Estado, de tal suerte que no todo el Derecho Constitucional, en sentido material, estará necesariamente incluido en la Constitución formal.

En síntesis, estas dos definiciones pueden coincidir por cuanto generalmente consagran en textos escritos, las reglas fundamentales de la organización del Estado, con lo cual se aplicará tanto el criterio material como el formal.

4.2.3. Clasificación de las constituciones

Siguiendo las variedades que explica Naranjo Mesa (1997, p. 323), como consecuencia de la distinción entre las definiciones material y formal de Constitución, resulta que esta puede revestir modalidades diferentes. En efecto, una Constitución puede ser rígida o flexible, escrita o consuetudinaria, originaria o derivada, programática o utilitaria, normativa, nominal o semántica.

4.2.3.1. Constitución rígida y Constitución flexible

Naranjo Mesa (1997, p. 323) sigue este criterio de distinción tomando en cuenta lo planteado por el jurista norteamericano J. Bryce, en su ensayo *Constituciones flexibles y rígidas* (1901).



Se le denomina Constitución rígida o firme, aquella cuyas disposiciones solamente pueden ser modificadas mediante procedimientos especiales y con la intervención de un órgano calificado para tal efecto. Esta variedad solo puede darse dentro del contexto de la Constitución en sentido formal. De ella surge una distinción entre el poder legislativo ordinario y el poder constituyente derivado o de revisión constitucional. La rigidez puede también provenir de una cláusula que prohíba una revisión de la Constitución por un período de tiempo determinado. La rigidez constitucional ofrece una variada gama de matices, según que el procedimiento sea más o menos complicado. Naranjo Mesa indica que en países como Suiza o Estados Unidos el procedimiento suele ser bastante complejo, mientras que en Noruega o Finlandia apenas resulta un tanto agravado respecto al proceso legislativo ordinario.

Como sabemos en Guatemala, el sistema es rígido en cuanto a la posibilidad de reforma por parte de una Asamblea Nacional Constituyente, pero existe una segunda forma que también posee un proceso complejo que es la aprobación de la reforma constitucional por la mayoría calificada del Congreso de la República pero que necesita ser aprobada mediante referéndum para su vigencia final.

Se llama Constitución flexible o elástica, aquella cuya modificación sigue el mismo procedimiento establecido para la reforma de las leyes ordinarias. Naranjo Mesa cita como ejemplo de estas la de Gran Bretaña, por cuanto las reglas constitucionales pueden allí ser modificadas por el Parlamento a través

de una ley ordinaria, o por los jueces a través de una nueva jurisprudencia, o por el establecimiento de costumbres contrarias a la regla.



4.2.3.2. Constitución escrita y Constitución consuetudinaria

La Constitución escrita nos explica Naranjo Mesa (1997, p. 324) es “aquella en la cual las reglas relativas a la organización del Estado están contenidas en un texto o documento, que se considera como ley fundamental”. Pero no es tanto la escritura lo que caracteriza a la Constitución escrita, como la circunstancia de estar escrita en un cuerpo único, en un documento unitario, como dice Heller. El tipo de la Constitución escrita no es por eso, advierte Bidart Campos (1968, p. 115), el de los Estados que tienen leyes constitucionales escritas pero dispersas en varios textos, sino el de los que poseen un código constitucional único. Pero hay que agregar que ese documento o código constitucional único, debe ser adoptado formalmente, a través de los procedimientos especiales previstos para el efecto. Es en esto en lo que radica, en última instancia, la diferencia con las llamadas constituciones consuetudinarias. La primera Constitución escrita de los tiempos modernos fue la de Filadelfia de 1787, de carácter nacional, y posteriormente la francesa de 1791.

Siguiendo a Naranjo Mesa nos dice que existe Constitución consuetudinaria cuando los principios de organización del Estado resultan de práctica o de tradiciones consagradas por el uso a lo largo de los años, a las cuales se



otorga fuerza jurídica. Pero la existencia de Constitución consuetudinaria no excluye el hecho de que al lado de los usos o costumbres considerados con fuerza jurídica, existan documentos que consagren por escrito ciertos principios esenciales en la organización del Estado. Por ejemplo, en Gran Bretaña, donde el sistema jurídico constitucional reviste el carácter de consuetudinario, ciertos documentos escritos han servido para trazar lineamientos esenciales en la organización del Estado. Entre estos se destacan la Carta Magna de 1215, la Petición de Derechos de 1628, el Bill of Rights de 1689, el Acta de Establecimiento de 1701, los tratados de unión con Escocia de 1707 y con Irlanda de 1800, entre otros.

El caso guatemalteco es de Constitución escrita, toda vez que consta en un código único promulgado por la Asamblea Nacional Constituyente el 31 de mayo de 1985.

4.2.3.3. Constitución originaria y Constitución derivada

Explica Naranjo Mesa (1997, p. 325) que por Constitución originaria puede entenderse aquella que contiene principios nuevos, verdaderamente originales, para la organización política de un Estado. Es una Constitución creadora en cuanto establece pautas y sistemas de organización y principios filosóficos para la vida estatal que anteriormente no habían sido consagrados en un documento constitucional.



Para Loewenstein, la Constitución derivada en cambio “se entiende aquel tipo de Constitución que sigue fundamentalmente los modelos constitucionales nacionales o extranjeros, llevando a cabo tan solo una adaptación a las necesidades nacionales”. (1970, p. 209).

Naranjo Mesa con respecto a esta clasificación indica que clasificar una Constitución de originaria o de derivada implica un juicio de valor muy subjetivo. Muchos consideran, por ejemplo, que las constituciones de los países hispanoamericanos, promulgadas después de su independencia de España, fueron básicamente inspiradas, de la Constitución de los Estados Unidos de 1787; por tanto, aquellas serían del tipo de las derivadas, en tanto que esta sería originaria. Aunque hace la aclaración que las Constituciones jamás se copian, puesto que cada una debe amoldarse a las circunstancias históricas, políticas, económicas, sociales o culturales de cada Estado al cual han de aplicarse sus normas.

4.2.3.4. Constitución programática y Constitución utilitaria

Para Naranjo Mesa, teniendo en cuenta su contenido ideológico, las constituciones pueden clasificarse también en programáticas y utilitarias o neutrales. Las primeras son aquellas en las que el aspecto ideológico o filosófico es preponderante en su estructura; contienen un programa ideológico muy definido y de vasta proyección. Las segundas son aquellas que se pueden considerar ideológicamente neutrales o meramente utilitarias, por

cuanto en ellas el énfasis recae en la organización mecánica de funcionamiento del poder en el Estado.



Según Naranjo Mesa dado que en la primera etapa del constitucionalismo moderno la preocupación esencial era la limitación del poder absoluto y la protección del ciudadano contra los eventuales abusos de los gobernantes, detentadores del poder, “todas las constituciones expedidas en Occidente a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX fueron del tipo programático, por cuanto estaban imbuidas de la ideología liberal”. (1997, p. 327) Pero, una vez que el constitucionalismo liberal, como señala Loewenstein (1970, p. 211), fue aceptado generalmente en el mundo occidental, y los componentes liberales no parecían requerir ningún énfasis especial “surgió otro tipo de Constitución, que se presentó como un cuadro puramente utilitario destinado a regular, sin intenciones ideológicas declaradas u ocultas, el mecanismo del proceso gubernamental”. (Naranjo Mesa, 1997, p. 327)

Otros ejemplos de Constituciones programáticas pueden citarse –continúa Naranjo Mesa- la Constitución mexicana de 1917, las soviéticas de 1918 y subsiguientes y, en general, las de los países socialistas – marxistas; como la martiniana – marxista de Cuba de 1976.



4.2.3.5. Constitución normativa, Constitución nominal y Constitución semántica.

Para el profesor Loewenstein (1970, p. 217), teniendo en cuenta el cambio fundamental que ha sufrido el papel de la Constitución escrita en la realidad sociopolítica “ha acometido en su Teoría de la Constitución una nueva clasificación, que él llama ontológica, de las constituciones, diferenciándolas según su carácter normativo, nominal y semántico”.

Podrá hablarse de Constitución normativa, de aquella que es real y efectiva, una Constitución que tendrá, entonces, que ser observada lealmente por todos los interesados y tendrá que estar plenamente integrada en la sociedad estatal. Sus normas dominan todo el proceso político y este debe estar adaptado y sometido a las normas constitucionales.

Una Constitución puede ser jurídicamente válida, pero si la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas, esa Constitución carece de realidad existencial. Será entonces una Constitución meramente nominal. Esta implica que los presupuestos sociales y económicos existentes –por ejemplo, la carencia de educación en general, los problemas derivados de la condición de subdesarrollo de un país y otros factores-, operante en el momento contra una concordancia absoluta entre las normas constitucionales y la práctica del ejercicio del poder. Esta situación de hecho, impide transitoriamente la deseada integración completa de las normas



constitucionales en la dinámica de la vida política. Puede verse que la Constitución Política de Guatemala de 1985 acarrea mucha similitud con esta denominada Constitución nominal toda vez que los presupuestos establecidos como Derechos Humanos o Fundamentales son escasamente respetados y garantizados en el devenir político y jurídico del país.

Loewenstein llama Constitución semántica a aquella cuya realidad ontológica no es sino la formalización de la situación existente del poder político en beneficio exclusivo de los detentadores del poder de hecho, que disponen a su antojo del aparato coercitivo del Estado. En este régimen la libertad de acción de los destinatarios del poder es encauzada y limitada según las conveniencias de los detentadores del poder, sean ellos un individuo, como en las dictaduras personalistas, o un grupo de individuos, como en los totalitarismos de partido. Una Constitución de similares características es la que el Profesor Jorge Mario García Laguardia denomina Constitución militarista haciendo referencia a la Constitución guatemalteca de 1965, que solapo las dictaduras militares hasta 1982.

4.2.4. Poder constituyente

El término constituyente, originariamente acuñado en el Derecho Público francés (constituant), significa “lo que instituye”, “lo que establece”, “lo que crea”, “lo que organiza institucionalmente” (Enciclopedia Jurídica Omeba: 1984, p. 11).



De acuerdo con la definición de Linares Quintana, el poder constituyente es la facultad inherente a toda comunidad soberana de darse su ordenamiento jurídico – político fundamental originario por medio de una Constitución y de reformar este total o parcialmente cuando sea necesario” (1970, p. 439). Aparecen en esta definición –nos explica Naranjo Mesa (1997, p. 346)- como características esenciales del concepto de poder constituyente, en primer lugar, el que su titularidad está en cabeza de la comunidad soberana, es decir, el pueblo como titular de la soberanía nacional; en segundo lugar, que esa facultad consiste en darse su propio ordenamiento jurídico-político fundamental, a través de una Constitución; en tercer lugar, que el poder constituyente puede ser originario o primario, cuando actúa para dar este ordenamiento por primera vez, o para cambiarlo por otro distinto, y derivado, cuando delega en un cuerpo específico, que puede ser un poder constituido, la facultad de reformar o modificar el ordenamiento, es decir, para hacer una reforma constitucional.

Sánchez Viamonte (1957, p. 611) define el poder constituyente como “la soberanía originaria, extraordinaria, suprema y directa en cuyo ejercicio la sociedad política se identifica con el Estado, para darle nacimiento y personalidad y para crearle sus órganos de expresión necesaria y continua”. Explica que es soberanía originaria porque es su primera manifestación de soberanía y da origen al orden jurídico; extraordinaria porque a diferencia de los poderes del gobierno, que son ordinarios y permanentes, el poder constituyente solo actúa cuando es necesario dictar una Constitución o



reformularla y cesa cuando ha llenado su cometido; suprema, porque es superior a toda otra manifestación de autoridad, desde que crea o constituye los poderes constituidos, determina su naturaleza, organiza su funcionamiento y fija sus límites; directa, porque, según la doctrina que inspiró su creación su ejercicio requiere la intervención directa del pueblo por medio del referéndum o plebiscito.

4.2.4.1. Características y limitaciones del poder constituyente

Como características del poder constituyente señala Sánchez Agesta (1968, p. 339), las de ser “originario, indivisible, permanente, eficaz”. A) Es, ante todo, un poder originario, esto es, un poder ajeno a toda competencia previa, a toda reglamentación predeterminada que, al contrario de lo que sucede con los poderes constituidos, no existe dentro sino fuera del Estado. Por encima de él no existe ningún otro poder político: es la autoridad suprema, incondicionada, libre de todo formalismo, fundada en sí misma y omnipotente en el poder constitucional. B) Es indivisible, porque como sostiene Schmitt no se halla coordinada a los otros poderes divididos –legislativo- ejecutivo, jurisdiccional-, sino que sirve de fundamento previo a todos los poderes constituidos; las competencias y atribuciones de estos poderes son creadas, modificadas o renovadas por el poder constituyente. C) Es permanente e inalienable, puesto que su ejercicio, así sea esporádico, lo exterioriza y evidencia su potencia, subsiste siempre por encima del orden que engendra. D) Es eficaz, por



cuanto el poder constituyente está dotado de una fuerza histórica efectiva, apta para lograr los fines que se propone.

A pesar de las características señaladas, de las cuales se deduce que el poder constituyente posee el atributo de ser soberano, se le han señalado ciertas limitaciones a su ejercicio, que hacen que en la práctica no sea este un poder tan absoluto como parece. Así Bodin –citado por Naranjo Mesa (1997, p. 357)- quien formuló el concepto de soberanía como “poder supremo sobre los ciudadanos y súbditos no sometido a leyes”, reconoció como limitaciones al mismo, la ley de Dios y la naturaleza, las leyes fundamentales o *leges imperii* y la imposición de poner trabas a la soberanía de los futuros titulares de la misma. Además, según Xifra Heras (1957, p. 149), se han distinguido otras limitaciones:

Las llamadas absolutas, que suponen imposibilidades radicales por motivos extrajurídicos o extrapolíticos, como el principio inglés según el cual el Parlamento puede hacerlo todo menos cambiar el sexo de las personas; los autónomos, que proceden de una autolimitación que en el fondo no afecta la esencia del poder constituyente, como las normas que sustraen determinadas materias de toda reforma constitucional. En las constituciones rígidas, la propia Constitución formal limita al poder constituyente derivado, de dos maneras principales: la primera, en cuanto fija un procedimiento necesario para habilitar con validez la instancia constituyente derivada, la segunda, cuando sustrae de toda eventual reforma ciertas normas, que se consideran inmutables, las cuales pueden surgir expresamente del texto o implícitamente del contenido de la propia Constitución (Véase Bidart Campos: 1968, p. 174). Y los límites

heterónomos, que son aquellos que proceden de presiones externas que producen una minoración de la suprema facultad política decisoria como son ciertas disposiciones contenidas en las constituciones federales respecto de los Estados miembros, o, en las que emanen de los organismos supranacionales.



4.2.4.2. Poder constituyente originario, poder constituyente derivado y poderes constituidos

Como lo plantea Naranjo Mesa (1997, p. 359), el poder constituyente se llama originario, cuando el nuevo orden jurídico que él establece nace sin apoyarse en una norma positiva anterior, es decir, cuando surge por primera vez. Ello puede tener lugar en el caso del nacimiento o conformación de un nuevo Estado, al darse este su propia Constitución independiente, o como consecuencia de la ruptura del orden jurídico anterior, bien sea como resultado de un cambio revolucionario, de un golpe de Estado, de una transformación institucional en las estructuras políticas del Estado, o de conquista militar.

En palabras de Hauriou (1971, p. 309), en los casos anteriores, “la operación constituyente se presenta como una renovación de la fundación del Estado efectuada esta vez con la participación activa y consciente de la nación”.

Siguiendo a Bidart Campos (1968, p. 157) expresa “El momento fundamental corresponde a la fundación del Estado, a su estructuración, a su organización; es el momento en que se da constancia pública de la constitución de un Estado



–en el sentido de constituirlo-. Es entonces, una etapa primigenia que, por constituir al Estado, se denomina constituyente. La otra, subsiguiente al acto de constituir al Estado, tiene permanencia indefinida; el Estado ya está constituido, y actúa en el ámbito de esa Constitución”. La etapa primigenia a que se refiere el tratadista es en la que actúa el poder constituyente originario.

Para el caso de Guatemala, el poder originario también radica en la primera Constitución que dio nacimiento al Estado, solo que en su forma federativa lo fue con la Constitución de 1824 y la Constitución de Guatemala de 1825. Sin embargo, la primera Constitución como república unitaria la constituye el Acta Constitutiva de 1851. Sin embargo, también la Constitución Política de 1985 constituyó un proceso originario, como lo explica la doctrina, toda vez que no se basó en un orden jurídico anterior y estableció la estructuración de una nueva formación política – jurídica.

Naranjo Mesa indica (1997, p. 359): “el poder constituyente se llama derivado, cuando el ordenamiento jurídico nuevo surge de un sistema constitucional ya establecido, basado en competencias y mediante procedimientos ya existentes en vigor”. Su funcionamiento está previsto en disposiciones de la Constitución anterior, la cual dispone procedimientos especiales para su revisión o reforma. De ahí que una de sus características sea la legalidad, esto es, la sujeción al derecho establecido, del cual deriva su eficacia. La puesta en marcha de este poder nos explica Naranjo Mesa no ofrece mayor dificultad, porque se remite a los procedimientos que para el



efecto han sido establecidos previamente en la Constitución. Un ejemplo de poder derivado fue el efectuado durante el proceso constituyente de 1993, en donde se sometieron a consulta popular las reformas devenidas del Congreso de la República, las cuales contaron con el voto afirmativo de la población guatemalteca.

Por último, Naranjo Mesa (1997, p. 360), nos expresa: “Los poderes constituidos son pues, como se ha dicho, todos aquellos que la Constitución consagra como titulares de las distintas funciones del Estado”. Ejemplos de poderes constituidos son el Congreso o Parlamento, la Presidencia de la República, el Poder Judicial, los órganos de control y fiscalización, la organización electoral, las fuerzas armadas, etc. En la práctica, un poder constituido –el órgano legislativo o excepcionalmente una asamblea constituyente- es el que actúa como constituyente derivado.

4.2.5. Supremacía de la Constitución

No hay Estado sin Constitución; sea que esté formulada por escrito en un texto determinado, que esté dispersa en varias leyes, o sea de carácter consuetudinaria, la Constitución es el fundamento positivo sobre el cual se asienta el orden jurídico del Estado. En principio, la supremacía de la Constitución resulta del hecho de ser el primer fundamento del orden jurídico y del Estado; ella es la fuente o el principio del orden estatal entero, y hace que



todo lo demás dentro de la vida del Estado, sea de determinada manera y no de otra diferente. Por eso se dice que la Constitución es la ley de leyes.

Hans Kelsen (1988, p. 227), al exponer la teoría de la pirámide jurídica, ideada por Merkl, explica:

La norma que determina la creación de otra es superior a esta; la creada de acuerdo con tal regulación, es inferior a la primera. El orden jurídico, especialmente aquel cuya personificación constituye el Estado, no es, por tanto, un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallasen, por así decirlo, una al lado de la otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles de normas. La unidad de estas se halla constituida por el hecho de que la creación de una norma –la de grado más bajo-, se encuentra determinada por otra – de grado superior-, cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal *regressus* termina en la norma de grado más alto, o norma básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico. La estructura jerárquica del orden jurídico de un Estado puede expresarse toscamente en los siguientes términos: supuesta la existencia de la norma fundamental, la Constitución representa el nivel más alto dentro del derecho nacional.

Para el profesor García de Enterría (1985, p. 50), la supremacía de la Constitución se fundamenta en varias razones que él explica así: “Primero, porque la Constitución define el sistema de fuentes formales del derecho, de modo que solo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución una ley será válida o un reglamento vinculante. En este sentido –explica él-, es la



primera de las normas de producción, la *norma normarum*, la fuente de las fuentes. Segundo, porque en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención funcional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia o duración, lo que parece asegurarse una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante, limitada a objetos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido”.

Para Héctor Fix Zamudio (1997: 22-23), llega a la conclusión que las normas constitucionales son supremas y se distinguen de las demás disposiciones legales desde tres puntos de vista:

- a) En su aspecto externo o formal, las disposiciones fundamentales están consignadas en un documento expedido por el Poder Constituyente y solo pueden ser modificadas a través de un procedimiento constitucionalmente establecido;
- b) Desde un ángulo normativo, los preceptos constitucionales son el fundamento de validez de todo el orden jurídico;
- c) En cuanto a su contenido, la esencia de sus preceptos radica en los valores supremos de toda comunidad política y en la organización de sus poderes supremos, caracterizándose por lo que Linares Quintana ha denominado *fundamentabilidad*.



4.2.5.1. Supremacía material y supremacía formal de la Constitución

Para Naranjo Mesa (1997, p. 383) la supremacía material significa que:

El orden jurídico del Estado depende por entero de la Constitución. Siendo ella el origen de toda la actividad jurídica que se desarrolla dentro del Estado, necesariamente será superior a todas las formas de esta actividad, puesto que es de ella, y tan solo de ella, que esas formas derivan validez. En este sentido decimos que la Constitución es la norma o ley fundamental.

Para Burdeau (1966, p. 74):

La supremacía material de la Constitución resulta del hecho de que ella organiza las competencias. En efecto, al crear las competencias, ella es necesariamente superior a los individuos –los gobernantes- que están investidos de esas competencias. Por consiguiente, los gobernantes no pueden ir en sus actos contra la Constitución, sin despojarse, al mismo tiempo, de su investidura jurídica.

Del hecho de la supremacía material de la Constitución se derivan importantes consecuencias: a) en primer lugar, ella asegura a los habitantes un refuerzo de la legalidad, porque si todo acto contrario a la ley debe ser considerado desprovisto de valor jurídico, necesariamente lo será también todo acto contrario a la Constitución, inclusive en el caso de que el acto emane de los gobernantes; b) la supremacía material de la Constitución se opone también a que el órgano investido de una competencia determinada delegue su ejercicio



en otro. En efecto, no es posible delegar un poder del cual no puede disponerse por sí mismo, y los gobernantes no tienen un derecho propio sobre la función que ejercen. Esta les es conferida en consideración a las garantías particulares que ofrecen su modo de nominación y su *status*. Si ellos pudieran delegarla a otros, dice Burdeau, es toda la organización del poder en el Estado la que sería puesta en tela de juicio.

La supremacía formal de la Constitución surge, dice Naranjo Mesa (1997, p. 384), fundamentalmente, del hecho de que sus normas han sido consagradas mediante procedimientos especiales, diferentes a los de la ley ordinaria, y de que para modificar esas normas se requiere igualmente de procedimientos especiales. De ahí que cuando se trata de disposiciones cuyo contenido no sea propiamente de naturaleza constitucional, pero que por su particular importancia el constituyente ha considerado oportuno elevar a esa categoría, introduciéndolas en el texto de una Constitución, esas disposiciones, al igual que las demás, tendrán supremacía sobre cualquier otra norma no constitucional. Es por esto que el establecimiento y reforma de los textos constitucionales, se subordina generalmente al respeto de ciertas formalidades especiales. Para el caso guatemalteco, como dijimos, se requiere intervención del Congreso de la República y referéndum para unos casos y para los aspectos dogmáticos de Asamblea Nacional Constituyente.



4.3. Unidad del poder estatal y pluralidad de los poderes del Estado

4.3.1. Separación de funciones en el Estado contemporáneo

Es al barón de Montesquieu al que se le debe la famosa teoría de la separación de poderes. Sin embargo, esta teoría ya había sido analizada anteriormente por autores como John Locke, en su lógica de la primacía del poder legislativo frente al ejecutivo. También en Polibio se encuentra una división de poderes, que retomó de la Roma clásica.

Lo que sí se debe a Montesquieu es que en esa división de poderes, debe haber un sistema de pesos y contrapesos, que un poder frene a otro poder, para evitar los excesos que pueden devenir de la tiranía.

Sin embargo, hoy en día no se puede concentrar la función del Estado en esos tres poderes, ante el apareamiento de nuevas funciones del Estado y principalmente de entes de control y fiscalización al Estado, que se encuentran fuera de la tríada de poderes.

Por su parte, el profesor Karl Loewenstein (1970, p. 54) afirma:

Lo que en realidad significa la así llamada separación de poderes, no es, ni más ni menos, que el reconocimiento de que por una parte el Estado tiene que cumplir determinadas funciones –el problema técnico de la división del



trabajo- y que, por otra, los destinatarios del poder salen beneficiados si estas funciones son realizadas por diferentes órganos... La separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político. Lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de los poderes estatales, es en realidad la distribución de determinadas funciones estatales a diferentes órganos del Estado.

Para Naranjo Mesa (1997, p. 249-250), hoy en día es preciso distinguir pues, los problemas relativos a la “división de poderes” y a la “determinación de las funciones” del Estado, aunque históricamente estos se encuentran ligados. El primero es esencialmente político: su finalidad era la de lograr objetivos acordes con la ideología liberal de los siglos XVII y XVIII; el segundo tiene carácter técnico y no busca sino precisar la naturaleza de las actividades estatales y sus relaciones mutuas, dentro del criterio universal de la eficacia.

De esta manera, aunque se mantiene el principio de la separación de poderes, este no debe entenderse en el sentido de una separación absoluta como lo planteará Montesquieu. Por lo demás, no debe hablarse de “poderes”, por cuanto el poder del Estado, es uno, del cual se desprenden “ramas” y “órganos”, términos estos más apropiados para designar a los diferentes titulares de las funciones. Y aunque las funciones tradicionalmente reconocidas al Estado están básicamente asignadas a un órgano determinado –la legislativa al parlamento, la ejecutiva al gobierno, la jurisdiccional a los jueces y tribunales-, en el Estado moderno, por fuerza de las circunstancias,



cada uno de estos órganos cumple también funciones propias de otras ramas, siguiendo el principio de la “colaboración armónica” entre ellas, consagrado hoy en varias constituciones.

Para el caso guatemalteco, la Constitución Política mantiene el criterio de la división de poderes, en ejecutivo, legislativo y judicial, de donde descansa la soberanía del pueblo. Sin embargo, cabe acotar que como se ha dicho esta separación no es absoluta, porque es indispensable para formular políticas de Estado, la colaboración armónica de los tres poderes; así por ejemplo, una política criminal democrática debe llevar el concurso de los tres poderes – ejecutivo, legislativo y judicial- aunado a otros órganos que están fuera de la tríada como lo son el Ministerio Público y la Procuraduría de Derechos Humanos.

4.3.2. Articulación lógica de las funciones del Estado

4.3.2.1. Función legislativa

Para Naranjo Mesa (1997, p. 250-251), la definición de la función legislativa varía según el criterio que se utilice para determinarla:

- a) Desde el punto de vista orgánico, la función legislativa es la que realiza el poder legislativo, es decir, el Parlamento o Congreso. Esta determinación sería precisa si la tridivisión de poderes correspondiera exactamente a la

separación de funciones. Pero como vimos, ello no ocurre así frecuente que se asignen al poder legislativo funciones de orden administrativo incluso cuasi judicial como los antejuicios.



- b) Según el criterio formal, la función legislativa es la actividad estatal manifestada conforme al proceso establecido para la aprobación de las leyes. Todo acto aprobado en la forma prescrita para la sanción de las leyes, cualquiera que sea su contenido jurídico, es una ley y, por tanto, supone el ejercicio de la función legislativa. Carre de Malberg se orienta por este criterio. Tiene la cualidad de determinar la eficacia normativa del acto jurídico denominado ley, ajustándose a los lineamientos del Derecho Constitucional. Además, pone en evidencia el carácter no legislativo de los actos del Congreso cuando actúa en función administrativa.

- c) Según el criterio material, la función legislativa es la actividad estatal que tiene por objeto la creación de normas jurídicas generales, en otras palabras, la de hacer las leyes, entendiendo por leyes en sentido material como lo expresa Copete Lizarralde (1962, p. 165): “normas que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas de carácter general y permanente”.



4.3.2.2. Función administrativa o ejecutiva

Como lo refiere Naranjo Mesa (1997, p. 265), sobre el concepto de función administrativa o ejecutiva también existen algunos criterios:

- a) Siguiendo el criterio orgánico, la función administrativa es la que realiza el poder ejecutivo. La desventaja de este criterio es que no hace una distinción entre división de poderes y separación de funciones.
- b) Según el criterio material, la función administrativa es la actividad estatal que tiene por objeto realizar actos jurídicos subjetivos. Se distingue así de la función legislativa en que los efectos jurídicos de esta son generales. Pero la actividad reglamentaria, que también los produce, es típicamente administrativa. Además, se objeta que al considerar exclusivamente los actos jurídicos, se prescinde de las operaciones materiales que son parte fundamental de la función administrativa.
- c) Según el criterio formal, la función administrativa consiste fundamentalmente en realizar los actos necesarios para el cumplimiento de las leyes, así como los objetivos del bien común dentro del Estado. O, como dice, Sayagués Laso (1953, p. 42) “es la actividad concreta, práctica, desarrollada por el Estado para la inmediata obtención de sus cometidos”. Este concepto, agrega él, pone de relieve una característica esencial de la función administrativa que no aparece en las otras funciones: tiende a



concretar en hechos la actividad estatal. Es preciso agregar que no se logra mediante actos jurídicos y operaciones materiales. El profesor Sarria (1968, p. 2) la define como “la función por la cual los gobernantes expresan su voluntad con el fin de crear (sic) una situación jurídica subjetiva o de condicionar una situación jurídica objetiva”.

Es dable indicar que la función administrativa o ejecutiva está confiada al gobierno. En sentido estricto, puede entenderse como tal, el conjunto de funcionarios a los cuales la Constitución confiere la titularidad de la función ejecutiva y administrativa del Estado, a cuya cabeza está colocada una persona como en el sistema presidencial, o un grupo de personas como el Consejo de Estado anterior francés, que ostenta la suprema autoridad pública y administrativa de una nación.

4.3.2.3. Función judicial

El tercer aspecto de la separación de funciones entre los órganos del Estado lo constituye la existencia de tribunales y jueces independientes que puedan por una parte, ejercer control jurídico sobre los actos de los gobernantes y, por otra parte, dirimir los conflictos que se suscitan entre los particulares o entre estos y el Estado. A estos tribunales corresponde el ejercicio de la función jurisdiccional.



También Naranjo Mesa (1997, p. 276) nos indica, acerca del concepto de función judicial ha habido también controversia, porque se lo ha entendido desde diferentes criterios:

- a) Según el criterio orgánico, función judicial es la que desarrollan los órganos judiciales. Se critica este concepto por cuanto, como se ha dicho, no coinciden la división de poderes y la separación de funciones.
- b) Según el criterio formal, la función judicial puede definirse como la actividad estatal que se manifiesta mediante actos procesales especialmente el acto denominado sentencia, tal y como lo advierte Sayagués Laso (1953, p. 47). Aunque este criterio es útil, no aclara cuál es la naturaleza intrínseca de esta actividad del Estado.
- c) Por función judicial puede entenderse en palabras de Sayagués “la que tiene por objeto decidir cuestiones jurídicas controvertidas, mediante pronunciamientos que adquieren fuerza de verdad definitiva”. Es este el concepto más acogido por los tratadistas del Derecho Público. Como concluye el autor citado, esto da solución a muchas cuestiones que interesan principalmente al derecho administrativo, al configurar dos elementos esenciales: la cuestión a ser dilucidada y el valor de cosa juzgada que tendrá la decisión.



Es dable anotar que el fin último de este poder judicial es el otorgamiento de justicia. Concepto debatido y discutido a lo largo de la historia de la humanidad. Sin embargo, nos quedaremos con las acotaciones que hace el ilustre tratadista John Rawls (1985, p. 19 y ss.): “La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento”. Y agrega que “no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas”. Pero como él explica “de diferentes tipos de cosas se dicen que son justas e injustas: no solo las leyes, instituciones y sistemas sociales, sino también las acciones particulares de muchas clases, incluyendo decisiones, juicios e imputaciones. Llamamos también justas e injustas a las actitudes y disposiciones de las personas, así como a las personas mismas”. La noción de justicia se predica, pues no solo de las actuaciones de la autoridad pública sino también la de los particulares. Y en ello estriba la razón del poder judicial, en la capacidad de discernir la justicia de la controversia sometida a su orden.

4.4. Estado, globalización y Constitución

Uno de los elementos de los que parte la hipótesis de trabajo es el referido al fenómeno que se da con la globalización jurídica y la supremacía de los tratados internacionales en derechos humanos sobre el Derecho interno. Aunque los Estados son recelosos de la supremacía de su Constitución en el ámbito interno, causa interés pensar que pasaría si una disposición de un órgano jurisdiccional internacional indica que una disposición de la Constitución



Política no se adecúa a un estándar internacional en materia de Derechos Humanos. Considero que como lo ha advertido la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad en sus interpretaciones acerca del Artículo 44 y 46 de la Constitución Política, no tiene capacidad derogatoria o modificatoria del cuerpo fundamental una disposición de un Tratado internacional, pues entonces se le estaría dando carácter de un poder constituyente al Tratado que solo puede devenir de los propios procedimientos constitucionales ya establecidos, por lo que la supremacía constitucional irradiaría sobre cualquier estándar internacional, o, en todo caso no quedaría otra que proceder al procedimiento internacional de denuncia del Tratado en resguardo del principio de supremacía.

Lo que sí es dable anotar es que la legislación internacional está cambiando la dinámica del constitucionalismo del Siglo XXI, constituciones como la colombiana y la boliviana de reciente modificación han hecho hincapié en los derechos de los pueblos indígenas a la luz de lo que establecen diversos tratados internacionales de naciones unidas y de la Organización Internacional del Trabajo. Cabe advertir que el hecho de que se expandan las garantías fundamentales de la persona humana en los fueros internacionales permite la inserción de más garantías en el ámbito interno aunque lo podemos ver más ejemplificado en la legislación ordinaria o derivada, pues, los ordenamientos internos están siendo trastocados por esta globalización jurídica, relativizando así el concepto pleno o absoluto de soberanía.



En Guatemala al aprobarse la Convención sobre Derechos del Niño de 1989, no en el aparecimiento de un Código de Menores que fue criticado por los sectores conservadores del país y que nunca pudo tener vigencia en el orden jurídico, pero finalmente apareció una legislación garantista como lo es la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (Ley PINA). Cuando se aprobaron los instrumentos de no discriminación y violencia en contra de la mujer en Naciones Unidas y en la Organización de Estados Americanos con la Convención Belém do Pará, surgió la Ley contra la Violencia Intrafamiliar primer mecanismo de protección y seguridad para la mujer y los niños en el ámbito doméstico, y ahora, se tiene una ley que criminaliza particularmente el asesinato y violencia contra la mujer como lo es la Ley contra el Femicidio. Así podemos enlistar una serie de leyes como las de protección de los derechos de las personas con retos especiales, del adulto mayor, de los pueblos indígenas, de los migrantes, del medio ambiente, que han venido a regularse producto de la interacción de la legislación internacional y el Derecho interno, permitiendo el avance de los derechos fundamentales de la persona, y que es muy posible que en un cambio constitucional a mediano y largo plazo en el país, se normalice todo este catálogo de derechos en un instrumento fundamental como lo sería la Carta Magna. Es decir, la propia Constitución y el ordenamiento jurídico no quedan inertes del quehacer internacional y de las incidencias de la globalización jurídica en los fueros internos.

Por último, indicar que las jurisdicciones internacionales, especialmente el papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el país, han



venido a relativizar el concepto pleno o absoluto de soberanía, toda vez que esta impone medidas administrativas, judiciales y legislativas al Estado. Algunas de ellas han sido la promoción en la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de violaciones a Derechos Humanos, función que compete con exclusividad al Estado en ejercicio de su *ius puniendi*, pero que constituye una medida de reparación y garantía de no repetición que impone la Corte IDH. A nivel administrativo ha exigido por ejemplo cursos de capacitación en Derechos Humanos para las fuerzas de seguridad pública, que se fomente la cultura achí luego de la masacre de Plan de Sánchez, que se disponga de un sistema de identificación por medio de ADN para los niños y niñas víctimas de desaparición durante el conflicto armado interno. A nivel legislativo, la Corte IDH ha solicitado la revisión de la legislación penal para adecuarla al marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, disponiendo la modificación del Código Penal para no aplicar la pena de muerte en los delitos de secuestro y asesinato. Esto es parte de lo que hoy conocemos como jurisdicción internacional, la cual al ser vinculante sus decisiones para el Estado de Guatemala, provocan una cesión o abandono de soberanía, relativizando éste concepto.



CAPÍTULO V



5. Formas de gobierno y formas de Estado

5.1. Formas de Gobierno

5.1.1. Tipologías clásicas

En la teoría general del Estado se distinguen las formas de gobierno de los tipos de Estado. En la tipología de las formas de gobierno se toma en cuenta más la estructura de poder y las relaciones entre los diversos órganos a los que la constitución asigna el ejercicio del poder; en la tipología de los tipos de Estado se toma más en cuenta las relaciones de clase, las relaciones entre el sistema de poder y la sociedad subyacente, las ideologías y los fines de carácter histórico y sociológico.

Dentro de las tipologías clásicas de las formas de gobierno aparecen la de Aristóteles, la de Maquiavelo y la de Montesquieu, a criterio de Norberto Bobbio (2010: 144).

En la primera, la aristotélica, se remonta al clásico de la *Política*, en particular a los libros III y IV, haciendo la clasificación de las constituciones con base en el número de gobernantes: monarquía o gobierno de uno, aristocracia o gobierno de pocos y democracia o gobierno de muchos, con la consecuente



duplicación de las formas corruptas, por lo que la monarquía degenera en tiranía, la aristocracia en oligarquía, la *politeía* (que es el nombre correcto que Aristóteles le asigna a la forma buena de gobierno de muchos o democracia moderada o constitucional) degenera en democracia, la democracia popular o extrema. El criterio de distinción entre las formas buenas de gobierno y las corruptas en Aristóteles aparece por un criterio cualitativo, las primeras buscan el bien común, mientras que las corruptas se dedican a los intereses particulares o personales de los gobernantes.

Para el segundo autor, Maquiavelo en su obra *El Príncipe*, reduce a dos las formas tipo de gobierno, la monarquía y la república, ubicando en el género de las repúblicas tanto a las aristocráticas como a las democráticas, con base en la consideración de que la diferencia esencial está entre el gobierno de uno solo, de una persona física, y el gobierno de una asamblea, de un cuerpo colectivo, al ser menos relevante la diferencia entre una asamblea de notables y una asamblea popular, porque ambas, a diferencia de la monarquía donde la voluntad de uno solo es ley, deben adoptar algunas reglas como el principio de mayoría, para llegar a la formación de la voluntad colectiva.

Para el tercer autor, Montesquieu, regresa a una tricotomía, pero diferente – según Bobbio (2010: 145)- de la aristotélica: monarquía, república y despotismo. Diferente en el sentido de que combina la distinción analítica de Maquiavelo con la axiológica tradicional en cuanto define el despotismo como el gobierno de uno solo pero sin leyes ni frenos, en otras palabras como la



forma degenerada de la monarquía. Además, Montesquieu agrega un nuevo criterio de distinción, el criterio con base en los *principios*, o sea, con base en los diferentes resortes que inducen a los sujetos a obedecer: el honor en las monarquías, la virtud en las repúblicas, el miedo en el despotismo. Este criterio hace pensar en las diferentes formas de poder legítimo de acuerdo con Weber –siguiendo los criterios expuestos por el profesor Bobbio-.

Weber como Montesquieu, aunque sin alguna influencia directa, ubica los diferentes tipos de poder distinguiendo las diferentes posibles posiciones de los gobernados frente a los gobernantes; la diferencia entre uno y otro radica en el hecho de que Montesquieu se preocupa por el funcionamiento de la máquina del Estado, Weber por la capacidad de los gobernantes y sus aparatos para obtener la obediencia. La novedad de la tipología depende de la introducción de la categoría del despotismo, hecha necesaria para la exigencia de dar más espacio al mundo oriental para el que la categoría del despotismo había sido elaborada por los antiguos.

En el siglo XIX, la tipología de Montesquieu obtiene un éxito particular, la cual es utilizada por Hegel para delinear el curso histórico de la humanidad que habría pasado de una fase primitiva de despotismo correspondiente al nacimiento de los grandes estados orientales, para luego llegar a la época de las repúblicas, democrática en Grecia, aristocrática en Roma, y terminar con las monarquías cristiano – germánicas que caracterizaron la época moderna. A pesar de las correcciones e innovaciones subsecuentes, la tipología



tradicional no pierde nada de su prestigio, y también es retomada en los tratados de Derecho Público, si no como punto de llegada si como punto de partida obligado de toda discusión sobre el tema, por ejemplo, en la Teoría de la constitución de Schmitt en 1928.

Siguiendo a Bobbio (2010: 146), la única innovación interesante es la que introduce Kelsen, quien, partiendo de la definición del Estado como ordenamiento jurídico, crítica como superficial la tipología aristotélica, basada en un elemento extrínseco como el número, por tanto sostiene que la única manera rigurosa para distinguir una forma de gobierno de otra consiste en conocer el diverso modo en el que una constitución regula la producción del ordenamiento jurídico. Estos modos no son tres sino dos: el ordenamiento jurídico puede ser creado, y continuamente modificado o desde arriba o desde abajo: desde arriba, cuando los destinatarios de las normas no participan en la creación de las mismas; desde abajo cuando sí participan. Reclamándose a la distinción kantiana entre normas autónomas y heterónomas, Kelsen llama a la primera forma de producción heterónoma, a la segunda autónoma. A estas dos formas de producción corresponden dos formas puras o ideales de gobierno, la autocracia y la democracia. Anteriormente se había visto la forma en que ya Maquiavelo había reducido a dos las formas clásicas de gobierno; pero la tipología maquiaveliana resulta de la unificación de la aristocracia y de la democracia en la forma de la república, mientras la kelseniana proviene de la unificación de la monarquía y de la aristocracia en la forma de la autocracia.



momento monarquía es el gobierno de uno solo, república, en el sentido maquiaveliano de la palabra, el gobierno de muchos, o con más precisión de una asamblea. Hoy, después de que en las monarquías, comenzando por la Iglesia, el peso del poder se desplaza del rey al parlamento, la monarquía, que se vuelve primero constitucional y luego parlamentaria, se ha transformado en una forma de gobierno diferente de aquella para la cual la palabra había sido acuñada y usada durante siglos: es una forma mixta, mitad monarquía y mitad república. No por casualidad Hegel contempla en la monarquía constitucional de su tiempo la nueva encarnación del gobierno mixto de los antiguos.

Cuando Maquiavelo escribía que todos los estados son principados o repúblicas, presentaba una afirmación que correspondía perfectamente a la realidad de su tiempo y distinguía lo que en realidad era diferente: la monarquía de Francia de la república de Venecia. La misma distinción repetida hoy constriñe la realidad en un esquema inadecuado sino incluso deformante porque distingue lo que no es fácilmente distinguible: por ejemplo la monarquía inglesa de la república italiana.

Una vez que se han difundido progresivamente los gobiernos caracterizados por la distinción, sino precisamente separación, entre el poder del gobierno propiamente dicho y el poder legislativo, el único criterio adecuado de distinción se ha vuelto aquel que pone en evidencia la diferente relación entre los dos poderes, independientemente del hecho de que el titular de uno de los



dos poderes sea un rey o un presidente de la república. Ya Kant —de acuerdo con Bobbio (2010: 149)- llama:

Forma republicana a aquella en la cual rige el principio de la separación de poderes”, aunque el titular del poder del gobierno sea un monarca. De tal manera república adquiere un nuevo significado, que ya no es el de Estado en general, y tampoco el de gobierno asambleario contrapuesto al gobierno de uno solo, sino “es el de una forma de gobierno que tiene una cierta estructura interna incluso compatible con la existencia de un rey.

La diferente relación entre los dos poderes ha constituido el criterio para la distinción ahora común entre la forma de gobierno presidencial y la parlamentaria.

En palabras de Bobbio (2010: 150), la forma de gobierno presidencial es aquella en la que rige una neta separación entre poder del gobierno y poder de hacer las leyes, separación basada en la elección directa del presidente de la república, que a su vez es jefe de gobierno y jefe de Estado, y en la responsabilidad de los miembros del gobierno frente al presidente de la república y no frente al parlamento. La segunda, la parlamentaria, es aquella en la que más que separación hay un juego completo de poderes recíprocos entre el gobierno y el parlamento basado en la distinción entre jefe de Estado y jefe de gobierno, en la elección indirecta del jefe de gobierno de parte del parlamento y en la responsabilidad del gobierno frente al parlamento que se expresa mediante el voto de confianza o de desconfianza. Entre estas dos



formas puras existen muchas formas intermedias: baste pensar dice Bobbio en la quinta república francesa, instaurada en 1958, república presidencial *sur generis*, que ha conservado la figura del presidente del consejo diferente de la del presidente de la república.

La mayor cantidad de poder político real, aunque no siempre reconocido formalmente es el que se ha acumulado en las democracias modernas y también en los estados no democráticos dentro de los partidos políticos, sea por el proceso de democratización que ha hecho necesaria la agregación de las demandas provenientes de la sociedad, sea por la formación de las sociedades de masas en las que solo los partidos, o también el partido único, logran expresar una voluntad y una orientación política. Hoy ninguna de las tipologías de las formas de gobierno puede dejar de tomar en cuenta el sistema de partidos, es decir, la manera en que están dispuestas y colocadas las fuerzas políticas de las que el gobierno toma vida; el sistema de partidos influye en la constitución formal hasta alterar su fisonomía. Desde hace tiempo Duverger –citado por Bobbio (2010: 151)-, observó que el sistema de partido influye particularmente en el régimen de la separación de poderes. Un sistema bipartidista perfecto como el inglés, en el que únicamente hay dos partidos con vocación mayoritaria que se alternan en el gobierno y en el que por costumbre el líder del partido está destinado a ser el jefe de gobierno si su partido gana las elecciones, acerca la forma de gobierno parlamentaria a la presidencial en cuanto el primer ministro es electo, si bien indirectamente por los ciudadanos, los cuales en el momento mismo en el que seleccionan al



partido también eligen al primer ministro. Un sistema monopartidista, cualquiera que sea la constitución formal, da origen a una forma de gobierno en la que el máximo poder está concentrado en el Comité de partidos y su secretario a despecho de todos los órganos colegiados y populares previstos por la constitución, tan es así que hoy la distinción tradicional entre despotismo y democracia pasa entre sistema monopartidista y sistema no monopartidista (bi o multipartidista). También hay diferencias entre sistemas bipartidistas y multipartidistas, según si el sistema multipartidista está polarizado (o sea con dos partidos extremos extrasistema, a la izquierda y a la derecha) o no polarizado, es decir, con muchos partidos, pero todos intrasistémicos. Aquí las variaciones son muchas.

Para mostrar la manera en que se dio la sobreposición entre la distinción clásica de las formas de gobierno y la distinción de los sistemas de partidos, se pueden limitar –según Bobbio (2010: 152)- a citar la tipología propuesta por un constitucionalista sensible a la necesidad de considerar los problemas del Derecho Público no de manera rígidamente formalista: gobierno parlamentario con bipartidismo rígido, gobierno parlamentario con multipartidismo moderado, gobierno parlamentario con multipartidismo exasperado, gobierno presidencial (Elia: 1970, p. 642)



5.1.3. Otras tipologías

Tomando como criterio de distinción no el partido sino la clase política, entendida, de acuerdo con Gaetano Mosca –citado por Bobbio (2010: 153)-, “como el conjunto de las personas que detentan efectivamente el poder político”, o, según la expresión introducida y hecha popular por Wright Mills, la élite del poder, se pueden tener nuevas tipologías diferentes de las tradicionales y de las comunes en Derecho Público.

Una vez admitido, como sostiene Mosca, que el gobierno en toda organización política pertenece a una minoría, las formas de gobierno ya no pueden ser distinguidas con base en el viejo criterio del número de gobernantes: desde este punto de vista todos los gobiernos son oligárquicos. Pero que todos los gobiernos sean oligárquicos no implica que no se pueda distinguir un gobierno de otro. Permaneciendo firme el principio de la necesidad de una clase política, las diversas formas de gobierno pueden distinguirse con base en la diferencia con respecto a la formación y organización de la clase política.

Por lo que hace a la formación, Mosca –siguiendo al profesor Bobbio- distingue clases cerradas y clases abiertas, en referencia a la organización clases autocráticas cuyo poder viene de arriba y clases democráticas cuyo poder viene de abajo; de la combinación de las distinciones resultan cuatro formas de gobierno, aristocrático respecto a la formación y democrático respecto a la organización; en cambio, a la noción de élite del poder se refiere la distinción



introducida por Shumpeter entre gobiernos democráticos en los que suelen existir muchas élites en competencia para acceder al gobierno y gobiernos autocráticos en los que persiste el monopolio del gobierno de parte de una sola y exclusiva élite.

Tomando como punto de referencia ya no la clase política sino el sistema político, entendido este como el conjunto de las relaciones de interdependencia entre los diversos entes que juntos contribuyen a desempeñar la función de mediación de los conflictos, de cohesión del grupo y de defensa frente a los otros grupos, se pueden construir otras tipologías: una de las más conocidas es la propuesta por Almond y Powell (véase Bobbio: 2010, p. 154) que distingue los sistemas políticos con base en los dos criterios de la diferenciación de los roles y la autonomía de los subsistemas.

Colocando las dos características en una escala que va de abajo hacia arriba se identifican cuatro tipos ideales de sistema político: a) con baja diferenciación de los roles y baja autonomía de los subsistemas, como las sociedades primitivas; b) con baja diferenciación de los roles y alta autonomía de los subsistemas, como la sociedad feudal; c) con alta autonomía de los subsistemas y baja diferenciación de los roles, como las grandes monarquías nacidas de la disolución de la sociedad feudal; d) con alta diferenciación de los roles y alta autonomía de los subsistemas, como los estados democráticos contemporáneos.



5.1.4. El gobierno mixto

Para Bobbio (2010: 154), nada muestra mejor la vitalidad de la tipología tradicional que la continuidad de la teoría del gobierno mixto, de acuerdo con la cual la mejor forma de gobierno es la que resulta de una combinación de las tres o de las dos (según la tipología de que se trate) formas de gobierno puras. Así para Platón, en las *Leyes*, nos describe una forma mixta entre monarquía y democracia, en la que el filósofo – rey sea quien gobierne el destino de los gobernados. Aristóteles en *La Política* presenta la opinión según la cual la mejor constitución debe ser una combinación de todas las constituciones y por eso exalta la de Esparta porque en ella la autoridad real constituiría el elemento monárquico, la de los gerontes el elemento oligárquico y los éforos el elemento democrático en cuanto éstos provienen del pueblo. El estagirita cuando expone su teoría de las formas de gobierno describe la *politeía*, forma buena del gobierno popular como una mixtura entre oligarquía y democracia.

Siguiendo al profesor Bobbio, nos indica que la más completa teoría del gobierno mixto es la que expone Polibio en las *Historias*, allí donde el relato de los acontecimientos de la segunda guerra púnica es interrumpido por una presentación de la constitución romana, como el ejemplo más autorizado del gobierno mixto donde los cónsules representan el principio monárquico, el senado el oligárquico y los comicios del pueblo el democrático. La razón por la que el gobierno mixto es superior a todos los demás radica en el hecho de que, de acuerdo con Polibio, “cada órgano puede obstaculizar a los otros o



colaborar con ellos” y “ninguna de las partes excede su competencia y sobrepasa la proporción”; ésta es una razón que anticipa por siglos la famosa teoría del equilibrio de poderes que será uno de los principales argumentos de los partidarios de la monarquía constitucional en polémica con los defensores de la monarquía absoluta.

Montesquieu idealiza también la forma mixta de la monarquía inglesa, donde el rey representa el poder monárquico, el senado (cámara de los lores) representa el principio aristocrático y la cámara baja del parlamento el principio de representatividad o democrático; en ella, ve realizado el principio de la separación de poderes –si bien bajo una transposición del significado genuino de la doctrina, en cuanto una cosa es la combinación de las tres formas de gobierno y otra la separación de los tres poderes-, es interpretada como forma mixta de monarquía constitucional que se vuelve el modelo universal de Estado parlamentario después de la Revolución Francesa por lo menos durante un siglo.

Culmina el profesor Bobbio, con la teoría del gobierno mixto de Gaetano Mosca, que ocupa un lugar de importancia en su obra *Historia de las doctrinas políticas*, escribe que del estudio objetivo de la historia se puede sostener que los mejores regímenes, y por tales entiende aquellos que han tenido una mayor duración o estabilidad, son los gobiernos mixtos, donde entiende por tales no solo aquellos en los que son combinados los diversos principios sino también



aquellos en los que el poder religioso está separado del poder laico y el poder económico está separado del poder político.

5.2. Formas de Estado

5.2.1. Formas históricas

En palabras del profesor Bobbio (2010: 158), para poner un poco de orden en el tema de las formas de estado que resulta tan diversa, se pueden distinguir las diferentes formas con base en dos criterios principales, el histórico y el referente a la mayor o menor expansión del Estado frente a la sociedad, un criterio que también incluye el basado en las diversas ideologías.

Con base en el criterio histórico la tipología más común y acreditada entre los historiadores de las instituciones es aquella que propone la siguiente secuencia: Estado feudal, Estado estamental, Estado absoluto y Estado representativo.

La configuración de un Estado estamental, interpuesto entre el Estado feudal y el Estado absoluto, se remonta, según criterio de Bobbio, a Otto von Gierke y a Max Weber, y después de éste ha sido retomada por historiadores de las instituciones sobre todo alemanes. Por Estado estamental se entiende:

La organización política donde se han venido formando órganos colegiados, los estados, que reúnen a los individuos que tienen la misma posición



social, precisamente los estamentos, y en cuanto tales detentadores de derechos y privilegios que hacen valer frente a quienes tienen en sus manos el poder soberano mediante asambleas deliberantes como los parlamentos” (Bobbio: 2010, p. 158-159).

Se debe sobre todo a Otto Hintze la distinción entre estados con dos asambleas como Inglaterra, la Cámara de los Lores que abarca al clero y la nobleza, y la Cámara de los Comunes que comprende a la burguesía, y estados estamentales con tres cuerpos diferentes, respectivamente el clero, la nobleza y la burguesía, como Francia. Mas la formación de instituciones que representan intereses de grupo, que hacen contrapeso a la potencia del príncipe, es común a todos los Estados europeos.

El contraste entre los estamentos y el príncipe, especialmente para establecer quién tiene el derecho de imposición fiscal, constituye gran parte de la historia y del desarrollo del Estado moderno en el paso del tipo extensivo al intensivo de conducción política, entre el final del Medievo y el inicio de la época moderna. Pero, inclusive allí donde el Estado estamental no se transforma directamente en Estado parlamentario, como en Inglaterra, o no sobrevive hasta después de la Revolución Francesa y más allá, como en los Estados alemanes bajo la monarquía constitucional. Ninguna monarquía se vuelve tan absoluta, como se ha señalado en varias ocasiones, que haya suspendido toda forma de poder intermedio (el Estado absoluto no es un Estado total).

La idea de una monarquía moderada tiene una larga vida. La idea de una monarquía controlada por el poder de las órdenes, así como en la teoría de las



formas de gobierno, propuesta por Montesquieu, la monarquía se distingue del despotismo porque el poder monárquico está balanceado por los cuerpos intermedios.

El Estado estamental, como forma intermedia entre el Estado feudal y el Estado absoluto se distingue del primero, por una gradual institucionalización de los contrapoderes y también por la transformación de las relaciones personales, propias del sistema feudal, en relaciones entre instituciones; de un lado, la asamblea del estamento, de otro, el rey con su aparato de funcionarios que allí donde terminan por tener éxito dan origen al Estado burocrático característico de la monarquía absoluta; la diferenciación del segundo radica en la presencia de una contraposición de poderes en conflicto entre sí, que el advenimiento de la monarquía absoluta tiende a suprimir.

Siguiendo las doctrinas de Bobbio, la formación del Estado absoluto se da mediante un doble proceso paralelo de concentración y centralización del poder sobre un determinado territorio. Por concentración se entiende aquel proceso a través del cual los poderes ejercen la soberanía; el poder de dictar leyes válidas para toda la colectividad, el poder jurisdiccional, el poder de usar la fuerza al interior y al exterior excluyendo a cualquier otro, en fin el poder de imponer tributos, son atribuidos por derecho al soberano por los juristas y ejercidos de hecho por el rey y los funcionarios que dependen directamente de él. Por centralización se comprende el proceso de eliminación o de desautorización de ordenamientos jurídicos inferiores, como las ciudades, las



corporaciones, las sociedades particulares, las cuales sobreviven no ya como ordenamientos originales y autónomos sino como ordenamientos derivados de una autorización y por la tolerancia del poder central.

En un capítulo del *Leviatán*, Hobbes (1976: p. 219 ss.), indica que de los sistemas regulares los únicos absolutos e independientes, es decir, los sujetos a nadie más que a sus representantes, son los estados: todos los demás, desde las ciudades hasta las sociedades comerciales, son independientes, esto es, subordinados del poder soberano y legítimos solo en cuanto son reconocidos por él.

5.2.1.1. El Estado representativo

En palabras del profesor Bobbio (2010: 161 ss.), con el advenimiento del Estado representativo, primero bajo la forma de monarquía constitucional y luego parlamentaria, en Inglaterra después de la “gran rebelión”, en el resto de Europa después de la Revolución Francesa, y bajo forma de república presidencialista en los Estados Unidos después de la revuelta de las trece colonias contra la madre patria, se inició una cuarta fase de la transformación del Estado, que dura hasta hoy. Mientras en Inglaterra el Estado representativo nace a continuación del Estado feudal y del Estado estamental mediante la guerra civil y la “revolución gloriosa” de 1688, en la Europa continental nace sobre las ruinas del absolutismo monárquico.



Como el Estado estamental, también el Estado representativo se afirma por lo menos en un primer momento, como el resultado de un compromiso entre el poder del príncipe cuyo principio de legitimidad es la tradición y el poder de los representantes del pueblo (donde por pueblo se entiende inicialmente a la clase burguesa), cuyo principio de legitimación es el consenso. La diferencia del Estado representativo con respecto al Estado estamental radica en el hecho de que la representación por rangos o corporativa es sustituida por la representación de los individuos (en un primer momento solo los propietarios) a los que se les reconocen derechos políticos.

Entre el Estado estamental y el Estado absoluto de una parte, y de otra, el Estado representativo cuyos sujetos soberanos ya no son ni el príncipe investido por Dios, ni el pueblo como sujeto colectivo e indiferenciado, está el descubrimiento y la afirmación de los derechos naturales del individuo, de derechos que todo individuo tiene por naturaleza y por ley, y que, precisamente porque son originarios y no adquiridos, todo individuo puede hacer valer contra el Estado recurriendo incluso al remedio extremo de la desobediencia civil y de la resistencia.

En palabras de Bobbio, el reconocimiento de los derechos del hombre y del ciudadano, en una primera instancia solo doctrinal a través de los iusnaturalistas, luego también práctico y político mediante las primeras *Declaraciones de derechos*, representa la verdadera y propia revolución copernicana en la historia de la evolución de las relaciones entre gobernantes y



governados: el Estado ya no considerado *ex parte principis* sino *ex parte populi*. El individuo es primero que el Estado; el individuo no es para el Estado sino el Estado para el individuo. El presupuesto ético de la representación de los individuos tomados singularmente y no por grupos de interés, es el reconocimiento de la igualdad natural de los hombres; todo hombre cuenta por sí mismo y no en cuanto miembro de éste o de aquel grupo particular.

Que la igualdad natural de los hombres sea el postulado ético de la democracia representativa –continúa Bobbio-, llamada por sus adversarios atomística, no quiere decir que de hecho los Estados representativos la hayan reconocido desde el principio. El desarrollo del Estado representativo coincide con las fases sucesivas de la ampliación de los derechos políticos hasta el reconocimiento del sufragio universal masculino y femenino; el cual, por lo demás, haciendo necesaria la constitución de partidos organizados, modificó profundamente la estructura del Estado representativo, a tal punto que provocó un cambio sensible en el propio sistema de representación que ya no es de los individuos, sino que está permeada por asociaciones poderosas que organizan las elecciones y reciben una delegación en blanco de los electores. Mientras en un sistema político representativo con sufragio restringido los individuos son los que eligen a un individuo (como las elecciones por colegio uninominal), y los partidos se forman dentro del parlamento, en el sistema político representativo con sufragio universal, los partidos se forman fuera del parlamento y los electores seleccionan un partido más que una persona (especialmente bajo el sistema proporcional).



Esta alteración del sistema de representación ha llevado a la transformación del Estado representativo en Estado de partidos en el que, como en el Estado estamental, los sujetos políticos relevantes ya no son los individuos sino los grupos organizados, aunque no organizados con base en los intereses de rango o corporativos sino intereses de clase o presuntamente generales. Las decisiones resultan ser fruto de negociaciones y acuerdos entre los grupos que representan fuerzas sociales (como los sindicatos) y fuerzas políticas (como los partidos) más que de votaciones en asambleas donde rige la regla de la mayoría.

5.2.1.2. Los Estados socialistas

La última fase de la secuencia histórica anteriormente descrita es la del Estado socialista, aunque esto no agota las diversas tipologías de Estado que hoy existen. El Estado representativo como se formó en Europa sigue siendo el modelo ideal de Estado de los últimos tres siglos, en razón, que inspira la mayor parte de Constituciones escritas existentes. Aunque parece más una situación de *iure* que de *facto*, toda vez, que existen muchos Estados que asumieron o han asumido una posición dictatorial, no obstante, denominarse Estados representativos, a lo que ya aludimos cuando hablamos de Constitución nominal y semántica, particularmente ésta última.

Continuando con las tesis de Bobbio, los Estados que no entran dentro de las clasificaciones anteriores son los estados socialistas, comenzando por el



Estado guía, la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). Aunque no existe una definición generalmente aceptada por politólogos del cauce que iba a dar la ex URSS después de superar la fase de la dictadura del proletariado (lo que Marx nominó el camino hacia el comunismo), por lo menos, era una fórmula histórica y doctrinariamente relevante e importante dentro de la teoría política; pues se crítica también que haya sido realmente una república de consejos (soviet), pues lo que se impuso fue una dictadura del partido.

En palabras de Weber, citado por Bobbio (2010: 167), lo que se dio fue el “ineludible advenimiento de un Estado burocrático en un universo completamente colectivizado” lo que constituye una de las interpretaciones más comunes del ex Estado soviético, que se valió en los años del predominio incontrastado de Stalin de la respetable confirmación de Trotsky, que lo considera como “un Estado burocrático dominado por una oligarquía que se renueva por cooptación”.

En palabras de Bobbio, una burocracia administrativa no gobierna. La interpretación del ex Estado soviético como Estado burocrático debe ser complementada por la constatación de que en un universo de estados de partidos como se han afirmado con la institución del sufragio universal y de la sociedad de masas, la diferencia esencial entre las democracias representativas y los estados socialistas está en el contraste entre sistemas multipartidistas y sistemas monopartidistas (resabio del esquema soviético y



mantenido por las aún democracias populares como Cuba). El dominio de un partido único reintroduce en el sistema político el principio monocrático de los gobiernos monárquicos del pasado –según Bobbio- y quizá constituye el verdadero elemento característico de los estados socialistas de inspiración leninista, en contraste con los sistemas poliárquicos de las democracias occidentales. El motor inmóvil del sistema es el partido, este príncipe colectivo que detenta el poder político y el ideológico, y en consecuencia no conoce alguna distinción entre *regnum* y *sacerdotium*; un soberano cuya legitimidad deriva del considerarse el único intérprete auténtico de la doctrina (similar al Estado cristiano).

El análisis de los Estados con partido único omniinvadente y omnipotente ha dado origen a la figura del “Estado total o totalitario” (Bobbio: 2010, p. 168), que por encima de las razones polémicas de las que nació la comparación entre los Estados fascistas y los estados comunistas, históricamente incorrecta, permite la más fiel representación de una organización política que ha venido a menos una línea neta de demarcación entre el Estado y la Iglesia, de un lado (donde por Iglesia se entiende no solamente la esfera de la vida religiosa sino también de la vida contemplativa en el sentido clásico del término y la vida espiritual en el sentido moderno y laico), y entre el Estado y la sociedad civil, de otro, donde por sociedad civil se entiende en términos marxistas la esfera de las relaciones económicas, y que por tanto extiende su control sobre todo comportamiento humano, sin dejar algún intersticio en el



cual se pueda desarrollar, más que ilícitamente, la iniciativa de los individuos y de los grupos.

5.2.2. Extensión del Estado

5.2.2.1. Estado y no-Estado

Para comprender una visión de Estado como un todo, nos podemos referir en palabras del Bobbio (2010: 169), al Estado totalitario, como aquél en donde “toda la sociedad está resuelta en el Estado, en la organización del poder político que reúne en sí al poder ideológico y al poder económico”. En este no hay espacio para el no-Estado. El Estado totalitario representa un caso límite, porque el Estado en su acepción más amplia, que comprende también a la *polis* griega, se ha debido siempre enfrentar al no-Estado en su doble dimensión de la esfera religiosa y de la esfera económica. Un arquetipo de visión total de Estado, lo constituye también el Estado hobbesiano, que subordina la Iglesia al Estado y se atribuye el derecho de prohibir las teorías sediciosas asumiendo el monopolio del poder ideológico, dejando en la más amplia libertad económica a sus súbditos. En sentido inverso, el Estado ético de Hegel, que frecuentemente ha sido interpretado como un Estado-todo, es el momento del Espíritu objetivo, luego del cual está el Espíritu absoluto que comprende las más altas expresiones de la vida espiritual, el arte, la religión y la filosofía.



Seguendo a Bobbio, él señala que, con el advenimiento del cristianismo, el problema de la relación entre la sociedad religiosa y la sociedad política se ha vuelto un problema permanente de la historia europea. Mientras en el mundo clásico el no-Estado bajo la forma, por ejemplo, de la república universal de los estoicos es un ideal de vida, no una institución, con la difusión del cristianismo el no-Estado se vuelve una institución con la que el Estado tiene continuamente que vérselas, un verdadero y propio poder que desde el inicio afirma su supremacía sobre las potestades terrenales con el principio “el emperador está dentro de la iglesia y no por encima de ella” como lo apuntará San Ambrosio. Bajo esta arista el mundo está gobernado de dos formas, por una autoridad sagrada de los pontífices y por la potestad real del soberano. Pero hay que acotar que también la potestad real toma su investidura de Dios. Es por ello, que frecuentemente en la Edad Media se investía al monarca mediante la bendición del sumo pontífice papal. Espera el príncipe extirpar el mal y exterminar a los herejes, pero es privilegio de la Iglesia establecer qué es el bien y qué es el mal, quién hereje y quién no.

Es importante señalar que en una doctrina sobre la primacía del no-Estado, el Estado se resuelve en la determinación y ejercicio legítimo del poder coactivo, de un poder meramente instrumental en cuanto presta sus servicios, indispensable, pero por su misma naturaleza inferior, a una potencia superior. La misma representación instrumental del Estado se presenta cuando el no-Estado muestra sus propias pretensiones de superioridad frente al Estado es la sociedad civil-burguesa. Con la formación de la clase burguesa, que lucha



contra los vínculos feudales y por su emancipación, la sociedad civil, como esfera de las relaciones económicas que obedecen a las leyes naturales, superiores a las leyes positivas (según la doctrina fisiocrática) o en cuanto regulada por una racionalidad espontánea (el mercado o la mano invisible de Adam Smith), pretende desprenderse del abrazo mortal del Estado; el poder económico se distingue netamente del poder político, y al final de este proceso el no-Estado se afirma como superior al Estado, sea en la doctrina de los economistas clásicos sea en la doctrina marxista, aunque con signo axiológico opuesto. Para concluir señala Bobbio (2010: 172): “La principal consecuencia de la primacía del no-Estado sobre el Estado es una vez más una concepción meramente instrumental del Estado, su reducción al elemento que lo caracteriza, el poder coactivo”, cuyo ejercicio al servicio de los detentadores del poder económico debería ser el de garantizar el desarrollo autónomo de la sociedad civil, transformándolo en un verdadero y propio brazo secular de la clase económicamente dominante.

5.2.2.2. Estado máximo y Estado mínimo

La idea de Estado máximo se asemeja al Estado desde la arista de un todo. Aquí concluye el Estado totalitario, pero también otras formas en que de forma más moderada el Estado asume bastas tareas en la producción social. Como por ejemplo, el Estado intervencionista, que da cabida al Estado en la esfera económica al punto de la planificación y desarrollo de la sociedad. Esta idea intervencionista fue debidamente desarrollada bajo el esquema del *welfare*



state que en la Europa continental y Estados Unidos alcanzó niveles bastos de intervención después de la segunda Guerra Mundial. Aún más la idea de Estado máximo alcanzó su firmeza cuando el mismo asume la tarea primordial de dirigir toda la economía lo cual apareció bajo la forma socialista, y, si bien de manera más tenue, en referencia solamente al sistema distributivo y no al productivo, al llamado Estado social o Estado de justicia, promovido por los partidos socialdemócratas.

En palabras de Bobbio (2010: 175), se presentan dos interpretaciones según si se juzgen favorablemente o no las transformaciones acontecidas en referencia al Estado liberal (liberista en lo interior y en todo caso proteccionista hacia el exterior); aquella que algunos intérpretes llaman Estado de justicia social, que corrigió algunas de las mayores deformaciones del Estado capitalista en beneficio de las clases menos favorecidas; es para los críticos de izquierda que no renunciaron al ideal del socialismo o del comunismo, *el Estado del capital*, “el capital que se ha hecho Estado” según Habermas, o, como lo planteará Hiferding, el Estado del capitalismo organizado; y, que los partidarios de izquierda lo hacían anhelar con el asistencialismo social.

El Estado mínimo tiene su expresión en lo ya visto, el Estado eclesiástico que considera al Estado como un brazo secular de la Iglesia, bajo la visión de San Agustín. Y tiene como otra expresión el Estado liberal o burgués, que polémicamente se contrapone al Estado eudemonológico y que al mismo tiempo es laico respecto a la esfera religiosa y abstencionista respecto a la



esfera económica. Los neoliberales hablan de este Estado como Estado de Derecho, el cual debe resguardar únicamente la vida, la propiedad privada y la libertad; no teniendo otro fin más que el de garantizar jurídicamente el desarrollo lo más posible autónomo de dos esferas confinantes, o sea, el más amplio crecimiento de la libertad religiosa y la mayor expansión de la libertad económica.

5.3. Transfiguración del Estado soberano

Partiendo de la hipótesis de trabajo acerca de la relativización de la soberanía vemos que el Estado en la globalización está sometido a una dialéctica contradictoria. Por una parte, las fuerzas y tendencias a su debilitamiento y decadencia, las profecías sobre su extinción. Por la otra parte, se dan la continuidad y el fortalecimiento del Estado soberano e intervencionista, aunque transformado. Ambas opciones coexisten y se entrelazan, se oponen y se refuerzan mutuamente, sin un desenlace que dé la primacía a una sobre la otra. La capacidad reguladora y controladora del Estado sobre la economía depende de la dirección y el grado en que este dilema se resuelva.

El Estado latinoamericano, en palabras de Marcos Kaplan (2012, p. 411), “se debilita e incapacita como agencia de conservación y mero crecimiento y de desarrollo integral. Se desinteresa de un papel autónomo y mediador, representativo e innovador”. No unifica por la fuerza de lo que hace y por sus logros en el desarrollo. Por el contrario, las políticas de autcentralización y



de amplificación del poder estatal, de sostén de minorías privilegiadas de marginalización y despolitización de las mayorías, multiplican contradicciones y conflictos de todo tipo que revierten sobre el Estado, reducen su autonomía, su legitimidad y consenso, favorecen su sometimiento al derecho y a los controles de legalidad y responsabilidad. El Estado es absorbido por la supervivencia inmediata, amenazado por crisis nacionales y mundiales sin precedentes, disminuido en su capacidad de acción hacia adentro y hacia afuera del espacio nacional. Con esto, vemos nuevamente que este debilitamiento del Estado constituye una minoración del concepto pleno de soberanía y su relativización en el esquema internacional, tal y como se planteó en la hipótesis de trabajo.

En estas condiciones, continúa Kaplan (2012, p. 411-412), las intervenciones del Estado se dan en y por la improvisación, la presión de coyunturas y emergencias; resultan inorgánicas y contradictorias; realimentan su irracionalidad y anarquías propias. El Estado usa poco y mal los instrumentos y entes en sus manos. Abdica de sus posibilidades y poderes. No proporciona suficientemente los impulsos, los valores y las normas, las opciones y programas que requerirían una estrategia y una política para el desarrollo y su planificación democrática. El Estado se autolimita en su papel como regulador mínimo y tapa – brechas en relación con los problemas, necesidades e intereses de la sociedad y sus principales componentes. Sus políticas oscilan entre un nacional – populismo – estatizante, y un elitismo – privatista – neocolonialista, o los combina en proporciones variables. Mucho queda librado a la dinámica del mercado y de los intereses privados

predominantes, por una parte, y al arbitrio de las elites y aparatos gubernamentales, por la otra. En fin, la coexistencia entre sector público y privado es dificultosa, y tiende al fortalecimiento del segundo, en detrimento de la autonomía, gravitación y eficacia del Estado.





CAPÍTULO VI



6. Soberanía y globalización en la Teoría General del Estado

6.1. Definición de soberanía

Jean Bodin, citado por Cáceres Rodríguez (2005: 21), consideró que la soberanía era el atributo esencial del poder del Estado, así lo afirmaba “la República es un recto gobierno de varias familias y de lo que les es común, con poder soberano”; dando una formulación jurídica a este poder soberano.

En la democracia –como se afirma puntualmente- la soberanía debe atribuirse al Estado como unidad de poder y acción jurídicamente organizada o también como *persona jurídica*. La unidad del poder del Estado significa que en el territorio de éste no existen facultades soberanas de regulación independientes de él. Cuando en el territorio estatal los órganos de instituciones diversas a las del Estado mismo (por ejemplo, un municipio y otros entes autónomos) ejercen competencias soberanas, éstas les han sido atribuidas por los órganos del Estado y se hallan bajo el poder de disposición de éstos (recaltar la potestad legislativa como la creadora, modificadora de los entes relacionados).

La soberanía reside en el pueblo como criterio democrático fundamental que rige el verdadero acto de poder estatal, como única fuente de legitimación del Derecho y de la Administración. La Constitución y demás normas jurídicas

deben distribuir entre diversos órganos del Estado las funciones de legislación, administración y jurisdicción (principio de división de poderes).



6.2. Concepción jurídica y política de soberanía

6.2.1. La soberanía como propiedad del poder del Estado

Esta postura es planteada por Hans Kelsen (1988): “La moderna Teoría política explica la soberanía como una propiedad del poder del Estado y, por tanto, indirectamente, como propiedad del Estado mismo, desde el momento que lo identifica con su poder” (p.170).

Es sabido que uno de los elementos esenciales del Estado lo constituye el *poder político o estatal*, al cual le es inherente el concepto de *soberanía*.

Para Kelsen, que el poder del Estado sea soberano, significa que es un poder supremo, que sobre él no hay ningún otro poder; y cuando se habla del poder como *voluntad*, quiere decirse que no hay sobre ella ninguna voluntad superior.

La soberanía del poder del Estado significa que éste es un orden supremo, que no tiene sobre sí ningún orden superior, puesto que la validez del orden jurídico estatal no deriva de ninguna norma supraestatal. Pero si el Estado es soberano en cuanto orden jurídico, se liquida la vieja cuestión en torno a si la

soberanía es una propiedad del Estado o del Derecho. La soberanía es propiedad del Derecho por ser propiedad del Estado.



6.2.2. La soberanía como exclusividad de la validez de un sistema normativo

Según Kelsen (1988):

Que el Estado sea soberano significa que se excluye, desde el principio, la posibilidad de plantearse la cuestión acerca de un fundamento de la validez situado fuera del sistema. Y el problema de la positividad del Derecho coincide con el de la soberanía del Estado, en tanto que el principio de la positividad se dirige contra el principio jusnaturalista que trata de demostrar la 'justicia' del orden jurídico, es decir, su correspondencia con una norma dictada por la razón, por Dios, etc., y en todo caso situada fuera del Derecho positivo y de favorecer este acuerdo como si fuese esencial al Derecho. (p.172)

No obsta en nada a la positividad del sistema el hecho de que, para ello, precise la ayuda de una hipótesis, la cual es una *norma hipotética*, que no está situada propiamente dentro del sistema de las proposiciones jurídicas positivas, porque fundamenta dicho sistema; y no es una norma "positiva" sino "supuesta", constitutiva de la unidad de todas las normas positivas. Es la norma fundamental o norma hipotética, la cual, en cuanto hipótesis, tiene que ser introducida por el conocimiento jurídico para poder comprender como elementos del mismo sistema de "Derecho", tanto el material que ha de ser

calificado de jurídico, como los hechos que han de ser interpretados como actos jurídicos.



6.2.3. La soberanía como expresión de la unidad de un orden

Siguiendo a Kelsen la expresión del sistema normativo constituye el Estado o el Derecho. La expresión de esta unidad es la soberanía del Estado. La inevitable consecuencia es la exclusiva validez de ese orden.

Desde el punto de vista epistemológico, la unidad del mundo del Derecho es de la misma especie que la unidad de la naturaleza. Desde ese punto de vista solo hay naturaleza y no puede haber más que naturaleza, del mismo modo, desde el punto de vista jurídico, no puede haber más que Derecho y solo puede ser *dado* lo que puede determinarse con arreglo a la propia legalidad específica del Derecho: la ley jurídica.

De este modo:

La soberanía es la expresión de la unidad del sistema de Derecho y de la pureza del conocimiento jurídico. (...) el Estado tiene que ser el único ente jurídico, desde el momento que se le afirma soberano, que se le eleva a una esfera absoluta y se le presupone como el más alto ser jurídico. (Kelsen, 1988, p.176)



6.2.4. Soberanía en el ámbito interno y externo

Para Kelsen, cuando se designa el poder del Estado como *poder supremo*, se procura en seguida atribuir a este superlativo una significación meramente *relativa*. El Estado, como voluntad positivamente supraordinada, es un *poder supremo* únicamente respecto de los hombres y agrupaciones humanas que forman parte integrante de él: soberanía en el Derecho interno.

Frente a las agrupaciones que no integran al Estado en cuestión, sobre todo frente a los restantes Estados –Derecho internacional-, ya no está superordinado, sino coordinado; es *supremo* en sentido negativo: es independiente.

Siguiendo al jurista vienés, la idea de que el Estado solo sea un *poder supremo* en el interior, mientras que en el exterior sea únicamente *independiente*, por ser un poder coordinado con los restantes Estados situados fuera de su esfera, solo es posible bajo el supuesto de que los Estados están coordinados, es decir, situados bajo un mismo orden que determina sus relaciones recíprocas y señala a cada uno el puesto que debe ocupar dentro del mismo sistema; por tanto, bajo el supuesto de que sobre todos los Estados existe un orden jurídico común, frente al cual los distintos Estados no representan sino órdenes parciales delegados.



6.2.5. La soberanía como ilimitabilidad del poder del Estado

Siguiendo a Kelsen (1988):

Si el Estado es soberano, todas las restantes comunidades, como, en general todas las personas, no son sino órdenes parciales del orden jurídico estatal que comprende a todos los demás, delegando en ellos una suma de competencias. Solo la unidad del orden totalitario, la persona del Estado soberano, puede constituir el punto final de la imputación, en función de la cual puede interpretarse una determinada conducta humana como acto de la comunidad. (p.180)

La unidad de los órdenes parciales, en especial la unidad de ese orden parcial constitutivo de la persona física, no representa sino puntos provisionales, puntos de tránsito de la imputación, la cual aspira incesantemente hacia una unidad última, definitiva. Que el Estado soberano constituya el punto final de la imputación, significa que su voluntad es *libre*, porque no se halla determinada, ni es susceptible de serlo, por ninguna voluntad superior.

6.2.6. Concepto jurídico material de la soberanía

Según Kelsen (1988): “la soberanía del Estado significa que el orden jurídico estatal es supremo, comprendiendo a todos los restantes órdenes parciales, determinando el ámbito de validez de todos ellos, sin ser a su vez determinado por ningún orden superior: es un orden unitario y único, desde el momento



que excluye a los restantes órdenes. En este sentido, la soberanía es un concepto formal, un concepto jurídico esencial, y este concepto formal ha de ser considerado como el concepto primario y fundamental de la soberanía” (p.182).

Una vez distinguido entre el Derecho de la soberanía interior y el de la exterior, se acostumbra a derivar de la primera el derecho del Estado a organizarse políticamente, a darse una constitución o, lo que es lo mismo, leyes constitucionales; junto a éste se señala el derecho de darse leyes en general, si bien el primero no sería más que un caso especial de este último derecho. El derecho del Estado a ejecutar estas leyes suele recibir las denominaciones de “derecho de autarquía y autonomía”, “derecho de regirse y administrarse por sí mismo”, “derecho a la organización y funcionamiento del aparato de la administración”, “derecho de jurisdicción”; pero ninguna de estas denominaciones especifica suficientemente el contenido del derecho de ejecución de las leyes.

Siguiendo a Kelsen, entre los derechos de la soberanía ‘en el exterior’ o derecho de independencia, se cuenta el derecho a mantener relaciones con los demás Estados y nombrar, a este fin, representantes plenipotenciarios; el de comerciar libremente, el de embajada; el derecho de declarar y hacer la guerra, el de negociar tratados; además, el derecho a la igualdad, el derecho al respeto debido, el derecho a la integridad del territorio, etc. Muy especialmente se señalan el derecho a excluir, dentro del propio territorio, toda acción política



de otro Estado, el derecho del Estado a no ser enjuiciado ante ninguna jurisdicción extraña, el derecho del Estado a que sus representantes diplomáticos estén exentos del poder del Estado que los recibe (extraterritorialidad); el derecho del Estado a proteger a sus súbditos residentes en país extranjero.

Por eso la soberanía, como conjunto de todos los derechos particulares de soberanía, no es otra cosa que el Derecho objetivo internacional, incluyendo el orden jurídico del Estado garantizado por el Derecho internacional, en tanto que, de ese modo, son protegidos los intereses de cada Estado o, más concretamente, los intereses de los hombres que constituyen cada Estado.

El Estado es llamado por el Derecho internacional y por eso se le llama 'soberano', es decir, a resolver por sí, por sus propios órganos, si ha sido violado en sus derechos por otros Estados y si, en consecuencia, debe llevarse a cabo la reacción del Derecho de gentes, la guerra, lo cual es declarado por el máximo órgano de representación, el Congreso Nacional o el Parlamento. Por consiguiente, el Estado es, por el Derecho internacional, juez en sus propios negocios, y contra sus decisiones no hay recurso jurídico ulterior –también por determinación del mismo-.

Admitida la existencia de un Derecho internacional superior a los Estados, los actos jurídicos que la citada teoría en torno a la soberanía reputa realizados por los órganos propios del Estado son obra, en verdad, de los órganos propios



del orden jurídico internacional, y aquéllos no pueden dejar de ser órganos propios suyos por el hecho de que los hombres que encarnan esa cualidad sean al mismo tiempo órganos del orden jurídico interno. Si éste es supuesto como supremo, no admitiendo sobre sí un orden internacional que le delegue, entonces los órganos que realizan los actos jurídicos en cuestión no pueden ser considerados sino como órganos propios del Estado.

La teoría dominante del Derecho político y del Derecho internacional trata de precisar que el intento de resolver la soberanía en una multitud de contenidos particulares se reduce a que la soberanía –de acuerdo con Jellineck- se transforma de propiedad del poder del Estado en el mismo poder del Estado.

6.2.7. Abuso político del concepto de soberanía

El concepto jurídico material de la soberanía posee la tendencia manifiesta a expresar no solamente una cualidad jurídica, sino también, y quizá solamente, una cualidad fáctica, natural. Salta a la vista el abuso político que se comete con un concepto científico. Ello resalta aún más claramente cuando se aplica el principio de soberanía como postulado de un máximo de poder efectivo. El poder del Estado no debe ser ni demasiado débil ni excesivamente fuerte. Así como el poder demasiado débil del Estado es incompatible con su soberanía, su poder excesivo es incompatible con la soberanía de los restantes.

Para Kelsen (1988):



La historia del concepto de soberanía demuestra cómo dicho concepto ha estado, desde el principio, más al servicio de los propósitos políticos de los gobernantes que de la finalidad del conocimiento científico del Estado. Más que ningún otro, el concepto de soberanía ha constituido el manto teórico para encubrir postulados enteramente prácticos, de tal manera que su historia es un ejemplo clásico de ese sincretismo metódico que amenaza con dar al traste con el carácter teórico de la ciencia del Derecho y, al mismo tiempo, es una muestra de la funesta confusión entre los puntos de vista político-morales y jurídicos, y psicológicos, sociológicos y jurídicos. (p.189)

En el concepto de 'autarquía' de la política griega y en el de '*majestas populi Romani*' desarrollado por los romanos, se encuentra ya ciertos elementos de la noción de soberanía. En la teoría medieval aparece como '*Imperium romanum*'. Surgió en Francia la doctrina según la cual la soberanía pertenece a la esencia del Estado el que su poder sea supremo e independiente. Es en extremo característico –según Kelsen– que la teoría de la soberanía, que en Jean Bodin apareció conscientemente como una doctrina en torno a la esencia del Estado, se puso pronto al servicio de intenciones políticas concretas, que se hallaban en contradicción con el Derecho positivo hasta entonces vigente.

El principio de la soberanía, en el sentido de la soberanía del príncipe, llegó a ser un medio espiritual de lucha, de eficacia extraordinaria para robustecer la Monarquía absoluta centralista. Ese principio es la expresión de un Derecho natural autocrático (propio del pensamiento hobbesiano), a diferencia del Derecho natural democrático (del pensamiento de Locke y Rousseau). Puede



decirse que el Estado democrático es el 'verdadero' Estado, que la democracia es la única forma de Estado que está de acuerdo con la naturaleza de éste: tal es la médula de la doctrina de la soberanía popular, a través de las múltiples variaciones que ha sufrido desde la Edad Media hasta nuestros días. Puesto que el Estado es el pueblo, el poder radica en éste, es decir, pertenece 'propiamente' al pueblo, que o bien lo ejerce por sí mismo, o lo traslada a un parlamento o a un monarca, los cuales, a su vez, no son sino sus servidores.

6.3. Globalización

El concepto de globalización ha sido utilizado para describir la dinámica actual del sistema internacional, el cual se caracteriza por un creciente grado de integración entre los distintos actores, factores y niveles que lo conforman.

Desde su utilización este término ha sido ampliamente debatido, es por ello que para tener una mejor comprensión del mismo es necesario consultar autores como Anthony Giddens, Marcos Kaplan, David Held y Anthony McGrew –entre otros-, quienes plantean diferentes posturas acerca de los antecedentes y antigüedad del concepto, su significado, sus principales procesos, efectos y consecuencias inmediatas.

Para Held y McGrew el término globalización empezó a ser utilizado hacia finales de la década de los 60's y principios de la década de los 70's, período en el cual el sistema internacional observó una creciente interdependencia



económica y política, a la vez que se planteó la necesidad de formular explicaciones a fenómenos locales y/o nacionales en función de acontecimientos externos e/o internacionales.

El uso de dicho concepto “se expandió y generalizó en la década de los 80’s, estableciéndose en campos tan diversos como la economía, la ciencia política, la sociología, las relaciones internacionales y las artes” (Kaplan, 2000, p.13). Ello fue posible gracia a la difusión de los medios de comunicación masiva y a la creación de innovaciones tecnológicas.

A pesar del uso contemporáneo del concepto, autores como Marcos Kaplan (2000, p.17), al hablar específicamente de los antecedentes de la globalización se remontan incluso al origen del hombre y al desarrollo de las principales instituciones que actualmente conforman el sistema internacional:

La serie de fases precedentes de los fenómenos hoy agrupados bajo la rúbrica de globalización se inician con el origen mismo de la especie humana. Los primeros homínidos inician el proceso integrador global al abandonar el hoy llamado Cuerno de África hacia la cobertura del planeta. En el mismo proceso se van dando la creación y evolución de instituciones que irán cumpliendo grandes papeles en el proceso de la hoy llamada globalización: lenguaje, intercambios, mercados, normas jurídicas para contratos, moneda, etcétera.

Giddens (1991, p.15), habla de la globalización a partir del inicio de la modernidad, noción que se refiere a los modos de vida u organización social



que surgieron en Europa alrededor del siglo XVII y cuya influencia posteriormente los ha hecho más o menos mundiales; ésta se caracteriza por la celeridad excepcional con las que las condiciones se transforman, por la interconexión que ha supuesto la supresión de barreras de comunicación entre las diferentes regiones del mundo, y por la naturaleza intrínseca de las instituciones modernas.

Giddens considera que la globalización toma forma a partir de la expansión de un modo de producción específico, el capitalismo, cuya universalización se ha hecho más visible gracias a la creación de nuevas tecnologías y de nuevos productos, a la recreación de la división internacional del trabajo y a la mundialización de los mercados; factores que fueron desarrollados notoriamente a partir de una época particular, es decir, a partir del debilitamiento del comunismo.

Según estas consideraciones, el final de la Guerra Fría y la Caída del Muro de Berlín en 1989 son momentos clave para la globalización, porque el colapso del comunismo significó la expansión del libre mercado y la creación de una economía mundial, promoviendo de esta manera una mayor interacción –en primera instancia económica- entre los miembros del sistema internacional.

Carlos Vilas sostiene que la globalización es un proceso marcado durante los últimos 500 años; sin embargo, cobra auge en el capitalismo como modo de



producción intrínsecamente expansivo respecto de territorios, poblaciones, recursos, procesos y experiencias culturales.

Para dar una concepción de lo que es globalización, nos permitimos brindar una dada por Isidro Morales (1995), quien plantea:

La globalización remite a un estado de interdependencia compleja, en donde los procesos particulares, sean éstos económicos, políticos, financieros e incluso socio culturales, interactúan con procesos transnacionales, ya sea en forma de refuerzo o confrontación. La globalización resulta así un proceso de interacción entre lo particular y lo general en campos específicos de las relaciones internacionales, sobre todo en la esfera financiera, productiva, comercial, política y cultural. (p.287)

Como se puede observar, el concepto de globalización es utilizado para describir la creciente interdependencia que observan los agentes del sistema internacional, a su vez, está interdependencia también está relacionada con una mayor correlación entre lo local y lo externo, es decir, los asuntos locales son cada vez más afectados ya sea de una manera directa o indirecta por lo que sucede en el exterior y viceversa.

Esto también se refiere a una multidimensionalidad cada vez más notoria; la política, la economía, la cultura, la tecnología, etc., son factores de distinta índole que, sin embargo, se relacionan y se influyen entre sí al compartir una característica común, a saber, son fundamentales en el desarrollo del sistema internacional.



Se puede conceptualizar globalización como el creciente grado de integración y correlación entre los distintos actores, sectores –económico, político, cultural, social, etc.- y niveles –local y/o nacional y exterior y/o internacional- del sistema.

6.3.1. Globalización económica

La globalización económica se identifica con los flujos financieros de bienes y servicios, sin importar las fronteras políticas, con tiendas abarrotadas de productos provenientes de diversas partes del mundo, y hasta se incluyen los costos de procesamiento de información a través del internet. La transnacionalización económica ha encontrado facilidades con la disminución de las regulaciones estatales, lo que ha permitido un abatimiento de costos que se ha reflejado más en las transacciones realizadas por el capital financiero. Las políticas públicas que han buscado la desregulación o liberación de los mercados internos o nacionales se remontan a principios de los años setenta. Según Vite Pérez (En: <http://www.scielo.org.mx/pdf/fn/v12n23/v12n23a6.pdf>, consultado 24.08.2018): “Alemania abolió los controles en 1973, Estados Unidos en 1974, Inglaterra en 1979, Japón en 1980, Francia e Italia en 1990”.

La aceleración de las actividades comerciales transnacionales no es en realidad un fenómeno nuevo. Después de la segunda Guerra Mundial, el comercio mundial se incrementó junto con el desarrollo de corporaciones multinacionales que tuvieron su auge en los años cincuenta y sesenta. Lo nuevo radica, en



términos generales, en un impulso a las tecnologías de la computación que permiten a las firmas o empresas manipular información de manera confidencial para aprovechar las ventajas del comercio. Al mismo tiempo se ha acelerado la volatilidad de los mercados financieros que tiene su origen en el abandono de las reglas monetarias establecidas en los Acuerdos de Bretton Woods de 1944, permitiendo la desregulación de los movimientos de capitales.

En palabras de Vite Pérez, la globalización económica representa el fin del Estado como principal regulador de la actividad económica y del mismo mercado. Esto fue producto de la crisis del Estado de bienestar en los países desarrollados, cuando dejó de garantizar el crecimiento económico y el pleno empleo. En los países denominados de Tercer Mundo, el modelo de intervención estatal basado en políticas proteccionistas, se agotó, lo cual se manifestó como una crisis de la deuda externa.

Con la atenuación de la amenaza nuclear que se atisbaba en la guerra fría, junto con la imposibilidad de detener las consecuencias negativas derivadas del avance de la desigualdad socioeconómica en el mundo, al Estado se le ha asignado la tarea de represión de las acciones contrarias a la cohesión social y la detención del flujo de migrantes que buscan mejores condiciones de vida en los países desarrollados.

La remoción de las regulaciones estatales en el mercado nacional favorece la movilidad del capital, que siempre ha buscado eludir los controles normativos e



institucionales que evitan el aprovechamiento de las ventajas de localización de transporte y comunicación, de asociación entre firmas, de fragmentación de los procesos productivos, todo avalado por las instituciones financieras internacionales con el apoyo de los diferentes gobiernos de los países desarrollados.

En palabras de Vite Pérez (En: www.scielo.org.mx/pdf/fn/v12n23/v12n23a6.pdf, consultado 24.08.2018): “la globalización económica conlleva cambios, transformaciones, rupturas, destrucciones que afectan, a su vez, la experiencia vital de los habitantes del mundo, su sistema de valores y de percepción de los hechos que suceden más allá de sus fronteras, gracias a la existencia de los medios de comunicación”. Los avances científicos y tecnológicos han acelerado y cambiado patrones de producción y reproducción de la vida social. Se trata de un proceso no lineal sino multidimensional que la ideología neoliberal reduce a una subordinación de la vida social a la lógica mercantil, al mercado.

En conclusión, siguiendo a Vite Pérez, la globalización económica identificada con la racionalidad mercantil condena el pasado histórico en nombre de un futuro más promisorio llamado modernidad. El programa económico neoliberal ha individualizado las relaciones sociales.



6.3.2. Globalización jurídica

El proceso de globalización está causando transformaciones o planteando desafíos en la normativa interna de los Estados como en el orden internacional.

- Peña Torres (En: http://www.anepe.d/3_foro/columna_pegna.htm, consultado 24.08.2018) identifica el impacto jurídico del proceso de globalización con dos fenómenos: La pérdida de potestades del Estado-nación, y la creciente importancia del reconocimiento y respeto universal de los derechos de la persona humana, no solo en su vertiente tradicional de derechos individuales sino que en el amplio espectro de los derechos económicos, sociales y culturales, como de los intereses colectivos y difusos que se relacionan con ellos.

Al respecto, Peña Torres considera que los mismos, traen consigo las siguientes consecuencias, desde el punto de vista de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados: “a) La elevación del rango normativo de los tratados internacionales que versan sobre derechos de la persona humana; y, b) La superación del principio de la territorialidad del juzgamiento en el caso de nuevos delitos o crímenes cuya persecución interesa a toda la humanidad”.

Según la opinión de esta autora, por las consecuencias de las guerras del siglo XX, se aprecia una tendencia de reforzar la protección de los derechos

fundamentales de la persona, en cuanto expresión de su dignidad sustancial, marcada fuertemente.



Derivado de lo anterior, nos indica Fuentes Gantenbein (2010: 86), los ordenamientos constitucionales se ven en la necesidad de complementar el catálogo de derechos que aseguran a todas las personas en términos no solo de garantizar los que son más tradicionales –como los derechos individuales y sociales-, sino que además aquellos otros, como el derecho a un ambiente sano y el derecho a la protección al consumidor o como el derecho a la paz y a la solidaridad entre los pueblos o los derechos lingüísticos.

A lo anterior, agrega, que en materia de Derechos Humanos, existe un cambio a nivel mundial en cuanto a la protección de los mismos, al extremo de crearse sistemas regionales para hacer más eficaz su protección. Por otra parte, existe una participación directa de otros Estados tratando de proteger y restaurar los Derechos Fundamentales de ciudadanos de otros Estados, cambiando así los paradigmas establecidos por el Derecho Internacional. Es así como dentro de las transformaciones que han ocurrido a nivel global, además de la creación de Tribunales de Derechos Humanos internacionales con una jerarquía supranacional, se han creado instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos, a los cuales una gran mayoría de Estados les confieren categoría de constitucionales, o bien son considerados como parte del llamado bloque de constitucionalidad; situación que se asemeja al orden guatemalteco

según jurisprudencia sentada por la Corte de Constitucionalidad al interpretar los artículos 44 y 46 de la Constitución Política de la República.



Por otra parte, los Estados también tienen un papel protagónico en la defensa de los derechos humanos, al extremo, que pueden, por medio de medidas económicas, sancionar a otros países directamente para obligarlos a cumplir con su normativa constitucional, en defensa de sus ciudadanos. El esfuerzo conjunto y separado de los Estados para promover y proteger los Derechos Humanos, evidencian la voluntad de evitar la guerra, construir la paz y defender la dignidad de la persona para que pueda realizarse plenamente como ser humano, y en consecuencia, pueda contribuir con el desarrollo del mismo Estado.

Peña Torres, en la página citada, hace referencia a la pérdida de potestades del Estado – nación, la cual tiene varias consecuencias:

- a) La existencia de pugnas entre el ordenamiento constitucional interno y el derecho comunitario;
- b) La tendencia a generar nuevos mecanismos normativos, de carácter supranacional, acorde al desarrollo de los procesos de integración;
- y c) el imperativo de efectuar modificaciones constitucionales y legales como consecuencia de las resoluciones adoptadas por Tribunales Internacionales.

Las resoluciones dictadas por tribunales internacionales que en forma creciente, han ido abordando la resolución de cuestiones que hasta hace

escaso tiempo, eran competencia exclusiva de las jurisdicciones nacionales (como lo veremos posteriormente con relación a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), y que instan asimismo, la modificación de los ordenamientos internos de los Estados.



Estos tribunales internacionales, generalmente, tienen una competencia regional y su fin es velar por el cumplimiento de tratados internacionales, especialmente en materia de derechos humanos, integración o cooperación internacional.

A esto se puede agregar, que bajo la arista de la globalización económica, la participación de organismos internacionales como la Organización Mundial del Comercio o el Fondo Monetario Internacional, constituyen una injerencia directa en la política económica de los Estados. Sus decisiones deben ser cumplidas, bajo sanciones tales como la no concesión de préstamos o la imposibilidad de obtener ayuda para lograr obtener un crecimiento económico como pasa con el segundo organismo, o bien, la prohibición de comercializar ciertos productos y sanciones económicas en el caso del primero. A criterio de Fuentes Gantenbein (2010: 87):

Antiguamente, los Estados eran recelosos de la intervención de otro Estado en las políticas públicas; ahora son otros los actores que intervienen. El concepto de soberanía pareciera tener un contenido flexible, y la intervención, parece haberse transformado en un sinónimo de cooperación.



Concluye Fuentes Gantenbein, que el impacto más grande que tiene la globalización en lo jurídico, es en el ámbito del Derecho Constitucional, el cual ha sufrido una transformación de tales dimensiones, que es imperativo actualizar los conceptos tradicionales, como el de soberanía, para adaptarlos a una nueva realidad. También es necesario que los Estados realicen los cambios necesarios en la normativa constitucional, para estar actualizados ante la realidad.

6.3.3. Globalización política

Un fenómeno paralelo a la globalización económica y jurídica, es la política, como los Estados ven en desmedro su soberanía ilimitada en pro de circunstancias geopolíticas y regionales. Para Andrés Mora (2009) hay cuatro elementos imprescindibles para ofrecer un concepto suficientemente válido sobre la globalización:

1. Observarla desde el marco general de la modernidad con el fin de aprehender toda su complejidad y sustento histórico;
2. Entenderla como un constructo o artificio social en que se involucra la sociedad en su totalidad y en el que se presentan diversas relaciones de poder, resistencias y conflictos;
3. Comprenderla como un proceso dinámico en permanente cambio y transformación en que la sociedad remodela su relación con el tiempo y el espacio; y,
4. Percibirla como un proceso que envuelve diversas dimensiones (políticas, económicas, sociales, ambientales, jurídicas y culturales) y varios niveles territoriales (local, nacional, regional y global). (p. 27)



Andrés Mora sostiene, con base en los anteriores elementos, que la globalización contemporánea constituye el proceso moderno de extensión del espacio socialmente construido en cuyo interior se profundizan y complejizan las relaciones sociales debido a la novedosa relación que establece la sociedad con el tiempo y el espacio. Con el tiempo, a través del carácter simultáneo e inmediato que adquieren las relaciones, y con el espacio mediante los procesos de comprensión espacial y las relaciones que se presentan entre lo local, lo nacional, lo regional y lo global.

Desde esta perspectiva, el espacio global socialmente construido no debe ser entendido únicamente como consecuencia del desarrollo de una esfera social en particular (tecnología, ciencia, política, economía) sino como el escenario producido por la sociedad en su totalidad; es decir, por las relaciones de fuerza, resistencia y poder que determinan el avance tecnológico, el auge y la caída de los modelos científicos, el desarrollo de las fuerzas productivas, la aparición y consolidación del capitalismo neoliberal, el fin del mundo bipolar y el desmonte del Estado de bienestar. Esto significa –sigue apuntalando Mora (2009: 28)- “que la globalización contemporánea, además, de constituir un proceso multiescalar es, igualmente, un proceso multidimensional en sus causas y consecuencias”.

Adicionalmente, la importancia de comprender el espacio global como un producto social, y la necesidad de entender la globalización como un proceso y no como una situación social acabada, radica en la posibilidad de observar



todas las dinámicas evolutivas, conflictivas y ambivalentes que la conforman, pues de otra manera, no podría ser aprehendida toda su complejidad, ni el impulso permanente de cambio y movimiento que la acompaña, y que determina su profundo vínculo con la incertidumbre y la inseguridad, en detrimento del orden y la estabilidad.

Es necesario concretar la relación entre globalización y política en el mundo contemporáneo. Es dable preguntarse ¿cuál es el carácter del espacio político mundial contemporáneo y como afecta al Estado? En otras palabras: ¿Cómo afecta la existencia o inexistencia de un orden global la configuración del Estado contemporáneo y sus posibilidades de acción?

En particular –dice Mora-, cuando se exploran las dimensiones políticas de la globalización contemporánea, recurrentemente aparecen tres objetos de estudio que, aunque se encuentran profundamente relacionados, son posibles de clasificar de la siguiente manera: las teorías sobre la constitución de un nuevo orden global, la crisis del Estado en el marco de la globalización y, finalmente, el tránsito del Estado de bienestar al Estado mínimo, reducido en sus funciones políticas, económicas y sociales que prevalece en la actualidad.

Es importante atisbar una perspectiva que aborde lo político en la globalización desde dos elementos (Mora: 2009, p. 29): “primero, los cambios institucionales que se han presentado en términos del fin del orden bipolar y el desmonte del Estado de bienestar y, segundo, el carácter de las interacciones



socio-políticas que a nivel global condicionaron dichas transformaciones institucionales”. En otras palabras, la globalización política busca presentar un análisis que integre elementos institucionales y aspectos socio-políticos de la globalización con el fin de ofrecer una alternativa teórica que encuentre los efectos que sobre el Estado genera la existencia o inexistencia de un orden global en el marco de la finalización de la Guerra Fría, y la relación que estos efectos poseen con el desmonte del Estado de bienestar y el tránsito a Estados liberales y tecnocráticos de mercado.

6.4. Relativización del proceso formal de soberanía en razón de la globalización económica, jurídica y política

6.4.1. Incidencia de los Tratados de Libre Comercio

Para Fuentes Gantenbein (2010: 202), un Tratado de Libre Comercio (TLC) es:

Un acuerdo comercial regional o bilateral para ampliar el mercado de bienes y servicios entre los países participantes. Básicamente, consiste en la eliminación o rebaja sustancial de los aranceles aduaneros para los bienes entre las partes y acuerdos en materia de servicios. Este acuerdo se rige generalmente por las reglas de la Organización Mundial del Comercio (OMC) o mutuo acuerdo entre los países participantes.

Un TLC no necesariamente conlleva una integración económica, social y política regional; aunque últimamente han incluido cláusulas de política fiscal y



presupuestaria, así como el movimiento de personas y organismos públicos comunes, elementos ausentes primariamente en un TLC.

Es interesante subrayar que aunque el fin de un tratado es el comercio, éstos o sus acuerdos complementarios contienen normas o cláusulas protectoras en materia de Derechos Humanos. Es así, que en ellos podemos encontrar protegida la propiedad intelectual, el medio ambiente o derechos sociales relativos al tema laboral, entre otros.

Los Tratados de Libre Comercio entre Estados Unidos y los países de Latinoamérica, han puesto en contacto los sistemas del *common law* y del *civil law*; dos tradiciones jurídicas cuya estructura, conceptos y prácticos son distintos.

Según Mary Glendon –citada por Fuentes Gantenbein (2010: 210)- una de las mayores diferencias entre estos dos sistemas, es la función judicial: “porque en el *civil law* el juez solo puede decidir en el caso concreto; en el *common law*, el juez decide el caso concreto, pero también da una guía de cómo pueden resolverse casos similares en el futuro”.

El efecto de comunicación de estos dos sistemas jurídicos se encuentra en todos los tratados y tienen su clara manifestación en algunas instituciones que, debido a la manera en que los tratados se incorporan al derecho interno de los

países latinoamericanos, se introdujeron cambios directamente en sus sistemas jurídicos.



En los procesos de integración económica, los Estados – nación tienen la facultad de proteger sus intereses y a la vez ser más competitivos en el proceso de globalización. Como lo dice Mangas Martín, et.al., (2002: 42): Es innegable que existen presiones para modificar los ordenamientos jurídicos de los Estados como consecuencia de la suscripción de acuerdos comerciales propios de los procesos de cooperación y de integración económica; o en el caso de la Unión Europea, derivado de las obligaciones y compromisos que han adquirido derivado de la suscripción de Tratados.

En este sentido y dependiendo del tipo de acuerdos se han distinguido dos situaciones básicas, indica el autor citado en el párrafo anterior: El caso de la integración económica y política representada por la Unión Europea que persigue establecer un mercado común. En este caso, la homologación de la normativa laboral y social de los Estados miembros viene a constituir la consecuencia lógica de la existencia de un mercado de trabajo en común.

En la situación derivada de los Tratados de Libre Comercio, resulta necesario resaltar lo que estipula el Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre Canadá, Estados Unidos de América y Estados Unidos Mexicanos – TLCAN NAFTA-, que trata de reducir, e incluso, eliminar las barreras técnicas y arancelarias para la libre circulación de bienes entre los países signatarios, no



es frecuente que estos acuerdos contemplen normas de carácter laboral o medio ambiental. Sin embargo, el NAFTA sí lo hizo por la vía de un acuerdo complementario que lleva a la adecuación de las legislaciones de los Estados miembros. Como se puede observar, hoy en día, los tratados de libre comercio no se limitan estrictamente a lo comercial, porque al tratar de unificar u homologar la normativa laboral y social de los Estados, protegen los Derechos Humanos.

Dentro de los retos jurídicos que deben enfrentar los Estados frente al fenómeno de la globalización producto de tratados de libre comercio, estriba en las resoluciones dictadas por tribunales internacionales, que han ido abordando temas que hasta hace poco tiempo eran propios de las jurisdicciones nacionales y que en ciertos casos pueden contradecir los ordenamientos jurídicos internos de los Estados; por lo que se requiere de una cesión de competencias de los mismos, para que estos tribunales puedan funcionar; es lo que en Derecho interno se ha denominado cesión o abandono de soberanía.

Por otro lado, podemos ver, según Fuentes Gantenbein (2010: 212), que la Organización Mundial del Comercio (OMC) cuenta con un conjunto de reglas bien desarrolladas. La denominación de reglas, obedece a que este concepto es menos rígido; el grado de flexibilidad deseada para las reglas es un tema discutido. En ocasiones, algunos autores sugieren que ciertas disposiciones sean elevadas a un rango constitucional e incorporadas en sistemas jurídicos



nacionales. Pero esto tiene problemas de política y el riesgo de rigidez de las reglas. La negociación y solución de controversias constituyen el mecanismo dominante para la resolución de diferencias, pero la clave se encuentra en la percepción de los participantes.

En opinión de John Jackson (2009: 224 y 236) el análisis sobre el reparto del poder, en especial frente a las necesidades de mecanismos corporativos internacionales en el mercado globalizado no pueden agotarse en la OMC. Además, deben considerarse otras alternativas que pueden incluir instituciones diferentes a las multilaterales, como las instituciones regionales.

Continúa indicando, que también debe evitarse el monopolio del poder, es decir, debe evitarse que se concentre mucho poder en alguna parte del sistema, incluyendo al sistema de solución de diferencias. Para esto podría pensarse también en un sistema de pesos y contrapesos, pero esta solución podría socavar la credibilidad del sistema de solución de diferencias. El autor citado considera que debe evitarse el veto político de un caso específico.

En conclusión, se puede observar que la globalización económica vía tratados de libre comercio y acuerdos regionales o multilaterales es un proceso irreversible. Como señala Guerrero Aguirre –citado por Mario Castro (2014: 83) “en la actualidad existe una cesión de funciones del Estado por medio de tratados y convenios internacionales con otros Estados, procurando la apertura



económica que, por lo que se ve, ciertamente es un proceso universal e irreversible para la humanidad”.

Por esta razón, es aceptable la idea referida de Yehezkel sobre que lo mejor sería que los pueblos del mundo aceptaran que el destino de la humanidad solo puede ser aquel que reúna a todos, con tolerancia, con respeto y una visión integradora de las soberanías interdependientes de cada Estado, buscando ya no la razón del Estado sino la razón de la humanidad.

Por otra parte, señala Mario Castro (2014: 83), en el marco de la integración económica internacional se establece que en la creación de espacios ampliados de actividad comercial se puede ir desde un nivel muy básico e incipiente de incisión de soberanía hasta una cesión de amplia cobertura. Según esto, hay cesión de soberanía en un TLC cuando se levantan las barreras de acceso a los bienes del socio comercial, al comercio de servicio de las partes y a la inversión en territorio de un país parte proveniente del socio comercial.

En sentido crítico también, Pablo Dávalos –citado por Mario Castro (2014: 84) opina que “los acuerdos de Libre Comercio son la punta de lanza y el elemento más reconocible de la globalización, minan la soberanía nacional y el papel del Estado”.



Dávalos propone que los Estados – nación deben utilizar la capacidad coercitiva que emerge de su soberanía política para salvaguardar la seguridad jurídica de los inversionistas privados porque, de hecho, lo que se está produciendo es la transferencia de la soberanía jurídica y política de los Estados hacia los actores claves de la globalización: las corporaciones transnacionales y la banca financiera mundial.

6.4.1.1. El Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América –DR CAFTA-

Este Tratado reconoce la necesidad de consolidar la integración centroamericana, y se consolidaron los beneficios de la Iniciativa de la Cuenca del Caribe (ICC) y del Sistema General de Preferencias (SGP).

Por medio de este Tratado, Estados Unidos se comprometió a integrar a 20 Estados más, entre ellos, Puerto Rico. Este Tratado tiene aspectos de carácter constitucional –a criterio de Fuentes Gantenbein (2010: 207), al proteger los derechos fundamentales de los trabajadores, reafirmando los compromisos asumidos ante la OIT, en cuanto a los principios fundamental del derecho al trabajo. En materia ambiental se respeta la legislación interna y los compromisos internacionales; y contiene una protección especial al derecho de propiedad intelectual. Con este Tratado, según la autora, más del 90% de mercancías de Centroamérica podría ingresar a Estados Unidos sin pagar aranceles. Permitirá al istmo alcanzar mayores niveles de crecimiento

económico y pretende mejorar la competitividad y bienestar de los centroamericanos. Aunque se crítica de no haber sido consultado con los sectores sociales, trabajadores y campesinos de la región.



Los países centroamericanos suscribieron acuerdos multilaterales con Estados Unidos de América, para obtener el TLC, porque no existe una real integración centroamericana, con las instituciones políticas que permitieran la suscripción del Tratado de todos los países en un bloque comercial; sin embargo, se han dado algunos pasos para permitir una mejor integración centroamericana.

La integración centroamericana es uno de los objetivos trascendentales que persiguen los gobiernos del área y que está plasmado en el Tratado del Sistema de la Integración Centroamericana –SICA- o Tratado de Tegucigalpa. La apertura paulatina de los pasos fronterizos es parte de un proyecto regional que busca convertir a Centroamérica en un bloque comercial más competitivo en el mercado internacional.

6.4.2. Tratados Internacionales en Derechos Humanos aprobados y vigentes en Guatemala

En los albores del siglo XXI, surge en la mente de muchos investigadores y académicos la pregunta de qué está pasando con la soberanía –principio o atributo característico del Estado-, frente a la incidencia que tienen los órganos y tratados de carácter internacional. El concepto clásico de soberanía como



poder absoluto e ilimitado, se ve alterado por las decisiones que se toman por órganos internacionales o multinacionales en materia jurídica, económica, social o política.

Los Tratados internacionales en Derechos Humanos también han venido a replantear el concepto de soberanía. Hoy en día las resoluciones de los órganos convencionales vienen a incidir en los ordenamientos jurídicos internos. Mucha de la legislación interna se nutre de los compromisos adquiridos en tratados de derechos humanos, que señalan como principio el deber de adecuar la legislación interna a los estándares internacionales, prueba de ello, se hace ver en la legislación sobre niñez, pueblos indígenas, mujeres, personas con retos especiales, adulto mayor, marcos laborales y medio ambientales, que se han aprobado recientemente y que son fruto de esa esfera jurídica internacional.

En los mecanismos de Naciones Unidas se emiten recomendaciones que se evalúan cada cierto tiempo para determinar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por los Estados en materia de Derechos Humanos. El no cumplimiento de estas recomendaciones hace que el Estado pueda ser sancionado a nivel internacional y constituir una afrenta política y moral para los Estados en el ejercicio de su política exterior. Pero la mejor ilustración que puede existir hoy sobre el cumplimiento de los Tratados en Derechos Humanos pasa por los mecanismos regionales de protección.



Para evidenciar lo anterior nos centraremos en analizar algunos casos que se han ventilado ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos de acuerdo a la Convención sobre Derechos Humanos, y como los criterios de la Corte IDH han venido a incidir sobre los poderes del Estado guatemalteco.

6.4.2.1. El caso de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) son órganos que nacen merced de la Organización de Estados Americanos, a través de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que delimita las competencias y funciones de cada uno de ellos. Fue aceptada y ratificada la Convención – podría decirse mediante cesión de soberanía- por el Estado de Guatemala en mayo de 1978, y la competencia contenciosa de la Corte Interamericana en marzo de 1987.

A partir de la constitución y puesta en práctica de estos órganos, el Estado de Guatemala ha sido responsabilizado de violaciones particulares de derechos humanos. Basta mencionar los casos que ha conocido la Comisión Interamericana en su papel cuasi jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, muchos de los cuales han llegado a la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana.



Son ya varios los casos que se han conocido en la Corte Interamericana, desde el inicial Nicolás Blake, siguiendo con Villagrán Morales o “niños de la calle”, Paniagua Morales o “panel blanca”, Bámaca Velásquez, Myrna Mack, Carpio Nicolle, Masacre Plan de Sánchez, Molina Theissen, Fermín Ramírez, Ronald Raxcacó, Claudina Velásquez, entre otros, contra el Estado de Guatemala. En estos fallos la Corte IDH ha tomado decisiones de alta relevancia como el impulso de procesos judiciales, la repetición de juicios o condenas, el establecimiento de reparaciones simbólicas o morales, la determinación de la creación o modificación de decretos legislativos, el establecimiento de garantías de no repetición, entre otras formas de reparación. Lo anterior evidencia que el concepto absoluto de soberanía resulta hoy en día insostenible, y que se está dando paso a un concepto relativizado con características disímiles a las conocidas en los siglos XVII o XVIII.

Cabe advertir que los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, la CIDH y la Corte IDH, han fortalecido la garantía de los derechos humanos a nivel nacional y regional, coadyuvando a los sistemas democráticos. Aunque su papel ha sido también promotor de los derechos humanos dentro de los Estados, muchas veces también ejercen un papel vinculante sobre los Estados miembros de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos regionales.



Ante ello es básico determinar si la CIDH y la Corte IDH, al emitir sus fallos o resoluciones, aminoran, restringen o vulneran la soberanía de los Estados en particular porque se exigen decisiones que deben acatar los Estados que toman órganos internacionales. Es por ello, que a continuación se presenta un análisis acerca de algunos casos resueltos por la Corte IDH, para determinar la incidencia de los tribunales internacionales sobre el principio de soberanía del Estado.

6.4.2.1.1. Análisis de fallos relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitidos contra el Estado de Guatemala y su incidencia en el concepto de soberanía estatal

Uno de los puntos relevantes que obran en las sentencias de la Corte IDH, es el requerimiento que hace el tribunal internacional a los Estados, en particular al Estado de Guatemala, acerca de la investigación, juzgamiento y sanción penal de responsables de violaciones a derechos humanos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como lo hizo dentro del caso *Bámaca Velásquez, Myrna Mack, Plan de Sánchez*, entre otros; aquí aparece que una función esencial del Estado, como es la potestad de perseguir penalmente y juzgar a responsables de crímenes, es motivada por el tribunal interamericano de derechos humanos ¿Esto podría constituirse en una transgresión o restricción al principio de soberanía del Estado? ¿Puede el tribunal interamericano tener este alcance y disponer que el Estado realice una función activa en pro de la aplicación de justicia en su territorio? Tal parece



que la respuesta es que, siendo un medio complementario de la justicia en derechos humanos, aparece asignada esta función al rol del tribunal interamericano.

En otras ocasiones el tribunal interamericano dispone de la acción positiva del Estado para hacer acciones tendientes a reparar el daño moral o psicológico ocasionado a las víctimas. El tribunal interamericano ha dispuesto que se ubiquen los restos mortales de personas desaparecidas, como en el caso Bámaca Velásquez y Molina Theissen. Le impone un deber de asistir el derecho cultural de darle honras fúnebres a la víctima. Otras veces, establece que se debe de otorgar un perdón público, divulgar ampliamente el contenido de sentencias. Dar el nombre a calles, plazas públicas, elaborar plaquetas. Todo ello bajo el amparo de reparar el daño moral. Pero esto se impone a las altas autoridades del Estado. Conmina a sus altos funcionarios a realizar este tipo de actuaciones.

Nuevamente, vemos cómo el tribunal interamericano ejerce una influencia vasta y directa sobre el actuar del Estado y sus funcionarios. ¿Podría considerarse esto como restricción o aminorar el concepto de soberanía? Todos estos fallos se amparan en la jurisprudencia de la misma Corte Interamericana y en estándares internacionales sobre reparaciones. A esto se ha obligado el Estado al momento de aprobar y ratificar tratados en derechos humanos como lo es la Convención Americana. Esta es la cesión de soberanía que existe y que hace relativizar dicho concepto.



Otra de las obligaciones que asumen los Estados es el deber de adaptar su legislación interna a los estándares de los tratados internacionales en derechos humanos que se aprueban y ratifican, lo cual es encomendado en dichos casos en los Artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta fue la línea que siguió el tribunal interamericano al momento de requerir al Estado ajustar la legislación nacional a los parámetros del derecho internacional de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, como en el caso *Bámaca Velásquez*. Por otro lado, como garantía de no repetición establece medidas con el fin de evitar el nuevo acaecimiento de sucesos violatorios de derechos humanos, como los programas de capacitación en esta materia para las fuerzas de seguridad pública del país que se exigen en la sentencia de reparaciones dentro del caso *Myrna Mack*.

En el caso *masa Plan de Sánchez*, la sentencia de reparaciones va más allá de un resarcimiento individual y moral. Vemos que aparece explícito un resarcimiento colectivo, pues impone al Estado el deber de hacer restauraciones en la capilla de la aldea, realizar tareas de salud y educación pública, promoción de la cultura achí, obras de infraestructura. Esto resulta novedoso pues trata de reconstruir el tejido social y las condiciones de vida de la comunidad, para que la reparación no se vea solo como un mero medio monetario. Sin embargo, cabe preguntarse si todo esto puede contener el alcance de un fallo de derechos humanos, o, si entramos a una zona en donde se ve nuevamente vulnerable el concepto de soberanía estatal.



Resulta más cuestionable lo que falló la Corte IDH en los casos de Fermín Ramírez y Ronald Raxcacó contra el Estado de Guatemala. La Corte IDH determinó, en el primer caso, repetir el juicio desde el momento de la apertura de la acusación contra Fermín Ramírez, anulando todo lo actuado con posterioridad. Pero aún más, establece que en caso de decretarse una nueva sentencia condenatoria no se podrá disponer la aplicación de la pena de muerte. Es decir, se limita la facultad de *ius puniendi* del Estado. Además, dicta que el Congreso de la República regule de una forma diferente lo estatuido en el Artículo 132 del Código Penal, al considerar que la peligrosidad del agente –como un derecho penal de autor- atenta contra el principio de legalidad y lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, decretando para el efecto la no aplicabilidad de la pena de muerte para el delito de asesinato y exigiendo la modificación legislativa respectiva.

De igual forma, en el caso Ronald Raxcacó –sin disponer la Corte IDH la emisión de un nuevo juicio- establece que se debe decretar una nueva sentencia, en la que el tribunal de mérito no aplique la pena de muerte. Dispone también reformar el Artículo 201 del Código Penal (en el que se extendió a todo caso de secuestro la aplicación de pena de muerte), por atentar contra el Artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en razón de establecer a nuevos tipos penales la pena de muerte y por no satisfacer del recurso de indulto o gracia a favor de los sindicados.



Cabe aquí cuestionar que, efectivamente, la Corte IDH incide en el aparato más medular de todo Estado, como es su sistema de justicia. Dispone que se debe repetir un juicio, como en el caso de Fermín Ramírez, e imponer una sentencia diferente (sin aplicar pena de muerte) como en el caso de Ronald Raxcacó; y en ambos casos, que el Congreso debe reformar el Código Penal para adecuarlo a los estándares de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se cuestiona entonces ¿Esto constituye una afrenta a la soberanía del Estado o solo es la aplicación del principio de complementariedad de la justicia internacional en derechos humanos? El criterio jurídico apuesta por el principio de complementariedad, pero desde la perspectiva política y en la esfera de una teoría general del Estado, existe una cesión de soberanía y una relativización de dicho concepto.

En conclusión, los Estados, y particularmente el Estado de Guatemala, hace una cesión o abandono de soberanía al momento de aprobar y ratificar tratados internacionales en derechos humanos, para la situación particular abordada, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos regionales. Lo que hace entrever una relativización del concepto de soberanía y el abandono de considerar a dicho concepto como algo absoluto e ilimitado.

Si consideramos el concepto de soberanía desde su perspectiva clásica y absoluta, se podría entrever que existe una vulneración a tal principio al momento de aplicar la legislación y jurisprudencia de los tribunales



internacionales; pero atendiendo a una visión contemporánea los Estados ceden y se auto limitan al momento de suscribir, aceptar y ratificar tratados internacionales en materia de derechos humanos, relativizando el concepto de soberanía para dar paso al principio de complementariedad o subsidiariedad de la jurisdicción internacional.

6.4.3. La Política Exterior de los Países desarrollados o 'Comunidad Internacional' y sus mecanismos de presión sobre el Estado

Uno de los principios de Derecho Internacional Público que constituye una regla de *ius cogens* es el de no intervención en los asuntos internos de los Estados. Con ello los Estados y en sí los sujetos de Derecho Internacional Público como los organismos internacionales, tienen el deber de abstenerse de intervenir, directa o indirectamente, en los asuntos internos de otro Estado con la intención de afectar su voluntad y obtener su subordinación. Este principio deriva directamente de la independencia de las naciones y el derecho de autodeterminación de los pueblos.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, el principio de no intervención se instaló en la estructura jurídica del sistema interamericano. La Carta de la OEA, en su artículo 3, prohíbe explícitamente toda forma de intervención por parte de los Estados miembros en los asuntos internos de los demás Estados. Sin embargo, resulta paradójico que no obstante estar garantizado este principio en el continente americano, se planeó una intervención de los Estados Unidos

de América en el año de 1954 en contra del gobierno revolucionario de Jacobo Arbenz Guzmán.



Así dicho principio está recogido en legislación internacional y normativas internas de los países, para subrayar las intervenciones que sobre todo en el pasado, estuvieron vinculadas a incursiones armadas, control político y económico, separatismos, invasiones, bloqueos, contenciosos territoriales, golpes de estado, entre otras manifestaciones. Aunque ahora la intervención se ha visto aminorada, encuentra expresiones en la llamada comunidad internacional, y para el caso guatemalteco, se evidenció la participación de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) para desarticular al gobierno del Partido Patriota, que en el año 2015 fue defenestrado merced de una incursión jurídica de la CICIG y el Ministerio Público. Aunado a lo anterior hoy se discute la permanencia de dicho órgano internacional por atentar –según el Gobierno de la República- contra la seguridad y la estabilidad de las instituciones del país.

Este principio de no intervención prácticamente equivale al de no injerencia en los asuntos internos de un país. Pero llama la atención como en el caso de Guatemala, la llamada “comunidad internacional” interviene en asuntos propios del Estado como el de exigir la permanencia de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), además, de intervenir en asuntos económicos propios del Estado como la determinación de aumentar los impuestos. Es más directa la intervención de los llamados países



desarrollados quienes condicionan su ayuda económica merced de determinar las políticas económicas, sociales y jurídicas del Estado, tal como sucede con los Estados Unidos de América, quienes han condicionado su ayuda dentro del Plan Alianza para la Prosperidad exigiendo al Estado asuntos que son propios de su quehacer como la seguridad pública, la política económica y los temas migratorios. Esto conlleva a pensar nuevamente en una relativización del concepto soberanía, producto de aspectos geopolíticos y sociales.

Otro principio que se encuentra debilitado ante la presión de los países desarrollados sobre los países en desarrollo, es el de libre autodeterminación de los pueblos. Este principio se puede definir como el derecho de un pueblo a decidir sus propias formas de gobierno, perseguir su desarrollo económico, social y cultural y estructurarse libremente, sin injerencias extranjeras y de acuerdo con el principio de igualdad garantizado en la Carta de la Organización de Naciones Unidas de 1945. Las dos guerras mundiales fueron uno de los puntos que frenaron el avance legal y social de la libre determinación de los pueblos y solo fue hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial que se lograron algunos avances.

Cuando se crean las Naciones Unidas, se consagra en el artículo I de la Carta la “libre determinación de los pueblos”, en el Capítulo IX “el tratamiento con respecto a las colonias” y en los artículos 73-79 la “Declaración relativa a territorios no autónomos”, brindando el cuerpo legal que se buscó durante muchos años. El contenido de la declaración radica en que buscaba fomentar



entre las naciones relaciones de amistad basadas en el principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal. Además, en el Artículo

1.2 común de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos establece:

Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

Este principio de libre autodeterminación se ha visto menguado en la actualidad, producto de factores económicos como los Tratados de Libre Comercio que no son discutidos con los sectores sociales de los Estados, la cesión de soberanía que ejercen los Estados al aceptar y ratificar Tratados internacionales, particularmente en materia de Derechos Humanos, y por la presión de los países desarrollados quienes impulsan sus planes de desarrollo merced de que los Estados apliquen políticas económicas, sociales y jurídicas de interés para el desarrollo de los mercados de dichas potencias. Esto conlleva una minoración del concepto pleno de soberanía, relativizando el mismo.

Hoy en día, uno de los factores más relevantes de la sociedad, como es la seguridad y justicia de un país, pasa en Guatemala por una intervención clara, la CICIG a pesar de ser un ente que ha apoyado la lucha contra la impunidad y



corrupción ha incidido en la elección de Magistrados del poder judicial, elección del Fiscal General, ha hecho una propuesta de reformas constitucionales junto con la Procuraduría de Derechos Humanos (PDH) y Ministerio Público, y en los delitos que persigue se adelanta a dar posiciones sobre la culpabilidad de los sindicados a través de conferencias de prensa para presionar a jueces a determinar la responsabilidad penal. Eso se ha entendido como una intervención en asuntos internos de la CICIG pues su papel central estriba en ser querellante adhesivo de procesos penales con el Ministerio Público, pero ha revelado al mismo Ministerio Público y hace mediante la mediatización presión sobre la independencia judicial de los órganos jurisdiccionales.

Incluso la CICIG ha incidido también en que el Congreso de la República aprobara bajo la presión social algunas leyes para el fortalecimiento de la justicia. Se trata de las leyes para el Fortalecimiento de la Persecución Penal, de Competencia Penal en Procesos de Mayor Riesgo y reformas a la Ley contra la Delincuencia Organizada, con las que se creó la figura del colaborador eficaz, que ofrece rebajar las penas a quienes colaboren con información que permita identificar a cabecillas del crimen organizado. Estas últimas reformas sirvieron como herramienta en la investigación para identificar a los autores intelectuales del crimen contra Rosenberg.

El tema de las misiones temporales, como la CICIG, debe ser visto como eso, algo temporal, en ayudar transitoriamente al fortalecimiento de las instituciones públicas, en este caso del sector de seguridad y justicia. No es dable



dependen de un organismo internacional para justificar la lucha contra la impunidad y corrupción la cual compete con exclusividad al Ministerio Público y otras instituciones del sector como el INACIF. Es por ello que, la permanencia ya inveterada de la CICIG constituye una afrenta para el concepto pleno de soberanía, y nos da muestras de que este concepto se relativiza merced a la presión de los países desarrollados en la llamada comunidad internacional.

Otro tema, que afecta la vida nacional es el tema migratorio, Estados Unidos exige la libertad económica de sus empresas transnacionales, pero niega rotundamente el traslado de personas a laborar a su país. El tema migratorio pasa hoy por una crisis humanitaria en donde niños son separados de sus padres, haciendo difícil la realidad de los migrantes, quienes son amenazados con la deportación. Parte del Plan Alianza para la Prosperidad es exigir a los países del Triángulo Norte de Centroamérica establecer medidas regulatorias sobre los migrantes, en resguardo de la seguridad de las potencias, pero en desmedro del deterioro económico de los habitantes.

CONCLUSIONES



En el proceso de investigación se desarrolló la metodología apropiada para hacer un análisis jurídico – político, que se aleja del método positivista que impera en los estudios de las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales de las universidades del país. Se apostó por un análisis político, jurídico y económico de las relaciones de poder en las que el Estado de Guatemala se encuentra hoy en día y su interrelación con el ámbito externo, a partir de dos conceptos fundantes: soberanía y globalización.

Se desarrolló un marco teórico y conceptual referente a la Teoría General del Estado, sus acepciones teóricas y sus elementos fundamentales. Se hizo un análisis del Estado frente al Derecho Constitucional y los matices que este encuentra frente a la mundialización. Se analizaron las corrientes doctrinarias acerca de las clases de constituciones, el poder constituyente, las formas de Estado y las formas de Gobierno, la dicotomía soberanía – globalización.

Se comprobó la hipótesis fundamental del presente trabajo, en cuanto a afirmar que el concepto pleno o absoluto de la soberanía se ha visto relativizado, a partir del fenómeno de la globalización política, jurídica y económica; porque en el ámbito económico, los Tratados de Libre Comercio imponen medidas arancelarias y políticas económicas a los Estados que no son negociadas con los sectores sociales a quienes afectan; en el ámbito jurídico, la aprobación y ratificación de Tratados internacionales, particularmente en materia de

Derechos Humanos, ha provocado la decisión de tribunales internacionales que imponen medidas sobre el sistema de seguridad y justicia y sobre el aparato legislativo restringiendo el concepto pleno de soberanía del Estado; y, por último, la política exterior de los Estados desarrollados sobre los países en desarrollo, especialmente debido a la influencia de la denominada “comunidad internacional” ha impuesto mecanismos de intervención sobre los asuntos internos del Estado, como ha sido el papel de una comisión especial de Naciones Unidas llamada Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala y el Plan Alianza para la Prosperidad que redefinen la política exterior del Estado de Guatemala, haciendo que esta se encamine por los derroteros que imponen las potencias mundiales, particularmente los Estados Unidos de América.



REFERENCIAS



Areaga, E. (1999) *Derecho Constitucional*. 2ª edición. Oxford, University Press.
México, D.F.: Ediciones Culturales.

Atienza, M. (1985) *Introducción al Derecho*. Barcelona, España: Barcanova, S.A.

Bidart Campos, G. (1968) *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ediar,

Bilbao Ariztimuño, K. (2013) *Capitalismo. Crítica de la ideología capitalista del libre mercado. El futuro del capitalismo*. Madrid: Ediciones Talasa.

Bobbio, N. (2010). *Estado, Gobierno y Sociedad*. 14ª reimpresión. México: Fondo de Cultura Económica.

_____ (1991) *El Tiempo de los Derechos*. México: Editorial Sistema.

_____ (1991) *Teoría General del Derecho*. Madrid: Debate.

Burdeau, G. (1966). *Derecho Constitucional e instituciones políticas*. 15ª edición.
Paris: Librería General de Derecho y Jurisprudencia.

Burgoa, I. (1987). *Derecho Constitucional*. Reimpresión. Buenos Aires, Argentina:
Editorial Depalma.

Cabanellas, G. (1991). *Diccionario de Derecho Usual*. Tomo IV. Argentina:
Editorial Heliasta.

_____ (1989). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo
II. Buenos Aires: Editorial Heliasta S. R.L.



Cáceres Rodríguez, L. E. (2005). *Estado de Derecho y Derechos Humanos*. Guatemala: Editorial estudiantil FENIX. Universidad de San Carlos de Guatemala.

Capelletti, M. (1987). *La Justicia Constitucional*. México: Impresos Chávez, UNAM.

Castro, M. (2013). *Tratados de Libre Comercio. Problemas actuales de la soberanía*. Guatemala: Revista del Seminario de Doctorado en Derecho Constitucional, USAC.

Copete Lizarralde, A. (1962). *Conferencias de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Javeriana.

Duguit, L. (1921). *Manual de Derecho Constitucional*. Traducido con prólogo y apéndice sobre *La representación proporcional* por José G. Acuña. Editor Beltran, F.

Enciclopedia Jurídica Omeba. (1984). Tomo IV. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba.

Fix-Zamudio, H. (1997). *Justicia constitucional, ombudsman y Derechos Humanos*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.

García De Enterría, E. (1985). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª edición. Madrid: Civitas, S.A.

García Laguardia, J. M. y Vásquez Martínez, E. (1983). *Constitución y Orden Democrático*. Guatemala: Imprenta Universitaria.

García Máynez, E. (1984). *Introducción al Estudio del Derecho*. Argentina: Editorial Porrúa.



- _____ (1997). *Filosofía del Derecho*. 2ª edición. México: Editorial Porrúa, S.A.
- Garrone, J. A. (1987). *Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot, S.A.
- Haourio, A. (1971). *Derecho Constitucional e instituciones políticas*. Barcelona: Edic. Ariel.
- Heller, H. (2012). *Teoría del Estado*. 6ª reimpresión. México: Fondo de Cultura Económica.
- Hobbes, T. (1994). *El Leviatán*. Tomos I y II. Barcelona, España: Altaya.
- Hobsbawm, E. (2000). *Entrevista sobre el siglo XXI*. Barcelona, España: (al cuidado de Antonio Polito).
- Jackson, J. (2009). *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho Internacional*. Madrid: Traducción de Carrillo Santarelli, Marcial Pons.
- Jeanneau, B. (1972). *Derecho Constitucional e instituciones política*. 3ª. edición, París: Librería Dalloz.
- Kaplan, M. (2002). *Estado y Globalización*. México: Instituto de Investigación Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kelsen, H. (1988). *Teoría General del Derecho y del Estado*. 4ª reimpresión. México: Textos universitarios. Traducción de Eduardo García Máynez. UNAM.



Kestler Farnés, M. (1964). *Introducción a la Teoría Constitucional Guatemalteca*. Guatemala: Editorial José de Pineda Ibarra.

Larios Ochaita, C. (1998). *Derecho Internacional Público*. Guatemala: Editorial Llerena.

Lassalle, F. (1999). *Qué es una Constitución*. México: Ediciones Coyoacán, S.A., de C.V.

Linares Quintana, S. (1953). *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional y Comparado*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Alba.

_____ (1970). *Derecho Constitucional e instituciones políticas*. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Locke, J. (1995). *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Madrid: Ediciones Altaya,

Loewenstein, K. (1970). *Teoría de la Constitución*. 2ª edición. Barcelona: Ediciones Ariel.

López Aguilar, S. (s.f.). *Introducción al Estudio del Derecho*. Tomo II. Guatemala: Editorial Cooperativa de Ciencia Política, R.L. USAC.

Maquiavelo, N. (1985). *El Príncipe*. 8ª edición. México: Editores Mexicanos Unidos, S.A.

Mangas Martín, A. y Liñan Noguerras, D. (2002). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Editorial Tecnos.



Marx, K. y Engels, F. (1979). *La Ideología Alemana. El Manifiesto Comunista*. Bogotá: Editorial Andreus.

Mora Cortés, A. F. (2009). *Globalización y Política. Aproximaciones al Estado y el nuevo (des) orden global*. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Departamento de Ciencia Política. Digiprint Editores, EU.

Naranjo Mesa, V. (1997). *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. 7ª edición. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, S.A.

Osorio, M. (1981). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.

Pereira-Orozco, A. y Richter, M. (2013). *Derecho Constitucional*. 8ª Edición. Guatemala: Ediciones De Pereira.

Rawls, J. (1985). *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.

Recasens Siches, L. (1952). *Vida Humana, sociedad y Derecho*. 3ª edición. México: Editorial Porrúa.

Rousseau, J. J. (1992). *El Contrato Social*. 3ª reimpresión. México: Editores Mexicanos Unidos.

Sabine, G. (1996). *Historia de la Teoría Política*. 3ª Edición. México: Fondo de Cultura Económica.

Sánchez Agesta, L. (1968). *Lecciones de derecho político*. Madrid: Editora Nacional.



Sánchez Viamonte, C. (1957). *El poder constituyente*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina.

Saria, E. (1968). *Derecho Administrativo*. 5ª edición. Bogotá: Temis.

Sayagués Laso, E. (1953). *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo: Martín Bianchi Altuna.

Sierra González, J. A. (2000). *Derecho Constitucional Guatemalteco*. Guatemala: Centro de Impresiones Piedra Santa.

Smend, R. (1985). *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Soriano, R. (1993). *Compendio de Teoría General del Derecho*. Barcelona: Editorial Airel, S.A.

Spinoza, B. (1994). *Tratado Teológico Político*. Barcelona: Ediciones Altaya.

Tajadura Tejada, J. (2006). *Los principios constitucionales ante el desafío de la globalización*. España: Derecho Constitucional para el Siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional 2003. Editorial Aranzandi, S.A.

Velásquez Carrera, F. (1998). *Introducción a la Lógica Jurídica*. México: s.e.

Vilanova J. (1984). *Elementos de Filosofía del Derecho*. 2ª edición actualizada. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perot.

Villegas Lara, R. A. (2002). *Temas de Introducción al Estudio del Derecho y de Teoría General del Derecho*. 3ª edición. Guatemala: F&G Editores.



Xifra Heras, J. (1957). *Curso de Derecho Constitucional*. 2ª edición. Barcelona: Bosch, Casa Editorial.

Zippelius, R. (1998). *Teoría General del Estado*. 3ª edición. México: Editorial Porrúa.

Revistas

Revista del Seminario de Doctorado en Derecho Constitucional. (2013). *Problemas Actuales de la soberanía*. Guatemala: Escuela de Estudios de Postgrado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. Ediciones De Pereira.

Revista del Seminario de Doctorado en Derecho Constitucional. (2014). *Sistemas de Gobierno*. Guatemala: Escuela de Estudios de Postgrado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. Ediciones De Pereira.

Revista del Seminario de Doctorado en Derecho Constitucional. (2014). *Crisis del Constitucionalismo en el Siglo XXI*. Guatemala: Escuela de Estudios de Postgrado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. Ediciones De Pereira.

Tesis

Fuentes Gantenbein de Semrau, R. E. (2010). *La globalización y su impacto en el Derecho Constitucional*. (Tesis doctoral). España: Programa de Doctorado en Derecho Pluralista Público y Privado. Universidad Autónoma de Barcelona.

Documentos informáticos

Peña Torres, M. *El proceso de globalización y su impacto en lo jurídico.* [En línea]. Recuperado de http://www.anepe.d/3_foro/columna_pegna.htm



Vite Pérez, M. A. *La globalización económica: ¿Una nueva fase de la mercantilización de la vida social?* [En línea]. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/pdf/fn/v12n23/v12n23a6.pdf>