

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN SEGURIDAD ESTRATÉGICA



SOBERANÍA Y DERECHO INTERNACIONAL
La soberanía como garantía de la seguridad democrática

ALUMNO: CARLOS RENÉ SIERRA ROMERO
CARNÉ: 8410103

GUATEMALA, NOVIEMBRE DEL AÑO 2020



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

TRIBUNAL EXAMINADOR

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Presidenta

Dr. Oscar Estuardo Paiz Lemus
Vocal

Dr. Saúl González Cabrera
Secretario

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

VOCAL I EN SUSTITUCIÓN DEL DECANO: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez

DIRECTOR: MSc. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

VOCAL: Dr. Carlos Estuardo Gálvez Barrios

VOCAL: Dr. Nery Roberto Muñoz

VOCAL: Dr. William Enrique López Morataya

MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA FACULTAD DE CC.JJ. Y SS. USAC

VOCAL I EN SUSTITUCIÓN DEL DECANO: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez

VOCAL II: MSc. Henry Manuel Arriaga Contreras

VOCAL III: MSc. Juan José Bolaños Mejía

VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González

VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia

SECRETARIO: MSc. Luis Renato Pineda

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

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

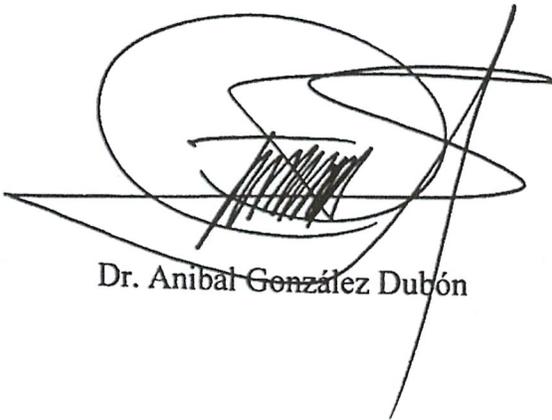
Guatemala, 23 de octubre del año 2020

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director
Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Estimado Dr. Cáceres Rodríguez:

Respetuosamente me permito manifestarle que he revisado la realización de las recomendaciones manifestadas por el Tribunal examinador de la Tesis de Doctorado en Seguridad Estratégica del Maestro **CARLOS RENÉ SIERRA ROMERO**, titulada ***“SOBERANÍA Y DERECHO INTERNACIONAL. La soberanía como garantía de la seguridad democrática”***, y después de dicha revisión, a mi juicio, satisface las recomendaciones realizadas por el Tribunal examinador y llena los requisitos que establece 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 a la revisión de estilo y acto de graduación.

Me suscribo de usted respetuosamente,



Dr. Anibal González Dubón

Guatemala,
8 de noviembre de 2020

Doctor Luis Ernesto Cáceres
Director
Escuela de Posgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Señor director:

De manera atenta me permito hacer de su conocimiento que he revisado y corregido el trabajo de graduación denominado

SOBERANÍA Y DERECHO INTERNACIONAL
La soberanía como garantía de la seguridad democrática.

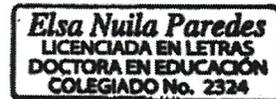
Dicho informe de investigación fue redactado por el estudiante Carlos René Sierra Romero, quien se identifica con el carné universitario No. 8410103, como requisito de graduación en el Doctorado en Seguridad Estratégica.

El estudiante Sierra Romero incorporó los cambios y realizó las enmiendas sugeridas, por lo cual, a juicio de quien suscribe, el informe de investigación puede continuar los trámites administrativos correspondientes.

Respetuosamente,



Dra. Elsa Nuila Paredes
Correctora externa





USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,
Guatemala, 10 de noviembre del dos mil veinte.-----

En vista de que el MSc. Carlos René Sierra Romero aprobó examen privado de tesis en el **Doctorado en Seguridad Estratégica** lo cual consta en el acta número 60-2020 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“SOBERANÍA Y DERECHO INTERNACIONAL. La Soberanía como garantía de la seguridad democrática”**.
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”



Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

ÍNDICE

	PÁGINA
Introducción	i
Capítulo I: Soberanía y seguridad democrática	1
1. La soberanía	1
2. Desarrollo histórico del concepto de soberanía	2
3. Juan Bodino y la teoría de la soberanía	5
4. La determinación del titular de la soberanía	8
5. La voluntad general en la teoría de Rousseau	9
6. La soberanía interna y la soberanía externa	12
7. Soberanía y Estado	13
8. La existencia de la soberanía en la tesis de Heller	16
9. La soberanía en el ámbito internacional	18
10. Análisis del crítico del concepto de soberanía	22
11. La soberanía del estado y las organizaciones internacionales	26
12. La delegación de competencias por parte de los Estados a las Organizaciones Internacionales	27
13. La corte penal internacional y la delegación de la potestad de juzgar	30
14. Afectación de garantías constitucionales por la suscripción de Convenios o Tratados entre el Estado y una Organización Internacional	33
15. La seguridad democrática	36
15.1 El concepto de seguridad	36
15.2 La seguridad democrática	36
15.3 La seguridad preventiva	37
15.4 La seguridad reactiva	37
15.5 La seguridad y el interés nacional	39
15.6 El contexto de la seguridad nacional	39
15.7 La seguridad democrática como elemento esencial de la seguridad	

nacional	47
15.8 Seguridad democrática como especie de la democracia soberana	52
Capítulo II: El Derecho internacional y el Derecho Interno	58
1. El dualismo y el monismo en la doctrina	58
2. La posición del Derecho internacional	60
3. Jerarquía de las normas del Derecho internacional	65
4. Las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno	67
5. Aplicación del derecho internacional en el derecho interno	69
6. Conflictos entre el derecho interno y el derecho internacional	71
7. La primacía del derecho internacional sobre el derecho interno	74
8. Importancia del análisis de las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno	76
9. El núcleo esencial de las relaciones entre el derecho internacional y el Derecho interno	80
10. El problema de la relación entre la Constitución y los Tratados en materia de derechos humanos	82
11. Respuestas más comunes	84
12. La interacción entre el derecho internacional y el derecho constitucional	86
13. La influencia de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos en los sistemas constitucionales	87
13.1 La incorporación formal del Derecho internacional	87
13.2 Incorporación sustantiva del Derecho internacional	89
14. El principio de supremacía constitucional	92
14.1 El concepto de supremacía constitucional	92
14.1.1 El principio de jerarquía normativa	98
Capítulo III: Los tratados internacionales	102
1. Definición de tratado	102
2. Las fuentes de las obligaciones internacionales	110
3. La estructura jerárquica de las normas y de los principios internacionales	116

4. Derecho convencional y Derecho consuetudinario	117
5. Relación entre normas convencionales y normas de Derecho internacional general	119
6. Aplicación del Derecho interno por los tribunales internacionales	121
7. Adopción y aceptación de Tratados	124
8. Formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un Tratado internacional	126
9. Las formas de manifestación del consentimiento	127
10. Otras formas de vinculación y de obligarse los estados por un Tratado internacional	128
Capítulo IV: Derecho internacional y seguridad democrática	132
1. El Derecho internacional como límite a la soberanía y a la seguridad Democrática	132
2. La internacionalización de elementos extraconstitucionales e internacionales y la limitación de la seguridad democrática	133
3. El tratado constitutivo de la unión europea como modelo de relativización de la soberanía y de la seguridad democrática	136
4. La homogenización de la voluntad internacional provocada por el Derecho internacional	138
5. La globalización como límite a la seguridad democrática	141
6. Integración contra soberanía y seguridad democrática	144
Conclusión	149
Bibliografía	153

INTRODUCCIÓN

Es una afirmación aceptada sin juicio crítico, en la denominada *postmodernidad*, la tesis de ***La superación del propio Estado como marco de referencia en el ámbito de la globalización***, que pretende la general aceptación de la idea de anular la soberanía interna de los Estados y aceptar la jerarquía supraconstitucional del derecho internacional o bien del denominado derecho comunitario.

Esta tesis ha sido notoria y acogida con entusiasmo, sobre todo en los Estados latinoamericanos y en los Estados europeos. No es así en los países anglosajones, quienes mantienen y defienden la institución de la soberanía y sobre todo, la imponen sobre el derecho internacional.

¿Cuál es la explicación de este fenómeno? La historia es la única ciencia en la cual, para formular sus hipótesis se deben examinar directamente las fuentes de conocimiento de su objeto, que son los hechos ocurridos en el pasado.

Quizá una hipótesis explicativa del fenómeno descrito es la historia convulsiva y violenta tanto de Europa como de Latinoamérica, territorios que sufrieron los efectos de guerras, conquistas, tiranías, rebeliones, y en época reciente, dictaduras y revoluciones.

Ello explica en gran medida el miedo a que se repita el pasado y el anhelo por la paz y por la unión de los pueblos. En ese sentido, Europa es el modelo de unión (integración) más paradigmático. Con el Tratado de Maastricht, los europeos han creído inventar la clave para la paz y para la prosperidad económica, llegando al extremo de haber diseñado una *Constitución europea*, cuya eficacia, sin embargo, ha quedado estancada, dados los problemas de que adolece el derecho internacional. No en balde Kelsen identificó al sistema de derecho internacional como un derecho *incompleto* y primitivo.

La historia de los países anglosajones en cambio es distinta. El proceso de desarrollo económico y político en Inglaterra, por ejemplo, fue bastante pacífico y sin inflexiones violentas, habiéndose consolidado el sistema parlamentario de una manera bastante sólida y con una Constitución que ha sufrido pocas reformas en su historia, sin necesidad de haberla codificado. Por ello, se dice de la Constitución inglesa que es una Constitución *no escrita*, es decir, no se encuentra codificada sino contenida en varios instrumentos normativos, costumbres constitucionales, principios, declaraciones, etc.

El desarrollo económico de Inglaterra fue tal, que cuando la Europa continental apenas salía del feudalismo, Inglaterra se encontraba en plena revolución industrial, esto propició un comercio intenso y la conquista y colonización de muchos territorios de ultramar habiendo convertido a Inglaterra en un imperio.

Los Estados Unidos de América, por su parte, tienen una historia similar. Los colonos estadounidenses tuvieron que librar pocas batallas para independizarse de Inglaterra, la cultura jurídica inglesa prevaleció y con excepción del parlamentarismo británico, los estadounidenses fueron los creadores del constitucionalismo, habiendo promulgado la primera Constitución escrita del mundo, así como el sistema presidencialista.

Los Estados Unidos de América poseen un fuerte sistema jurídico y un concepto bastante fortalecido de *soberanía*, haciendo valer su Constitución sobre el derecho internacional, no sólo en el sentido jurídico sino político, pues no suscriben ni ratifican ningún tratado que comprometa su soberanía. De esa manera, tratados que en otros Estados son calificados de importantes como la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, el Tratado de Roma Sobre la Corte Penal Internacional, el Protocolo de Kyoto Sobre la Protección del Ambiente, etc., no han sido suscritos ni ratificados por Los Estados Unidos de América, mientras que otros Estados (Guatemala entre ellos) los han ratificado sin objeciones.

En el sistema continental europeo, por ejemplo, los Estados miembros de la Unión Europea, por medio de sus funcionarios públicos, han promulgado una *Constitución Europea*, cuyo efecto ha hecho que los Estados miembros de la Unión, se vean sometidos a vinculaciones jurídicas que no podrían cumplir o solo podrían cumplir de manera fragmentaria, pues este instrumento pretende cumplir funciones similares a las de un ordenamiento constitucional.

Sin embargo, no cabe hablar ciertamente de una Constitución supranacional en sentido racional-normativo, porque la comunidad internacional no dispone de un texto equiparable a las Constituciones estatales, y tampoco una Constitución comunitaria, cumple con la tradición teórica y los métodos específicos del Derecho Constitucional.

Por otro lado, los principios que rigen las relaciones internacionales están lejos de responder satisfactoriamente y en su conjunto a los postulados que determina el Estado Democrático de Derecho. La mirada constitucional, formada en un contexto diferente, se proyecta aquí, con efectos deliberadamente distorsionadores o críticos, sobre una realidad insatisfactoria. Las Constituciones estatales se convierten entonces en nódulos de esa red, tensa y siempre inestable de relaciones estatales, supranacionales e internacionales.

Es difícil defender, desde la teoría de la democracia, que las leyes aprobadas por Parlamentos elegidos democráticamente puedan ser sometidas a control y corrección externos, o incluso declaradas nulas. Por otro lado, también existe el peligro de que los partidos políticos contemplan la posibilidad de que sus proyectos y sus compromisos puedan resultar frustrados y en otra instancia, las

fronteras tradicionales del Estado nacional serían rebajadas progresivamente hasta terminar suprimiéndolas por completo.

Otro de los problemas del fenómeno de la imposición del Derecho Internacional sobre los órdenes jurídicos internos es el de las fuentes del Derecho Internacional. No existe en el Derecho Internacional un sistema de fuentes que permita identificar plenamente *qué es una regla de Derecho Internacional*.

En primer lugar, no existe una *legislatura internacional*, y en ese sentido, tampoco existe una regla básica que establezca criterios generales de validez para las normas internacionales. Las normas de Derecho Internacional no son directamente, *expresión de la voluntad general*, sino que se forman sobre todo a nivel consuetudinario o por acuerdo entre los Estados miembros y los demás sujetos de Derecho Internacional por lo que, no es un derecho que posea la legitimación del Derecho emanado de un Parlamento en un Estado Constitucional de Derecho.

En segundo lugar, el sistema de sanciones del Derecho Internacional tampoco encuentra una legitimidad política como las sanciones del Derecho Internacional.

Los tratados, que son producto de los acuerdos entre los funcionarios públicos de los Estados miembros de la comunidad internacional, son considerados, después de la costumbre, como una fuente de Derecho Internacional, sin embargo, sus contenidos son promovidos por los propios sujetos del orden jurídico internacional, según su nivel de influencia mundial, más no lo son por un órgano central legislativo internacional asimilable al de un gobierno representativo. Esto

significa que el Derecho Internacional no responde completamente al principio del imperio de la ley.

¿Se podrían considerar verdaderas sanciones jurídicas las que no son establecidas por un orden jurídico, sino por la voluntad particular de las partes interesadas? La respuesta debe ser negativa, lo que lleva a afirmar que el Derecho Internacional ha de ser considerado, aún hoy, en mayor medida, un Derecho de carácter declarativo.

La tesis, que en este proyecto de investigación se plantea, es la idea de que el Derecho Internacional ha sido utilizado en última instancia como instrumento de dominación por parte de los Estados fuertes, a los Estados débiles. Los Estados débiles (Guatemala entre ellos) generalmente son presionados por los Estados fuertes a suscribir y ratificar Tratados en cuya redacción no han participado y que generalmente no son sometidos a un plebiscito o consulta de sus ciudadanos para su aprobación; así como la idea de que la defensa de la soberanía es esencial para preservar la seguridad democrática, pues los Estados fuertes de la comunidad internacional defienden en ella sus propios intereses y no los de los otros Estados, a menos que exista entre ellos un acuerdo previo para promover intereses mutuos.

Es *vox populi* que son los Estados fuertes quienes financian a las instituciones burocráticas internacionales y a sus funcionarios y participan activamente en la elaboración y redacción de los Tratados, pero curiosamente, se niegan en última instancia a suscribirlos o a ratificarlos.

Un ejemplo paradigmático lo constituye la reciente decisión del presidente de Rusia, de retirar la firma del Tratado de Roma que constituyó la Corte Penal Internacional. El presidente de Rusia Vladimir Putin, justificó la decisión de Rusia de retirar la firma de su adhesión a la Corte Penal Internacional (el Tratado solo había sido firmado, pero no ratificado por Rusia), con el argumento de que desde su creación y en 14 años de funcionamiento, solo había dictado cuatro sentencias y había gastado más de mil millones de dólares. Pero la verdadera razón es que la decisión fue tomada por Rusia un día después de que la Comisión de la ONU para asuntos sociales y humanitarios reconoció la “ocupación temporal de Crimea por parte de Rusia”; así como la posición de la Corte Penal Internacional en los conflictos de Georgia y de Saakashvili; en los cuales, los fiscales de la CPI dejaron la investigación en las autoridades locales.

La pregunta sobre si el Estado de Guatemala tendría el poder de denunciar el Tratado de Roma que constituyó la Corte Penal Internacional es simplemente impensable, mientras que un país poderoso como Rusia lo ha hecho sin pestañear. Y para despejar dudas, Los Estados Unidos de América no han suscrito ese tratado –pero participaron activamente en su redacción-, ni tampoco China, India, Israel, Cuba, Irak y muchos otros.

La importancia de la investigación realizada radica en que en la mayor parte de trabajos de investigación que se han realizado en este ámbito, sostienen una tesis contraria a la que aquí se plantea, es decir, favorecen la intrusión del Derecho

internacional en Estados en teoría soberanos, en detrimento de la soberanía tanto interna como externa de sus propios Estados y por consiguiente, en un peligro para la seguridad democrática y para la supervivencia de sus instituciones.

El problema por resolver en esta investigación consistió en los planteamientos siguientes: 1. ¿Cuál es la función de la soberanía en la Constitución Política de la República y cuáles son sus manifestaciones en la seguridad democrática? 2. ¿Cuáles son las manifestaciones del Derecho internacional en las instituciones democráticas y cómo incide el Derecho internacional en la seguridad democrática?

La solución o respuesta hipotética al problema investigado consiste en las siguientes afirmaciones: 1. La soberanía tiene dos funciones en la Constitución Política de la Republica, la soberanía interna, que se interpreta como la potestad que tiene el pueblo de Guatemala de darse sus propias leyes y promover su obediencia, y la soberanía externa que se interpreta como la exigencia de igualdad de trato en la comunidad internacional. Las manifestaciones de la soberanía en la seguridad democrática se dan esencialmente en: a) la exigencia del cumplimiento de las garantías constitucionales tanto individuales como colectivas; b) la exigencia del cumplimiento de la función pública con fundamento en el principio de legalidad; c) la exigencia del respeto al principio republicano de separación o división de poderes y; d) la defensa de la soberanía tanto interna como externa por parte de las autoridades estatales en virtud del juramento de fidelidad a la Constitución que debe prestar toda persona que ejerza función pública; y 2. Las manifestaciones del Derecho internacional en las instituciones democráticas consisten en que: a) El

Derecho internacional no puede interpretarse de forma derogatoria (*contra legem*) a la Constitución ni a las leyes aprobadas por el procedimiento democrático; b) El Derecho internacional no puede anular la legitimidad democrática que posee la Constitución Política de la República, pues no tiene como fuente la *voluntad popular*; c) El Derecho internacional no puede eliminar el procedimiento democrático alegando la representatividad de los funcionarios que suscribieron y ratificaron un Tratado, si este contradice el contenido de la Constitución Política de la República y; d) El Derecho internacional no puede tener jerarquía sobre la Constitución Política de la República, pues esta prevalece sobre cualquier ley o tratado. Por lo tanto, cualquier Tratado que viole los principios enunciados, atenta contra la seguridad democrática y tanto los funcionarios del Estado como los ciudadanos, tienen el derecho y el deber jurídico de defender las instituciones democráticas y la soberanía.

Este informe de investigación consta de cuatro capítulos, en el primero se desarrolla el tema de la soberanía y la seguridad democrática; en el segundo de trata el tópico del derecho internacional y el derecho interno; en el tercero se analiza el ámbito de los tratados internacionales y en el cuarto y último, se discute el tema del derecho internacional y la seguridad democrática; para, posteriormente, tratar de arribar a una conclusión que determine de forma objetiva la verosimilitud de las hipótesis formuladas en el diseño de la investigación.

CAPÍTULO I

SOBERANÍA Y SEGURIDAD DEMOCRÁTICA

1. LA SOBERANÍA

Carpizo manifiesta que “la palabra soberanía proviene de los vocablos *super-omnia*; luego, etimológicamente, significa *sobre todo poder*. El soberano es quien decide en última instancia sin que nadie le pueda decir o indicar en qué sentido tiene que decidir. Soberanía es la facultad exclusiva de un pueblo para dictar, aplicar y hacer cumplir las leyes que el mismo se ha dado”¹.

En el sentido indicado, puede decirse que *la soberanía es a los pueblos lo que la libertad a los hombres*. La soberanía, entonces, constituye la base de todas las instituciones jurídico-políticas de un Estado. En el desarrollo histórico de la teoría de la democracia, la soberanía radica en el pueblo.

Rousseau manifestó que: “la soberanía es el ejercicio de la voluntad general y esta nunca es enajenable, prescriptible o divisible. La soberanía no es enajenable porque de serlo se destruiría el cuerpo político, no es divisible porque la voluntad es general y al declararse hace la ley, y no prescribe porque a la libertad se le puede atar, pero no suprimir”².

¹ Carpizo, Jorge. ESTUDIOS CONSTITUCIONALES. Editorial Porrúa. México. 2012. Pp. 299.

² Rousseau, Jean Jacques. Citado por Carpizo, Jorge. Op Cit. Pp. 299.

En el sentido manifestado por Rousseau, la soberanía radica por antonomasia en el pueblo, esta es la génesis y la finalidad de cualquier organización política. Bajo esta concepción, el pueblo sería su propio legislador y juez; crea, modifica y deroga las leyes, toma la decisión política fundamental y su voluntad convierte las costumbres en leyes que son las guías de la conducta social.

Casi todas las constituciones contemporáneas consagran en su texto la disposición explícita de que la soberanía radica en el pueblo.

No obstante, ello, los Estados no subsisten aislados de la comunidad internacional de Estados, por eso, la idea de soberanía tiene, además, un ámbito externo, que es el principio de la igualdad de los Estados en el contexto internacional, todos los Estados son libres e iguales y por lo tanto, “ningún Estado tiene el derecho de agredir o imponer una decisión a otro Estado”³.

2. DESARROLLO HISTÓRICO DEL CONCEPTO DE SOBERANÍA

En la doctrina del derecho constitucional, algunos autores han mantenido que el significado del término *soberanía* es equívoco y polisémico, y se le señala como la causa o factor principal de muchas de las guerras que se ha suscitado en la historia de la humanidad.

³ Carpizo, Jorge. Op Cit. Pp. 299.

Los autores de derecho internacional Kaplan y Katzenbach, manifiestan que el término *soberanía* es vago e inconsistente, que es un símbolo altamente emotivo y que “no es una idea que resulte muy útil ni a efectos de análisis ni de descripción”⁴.

Los grupos humanos, en su desarrollo histórico, han construido diversas formas de organización política para culminar con el Estado nacional y soberano; la organización estatal actual conserva como notas características, las de Estado *nacional y soberano*.

Así la idea de *Estado nacional* surgió con la natural adhesión del adjetivo *soberano*. La soberanía constituye entonces, el resultado de las luchas sostenidas por el Monarca francés contra el imperio romano, contra la Iglesia y contra los señores feudales, en las cuales el primero logró imponerse; este hecho histórico constituye el surgimiento del *Estado soberano* a finales de la alta Edad Media.

La Iglesia Romana tenía la pretensión, en la Edad Media, de conseguir una unidad religiosa regida por ella. Dentro de estas agrupaciones humanas se establecieron reinos, cuyos líderes recibían títulos de Reyes por parte del emperador; la base organizativa política en tales reinos eran los señores feudales, quienes competían en poder y patrimonio con los Reyes.

⁴ Kaplan, Morton A. & Katzenbach, Nicolás. FUNDAMENTOS POLÍTICOS DEL DERECHO INTERNACIONAL. Editorial Limusa-Wiley. México. 1965. Pp. 159.

La Iglesia Romana, desde principios del siglo XI, intentó independizarse de las presiones políticas del Imperio y, consecuentemente, de dominarlo. El acontecimiento histórico más importante en esta contienda fue el conocido hecho de Canossa, Italia, en enero de 1077, en el cual el emperador Enrique IV del Sacro Imperio Romano Germánico, de rodillas y descalzo, pidió perdón al papa Gregorio VII, para obtener su liberación de la excomunión y la humillación o penitencia a la que tuvo que someterse para obtenerla.

Algunos años después, en julio de 1214, el Rey francés Felipe II, apoyado por los Barones y por los Señores Feudales de su reino, derrotó en la batalla de Bouvines al emperador Otón IV, quien había integrado una fuerza aliada; ocho décadas después de ese triunfo del Rey francés, otro rey también de Francia, Felipe el Hermoso, derrotó al papa Bonifacio VIII.

Los señores feudales franceses, después de una serie de batallas, se habían sometido a la autoridad del Rey, al vencer Francia al Imperio y a la Iglesia en la batalla de Aviñón, se fundó como un Estado nacional, como una unidad que reconoció un único poder, el del Rey que había destruido los estamentos feudales y construido una nación. Se haría posible la idea que tiempo después Renán expondría: “Francia se constituía por el plebiscito cotidiano de todos los franceses. Así nació el Estado nacional y soberano”⁵.

⁵ Renán, Ernest. Citado por: Carpizo, Jorge. LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917. UNAM. México. 1980. Pp. 163.

3. JUAN BODINO Y LA TEORÍA DE LA SOBERANÍA

“La soberanía no se concibió en una doctrina o en una teoría, sino que fue producto de la realidad y, como se ha expresado, la doctrina se puso al servicio de los acontecimientos”⁶. El Estado nacional y soberano tenía existencia real y, entonces, se trató de explicar esta nueva forma de organización política, en ese sentido, los hechos precedieron a la teoría.

La primera sistematización del concepto de soberanía se encuentra en *Los seis libros de la República* de Juan Bodino. Este teórico francés estudió la realidad del Estado nacional y Soberano e hizo el intento de teorizarla. Bodino plantea esta definición: ***República es el gobierno justo de muchas familias y de lo que es común, con suprema autoridad.*** En el concepto de *suprema autoridad* formulado por Bodino, se encuentra inserta la idea de *soberanía*.

Se tiene, entonces que, para Juan Bodino, *soberanía es un poder absoluto y perpetuo*; él entendió por *absoluto* la *potestad de dictar y derogar las leyes*.

La idea de *soberanía* desarrollada por Bodino ha sido objeto de una gran cantidad de críticas, se ha dicho que tal idea es el camino al totalitarismo; empero, Bodino, en su obra *Los seis libros de la República* establece que los *principios* están sujetos a las leyes comunes de todos los pueblos. El príncipe tiene el poder de dictar

⁶ Tena Ramírez, Felipe. DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO. Editorial Porrúa. México. 1980. Pp. 5.

leyes civiles, nunca las divinas; o sea, la actuación real está limitada por márgenes precisos, los cuales no puede traspasar.

Víctor Flores Olea, refiriéndose al pensamiento de Bodino manifiesta que: “La expresión *legibus solutus* no significa arbitrariedad del soberano, porque *los principios de la tierra están sujetos a las leyes de Dios, de la naturaleza y al Derecho de gentes*. Bodino distingue, nítidamente, entre *Derecho y Ley*, entre *principio y precept*, y *el soberano, a quien le compete dar las leyes a los hombres*, no está sujeto, precisamente, a la Ley, aunque sí *al Derecho divino, natural y de gentes*”⁷.

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

“La soberanía es la facultad de dar leyes a todos los ciudadanos, pero nunca recibirlas de éstos”⁸. Bodino afirmó, también, que el príncipe tenía que respetar las leyes comunes a todos los pueblos, es decir, que tenía que respetar el derecho internacional (*Ius Gentium*).

En consecuencia, de la tesis de Bodino surge la pregunta: ¿Quién es titular de la soberanía en la idea de Bodino? Esta pregunta ha obtenido diversas

⁷ Flores Olea, Víctor. ENSAYO SOBRE LA SOBERANÍA DEL ESTADO. UNAM. México. 1969. Pp. 64-65.

⁸ Heller, Herman. LA SOBERANÍA. UNAM. México. 1965. Pp. 81.

respuestas, las cuales han sido objeto de intensos debates. No obstante, en Bodino, el término definido es *república*, y esta es el *justo gobierno de muchas familias con suprema autoridad*. ¿En quién deposita Bodino la suprema autoridad?, esta pregunta puede esclarecerse si se afirma que *hay mucha diferencia del Estado al gobierno civil*. Bodino, efectivamente, distinguió entre Estado y gobierno, entre la estructura y la manera en la cual se manda en esta estructura.

“Se puede concluir que para Bodino el *soberano* es quien efectivamente gobierna, ya sea el príncipe, un grupo o el pueblo. Pero dada la época histórica en que vivió Bodino y el espíritu nacionalista que inundaba a la sociedad francesa, no es de extrañarse que la obra de Bodino va encaminada a la idea de que el soberano fuera el Rey, en el siglo XVI, en Europa, el poder supremo lo poseía el Rey, pues se estaba viviendo un régimen absolutista”⁹.

⁹ De la Cueva, Mario. TEORÍA GENERAL DEL ESTADO. Edición mimeográfica de sus apuntes de clase. Tomo II. México. 1961. Pp. 409-410.

4. LA DETERMINACIÓN DEL TITULAR DE LA SOBERANÍA

La titularidad de la soberanía ha sido uno de los tópicos sobre los cuales ha debatido la ciencia política y el derecho constitucional. La doctrina se ha pronunciado en las formas más diversas y contradictorias.

Según Carpizo, los siguientes autores se han manifestado sobre la titularidad de la soberanía de la forma siguiente:

- a) Para Grocio, el titular de la soberanía es el derecho natural, el cual no cambia y permanece inmutable.
- b) Para Hobbes, el titular es quien detenta el poder.
- c) Para Hegel, Jellinek, Heller y Flores Olea el titular es el Estado. Aquí la dificultad se encuentra en las diversas e incluso antagónicas acepciones respecto a la noción de Estado que tiene cada uno de esos autores.
- d) Para Loyscau la soberanía reside en el territorio.
- e) Para Krabbe, el titular es el orden jurídico.
- f) Para Rehm, el soberano es el derecho público, y para Haenel es la función suprema de la legislación.
- g) Para Lasing, la soberanía reside en el mundo.
- h) Para Gioberti, José Manuel Estrada y Mauricio Hauriou, la soberanía radica en Dios.
- i) Para Felipe Tena Ramírez la soberanía se encuentra en la Constitución.
- j) Para Rousseau, el pueblo es el soberano.

“El problema de la titularidad de la soberanía es que el sujeto de ella debe ser un sujeto de voluntad real con autoridad para expedir las normas jurídicas sin que nadie le indique cómo debe hacerlo”¹⁰.

En opinión de Carpizo, “las teorías que despersonalizan al titular de la soberanía solo pretenden disimular u ocultar el hecho de que se tiene oprimido al pueblo”¹¹. En apoyo argumentativo a la titularidad de la soberanía en el pueblo, puede decirse que, si la soberanía es la facultad de darse un orden jurídico, entonces es necesario que alguien cree ese orden jurídico y ese alguien solo puede ser el pueblo.

Por lo tanto, en una teoría democrática, tal como ha sido enunciada en su esencia, el titular de la soberanía es el pueblo, ya que, es *su esencia misma*, y en este aserto se encuentra el mérito del pensamiento de Juan Jacobo Rousseau.

5. LA VOLUNTAD GENERAL EN LA TEORÍA DE ROUSSEAU

Según Rousseau, el ser humano vivió una etapa de naturaleza donde fue totalmente libre, por supuesto, esta etapa de *naturaleza* debe entenderse *hipotética*, para explicar un *comienzo o inicio*. En ese sentido, el pensamiento de Rousseau es una propuesta para regresar al *estado* en que el ser humano es libre.

¹⁰ Heller, Hermann. Op Cit. Pp. 145.

¹¹ Carpizo, Jorge. LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917. UNAM. MÉXICO. 1980. Pp. 168.

Rousseau nunca creyó, como Hobbes, en la existencia real y verdadera de *un contrato*, sino que fue la idea explicativa de la necesidad de cierto orden, en el cual no se sacrificara en nada la libertad humana, por esta razón escribió: “Hay que encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado y por lo cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y permanezca tan libre como antes”¹².

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

Una idea sumamente discutida de Rousseau es la idea de la *voluntad general*: se ha dicho que es la voluntad de todos los asociados. Hay, con frecuencia, bastante diferencia entre la voluntad de todos y la voluntad general; esta no tiene en cuenta sino el interés común; la otra se refiere al interés privado y no es más que una suma de voluntades particulares.

¹² Rousseau, Jean Jacques. EL CONTRATO SOCIAL. Editorial Aguilar. Buenos Aires. 1965. Pp. 64.

La voluntad general es la sociedad, cuya finalidad es que todos los hombres puedan vivir como hombres. De la Cueva afirmó que: “la voluntad general no es más que la suma de todas las voluntades identificadas en la idea de la libertad”¹³.

Según Rousseau “La soberanía es el ejercicio de la voluntad general, y esta soberanía nunca es enajenable, prescriptible o divisible. De estas características se deducen otras, pero la soberanía no es enajenable porque de serlo se destruiría el cuerpo político, no es divisible porque la voluntad es general y al declararse hace la ley, y no prescribe porque a la libertad se le puede ahogar, pero no suprimir”¹⁴.

Manifiesta Carpizo que: “La soberanía radica *por esencia en el pueblo*, este es el principio y fin de toda organización política. En esta concepción, el pueblo es su propio legislador y juez. El pueblo crea y destruye las leyes, es quien decide y su voluntad convierte las simples conductas en leyes que son las guías de la voluntad creadora”¹⁵.

Bajo este orden de ideas y en consecuencia con Rousseau, el pueblo es el amo y señor, los que gobiernan son sus servidores. El acto que instituye el gobierno no es un contrato, sino una ley; los depositarios del poder ejecutivo no son los dueños del pueblo, sino sus servidores y, en consecuencia; el pueblo puede nombrarlos o destituirlos cuando le plazca; no es cuestión para ellos de contratar,

¹³ De la Cueva, Mario. LA IDEA DE LA SOBERANÍA. En: ESTUDIOS SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE APATZIGÁN. UNAM. México. 1964. Pp. 281.

¹⁴ Rousseau, Jean Jacques. Op Cit. Pp. 77.

¹⁵ Carpizo, Jorge. ESTUDIOS CONSTITUCIONALES. Op Cit. Pp. 498.

sino de obedecer, y encargándose de las funciones que el Estado les impone no hacen sino cumplir con su deber de ciudadanos, sin tener en modo alguno el derecho de discutir las condiciones.

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

6. LA SOBERANÍA INTERNA Y LA SOBERANÍA EXTERNA

La soberanía, en su concepción de una e indivisible, puede ser contemplada desde dos ángulos o aspectos: el interno y el externo; en ese sentido se pronunciaron Rousseau, Hegel y Jellineck.

En cuanto al aspecto interno de la soberanía, este implica que el pueblo se da su propio orden jurídico; que los ciudadanos libres deciden su forma de gobierno y eligen y nombran a quienes van a dirigir los órganos de la estructura política de acuerdo con las leyes, que son la expresión de *la voluntad popular*.

Entonces, el aspecto interno de la soberanía consiste en la facultad exclusiva de un pueblo de dictar, aplicar y hacer cumplir las leyes.

El aspecto externo de la soberanía implica la igualdad y la libertad de todos los Estados en el ámbito de la comunidad internacional.

En tal sentido, el aspecto externo de la soberanía significa que un Estado independiente y soberano se presenta en el conjunto de la comunidad internacional de Estados como igual; con los mismos derechos y obligaciones; y en tal calidad de igualdad, entabla relaciones con el resto de los estados; es el mismo principio que rige la vida interna del Estado, solo que proyectado hacia afuera del mismo.

Tena Ramírez señala que “la noción de supremacía es la nota característica de la soberanía interior; es entonces un superlativo; en cambio, la soberanía exterior es un comparativo de igualdad”¹⁶.

7. SOBERANÍA Y ESTADO

La idea de la soberanía ha sido criticada por algunos autores. Al concepto de soberanía le señalan haber propiciado guerras y constituir un serio obstáculo para el desarrollo del derecho y de las relaciones internacionales; especialmente fuertes fueron las críticas después de la primera guerra mundial.

¹⁶ Tena Ramírez, Felipe. Op Cit. Pp. 6.

Hugo Preus sostuvo que “la idea del Estado de derecho extirparía y subsistiría no solamente el concepto romántico de la soberanía, sino incluso el término mismo”¹⁷.

El norteamericano James W. Garner, citado por Carpizo, manifiesta: “aunque atribuyó la soberanía al Estado, decididamente se manifestó en contra de ella, ya que expresó su opinión en el sentido de que el concepto de soberanía es el obstáculo principal a una organización mundial y una gran traba para mantener la paz y el progreso de los intereses comunes de los Estados”¹⁸.

El teórico griego N. Politis, citado por Carpizo¹⁹ creyó que la idea de la soberanía se encontraba en su etapa de desaparición, virtualmente abolida y que era necesario borrar del lenguaje jurídico esa palabra. Y como este autor pensó que la soberanía ya estaba casi abolida indicó que el Estado estaba cerca de ser una federación para la administración de los servicios públicos. Los pensamientos anteriormente señalados de Politis están atemperados en la parte final de su obra, de donde se deduce que ni Politis está convencido de que la soberanía sea un concepto superado, sino que, según él, se estaba logrando eliminar su carácter peligroso. En esta forma, la doctrina de Politis resulta confusa. Más que párrafos concretos hay que analizar su concepción general: anhela que desaparezca la idea de la soberanía.

¹⁷ Preus, Hugo. Citado por: Heller, Hermann. Op Cit. Pp. 93.

¹⁸ Garner, W. Citado por: Carpizo, Jorge. LA CONSTITUCIÓN MÉXICANA DE 1917. Op Cit. Pp. 182.

¹⁹ Politis, N. Citado por: Carpizo, Jorge. LA CONSTITUCIÓN MÉXICANA DE 1917. Op Cit. Pp. 183.

El pensamiento de León Duguit lo sintetiza Carpizo diciendo que: “para él la noción de soberanía es una idea metafísica, totalmente extraña a la realidad y que se halla en camino de desaparecer. Para Duguit el problema se encuentra en que determinados hombres imponen su voluntad por la fuerza a los demás. Afirmó que este problema era irresoluble, puesto que resolverlo equivaldría a admitir que ciertos hombres son por esencia superiores a otros, o bien habría que admitir que el superior es un dios. Ante su imposibilidad de explicar científicamente la existencia de una voluntad soberana, se pronunció en contra de la soberanía”²⁰.

En *El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional*, Kelsen manifestó que: “el mundo llegaría a tener un orden jurídico universal y justo, cuya validez no dependería del reconocimiento de los Estados y para alcanzar lo anterior había que abolir el dogma de la soberanía de cada Estado. La noción de soberanía debía ser radicalmente extirpada y que debía desaparecer del diccionario del derecho internacional”²¹.

Laski externó que no puede existir paz sin una organización internacional que derogue la soberanía de los Estados. Este autor creyó que la idea de la soberanía del Estado pasaría de la misma forma en que pasó el derecho divino de los reyes, ya que el concepto de soberanía solo fue “la espada victoriosa, forjada en uno de lo

²⁰ Duguit, León. Citado por: Carpizo, Jorge. LA CONSTITUCIÓN MÉXICANA DE 1917. Op Cit. Pp. 186.

²¹ Kelsen, Hans. EL PROBLEMA DE LA SOBERANÍA Y LA TEORÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1978. Pp. 149.

más terribles conflictos políticos. Hay que reemplazar esta espada por otras armas más nuevas”²².

8. LA EXISTENCIA DE LA SOBERANÍA EN LA TESIS DE HELLER

Dentro del anterior panorama surgió el pensamiento de Hermann Heller, cuya idea central es que no existe contradicción entre los conceptos de soberanía y derecho internacional, ya que el Estado soberano es presupuesto para la existencia del segundo.

Heller afirmó que: “La concepción del derecho internacional que no tome como punto de partida la existencia de una pluralidad de unidades de voluntad soberanas está de antemano y necesariamente destinada al fracaso. El derecho internacional existe únicamente en la medida en que por lo menos están presentes dos unidades territoriales decisorias universales y efectivas. Desde este punto de vista, la idea del Estado soberano es un presupuesto necesario del pensamiento internacional; por el contrario, la idea del derecho internacional no es presupuesto indispensable para el pensamiento estatal. (...) La *civitas maxima* o el Estado que pudiera aislarse dentro de la muralla china, serían unidades decisorias soberanas y existirían sin necesidad de la existencia o vigencia de un derecho internacional; en cambio, un derecho internacional sin Estados soberanos es impensable. Una unidad decisoria planetaria, universal y efectiva, transformaría al derecho

²² Laski, Harold J. EL PROBLEMA DE LA SOBERANÍA. Editorial Dédalo. Buenos Aires. 1960. Pp. 132.

internacional en derecho estatal y sería soberana en el más eminente sentido de la palabra. Adoptamos como principio de nuestra investigación la tesis de que el Estado es soberano; esta fórmula significa que el Estado es una unidad territorial decisoria universal y efectiva, tanto en su interior como hacia el exterior”²³.

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

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

La conclusión de Heller se encuentra en que: “mientras no exista un Estado mundial como unidad territorial universal de la decisión, de acción, es decir, un Estado mundial soberano, la soberanía de cada Estado particular debe ser ***legibus soluta potestas***”²⁴.

De tal forma, las características de *nacional y soberano* aún siguen conformando al Estado de nuestros días y continuarán constituyendo sus elementos

²³ Heller, Hermann. Op Cit. Pp. 225.

²⁴ Ibídem. Pp. 304.

esenciales mientras no se modifiquen las actuales estructuras de la organización política de los Estados.

9. LA SOBERANÍA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Tópico aparentemente difícil es la concordancia entre los conceptos de soberanía y derecho internacional, pero realmente no hay tal dificultad si se tiene presente que la idea de *soberanía* no implica arbitrariedad ni es sinónimo de absolutismo.

César Sepúlveda sostiene que el derecho internacional es un orden jurídico de entes soberanos a los que obliga, y que la soberanía del Estado consiste en la “capacidad de crear y de actualizar el derecho, tanto el interno como el internacional, pero obligación de actuar conforme al derecho y responsabilidad por esa conducta”²⁵.

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

²⁵ Sepúlveda, César. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Editorial Porrúa. México. 1964. Pp. 82

Schwarzenberger, describe esos principios fundamentales:

1. “Aun sin su consentimiento, los sujetos del derecho internacional están obligados por las normas del derecho de gentes consuetudinario que les resulten aplicables y por los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.
2. Pueden imponerse a un sujeto del orden legal internacional obligaciones internacionales adicionales solo con su consentimiento.
3. El ejercicio de la jurisdicción territorial es exclusivo para cada Estado, a menos de que estuviere limitado o exceptuado por normas de derecho internacional.
4. En ciertos y especiales casos, los sujetos de derecho internacional pueden *pretender* jurisdicción sobre cosas y personas fuera de su jurisdicción territorial.
5. A menos que existan reglas que le permitan la intervención de un sujeto de derecho internacional en la esfera de la exclusiva jurisdicción doméstica de otro sujeto, constituye una ruptura del orden jurídico internacional”²⁶.

²⁶ Schwarzenberger, Georg. MANUAL DE DERECHO INTERNACIONAL. Citado por: Sepúlveda, César. Op Cit. Pp. 82-83.

Del pensamiento de Sepúlveda y de Schwarzenberg, puede inferirse que no existe contradicción ni antagonismo entre el Estado soberano y el derecho internacional, y la base de este último es la existencia de Estados soberanos que al no vivir aislados entran en relación sobre la base de ciertos principios como *el de reciprocidad*.

Flores Olea manifiesta que: “la condición misma de la existencia del derecho internacional es la presencia de unidades de voluntad soberanas. Así, el derecho internacional es la manifestación de una pluralidad de voluntades unitarias y soberanas. En las relaciones internacionales, la soberanía del Estado se presenta como la independencia de este, para tomar todas las decisiones sobre su orden jurídico e incluso para cambiarlo totalmente sin la intervención de ningún otro ente soberano”²⁷.

Deni Tourent afirma que: “el principio de la igualdad soberana de los Estados es, por una parte, una norma a la cual no se le permite derogación alguna y, por otra parte, constituye la idea más importante de los principios fundamentales sobre los cuales se construye el derecho internacional”²⁸.

Carrillo Salcedo sostiene que: “el Estado soberano expresa una *realidad básica* del orden internacional, ya que cada Estado es a la vez sujeto del derecho

²⁷ Flores Olea, Víctor. Op Cit. Pp. 120.

²⁸ Tourent, Deni. Citado por: Gómez-Robledo. Alonso. SIGNIFICACIÓN JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE LA SOBERANÍA PERMANENTE SOBRE LOS RECURSOS NATURALES. En: LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS SOBRE SUS RECURSOS NATURALES. UNAM. México. 1980. Pp. 50.

internacional y órgano mismo, así como intérprete, razonable y de buena fe, del alcance de sus obligaciones jurídicas. Desde luego, la soberanía no es concebible como poder arbitrario no sujeto a norma jurídica alguna”²⁹.

El Estado no tiene sobre sí ninguna otra autoridad salvo la del derecho internacional; existe igualdad soberana entre los Estados y ninguno debe tratar de intervenir en los asuntos internos del otro. El Estado soberano continúa siendo *una pieza esencial en la organización social y política de la humanidad* y del derecho internacional.

Sin derecho internacional no existe respeto para la soberanía de los Estados, por lo cual debe entenderse que la expresión que los Estados están sometidos al derecho internacional está ligada estrechamente al principio de la igualdad soberana de los Estados.

Por todo lo anterior, Carrillo Salcedo concluye diciendo que: “La soberanía del Estado no es, pues, un principio destructor del derecho internacional, sino el punto de partida en la comprensión de este peculiar ordenamiento jurídico. Simboliza la relevancia de la voluntad y del consentimiento del Estado en el proceso de creación, desarrollo progresivo y aplicación del derecho internacional”³⁰.

²⁹ Carrillo Salcedo, Juan Antonio. SOBERANÍA DEL ESTADO Y DERECHO INTERNACIONAL. Editorial Tecnos. Madrid. 1969. Pp. 30.

³⁰ *Ibíd.* Pp. 58.

Del análisis del pensamiento de los autores citados, puede concluirse que no existe antagonismo entre los conceptos de Estado soberano y derecho internacional, ya que la base y punto de partida del segundo es precisamente el Estado soberano.

10. ANÁLISIS DEL CRÍTICO DEL CONCEPTO DE SOBERANÍA

A continuación, se realiza un comentario breve a manera de síntesis, sobre la idea crítica del concepto de *soberanía*. La idea de la soberanía no nació de una teoría, sino de la realidad; nació como la potestad última de acción y decisión sobre el orden jurídico; como la facultad de promulgar y derogar las leyes sin la intervención de ningún agente externo al Estado. Soberanía es, entonces, en ese sentido, sinónimo de libertad, independencia, poder constituyente del pueblo, autodeterminación y del principio de no intervención.

La titularidad de la soberanía se le ha atribuido al pueblo, bajo la idea de democracia, porque es reflejo de la realidad política. En la teoría, el pueblo construye su Estado y su orden jurídico como instrumentos a su servicio, como auxiliares en su finalidad de vivir con libertad, dignidad y justicia.

Como correlato objetivo de la idea de soberanía, entonces, tratar de despersonalizar el concepto de soberanía es negar la realidad y tratar de ocultar alguna forma de dominación y de fuerza. Un sistema democrático es solo aquel en el cual el poder viene del pueblo, que decide sus estructuras, entonces, la soberanía

solo puede estar en la voluntad decisoria del pueblo. La soberanía es, por lo tanto, sinónimo de libertad.

La idea de soberanía no debe identificarse como *arbitrariedad*, sino que se encuentra limitada por sus principios mismos; que es *indivisible*, que es *inalienable*, que es *imprescriptible* y porque persigue asegurar su propia libertad y dignidad. De esa forma, no es concebible que la noción de soberanía pueda prestarse a la violación de los derechos fundamentales o al desconocimiento de que los gobernantes son solo los representantes de la voluntad del pueblo. De esta forma, la misma idea de soberanía contiene sus propios límites para no autodestruirse y poder libremente decidir su Estado y su orden jurídico que son instrumentos a su servicio para poder vivir con libertad y con justicia.

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

Las ideas de soberanía y derecho internacional no son antagónicas, sino complementarias. El Estado soberano no subsiste solo, por lo tanto, se necesitan ciertas reglas para normar las relaciones entre los Estados soberanos. La base

misma del derecho internacional es la idea de los Estados soberanos, si estos no existieran, entonces el derecho internacional sería superfluo.

Si la noción de soberanía no significa arbitrariedad; entonces, el Estado soberano tiene que respetar ciertas reglas de convivencia para con los otros Estados; debe respetar la soberanía de los otros Estados. En la misma forma en que un hombre libre no debe imponer su voluntad a otro, un Estado no debe intervenir en los asuntos internos de otro.

En opinión de Carpizo: “La idea de la *voluntad general* de Rousseau se puede aplicar al derecho internacional: que los Estados soberanos en sus relaciones lleven como principio el respeto a la soberanía de los otros y que la fuerza común de todos impida que alguno trate de impedir a otro el ejercicio libre de la soberanía. En efecto, en el derecho internacional se encuentra la mejor garantía a la soberanía de cada Estado: en la realización de la igualdad de cada Estado se encuentra el fundamento de su independencia y su autodeterminación. Todo Estado está obligado a respetar estos principios, está identificado con su soberanía que no es arbitrariedad y se encuentra vinculado al derecho internacional”³¹.

En esta forma, soberanía y derecho internacional son términos correspondientes. En consecuencia, el titular de la soberanía en el derecho internacional solo puede ser también el pueblo, que es la realidad, solo que se suele

³¹ Carpizo, Jorge. ESTUDIOS CONSTITUCIONALES. Op Cit. Pp. 504.

hablar de Estados soberanos, pero en esta alocución se está identificando Estado y pueblo, entendido este último como comunidad política. En el derecho internacional no se puede despersonalizar el concepto de soberanía sin exponerse a confusiones, como la de atribuirle la causa de las guerras al concepto de soberanía.

El concepto de Estado soberano es el requisito *sine qua non* de las organizaciones políticas actuales y la base del derecho internacional. Esto podrá cambiar quizá algún día si la instancia última de decisión se desplaza del Estado soberano a una instancia mundial de decisión y acción, entonces habrán fenecido el Estado soberano y el derecho internacional para dar lugar a una nueva organización política: todo el derecho del mundo será decidido en una única y última instancia, pero mientras ello no acontezca, si es que algún día llega a pasar, cada Estado es *legibus soluta potestas*. El Estado soberano es su última instancia de decisión y ello es la base del derecho internacional, y esos conceptos no implican ninguna noción de arbitrariedad.

Ahora bien, la idea de soberanía no es solo un concepto político y jurídico, sino también, e igualmente importante, de índole económica y cultural. Soberanía *política* es la facultad de autodeterminación, de independencia y de igualdad de los Estados. Soberanía *jurídica* es la creación de una Constitución y de todas las normas que derivan de ella. Soberanía *económica* es la atribución de determinar un sistema económico y de disponer de sus recursos naturales. Soberanía *cultural* es la preservación del modo de ser y de pensar de la comunidad política. Queda claro

que la soberanía es completamente antagónica a cualquier forma o modalidad de imperialismo o colonialismo. Soberanía es libertad interna y externa del pueblo constituido en Estado.

La soberanía es el concepto que constituye la defensa de los Estados pequeños y débiles frente a los Estados grandes y fuertes. La soberanía es el escudo de los Estados débiles frente a los Estados que representan superpotencias y potencias que desean dominar e imponerse en el mundo. La soberanía no debería admitir condiciones, tutelajes, ni limitaciones; debería ser la defensa emanada del derecho y la razón contra la fuerza o presión ejercida a veces por los Estados poderosos sobre los débiles.

11. LA SOBERANÍA DEL ESTADO Y LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Si bien el ejercicio de competencias por parte de una organización internacional irroga indefectiblemente algunas afectaciones a la soberanía de los Estados miembros, en términos jurídicos, el despliegue de las competencias internacionales más bien resiente en grado importante a la Constitución de cada uno de esos Estados.

Cuando una organización internacional aborda el ejercicio de competencias estatales, muchos autores, funcionarios y jueces de los Tribunales constitucionales e internacionales, han sido presurosos, en el empleo de términos jurídicos que han servido para explicar en múltiples escritos y sentencias, que una estructura

internacional despliega una serie de acciones de poder público, lo que podría afectar a la soberanía de los Estados miembros.

Así, sin reparar mayormente en el significado preciso de los vocablos útiles para explicar el problema de competencias desde los Estados a la organización internacional, se han utilizado, casi indistintamente, los términos siguientes: transferencia, delegación, atribución y cesión, entre otros.

12. LA DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS POR PARTE DE LOS ESTADOS A LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

La constitución de una organización internacional demanda de los Estados ingentes y constantes obligaciones, no solo en lo tocante a decisiones que toman las autoridades de las ramas ejecutiva, legislativa y judicial del poder público nacional, sino, además, en el campo del ejercicio del poder por parte de la estructura institucional del Estado, en varios sectores, sobre todo el Poder Jurídico.

No resulta difícil comprobar que las organizaciones internacionales más complejas o avanzadas -entre ellas la Corte Penal Internacional- requieren una estructura orgánica compleja para funcionar, destinada para ejecutar importantes tareas enmarcadas en los objetivos de los tratados fundacionales aprobados previamente por los Estados miembros.

Para que las organizaciones internacionales cumplan con las tareas a ellas confiadas -cuestión esta última que justifica su existencia- realizan acciones propias del poder público, en sus diversas manifestaciones, comprendiendo así, tanto a la administración del Estado, como a las ramas legislativa y judicial, que han de estar sujetas tanto a los principios como a las reglas de procedimiento atinentes a la naturaleza que les corresponde.

Con base en el Derecho administrativo se ha señalado que la organización internacional confiere a sus órganos e instituciones atribuciones que implican el ejercicio de la función administrativa, no solo en lo atinente a su actividad interna (relación de empleo, organización burocrática, presupuesto, etc.), sino con incidencia directa en la jurisdicción de cada país.

Así mismo, se ha dicho que todo ello se complementa con una actividad de control o vigilancia y la consecuente potestad sancionadora ante el incumplimiento; y que, como lo manifiesta Dromi: “si bien en principio la función internacional no es ejecutiva *per se*, sino que actúa a través de las administraciones estatales, es evidente que ejerce función administrativa, y que avanza en la ejecución cuando controla y sanciona”³².

³² Dromi, Roberto. DERECHO ADMINISTRATIVO. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1996. Pp. 129.

Es necesario complementar que, en la realidad, la estructura internacional no confiere poderes a sus órganos, sino que son los Estados quienes lo hacen al aprobar el tratado fundacional o instrumentos posteriores.

Al calor del debate desarrollado acerca de los poderes de actuación de las instituciones internacionales, algunos autores mencionan algunos asuntos problemáticos, entre otros:

- a) los mecanismos mediante los cuales resulta que la organización internacional despliega una serie de poderes;
- b) las competencias que continúan en manos del Estado;
- c) la temporalidad e incluso la condicionalidad del despliegue de competencias;
- d) los necesarios parámetros constitucionales que haga respetar la organización internacional en su accionar.

Con relación a las competencias o poderes implícitos, Fernández Illanez opina: “los poderes implícitos, entonces, se definen como aquellos en virtud de los cuales una organización internacional dispone que las competencias que le resulta necesarias para el ejercicio de sus funciones y la obtención de sus objetivos; toda vez que estas funciones y objetivos encuentran su fundamento en un precepto del tratado constitutivo del que se desprenden implícitamente”³³.

³³ Fernández Illanez, Samuel. EL PROCESO DE INTEGRACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA: CONCORDANCIAS Y DIVERGENCIAS CON LOS DE AMÉRICA LATINA. Editorial Porrúa. México. 2011. Pp. 345.

Por lo dicho, resulta enormemente difícil determinar la naturaleza de las técnicas y del título bajo el cual resulta que la organización internacional es receptora de poder público, lo que deviene en un problema de cierta dificultad, debido a la variedad de posiciones que sobre el tópico en cuestión han adoptado diversos autores y operadores del Derecho; lo que hace muy difícil justificar por qué las organizaciones internacionales ejercen poderes públicos.

Los autores han expresado este problema con múltiples criterios que utilizan términos disímiles a los cuales atribuyen el mismo significado, sin detenerse a analizar cada uno de ellos en aras de alcanzar el rigor que demanda la ciencia jurídica. Se habla indistintamente sobre transferencia, delegación, atribución y cesión, motivo por el cual se considera bastante confuso el concepto y alcance jurídico de cada uno de los vocablos enunciados para llegar a una conclusión jurídicamente fundamentada.

13. LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LA DELEGACIÓN DE LA POTESTAD DE JUZGAR

Para analizar este problema es necesario referirse a algunos artículos de la Constitución Política de la República de Guatemala que establecen límites para entregar por parte del Estado la función pública a cualquier otra persona, sea esta nacional o de carácter internacional.

Para empezar, el tercer párrafo del artículo 154 de la Constitución Política de la República establece lo siguiente: "Artículo 154. Función Pública; sujeción a la ley.

(...) La función pública no es delegable, excepto en los casos señalados por la ley, y no podrá ejercerse sin prestar previamente juramento de fidelidad a la Constitución”.

La claridad del texto citado es indiscutible, la Constitución Política de la República prohíbe delegar la función pública. Ahora bien, ¿la potestad de juzgar por parte del Poder Judicial es función pública? La respuesta, necesariamente, debe ser afirmativa, pues solo el poder público tiene la potestad de juzgar; y si nos ceñimos a la literalidad de la norma constitucional citada, se estaría a que la potestad de juzgar como función pública resulta indelegable por parte del Estado.

Para reforzar esta tesis, es necesario analizar también lo que establece el artículo 203 de la Constitución Política de la República: “Artículo 203. Independencia del Organismo Judicial y potestad de juzgar. La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los Tribunales de Justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado... la función jurisdiccional se ejerce con exclusividad absoluta por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca. Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia”.

De la literalidad del artículo constitucional citado, pueden inferirse tres situaciones de forma bastante clara: a) que la potestad de juzgar corresponde a los tribunales de justicia; b) que la función jurisdiccional se ejerce con exclusividad absoluta por la Corte suprema de Justicia y por los tribunales que la ley establezca y; c) que ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia.

De manera que hay dos situaciones importantes extraídas de los artículos constitucionales citados: la primera es que resulta indudable que la potestad de juzgar tiene la naturaleza de función pública y además, se ejerce con exclusividad; y la segunda es que la delegación de la función pública está prohibida por la Constitución Política de la República.

Si a ello se suma el contenido del artículo 141 de la Constitución Política que establece lo siguiente: “Artículo 141. Soberanía. La soberanía radica en el pueblo quien la delega para su ejercicio, en los Órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La subordinación entre los mismos es prohibida”.

De acuerdo con los artículos citados, se obtienen las siguientes afirmaciones: a) que la potestad de juzgar se ejerce con exclusividad y es función pública; b) que la Constitución prohíbe delegar la función pública; c) que la potestad de juzgar es una función soberana porque ha sido delegada por el pueblo para su ejercicio en el organismo judicial.

No obstante, es un hecho que Guatemala es Estado parte en el Tratado de Roma de 1998, que constituyó la Corte Penal Internacional y que por lo tanto, ha delegado a dicha organización internacional, aunque de manera subsidiaria, la competencia para juzgar delitos que sean competencia de dicha Corte.

Esto podría interpretarse como una delegación de soberanía, es decir, como una delegación de la función pública de juzgar, lo cual entra en contradicción con lo

analizado *supra*, si se interpretan en su literalidad los artículos constitucionales citados.

14. AFECTACIÓN DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES POR LA SUSCRIPCIÓN DE CONVENIOS O TRATADOS ENTRE EL ESTADO Y UNA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL

Amplio es el conjunto de afectaciones irrogadas a la Constitución por la pertenencia del Estado a una organización internacional y se corre el peligro, a veces, de causar un perjuicio a los derechos y a las libertades de los ciudadanos de los Estados miembros de organizaciones internacionales.

Es pertinente traer a colación la explicación que hace Luigi Ferrajoli sobre las garantías. Este autor sostiene que “no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. Las garantías constitucionales reflejan la estructura de los derechos fundamentales, por lo que para su tutela han sido previstas las garantías liberales y las garantías sociales, según se trate en el primer caso de los derechos de libertad o, en el segundo caso, de los derechos sociales”³⁴.

³⁴ Ferrajoli, Luigi. DERECHOS Y GARANTÍAS. LA LEY DEL MÁS DÉBIL. Editorial Trotta. Madrid. 2004. Pp. 25.

En todos los casos, el garantismo de un sistema jurídico es una cuestión de grado, que depende de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos por las normas constitucionales y por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia a tales vínculos.

Se puede decir, que todos los ordenamientos jurídicos modernos añaden al reconocimiento constitucional de los derechos, diversos mecanismos de protección que resultan imprescindibles para su real eficacia y que “la capacidad de los derechos para vincular la actuación de los agentes jurídicos y políticos y consolidarse como fundamento real de la Constitución material de una sociedad dependerá en última instancia de la eficacia de sus mecanismos de protección”³⁵.

Existen tres ámbitos que se consideran de sumo interés para ilustrar la posible afectación negativa que la intervención estatal en un proceso de participación en un organismo internacional pudiera infringir a las garantías constitucionales de los Estados miembros de un tratado. En primer lugar, el déficit de legitimidad democrática que se verifica en la incorporación de un Estado a una organización internacional. En segundo lugar, la carencia de derechos y libertades y sus garantías como limitación al poder público internacional y, en tercer lugar, la vulneración que pudiera ocasionar la emanación de la normativa internacional a la garantía de reserva de elaboración de ley a un órgano de naturaleza parlamentaria.

³⁵ Storini, Claudia. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Universidad Andina Simón Bolívar. Ecuador. 2009. Pp. 287.

No obstante, se debe reconocer que el avance y desarrollo contemporáneo de las relaciones internacionales plantea un verdadero desafío al concepto clásico de soberanía, pues si bien este concepto está presente en todas o casi todas las constituciones contemporáneas, su enunciación clásica ha sufrido algunas morigeraciones en base a la globalización y, sobre todo, debido al gran y rápido desarrollo de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.

Es así que el tradicional concepto de soberanía ha debido armonizarse con el avance de las relaciones internacionales y de los tratados que le sirven de instrumento, en aras del bien común internacional y, obviamente, las formas de incorporación a organizaciones internacionales por parte de los Estados han provocado que se deba recurrir a mutaciones interpretativas de las constituciones y del derecho interno de los Estados miembros de la comunidad internacional para poder permitir tales relaciones que, de lo contrario, conducirían al aislamiento internacional de aquellos Estados que insistieran en un ejercicio estricto del concepto de Estado nacional y soberano. También resulta obvio que la adhesión al Tratado de Roma de 1998, que dio origen a la Corte Penal Internacional, exige algunas modificaciones al concepto de soberanía en su versión clásica, en aras de fortalecer no solo el bien común internacional, sino también el sistema universal de protección de los derechos humanos.

15. LA SEGURIDAD DEMOCRÁTICA

15.1 EL CONCEPTO DE SEGURIDAD

En una primera acepción, seguridad es la capacidad de dar respuesta efectiva a riesgos, amenazas o vulnerabilidades y estar preparados para prevenirlos, contenerlos y enfrentarlos. La seguridad es una condición de una situación ideal que identifica un estado de ausencia o disminución de riesgos para un determinado entorno social y natural.

15.2 LA SEGURIDAD DEMOCRÁTICA

El término *Seguridad Democrática* indica “la condición de bienestar que se genera por la acción de desarrollo que promueve el Estado, y la definición de políticas de desarrollo cuyas medidas específicas están destinadas a procurar la condición de bienestar”³⁶. La expresión políticas de seguridad se limita a las medidas destinadas a contrarrestar los riesgos y amenazas que se presenten sobre las condiciones de vulnerabilidad de la sociedad y sus instituciones.

El fundamento normativo de la seguridad democrática está en el Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica, del cual el Estado de

³⁶ Pacheco, Guillermo & Preti, Humberto. CONCEPTO Y AGENDA DE SEGURIDAD. FLACSO. Guatemala. 2001. Pp. 3.

Guatemala es parte, suscrito en el año de 1995, como continuidad del Protocolo de Tegucigalpa, en el contexto de la integración económica de Centroamérica.

15.3 LA SEGURIDAD PREVENTIVA

Ubicados en este marco conceptual, seguridad preventiva es “la condición que se genera por la capacidad del Estado de promover condiciones de bienestar para la sociedad, mitigando las vulnerabilidades que la afectan y que limitan el bienestar general”³⁷. Seguridad reactiva es la condición que se genera por la capacidad del Estado de contener o detener las amenazas específicas que atenten contra dichas condiciones y afectan el estado de bienestar de la sociedad.

La seguridad preventiva sería aquel aspecto del desarrollo que atiende situaciones de vulnerabilidad que afectan el bienestar de la sociedad y sus instituciones.

15.4 LA SEGURIDAD REACTIVA

“La seguridad reactiva procura contrarrestar todos aquellos riesgos o amenazas que, en un momento dado, rebasan la capacidad de las políticas de desarrollo del Estado para generar condiciones de bienestar”³⁸.

³⁷ *Ibíd.* Pp. 4

³⁸ Rosada-Granada, Héctor. APROXIMACIONES A UNA POLÍTICA DE SEGURIDAD CIUDADANA. POLSEC. Guatemala. 2004. Pp. 23.

Una condición de seguridad reactiva está dada por las amenazas que se ciernen sobre las condiciones de bienestar de la población. Consecuentemente, la acción del Estado debería orientarse a identificar las relaciones negativas -riesgos y amenazas- que actúan contra las vulnerabilidades existentes, y definir medidas para contrarrestarlas.

En este caso, la política estatal de seguridad sería distinta de la política de desarrollo, en la medida en que no atiende la generación de condiciones de bienestar, sino a la contención de riesgos o amenazas a este.

En referencia a la seguridad reactiva, es conveniente tener en cuenta que lo que califica la existencia de una situación de seguridad o inseguridad, es la presencia o ausencia de una política efectiva destinada a contener o detener riesgos y amenazas.

Una condición de seguridad se da cuando la existencia de riesgos o amenazas al bienestar son establecidas, neutralizadas o contrarrestadas mediante la acción de las políticas del Estado en materia de seguridad. Al contrario, una condición de inseguridad destaca la existencia de riesgos o amenazas contra los que no se dispone de medidas efectivas para contrarrestarlos.

15.5 LA SEGURIDAD Y EL INTERÉS NACIONAL

Será indispensable aceptar que no todo interés nacional involucra problemas de seguridad; será necesario tener muy clara la distinción entre la problemática del desarrollo -seguridad preventiva-, la de la seguridad reactiva y los intereses de la Nación en ambos ámbitos. De los intereses nacionales de seguridad se derivan las políticas de seguridad definidas por las autoridades estatales, como estrategia para dar respuesta específica a las amenazas que se incluyen en la agenda de seguridad.

El bien por defender por la acción de seguridad del Estado define políticamente a la propia comunidad, ya que las políticas de seguridad deben responder a la seguridad de la persona humana, de la sociedad como colectivo social, y de las instituciones políticas que expresan las bases del pacto constitutivo de la comunidad política, es inadmisibles que el interés de uno pueda desarrollarse en contraposición del interés del otro.

15.6 EL CONTEXTO DE LA SEGURIDAD NACIONAL

La importancia del debate actual, particularmente en Guatemala, respecto al concepto de seguridad y a las agendas de seguridad, se centra en la reformulación teórica que están experimentando en diferentes latitudes y ámbitos de especialización ambos conceptos, en especial por la naturaleza de la etapa de consolidación democrática que se procura concluir.

El paradigma convencional respecto a la seguridad nacional se está modificando, producto de numerosos factores, como el fin de la guerra fría, la globalización, el desarrollo tecnológico, el avance de la telefoto-informática y la emergencia de amenazas no tradicionales. El concepto de seguridad es el referente teórico que nutre la agenda de seguridad de un Estado, al modificarse el primero, el segundo lo hará necesariamente.

La discusión en torno a la seguridad, tanto como referente conceptual como su aplicación práctica en una Agenda de Seguridad, se convierte en una tarea impostergable, no solo por las implicaciones respecto a la definición de un concepto que pueda a su vez sustentar una política de seguridad del Estado, sino por la oportunidad de abrir la discusión a nuevos sectores y actores de la sociedad.

En este sentido, se considera que este debate se vuelve sustantivo y significativo en la medida en que se logren aportar elementos consensuados para profundizar en los problemas de la seguridad y, a la vez, se desarrollen insumos útiles para el universo discursivo en torno a la seguridad, no solo en el marco de la seguridad democrática sino para todos aquellos ámbitos donde estas categorías analíticas se encuentran en abierta reformulación.

Las razones por las cuales esta reformulación posee una relevancia significativa son las siguientes:

- a) Debatir con la sociedad civil el concepto, la agenda y la política de

seguridad, implica en Guatemala un ejercicio de iniciación que puede lograr desmitificar la temática de seguridad del Estado, comprometer a los distintos sectores civiles, militares, políticos, académicos, entre otros, con un marco común de objetivos y metas, y contribuir a legitimar la acción de seguridad del Estado democrático de derecho. Para ello además de la plataforma de investigación y diálogo al cual convoca la idea de seguridad, se requiere un esfuerzo a mediano y largo plazo para abrir el enfoque científico a los tópicos de la seguridad en todos sus niveles y subsistemas.

- b) Profundizar en los núcleos de los problemas de la seguridad - definición de intereses, amenazas y sus ámbitos diferenciados – lo que necesariamente conlleva un refuerzo del tema para la democracia y ayudar a salvar los obstáculos que entorpecen el proceso de su consolidación, para fortalecerlo.

- c) Dado su carácter de plataforma conceptual para la formulación del sistema de seguridad, el concepto, la agenda y sus directrices correspondientes, constituyen la base para el diseño de políticas en torno a diferentes ámbitos de la seguridad: ambiental, económica, ciudadana, exterior, interior, entre otras posibles. Asimismo, de estas definiciones se derivan tanto líneas de trabajo para ámbitos específicos, como la agenda del sistema de inteligencia, o formulaciones filosófico-doctrinarias.

- d) Ampliando las bases de concertación de la política pública, el debate de la seguridad en Guatemala redonda en los términos de legitimidad del sistema de seguridad. Dota de certeza, transparencia, planificación, razones de priorización y coherencia a los distintos esfuerzos que la administración pública realiza en diversos campos.

- e) En el ámbito regional e internacional, tal debate y su posterior externalización en un documento ejecutivo que presente la política nacional de seguridad democrática influye como un instrumento de confianza mutua y de respeto, en el marco de las relaciones internacionales.

“Todo desarrollo conceptual surge y evoluciona dentro del marco social que le dio vida, es decir, las categorías que los individuos se apropian son parte de un contexto específico, en donde cumplen la función de ser la manifestación de un fenómeno concreto al que trata de identificar”³⁹. Así, el conjunto de conceptualizaciones de un objeto, un hecho histórico o de una abstracción es un nivel de representación simbólica de un plano de la realidad. El conjunto de ellas conforma un discurso que, a su vez, es la concreción del marco ideológico-social en que surge y de donde se ha desarrollado. Así, el abordaje epistemológico de una categoría analítica debe partir del contexto histórico, social, político, ideológico, cultural, económico y ambiental de la sociedad.

³⁹ *Ibíd.* Pp. 34.

En el caso del concepto de seguridad, lo anterior adquiere especial relevancia en la coyuntura actual, al presenciar un profundo dinamismo social en diferentes planos geográficos y en todos los ámbitos de la vida: económico, social, político, ideológico, cultural, y ambiental. En este sentido, la comprensión del contexto en el cual se desarrolla el debate actual de la seguridad tiene tres características importantes:

- a) Su carácter de integralidad. La seguridad se enmarca hoy estrechamente vinculada a fenómenos ambientales, económicos, sociales, políticos y militares.
- b) Su carácter globalizador. La seguridad dejó de ser un componente restringido a un solo nivel espacial - territorial, marítimo o aéreo del Estado - sino que se cruza y se superpone a los diferentes planos geográficos mundiales.
- c) Su dinamismo. La rapidez con que avanza la tecnología y la agilidad que esto impone en los diferentes ámbitos de las sociedades.

Esto significa que el contexto que sirve de referente para el análisis conceptual de la seguridad está permeado por numerosos factores que aparecen como emergentes, lo que le da el carácter de novedoso, y no convencional que lo hace sumamente complejo.

“El contexto internacional de posguerra fría ha supuesto profundos cambios en el concepto de seguridad y en su aplicación en el marco de la política de seguridad en la mayoría de los países”⁴⁰.

En ese escenario de fin del conflicto Este-Oeste, caracterizado por la formación de zonas geoeconómicas y globalización, la agenda de seguridad de carácter transnacional, que incluye temas como la inserción en la economía internacional, los desafíos de una integración diferenciada y el consiguiente impacto económico sectorial y regional, en un área en la que convergen varios procesos de integración económica, de concertación política y de libre comercio, como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), El Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), Comunidad del Caribe (CARICOM), Iniciativa para las Américas (IA), Asociación de Estados del Caribe (AEC) y las Cumbres Iberoamericanas, son comunes los temas del crimen organizado, narcoactividad, corrupción, terrorismo, medio ambiente, migración, armamentismo, medidas de confianza, gobernabilidad, pobreza, equidad y justicia social.

La configuración de los contenidos conceptuales y su operativización en el marco de la seguridad provienen de la concepción que un determinado grupo social elabora en función de sus necesidades e intereses -generalmente expresados en los intereses nacionales y en el proyecto de Nación- así como de los ejes valorativos que se le imponen dentro de un contexto particular.

⁴⁰ Luttecke Barrientos, Javier. LA SEGURIDAD INTERNACIONAL Y SU EVOLUCIÓN. Revista de Marina. Chile. 2020. Pp. 12.

“En una sociedad democrática un proyecto de nación se expresa en la maduración de consensos mínimos y en el logro de acuerdos básicos, logrados al interior de la sociedad por todos los sectores que la integran, utilizando el diálogo, la negociación y el respeto al disenso, para determinar el tipo de estructuras, sistemas, instituciones y procesos que se acuerda construir y reproducir mediante procedimientos democráticos”⁴¹.

Sin embargo, la política de seguridad emerge como expresión del orden político que se establece en un Estado. “En más de un sentido, la construcción de esferas de seguridad y protección colectiva, la supresión de incertidumbres amenazantes generadoras de miedos sociales y la edificación de espacios de certidumbres, han representado a lo largo de la historia de la humanidad, ejes articuladores de voluntades y núcleos esenciales de cohesión en los que se fundamenta la convivencia social”⁴².

Entre sus estructuras ordenadoras y reguladoras, las sociedades han construido diversas instituciones responsables de preservar tales esferas de seguridad y protección colectiva. Conservar su funcionalidad y eficiencia es una responsabilidad fundamental del Estado que resulta esencial para el interés

⁴¹ *Ibíd.* Pp. 14.

⁴² Márquez, Ricardo. ESFERAS DE SEGURIDAD Y LINDEROS DEL CORAZÓN DE LAS TINIEBLAS. En: SEGURIDAD NACIONAL. Revista de Administración Pública. Instituto Nacional de Administración Pública, A.C. No. 98. México, 1998. Pp. 31.

colectivo preocupado por las condiciones necesarias -aunque no siempre suficientes- que doten de posibilidad y viabilidad a los proyectos nacionales.

El Estado asume, entonces, como eje regulador de las directrices que en materia de seguridad deben establecerse, convirtiéndolas en marcos referenciales a partir de los cuales se formulen las políticas respectivas y generen a su vez cuerpos doctrinarios.

La política de seguridad de un Estado se formula basándose en tres consideraciones:

- a) “De la concreción de los intereses nacionales y del proyecto de Nación que se aspira construir.
- b) De la percepción y jerarquización de los riesgos, amenazas y vulnerabilidades que debe enfrentar para la consecución de dichos intereses.
- c) De las condiciones objetivas y subjetivas a partir de las cuales pueda o no funcionalizar los mecanismos de prevención, control y resolución de las amenazas”⁴³.

De esto se infiere que las diversas formas que han adquirido las directrices en torno a la seguridad en cada Estado en su desarrollo histórico corresponden

⁴³ Bárcena Coqui, Martha. LA RECONCEPTUALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD: EL DEBATE CONTEMPORÁNEO. Revista Mexicana de Política Exterior # 59. SER. Instituto Matías Romero. México. 2000. Pp. 9.

primariamente a un proyecto de Estado. Sin embargo, las posibilidades de que dicho proyecto sea más o menos incluyente de las aspiraciones de las colectividades que representa, dependerá del carácter autoritario o hegemónico del mismo.

La naturaleza de la problemática de seguridad de un Estado es expresión directa del grado de solidez y funcionalidad de sus instituciones, medida en dos parámetros fundamentales: el grado de fortaleza estructural, y el grado de fortaleza hegemónica.

La fortaleza estructural se mide por la capacidad del Estado para cumplir con sus funciones estructurales básicas: promoción del bienestar y desarrollo; protección de la sociedad y sus instituciones; e integración de la sociedad, sus instituciones, y su territorio.

La fortaleza hegemónica se mide por la capacidad del Estado para desarrollar dichas funciones con un mínimo de recurso a expresiones de poder coercitivo, gracias a la legitimidad que le atribuye la sociedad.

15.7 LA SEGURIDAD DEMOCRÁTICA COMO ELEMENTO ESENCIAL DE LA SEGURIDAD NACIONAL

A partir de la creación de los Estados nacionales, la formulación e implementación por estos, de políticas específicas en el ámbito de la seguridad, corresponden a complejas elaboraciones de cuerpos teórico-conceptuales que

tienen sus referentes en dos tipos de orígenes, por un lado, el propio proyecto de nación y, por otro, de su nivel y forma de inserción en la comunidad internacional.

Esto es producto de su carácter bidireccional interno y externo. Esto implica que debe crear y desarrollar una política de seguridad global que conjugue armónicamente en dichos niveles.

Las relaciones asimétricas de poder en el mundo actual implican la existencia de fuerzas subordinantes y subordinadas. Esta situación genera una poderosa interdependencia de estos países con economías emergentes hacia países desarrollados, que se establecen como potencias hegemónicas.

Particularmente, la ubicación geopolítica de Guatemala la coloca en un área estratégica, lo cual significa enfrentar las presiones en torno a las políticas internas y externas, producto de las relaciones asimétricas de poder que se establecen.

Cuando se habla de la doctrina de seguridad nacional, se hace referencia a “ciertas formas de percibir y valorar el campo de la política y, consecuentemente, de comportarse en ella; considerando el espacio de esta y el de todos los espacios sociales, como el ámbito en que se sintetiza y desarrollan todo tipo de conflictos. Esto exige formas particulares de actuación y tecnificación de la política y de la cultura”⁴⁴.

⁴⁴ Comblin, José. DOCTRINA DE SEGURIDAD NACIONAL; Editorial Nueva Década. Costa Rica. 1988. Pp. 44.

La seguridad nacional es, más que la existencia de subsistemas de seguridad, un clima político cuya acción es todavía determinante en la vida actual latinoamericana y en los Estados Unidos de Norteamérica.

La doctrina de seguridad nacional encuentra sus fuentes centrales en tres factores políticos y en uno económico con efectos políticos:

1. “La guerra fría y su corolario de guerra total;
2. La guerra contrainsurgente que orientó la reconfiguración de los aparatos armados latinoamericanos después de la Revolución Cubana;
3. El dominio geopolítico norteamericano en América Latina y;
4. El hecho de que el crecimiento mundial de la economía exige de políticas de seguridad democrática y de desarrollo que permitan a la población el acceso a bienes y servicios”⁴⁵.

En resumen, una definición de seguridad nacional para los países poderosos que influyen notablemente en el entorno internacional es “la capacidad de desarrollar sus objetivos sin obstáculos provenientes del exterior, por lo que sus políticas exteriores van orientadas a mantener y aumentar su hegemonía sobre los países débiles de su región”⁴⁶.

⁴⁵ *Ibíd.* Pp. 47.

⁴⁶ Fernández Tabio, René & González Morales, Lázaro. EL INTERÉS Y LA SEGURIDAD NACIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS. SUS RETOS EN LA POSGUERRA FRÍA. UNAM. Méxic. 1998. Pp. 31.

La implementación de esta doctrina, que permea los sistemas políticos de numerosos países, tiene consecuencias graves y profundas, porque si bien se sustentaba en dos objetivos fundamentales:

- a) Inhibir el desarrollo de acciones de insubordinación y hacer prevalecer su hegemonía y;
- b) Fortalecer el desarrollo socioeconómico para promover la cohesión política con su proyección exterior.

Como marco doctrinario la política de seguridad nacional contiene categorías conceptuales con una visión centralizada del Estado, donde el objetivo y la operativización del proyecto político del Estado se desplaza de la persona humana hacia el Estado en sí, y donde la institucionalización de dicho esquema de poder le otorga un papel preponderante a la hegemonía económica-tecnológica.

Además del elemento doctrinario el concepto de seguridad nacional está integrado por otros dos componentes: “a) la política de Seguridad Nacional y b) las dependencias o instancias operativas de la misma. El primero de tales componentes alude al conjunto de propósitos y acciones específicas que pueden subordinarse a una doctrina explícita de seguridad nacional o de principios nacionales distintos de la seguridad. En tanto, las dependencias operativas son el conjunto de instituciones

encargadas de hacer efectivas tanto la doctrina como la política nacional de seguridad⁴⁷.

La consecuencia principal de esta visión doctrinaria fue la superposición de las agendas de seguridad y defensa y, con ello, una situación de hibridez conceptual entre ambas categorías analíticas; identificándose al *enemigo interno* como todo elemento que atentara contra *el orden político del Estado*.

La transición del autoritarismo a la democracia, que se escenifica en la región a partir de fines del siglo pasado y en el actual, así como el cambio de estrategia de los países hegemónicos para la región, ha significado la necesidad de superar los marcos doctrinarios de la doctrina de seguridad nacional con la consecuente reformulación conceptual en aquellos Estados donde se aplicó, como en el caso de Guatemala.

No obstante, debe tenerse en cuenta que no puede hablarse de sistemas de seguridad nacional en un marco donde el sistema político siempre parece estar en crisis y ello permea las instituciones democráticas y los órganos de poder del Estado, creando una crisis constitucional que no permita que las instituciones del Estado funcionen con normalidad.

⁴⁷ Márquez, Ricardo. Op Cit. Pp. 37.

15.8 SEGURIDAD DEMOCRÁTICA COMO ESPECIE DE LA DEMOCRACIA SOBERANA

La emergencia de regímenes transicionales que se inscriben en la consolidación democrática ha implicado una de las más importantes reformulaciones conceptuales en los sistemas políticos contemporáneos, identificando el concepto de seguridad con los valores de la democracia.

“A partir del inicio del decenio de los años noventa del siglo XX, el concepto de seguridad comenzó a ser transformado. El tradicional enfoque de Estado centralizado, donde el concepto de seguridad se refiere a la protección de la soberanía y el territorio de un Estado ante amenazas externas o internas, se ha visto superado por nuevas concepciones de seguridad que, por el contrario, colocan al ser humano como sujeto principal”⁴⁸.

Las fuentes conceptuales que hacen referencia a este enfoque se vinculan en términos de la conceptualización de la seguridad humana como ruta crítica de la seguridad del Estado, algunas de ellas son:

- a) La Constitución Política de la República de Guatemala en sus artículos 1º. y 2º. establece que: “El Estado de Guatemala se organiza para

⁴⁸ Brenes, Arnoldo. AMENAZAS A LA SEGURIDAD EN CENTROAMÉRICA: ¿SE JUSTIFICAN LAS RESPUESTAS MILITARES? EN DIÁLOGO CENTROAMERICANO. Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humanos. Costa Rica. 2000. Pp. 7

proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común. Es deber del Estado garantizarles a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.”

- b) El Tratado Marco de Seguridad Democrática, que recoge el concepto de *seguridad democrática*, cuyos ejes son el fortalecimiento del poder civil, el pluralismo político, la libertad económica, la superación de la pobreza, la promoción del desarrollo sostenible, la protección del consumidor, del medio ambiente y del patrimonio cultural, erradicación de la violencia, corrupción, impunidad, el terrorismo, la narcoactividad y el tráfico de armas, el balance de fuerzas entre la situación interna de cada estado y la cooperación entre los países de la región.

Según este Tratado Marco, la nueva realidad mundial regional para la solución de los problemas de la seguridad en democracia exigía ir más allá del ámbito estrictamente militar y de la seguridad de los Estados, para abarcar el problema de manera integral, incluyendo la esfera policial y de seguridad pública, así como todo lo relacionado con la seguridad no solo de los Estados sino de las personas o de los habitantes centroamericanos.

El concepto evoluciona al ir de la seguridad militar a la seguridad humana, de la seguridad defensiva a la seguridad cooperativa, de la seguridad frente a las

amenazas a la seguridad preventiva, de la seguridad basada en el territorio y la soberanía del Estado a la seguridad para la población o el ser humano.

- c) En el Acuerdo sobre el Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática, firmado por el Gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG) en septiembre de 1996, se establece que la seguridad es un concepto amplio que no se limita a la protección contra las amenazas armadas externas, a cargo del Ejército, o a la protección contra amenazas al orden público y la seguridad interna, a cargo de la Policía Nacional Civil. En este mismo acuerdo se identifican como factores de riesgos y amenazas para la convivencia democrática, la paz social y el orden constitucional: los desequilibrios sociales y económicos, la pobreza y la pobreza extrema, la discriminación social y política y la corrupción, entre otros.

- d) El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) ha acuñado desde 1993 el concepto de *seguridad humana*. En su informe de 1994 desarrolla este concepto ubicándolo a nivel de sus dos componentes: a) Seguridad ante amenazas crónicas como el hambre, enfermedad y represión y b) Protección contra alteraciones súbitas o violentas en el modo de vida.

- e) La Comisión de Gobernabilidad Global propuso el concepto de *seguridad global*, acentuando el énfasis en la seguridad de las personas y del

planeta, particularmente la amenaza ecológica; sin embargo, considera que atender la seguridad de los individuos no reemplaza la atención de la seguridad de los Estados, ya que ambas son igualmente importantes.

- f) En las conclusiones del Informe del Comité Coordinador del Capítulo Costarricense del Diálogo Centroamericano por la Seguridad y la Desmilitarización, se establece que el principal eje de la seguridad debe ser el ser humano, quien enfrenta diferentes tipos de amenazas en diferentes planos, de acuerdo con los diversos ámbitos donde se desenvuelve: familia, comunidad, estado-nación, región y planeta.

- g) La Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humanos aporta el concepto de *seguridad duradera* en el cual se contempla que “la esencia de la seguridad es erradicar o prevenir la aparición de situaciones amenazadoras para cualquier componente de seguridad humana”⁴⁹.

- h) Entonces, la seguridad debe entenderse como un concepto más amplio y positivo, que confiere prioridad a la necesidad de los individuos de vivir en paz y de contar con los medios económicos, políticos y ambientales para una existencia digna. En la sociedad democrática, la seguridad de la nación es la seguridad de los hombres y mujeres que la integran, e implica, además de la ausencia de riesgos o amenazas físicas, la

⁴⁹ *Ibíd.* Pp. 13

existencia de condiciones mínimas de ingreso, vivienda, salud, educación y otras.

El análisis de los conceptos vertidos en las fuentes anteriores coincide en que el punto nodal en lo referente a la seguridad es el ser humano, independientemente de las acepciones que se utilicen para denominarla, pero no en una condición ideal, sino con referentes concretos a su situación y entorno, donde se involucran aspectos económicos, políticos, sociales, culturales y ambientales.

Ese nuevo concepto de seguridad democrática su fundamenta en las siguientes afirmaciones:

- a) “El objeto de la seguridad ya no es el Estado, sino la persona humana concebida de manera integral.
- b) El orden político se caracteriza por la aspiración democrática eliminando su carácter autoritario.
- c) La institucionalidad de la seguridad se resuelve en el marco del Estado democrático de derecho.
- d) La agenda de seguridad del Estado se amplía e incorpora otros temas además de la Defensa”⁵⁰.

⁵⁰ Curzio Leonardo. LA SEGURIDAD NACIONAL EN MÉXICO: BALANCE Y PERSPECTIVAS. En: SEGURIDAD NACIONAL. Revista de Administración Pública. Instituto Nacional de Administración Pública, A.C. No. 98. México, 1998. Pp. 31.

No obstante, todos los ideales de seguridad democrática no pueden ser tales, si el Estado no protege y defiende la soberanía como condición necesaria y suficiente para cumplir con los fines de la seguridad democrática, pues en el conjunto internacional de Estados, los más poderosos e influyentes imponen su hegemonía a los menos poderosos y débiles. Esto lo hacen a través del Derecho internacional, pues es la forma de legitimar tal dominación, dándole un carácter solemne y normativo, así como de *ius cogens*, por medio de los tratados internacionales, que los países dominantes redactan e imponen su contenido a los de posición débil y subordinada.

CAPÍTULO II

EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

1. EL DUALISMO Y EL MONISMO EN LA DOCTRINA

Con la publicación en el año 1899 de la obra de Triepel titulada *Derecho Internacional y Derecho Interno* ha existido un animado debate doctrinal sobre el carácter fundamental de las relaciones entre ambos ordenamientos. Las teorías formuladas han sido variadas y las de mayor importancia naturalmente han tenido alguna influencia derechos constitucionales internos.

En la concepción de Triepel, “el *dualismo* arranca de dos premisas. La primera es que el derecho internacional y el derecho interno tienen distintas fuentes. La segunda es que regulan relaciones diversas en cuanto que el primero rige las que tienen lugar entre Estados y el segundo las que se desarrollan entre individuos o entre el Estado y sus súbditos. Y la conclusión primordial que de estas premisas obtiene el dualismo es que las normas internacionales son irrelevantes en los ordenamientos internos, necesitando para su aplicación en ellos de un acto especial

de recepción. Derecho internacional y derechos internos se conciben, así como órdenes diversos, separados e independientes”⁵¹.

Por el contrario, los autores que se adscriben al *monismo* proclaman la unidad esencial de todos los ordenamientos jurídicos. Es obligado referirse en este tema a la concepción normativista de Kelsen, según la cual todas las normas jurídicas derivan su validez y su fuerza obligatoria de otras normas superiores desde el punto de vista jerárquico hasta llegar a la norma fundamental o *grundnorm*. Y si en el año 1926 sostuvo Kelsen que la norma fundamental podía ser colocada bien en el Derecho interno, bien en el Derecho Internacional, dependiendo ello de factores éticos o políticos, posteriormente afirmó que se debía insertar en el Derecho Internacional.

En este sentido, Verdross, discípulo de Kelsen, manifestó que la norma que, en definitiva, fundamentaba todo el Derecho se insertaba en el ordenamiento internacional, siendo este, precisamente, el que delegaba en favor de los Estados una determinada competencia legislativa dentro de la esfera de su libre apreciación. El derecho internacional sería así superior al derecho interno y este quedaría subordinado al primero. Y lo que es más importante desde el punto de vista práctico: la norma internacional no necesitaría de ninguna especie de acto de recepción para ser aplicada en los ordenamientos internos y prevalecería sobre estos, en caso de conflicto.

⁵¹ Triepel, Carl Heinrich. DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO. Editorial Bosch. Barcelona. 1978. Pp. 227.

Como intento de superación de las posturas dualista y monista, aparecieron otras teorías de carácter conciliador, entre las que destacan las llamadas *doctrinas coordinadoras*. “Este último conjunto de doctrinas es *monista* sin duda alguna, puesto que su base de partida es la unidad de todos los sistemas normativos. Mas a diferencia de las posturas monistas que acabamos de examinar, las *doctrinas coordinadoras* no hablan de subordinación del derecho interno al derecho Internacional, ni de delegación de este en favor de aquél, sino de coordinación entre uno y otro sobre la base de normas superiores, que serían precisamente las de Derecho Natural”⁵².

2. LA POSICIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

Expuestas sucintamente las principales doctrinas sobre el carácter fundamental de las relaciones entre el derecho internacional y los derechos internos, hay que decir que el derecho internacional positivo no toma partido por los postulados básicos del dualismo o del monismo. “El derecho internacional delega esta cuestión a los Derechos internos y son efectivamente las constituciones de los Estados las que determinan si el cumplimiento del derecho internacional en los Derechos internos necesita o no de un acto de recepción y, en su caso, cuál deba de ser éste”⁵³.

⁵² Pastor Ridruejo, José A. CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES. Editorial Tecnos. Madrid. 2012. Pp. 169.

⁵³ Luna, A. FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL. Editorial Tirant lo Blanch. Madrid. 1991. Pp. 184.

Pero es indiscutible que, desde el punto de vista del derecho internacional, es este el que prevalece en caso de conflicto sobre los Derechos internos. En este caso es esencial la regla del artículo 27 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de Tratados, donde se dispone que un Estado no puede invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de los tratados, salvo lo dispuesto en el art. 46. Dicha salvedad o excepción se aplica, según este artículo, cuando la ratificación de algún tratado se haya dado con manifiesta violación de su derecho interno y afecte una norma de importancia fundamental para tal derecho.

En el mismo sentido el artículo 4º del Proyecto de artículos (2001) de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad internacional de los Estados señala que solo el Derecho Internacional puede ser tenido en cuenta para calificar a un hecho de ilícito y generador, por tanto, de responsabilidad internacional; la eventual calificación del hecho como lícito por el derecho interno del Estado es irrelevante. No se trata de una regla innovadora sino declarativa del derecho internacional general.

Y la jurisprudencia internacional se ha pronunciado también de modo categórico al respecto. Así, ha estimulado en primer lugar el Tribunal de La Haya que los Estados deben de adoptar cuantas medidas legislativas les vengán impuestas por los tratados:

“Pero esta cláusula no hace sino poner de relieve un principio evidente por sí mismo, conforme al cual un Estado que ha contraído válidamente obligaciones

internacionales está obligado a introducir en su legislación las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos asumidos”⁵⁴.

También ha proclamado con insistencia el Tribunal de La Haya que un Estado no puede invocar su Constitución o sus leyes internas para sustraerse a las obligaciones dimanantes del derecho internacional:

“Se debe observar, sin embargo, que sí, por una parte, conforme a los principios generalmente admitidos, un Estado no puede respecto a otro Estado prevalecerse de las disposiciones constitucionales de este último, sino solamente del Derecho Internacional y de los compromisos internacionales válidamente contraídos, por otra parte, e inversamente, un Estado no puede invocar respecto a otros Estado su propia constitución para sustraerse a las obligaciones que le imponen el Derecho Internacional o los tratados en vigor. En todo caso, una ordenanza de neutralidad, acto unilateral de un Estado, no puede prevalecer sobre las disposiciones del Tratado de Paz. Por otra parte, es un principio generalmente reconocido del Derecho de Gentes que en las relaciones entre las potencias contratantes de un tratado las disposiciones de una ley interna no pueden prevalecer sobre las del tratado. Bastaría recordar el principio fundamental de Derecho Internacional de la preeminencia de este Derecho sobre el Derecho interno”⁵⁵.

⁵⁴ Pastor Ridruejo, José A. Op. Cit. Pp. 170.

⁵⁵ IBIDEM. Pp. 170.

Respecto al orden jurisdiccional, el Tribunal de La Haya no considera posible que una sentencia interna pueda invalidar a una sentencia de carácter internacional:

“Si considerando que la fábrica no pertenece a la *Oberschelesische*, el Tribunal negase la existencia de un daño de detrimento de esta sociedad, se pondría en contradicción con uno de los motivos sobre los que fundó su sentencia número 7, y admitiría que una sentencia nacional puede invalidar indirectamente una sentencia dada por una instancia internacional, lo que es imposible”⁵⁶.

Y enfrentado el Tribunal con la cuestión de saber si un tratado puede crear derechos y obligaciones para los particulares, aplicables por los tribunales nacionales, comienza rindiendo tributo a la concepción dualista y parece pronunciarse por una respuesta negativa. Pero esto solo lo hace, como apunta Lauterpacht, *pour mieux sauter (para no retrasar el asunto)*, puesto que entiende a continuación que la intención de los Estados parte puede ser la de adoptar reglas determinadas que creen directamente derechos y obligaciones para los particulares y susceptibles, por tanto, de aplicación por los tribunales nacionales.

“Se puede admitir fácilmente que, según un principio de Derecho internacional establecido, el *Beantabkommen*, acuerdo internacional, no puede como tal crear derechos y obligaciones para particulares. Pero no se puede discutir que en la intención de las partes el objeto mismo de un acuerdo internaciones puede

⁵⁶ IBIDEM. Pp. 170.

ser la adopción por las partes de reglas determinadas que creen derechos y obligaciones para individuos y susceptibles de ser aplicados por los tribunales nacionales”⁵⁷.

Además, cuantas veces han estatuido las jurisdicciones internacionales sobre la responsabilidad internacional de un Estado por actos legislativos o por los ejecutados conforme a sus Derechos internos, han proclamado en definitiva la superioridad del Derecho Internacional. Pero, como señala el profesor Diez de Velasco, *“ello no quiere decir que las normas internas contrarias al Derecho Internacional y las decisiones judiciales que en ellas se basen incurran en vicio de nulidad automático. En la mayoría de los casos, y salvo disposición expresa en contrario, son plenamente eficaces y aplicables por los tribunales y autoridades internos, aunque engendren responsabilidad internacional”*⁵⁸. Y se refiere el citado profesor, como muy significativa, a la cláusula contenida en bastantes tratados de arbitraje y recogida en el artículo XXXII del Acta General para el Arreglo pacífico de las Controversias Internacionales de 26 de septiembre de 1928, revisada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 28 de abril de 1949, que dice así:

“Si la sentencia judicial o arbitral establece que una decisión tomada o medida ordenada por una autoridad judicial o una autoridad cualesquiera de una de las partes litigantes se encuentra en todo o en parte en oposición con el Derecho Internacional, y si el Derecho constitucional de dicha parte no permite, o sólo permite

⁵⁷ IBIDEM. Pp. 171.

⁵⁸ Diez de Velasco, M. INSTITUCIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Editorial Bosch, S.A. Madrid. 1978. Pp. 158.

imperfectamente, borrar las consecuencias de esa decisión o medida, las partes convendrán que debe concederse por la sentencia judicial o arbitral una satisfacción equitativa a la parte lesionada”⁵⁹.

Como se puede inferir de lo expuesto en este capítulo, no es sencillo arribar a una conclusión general, universal y homogénea sobre las relaciones entre el derecho internacional y los derechos internos pues, en última instancia, la respuesta deviene contingencial, es decir, depende muchas veces de los ordenamientos internos, sin perjuicio de que los cultivadores del derecho internacional afirmen con encono que este prevalece *siempre* sobre el derecho interno.

3. JERARQUÍA DE LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL

En la teoría de las fuentes del derecho internacional, el carácter obligatorio de este queda demostrado por el hecho de que “los actos unilaterales de los Estados tienen solo un efecto limitado, y no pueden crear reglas generales ni aun cambiarlas o introducirles excepciones”⁶⁰.

Puesto que los tratados constituyen fuentes principales del derecho internacional, resulta que dos o más Estados tienen, en general, competencia para establecer reglas determinadas que rijan las relaciones entre ellos. “Ellos pueden,

⁵⁹ Pastor Ridruejo, José A. Op. Cit. Pp. 171.

⁶⁰ Sorensen, Max. MANUAL DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Fondo de Cultura Económica. México. 1994. Pp. 191.

tratar de regular sus relaciones mutuas mediante reglas que no solo no son supletorias de las del derecho internacional general, sino que hasta las derogan o las contradicen”⁶¹. En este caso surge un conflicto entre reglas diferentes, siendo todas normas de derecho internacional y, a la vez, siendo todas en sí mismas válidas. ¿Cómo se debe resolver tal controversia?

Algunos consideran que el derecho internacional tiene la misma estructura jerárquica que el derecho interno, con los distintos niveles de derecho constitucional, leyes ordinarias, legislación subordinada, fallos judiciales y actos de los individuos. En el derecho internacional, de acuerdo con este criterio, el nivel más alto lo constituye la costumbre. Los tratados, “cuya fuerza obligatoria depende de la regla consuetudinaria *pacta sunt servanda*, ocupan un plano directamente inferior; y, por último, al final de la escala se encuentran los fallos judiciales y los actos de los individuos”⁶².

Pero la analogía con el derecho interno es correcta solo en parte. La jerarquía de las normas del derecho interno corresponde a una jerarquía de autoridad, es decir: la fuente de la Constitución, del poder legislativo, de las autoridades administrativas, de los tribunales, de los individuos. Se puede trazar un paralelo similar entre los tratados y los Estados que los celebran, y entre los actos de las instituciones internacionales y los órganos creados por los tratados para ejecutar

⁶¹ Carrillo Salcedo. J. A. SOBERANÍA DEL ESTADO Y DERECHO INTERNACIONAL. Editorial Tecnos. Madrid. 1976. Pp. 289.

⁶² Pecourt García P. LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS ANTE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES. Editorial Ariel. Barcelona. 1962. Pp. 258.

dichos actos. Y el problema del *ultra vires* puede surgir en relación con estos últimos. Sin embargo, no existe paralelo cuando se trata de la costumbre y de los tratados, ya que ambos emanan de los Estados.

La doctrina de la antigua Unión Soviética “pareció ser contraria a cualquier criterio rígidamente jerárquico del derecho internacional, aunque consideraba que algunas reglas o principios tienen mayor importancia que otros. De acuerdo con este modo de pensar, todas las reglas del derecho internacional surgen del acuerdo entre los Estados; pero esto no significa que a los tratados se los coloque en el nivel más alto, puesto que su validez depende de la regla *pacta sunt servanda*, la cual no es más que una regla consuetudinaria entre muchas, y se encuentra relacionada con principios tales como el de la soberanía de los Estados y el de la igualdad de derecho”⁶³.

4. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

La relación entre el derecho internacional y el derecho interno origina varios problemas diferentes de los de las relaciones entre las diferentes reglas de derecho internacional, principalmente, porque el derecho de cada Estado constituye un ordenamiento jurídico completo y más o menos cerrado, con sus propias fuentes: la Constitución nacional, las leyes, los decretos, la costumbre y las decisiones

⁶³ Sorensen, Max. Op. Cit. Pp. 192.

judiciales y sus propios órganos ejecutores, la administración del Estado y los tribunales. Esta dualidad de fuentes puede producir conflictos entre las reglas de derecho internacional y las del derecho interno. Si la controversia no se resuelve por decisión de un tribunal estatal, es probable que sea resuelta a tenor del derecho internacional.

Esta cuestión ha dado lugar a una famosa controversia doctrinal entre los que sostienen dos criterios opuestos con respecto a la relación entre el derecho internacional y el derecho interno: la escuela del dualismo sostiene que los dos sistemas son totalmente distintos e incapaces de ninguna penetración mutua y la de los monistas considera a ambos derechos unidos dentro del marco de un ordenamiento jurídico global. Esta controversia no ha dejado de ejercer su influencia en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia, algunos de cuyos jueces han apoyado la doctrina dualista. “Pero eso tiene más que ver con la cuestión del fundamento del derecho internacional que con la de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, ya que ninguna de las dos teorías toma mucho en consideración el estado real del derecho ni contribuye en gran medida a su comprensión”⁶⁴.

⁶⁴ Jiménez de Arechaga, E. EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO. Editorial Tecnos. Madrid. 1980. Pp. 347.

5. APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL DERECHO INTERNO

La tarea principal del poder judicial es hacer efectivo el derecho interno. Cuando lo exige la ocasión, sin embargo, ha de aplicar también las normas del derecho extranjero, tal como lo determinan sus propias normas de conflicto de leyes o derecho internacional privado, y distinguiendo muy a menudo, en el proceso, entre la costumbre y el tratado.

Muchos Estados sostienen que el derecho internacional consuetudinario es una parte del derecho del país. Esta, en particular, es la posición adoptada por los países del *common law*, y especialmente, por el Reino Unido y Estados Unidos. “Los tribunales de la mayoría de los países de Europa occidental, que han introducido disposiciones constitucionales apropiadas, han adoptado la misma actitud. Esto equivale a la aceptación de la hipótesis monista en relación con la costumbre, que retiene, no obstante, su condición de fuente de derecho interno. Este es, probablemente, el único enfoque que permite la aplicación práctica del derecho internacional consuetudinario dentro del Estado, y es de esperarse que sea adoptado universalmente”⁶⁵.

“En cuanto a los tratados, existen dos enfoques posibles, que dependen de las disposiciones constitucionales aplicables. Algunos sistemas constitucionales

⁶⁵ Miaja de la Muela, A. LAS NEGOCIACIONES DIPLOMÁTICAS PREVIAS A LAS RECLAMACIONES ANTE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES. Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Volumen II. Universidad Complutense. 1963. Pp. 135.

exigen que antes de poder aplicar como derecho interno cualquier disposición de un tratado –aun cuando el tratado haya sido ratificado con la aprobación del poder legislativo– debe ser incorporado al derecho interno mediante la correspondiente legislación. Este es el sistema dualista, de acuerdo con el cual los tribunales del ordenamiento jurídico interno solo aplican la legislación interna aprobada para poner en vigor el tratado, y no el tratado mismo, y pueden hacerlo únicamente en tanto dicha legislación esté vigente. Esta es la situación en el Reino Unido –por lo menos formalmente– como resultado de la naturaleza de las relaciones entre la Corona y el Parlamento”⁶⁶.

Algunas constituciones modernas (como la de los Estados Unidos de América) disponen que los tratados debidamente celebrados tendrán la vigencia del derecho interno y obligarán directamente, tanto a las personas como a los tribunales. Disposiciones de esta clase convierten a los tratados celebrados por el Estado en una fuente de derecho interno.

Pero, en algunos casos, la posibilidad de aplicar los tratados como derecho interno depende del cumplimiento de ciertas formalidades, tales como la promulgación en la misma forma que las leyes (aunque este requisito ha desaparecido en algunos ordenamientos jurídicos) o la publicación en la gaceta oficial. A veces, se requiere reciprocidad, en el sentido de que un tratado no será aplicado por las partes. Sin embargo, estas diferencias de procedimiento no alteran

⁶⁶ Sorensen, Max. Op. Cit. Pp. 193.

el hecho de que, dentro de un marco constitucional del tipo descrito, los tratados constituyen una fuente tanto de derecho interno como de derecho internacional.

6. CONFLICTOS ENTRE EL DERECHO INTERNO Y EL DERECHO INTERNACIONAL

“Los conflictos entre el derecho internacional y el derecho interno pueden surgir en una variedad de circunstancias especialmente cuando una nueva legislación interna contradice una regla de derecho internacional consuetudinario o alguna disposición de un tratado, o cuando una regla de derecho internacional entra en oposición contradictoria con el derecho interno preexistente”⁶⁷. Puesto que un Estado no puede alterar unilateralmente las reglas de derecho internacional que lo obligan, parecería lógico que cualquier derecho interno incompatible con el derecho internacional quedara sin validez. Pero dicha conclusión ignoraría las circunstancias prácticas donde el problema tiende a surgir.

Los tribunales de la mayoría de los Estados tratan de evitar los conflictos interpretando al derecho interno de manera que no contradiga al derecho internacional, sobre la base de que no se presume que el Estado tenga la intención de fallar en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Pero esto no siempre es posible. Cuando eso sucede, surge la pregunta sobre ¿cómo se resuelve el conflicto?

⁶⁷ Juste Ruiz, J. ¿DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO? Revista de Derecho Público. No. 36. Universidad de Valencia. 1991. Pp. 68.

“En este caso, los distintos sistemas constitucionales nacionales han adoptado diversas soluciones. En los Estados en donde el poder legislativo es la autoridad suprema, los tribunales tienen que aplicar la ley que les ha sido establecida, aunque contradiga al derecho internacional. En otras palabras, tiene que prevalecer el derecho interno”⁶⁸.

Este es el sistema británico, de acuerdo con el cual la legislación incompatible con un tratado debe continuar siendo aplicada a menos o hasta que sea modificada o derogada por una nueva ley.

El sistema no es diferente en aquellos Estados donde se considera que los tratados tienen la fuerza del derecho interno. Puesto que el tratado y la ley están equiparados, un tratado nuevo prevalece sobre una ley anterior y de igual manera una nueva ley prevalece sobre un tratado anterior. Esa es la posición existente en los Estados Unidos de América, y es la que ha sido tradicional por mucho tiempo en Europa occidental.

“En las constituciones más recientes de Europa occidental, sin embargo, se afirma la primacía del tratado sobre el derecho interno. Esto quiere decir que el tratado prevalecerá tanto sobre la legislación siguiente como sobre la anterior.

⁶⁸ Miaja de la Muela, A. INTRODUCCIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Editorial Tecnos. Madrid. 1979. Pp. 30.

Algunas constituciones contienen la misma regla en relación con el derecho internacional consuetudinario”⁶⁹.

Las constituciones de los antiguos Estados socialistas raramente contenían disposición alguna con respecto a la incorporación de los tratados al derecho interno y, en tales Estados, no se admitía que los tratados sean fuentes del derecho interno. En estos ordenamientos -la mayoría ya desaparecidos o modificados- las estipulaciones de un tratado tenían que ser nuevamente redactadas en una ley para que fueran obligatorias a individuos y tribunales.

Las constituciones de los nuevos Estados africanos y asiáticos que surgieron antes de la segunda guerra mundial, en su mayoría, guardaban silencio sobre la cuestión.

Generalmente, la posición que adoptaban era la de que cualquier sistema aplicado antes de obtener la independencia continuaba siendo aplicable después, esto se ha modificado con la globalización y la entrada en vigor de los sistemas de protección de los derechos humanos.

⁶⁹ Aguilar Navarro, M. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Tomo II. Volumen I. Editorial Reus. Madrid. 1972. Pp. 12.

7. LA PRIMACÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE EL DERECHO INTERNO

La primacía del derecho internacional sobre el interno no queda afectada por la diversidad de técnicas usadas en los sistemas constitucionales para la aplicación de las normas del derecho interno dentro del Estado y para la solución de los conflictos entre los dos órdenes, puesto que la primacía surge del hecho de que el Estado queda obligado por el derecho internacional. Lo más que puede inferirse de estas técnicas es que una regla de derecho interno no queda necesariamente invalidada de manera automática por contradecir el derecho internacional. Sin embargo, la invalidez no es la única sanción posible.

Más aún, esta situación simplemente surge de las complicaciones de la técnica jurídica, y de ningún modo es extraordinaria. Se encuentra también en el derecho interno, donde quiera que no existe un mecanismo mediante el cual la constitucionalidad de la legislación pueda ser comprobada y afirmada, o cuando dicho mecanismo no funcione en un caso determinado. En ese caso, “a pesar de la supremacía de la Constitución, las leyes que de hecho son inconstitucionales se consideran y se hacen cumplir como si fuesen válidas. Sin embargo, quedan muy pocos de tales sistemas en la mayoría de los Estados contemporáneos, los ordenamientos jurídicos cuentan con mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes”⁷⁰.

⁷⁰ Díez de Velasco, M. INSTITUCIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Editorial Bosch, S.A. Madrid. 1978. Pp. 60.

Puede establecerse una distinción entre las consecuencias que se sufren en el derecho interno por un conflicto entre este y el derecho internacional, y las consecuencias de tal conflicto en el derecho internacional mismo.

En cuanto al segundo, no se producen los mismos obstáculos técnicos para la reafirmación de la primacía del derecho internacional. Por el contrario, esa primacía es clara y se evidencia por la regla bien establecida de que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para disculpar la falta de cumplimiento de sus obligaciones internacionales, o para escapar a las consecuencias de ella. El Estado es libre para delegar a sus tribunales el cumplimiento de sus obligaciones internacionales dentro de su territorio, como cuando, ya sea la costumbre internacional o los tratados, se aplican directamente como parte de la ley del país, o si, de acuerdo con el sistema británico, deja el asunto en manos del Poder Legislativo. Pero, con cualquiera de estos métodos todo conflicto entre el derecho internacional y el derecho interno que pueda producir un incumplimiento de una obligación internacional implica la responsabilidad del Estado.

La norma de derecho interno que sea contraria al derecho internacional es considerada por los tribunales internacionales, desde el punto de vista de su sistema, como si no existiese.

“Con la influencia de la hipótesis dualista, la Corte Permanente de Justicia Internacional –*existente hasta antes de la segunda guerra mundial y sustituida con posterioridad a ella por la Corte Internacional de Justicia*- estableció jurisprudencia en el sentido de que tal norma no era más que *un simple hecho*, lo cual constituye una formulación discutible”⁷¹.

Un conflicto entre derecho internacional y derecho interno que surja ante la jurisdicción de un tribunal internacional se resuelve, por consiguiente, sobre la base de la supremacía del derecho internacional.

Cuando surge en el ámbito del derecho interno y no se resuelve de la misma manera, en este caso, se adopta la posición de que hay una violación del derecho internacional y trae consigo las mismas consecuencias que cualquier otro acto ilegal. Por lo tanto, en cualquiera de los dos casos, se afirma la primacía del derecho internacional.

8. IMPORTANCIA DEL ANÁLISIS DE LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

La importancia de las relaciones entre el Derecho Internacional y los Derechos internos de los Estados “radica en el hecho de que la eficacia real del

⁷¹ Sorensen, Max. Op. Cit. Pp. 196.

primero depende en muy amplia medida de la fidelidad con que los Derechos nacionales se conformen a las normas internacionales y les otorguen validez”⁷².

En primer lugar, en el actual modelo de sociedad internacional, los Estados son los destinatarios por excelencia de las normas del Derecho Internacional. Tales normas van dirigidas a ellos y son primordialmente los Estados los que deben acatarlas y cumplirlas. Pero los Estados son personas morales que, como tales, actúan por medio de sus órganos, y estos, sean legislativos, ejecutivos o judiciales, están sujetos también al Derecho interno del Estado. Es esencial, en este sentido, que el Derecho nacional facilite el cumplimiento del Derecho Internacional y más aún que, en caso de conflicto, el Derecho del Estado no sea obstáculo para la observancia de las normas internacionales.

Se debe tener en consideración, además, que el Derecho Internacional no se aplica únicamente en el ámbito externo, esto es, en el plano de las relaciones interestatales; también ha de observarse en el interior de los Estados, es decir, en las relaciones entre los Estados y los particulares sometidos a su jurisdicción; particulares que pueden, incluso, exigir judicialmente el respeto del Derecho Internacional. Es en este último plano donde cobra especial importancia el problema de las relaciones entre el Derecho Internacional y los Derechos internos.

⁷² Miaja de la Muela, A. INTRODUCCIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Op. Cit. Pp. 32.

Se debe tomar en cuenta la debilidad institucional de la presente sociedad internacional en el sentido explicado por Scelle cuando formula la *ley de desdoblamiento funcional*. Según dicha ley, “el Derecho Internacional carece de órganos propios para el cumplimiento adecuado de sus funciones. Y esta insuficiencia se remedia por un desdoblamiento de las funciones de los órganos del Estado, que no solo cumplen funciones internas, sino también internacionales. Ello explica el papel relevante del Estado en la formación de las reglas internacionales. Y ello explica también la importancia de los órganos del Estado y su Derecho en el proceso del cumplimiento de las normas internacionales. En este contexto se sitúa el reenvío de normas internacionales a normas internas, o viceversa, así como también el supuesto de normas internacionales no ejecutables por sí mismas, que requieren para su cumplimiento el desarrollo por normas internas”⁷³.

Las manifestaciones del reenvío son frecuentes en la práctica. En los casos de transgresión de una norma de derecho internacional en los que exista el reenvío, la pena la impone el Derecho interno, pero la definición del tipo lo hace el Derecho Internacional. Un ejemplo de reenvío de normas internacionales a normas internas está en la norma de derecho internacional que exige el agotamiento de los recursos internos del Estado reclamado, como requisito para el ejercicio de la protección diplomática; son efectivamente los derechos internos los que prescriben cuáles son los recursos en cuestión.

⁷³ Scelle, G. CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Editorial Arazandi, S. A. Madrid. 1988. Pp. 102.

Existen también normas internacionales que no son aplicables directamente, sino que precisan de desarrollos legislativos posteriores en los Derecho Internos.

“En algunos tratados del ámbito penal, la fijación del tipo delictivo la hace el derecho internacional, pero la determinación de la pena se deja al derecho interno. Y en los casos de comisión de tales delitos son tribunales estatales los que inician y organizan el proceso penal”⁷⁴.

La importancia de las relaciones entre el derecho internacional y los derechos internos se ha acrecentado en nuestros días como consecuencia del aumento de las funciones del primero. El derecho internacional contemporáneo ya no tiene únicamente la función clásica de regular las relaciones entre Estados y distribuir las competencias entre ellos, sino que tiende, además, al desarrollo de los pueblos e individuos, lo cual exige una cooperación en muchas materias que antes asumían exclusivamente los Estados y se regulaban por los derechos internos. En este orden de ideas, la interdependencia inherente a la civilización comporta un aumento progresivo el contenido del derecho internacional a costa del de los derechos internos.

“La cooperación internacional se ha institucionalizado en múltiples campos, y en tales condiciones el reforzamiento institucional ha hecho cobrar nuevas dimensiones a la cuestión de las relaciones entre el derecho internacional y los

⁷⁴ Herrero Rubio, A. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Editorial Aranzandi, S. A. Madrid. 1986. Pp. 90.

derechos internos. El reforzamiento institucional supone que aquellas relaciones se contemplen bajo una óptica nueva, y algunas organizaciones internacionales como la Unión Europea, pueden adoptar ya decisiones que surten efectos directos en los derechos internos, estableciendo además órganos jurisdiccionales que admiten el acceso de los particulares”⁷⁵. Pero el reforzamiento institucional no ha tenido lugar en todos los casos, y al versar progresivamente el Derecho Internacional sobre materias de conflicto, los casos surgidos en la actualidad son mayores que en el pasado y el Derecho Internacional necesita apoyarse en los derechos nacionales. En esto radica la singular importancia de las relaciones entre el derecho internacional y los derechos internos.

9. EL NUCLEO ESENCIAL DE LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

Existen en el ámbito de las relaciones entre el derecho internacional y los derechos internos una controversia que versa sobre dos problemas fundamentales: si el derecho Internacional es aplicable sin más en el ámbito jurídico interno de los Estados o si necesita, por el contrario, algún acto especial de recepción o conversión, y qué ordenamiento debe prevalecer en caso de conflicto. Para resolver estos problemas, es necesario recurrir a las posiciones doctrinales más importantes y examinar del punto de vista sustentado por los órganos internacionales.

⁷⁵ Pastor Ridruejo, José A. CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES. Editorial Tecnos. Madrid. 2012. Pp. 169.

Realizando un análisis objetivo, no es posible la aplicación concomitante de dos sistemas jurídicos en un mismo ordenamiento jurídico, porque necesariamente en el intento de su aplicación serían mutuamente excluyentes, por lo que necesariamente el monismo sería la solución epistemológicamente correcta, es decir desde un punto de vista lógico y racional.

En Guatemala, se puede afirmar que se adopta el sistema monista, pues los tratados internacionales ingresan al ordenamiento jurídico por medio de un decreto legislativo. Únicamente los tratados sobre derechos humanos prevalecen sobre las leyes infra constitucionales, mientras que aquellos que no son sobre derechos humanos tienen el nivel jerárquico de leyes ordinarias.

Hans Kelsen⁷⁶, en su *Teoría Pura del Derecho*, se inclina por el sistema monista, manifestando que las relaciones entre el derecho internacional y el derecho estatal solo pueden darse en un nivel de supraordinación o de coordinación; lo que dependerá de cada ordenamiento jurídico. En algunos ordenamientos el derecho internacional se encuentra supraordinado respecto del derecho estatal, en otros, el derecho internacional se encuentra subordinado al derecho estatal, mientras que en otros se encuentran en relaciones de coordinación, pues las normas de ambos sistemas no se entrecruzan, en el sentido de que ambos sistemas tienen sus mecanismos de producción, modificación y derogación o abrogación de sus

⁷⁶ Kelsen, Hans. TEORÍA PURA DEL DERECHO. Edición de 1960. Editorial Porrúa. México. 2013. Pp. 330-348.

respectivas normas, pero en síntesis, no existe otra solución científica que el monismo.

Si bien es cierto, manifiesta Kelsen, que en determinado momento la soberanía de los Estados se sacrifica frente al derecho internacional, cuan amplio es ese sacrificio, depende de la política de cada Estado y no de la primacía de ambos sistemas:

“Mediante un tratado internacional puede crearse una organización internacional que sea tan centralizada, que tenga ella misma carácter de Estado, de suerte que los Estados-partes en el tratado, que son miembros de la organización, pierden su carácter de Estados. Hasta dónde el gobierno de un Estado deba o pueda limitar la libertad de acción de su Estado mediante tratados internacionales, es asunto político. La respuesta no puede deducirse ni de la primacía del derecho internacional, ni de la primacía del derecho estatal.”⁷⁷

10. EL PROBLEMA DE LA RELACIÓN ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y LOS TRATADOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

El tratamiento jurídico sobre la relación existente entre los sistemas normativos constitucional e internacional en materia de derechos humanos es controvertido en la doctrina y en los ordenamientos internos. Esto en virtud de que

⁷⁷ IBIDEM. Pp. 345.

la forma en que se explique la relación entre estos sistemas supone consecuencias en el sistema democrático y en su relación con los derechos humanos. Organizar un sistema democrático supone la configuración de un Estado de Derecho, la consagración de ciertos derechos mínimos que legitimen la actividad del Estado y el establecimiento de mecanismos de garantía para el pleno goce y ejercicio de los derechos.

Tanto el modelo de Estado de Derecho, como la consagración de derechos humanos y el diseño de mecanismos de garantía, son cuestiones en donde convergen los sistemas constitucional e internacional de los derechos humanos.

Este planteamiento da paso a un problema que puede definirse así: “si entendemos que el derecho interno permite acuerdos más amplios y profundos en materia de derechos que el sistema internacional (*atendiendo a la mayor diversidad de opiniones que éste debe conjugar para llegar a acuerdos básicos en materia de derechos mínimos que permitan legitimar la actividad del Estado*) los derechos no son los mismos en el ámbito interno que en el internacional y, por tanto, la protección de derechos no puede ser entendida como un *continium* entre la protección interna y la protección internacional. Estamos ante dos sistemas que contemplan derechos mínimos y mecanismos de garantía que deben coordinarse de forma tal que cada uno cumpla un objetivo común: la efectiva protección de los derechos humanos”⁷⁸.

⁷⁸ Nash, Claudio. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LA DOGMÁTICA A LA IMPLEMENTACIÓN. Editorial Porrúa. México. 2013. Pp 55-56.

¿Cuál es la mejor explicación de la relación entre el sistema constitucional y el sistema internacional en materia de derechos humanos?

Esta pregunta es relevante porque su respuesta puede constituir la base para legitimar la intervención entre uno y otro sistema de protección.

11. RESPUESTAS MÁS COMUNES

Una de las respuestas tradicionales respecto a la relación entre el derecho internacional y derecho constitucional, ha sido entender al sistema internacional como *subsidiario del nacional*, se ha considerado, tradicionalmente, que el derecho internacional debe aplicarse solo cuando el sistema interno no ha dado respuesta ante determinadas violaciones de derechos fundamentales. En este sentido, se ha planteado que el sistema internacional actúa cuando los mecanismos internos de los Estados han fallado.

“Confirma esta respuesta, el hecho de que muchos órganos internacionales exijan para conocer de un caso ocurrido dentro del territorio de un Estado, el previo agotamiento de los recursos internos. Si bien el principio de subsidiariedad se emplea en algunos ámbitos de la relación existente entre derecho internacional y los ordenamientos internos, no resulta factible aplicar esta visión a la totalidad de las materias a las cuales está sujeta esta relación entre sistemas. Entendiendo lo

anterior; resulta inadecuado abordar la generalidad de la relación entre los sistemas constitucional e internacional de los derechos humanos desde esta perspectiva”⁷⁹.

“Considerando las dificultades anteriores, se ha planteado por la doctrina, que la relación existente entre los sistemas constitucional e internacional debe ser entendida como de *carácter complementario*. De acuerdo con esta concepción, las normas internacionales de derechos humanos pasan a integrar, precisar y enriquecer el contenido de los derechos reconocidos en la Constitución. Esta perspectiva, considera que las normas del ordenamiento interno y del internacional tienen un sentido y alcance que debe articularse en un sistema en donde ninguna anule a la otra, ni estén en pugna, sino que deben aplicarse de tal modo que se alcance una congruencia armonizante. Ejemplos de esta perspectiva se encuentran en el Estatuto de Roma de 1998 (Corte Penal Internacional) y en el nuevo Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas”⁸⁰.

Al concebir la relación entre derecho interno y sistema internacional como una forma de *complementar* contenidos y protección, el sistema internacional no solo cumple el rol de suplir los vacíos que deja la inactividad en el ámbito interno de un Estado, sino que también, se erige como una fuente directa a aplicar en el resguardo de los derechos humanos.

⁷⁹ Arregú, Martín & Courtis, Cristian. LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS POR LOS TRIBUNALES LOCALES. Buenos Aires. Editores del Puerto. 2004. Pp. 4.

⁸⁰ Mongayo, Guillermo. REFORMA CONSTITUCIONAL, DERECHOS HUMANOS Y JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA. En: Arregú, Martín & Courtis, Cristian. Op Cit. Pp 100.

Esta perspectiva se acerca a las necesidades que hoy en día tiene una sociedad democrática, ya que claramente ambos sistemas jurídicos deben tener una relación de *complementariedad* entre sus normas, principios y sistemas de protección. Sin embargo, pareciera que es necesario avanzar y entender esta relación no solo como *complementaria*, sino que también como de *retroalimentación* entre ambos sistemas jurídicos.

12. LA INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Recientemente, se ha observado la existencia de una relación mucho más estrecha entre los sistemas internacional y nacional, en donde ya no solo se busca que el sistema internacional actúe en *subsidio* del sistema interno, ni tampoco *complementando* las normas internas de los Estados. Se puede inferir que existe una relación recíproca entre ambos sistemas, en donde el sistema interno de cada Estado se enriquece de los aportes normativos y jurisprudenciales del sistema internacional y, en donde también, el sistema internacional se retroalimenta del desarrollo normativo constitucional de los Estados para emprender la concreción de nuevos instrumentos internacionales o para enriquecer su argumentación jurisprudencial.

Se puede afirmar, entonces, que esta relación es *recíproca*, entendiendo que no solo es el sistema internacional el que aporta normas, estándares y principios a los ordenamientos jurídicos de cada Estado, sino que también, los aportes del

derecho interno al sistema internacional han enriquecido el desarrollo jurisprudencial de los órganos internacionales.

13. LA INFLUENCIA DE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS SISTEMAS CONSTITUCIONALES

Aproximadamente desde mediados de los años ochenta en Latinoamérica, ha sido importante la influencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en los ordenamientos internos de los Estados. El impacto del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en los ordenamientos internos de los Estados ha sido desde entonces, mucho más visible y, por tanto, más desarrollado por la jurisprudencia de los tribunales constitucionales.

13.1 LA INCORPORACIÓN FORMAL DEL DERECHO INTERNACIONAL

“Dada la cada vez más prolífica incorporación de instrumentos internacionales en los ordenamientos internos de los Estados, se hace necesario que estos definan cómo será la recepción de la normativa internacional, ya sea mediante la transformación de la norma internacional en norma interna o mediante la integración de las normas internacionales al sistema interno”⁸¹.

⁸¹ Mariño, Fernando. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Madrid. Editorial Trotta. 2001. Pp 592.

También es necesario que se defina la jerarquía de estas normas en el ámbito interno, sea como normas de rango constitucional, supraconstitucional u ordinario.

En los primeros años de los sistemas internacionales de protección, la incorporación del derecho internacional estuvo marcada por los tratados o convenciones de derecho internacional que los países ratificaban y, con ello, se incorporaban a su sistema interno.

Mariño destaca a este respecto: "... en la influencia del Derecho Internacional sobre los Derechos internos, debe destacarse la importante repercusión en el orden constitucional de la ineludible exigencia de regular de algún modo diferentes aspectos de la aplicación de las normas del primero en los segundos"⁸².

En ese mismo sentido, Cançado Trindade establece que "la incorporación de los instrumentos de derechos humanos en el ámbito interno incluso ha significado profundos cambios constitucionales que ha implicado estar, en su concepto, ante un nuevo constitucionalismo con una cierta apertura a la internacionalización de la protección de los derechos humanos"⁸³.

⁸² *Ibíd.* Pp. 586.

⁸³ Cançado Trindade, Antonio. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SIGLO XXI. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2001. Pp. 273.

13.2 INCORPORACIÓN SUSTANTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Sin desconocer la importancia que tiene la integración de las normas internacionales en los ordenamientos internos, debe considerarse una nueva tendencia que ha dejado en evidencia el aporte sustantivo que el sistema internacional de derechos humanos realiza. Esta forma de incorporación se basa en la adopción de estándares sustantivos desarrollados por el sistema internacional de derechos humanos, para resolver cuestiones internas de los Estados. Esta ha tenido impacto en dos ámbitos principalmente: en lo normativo- institucional y en la jurisprudencia.

“En lo normativo, se ha desarrollado, desde fines de la década de los ochenta, un proceso de transformación constitucional ya sea con el surgimiento de nuevos textos (Brasil 1988, Colombia 1991, Venezuela 1998), de reforma de estos (Argentina 1994, Chile 1989 y 2005) o la creación de nuevas instancias jurisdiccionales (Costa Rica 1989). Dichas modificaciones constitucionales tuvieron como objetivo explícito una mejor consagración y protección de los derechos humanos”⁸⁴.

Este proceso ha ido más allá de lo constitucional y comprende también procesos de transformación legislativa en materia de procedimientos, estructuras institucionales de justicia emprendidas en los últimos años en Latinoamérica, han

⁸⁴ Nash, Claudio. LA CONCEPCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LATINOAMÉRICA. México. Editorial Fontamara. 2010. Pp 81

tenido por objeto adecuarse a los requerimientos del sistema internacional de derechos humanos.

Otra de las áreas donde se ha desarrollado esta incorporación sustantiva del derecho internacional ha sido en la jurisprudencia. La jurisprudencia constitucional latinoamericana ha incorporado el derecho internacional de los derechos humanos, en especial, los estándares fijados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El alcance que se ha dado a los elementos centrales para configurar una idea de los derechos fundamentales (alcances de los estándares normativos, recepción constitucional amplia, límites y garantías del poder estatal) si bien no podría calificarse como un nuevo paradigma, son sin duda, suficientes como para configurar una concepción particularmente garantista de los derechos fundamentales.

“Claros ejemplos de esta recepción se encuentran en los razonamientos de los tribunales constitucionales en temas como obligaciones positivas de los Estados, restricciones y juicio de ponderación, bloque de constitucionalidad, entre otras. Cada una marcada por las tendencias internacionales en materia constitucional y por lo avances en la jurisprudencia internacional”⁸⁵.

⁸⁵ Ibidem, Pp. 124

La incorporación de los estándares internacionales para resolver cuestiones en materia de debido proceso en los procesos penales marca una nueva forma de entender los derechos de los individuos frente al poder punitivo del Estado. En este sentido, nuevas interpretaciones en materia de derechos de las víctimas, obligación de juzgar los crímenes graves, el derecho a la verdad, presunción de inocencia, no serían explicables sin un desarrollo de estos temas desde el ámbito internacional.

“También ha sido importante el rol que ha jugado el derecho internacional de los derechos humanos en materia de libertad de expresión, al incorporar estándares que han permitido cambios en los ordenamientos internos. En materia de libertad personal el derecho internacional de derechos humanos ha complementado el contenido y alcance que éste adquiere en los ordenamientos internos”⁸⁶.

Puede afirmarse entonces, con base en lo considerado *supra*, que la delegación –en forma subsidiaria- que el Estado de Guatemala realizó, de la potestad de juzgar, la cual es una potestad soberana, exclusiva, función pública y *prima facie* indelegable, a la Corte Penal Internacional, responde a los factores analizados del avance de la globalización y de las relaciones internacionales, de la finalidad de evitar el aislamiento internacional y del alcance de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.

⁸⁶ *Ibíd*em, Pp. 197

14. EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

El debate contemporáneo sobre la supremacía constitucional y los tratados de derechos humanos en Latinoamérica se centra en establecer estos últimos prevalecen sobre las Constituciones como lo afirma la última jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o bien deben subordinarse a ellas. Y también cuál derecho aplicar en caso de haber divergencia la Constitución y un tratado de derechos humanos. Estos cuestionamientos llevan a enmarcar diversos puntos en el tema de la supremacía constitucional, donde la vertiente neoconstitucionalista se inclina a hacer prevalecer en todo tiempo la norma que más favorezca a las personas otorgándoles la protección más amplia de sus derechos, independientemente de su fuente.

14.1 EL CONCEPTO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Este término significa preeminente o superior. En la teoría del Derecho constitucional, “la supremacía corresponde a un principio característico de toda ley fundamental de un Estado”⁸⁷, es decir, la constitución goza del carácter preeminente y superior en relación con todo el ordenamiento jurídico, por lo que, al ser ley suprema y base de todo el sistema normativo, la validez de todas las disposiciones que lo constituyen depende de su conformidad con ella. La Constitución es

⁸⁷ Carbajal, Juan, A. TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN. Editorial Porrúa. México. 2006. Pp. 217.

concebida como la columna vertebral de la organización de una sociedad plasmada en un documento.

Dentro de la teoría política encontramos que “la Constitución se clasifica en sentido político y en sentido normativo. Según Carl Schmitt, en el sentido político, la Constitución se concreta a la manera de ser resultante de cualquier unidad política derivada del poder constituyente que contiene las decisiones políticas fundamentales. En el sentido normativo, la Constitución comprende la regulación legal fundamental del sistema de normas supremas; o bien en el concepto de Karl Loewenstein, que integra la estructura de la sociedad política organizada con el objeto de limitar la arbitrariedad del poder y de someterlo al derecho”⁸⁸.

En la teoría del derecho, generalmente se conceptualiza en un sentido formal y material; en este último, la Constitución está referida a los principios incorporados por el poder constituyente en un momento dado y, por lo tanto, son prevalentes en el Estado y establecen la parte orgánica referida al funcionamiento del poder público, así como la parte dogmática consistente en los derechos fundamentales de las personas. Por su parte, en sentido formal, la Constitución viene a ser el orden jurídico fundamental de la sociedad, establecido de una sola vez, cuyo sentido formal, señala Uribe Arzate al referir a Gudiño Pelayo, “es el de mayor importancia en el Derecho constitucional”⁸⁹.

⁸⁸ IBIDEM. Pp. 27.

⁸⁹ Uribe Arzate, Enrique. PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. EXÉGESIS Y PROLEGÓMENOS. Editorial Porrúa. México. 2010. Pp. 42.

De las referencias anteriores se desprende que la Constitución de un Estado es el documento más importante de carácter político, social y jurídico y que como tal, ninguna norma puede ser superior a ella; pero la ideología neoconstitucionalista afirma que esta perspectiva se relativiza en materia de los derechos fundamentales contenidos en tratados internacionales.

“El principio de supremacía constitucional proviene de Estados Unidos, de su constitucionalismo naciente, aunque algunos autores hacen referencia a diversos órdenes jurídicos anteriores a la formación del Estado nacional”⁹⁰. Como antecedente, hay que recordar que las trece colonias inglesas al momento de independizarse consideraron a su Constitución como *ley fundamental*, y es precisamente por esta situación que la integración del Estado revistió especial importancia, pues el éxito de la unión de las colonias se encuentra en la determinación de la supremacía de la Constitución de Estados Unidos de América, que constituyó la unión como un Estado.

Colombo Campbell opina que “la idea de la supremacía de la Constitución fue desarrollada por primera vez en 1788 por Alexander Hamilton, quien afirmó: *una Constitución es de hecho, y así debe ser considerada por los jueces, como una ley fundamental. Si se produce una situación irreconciliable entre la Constitución y la ley, por supuesto la Constitución debe prevalecer por sobre las leyes*”⁹¹.

⁹⁰ Carpizo, Jorge. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. México. 1969. Pp. 3.

⁹¹ Colombo Campbell, Juan. FUNCIONES DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. Revista Ius et Praxis. Volumen 8. No. 2. México. 2002. Pp. 11.

“Formalmente, la supremacía de la ley fundamental fue incorporada en la Constitución estadounidense de 1789, en el artículo sexto, sección 2, donde se estableció que la Constitución y las leyes de Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, así como los tratados celebrados y que se celebraran por las autoridades, serían la ley suprema de la unión”⁹².

En la interpretación judicial, el antecedente histórico y teleológico del principio de supremacía constitucional, y a su vez el de jerarquía de las leyes, se encuentra en la interpretación realizada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, al resolver el célebre caso *Marbury vs. Madison* en 1803, cuyo razonamiento, al interpretar los artículos 3º, segunda sección, párrafo primero, y 6º, segunda sección, circunscribió los alcances de la supremacía y dio lugar a los puntos centrales del constitucionalismo moderno, al considerar la Corte Suprema que:

“Como documento dado por la voluntad soberana y originaria del pueblo, los principios de la constitución se consideran fundamentales; todos aquellos que han elaborado constituciones las consideran como ley fundamental y suprema de la nación.

La Constitución consigna facultades y límites a la actuación de los poderes públicos que no pueden ser traspasados. De lo contrario, las constituciones

⁹² Gudiño Pelayo, José de J. LO CONFUSO DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIÓN. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Número 3. México. 2005. Pp. 159.

escritas son un intento absurdo por parte del pueblo para limitar el poder que por su propia naturaleza es ilimitable.

La Constitución prevalece sobre todo acto legislativo que la contraríe. La teoría de los gobiernos debe ser que una ley que repugne con la Constitución debe considerarse inexistente. Los tribunales deben tomar en cuenta a la Constitución, la cual es superior a toda ley ordinaria del legislativo y, por lo tanto, tiene que prevalecer en aquellos casos en que otro precepto se oponga a la ley fundamental, o bien, cuando ambas sean aplicables”⁹³.

De lo anterior se desprende el referido principio de supremacía que tiene la Constitución, desde la premisa de que en ella se contienen los principios fundamentales derivados de la voluntad del pueblo, sometiendo el ejercicio del poder público a los lineamientos determinados por la ley fundamental. Por consecuencia, esto daba la pauta para la determinación del principio de jerarquía normativa y el de la superioridad de la Constitución conforme a la cual se determinaba la validez de las normas conforme al control constitucional por parte de los órganos jurisdiccionales.

La Constitución, en la teoría clásica del Derecho constitucional, es el fundamento de todo el orden jurídico. En ese mismo sentido, “la supremacía se

⁹³ Cossío Díaz, José R. JERARQUÍA, DIVISIÓN COMPETENCIAL EN RELACIÓN CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL DERECHO MEXICANO. Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Número 8. México. 2008. Pp. 867.

obtiene de dos vertientes: la objetiva y la subjetiva. En el aspecto objetivo, la Constitución preside el ordenamiento jurídico; y en el aspecto subjetivo, ningún acto del poder público puede vulnerarla válidamente; como norma suprema prevalece sobre todas las demás condicionando a las normas que de ella derivan”⁹⁴.

El sentido pleno de la Constitución consiste, afirma Uribe Arzate, “en el control efectivo de quienes ejercen el poder y la garantía de los derechos fundamentales de las personas, pues la supremacía constitucional debe verse como una proyección normativo-legal pero también como algo más que graduación y jerarquía normativa; debe verse reflejada en la práctica jurídica”⁹⁵.

En este sentido, se trata de ver a la Constitución no solo en el ámbito normativo, sino también incorporar su parte esencial, que consiste, junto con la limitación de los actos del poder público, en la garantía de los derechos fundamentales de las personas, por lo que, aparte del aspecto formal de ser un cuerpo normativo, también contiene elementos denominados metajurídicos. Incluso, Suárez Camacho y Palomino Manchego señalan que “la supremacía que con ordinaria frecuencia se predica de la Constitución solo se justifica si se repara tanto en su origen y contenido como en el papel que le corresponde cumplir en el mundo del derecho”⁹⁶.

⁹⁴ Palomino Manchego, José F. CONSTITUCIÓN, TEORÍA CONSTITUCIONAL Y TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol. Madrid. 2007. Pp. 58.

⁹⁵ Uribe Arzate, Enrique. Op. Cit. Pp. 8.

⁹⁶ Suárez Camacho, Humberto & Palomino Manchego, José. EL SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN MÉXICO. Editorial Porrúa. México. 2007. Pp. 230.

14.1.1 EL PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA

“La jerarquización de las disposiciones que integran el orden jurídico implica una relación de supra y subordinación entre las mismas”⁹⁷. La teoría constitucional clásica concebía, como Kelsen explicaba, la supremacía de la Constitución como pilar de la jerarquización de las leyes, donde la Constitución era la base del ordenamiento jurídico y, por lo tanto, norma suprema:

“El orden jurídico no es un sistema de normas de Derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. Su unidad está configurada por la relación resultante de que la validez de una norma, producida conforme a otra, reposa en esa otra norma, cuya producción a su vez está determinada por otra; un regreso que concluye, a la postre, en la norma fundante básica presupuesta”⁹⁸.

De esta manera, al ser la norma constitucional original la fuente primaria, se crea una producción de normas jurídicas subordinadas a ella, cuya estructura escalonada surge a partir de que la norma original se convierte en directriz jurídica de las demás, “lo cual produce la supra y subordinación jerárquica de las leyes, en donde la norma fundamental se encuentra en la cúspide de la pirámide kelseniana

⁹⁷ Palomino Manchego, José F. Op. Cit. Pp. 232.

⁹⁸ Kelsen, Hans. TEORÍA PURA DEL DERECHO. Editorial Eudeba. Buenos Aires. 2004. Pp. 132.

y todas las demás normas del ordenamiento jurídico encuentran su validez en ella”⁹⁹.

Las normas contenidas en la Constitución “gozan de la mayor jerarquía dentro del orden jurídico, en virtud de constituir los lineamientos de la sujeción del poder del Estado y límites a sus atribuciones y a la salvaguarda de los derechos de las personas. Por eso, la jerarquía normativa es el elemento mediante el cual se tiende a garantizar el carácter supremo de la Constitución”¹⁰⁰.

La jerarquización del ordenamiento jurídico y sus correspondientes relaciones de supra y subordinación entre las normas que lo integran, implica el sometimiento del poder público a la norma suprema, limitando su actuación a lo establecido en la ley fundamental en dos aspectos: en la emisión de las leyes reglamentarias, las cuales deben estar conformes en ella; y la observancia de sus preceptos en la aplicación de las leyes. “Lo anterior permite afirmar que, ante la incompatibilidad de una norma frente a otra, los jueces deban preferir la que sea conforme a la Constitución, lo que conduce al control constitucional de las leyes”¹⁰¹.

“En esta concepción clásica de la supremacía constitucional, la jerarquía determina la validez de las normas jurídicas. Según Kelsen, el derecho regula su propia creación, una norma pauta la creación de otra, cuya relación es de supra y

⁹⁹ Suárez Camacho, Humberto & Palomino Manchego, José F. Op. Cit. Pp. 24.

¹⁰⁰ Colombo Campbell, Juan. Op. Cit. Pp. 17.

¹⁰¹ IBIDEM. Pp. 243.

subordinación, en relación con la de rango superior, por lo que las leyes que emanen de ella deben estar adecuadas a su contenido. En este sentido, la jerarquía normativa consiste en hacer prevalecer la validez de unas normas jurídicas sobre otras”¹⁰².

Esta visión tradicional de la jerarquización de las normas condiciona la validez de los preceptos a su conformidad con otros de mayor jerarquía, los que a su vez están determinados por otros, y así sucesivamente hasta llegar a la Constitución; es decir, la validez de las normas depende de su adecuación a otras normas igualmente válidas en relación con otras de mayor jerarquía.

En este sentido, una norma es jerárquicamente superior a otra cuando la validez de esta depende de aquella, en cuya aplicación, una norma que contradice a otra superior carece de fuerza normativa e incurre en un vicio de invalidez, por lo que la jerarquía normativa entendida en ese contexto se basa en una cadena de validez de las normas, dependiente de relaciones de subordinación.

La jerarquización de las leyes produce las siguientes consecuencias:

- a) La unidad del orden jurídico, la que a través de su graduación jerárquica asegura la compatibilidad vertical y horizontal de las normas que lo integran. Así, las normas inferiores deben adecuarse a las superiores y

¹⁰² IBIDEM. Pp. 238.

las de igual rango no deben contradecirse; es decir, debe existir la armonía en la producción de las normas conforme al texto constitucional. Una norma está condicionada a otra superior de la cual proviene hasta llegar a la última en jerarquía.

- b) El control de las leyes, que conduce a revisar que las normas sean válidas de conformidad con la Constitución, este elemento conduce a la eficacia de la supremacía constitucional.
- c) El estatus razonable como parte de la jerarquía, consistente en que las normas, como instrumentos para lograr los fines de la Constitución, deben producirse en concordancia con la efectiva realización de sus preceptos.

“En este concepto se refleja la jerarquía de leyes expresada por Kelsen, conforme a la cual no existe un sistema coordinado de normas, sino que se instituye un sistema jerarquizado”¹⁰³.

¹⁰³ Suárez Camacho, Humberto & Palomino Manchego, José F. Op. Cit. Pp. 25.

CAPÍTULO III

LOS TRATADOS INTERNACIONALES

1. DEFINICIÓN DE TRATADO

Sobre los tratados como fuentes de obligaciones y su relación con los derechos internos existen varias teorías expuestas algunas de maneras diversas, Pastor Ridruejo¹⁰⁴ manifiesta al respecto: “La importancia de las relaciones entre el Derecho Internacional y los Derechos internos de los Estados radica en el hecho de que la eficacia del primero depende en muy amplia medida de la fidelidad con que los Derechos nacionales se conformen a las normas internacionales y les den efecto”.

Esta manifestación es importante tomando en cuenta que en este problema se enfrentan tres criterios constitucionales: el de soberanía, el republicano de la separación de poderes en el sentido de que es únicamente el Congreso de la República el facultado constitucionalmente para promulgar leyes y; el del principio *pacta sunt servanda*, en relación con el cumplimiento de obligaciones internacionales adquiridas por el Estado.

¹⁰⁴ Pastor Ridruejo, José A. CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES. Editorial Tecnos. Madrid. 2012. Pp. 165-167.

Sobre la teoría del tratado como fuente de obligaciones internacionales, se analizará de forma crítica a continuación, la teoría expuesta por el Dr. Francisco Villagrán Kramer¹⁰⁵ la cual manifiesta, de forma bastante clara, la naturaleza jurídica de dicha institución del Derecho internacional.

Manifiesta Villagrán Kramer que se expresa en la convención de Viena de 1949 sobre el Derecho de los Tratados que por tratado debe entenderse, cualquiera que sea su denominación: “*el acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados regido por el Derecho Internacional*”.¹⁰⁶

Si bien esta definición inicialmente se consideró apropiada, lo cierto es que la dinámica internacional y el desarrollo que en el tiempo y en el espacio ha tenido el Derecho Internacional, han hecho variar ese concepto.

En primer término, los Estados ya no son los únicos sujetos del Derecho Internacional que pueden celebrar tratados, toda vez que las organizaciones internacionales, aun cuando sean creadas mediante mecanismos convencionales, pueden, asimismo, celebrar tratados con Estados entre ellas lo mismo que la Santa Sede.

¹⁰⁵ Villagrán Kramer, Francisco. DERECHO DE LOS TRATADOS. F&G Editores. Guatemala. 2003. Capítulos II y III. Pp. 16-56.

¹⁰⁶ *Ibíd.* Pp. 40.

Luego, el texto escrito *per se*, no es elemento solemne que el Derecho Internacional contemporáneo exija para que un acuerdo entre sujetos del Derecho Internacional exista, sea válido y pueda, incluso, exigirse su cumplimiento.

Finalmente, porque mediante un tratado se crean o generan no solo derechos sino también obligaciones entre las partes, e incluso a favor o en contra de terceros, se trate de Estados, organizaciones internacionales o personas físicas y morales.

En tal virtud, a la par de que en los tratados pueden establecerse derechos y obligaciones recíprocas entre las partes, los tratados también pueden ser *leyes uniformes* en distintos Estados parte y, de la misma manera, ampliarse, tanto su ámbito personal como su ámbito territorial de validez de conformidad con las estipulaciones que figuren en el propio tratado o bien, conforme al Derecho Internacional general.

Entre las primeras, están los mecanismos de la *adhesión* y la llamada *accesión* de terceros Estados y, entre las otras, cuando un Estado, sin ser parte de un tratado, e incluso sin adherirse a él, acepta o reconoce de manera expresa o concluyente como obligatorias las obligaciones que constan en un tratado.

Por consiguiente, el concepto actualizado de tratados permite precisar que se trata de acuerdos entre sujetos del Derecho Internacional que los vincula o liga por lo que el vínculo produce efectos jurídicos, rigiéndose este por el Derecho Internacional. Ello, desde luego, conduce a apreciar las diferencias que existen

entre la *forma* de los tratados y la *substancia*, o sea, entre el *instrumentum* y el *negotium* que lo contiene.

Las formas convencionales cobran relevancia al distinguirse los tratados que constan en textos escritos que, desde luego, deben registrarse ante la Secretaría General de la ONU conforme al art. 102 de la Carta de la ONU (y publicarse) para ser invocables antes los órganos de las Naciones Unidas y los acuerdos no escritos, que, al no estar registrados no pueden invocarse ante esa estructura internacional, incluyendo la Corte Internacional de Justicia.

Manifiesta el autor que, desde luego, un acuerdo no registrado o no publicado por la Secretaría General de la ONU no implica, como lo que precisó el Tribunal Arbitral que conoció del caso entre Guinea Bisseau y Senegal en 1989, que necesariamente, sea un acuerdo secreto.

En relación a los *acuerdos no escritos*, debe decirse que en la esfera internacional entran en el dominio de las modalidades *ad probationem* de los negocios jurídicos, y ello, en tanto en cuanto, según el artículo 3 de la Convención de Viena de 1969 no son aplicables sus disposiciones a los acuerdos no celebrados por escrito, lo que, según la convención, no afecta: a) el valor jurídico de dichos acuerdos; b) la aplicación a los mismos de cualquiera de las normas enunciadas en dicha convención a que estuvieren sometidos en virtud del Derecho Internacional (general) independientemente de dicha convención; y c) a la aplicación de dicha convención a las relaciones de los Estados entre sí en virtud de acuerdos

internacionales en los que fueren, así mismo, partes de otros sujetos de Derecho Internacional.

Es evidente, manifiesta el autor, que para que los tratados y los acuerdos no escritos puedan ser invocables ante un órgano de las Naciones Unidas, su existencia debe ser objeto de aceptación o reconocimiento entre las partes, los que, en ausencia de reconocimiento, pueden ser probados en juicio. De esta manera suele traerse a cuenta la *Declaración Ihlen*, hecha de manera verbal en 1934 por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Noruega a enviados del gobierno de Dinamarca, por lo que dicha declaración –Sostuvo Dinamarca ante la Corte Permanente de Justicia Internacional– Vinculaba a Noruega como Estado y producía efectos jurídicos.

La Corte, en efecto, así lo declaró. En todo caso, y para mayor ilustración, recordamos que los contratos verbales no son desconocidos en los sistemas legales internos como tampoco lo es el valor jurídico que producen las declaraciones unilaterales de voluntad.

Lo importante es que en el Derecho Internacional no existen diferencias –Como acontece en los sistemas legales internos entre los contratos solemnes y los no solemnes– entre tratados que puedan, para efectos de su naturaleza y alcances, calificarse de solemnes y no solemnes, sino únicamente existen diferencias entre tratados y acuerdos que figuran en textos escritos y los acuerdos no escritos.

Ello, desde luego, no impide que los propios Estados califiquen ciertos tratados –como los estados de paz, de alianzas militares o la constitución de comunidades y uniones económicas o monetarias– como tratados solemnes, y de la misma manera asignarle superior jerarquía a ciertos tratados sobre otros, como acontece con la Carta de la ONU conforme a su Preámbulo y el artículo 103, y a los tratados de integración económica; como el de la Unión Europea, el tratado del MERCOSUR y los constitutivos y operacionales del Sistema de Integración Centroamericana (SICA).

Los acuerdos entre Estados y entre organizaciones internacionales, aparte de constar de un único instrumento al que suele llamársele *tratado o convención* pueden constar, así mismo, en dos o más instrumentos. Al efecto, los conocidos *canjes de notas* entre gobiernos y entre misiones diplomáticas, entre representaciones permanentes ante organizaciones internacionales y las organizaciones y entre las mismas organizaciones pueden, dependiendo de su contenido, constituir tratados internacionales.

La Corte Internacional de Justicia estableció en su fallo del 1 de julio de 1994 sobre admisibilidad y jurisdicción el litigio Qatar y Bahaim que: “un acuerdo internacional puede tomar varias formas y presentarse bajo denominaciones diversas. El párrafo 1a) del artículo 2 de la convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969 que para los fines de esa convención se entiende por ‘la expresión de tratado’ un acuerdo internacional celebrado por escrito entre estados, y regido por el Derecho internacional. Ya que conste en un

instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación”.

Aún más, como lo anotó la corte tratándose de un Comunicado Conjunto: “no existe ninguna regla de Derecho internacional que prohíba que un comunicado conjunto constituya un acuerdo internacional destinado a someter al arbitraje o a decisión judicial una disputa”.

El acuerdo entre dos o más Estados puede, asimismo, constar en textos separados entregados a un tercer Estado, como aconteció con los llamados Acuerdos de Argelia entre Estados Unidos e Irán el 1980 relacionados con la liberación y entrega de los rehenes que se encontraban secuestrados en la embajada de Estados Unidos en Irán. En esa oportunidad, por haberse roto las relaciones diplomáticas entre Estados Unidos e Irán se planteó la posibilidad de que cada Gobierno entregare al Gobierno de Algeria sendas notas en las que constasen los términos y condiciones de la entrega de los rehenes y otros asuntos, y este, a su vez, la transmitiría a la otra parte. Por lo demás, las variantes de entrega de notas a terceros Estados y organismos internacionales y el *canje de notas* son congruentes con lo dispuesto en el artículo 13 de la Convención de Viena de 1969.

Expuesta la teoría de Villagrán Kramer, podemos concluir que, de acuerdo con ella, la doctrina y la jurisprudencia del Derecho Internacional Público se inclina por el principio de *favor negotium*, según la cual, en caso de duda, el Organismo que interprete debe inclinarse por el reconocimiento de la existencia de un tratado

y por el cumplimiento de este, aun cuando su existencia formal esté dubitada por incumplimiento de algunos requisitos.

Por su parte Sorensen, define al tratado de la siguiente forma: “*El tratado es cualquier acuerdo internacional que celebran dos o más Estados u otras personas internacionales, y que está regido por el derecho internacional.*”¹⁰⁷ Esta definición agrega a la definida por la Convención de Viena, el término “otras personas internacionales”.

Pastor Ridruejo por su parte, en su definición de tratado, parte de la definición de la Convención de Viena, pero agrega: “...*ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos y cualquiera que sea su denominación particular*”¹⁰⁸, y agrega que, con todo, los acuerdos internacionales concluidos por una organización internacional, aún no sometidos a la Convención, son tratados.

Según lo expuesto, se tiene por tratado, todo acuerdo con calidad de internacional, que se realice entre Estados o entre organizaciones internacionales o bien entre los primeros y las segundas, y que se considere fuente de obligaciones entre sus partes.

¹⁰⁷ Sorensen, Max. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Editorial Fondo de Cultura Económica. México. 1994. Pp. 155.

¹⁰⁸ Pastor Ridruejo, José A. Op.Cit. Pp. 87.

2. LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES

Villagrán Kramer, en su obra citada también expone que, si bien el concepto de *fuentes del Derecho Internacional* tiene importancia doctrinaria, debemos decir que a jueces internacionales y nacionales pareciera no interesarles la discusión que existe entre fuentes primarias, supletorias y secundarias. En cambio, les interesan las normas internacionales que establecen los derechos que deben hacer valer las partes y las obligaciones que deben cumplir, o bien, dejar sin efecto.

Por consiguiente, el problema que se les plantea es si los derechos que ante ellos invocan las partes o que pretenden hacer valer, existen conforme a Derecho y, si esas mismas normas o bien otras normas establecen o generan, de manera independiente, obligaciones internacionales, y en su caso, cuál es la naturaleza de esas obligaciones y, por supuesto, si estas son o no obligaciones vigentes y, además, exigibles.

Los árbitros y los jueces internacionales aprecian el valor y los efectos y consecuencias jurídicas que producen o generan los actos y los hechos de los Estados y los de las organizaciones internacionales, así como, si unos y otros generan o no derechos y obligaciones para ellos y, si las obligaciones pueden serles exigibles por otros estados o por otras organizaciones internacionales. De inmediato, señala el autor que el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no contempla en forma expresa estos fenómenos.

La doctrina es, a juicio del autor, desde luego, importante, por lo que para precisar las fuentes de las obligaciones suele acudir a la Teoría General de las Obligaciones y a la Teoría General del Derecho Internacional. Empero, también debe tenerse presente que en los distintos ordenamientos jurídicos internos se enuncian o establecen derechos y se precisan las obligaciones que nacen o se generan dentro de esos sistemas, incluyendo los que, a su vez, generan los contratos entre las partes y para terceros.

De la misma manera, en los sistemas internos se precisan las obligaciones que nacen o se forman *sin convenio* o que nacen de hechos lícitos (es el caso de los actos no prohibidos por el Derecho internacional) y los actos ilícitos (también conocidos como delitos) incluyendo, las que generan los actos de las personas y los efectos y alcances de sus declaraciones unilaterales de voluntad. Por su parte, algunos sistemas internos también reconocen los llamados *cuasi contratos* y los *cuasi delitos* como fuentes de obligaciones. Como puede apreciarse, aportan importantes elementos.

Al examinarse el desarrollo que el Derecho de las obligaciones internacionales ha tenido en la jurisprudencia internacional es visible que en el siglo XIX y a principios del siglo XX, los Estados y los árbitros internacionales acudían a la teoría general de las obligaciones para precisar las fuentes de las obligaciones internacionales y, de la misma manera, buscaban comunes denominadores entre los distintos sistemas jurídicos internos, determinando que, en el ámbito interno unas eran fuentes de derechos y de obligaciones –es el caso de la ley y de la

costumbre (en algunos sistemas)– y otros –los actos jurídicos y los hechos lícitos e ilícitos– que de la misma manera generan obligaciones.

Salta a la vista, entonces, manifiesta el autor, que los primeros árbitros internacionales repararon en que la teoría de los actos y de los hechos jurídicos iba de la mano de la teoría de la responsabilidad y que, en los órdenes jurídicos internos se acentuaba, por un lado, la diferencia entre la responsabilidad civil y la responsabilidad criminal y, por el otro, entre la responsabilidad contractual y la extra contractual, en tanto que en el ámbito internacional no podía ni debían acentuarse esas mismas diferencias y categorías.

Un análisis a fondo conduce a apreciar que en el plano internacional se fue sedimentando y desarrollando una práctica que permitió que los Estados y los árbitros internacionales sostuvieran la existencia de obligaciones de Derecho Internacional general o consuetudinario y de obligaciones establecidas en tratados internacionales. De la misma manera, el análisis permite distinguir los actos jurídicos de los hechos de los Estados que generan obligaciones internacionales, sin tener que aceptar que en el Derecho Internacional existe la misma diferencia que en el Derecho interno existe entre responsabilidad civil y penal y entre responsabilidad contractual y extracontractual. Esto último llevó, pues, a depurar los conceptos.

En consecuencia, los tribunales arbitrales, primero, y después las Cortes Internacionales y la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, establecieron que la responsabilidad de los Estados era y es únicamente internacional. Que la

pueden generar tanto los actos unilaterales como aquellos otros actos y omisiones de los Estados que violan o incumplen una obligación internacional –sea esta de naturaleza general o consuetudinaria o convencional– o bien el incumplimiento de un compromiso internacional, al igual que los hechos que conforme al Derecho Internacional se reputan hechos ilícitos, ya sea que estos constituyan hechos ilícitos simples o hechos ilícitos graves y continuos.

Ello, añade Villagrán Kramer, también llevó a esclarecer que una es la responsabilidad internacional de los sujetos del Derecho Internacional generada por hechos ilícitos reputados delitos (hechos ilícitos simples) y otra generada por hechos ilícitos graves, incluyendo entre estos últimos, los crímenes internacionales, sin que la responsabilidad de los Estados tenga, por ello, carácter penal.

Desde luego, la discusión también condujo a distinguir las *obligaciones imperativas* o de *jus cogens* y las *obligaciones o deberes fundamentales* de los estados que figuran en la Carta de las Naciones Unidas y que han cobrado naturaleza consuetudinaria o general, por lo que obligan a todos los sujetos del Derecho Internacional. En consecuencia, deben distinguirse las obligaciones imperativas y los derechos y las obligaciones que para los sujetos del Derecho Internacional tienen carácter *fundamental*.

Por otra parte, según manifiesta el autor cuya teoría aquí se expone, también se debe recordar que la Corte Internacional de Justicia, distinguió entre *obligaciones*

simples (de naturaleza consuetudinaria y convencional) y otras obligaciones que el Derecho Internacional general establece como *obligaciones erga omnes*.

Y ello, a fin de dejar claro que tratándose de obligaciones simples la relación entre acreedor y deudor y entre el Estado que incumple la obligación y el Estado lesionado por el incumplimiento, es de naturaleza bilateral, en tanto que, en el caso de las *obligaciones erga omnes*, la relación entre deudor y acreedores o entre Estado lesionante y Estado o Estado lesionado es multilateral, dado que todos los Estados –y no solo los Estados directamente lesionados– pueden exigir su observancia y su cumplimiento y, en caso de incumplimiento, hacer efectiva la responsabilidad internacional del sujeto internacional que incumple o viola dichas normas.

Se trata, manifiesta el autor, como dijo la Corte Internacional de Justicia, “de obligaciones de los Estados con la comunidad internacional en su conjunto, por lo que, por su naturaleza misma conciernen a todos los Estados.” Y que, “Dada la importancia de los derechos en juego puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en que esos derechos sean protegidos, por tanto, las obligaciones en ese caso son obligaciones erga omnes”.

A manera de comentario, cabe preguntarse si las obligaciones de orden tributario contraídas entre Estados o entre estos y organizaciones internacionales, tendrían la naturaleza de *erga omnes*, y cuál sería la pauta objetiva que nos ofrece

el Derecho internacional para distinguirlas, pregunta que no puede ser contestada sin examinar la naturaleza, estructura y fundamento de dichas obligaciones.

Por último, en la teoría de Villagrán Kramer, las clasificaciones de las obligaciones que figuran en los sistemas legales internos son, en lo internacional, útiles toda vez que ayudan a precisar la naturaleza de una obligación. Las categorías internas tienen en lo internacional valor doctrinario, puesto que las clasificaciones que en Derecho Internacional existen responden a su naturaleza consuetudinaria o convencional y a otros elementos que tienen que ver con la naturaleza de los sujetos del Derecho Internacional.

De esta suerte, la distinción que la Comisión de Derecho Internacional introdujo en su proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de Estado entre *obligaciones de conducta* y *obligaciones de resultado* ha merecido aceptación internacional.

Como correlato doctrinario de las obligaciones internacionales, se puede establecer el principio *pacta sunt servanda*, el cual es desarrollado por Sorensen de la siguiente manera: “Los Estados y las demás personas internacionales quedan obligadas por los tratados celebrados en forma regular y que hayan entrado en vigor: ellos deben cumplirse de buena fe. Este principio afirmado por la Carta de las Naciones Unidas se expresa comúnmente por la máxima *pacta sunt servanda*, lo que quiere decir literalmente: los tratados deben ser cumplidos. ¿Cuál es la naturaleza de este principio? Si bien todos los escritores reconocen su existencia,

no siempre convienen en cuanto a su naturaleza. Para algunos es una regla del derecho natural; para otros, un principio general del derecho; y todavía para otros, una regla consuetudinaria.”¹⁰⁹

Más férrea resulta la posición de Pastor Ridruejo, quien opina que además del principio *pacta sunt servanda*, debe tomarse en cuenta que: “...los tratados deben observarse, aunque sean contrarios al Derecho interno de alguno de los Estados parte. El Tribunal de la Haya ya se había manifestado categóricamente a este respecto, diciendo que un Estado no podía sustraerse a las obligaciones que le imponen los tratados, invocando su Derecho Constitucional o las leyes internas.”¹¹⁰

3. LA ESTRUCTURA JERÁRQUICA DE LAS NORMAS Y DE LOS PRINCIPIOS INTERNACIONALES

Villagrán Kramer manifiesta en su doctrina que el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no establece ninguna preeminencia entre las normas consuetudinarias y las normas convencionales ni entre estas y los principios generales del Derecho. El problema que se confronta en el Derecho Internacional es, entonces, si existen jerarquías y preeminencias entre las distintas clases de normas internacionales.

¹⁰⁹ Sorensen, Max. Op. Cit. Pp. 158, 159.

¹¹⁰ Pastor Ridruejo, José A. Op.Cit. Pp. 111.

4. DERECHO CONVENCIONAL Y DERECHO CONSUECUDINARIO

Dado que no existe instrumento alguno que precise –salvo en el caso de las normas imperativas establecidas entre la Convención sobre el Derecho de los Tratados– preeminencia entre las normas consuetudinarias y las convencionales, manifiesta el autor que, los tribunales internacionales se inclinan por verificar, al examinar el caso que deben fallar, en primer lugar, si existen entre las partes en litigio vínculos convencionales, es decir, tratados y convenios internacionales vigentes entre ellas y, luego, si existen o no normas de Derecho Internacional general o consuetudinario aplicables al caso o a la situación o situaciones que examinan y que deben resolver, sea que estas últimas fueren o no coincidentes con las normas convencionales.

En consecuencia, si entre las partes en litigio existen algunas convenciones internacionales –generales o particulares que establezcan reglas expresamente reconocidas por ellas– y que, además, estén vigentes entre y para ellas, los jueces internacionales no solo las tienen presente, sino que, cuando procede, las aplican al caso concreto. De no existir en y para ese caso normas convencionales los jueces examinan, entonces, el espectro del Derecho Internacional general o consuetudinario a fin de precisar la o las normas consuetudinarias aplicables.

Como puede apreciarse, para los jueces internacionales propiamente no existe jerarquía entre las normas convencionales que vinculan a las partes y las normas de Derecho Internacional general, sino tan solo un orden normativo, en el

sentido de que toman en cuenta y aplican, en primer término, las normas convencionales que corresponde porque estas vinculan a las partes y son para ellas *res inter alios acta –cosa celebrada entre las partes-* y, de no existir estas, hurgan conforme al principio *Jovit Novit Curia –el juez debe conocer el derecho–* el espectro normativo consuetudinario.

Si el tribunal verifica que coexisten ambas clases de normas, manifiesta el autor analizado, no confronta ningún problema de jerarquía ni de prelación normativa. Y ello, porque pueden aplicar, como en efecto lo ha hecho la Corte Internacional de Justicia, en diferentes casos (Estados Unidos vs. Irán, caso de los rehenes, 1980 y Nicaragua vs. Estados Unidos, 1986) ambas clases de normas. Coincidencia normativa y vigencia simultánea son, pues los parámetros que, en estos casos, utilizan los tribunales internacionales.

En cuanto a jerarquías entre normas de Derecho Internacional general y normas de Derecho convencional y los principios generales del Derecho cabe recordar que las dos primeras son directamente aplicables por los tribunales internacionales y nacionales en tanto que los principios generales del Derecho lo son, únicamente, en aquellos casos en los que es menester integrar el Derecho a aplicar o bien, cuando los tribunales estiman que al traerlos a cuenta, ilustran y confirman el Derecho aplicable.

En cuanto a los actos unilaterales de los Estados y de las organizaciones internacionales, los jueces internacionales distinguen entre los actos cuyo basamento se encuentra en el marco del Derecho Convencional y los que tienen fundamento consuetudinario, distinguiendo, además, aquellos otros actos que pueden ser autónomos. Por consiguiente, precisan si dichos actos son acordes al sistema normativo dentro del que se originan y deben adoptarse y a la luz de esos elementos, precisan sus alcances, efectos y consecuencias jurídicas. El punto lo ilustran, por ejemplo, los actos unilaterales que tienen relación directa con los tratados internacionales –reservas, aceptación, ratificación, denuncia etc.– y las protestas y notificaciones que conforme al Derecho Internacional general deben, en ciertos casos, hacer los Estados.

5. RELACIÓN ENTRE NORMAS CONVENCIONALES Y NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL

Expone Villagrán Kramer en su teoría que, la relación entre las reglas convencionales y las reglas consuetudinarias es, de por sí, y como acontece en el ámbito jurídico interno, compleja. En primer término, es útil recordar que en muchos sistemas legales nacionales existe el principio que la costumbre obliga y produce efectos y consecuencias jurídicas cuando la ley así lo prescribe. Luego, están las situaciones jurídicas en las que, existiendo y teniendo fuerza legal una regla consuetudinaria, esta puede ser *contra legem*, en cuyo caso es menester resolver el conflicto en cuanto si el sistema legal admite o no si una regla consuetudinaria puede o no abrogar la ley escrita y, ello, atendiendo al factor de que el

correspondiente sistema legal admite la abrogación tanto de la costumbre por la ley escrita como la abrogación (o derogación) de la ley escrita por costumbre contraria que se sedimentó, afianzó, consolidó o desarrolló de manera paralela a la ley.

De la misma manera pueden surgir otras situaciones, entre ellas, el *olvido de una ley escrita*, por lo que esta cae en desuso y el gradual y progresivo abandono de una costumbre o bien, el de su *cambio o modificación*. De esta suerte puede válidamente sostenerse que estas alturas del desarrollo del Derecho Internacional no existen ni convenciones internacionales ni leyes nacionales pétreas. Y ello, porque en el ámbito internacional existen, aparte del acuerdo recíproco entre las partes, mecanismos legales para suspender y terminar los tratados bilaterales y multilaterales, de la misma manera que en el orden interno existen mecanismos legales para establecer si una ley escrita en el transcurso del tiempo ha caído o no en desuso y si puede o no exigirse su cumplimiento e imponerse las sanciones que en ella se establecían.

Ciertamente estos son problemas que los jueces internacionales y los jueces nacionales pueden confrontar, porque no desconocen los efectos y las consecuencias que la dinámica internacional y la propia de las sociedades estatales producen o generan.

6. APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNO POR LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

Según su teoría, el autor expone que no es usual que los tribunales internacionales sean llamados a resolver controversias aplicando normas de Derecho interno, puesto que ello depende, por un lado, de la naturaleza de la controversia y, por otro, que, aparte del Derecho Internacional aplicable también deben aplicar el Derecho interno. Así, por ejemplo, en materia de préstamos y obligaciones financieras internacionales, la Corte Permanente de Justicia Internacional sentó la siguiente tesis: “Desde la perspectiva del Derecho Internacional, del que la Corte es su órgano, las leyes nacionales son simples hechos, manifestaciones de la voluntad y de la actividad de los Estados de la misma manera que lo son las decisiones judiciales o las medidas administrativas. La corte no está llamada, como tal, a interpretar la ley polaca; pero nada se opone a que ella se pronuncie sobre la cuestión a saber si, al aplicar dicha ley, Polonia actúa o no de la conformidad con las obligaciones que la convención de Ginebra le impone hacia Alemania”.

Luego sobre la forma cómo la Corte debía aplicar el Derecho interno y los elementos a tomar en cuenta al hacerlo, añadió en el caso de los “Empréstitos brasileños”: “La Corte, habiendo llegado a la conclusión que ha lugar de aplicar el Derecho interno de un país determinado, no tiene duda que debe esforzarse en aplicarlo como se aplicaría en dicho país. No sería el caso de aplicar el Derecho de una manera diferente a como se aplicaría en el país en que está en vigor. De allí se

desprende que la Corte debe tomar en cuenta la jurisprudencia nacional, ya que es gracias a esa jurisprudencia que ella podrá determinar cuáles son, verdaderamente, las reglas que de hecho son aplicadas en el país cuyo derecho es reconocido como aplicable en un campo determinado. Si la Corte estuviera colocada en la necesidad hacer abstracción de la jurisprudencia, el resultado sería que eventualmente podría aplicar otras reglas, distintas a las que corresponde aplicar; ello parecería coincidir con la misma idea que está a la base de la aplicación del Derecho interno”.

En cuanto a la aplicación del Derecho interno, la misma corte hizo importantes consideraciones, por lo que, el autor transcribe *in extenso* el párrafo pertinente de su fallo en el caso de los “Empréstitos Serbios”: “No sería conforme a la tarea para la cual la Corte ha sido establecida y tampoco correspondería a los principios que gobiernan su composición que ella tuviera que abocarse a una interpretación propia de Derecho nacional, sin tomar en cuenta la jurisprudencia, corriendo el riesgo de ponerse en contradicción con la interpretación que la más alta jurisdicción nacional, habría establecido y cuyos resultados le parecen razonables. Sería particularmente delicado hacerlo cuando se trata de reglas de orden público –nacional cuya definición en un país determinado, depende en gran medida de la opinión que prevalece en cada momento en ese mismo país– y cuando los textos no se pronuncian directamente sobre la cuestión de que se trata”.

Por último, manifiesta el autor, en cuanto al principio *Juris Novit Curia –el juez debe conocer el Derecho–* la Corte Permanente de Justicia Internacional consideró pertinente ilustrar el punto a manera que pudiese servirle de pauta a otros tribunales.

En efecto, dijo la Corte: “Aun cuando la Corte debe aplicar el Derecho interno cuando las circunstancias lo exigen, la Corte que es una jurisdicción de Derecho Internacional y que, por ello, está supuesta a conocer ella misma ese Derecho, no está obligada, sin embargo, a conocer las leyes nacionales de los diferentes países. Todo lo que se puede admitir a ese respecto es que la corte podría eventualmente verse obligada a procurarse el conocimiento del Derecho interno que debe aplicar; y ello, con la ayuda de las pruebas que le proporcionan las partes, o con la ayuda de todas las investigaciones que la Corte juzgaría conveniente efectuar, o causar que se emprendan”.

Como puede verse, manifiesta el autor en la exposición de su teoría, el conocimiento del Derecho aplicable es trascendental. Al respecto, suele decirse que se prueban los hechos más no el Derecho. La afirmación se hace en relación con la ley, puesto que, en la esfera internacional, si bien no es mandatario probar la costumbre (salvo cuando se trata de una costumbre regional o local), quien invoca una costumbre debe suministrar, como mínimo, información precisa sobre ella y, desde luego, que ella existe.

En el orden interno, por ejemplo, en Guatemala, el artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial establece que la costumbre solo se rige en defecto de la ley escrita aplicable y siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que *resulte probada*.

En segundo término, conforme al principio de *Juris Novit Curia*, tanto los tribunales internacionales como los nacionales deben conocer el Derecho llamado a aplicar. De ahí que la práctica usual sea que la parte que invoca determinada regla de Derecho ilustre al tribunal no solo sobre su existencia y vigencia sino sobre la forma y modo que ha sido interpretada y aplicada con antelación. De ahí que la Corte en el caso de los Empréstitos brasileños señalara con esmero, a fin de mantenerse dentro del principio *Juris Novit Curia*, que podría verse obligada eventualmente, a procurarse el conocimiento del Derecho interno, lo que debe hacerse por medio de la *evidencia proporcionada por las partes* o por medio de *las investigaciones que la misma corte puede hacer o causar que se emprendan*.

7. ADOPCIÓN Y ACEPTACIÓN DE TRATADOS

Villagrán Kramer expone que es frecuente confundir la *adopción*, la *aprobación* y la *aceptación* de un texto convencional por lo que conviene precisar sus diferencias. En primer término, en el caso de los tratados bilaterales o entre un número reducido de partes los tratados no solo se negocian directamente entre las partes, sino que todos los Estados que expresan su conformidad con el texto negociado dejan constancia de ello en el acto de suscribirlos. En segundo término,

si el tratado es resultado de negociaciones en una conferencia internacional, los negociadores y plenipotenciarios expresan conformidad con el texto del tratado en el acto de su adopción por mayoría entre los Estados presentes y votantes o por consenso entre todas las delegaciones asistentes a la conferencia.

En consecuencia, el término *adopción* tiene relación con el texto del tratado y no significa, para los efectos de su obligatoriedad, que el tratado sea aprobado o aceptado por los Estados adoptantes y que mediante el acto de adopción hubieren manifestado consentimiento en obligarse por el tratado. En tal virtud, la adopción no es equivalente, ni sinónimo de aprobación, ni de aceptación. Para algunos la adopción significa que existe el tratado.

Por otra parte, el texto adoptado se considera autentico y definitivo al seguirse el procedimiento que en él se prescriba o que los Estados que hayan participado en su elaboración convengan. A falta de dicho procedimiento, la convención de Viena establece una regla cómoda de observar, cual es que, mediante la firma de tratado, la firma *ad referéndum* o la rúbrica puesta por los representantes de los Estados en el texto del tratado ha sido adoptado, sistema que se estableció en 1815 al suscribirse el acta de París en la que figuran los siete tratados negociados y firmados en esa oportunidad por las potencias europeas.

8. FORMAS DE MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN OBLIGARSE POR UN TRATADO INTERNACIONAL

Para concluir con el análisis de la teoría expuesta por Villagrán Kramer, en lo que a este trabajo interesa, el referido autor manifiesta que, de inmediato se puede esclarecer que el consentimiento de los Estados en obligarse por un tratado internacional no es tácito, ni implícito, sino que debe ser expreso. Y ello, porque existen diferentes formas para manifestar el consentimiento y porque en razón directa de la forma cómo manifiestan o expresan su consentimiento los Estados dejan constancia de su voluntad de vincularse con las otras partes y, por consiguiente, obligarse por el tratado.

Si bien la práctica de los estados ha variado con el correr del tiempo, la codificación que se operó en 1969 de las reglas consuetudinarias entonces existentes ha contribuido a resolver las dudas que surgen y, además, a que los Estados establezcan en sus sistemas internos, mecanismos tendientes a mejor cumplir las reglas sobre la materia.

Las siguientes son, pues las formas escritas que en la práctica se utilizan para expresar el consentimiento de los Estados para obligarse por un tratado internacional.

9. LAS FORMAS DE MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

- a) Mediante la firma del tratado: artículo 12 de la Convención de Viena;
- b) Mediante el canje de instrumentos que constituyen un tratado; o sea, el canje de notas: artículo 13 de la Convención de Viena;
- c) Mediante la ratificación, aceptación o aprobación de un tratado por los órganos que el ordenamiento interno establece: artículo 14 de la Convención de Viena;
- d) Mediante la adhesión de los Estados al tratado y cualquier otra forma que los Estados entre sí convengan: artículo 15 de la Convención de Viena;
- e) Mediante el canje o depósito de los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión: artículo 16 de la Convención de Viena;
- f) Mediante la aceptación de parte del tratado si lo permite el tratado o los demás Estados contratantes: artículo 17 de la Convención de Viena;
- g) Mediante la escogencia o selección de las opciones que consten en el texto de un tratado al indicarse claramente a cuáles disposiciones se refiere el consentimiento que se manifiesta o presta: artículo 17 numeral 2 de la Convención de Viena; y
- h) Mediante cualquier otra forma que se convenga en el tratado: artículo 11 de la Convención de Viena.

10. OTRAS FORMAS DE VINCULACIÓN Y DE OBLIGARSE LOS ESTADOS POR UN TRATADO INTERNACIONAL

De inmediato se advierte, expresa el autor, que se trata de formas no previstas en la Convención de Viena de 1969 por lo que se incursiona en un área no codificada en dicha convención.

Para muchos internacionalistas, entre ellos Hans Kelsen, existe la diferencia entre la *adhesión* a un tratado internacional y la *accesión*, la primera consiste en la disposición que se establece en un tratado por la que las partes consienten a que terceros Estados sean parte en un tratado por lo que, mediante la adhesión, los Estados hacen constar que en el ámbito internacional y, en particular, ante las otras partes contratantes, su consentimiento en obligarse por el trato. La *accesión*, por el contrario, es el acto por el que un Estado, sin que exista cláusula de adhesión, basado en que las partes en el tratado no lo objetan. Se incorpora como parte a un tratado y con ellos expresa el consentimiento requerido para obligarse por dicho tratado.

Una segunda variante consiste en que un Estado sin subscribir, firmar o adherir a un tratado, declara o por actos concluyentes hace saber que acepta o que se regirá por los compromisos establecidos en un tratado sin cumplir con los requisitos de la ratificación ni con el depósito de la ratificación establecidos en tratado. La pregunta que en esos casos surge es si lo previsto en el tratado obliga o no a dicho Estado.

El problema se planteó en 1969 ante la Corte Internacional de Justicia en los casos de la Plataforma del Mar del Norte entre Holanda y Dinamarca vrs. La República Federal de Alemania en relación con la forma o formas como debía delimitarse la plataforma continental en el Mar del Norte. A la razón, ya existía la Convención de Ginebra de 1958 sobre la Plataforma Continental, convención que Alemania Federal no había ratificado, pero que tanto Holanda como Dinamarca sostenían que le era aplicable “por haber asumido unilateralmente Alemania Federal las obligaciones” establecidas en dicha convención.

El argumento sobre la aplicabilidad de la convención a Alemania, debido a que había manifestado concordancia con reglas contenidas en dicha convención, descansó en la teoría de los *actos concluyentes*, según la cual un Estado puede resultar obligado por reglas contenidas en un tratado internacional cuando manifiesta –no por las formas previstas en el tratado– su aceptación a las reglas que contiene el tratado. A tales efectos, los *actos concluyentes* deben consistir en expresiones o manifestaciones de concordancia con las reglas contenidas en un tratado por lo que, aun cuando dicho tratado no fuera aceptado por escrito ni ratificado, esa práctica produce como efecto que el Estado queda obligado por la disposición que figura en el tratado que acepta o a la que en anterior oportunidad se acogió.

Ya con la antelación de la Corte Permanente de Justicia Internacional había expresado en su opinión constitutiva en el asunto del Tratamiento de Naciones Polacos en Dantzig del 10 de septiembre de 1929 que “las convenciones, salvo

algunas excepciones particulares, no devienen obligatorias sino en virtud de su ratificación.” Teniendo presente ese precedente, la Corte Internacional de Justicia se pronunció sobre el asunto planteado por Dinamarca y Holanda contra Alemania Federal en su sentencia del 20 de Febrero de 1969 en la siguiente forma: “En principio cuando varios estados (...) han concluido una convención en la que se especifica que la intención de estar vinculados por el régimen convencional debe manifestarse de una forma determinada, es decir, por el cumplimiento de ciertas formalidades escritas (ratificación, adhesión) no podría presumirse a la ligera que un Estado no haya cumplido esas formalidades, ya que en todo momento estaba en la medida y en el derecho de hacerlos, y no lo hizo de otra manera.”

En consecuencia, al haberse previsto en la Convención de Ginebra su ratificación, y al no haberla efectuado Alemania Federal, no se le pudo tener como parte de dicha convención y, por consiguiente, la convención no devino obligatoria para dicho país.

Desde luego, lo resuelto por la Corte no excluye que la aceptación de una regla o de reglas contenidas en un tratado, primero, por algunos Estados y, luego, por una mayoría de Estados, sin que se cumplan con las formas de manifestación del consentimiento establecidas en el propio tratado, que dicha regla o reglas se transformen por ello en reglas de Derecho Internacional general; tema que también abordó la Corte Internacional de Justicia y que luego fue objeto de codificación en la Convención de Viena de 1969 al consignarle en el art. 38 que el régimen aplicable a los tratados y terceros Estados no impide que una norma contenida en un tratado

“Ilegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de Derecho Internacional reconocida como tal.”

Hans Kelsen en su obra “El contrato y el tratado” se manifiesta de la forma siguiente: *“Con el término “contrato” se designa un estado de hecho del orden jurídico interno. Pero el mismo estado de hecho existe igualmente –bajo el nombre de “tratado”- en el derecho internacional. En ambos casos se plantean, en principio, los mismos problemas.”*¹¹¹

Como puede inferirse, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es susceptible de interpretaciones diversas y, en consecuencia, la determinación de su contenido no es pacífica. En última instancia, serían los órganos internacionales encargados de su interpretación y aplicación quienes decidirían cuál es su interpretación, la cual sería *auténtica* en el sentido kelseniano, si esta es de última instancia.

¹¹¹ Kelsen, Hans. EL CONTRATO Y EL TRATADO. Editorial Colofón, S.A. México. Segunda Edición. 2002. Pp. 1.

CAPÍTULO IV

DERECHO INTERNACIONAL Y SEGURIDAD DEMOCRÁTICA

1. EL DERECHO INTERNACIONAL COMO LÍMITE A LA SOBERANÍA Y A LA SEGURIDAD DEMOCRÁTICA

El neoconstitucionalismo es una de las corrientes ideológicas que se oponen a las características clásicas de la soberanía, pretendiendo que el concepto ha evolucionado y que ya no puede considerarse a la soberanía en su aspecto absoluto, sino parcial. A continuación, se examinarán las razones expuestas por el neoconstitucionalismo en favor de la relativización y parcialidad de la idea de soberanía.

Según el neoconstitucionalismo, “la soberanía constituye uno de los conceptos más complejos de la teoría del Estado y la Constitución, dado que en su contenido se mezclan aspectos morales, legales y políticos. Por ello, la idea de soberanía se manifiesta de formas muy diversas: como aspiración, como ideología, como mito, incluso como una pura ficción”¹¹².

¹¹² Jauregui, Gurutz. ESTADO, SOBERANÍA Y CONSTITUCIÓN: ALGUNOS RETOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ANTE EL SIGLO XXI. En: Revista de Derecho Político. No. 44. España. 1998. Pp. 47.

Sea cual fuere su naturaleza real, lo cierto es que, desde el punto de vista formal, la concepción clásica de la soberanía se ha definido por tres grandes características: a) poder supremo, por encima de cualquier otro poder (religioso, económico, etcétera); b) poder originario no derivado de ningún otro, en la medida en que le ha sido otorgado por el pueblo, y c) poder independiente de cualquier otro.

A partir de esos parámetros, la soberanía ha actuado como un factor de identidad fundamental del orden político clásico basado en la división del mundo en Estados nacionales independientes.

2. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE ELEMENTOS EXTRACONSTITUCIONALES E INTERNACIONALES Y LA LIMITACIÓN DE LA SEGURIDAD DEMOCRÁTICA

Según el neoconstitucionalismo, es evidente que el proceso de transnacionalización ha abierto profundas brechas en esa concepción formal clásica de la soberanía, entendida como poder supremo, originario e independiente. Entre tales brechas cabe destacar la existente entre el ámbito formal (estatal-nacional) de la autoridad política y el sistema económico de producción, distribución y cambio estructurado a niveles no solo acepta estatales, sino también globales y regionales. O también la brecha entre la idea del Estado como actor independiente y el cada vez más amplio arraigo de organizaciones e instituciones internacionales o, en su caso, transnacionales.

Asimismo, resalta el neoconstitucionalismo la existencia de una brecha abierta entre la pertenencia a una comunidad política nacional manifestada en una ciudadanía, una titularidad de derechos, etcétera., y el desarrollo de un derecho internacional, transnacional, por un lado, y un derecho regional, por el otro.

Tales órdenes jurídicos se aplican a sujetos individuales, organizaciones no gubernamentales y gobiernos e, incluso, a un número cada vez más amplio de organizaciones intergubernamentales especializadas en materias muy concretas (servicios postales, transportes, ferrocarriles, tráfico aéreo o marítimo, radiodifusión, etcétera) dando así lugar a nuevos sistemas de regulación.

A la vista de estos datos, según el neoconstitucionalismo, resulta difícilmente sostenible la defensa del principio de la soberanía; al menos, en el sentido en que se ha entendido hasta ahora. En un mundo tan multilateralizado, ¿es posible mantener la idea de que los únicos depositarios de la autoridad soberana son los Estados?, ¿puede seguir hablándose todavía de soberanías indivisibles?, ¿a qué otras instituciones hay que otorgarles, además o en lugar del Estado, el depósito de la soberanía?, ¿qué tipo de soberanía a unos y otros? Llegando más allá, ¿tiene sentido en el mundo actual mantener el propio concepto de soberanía? Son preguntas muy complejas a las que no es posible dar respuesta pacífica, ni tan siquiera de manera especulativa.

En el sentido indicado, la seguridad democrática estaría también relativizada por el derecho internacional y el transnacionalismo o globalización, en el sentido de que si la soberanía radica en el pueblo y este la manifiesta y delega por medio de ejercicios democráticos, tal seguridad no sería tal, pues estaría limitada o cercenada, por fuerzas internacionales que le imponen no solo límites, sino condiciones para lo que puede y debe realizar.

Como recuerda F. Rubio Llorente, “la noción de soberanía no es un concepto sociológico, sino una categoría normativa”¹¹³. Es cierto que la soberanía hace referencia, en palabras de Kelsen, a la “cualidad de un orden normativo”¹¹⁴, pero no lo es menos que los cambios en la estructura del poder condicionan y limitan, y van a hacerlo mucho más en el futuro, tanto el contenido como la propia naturaleza de la soberanía.

Este condicionamiento y limitación afecta, además, al doble ámbito en el que se expresa o manifiesta tal principio: el del poder constituido y el del propio Poder constituyente, provenientes de la voluntad popular por medio de uno o varios ejercicios directos o semidirectos, de democracia.

¹¹³ Rubio Llorente, Francisco. EL CONSTITUCIONALISMO DE LOS ESTADOS INTEGRADOS DE EUROPA. Revista Española de Derecho Constitucional. No. 48. España. 1996. Pp. 19.

¹¹⁴ Kelsen, Hans. PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Editorial El Ateneo. Buenos Aires. 1965. Pp. 376.

3. EL TRATADO CONSTITUTIVO DE LA UNIÓN EUROPEA COMO MODELO DE RELATIVIZACIÓN DE LA SOBERANÍA Y DE LA SEGURIDAD DEMOCRÁTICA

Por ejemplo, “la progresiva integración europea no solo acepta produce desplazamiento en el ordenamiento constitucional, sino que, en la medida en que se da una renuncia estatal a su exclusividad soberana, la Constitución pierde una parte de su entidad original”¹¹⁵. En este caso, solo puede hablarse de una seguridad democrática relativa, limitada por fuerzas extraconstitucionales e internacionales.

Con relación a la naturaleza de tales cambios con relación al poder constituido, son varias las importantes consecuencias derivadas del proceso de internacionalización, y particularmente en el caso de Europa, de *europaización*, en el ámbito del poder de los Estados. Son numerosas y muy importantes las materias ya transferidas por parte de los Estados en favor de la Unión Europea.

La sola transferencia de tales materias ha provocado ya una alteración y limitación importante del poder soberano de los Estados, los cuales, en gráfica expresión de Javier Pérez Royo, “han pasado de mantener una soberanía limitable a ejercer una soberanía realmente limitada”¹¹⁶.

¹¹⁵ Hesse, Konrad. CONSTITUCIÓN Y DERECHO. En: MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Marcial Pons. Argentina. 1996. Pp. 14.

¹¹⁶ Pérez Royo, Javier. LAS FUENTES DE DERECHO. Editorial Tecnos. Madrid. 1988. Pp. 148.

El contenido de los Tratados constitutivos europeos permite comprobar que las materias transferidas hasta el momento constituyen tan solo una parte de los asuntos susceptibles de ser asumidos por la Unión Europea en un futuro próximo.

Así, en opinión de Jauregui: “la Unión Europea puede asumir numerosas competencias en materias tan importantes como, por ejemplo, enseñanza (artículo 126 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea), cultura (artículo 128 del Tratado Constitutivo de la comunidad Económica Europea), política sanitaria (artículo 129 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea), política social, política industrial, etcétera”¹¹⁷.

Sin embargo, el proceso de internacionalización no solo está incidiendo en la distribución material de las diversas esferas de poder, sino que también ha comenzado a afectar, y de forma sustancial, al ámbito de los derechos y libertades.

La doble condición que juegan los tratados internacionales de derechos humanos, de instrumento de interpretación y garantía de los derechos fundamentales, convierte a estos y a otros preceptos similares de las diversas constituciones en un elemento de integración de primera magnitud en orden a la consecución de un espacio común de derechos y libertades.

¹¹⁷ Jauregui, Gurutz. Op Cit. Pp. 52.

En segundo lugar, se encuentra la importante labor integradora de ciertos órganos creados al amparo de tratados suscritos en las diversas regiones de protección. Entre tales órganos cabe mencionar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete de la Convención Americana, que ha permitido que su abundante y rica jurisprudencia sea frecuentemente invocada y utilizada de hecho en el ámbito interno por los tribunales locales, incluyendo los Tribunales Constitucionales.

Asimismo, conviene mencionar, en el ámbito específico de la Unión Europea, el creciente protagonismo adquirido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea no ya en las materias estrictamente comunitarias, sino, en la progresiva protección de los derechos fundamentales. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea viene manteniendo, sobre todo, a partir de la sentencia *Stauder/ulm* (12 de noviembre de 1969), la tesis de que los derechos fundamentales, patrimonio jurídico de todos los Estados miembros, forman parte del ordenamiento jurídico comunitario como principios generales que deben respetarse.

4. LA HOMOGENIZACIÓN DE LA VOLUNTAD INTERNACIONAL PROVOCADA POR EL DERECHO INTERNACIONAL

“Este conjunto de antecedentes no hace sino confirmar la idea de una progresiva uniformización del valor de los derechos fundamentales en todo el ámbito

jurídico de las Américas y de la Europa comunitaria, tanto en el nivel de las instituciones como de los propios Estados”¹¹⁸.

La realidad está exigiendo ya una aplicación en muchas regiones, de ciertos derechos, tales como inmigración, asilo, libre circulación, etcétera. Vemos, a modo de ejemplo, el problema causado por las grandes migraciones que aqueja a varios países en este momento.

Los derechos fundamentales afectados por ese fenómeno (libre circulación, asilo, ciudadanía, etcétera) solo pueden ser satisfechos mediante una acción política y mediante una normativa jurídica, de carácter internacional o comunitario. En opinión de las corrientes neoconstitucionalistas, resulta materialmente imposible el mantenimiento de una autonomía constitucional por parte de los Estados en este tipo de asuntos.

Esa progresiva regulación de los derechos fundamentales por parte de los sistemas internacionales de protección y otras organizaciones internacionales viene determinada no solo por la necesidad de universalizar esos derechos, sino también por la exigencia de otorgarles un contenido radicalmente distinto del hasta ahora vigente. Basta con lanzar una mirada a un derecho, y al mismo tiempo un concepto, tan fundamental para el Derecho clásico, como es el de *la ciudadanía*, para cerciorarse de ello.

¹¹⁸ *Ibíd.* Pp. 62.

Tradicionalmente, los conceptos de ciudadanía y nacionalidad han ido estrechamente unidos en el marco de los Estados nacionales. En el Derecho clásico, la condición de ciudadano de un Estado ha venido directamente ligada a la posesión de su nacionalidad.

En el actual mundo de la complejidad, según el neoconstitucionalismo, ya no es posible mantener esta ligazón, salvo que quiera mantenerse lo que Ferrajoli calificaba como “la mayor antinomia que aflige a los derechos fundamentales, a saber, la dicotomía entre derechos humanos y derechos fundamentales a partir de la categoría de ciudadanía”¹¹⁹.

El mantenimiento del concepto clásico de ciudadanía bien en el nivel de cada Estado o bien en el nivel europeo, supone, como bien señala E. Balibar, “la necesidad de *formular una regla de exclusión* que esté fundada por derecho y por principio”¹²⁰.

Por ello resulta imprescindible establecer un concepto de ciudadanía totalmente diferente y nuevo, un concepto que permita compatibilizar la titularidad y el ejercicio simultáneo de varias y diversas ciudadanías por parte de una misma persona. Pero, para que ello suceda, va a resultar necesario modificar de forma

¹¹⁹ Ferrajoli, Luigi. DERECHO Y RAZÓN: TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL. Editorial Trotta. España. 2011. Pp. 950.

¹²⁰ Balibar, Etienne. ¿ES POSIBLE UNA CIUDADANÍA EUROPEA?. En: Revista de Filosofía Política. N.º 4. Madrid. 1994. Pp. 27.

profunda muchos de los esquemas constitucionales clásicos e, incluso, la noción misma de orden constitucional.

5. LA GLOBALIZACIÓN COMO LÍMITE A LA SEGURIDAD DEMOCRÁTICA

La era de la globalización mundial está provocando no solo el fenómeno de la transnacionalización económica, política, etcétera, sino también el de la propia transnacionalización humana a través de los flujos migratorios. En tal sentido, la idea de los Estados contemporáneos asentados en sociedades perfectamente homogéneas se ha convertido en una mera ficción.

Las sociedades actuales constituyen, de hecho, un complejo abigarrado humano donde pugnan por convivir razas, religiones, lenguas, culturas, costumbres y tradiciones jurídicas extraordinariamente variadas.

Estos cambios no solo están afectando al ámbito político-institucional, sino a todos los ámbitos: social, cultural, familiar, etcétera, de la vida del ser humano considerado tanto individual como colectivamente. De esta forma, los ciudadanos se encuentran ante una profunda crisis de modelo estatal, tal como ha sido concebido hasta ahora. Junto a los conceptos de etnia, nacionalidad, ciudadanía, etcétera, cada vez nos resultan más comunes conceptos y realidades nuevas tales como integración, asimilación, sincretismo, pluralismo, intercambio cultural, aculturación, etcétera.

“Dada la estrecha conexión existente entre los conceptos de ciudadanía y nacionalidad, la existencia de cualquier identidad cultural diferente ha supuesto siempre un obstáculo, un cuerpo extraño, en el Estado nacional. Sin embargo, a partir de ahora, la diversidad de identidades culturales va a convertirse en una condición indispensable para el desarrollo e institucionalización de la integración en distintos sentidos, que hace a los Estados enfrentar un espacio económico, político y cultural nuevo y cada vez más vasto. Mantener y reforzar las identidades preexistentes ya no va a ser un obstáculo, sino una condición para la aceptación del nuevo espacio político”¹²¹.

Vistas algunas de las consecuencias de la integración económica, cultural, religiosa, etc., sobre la capacidad de actuación del Estado con relación al Poder constituido, conviene preguntarse ahora sobre los posibles efectos de tal integración sobre el propio Poder Constituyente.

El actual proceso de integración en diversas regiones del mundo no ha logrado anular, todavía, la validez de la Constitución como norma creadora o constituyente del Estado. Es de todos sabido que la legitimidad de los tratados internacionales emana o se deriva de las Constituciones de los Estados miembros. Por lo tanto, “mientras no se dé una Constitución regional o comunitaria, la soberanía seguirá radicando en las Constituciones de los diversos Estados”¹²².

¹²¹ Habermas, Jürgen. MÁS ALLÁ DEL ESTADO NACIONAL. Editorial Trotta. Madrid. 1997. Pp. 180.

¹²² Balibar, Etienne. Op Cit. Pp. 28.

Sin embargo, la Unión Europea está configurándose de forma cada vez más decisiva como una unidad efectiva desde el punto de vista político y económico, aunque no esté regida por una Constitución común. Quiérase o no, la Unión Europea comienza a verse desde fuera como una unidad con la que se cuenta, y a la que se llama a concurrir en los escenarios políticos mundiales. “De esta forma acrecienta su competencia no ya por la autorización de los Estados miembros, sino por razón de una situación política que le obliga a ejercerla”¹²³.

Por eso, la relación entre orden constitucional e integración deviene de la cuestión decisiva de la situación constitucional en los próximos años. El Estado no puede llevar a cabo, por más tiempo, con plena autonomía, algunas de las funciones clásicas que a él se le asignaban. Ello trae como consecuencia la necesidad de dejar de actuar como una entidad independiente, autoconstituida, para integrarse en una colectividad más amplia, bajo una Constitución común, que comprenda a varios Estados; ello, sin embargo, importa la imposición de contenidos constitucionales y políticos por parte de los Estados más fuertes o con más influencia en el ámbito internacional hacia los Estados más débiles y menos influyentes, lo que necesariamente incide en la limitación a su soberanía y a su seguridad democrática, parcializando sus competencias democráticas.

¹²³ Von Simon, W. & SchwarzE, J. INTEGRACIÓN EUROPEA Y LEY FUNDAMENTAL. En: MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Marcial Pons. Argentina. 1996. p. 20.

Basta analizar las últimas modificaciones constitucionales operadas en algunos de los Estados miembros de la Unión Europea para comprobar la progresiva integración constitucional de los mismos en el seno de la Unión.

F. Rubio Llorente manifiesta al respecto: “el proceso de integración se apoyó inicialmente en cláusulas genéricas que habilitaban a los Estados para concertar limitaciones de soberanía. Esta técnica de habilitación genérica comienza a ser abandonada para ser sustituida por otras que articulan de manera distinta y más fuerte la vinculación del respectivo Estado con la Comunidad, las cuales estén provocando una *nacionalización* del Derecho comunitario. Es cierto que esta intensificación del proceso de integración se debate entre dos lógicas distintas: la lógica de la integración, que supondría la prevalencia del Derecho europeo sobre los derechos nacionales, y la lógica de la soberanía que fundamentaría en cada Constitución nacional el poder de los órganos y la validez del Derecho”¹²⁴.

6. INTEGRACIÓN CONTRA SOBERANÍA Y SEGURIDAD DEMOCRÁTICA

Todo parece apuntar, manifiestan los neoconstitucionalistas, salvo acontecimientos imprevisibles, a una prevalencia de la lógica de la integración sobre la lógica de la soberanía, y ello por varias razones.

¹²⁴ Rubio Llorente, Francisco. Op Cit. Pp. 21.

La primera razón la constituye el manifiesto desequilibrio existente entre el grado de transnacionalización económico-social, e incluso política, y la permanencia de una vieja estructura jurídico-institucional. Tal como ha señalado Habermas: “en el momento actual existe un riesgo real de capitulación del Estado de Derecho ante la complejidad social”¹²⁵.

Los Estados y las instituciones internacionales cada vez van a tener más problemas para mantener su legitimidad, si no son capaces de mantener una cierta autonomía respecto a las fuerzas surgidas o, en su caso, protagonistas de la globalización, a la hora de atender a los que vienen planteándose. En la conciencia de los ciudadanos europeos, cada vez viene arraigando con más fuerza la idea o el sentimiento de que Tratados como el de Maastricht, o más recientemente el de Ámsterdam, constituyen más un acto de despotismo ilustrado que una decisión democrática.

Por ello, y al menos en lo que a la Unión Europea se refiere, tanto los cambios ya realizados como los que vayan a producirse en un futuro inmediato van a hacer imprescindible, en no poco tiempo, la necesidad de una Constitución europea común.

¹²⁵ Habermas, Jürgen. Op Cit. Pp. 146.

Una segunda razón viene determinada por el progresivo desequilibrio manifestado entre las atribuciones formales otorgadas a los Estados por sus respectivas Constituciones y la cada vez mayor limitación de sus competencias reales por parte de las organizaciones supraestatales y, particularmente en regiones en las que la integración tiene un alto grado de desarrollo, como la Unión Europea.

“La superación de este desequilibrio implica la necesidad de construir un mito-sentimiento europeo junto al mito-sentimiento constitucional de los Estados. La Unión Europea aparece hasta el momento como una formación racional, que no está por ahora en condiciones de apelar a un consenso de sentimientos que excluya la controversia”¹²⁶.

Sin embargo, la sedimentación de ese sentimiento europeo va a resultar totalmente imprescindible en el futuro. La que mantiene unido un Estado abarca no solo el proyecto común, lo conscientemente decidido, tal como lo encontramos en una Constitución, sino la existencia de certezas indefinidas, del espíritu, que traen causa de la historia común y de la experiencia interior. Pues bien, de la misma forma en que cabe hablar de un mito del Estado, de un sentimiento constitucional, lo mismo cabe decir de la necesidad de un mito o un sentimiento europeo.

¹²⁶ Von Simon, W. & SchwarzE, J. Op Cit. Pp. 25.

Un sentimiento europeo que se forjará necesariamente en la diversidad social, cultural, lingüística, etcétera, dado que la identidad no puede tener el mismo estatus en una sociedad estatal-nacional cerrada que en una sociedad europea abierta.

En la presente investigación se han analizado dos concepciones de la soberanía, la del *Estado nacional soberano* y la del *neoconstitucionalismo*. La primera afirma las características clásicas de la soberanía, la segunda las contradice. ¿Cuál de las dos tiene razón?

En principio, y por una razón meramente lógica, no cabe hablar de *soberanía relativa*, pues no es posible que la soberanía sea tal para algunos actos y no lo sea para otros. Es decir, no es posible que un Estado sea soberano hoy, mañana no lo sea y pasado mañana lo vuelva a ser. Además, no existen hoy, Estados no soberanos.

Por otro lado, la soberanía es una *conditio sine qua non* para la existencia del derecho internacional, sin soberanía no puede haber ni derecho internacional ni derecho comunitario, porque para constituir cualquier instrumento normativo, sea internacional o comunitario, los Estados deben actuar en ejercicio de su soberanía, lo que da por tierra con la pretensión neoconstitucionalista de relativizar la soberanía.

Y, por último, resulta paradójico que la denominada *Constitución Europea*, (que no es tal, porque su naturaleza jurídica es la de un Tratado), haya sido rechazada vía *referéndum* por los dos Estados en cuyo seno se inventó el constitucionalismo: Francia e Inglaterra, cuyos ciudadanos dijeron rotundamente “no” a una Constitución que atentaba contra su soberanía.

Hay ejemplos claros de la amenaza que significa en algunos casos el Derecho Internacional para la soberanía y la seguridad democrática de algunos Estados, por ejemplo, Inglaterra se ha desligado ya completamente de los convenios económicos que los que se adhirió con fundamento en el Tratado de Maastricht, por no convenir a sus intereses económicos y Rusia se ha desligado del Tratado de Roma de 1998 que creó la Corte Penal Internacional precisamente porque manifestó que atenta contra su soberanía.

CONCLUSIÓN

El derecho internacional y el llamado derecho comunitario han pretendido expandir sus dominios, sobre todo en los países calificados por Fukuyama como *Estados débiles*, en los que la organización política, social y jurídica, adolece de instituciones ineficientes, inoperantes y corruptas que provocan serias dificultades y daños a sus ciudadanos. Los Estados de Latinoamérica, según este parecer, se ubican en tal categoría.

No obstante, el discurso humanista y paternalista-globalizador que emplean las instituciones burocráticas internacionales para promover los tratados de su competencia e imponerlos a los *Estados débiles*, los efectos para sus democracias y su soberanía no han sido como se ofrecen en la propaganda de la burocracia internacional, habiendo provocado algunos efectos negativos como los siguientes:

- a) La distorsión del principio democrático, promoviendo el desequilibrio político y la enervación de los procesos representativos hacia la toma autoritaria de decisiones en sede gubernamental o jurisdiccional, cuando no desde el ámbito privado;
- b) La demeritación del Estado de Derecho, caracterizado por la firmeza del derecho público, hacia la flexibilización jurídico-privada de procesos y relaciones, con la consiguiente alteración de las relaciones entre derecho público y privado;

- c) La desviación del Estado hacia nuevos ámbitos territoriales de relaciones políticas en los que Tratados de cuestionable legitimidad constitucional permiten fijar las nuevas relaciones de poder y;
- d) El desvanecimiento de la fuerza normativa de la Constitución, cuyo contenido se vuelve ambiguo frente al contenido de Tratados que no tienen como fuente al poder originario y la creciente insuficiencia de las leyes estatales para ordenar la realidad.

El respeto y la garantía de la seguridad democrática en Guatemala y en Centroamérica, tiene por finalidad el resguardo del respeto a la soberanía y a la democracia, así se consigna por ejemplo en el artículo 2.1 de la Carta de las Naciones Unidas, el cual establece que dicha Organización está basada en el *principio de la igualdad soberana* de todos sus miembros; y el artículo 1 de la Carta de la Organización de Estados Americanos el cual establece que los Estados Americanos consagran en dicha carta, entre otros aspectos, *defender su soberanía*, su integridad territorial y su independencia

Así las cosas, se ha visto como, especialmente en Guatemala, algunos instrumentos del Derecho Internacional han venido desgastando no solo la fuerza normativa de la Constitución, sino que han invadido el ámbito de la soberanía, invadiendo esferas de actuación no solo de Derecho público sino también de Derecho privado, anulando de hecho normas y procedimientos que antes se consideraban exclusivos del Derecho nacional.

Ello ha tenido como consecuencia, no solo un constitucionalismo ambiguo, sino el soslayo del principio de que la soberanía radica en el pueblo y de que todo poder público viene del pueblo, pues argumentando la representatividad delegada en la competencia de los funcionarios públicos, muchos tratados de dudosa legitimidad jurídica y política, no solo han sido suscritos y ratificados sino impuestos por la fuerza de las resoluciones jurídicas en demérito de la Constitución y de la consiguiente soberanía popular.

La seguridad democrática se entiende como aquellas garantías que protegen las instituciones que la democracia representativa, a base de las luchas políticas de la sociedad, ha logrado instaurar y reconocer como instituciones con suficiente legitimidad política y jurídica como para que las normas que las desarrollan sean consideradas no solo supremas, sino que generen eficacia normativa. En ese sentido cabe aclarar, que tales instituciones no se encuentran reguladas en la Constitución o en las leyes constitucionales gracias a la magnanimidad o a la buena voluntad de los funcionarios estatales sino a las luchas políticas de los ciudadanos, realizadas especialmente en periodos de crisis constitucional en los que las garantías de los derechos fundamentales se encontraban ausentes.

La idea de que la soberanía radica en el pueblo es reflejo del concepto de la *soberanía interna*, la cual se entiende como aquella potestad que tienen los ciudadanos de un Estado para darse sus propias leyes y hacer que se ejecuten y se cumplan. Ese concepto, en la época contemporánea y sobre todo en los Estados

débiles, ha sido en muchas ocasiones, utilizada únicamente como bandera ideológica, sin poseer un correlato objetivo en la realidad.

Muchos detractores del concepto de soberanía la califican de parcial e incompleta, pero esa crítica resulta contradictoria a sus elementos esenciales, pues la soberanía es indivisible, indelegable e irrenunciable, y es en esencia, el último valladar que poseen los ciudadanos para exigir el respeto de la Constitución y de sus instituciones democráticas.

Respecto de las hipótesis formuladas en el diseño de investigación, puede afirmarse que se ha verificado su verosimilitud en virtud de los resultados obtenidos durante el desarrollo de la investigación y sus conclusiones.

BIBLIOGRAFÍA

1. Aguilar Navarro, M. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Tomo II. Volumen I. Editorial Reus. Madrid. 1972.
2. Arregú, Martín & Courtis, Cristian. LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS POR LOS TRIBUNALES LOCALES. Buenos Aires. Editores del Puerto. 2004.
3. Balibar, Etienne. ¿ES POSIBLE UNA CIUDADANÍA EUROPEA? En: Revista de Filosofía Política. N.º 4. Madrid. 1994.
4. Bárcena Coqui, Martha. LA RECONCEPTUALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD: EL DEBATE CONTEMPORÁNEO. Revista Mexicana de Política Exterior # 59. SER. Instituto Matías Romero. México. 2000.
5. Brenes, Arnoldo. AMENAZAS A LA SEGURIDAD EN CENTROAMÉRICA: ¿SE JUSTIFICAN LAS RESPUESTAS MILITARES? EN DIÁLOGO CENTROAMERICANO. Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humanos. Costa Rica. 2000.
6. Cançado Trindade, Antonio. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SIGLO XXI. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 2001.
7. Carbajal, Juan, A. TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN. Editorial Porrúa. México. 2006.
8. Carpizo, Jorge. ESTUDIOS CONSTITUCIONALES. Editorial Porrúa. México. 2012.

9. Carpizo, Jorge. LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917. UNAM. MÉXICO. 1980.
10. Carpizo, Jorge. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. México. 1969.
11. Carrillo Salcedo, Juan Antonio. SOBERANÍA DEL ESTADO Y DERECHO INTERNACIONAL. Editorial Tecnos. Madrid. 1969.
12. Carrillo Salcedo. J. A. SOBERANÍA DEL ESTADO Y DERECHO INTERNACIONAL. Editorial Tecnos. Madrid. 1976.
13. Colombo Campbell, Juan. FUNCIONES DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. Revista Ius et Praxis. Volumen 8. No. 2. México. 2002.
14. Comblin, José. DOCTRINA DE SEGURIDAD NACIONAL; Editorial Nueva Década. Costa Rica. 1988.
15. Cossío Díaz, José R. JERARQUÍA, DIVISIÓN COMPETENCIAL EN RELACIÓN CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL DERECHO MEXICANO. Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Número 8. México. 2008.
16. Curzio Leonardo. LA SEGURIDAD NACIONAL EN MÉXICO: BALANCE Y PERSPECTIVAS. En: SEGURIDAD NACIONAL. Revista de Administración Pública. Instituto Nacional de Administración Pública, A.C. No. 98. México, 1998.
17. De la Cueva, Mario. LA IDEA DE LA SOBERANÍA. En: ESTUDIOS SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE APATZIGÁN. UNAM. México.

18. De la Cueva, Mario. TEORÍA GENERAL DEL ESTADO. Edición mimeográfica de sus apuntes de clase. Tomo II. México. 1961.
19. Díez de Velasco, M. INSTITUCIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Editorial Bosch, S.A. Madrid. 1978.
20. Dromi, Roberto. DERECHO ADMINISTRATIVO. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1996.
21. Fernández Illanez, Samuel. EL PROCESO DE INTEGRACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA: CONCORDANCIAS Y DIVERGENCIAS CON LOS DE AMÉRICA LATINA. Editorial Porrúa. México. 2011.
22. Fernández Tabío, René & González Morales, Lázaro. EL INTERÉS Y LA SEGURIDAD NACIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS. SUS RETOS EN LA POSGUERRA FRÍA. UNAM. México. 1998.
23. Ferrajoli, Luigi. DERECHO Y RAZÓN: TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL. Editorial Trotta. España. 2011
24. Ferrajoli, Luigi. DERECHOS Y GARANTÍAS. LA LEY DEL MÁS DÉBIL. Editorial Trotta. Madrid. 2004.
25. Flores Olea, Víctor. ENSAYO SOBRE LA SOBERANÍA DEL ESTADO. UNAM. México. 1969.
26. Gudiño Pelayo, José de J. LO CONFUSO DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIÓN. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Número 3. México. 2005.
27. Habermas, Jürgen. MÁS ALLÁ DEL ESTADO NACIONAL. Editorial Trotta. Madrid. 1997.
28. Heller, Herman. LA SOBERANÍA. UNAM. México. 1965.

29. Herrero Rubio, A. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Editorial Aranzadi, S. A. Madrid. 1986.
30. Hesse, Konrad. CONSTITUCIÓN Y DERECHO. En: MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Marcial Pons. Argentina. 1996.
31. Jauregui, Gurutz. ESTADO, SOBERANÍA Y CONSTITUCIÓN: ALGUNOS RETOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ANTE EL SIGLO XXI. En: Revista de Derecho Político. No. 44. España. 1998.
32. Jiménez de Arechaga, E. EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO. Editorial Tecnos. Madrid. 1980.
33. Juste Ruiz, J. ¿DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO? Revista de Derecho Público. No. 36. Universidad de Valencia. 1991.
34. Kaplan, Morton A. & Katzenbach, Nicolás. FUNDAMENTOS POLÍTICOS DEL DERECHO INTERNACIONAL. Editorial Limusa-Wiley. México. 1965.
35. Kelsen, Hans. EL CONTRATO Y EL TRATADO. Editorial Colofón, S.A. México. Segunda Edición. 2002.
36. Kelsen, Hans. EL PROBLEMA DE LA SOBERANÍA Y LA TEORÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1978.
37. Kelsen, Hans. PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Editorial El Ateneo. Buenos Aires. 1965.
38. Kelsen, Hans. TEORÍA PURA DEL DERECHO. Edición de 1960. Editorial Porrúa. México. 2013.
39. Laski, Harold J. EL PROBLEMA DE LA SOBERANÍA. Editorial Dévalo. Buenos Aires. 1960.

40. Luna, A. FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL. Editorial Tirant lo Blanch. Madrid. 1991.
41. Luttecke Barrientos, Javier. LA SEGURIDAD INTERNACIONAL Y SU EVOLUCIÓN. Revista de Marina. Chile. 2020.
42. Mariño, Fernando. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Madrid. Editorial Trotta. 2001.
43. Márquez, Ricardo. ESFERAS DE SEGURIDAD Y LINDEROS DEL CORAZÓN DE LAS TINIEBLAS. En: SEGURIDAD NACIONAL. Revista de Administración Pública. Instituto Nacional de Administración Pública, A.C. No. 98. México, 1998.
44. Miaja de la Muela, A. INTRODUCCIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Editorial Tecnos. Madrid. 1979.
45. Miaja de la Muela, A. LAS NEGOCIACIONES DIPLOMÁTICAS PREVIAS A LAS RECLAMACIONES ANTE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES. Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Volumen II. Universidad Complutense. 1963.
46. Mongayo, Guillermo. REFORMA CONSTITUCIONAL, DERECHOS HUMANOS Y JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA. En: Arregú, Martín & Courtis, Cristian. LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS POR LOS TRIBUNALES LOCALES. Buenos Aires. Editores del Puerto. 2004.
47. Nash, Claudio. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LA DOGMÁTICA A LA IMPLEMENTACIÓN. Editorial Porrúa. México. 2013.

48. Nash, Claudio. LA CONCEPCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LATINOAMÉRICA. México. Editorial Fontamara. 2010.
49. Pacheco, Guillermo & Preti, Humberto. CONCEPTO Y AGENDA DE SEGURIDAD. FLACSO. Guatemala. 2001.
50. Palomino Manchego, José F. CONSTITUCIÓN, TEORÍA CONSTITUCIONAL Y TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol. Madrid. 2007
51. Pastor Ridruejo, José A. CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES. Editorial Tecnos. Madrid. 2012.
52. Pecourt García P. LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS ANTE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES. Editorial Ariel. Barcelona. 1962.
53. Pérez Royo, Javier. LAS FUENTES DE DERECHO. Editorial Tecnos. Madrid. 1988.
54. Renán, Ernest. Citado por: Carpizo, Jorge. LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917. UNAM. México. 1980.
55. Rosada-Granada, Héctor. APROXIMACIONES A UNA POLÍTICA DE SEGURIDAD CIUDADANA. POLSEC. Guatemala. 2004.
56. Rousseau, Jean Jacques. EL CONTRATO SOCIAL. Editorial Aguilar. Buenos Aires. 1965.
57. Rubio Llorente, Francisco. EL CONSTITUCIONALISMO DE LOS ESTADOS INTEGRADOS DE EUROPA. Revista Española de Derecho Constitucional. No. 48. España. 1996.

58. Scelle, G. CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Editorial Aranzadi, S. A. Madrid. 1988.
59. Schwarzenberger, Georg. MANUAL DE DERECHO INTERNACIONAL. Citado por: Sepúlveda, César. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Editorial Porrúa. México. 1964.
60. Sepúlveda, César. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Editorial Porrúa. México. 1964.
61. Sorensen, Max. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Editorial Fondo de Cultura Económica. México. 1994.
62. Sorensen, Max. MANUAL DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Fondo de Cultura Económica. México. 1994.
63. Storini, Claudia. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Universidad Andina Simón Bolívar. Ecuador. 2009.
64. Suárez Camacho, Humberto & Palomino Manchego, José. EL SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN MÉXICO. Editorial Porrúa. México. 2007.
65. Tena Ramírez, Felipe. DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO. Editorial Porrúa. México. 1980.
66. Tourent, Deni. Citado por: Gómez-Robledo. Alonso. SIGNIFICACIÓN JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE LA SOBERANÍA PERMANENTE SOBRE LOS RECURSOS NATURALES. En: LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS SOBRE SUS RECURSOS NATURALES. UNAM. México. 1980.

67. Triepel, Carl Heinrich. DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO. Editorial Bosch. Barcelona. 1978.
68. Uribe Arzate, Enrique. PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. EXÉGESIS Y PROLEGÓMENOS. Editorial Porrúa. México. 2010.
69. Villagrán Kramer, Francisco. DERECHO DE LOS TRATADOS. F&G Editores. Guatemala. 2003.
70. Von Simon, W. & Schwarze, J. INTEGRACIÓN EUROPEA Y LEY FUNDAMENTAL. En: MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Marcial Pons. Argentina. 1996.