

La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno . . .	85
Markus KOTZUR	
I. Introducción . . . . .	85
II. El concepto de soberanía: su dimensión histórica . . . . .	88
III. El concepto de soberanía: la dimensión constitucional . . . . .	96
1. La soberanía popular . . . . .	96
2. Soberanía y nación . . . . .	101
IV. El concepto de soberanía: la perspectiva del derecho internacional . . . . .	105
1. La “soberanía parcial” de la comunidad internacional en materia de protección de los derechos humanos	105
2. La idea del contrato social mundial	107
V. El concepto de soberanía: la conjunción de las perspectivas del derecho constitucional y el derecho internacional . . . . .	111

1. La soberanía al servicio del ser humano . . . . .	111
2. Interrelaciones cooperativas de la soberanía . . . . .	114
VI. Perspectivas y conclusión . . . . .	121

LA SOBERANÍA HOY.  
PALABRAS CLAVE PARA UN DIÁLOGO  
EUROPEO-LATINOAMERICANO  
SOBRE UN ATRIBUTO DEL ESTADO  
CONSTITUCIONAL MODERNO

Markus KOTZUR

I. INTRODUCCIÓN

En la era de la globalización, el derecho y la realidad de la comunidad internacional actúan en todos los ámbitos del poder estatal nacional.<sup>1</sup> Esto es tan válido para Europa como para el mundo de los Estados latinoamericanos y ofrece un motivo importante para un diálogo entre ambas culturas jurídicas en materia de “soberanía”. En este sentido, la Unión Europea (UE) podría ofrecer algunas palabras clave para la discusión provenientes del rico tesoro de experiencias de su proceso de integración

<sup>1</sup> Véase al respecto Häberle, P., *Europäische Verfassungslehre*, 2001-2002, pp. 267 y ss., 288 y ss. y *passim*.

y constitucionalización. Así, la Unión Monetaria Europea, incluyendo la creación de un Banco Central Europeo, es signo visible de las transformaciones de la soberanía para todos los ciudadanos europeos.<sup>2</sup> La soberanía monetaria, que originalmente era una manifestación del Estado, se ha convertido en elemento de un poder central europeo.<sup>3</sup>

La Europa en proceso de darse una Constitución ha modificado fundamentalmente su visión del Estado, acercando así un poco más el viejo continente al nuevo mundo. En los Estados Unidos de América, pero también en Iberoamérica, la idea del derecho está mucho menos referida, conceptualmente hablando, al *Estado* que en Europa continental. Los derechos sirven más bien para la compensación horizontal de los intereses, y menos para expresar, en sentido vertical, dependencias de poder o relaciones de supra y subordinación.<sup>4</sup>

2 Cfr. Hahn, H. J.-Häde, U., "Europa im Wartestand: Bemerkungen zur Währungsunion", *FS U. Everling*, vol. I, 1995, pp. 381 y ss.; Pernice, I., "Das Ende der währungspolitischen Souveränität Deutschlands und das Maastricht-Urteil des BVerfG", en *ibidem*, vol. II, pp. 1057 y ss.; Selmayr, M., "Aktuelle Rechtsfragen der Wirtschafts— und Währungsunion", en Simma, B.-Schulte, C. (eds.), *Völker— und Europarecht in der aktuellen Diskussion*, 1999, pp. 125 y ss.

3 Winkler, G., *Raum und Recht*, 1999, p. 39.

4 Rosenfeld, M., "Rule of Law versus Rechtsstaat", en Häberle, P.-Müller, J. P., *Menschenrechte und Bürgerrechte in ei-*

La compensación de intereses permite la *public private partnership* y una relación cooperativa entre los ciudadanos y el Estado. Pero, ¿dónde queda en tal sistema la soberanía, que tanto Thomas Hobbes como Jean Bodin situaron en el origen del Estado moderno?<sup>5</sup> ¿Ha perdido el Estado completamente su soberanía y ha quedado reducido a simple moderador de los intereses privados? ¿O la comparte con actores no estatales, por un lado, y con espacios de cooperación y responsabilidad económicas como la UE y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), por el otro? ¿Es que acaso poseyó alguna vez el Estado una *soberanía individual*?

Quien abandona a la soberanía, desconoce no sólo la realidad social, sino también el contenido jurídico del concepto, así como la simple necesidad que tienen las comunidades políticas de contar con

ner vielgestaltigen Welt, 2000, pp. 49 y ss. (“relación antagónica entre el Estado y el derecho”); Mastronardi, Ph., “Recht und Kultur: Kulturelle Bedingtheit und universaler Anspruch des juristischen Denkens”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 61, 2001, pp. 61 y ss., 66.

<sup>5</sup> Fabio, U. di, *Das Recht offener Staaten*, 1998, pp. 16 y ss.; Oeter, S., “Souveränität — ein überholtes Konzept?”, *FS H. Steinberger*, 2002, pp. 259 y ss.

una capacidad, competencialmente garantizada, de actuación y configuración.<sup>6</sup>

Quien, por el otro lado, sigue sosteniendo la habitual pero cuestionable ecuación entre pueblo, Estado y nación, no es menos ciego hacia la realidad y hacia la necesidad de contar con una noción de soberanía que esté en *correspondencia* con ella.<sup>7</sup>

## II. EL CONCEPTO DE SOBERANÍA: SU DIMENSIÓN HISTÓRICA

La soberanía interna y externa es uno de los conceptos centrales más complejos, y a la vez más debatidos, de la teoría del Estado y del derecho internacional.<sup>8</sup> Se trata de un concepto que, ya desde

6 En este sentido véase también Hillgruber, Ch., “Souveränität — Verteidigung eines Rechtsbegriffs”, *Juristenzeitung*, 2002, pp. 1072 y ss.

7 Lerche, P., “Europäische Staatlichkeit und die Identität des Grundgesetzes”, *FS K. Redecker*, 1993, pp. 131 y ss., 141, habla de “zonas flotantes”; lo sigue Fabio, U. di., *Das Recht offener Staaten*, 1998, p. 94, que se refiere a una “situación flotante” de la soberanía.

8 Cfr. Kelsen, Hans, voz “Souveränität”, en Strupp (ed.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, vol. II, 1925, pp. 554 y ss.; Heller, H., *Die Souveränität* (1927), en *ibidem*, *Gesammelte Schriften*, vol. 2, 1971, pp. 31 y ss.; Dahm, G., *Völkerrecht*, vol. 1, 1958, pp. 153 y ss.; Quaritsch, H., *Staat und Souveränität*, Bd. 1, 1970, pp. 243 y ss.; *ibidem*, *Souveränität. Entste-*

sus premisas, no se encuentra libre de contradicciones, porque, formulado de manera abstracta, la soberanía circscribe, por un lado, el “grado superlativo” de un fenómeno, sea en el sentido de un concepto jurídico-normativo o en el de una categoría sociológica;<sup>9</sup> por el otro, se entiende como principio constitutivo de la comunidad internacional, con lo cual presupone evidentemente un grado mínimo y necesario de vinculación jurídica con una comunidad supraestatal. Una concepción actualizada de la soberanía tiene que ser desarrollada a partir de la red cada vez más compleja de vínculos supranacionales, y al mismo tiempo, con apoyo en

hung und Entwicklung des Begriffs in Frankreich und Deutschland vom 13. Jh. bis 1806, 1986; Wildhaber, L., “Entstehung und Aktualität der Souveränität”, *FS K. Eichenberger*, 1982, pp. 131 y ss., 133 y ss.; Verdross, A.-Simma, B., *Universelles Völkerrecht*, 3a. ed., 1984, pp. 25 y ss.; Steinberger, H., “Sovereignty”, *EPIL*, vol. 10, 1987, pp. 397 y ss.; Saladin, P., *Wozu noch Staaten?*, 1995, pp. 28 y ss.; Randelzhofer, A., “Staatsgewalt und Souveränität”, *HdBSR*, vol. I, 2a. ed., 1995, § 15, núms. marginales 13 y ss.; Müller, J. P., “Wandel des Souveränitätsbegriffs im Lichte der Grundrechte”, *Symposion L. Wildhaber*, 1997, pp. 45 y ss.

9 Baldus, M., “Zur Relevanz des Souveränitätsproblems”, *Der Staat*, vol. 36, 1997, pp. 381 y ss., 381; la referencia clásica sobre el “problema sociológico de la soberanía” es Heller, H., “Die Souveränität” (1927), en *ibidem, Gesammelte Schriften*, vol. 2, 1971, pp. 31 y ss., 57 y ss.

una confirmación de las raíces históricas de la *souveraineté*.

La Antigüedad conocía ya diversas formaciones estatales independientes entre sí, pero la idea de la soberanía del Estado surgió mucho tiempo después. Los inicios se encuentran en la Edad Media, cuando Carlomagno asocia la visión de un Imperio Romano renovado con una pretensión de dominio universal, marcando con su sello el conflictivo dualismo entre el emperador y el papa respecto de la cuestión de la legitimidad del poder del Estado y de la Iglesia.<sup>10</sup> Junto con la distribución de competencias entre los gobernantes seculares y espirituales, la discusión sobre el *ius ad bellum iustum*, es decir, el poder de decisión sobre la guerra y la paz —discusión que se remonta a Cicerón, San Agustín y Santo Tomás de Aquino—, dio un temprano impulso al pensamiento europeo sobre la soberanía. Pero fue apenas el legista francés Jean Bodin (1530-1596) el que, con sus *Six livres de la république*, creó el texto clásico de la teoría moderna de la soberanía.<sup>11</sup> Su definición de la *souveraineté*,

10 Steinberger, H., “Sovereignty”, *EPIL*, vol. 10, 1987, pp. 397 y ss., 399; Verdross, A.-Simma, B., *Universelles Völkerrecht*, 3a. ed., 1984, p. 25.

11 *Les six livres de la république*, libro primero, capítulo VIII: “Maiestas est summa in cives ac subditos legibus soluta potestas”. Al respecto véase Quaritsch, H., *Staat und Souverän-*

o de la *summa potestas como in cives ac subditos legibus soluta potestas* (“poder sobre ciudadanos y súbditos no sujetos a las leyes”), constituye la base teórica del poder soberano del Estado como poder supremo, permanente, indivisible y, en un principio, jurídicamente irresponsable.<sup>12</sup> Pero el mismo Bodin subraya que, en su concepción, la *summa potestas* está sometida, por un lado, al derecho divino y natural,<sup>13</sup> y por el otro, a la *lex omnium gentium communis* (“la ley común de todos los pueblos”),<sup>14</sup> es decir, el derecho internacional. La idea de un “poder supremo” absoluto e ilimitado,<sup>15</sup> tanto en lo interno como en relación con otros Estados, era ajena desde un principio a su doctrina. Lo mismo puede decirse de los teóricos del derecho

nit t, vol. 1, 1970, pp. 243 y ss.; *ibidem*, *Souvernitt. Entstehung und Entwicklung des Begriffs in Frankreich und Deutschland vom 13. Jh. bis 1806*, 1986, pp. 46 y ss.; Steinberger, H., “Sovereignty”, *EPIL*, vol 10, 1987, pp. 397 y ss., 401 y ss.

12 *De Republica* (1601), I, 8; véase al respecto también Wildhaber, L., “Entstehung und Aktualit t der Souvernit t”, *FS K. Eichenberger*, 1982, pp. 131 y ss., 133 y ss.; Steinberger, H., “Sovereignty”, *EPIL*, vol 10, 1987, pp. 397 y ss., 401/402; Lindahl, H., “Sovereignty and Symbolization”, *Rechtstheorie*, vol. 28, 1997, pp. 347 y ss., 351 y ss.

13 *Six livres de la république* (1583), I, cap. IX.

14 *De Republica*, I, 8.

15 Así el término de Saladin, P., *Wozu noch Staaten?*, 1995, S. 29.

internacional en la escolástica española tardía, como Francisco de Vitoria y Francisco Suárez. Si bien la soberanía de un Estado garantiza que no esté subordinado a una instancia de decisión o a una jurisdicción superiores, o incluso a otro Estado, potencialmente más fuerte,<sup>16</sup> tampoco es ilimitada, sino que está acotada jurídicamente y orientada al bien de la comunidad de naciones.<sup>17</sup> La radicalidad de la concepción hobbesiana de Estados sin límites en el estado de naturaleza se encuentra muy lejos del pensamiento de la escuela de Salamanca.

El nuevo orden en el mundo de los Estados europeos que produjo la Paz de Westfalia del año 1648 vinculó el pensamiento sobre la soberanía con el de Estado territorial,<sup>18</sup> pues se atribuía a la soberanía, precisamente en tanto poder territorial su-

16 Cfr. la definición en Heller, H., "Die Souveränität" (1927), en *ibidem, Gesammelte Schriften*, vol 2, 1971, pp. 31 y ss., 65: "Llamamos soberana sólo a aquella unidad de decisión que no está subordinada a ninguna otra unidad de decisión universalmente eficaz".

17 Al respecto Verdross, A.-Simma, B., *Universelles Völkerrecht*, 3a. ed., 1984, p. 27; Soder, J., *Die Idee der Völkergemeinschaft*, 1955, pp. 95 y ss.

18 Steinberger, H., "Sovereignty", *EPIL*, vol. 10, 1987, pp. 397 y ss., 400; cfr. también Quaritsch, H., *Staat und Souveränität*, vol. 1, 1970, pp. 32 y ss.; Kennedy, D., "A New Stream of International Law Scholarship", *Wisconsin International Law Journal*, vol. 7, 1988, pp. 1 y ss., 14 y ss.

premo, una función de garantía de la paz y la libertad. Dicha función encontró un importante complemento en los inicios de la protección de las minorías religiosas, protección que, obviamente, estaba limitada a las confesiones cristianas. Más tarde, E. de Vattel intentó hacer una interpretación amplia de la soberanía estatal y estableció una diferenciación con base en las siguientes características: autogobierno, independencia de otros Estados, y vinculación directa al derecho internacional.<sup>19</sup> La triada de De Vattel ha marcado, y marca hasta hoy, a la doctrina internacional de la soberanía, la práctica de los Estados y la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional, primero, y luego de la Corte Internacional de Justicia. En consecuencia, un Estado es soberano cuando no está sometido a ninguna otra autoridad que no sea la del derecho internacional, cuando puede adoptar decisiones obligatorias últimas sobre sus súbditos en su territorio (soberanía interna) y cuando es independiente hacia fuera de todo influjo proveniente de otros Estados.<sup>20</sup>

19 Verdross, A.-Simma, B., *Universelles Völkerrecht*, 3a. ed., 1984, p. 28.

20 Cfr. Heller, H., “Die Souveränität” (1927), en *ibidem, Gesammelte Schriften*, vol. 2, 1971, pp. 31 y ss., 141 (“unidad universal de decisión territorial en lo interno y externo”); Verdross, A./Simma, B., *Universelles Völkerrecht*, 3a. ed., 1984, pp. 29 y ss.:

Con la Liga de las Naciones se delineó una nueva concepción de la soberanía, la cual conduce a la elaboración de la Carta de las Naciones Unidas.<sup>21</sup> En esa nueva concepción, el derecho a la guerra se considera como anacronismo y la idea de un sistema de seguridad colectiva asume sus contornos iniciales (pacto Briand-Kellogg de 1928). La *liberté de guerre*, hasta ese momento un atributo destacado de la soberanía, deja de existir. Un salto evolutivo igualmente grande lo marcan las instituciones supranacionales y otras de carácter interestatal, las cuales conducen a una relativización más o menos marcada de la soberanía. En primer término habría que mencionar a la UE, pero también a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), con sus redes informativas e institucionales,<sup>22</sup> o el TLCAN. La cadena de ejemplos podría multiplicarse.

Esta fragmentaria retrospectiva histórica nos conduce a las primeras conclusiones. Puesto que

21 Al respecto Steinberger, H., “Sovereignty”, *EPIL*, vol. 10, 1987, pp. 397y ss., 408.

22 Al respecto Senghaas, D., “Weltinnenpolitik — Ansätze für ein Konzept”, *Europaarchiv*, 1992, pp. 643 y ss.; más ejemplos en McCorquodale, R./Fairbrother, R., “Globalization and Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, vol. 21, 1999, pp. 735 y ss., 753 y ss. (acuerdos multilaterales sobre inversión, Fondo Monetario International, etc.).

la idea de la soberanía surgió en la historia, resultaría estéril toda consideración ahistorical y ajena a la realidad, porque la soberanía está sujeta a la evolución y al cambio, y por ello tiene que plantear su pretensión de validez, y reconocer sus límites, en la *realidad* del mundo actual de los Estados.<sup>23</sup> Además, existe un *telos* inmanente al pensamiento sobre la soberanía que se opone a cualquier absolutización unilateral. La soberanía está ligada siempre a la cuestión de la *fundamentación de la competencia* y es, en tal medida, una noción ordenadora que asegura la paz y la libertad. El concepto no representó nunca, ni lo representa ahora, solamente un predicado de la dominación y por ello no puede ser reducido a la “independencia” y el “poder absoluto”.

<sup>23</sup> Cfr. al respecto Lhotta, R., “Der Staat als Wille und Vorstellung”, *Der Staat*, vol. 36, 1997, pp. 189 y ss., 197; más allá Lindahl, H., “Sovereignty and Symbolization”, *Rechtstheorie*, vol. 28, 1997, pp. 347 y ss., 347: “sovereignty as a ‘historical’ category”.

### III. EL CONCEPTO DE SOBERANÍA: LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL

#### 1. *La soberanía popular*

El libre poder de configuración de un pueblo o nación forma parte, sin duda, de las piezas centrales del pensamiento sobre la soberanía en el Estado constitucional.<sup>24</sup> Pero, ¿presupone ello un vínculo necesario entre la soberanía y un pueblo más o menos homogéneo? En el Estado constitucional democrático, ¿puede ser solamente el *demos* el titular del poder soberano del Estado? ¿O su “capacidad de decisión” independiente está limitada, de entrada, por las interacciones supraestatales de las formas más diversas de unificación política? ¿Qué papel desempeña la diversidad pluralista de opiniones, intereses y valores individuales que se esconden detrás de la magnitud abstracta del “pueblo”?<sup>25</sup>

La asociación entre pueblo y Estado como orden concreto que se sustenta en la decisión soberana de aquél constituye la pieza central de la legitimación democrática. J.-J. Rousseau acuñó en este sen-

<sup>24</sup> Hilgruber, Ch., “Souveränität — Verteidigung eines Rechtsbegriffs”, *Juristenzeitung*, 2002, pp. 1072 y ss.

<sup>25</sup> Cfr. Simson, W. v, “Was heißt in einer europäischen Verfassung ‘Das Volk’?”, *EuR*, 1991, pp. 1 y ss., 2.

tido el concepto clásico de *soberanía popular*.<sup>26</sup> Dicho concepto presupone al pueblo, sin determinar qué es éste y tampoco las dependencias de naturaleza fáctica, jurídica y ético-moral en las que vive. A través de la refinada teoría de la legitimidad de doble escalón que elaboró el abate Sieyès gracias a la distinción entre *pouvoir constituant* y *pouvoir constitué*, se convierte el pueblo en “fundamento originario” de los actos soberanos constituyentes, de naturaleza supraconstitucional y presuntamente ilimitada, de los cuales derivan entonces su legitimidad todos los actos de autoridad sujetos a la Constitución.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Véase al respecto, Böckenförde, E.-W., “Demokratie als Verfassungsprinzip”, *HStR*, vol. I, 2a. ed., 1995, § 22, núm. marginal 3; Beutler, B., “Offene Staatlichkeit und europäische Integration, en *FS E.-W. Böckenförde*, 1995, pp. 109 y ss., 114; Schmidt-Aßmann, E., *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 1998, pp. 81 y ss.

<sup>27</sup> Al respecto, Thiele, U., “Verfassunggebende Volkssouveränität und Verfassungsgerichtsbarkeit”, *Der Staat*, vol. 39, 2000, pp. 397 y ss., 391; Möllers, Ch., “Globalisierte Jurisprudenz Einflüsse relativierter Nationalstaatlichkeit auf das Konzept des Rechts und die Funktion seiner Theorie”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, núm. especial 79, 2001, pp. 41 y ss., 44. En el contexto del debate actual sobre la Constitución Europea, véase Bubner, R., “Gott und die Fürsten sind aus dem Spiel”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 27 de octubre de 2001, *Bilder und Zeiten*, p. I.

Pero aquí coinciden estrechamente una verdad profunda y un malentendido fundamental. Sólo es legítimo el Estado que se funda en la soberanía popular, tanto la constituyente como la legislativa; el que hace posible, a través de las normas jurídicas, la formación de la voluntad política del pueblo, y el que sujeta su poder al control democrático. Sin embargo, la decisión libre, sin límites, del pueblo es una ficción peligrosa. Ya la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano sabía que no pueden existir decisiones constituyentes sin supuestos previos, pues si bien proclama en los artículos 3º. y 6º. la plena soberanía de la nación, la cual se traduce en la *volonté générale* de las leyes, también señala que los derechos inalienables del hombre, que están susstraídos a la arbitrariedad estatal y a la decisión del pueblo, constituyen el fin de toda asociación política (artículo 2º).<sup>28</sup>

J. Isensee soluciona esta tensión mediante la idea de la “nación fundada en los derechos humanos”,<sup>29</sup>

28 Böckenförde, E.-W., “Demokratie als Verfassungsprinzip”, *HStR*, vol. I, 2a. ed., 1995, § 22, núm. marginal 3; sobre la soberanía limitada véase también Kirchhof, P., “Der demokratische Rechtsstaat — die Staatsform der Zugehörigen”, *HStR*, vol. IX, 1997, § 221, núm. marginal 8.

29 Isensee, J., “Die alte Frage nach der Rechtfertigung des Staates”, *Juristenzeitung*, 1999, pp. 265 y ss., 277; sobre la

rompiendo así la exclusión que sugiere lo nacional.<sup>30</sup> La formación de una unidad política posee numerosos puntos de referencia, el más amplio de los cuales se encuentra en la premisa antropológica de la dignidad humana;<sup>31</sup> otros muchos de naturaleza concreta radican en la cultura y la historia, en las necesidades y los intereses de libertad y seguridad vividos cotidianamente. El Estado nacional es el espacio familiar para reunirlos, pero no el único. Una razón de que se absolutice esa familiaridad puede encontrarse en la concepción de la soberanía popular como tal. Este elemento esencial e indiscutible, con razón, del Estado constitucional moderno, implica en cierto modo, bajo la forma de un “efecto secundario” no deseado, la equivalencia

problemática de la “nación cerrada”, véase Grabitz, E., *Europäisches Bürgerrecht zwischen Marktbürgerschaft und Staatsbürgerschaft*, 1970, pp. 25 y ss.

30 El poder constituyente del pueblo, presuntamente autónomo, choca con numerosos límites heterónomos, de tipo jurídico, pero también pre-jurídico y meta-jurídico: la vinculación con un derecho suprapositivo; la vinculación al derecho internacional; la vinculación al derecho de comunidades de responsabilidad regionales, como la UE, el Consejo de Europa con la Convención Europea de Derechos Humanos, o la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa.

31 Häberle, P., “Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft”, *HStR*, vol. I, 2a. ed., 1995, pp. 815 y ss.

conceptual de Estado y pueblo en el “pueblo del Estado”, determinado por la liga jurídica de la nacionalidad.<sup>32</sup> “Pueblo del Estado” se convierte más bien en una tautología que en una declaración de la tensión que existe en la relación entre *demos* y *ethnos*.<sup>33</sup>

Sin embargo, pueblo y Estado no son idénticos. El Estado es *una* concretización del pueblo y de su papel en el ejercicio de las funciones estatales, pues es un modelo de orden que permite al pueblo actuar políticamente.<sup>34</sup> El concepto de pueblo de carácter puramente jurídico que se reduce a la pertenencia estatutaria a una organización de dominación estatal sigue siendo insatisfactorio para calificar al sujeto al que se atribuyen las decisiones soberanas. Lo que más bien legitima a la soberanía del pueblo es la capacidad de producir una voluntad de manera libre, sin coacción.<sup>35</sup> Detrás de la idea de la soberanía popular se encuentra un mo-

<sup>32</sup> Grawert, R., “Staatsvolk und Staatsangehörigkeit”, *HStR*, vol. I, 2a. ed., 1995, § 14, pp. 663 y ss.; Böckenförde, E.-W., “Demokratie als Verfassungsprinzip”, *HStR*, vol. I, 2a. ed., 1995, § 22, núm. marginal 26.

<sup>33</sup> Sobre la relación entre *demos* y *ethnos*, cfr. Broekman, J. M., *A Philosophy of European Union Law*, 1999, p. 281.

<sup>34</sup> Simson, W. v., “Was heißt in einer europäischen Verfassung ‘Das Volk?’”, *EuR*, 1991, pp. 1 y ss., 8.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 3.

tivo fundamental antimonárquico y antiabsolutista, que es la libre autodeterminación del individuo.<sup>36</sup> La soberanía popular se transforma así en “soberanía ciudadana”.<sup>37</sup> La *res publica*, a la que pertenecen los ciudadanos y la que éstos convierten en su “cosa pública” primigenia, adquiere realidad tanto en los Estados constitucionales como en los fenómenos supraestatales.

## 2. Soberanía y nación

Cuando el *demos* queda en cifra demasiado abstracta de la unidad y la pluralidad que se encuentran detrás del “soberano”, otras son las magnitudes que entran en juego. La cultura y la lengua comunes, en suma, el lazo que unifica a la nación que ha despertado a la autoconciencia política, convierte a ésta en titular legítimo del poder de decisión soberano. Nación y pueblo del Estado forman una simbiosis en el pensamiento político del Estado na-

36 Steinberger, H., “Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft”, *VVDStRL*, vol. 50, 1991, pp. 9 y ss., 23.

37 Häberle, P., *Europäische Verfassungslehre*, 2001-2002, p. 355: “No se olvide que el pueblo es ante todo una unión de ciudadanos. La democracia es el ‘gobierno de los ciudadanos’, no el del pueblo en sentido rousseauiano” (énfasis en el original).

cional (alemán). La nación encuentra una manifestación visible en la metáfora del pueblo del Estado como comunidad personal de destino (pre)político, caracterizada por el origen, la lengua y la historia comunes, e indisolublemente ligada con la existencia de su Estado.<sup>38</sup> Así, no sólo resultan inseparables pueblo y soberanía, sino también nación y soberanía. Ejemplos muy diversos confirman esta conexión. No es ninguna casualidad que el Tratado de Amsterdam, al invocar la “identidad nacional” (artículo 6o., inciso 3, del Tratado de la Unión Europea), trate de prevenir un malestar ampliamente difundido, no sólo en Alemania, que se atribuye a la insidiosa erosión de la soberanía nacional, y al hacerlo establezca implícitamente la equivalencia entre *pérdida de soberanía y pérdida de identidad*.<sup>39</sup>

La nueva Constitución federal suiza, por su parte, y siguiendo al proyecto del Consejo Federal, se

<sup>38</sup> BVerfGE 83, 37 (40, 50 y ss.); Böckenförde, E.-W., “Demokratie als Verfassungsprinzip”, *HStR*, vol. I, 2a. ed., 1995, § 22, núm. marginal 26.

<sup>39</sup> Hailbronner, K., “Aufgabe von Souveränitätsrechten als EU-Mitglied deutsche Erfahrungen”, *FS H. Maurer*, 2001, pp. 97 y ss., 101; Doebring, K., “Die nationale ‘Identität’ der Mitgliedstaaten der Europäischen Union”, *FS U. Everling*, vol. I, 1995, pp. 263 y ss., 271, tiene el temor de que una completa supraordinación por parte del derecho comunitario tenga por resultado una “identidad coja”.

abstiene de emplear el término de “nación suiza”. En los debates constituyentes casi no se tematizó esta cuestión, pero en la campaña anterior al *referendum* obligatorio fue denunciado enfáticamente por el bando nacional-conservador como “traición a Suiza”. La indignación la entiende quien toma en cuenta conscientemente la conexión específica que, para Suiza, existe entre nación y soberanía. En vista de su heterogeneidad lingüística y cultural, la “nación suiza” está marcada, sobre todo, por los atributos de su Estado soberano, en cuya cúspide se halla la democracia semidirecta que les otorga identidad.<sup>40</sup>

Un tercer ejemplo: en sus sentencias sobre los tratados con la RDA (1972) y de Maastricht (1993), el Tribunal Constitucional Federal alemán menciona el concepto de soberanía junto con el de pueblo y nación.<sup>41</sup> El elemento que liga las tres categorías es la ya citada metáfora de la “comunidad personal de destino”. El pueblo, en tanto nación, es el objeto

40 Hangartner, Y., “Schweizerische Nation und europäische Integration”, *FS H. Maurer*, 2001, pp. 949 y ss.

41 BVerfGE 36, 1 (19, 31) *Sentencia sobre el Tratado con la RDA*; E 89, 155 (182 y ss.) *Sentencia sobre el Tratado de Maastricht*; al respecto Grawert, R., “Der Deutschen supranationaler Nationalstaat”, *FS E.-W. Böckenförde*, 1995, pp. 125 y ss., 137; Pernice, I., “Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 120, 1995, pp. 100 y ss.

pasivo de un destino común, pero también un sujeto que activamente configura su destino político. Aunque pueda sonar paradójico, la idea de la comunidad de destino es un modelo de interpretación de la nación y, al mismo tiempo, apunta más allá de ella, es decir, es de carácter supraestatal ya en sus raíces. Es cierto que el elemento de “fatalidad” encubre el hecho de que Estado y comunidad de ciudadanos no están dados de manera natural, sino que adquieran su identidad colectiva sólo a través de los procesos democráticos, pero el *topos* remite efectivamente a las capas profundas, materiales y culturales, que dicho devenir presupone. Sin embargo, así entendido, el destino no es un fenómeno nacional, sino uno que describe cualquier forma de comunidad cultural humana. El experimentar y padecer peligros en común, así como la acción para contrarrestarlos, no se circunscriben a la nación. Lo que se espera del Estado nacional en términos de garantía de la libertad, de promoción de la paz, de procura existencial y de previsión de riesgos, no ha sido confiado a la nación, sino a la comunidad democrática como unidad de acción institucionalizada, constitucionalizada y abierta a los espacios de responsabilidad supraestatales.<sup>42</sup>

42 Heller, H., *Staatslehre*, 6a. ed., 1983, pp. 228 y ss. (traducción: *Teoría del Estado*, México, varias ediciones); lo toma como punto de partida Grawert, R., “Der Deutschen supranationalen

#### IV. EL CONCEPTO DE SOBERANÍA: LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL

##### 1. *La “soberanía parcial” de la comunidad internacional en materia de protección de los derechos humanos*

Un importante desplazamiento de los acentos en materia de soberanía, desde la perspectiva del derecho internacional, se debe a la protección universal de los derechos humanos. Piénsese solamente en la discusión sobre la legitimidad de la intervención humanitaria, en la guerra de Kosovo, en la lucha contra el terrorismo internacional, en el fin del régimen talibán en Afganistán, o en el latente conflicto actual con Irak. En vista de la multitud de ejemplos, deberán bastar algunas breves palabras clave para la clarificación teórica.

En el mundo globalizado del siglo XXI no sólo los estados, sino también los individuos y los grupos sociales, se encuentran insertos en una compleja red de relaciones multinacionales. Aunque no por ello se hace superflua, la liga, el *genuine link*,

tionaler Nationalstaat”, *FS E.-W. Böckenförde*, 1995, pp. 125 y ss., 135.

entre los nacionales y “su” Estado, sí se relativiza.<sup>43</sup> Así como no se puede concebir a la Constitución con referencia exclusiva al Estado, así tampoco la soberanía es de origen estatal. Son la Constitución y la red de ordenamientos constitucionales parciales en los que está inserto todo Estado las que crean los supuestos de la soberanía. Es por ello que la comunidad internacional de los Estados posee un fragmento amplio de soberanía en materia de derechos humanos, junto con el Estado nacional soberano. Dicha comunidad posee un poder de definición y una competencia de actuación originarios respecto de este *orden constitucional parcial*. El cumplimiento efectivo es, naturalmente, una cuestión aparte.

Si ella misma es *parcialmente soberana* en materia de derechos humanos, entonces la comunidad de los estados debe estar dispuesta a asumir la protección de esas libertades y esos derechos ahí donde fracasa el Estado constitucional nacional. De ello da cuenta la *local remedies rule* en los pactos internacionales de derechos humanos, la cual pretende no sólo descargar a las instancias supranacionales, sino que la competencia preeminente de los

<sup>43</sup> Cfr. Nicolaysen, G., “Der Nationalstaat klassischer Prägung hat sich überlebt”, *FS U. Everling*, vol. II, 1995, pp. 945 y ss., 945.

tribunales nacionales es además una expresión de la subsidiariedad. La decisión que afecta directamente al ciudadano debe tomarse en el nivel local. Solamente cuando se ha agotado, en su caso, la vía judicial interna y, por la razón que fuere, no se ha otorgado protección jurídica suficiente, se surtirá la competencia de la instancia internacional. Así, en este ámbito la comunidad de naciones se convierte en titular de decisiones parcialmente soberanas *al servicio* del ser humano.

La soberanía es una *idea ordenadora* necesaria de la convivencia internacional, que ha sido positivizada en el artículo 2o., párrafo primero, de la Carta de Naciones Unidas, y que resulta todavía irrenunciable en la era de las relaciones supraestatales, pero en tanto fuente de justificación, no está dada de antemano de manera natural, no es un fin en sí misma y no es absoluta, así como tampoco la libertad puede ser jamás absoluta.<sup>44</sup>

## 2. *La idea del contrato social mundial*

La idea de un contrato social mundial relativiza igualmente el pensamiento tradicional de la soberanía.

<sup>44</sup> Véase también la crítica en Purvis, N., “Critical Legal Studies in Public International Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 32, 1991, pp. 81 y ss., 100.

ranía. Sus raíces históricas se remontan hasta la *civitas maxima* de Christian Wolff: una humanidad constituida por un cuasi-contrato, una sociedad de la humanidad constituida a través de derechos y obligaciones humanos.<sup>45</sup> La teoría clásica del derecho internacional, orientada al consenso, entiende la soberanía, en cambio, como fundamento determinante de la convivencia entre los Estados y concibe el orden internacional recurriendo a la doctrina del *contrat social* como *contrato social entre Estados soberanos*.<sup>46</sup> Un ejemplo tangible en la realidad histórica de semejante contrato, con frecuencia imaginado ficticiamente, es la Paz de Westfalia, la cual legitima al mismo tiempo la existencia de una comunidad soberana europea de Estados y deriva su propia legitimación nuevamente de la doctrina del poder soberano de los Estados contratantes.<sup>47</sup>

<sup>45</sup> Wolff, C., *Jus naturae*, VII, § 142; al respecto Cheneval, F., “Der präsumtiv vernünftige Konsens der Menschen und Völker Christian Wolffs Theorie der *civitas maxima*”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 85, 1999, pp. 563 y ss., 572.

<sup>46</sup> Purvis, N., “Critical Legal Studies in Public International Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 32, 1991, vol. 81 y ss., 93; cfr. también Pieper, S. U., “«The Clash of Civilizations» und das Völkerrecht”, *Rechtstheorie*, vol. 29, 1998, pp. 331 y ss., 339 y ss.

<sup>47</sup> Cfr. Koskenniemi, M., *From Apology to Utopia*, 1989, p. 73; Purvis, N., “Critical Legal Studies in Public Internatio-

Sin embargo, esta fundamentación conlleva en sí una contradicción de peso, pues los Estados han creado primero su estatus soberano y luego remiten precisamente a él como fuente legitimadora de su actuación.<sup>48</sup> Más aún, en analogía con el contrato social clásico, los Estados son equiparados a los individuos, y las relaciones entre ellos son descritas como si se tratara de relaciones entre individuos. La soberanía de los Estados es tratada como concepto paralelo al de la libertad de los individuos,<sup>49</sup> a saber, como la libre voluntad de los Estados, la cual no puede ser limitada por otra cosa que no sea el consenso entre ellos.<sup>50</sup> Sin duda, esto conlleva la idea de la personalidad unitaria del Estado, una imagen antropomorfa del Estado en el sentido de que hablaba Jellinek.<sup>51</sup> En consecuencia, a una

nal Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 32, 1991, pp. 81 y ss., 97.

48 *Ibidem*; Kennedy, D., “A New Stream of International Law Scholarship”, *Wisconsin International Law Journal*, vol. 7, 1988, pp. 1 y ss., 30 y ss.

49 Al respecto, Koskenniemi, M., *From Apology to Utopia*, 1989, pp. 68 y ss. y 262 y ss.

50 Franck, Th., “Legitimacy in the International System”, *American Journal of International Law*, vol. 82, 1988, pp. 705 y ss., 759; véase también Grabitz, E., *Freiheit und Verfassungsrecht*, 1976, p. 166.

51 Véase Heller, H., “Die Souveränität” (1927), en *ibidem, Gesammelte Schriften*, vol. 2, 1971, 31 y ss., 120; Grabitz, E.,

voluntad estatal unitaria le corresponde una formación unitaria de la voluntad estatal.<sup>52</sup> La proximidad con la imagen del gobernante soberano, que personifica al Estado absolutista, no es accidental.<sup>53</sup> Un concepto de soberanía ubicado de tal modo en el Estado personificado oculta, en última instancia, la diversidad pluralista de todos los que constituyen a ese Estado. Así como el Estado se origina en la diversidad pluralista, la comunidad internacional no vive solamente de la voluntad de los Estados soberanos, sino que en ella participan todas las fuerzas sociales, desde las asociaciones económicas, pasando por los medios de comunicación, hasta los individuos. Son estas fuerzas las que, asumiendo su responsabilidad en términos de bien común respecto de las generaciones presentes y futuras, tienen que configurar de manera siempre renovada su comunidad. La imagen del “contrato social mundial”

*Freiheit und Verfassungsrecht*, 1976, p. 177; cfr. también Tsatsos, D., “Die Europäische Unionsgrundordnung”, *EuGRZ*, 1995, pp. 287 y ss., 290; von Unruh, G.-C., “Grundgedanken zur Entwicklung des neuzeitlichen Verfassungsstaates”, *BayVBl.*, 1999, pp. 11 y ss., 13.

<sup>52</sup> Cfr. Heller, H., “Die Souveränität” (1927), en *ibidem, Gesammelte Schriften*, vol. 2, 1971, pp. 31 y ss., 63; al respecto Hebeisen, M. W., *Souveränität in Frage gestellt*, 1995, pp. 455 y ss.

<sup>53</sup> Preuß, H., *Gemeinde, Staat, Reich*, 1899, p. 105.

caracteriza este proceso de manera mucho más adecuada que todas las teorías sobre la voluntad del Estado.

## V. EL CONCEPTO DE SOBERANÍA: LA CONJUNCIÓN DE LAS PERSPECTIVAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL

### 1. *La soberanía al servicio del ser humano*

Los intentos de aproximación al concepto de soberanía desde las perspectivas del derecho constitucional y del derecho internacional, que hemos presentado primero en forma separada, requieren ser conjuntados ahora. Ello permite advertir el punto de referencia común, y más profundo, de ambas dimensiones: el ser humano que desea vivir en libertad en un orden constitucional. Solamente una concepción *instrumental* de la soberanía, al *servicio* del ser humano, puede justificar cualquier forma de ejercicio del poder. Soberanía no quiere decir poder absoluto del monarca, así como tampoco se refiere al mito del poder originario e ilimitado de un pueblo presuntamente homogéno, sino que se funda más bien en la autodeterminación del individuo como elemento central de su dignidad hu-

mana y de su papel como ciudadano activo en el Estado constitucional y en la comunidad política que lo sustenta.<sup>54</sup> La carrera *mundial* que ha hecho el concepto europeo-norteamericano de Constitución después de las revoluciones norteamericana y francesa tiene sus raíces en la idea de que la Constitución *en sí* promete instituir la autodeterminación soberana del ser humano.<sup>55</sup> La autodeterminación del individuo se ha convertido en elemento constitutivo del concepto post-revolucionario y del concepto moderno de soberanía.

Así como el Estado existe para el hombre y al mismo tiempo tiene que ser interpretado de manera “humana” y “referida a la humanidad”,<sup>56</sup> la soberanía se legitima a partir de la garantía de la libertad

<sup>54</sup> Así Pernice, I., “Europäisches und nationales Verfassungsrecht”, *VVDStRL*, vol. 60, 2001, pp. 148 y ss., 162; cfr. Oeter, S., “Souveränität ein überholtes Konzept?”, *FS H. Steinberger*, 2002, pp. 259 y ss.

<sup>55</sup> Hofmann, H., “Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung”, *Juristenzeitung*, 1999, pp. 1065 y ss: “Lo que fascinó a los seres humanos fue el sentimiento positivo de convertirse en dueños de su propio destino en un sentido pleno a través de una Constitución, cada uno para sí y todos juntos...”. Remitimos además a Schuppert, G. F., “Überlegungen zur demokratischen Legitimation des europäischen Regierungssystems”, *FS D. Rauschning*, 2001, pp. 201 y ss., 204; Peters, A., *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001, pp. 95 y ss.

<sup>56</sup> Heller, H., *Staatslehre*, 6a. ed., 1983, p. 36.

humana, para lo cual se requiere un Poder Legislativo, un Poder Ejecutivo y un Poder Judicial que sean eficaces.<sup>57</sup> El Estado es una “forma de realización de la libertad”;<sup>58</sup> su monopolio de la violencia y de la aplicación del derecho hace efectiva la protección de los derechos humanos.<sup>59</sup> Pero el Estado también está vinculado a las garantías supraestatales de los derechos humanos, contra las cuales ya no puede alegar, como escudo, la soberanía.

<sup>57</sup> Al respecto Hennis, W., *Das Problem der Souveränität*, 1951, p. 37.

<sup>58</sup> Pauly, W. “Hegel und die Frage nach dem Staat”, *Der Staat*, vol. 39, 2000, pp. 381y ss., 395.

<sup>59</sup> Krüger, H., *Allgemeine Staatslehre*, 1966, p. 528: “Por tanto, el Estado no es lo opuesto o el rival del derecho y la libertad, sino su realidad y su presupuesto”. Pernthaler, P., “Grundrechtsdogmatik und allgemeine Staatslehre”, *FS F. Ermacora*, 1988, pp. 605 y ss., 606; Brugger, W., “Menschenrechte im modernen Staat”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 114, 1989, pp. 537 y ss., 537 y ss., también 557; Hofmann, H., “Menschenrechtliche Autonomieansprüche”, *Juristenzeitung*, 1992, pp. 165 y ss., y 170 y ss.; *ibidem*, “Geschichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaats”, *Der Staat*, vol. 34, 1995, pp. 1 y ss.; Schreckenberger, W., “Der moderne Verfassungsstaat und die Idee der Weltgemeinschaft”, *Der Staat*, vol. 34, 1995, pp. 503 y ss., 509; Isensee, J., “Die alte Frage nach der Rechtfertigung des Staates”, *Juristenzeitung*, 1999, pp. 265 y ss., 270; Schneider, H.-P., “50 Jahre Grundgesetz”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1999, pp. 1497 y ss., 1499; Denninger, E., “Die Wirksamkeit der Menschenrechte in der deutschen Verfassungsrechtsprechung”, *Juristenzeitung*, 1998, pp. 1129 y ss., 1129.

Los pactos internacionales de derechos humanos, los convenios regionales como son las convenciones europea y americana de derechos humanos, y más recientemente, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, *concretizan* más bien el mandato soberano del Estado. Desde el punto de los derechos humanos, la soberanía no ha estado definida, ni lo está ahora, por el poder *ilimitado* del Estado. Los derechos humanos mismos dan dirección a los márgenes de acción y a los poderes de actuación de las unidades políticas constituidas a nivel estatal y supraestatal. El presidente checo V. Havel ha encontrado una certera fórmula para ello:

La soberanía del municipio, de la región, del pueblo, del Estado, cualquier soberanía superior, tienen sentido solamente cuando provienen de la que, de hecho, es la única soberanía originaria, a saber, la soberanía del ser humano, la cual tiene su expresión política en la soberanía del ciudadano.<sup>60</sup>

## 2. *Interrelaciones cooperativas de la soberanía*

El derecho constitucional y el derecho internacional ilustran, precisamente a través de sus múlti-

<sup>60</sup> Havel, V., “Die Herrschaft der Gesetze”, en *ibidem, Sommermeditationen*, 2a. ed., 1994, pp. 14 y ss., 27.

tiples interrelaciones, la realidad del Estado constitucional abierto y cooperativo.<sup>61</sup> El modelo cooperativo conduce, en última instancia, a las *interrelaciones cooperativas de la soberanía*.<sup>62</sup> Ya R. Smend había descrito las relaciones entre los Estados como relaciones “de intercambio y de vida espiritual, es decir, de configuración recíproca y autoconfiguración”.<sup>63</sup>

Cuanto más intensivamente se ve el moderno Estado prestacional en la incapacidad de satisfacer solo sus tareas y cuanto más tiene que recurrir a la cooperación con otros Estados, tanto más precaria se vuelve la brecha entre las obligaciones comunitarias fácticas y la doctrina de la autarquía soberana. El campo de la economía ofrece un ejemplo de ello. Dependiente de la cooperación, el Estado posee cuando más la “posición de un contrafuerte de eficacia regional frente a los procesos del tráfico global”; se convierte en “centro de condensación

61 Häberle, P., “Der kooperative Verfassungsstaat” (1978), en *ibidem, Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3a. ed., 1998, pp. 407 y ss.

62 Sobre el problema de la “atribución de responsabilidad en redes de cooperación”, véase Fabio, U. di, *Das Recht offener Staaten*, 1998, pp. 126 y ss.

63 Smend, R., *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, p. 65 (traducción: *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, 1985).

regional en la estructura de constelaciones de poder supraestatales".<sup>64</sup> Su singularidad, exclusividad y posición monopólica pertenecen al pasado. Si la disyuntiva para el Estado nacional es, por ejemplo, tomar medidas de política económica o de protección ambiental solamente mediante la cooperación entre Estados, o no poder hacerlo en absoluto, entonces toda forma de asociación en estas materias no es más que un simple acto de *garantía de la soberanía*.

En el interior del Estado se presenta también un fenómeno paralelo. Si el Estado no se abre a la cooperación con la sociedad civil, pierde aquí también un pedazo de su "soberanía", entendida como poder soberano de configuración.

La unidad personal del Estado, su soberanía, como es llamada en la tradición monárquica, se transforma en el interior y el exterior. Las mismas fuerzas funcionales de la sociedad industrial-burocrática, que empujan en el interior hacia la división de la sociedad en grupos, hacia el pluralismo y hacia la remodelación conforme a éste de las instituciones del derecho estatal,

<sup>64</sup> Grawert, R., "Der Deutschen supranationaler Nationalstaat", *FS E.-W. Böckenförde*, 1995, pp. 125 y ss., 142; sobre el crecimiento y la transformación de las funciones de la administración Mayntz, R., *Soziologie der öffentlichen Verwaltung*, 4a. ed., 1997, pp. 45 y ss.

conducen externamente hacia nuevas uniones, que condensan las instituciones entre los Estados en instituciones supraestatales.<sup>65</sup>

El aspecto cooperativo tiene consecuencias imperativas. “En el concepto jurídico-estatal de la soberanía tiene que estar contenido el hecho de la coordinación y conjunción de los Estados como momento material, de tal modo, que sus límites estén definidos por el valor propio del ser humano”.<sup>66</sup> Dicho de otro modo: el concepto material de soberanía se apoya en una doble premisa. Al igual que el Estado constitucional, se funda en la dignidad humana y en el valor propio de la persona

65 Bülck, H., “Der Strukturwandel der internationalen Verwaltung”, *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, núm. 247, 1962, p. 23.

66 Hennis, W., *Das Problem der Souveränität*, 1951, p. 131. Hacemos referencia también a la tensión entre la Ley Fundamental y el poder público ejercido por la comunidad internacional de Estados, la cual fue por primera vez tema del congreso de profesores alemanes de derecho del Estado en 1959. Erler, G., “Das Grundgesetz und die öffentliche Gewalt internationaler Staatengemeinschaften”, *VVDSrl*, vol. 18, 1960, pp. 7 y ss., 8, percibe, con razón, que “el principio de la *clausura y exclusividad* del poder estatal” se pone en entredicho por la “posibilidad del ejercicio, en el territorio federal, de un poder público... que no tiene su origen en el poder del Estado alemán”.

como “premisa antropológica”,<sup>67</sup> pero contiene al mismo tiempo la dimensión de la cooperación, ya que para el Estado contemporáneo es menos característica la magnitud abstracta de la soberanía que la pluralidad de sus vinculaciones jurídicas y fácticas.<sup>68</sup> Si la soberanía fue, históricamente hablando, resultado de la concentración de poder en manos del soberano,<sup>69</sup> y si de este modo fue que adquirió sus contenidos para después ser recogida paulatinamente por el Estado constitucional, entonces hoy día es necesario que el poder soberano se *des-concentre* de nueva cuenta. Los criterios son el “ejercicio cooperativo de la soberanía” y el prin-

67 Häberle, P., “Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft”, *HStR*, vol. I, 2a. ed., 1995, pp. 815 y ss.; desde este punto de partida y en relación con la comunidad internacional, Kotzur, M., *Theorieelemente des internationalen Menschenrechtsschutzes*, 2001, pp. 217 y ss.

68 Cfr. Tomuschat, Ch., “Die internationale Gemeinschaft”, *Archiv des Völkerrechts*, vol. 33, 1995, pp. 1 y ss., 20; Walter, Ch., “Die Folgen der Globalisierung für die europäische Verfassungsdiskussion”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2000, pp. 1 y ss., 7, habla de la transformación del Estado nacional soberano en Estado miembro limitado. Junto a las vinculaciones de los derechos humanos ya señaladas también desempeñan un importante papel las de carácter ambiental. Véase, por ejemplo, Haedrich, M., “Internationaler Umweltschutz und Souveränitätsverzicht”, *Der Staat*, vol. 29, 2000, pp. 547 y ss.

69 Mößle, W., *Regierungsfunktionen des Parlaments*, 1986, p. 6.

cipio de subsidiariedad como “condición de la realización de la soberanía”.<sup>70</sup> Las unidades de decisión subsidiarias y parcialmente soberanas se funden en una unidad de acción de la cual derivan, y no sólo para Europa, contenido, forma y Constitución.<sup>71</sup>

Un concepto de soberanía que sea igualmente válido para la doctrina del derecho constitucional como para la del derecho internacional ya presupone este elemento cooperativo. El poder público, que actualmente es ejercido tanto por unidades es-

<sup>70</sup> Tsatsos, D. Th., “Die Europäische Unionsgrundordnung im Schatten der Effektivitätsdiskussion”, *EuGRZ* 2000, pp. 517 y ss., 520; véase también Hailbronner, K. “Aufgabe von Souveränitätsrechten als EU-Mitglied — deutsche Erfahrungen”, *FS H. Maurer*, 2001, pp. 97 y ss., 103.

<sup>71</sup> En la “era fundacional” de las Comunidades Europeas hablaba Thieme, W., “Das Grundgesetz und die öffentliche Gewalt internationaler Staatengemeinschaften”, *VVDStRL*, vol. 18. 1960, pp. 50 y ss., 55, de una “amalgama parcial de la soberanía de los Estados parte a través de la creación de la Comunidad”. Para el Estado constitucional cooperativo de la actual etapa de desarrollo parece más apropiada la imagen de una “ fusión” de competencias de decisión soberanas parciales. Véase al respecto, Häberle, P., “Das Grundgesetz als Teilverfassung im Kontext der EU/EG — eine Problem skizze”, *FS H. Schiedermaier*, 2001, pp. 81 y ss., 82 y ss.; véase ya del mismo autor “Europa — eine Verfassungsgemeinschaft”, en su volumen *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, 1999, pp. 84 y ss., 100 y ss.

tatales como por unidades supraestatales surgidas de los procesos de integración, no puede ser explicado mediante las categorías unidimensionales de una teoría del Estado positivista, sino que tiene que ser desentrañado a partir de la realidad del mundo globalizado de los Estados.<sup>72</sup> Los textos de las Constituciones nacionales hacen en este sentido una aportación indispensable. En su preámbulo, en sus artículos 23, 24 y 25 apunta la Ley Fundamental de Bonn, como agudamente ha señalado K. Hesse, “más allá de sí misma”.<sup>73</sup> Nuevos intentos terminológicos sustituyen la “supremacía absoluta” como característica de la soberanía. La interacción de competencias relativas, la “soberanía compartida”,<sup>74</sup> el “poder de la organización internacional”, o el “poder de la integración supranacional”,<sup>75</sup>

72 En este sentido ya la “conclusión de la teoría de la ciencia” en Kaiser, J. H., “Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften”, *VVDStRL*, vol. 23, 1966, pp. 1 y ss., 26.

73 Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., 1995 (reimpr. 1999), núm. marginal 11.

74 Pernice, I., “Europäisches Verfassungsrecht im Werden”, en Bauer, H. et al. (eds.), *Ius Publicum im Umbruch*, 2000, pp. 25 y ss., 37.

75 Así Hobe, S., “Der kooperationsoffene Verfassungsstaat”, *Der Staat*, vol. 37, 1998, pp. 521 y ss., 545.

constituyen otros tantos términos clave. En última instancia, la imagen corriente de la “superposición” del derecho internacional o el europeo a la soberanía no es exacta. No es que una esfera soberana se superponga a la otra, sino que los diversos ámbitos competenciales y los espacios soberanos se *coordinan entre sí* y se vinculan a través de un *mecanismo de engrane* de uno con el otro. El canon normativo típico, que manifiesta la decisión del Estado constitucional a favor de la cooperación internacional, *estructura* a la soberanía mucho más de lo que la *desplaza*. La relativización de la soberanía no conduce a decirle adiós, sino a su reinterpretación como *garantía estructural*.

## VI. PERSPECTIVAS Y CONCLUSIÓN

El poder soberano de configuración y el ropaje jurídico del que se viste son dirigidos por la realidad de la formación de comunidades políticas; por lo tanto, están condicionados históricamente. La discusión en torno a la soberanía es hija de su respectiva época, pero no debe ser víctima del espíritu de la época, como tampoco de quienes pretenden convertirla en mito de la unidad homogénea. El hecho de que la apertura cooperativa del Estado constitucional haya avanzado más en Europa que en La-

tinoamérica, e inversamente, el que ahí, como en los Estados Unidos, la comunidad política esté concebida de manera menos excluyente con referencia al Estado que en Europa continental, solamente puede enriquecer el diálogo cultural transatlántico. Habiendo disposición recíproca al aprendizaje y la recepción, puede ser de mucha ayuda asegurar la soberanía de aquello que es lo importante en cualquier orden constitucional: la “soberanía del ser humano, que encuentra su expresión política en la soberanía del ciudadano”.<sup>76</sup>

<sup>76</sup> Havel, V., “Die Herrschaft der Gesetze”, en *ibidem, Sommermeditationen*, 2a. ed., 1994, pp. 14 y ss., 27.