

2. LA SOBERANÍA DEL ESTADO

| | |
|--------------------------|-----|
| 72. Transición | 114 |
|--------------------------|-----|

I

| | |
|--|-----|
| 73. El Estado es soberano en el sentido de que su sistema y su ordenamiento son <i>supremos</i> frente a la voluntad de los individuos y grupos que de él forman parte | 115 |
| 74. La soberanía es esencialmente interna | 116 |

II

| | |
|---|-----|
| 75. Examen de las objeciones de Duguit contra la noción de soberanía: <i>a)</i> el pretendido problema insoluble del <i>origen</i> del derecho de soberanía, que en realidad proviene de la naturaleza | 117 |
| 76. <i>b)</i> El pretendido problema insoluble del <i>sujeto</i> del derecho de soberanía, que no es ni el <i>Herrscher</i> , ni el pueblo o la nación, ni aun el Estado, pues la soberanía no tiene sujeto: es intrínseca al Estado que obra por sus gobernantes | 119 |
| 77. <i>c)</i> Las objeciones sacadas de la descentralización regional y del Estado federal | 122 |
| 78. <i>d)</i> La pretendida dificultad de conciliar soberanía y sumisión al derecho. Remisión | 123 |
| 79. Crítica de la construcción de Duguit, que reemplaza la idea de soberanía con la de “función” de los gobernantes ligados por la “solidaridad social” | 123 |

III

| | |
|--|-----|
| 80. El Estado es necesariamente soberano, y su soberanía es una e indivisible | 125 |
| 81. Pero su soberanía es esencialmente <i>relativa</i> , limitada al bien público temporal. La cuestión de los conflictos de competencia | 127 |

IV

| | |
|--|-----|
| 82. Crítica de la teoría de Hauriou sobre las “tres formas de soberanía” | 128 |
|--|-----|

organización del Estado.³⁵ Si llega a acontecer (y el caso es bastante frecuente) que las secciones o departamentos sean erigidos en personas distintas, ello no puede ser más que en aplicación de la distinción, ya subrayada,³⁶ entre la personalidad en sentido científico, de que carecen, y la personalidad en sentido jurídico, que les es atribuida por razones de utilidad práctica.³⁷

Pero hay que tener en cuenta que, de suyo, la unidad de la persona-Estado no impide que existan en el Estado personas morales privadas y aun personas morales públicas, tales como los municipios y las provincias, dotadas de una verdadera personalidad, en el sentido científico del término. El Estado no es más que una asociación más amplia, que se superpone a los individuos y a los grupos, para ordenarlos y regirlos, ciertamente, pero sin absorberlos ni absorber su personalidad. Integrados en el Estado, los grupos privados y públicos continúan viviendo como personas dotadas de autonomía, mayor en el caso de los grupos privados, menor en el de los grupos públicos.

2. La soberanía del Estado

72. Bien vistas las cosas, el problema de la personalidad del Estado no ofrece más que un interés muy teórico, por la sencilla razón de que se está de acuerdo, en general, en tratar al Estado como una persona. ¿Realidad o ficción? Hasta los mismos partidarios de la ficción se ven obligados a convenir, no sólo en que la “personificación” no es arbitraria (puesto que es útil), sino en que encuentra un punto de apoyo en la realidad: a saber, las ideas de bien público y de cosa pública que constituyen el fin de toda la organización estatal y que justifican la erección en una “individualidad separada”, en un “centro propio de actividad”, de la organización destinada a ese fin.³⁸ Duguit mismo no llega a disimular la realidad

35 Comp., en el mismo sentido, Michoud, 3a. ed., t. I, núm. 110; Carré de Malberg, t. I, núm. 15, nota 38, pp. 45 y 46; De la Bigne de Villeneuve, *op. cit.*, t. I, pp. 574-577; G. Renard, *L'institution*, pp. 245-256.

36 Véase *supra*, núm. 69.

37 Comp., acerca de este punto de los servicios públicos personalizados, Michoud, 3a. ed., t. I, núm. 115.

38 Son las palabras mismas de M. Géný, en el texto a que se ha hecho referencia con anterioridad, núm. 64, nota 4. Comp. De la Bigne de Villeneuve, *op. cit.*, t. I, p. 537: “...el hecho de constituer un centro de atribuciones y de operaciones es un atributo reservado a los seres superiores que la filosofía llama personas” (además: pp. 604-607).

—moral— y la personalidad —moral— del Estado bajo la fórmula, sedicente realista, de los “gobernantes” sometidos a la “regla de derecho”, es decir, si se va al fondo de las cosas, obligados a gobernar en calidad de representantes o de órganos de la cosa pública y en vista del bien público.³⁹ Por otra parte, el propio Duguit no ataca tanto la idea de personalidad por su falsedad o nocividad propia, como por su calidad de soporte de otra noción que es, para él, la principal y en la cual concentra toda su hostilidad, a saber, la noción de *soberanía*.

I

73. ¿Qué quiere decir la soberanía del Estado? La expresión es ambigua y suscita muchas controversias. Se impone, por ello, hacer precisiones.⁴⁰

Si se consulta la etimología, la soberanía evoca, en primer lugar, la idea de una *superioridad*. Superioridad, no desde el punto de vista de las cualidades físicas o morales, sino desde el punto de vista de una preeminencia jerárquica, que implica, de una parte, el derecho de dar órdenes y, de la otra, el deber de subordinación. Superioridad de autoridad, de poder, tratándose ciertamente de un poder de derecho y no de un poder material de imponer la voluntad, pues la superioridad jerárquica está fundada en motivos que la hacen legítima y, por tal título, respetable. Pero no todo poder legítimo es soberano. Es soberano el poder que está *supra*-ordenado respecto de todos los demás, existentes o posibles. A él pertenece la dirección suprema, sin que se pueda recurrir a una instancia superior que, por hipótesis, no existe ni puede existir. La soberanía es, pues, una superioridad no solamente relativa, de un poder respecto de otro, sino absoluta de un poder con relación a todos los demás poderes.

Y no es esto todo. En el seno de cada orden de relaciones humanas organizadas existe una autoridad, o mejor, un órgano soberano que representa el más alto poder de este orden. Se encuentra así un órgano soberano en todas las sociedades, públicas o privadas, cuando, por lo menos, están suficientemente desarrolladas para que el gobierno, en el grupo, esté repartido entre órganos diversos de los que uno, con relación a los otros, será necesariamente soberano. De esta manera, el órgano soberano

39 Véase *supra*, núm. 54, el desarrollo de esta observación, sobre la cual habrá oportunidad aún de insistir: *infra*, núm. 79.

40 Respecto a la historia de la noción de soberanía y a las diversas acepciones del término, véase la exposición de Carré de Malberg, t. I, núms. 28-31, pp. 72-88.

en la sociedad anónima es la asamblea general de accionistas; en el municipio (agrupación política), el consejo municipal o, si se quiere, el cuerpo electoral municipal. En una palabra, en cada grupo social, comprendiendo el Estado, hay un órgano supremo de autoridad.

Sin embargo, cuando se habla de la soberanía del Estado, se quiere significar, no que exista, en el seno del Estado, un órgano supremo de la autoridad, sino que todo órgano, supremo o no, que esté facultado para hablar en nombre del Estado, es soberano con *relación a los órganos incluso supremos de los demás grupos*, privados o públicos, englobados en el Estado. En otros términos, esas autoridades no son soberanas en su grupo sino a reserva de la soberanía del Estado, que representa, con relación a ellas, un orden superior. No se inquires, pues, cuál pueda ser, en el Estado, el órgano soberano del gobierno, que inclusive puede ser complejo y difícil de reconocer; se afirma tan sólo el derecho del Estado de imponer a los individuos y a los grupos que viven en su seno una norma a la cual están obligados a plegarse, sin posibilidad de apelación a ninguna otra autoridad superior fuera de él y de sus órganos.⁴¹

74. De estas explicaciones se desprende que la soberanía del Estado es esencialmente *interna*.

De ordinario, empero, pretende hacerse la distinción entre la soberanía *interna* —en el interior del Estado, con respecto a los individuos y a los grupos, es el propio Estado quien tiene la supremacía— y la soberanía *externa*, que sería el mismo atributo considerado en el orden externo, en el plano de las relaciones entre el Estado y los demás Estados o personas de derecho internacional. A decir verdad, este análisis no es claro. Podría preguntarse, en efecto, qué es lo que justamente quiere decirse con la idea de soberanía externa: si se trata del derecho que pertenece al Estado de oponer a los demás Estados su soberanía interna sin que éstos tengan el derecho de intervenir, o bien del derecho que pertenecería al Estado de regular soberanamente sus relaciones con el exterior. En todo caso, no podría haber, propiamente hablando, soberanía *externa*: la idea de soberanía implica, de suyo, un poder *superior* y un poder *inferior*. En el plano internacional no hay, en cambio, entre los Estados, más relaciones que las de *igualdad*.⁴² No basta decir, con Carré de Malberg, que la soberanía ex-

41 En lo que toca a la necesidad de distinguir un problema de la soberanía *del* Estado y un problema de la soberanía *en el* Estado, véase Barthelemy y Duez, *Traité de Droit Constitutionnel*, nueva edición, París, 1933, pp. 51-53.

42 Haciendo reserva de la cuestión de ciertos Estados no soberanos, así como de la subordinación

terna no es más que una “consecuencia” o un “aspecto” de la soberanía interna que es la verdadera soberanía.⁴³ Entre Estados iguales, el concepto de soberanía no está en su sitio. Lo que se designa por soberanía externa es, a decir verdad, la autonomía de los Estados en el orden externo: en sus relaciones con el exterior, el Estado no obedece a nadie; allí se trata de *independencia*, no de soberanía. La soberanía es mando, poder de ordenar. Ahora bien, el Estado no manda, no ordena de manera soberana más que en el interior de sus fronteras, en las relaciones entre la sociedad política y los individuos y grupos subordinados.⁴⁴ No obstante, como la distinción ha entrado en el uso corriente y la expresión es bastante cómoda, nada impide emplearla, siempre que se comprenda su exacto alcance. En todo caso, lo único que interesa por el momento es la soberanía *interna*: el Estado es soberano en el sentido de que constituye el grupo y, consecuentemente, el poder supremo en el interior.

II

75. La idea de soberanía, sin embargo, es enérgicamente combatida por Duguit,⁴⁵ y no tan sólo, como puede suponerse, la soberanía entendida como un derecho de mando supremo, sino la soberanía entendida como un derecho de mando cualquiera. Es, en el fondo, el principio mismo de autoridad el que critica Duguit, y aun cuando no sale del terreno del Estado, en el que se encuentra, en efecto, la aplicación más vigorosa de la idea, puesto que la autoridad del Estado se erige en suprema, es en realidad el concepto de la autoridad del hombre sobre el hombre, tanto en el Estado como fuera de él, el que se encuentra a discusión.

Sea lo que fuere, Duguit hace al concepto de soberanía un doble reproche, que es el de suscitar una serie de problemas que a su modo de ver son irresolubles, especialmente en cuanto al *origen* y al *titular* del preten-

ción de los Estados soberanos a un orden común internacional. Acerca de este último punto, véase *infra*, núm. 286.

43 Carré de Malberg, t. I, núm. 26, pp. 70-72. Véase, sin embargo, núm. 30, p. 80.

44 Véase, en el mismo sentido, Duguit, t. I, pfo. 67, pp. 714 y 719; De la Bigne de Villeneuve, t. I, pp. 457 y 458; Le Fur, *Précis de droit international public*, 2a. ed., núm. 135; Scelle, *Précis de droit des gens*, primera parte, pp. 81 y 82. Comp. Hauriou, p. 117.

45 Véase también Scelle, *Précis*, primera parte, pp. 13, 14, 77 y 78; H. Laski, “La conception de l’État de León Duguit”, *Archives de philosophie du droit*, 1932, cuaderno 1-2, pp. 132 y 133, y *Grammaire de la Politique*, París, 1933, pp. 25 y ss. Además: A. Hoog, “Les théories de Harold Laski et le pluralisme démocratique”, *Archives de philosophie du droit*, 1937, cuaderno 1-2, pp. 149-158.

dido derecho subjetivo de soberanía, y sobre todo de contradecir el principio capital de que el Estado, como todo individuo o institución humana, está sometido al *derecho*.⁴⁶

Examinemos uno a uno esos reproches, acompañándolos de algunas reflexiones críticas.

Primer problema irresoluble, de acuerdo con Duguit: el del *origen* del derecho de soberanía. Si ese derecho existe, debe tener su explicación: ¿cómo es que determinados hombres tienen el derecho de imponer por la fuerza su voluntad a los demás (3a. ed., t. I, pfo. 51, p. 551)? Este problema no es susceptible de ninguna solución, porque para resolverlo precisaría, en efecto, poder demostrar que determinadas voluntades terrestres son de una esencia superior a las otras, y nada hay que permita afirmar tal cosa (pfo. 51, p. 552). Y he aquí condenadas, desde luego, las doctrinas democráticas de la soberanía nacional que descansan sobre este postulado (pfos. 52 y 53, pfo. 51, p. 555). O bien es preciso admitir la intervención terrestre de un poder supraterrrestre (doctrinas teocráticas), lo que conduce fuera del dominio científico (pfos. 52 y 51, pp. 552 y 553). De antemano había concluido Duguit: “Esta imposibilidad absoluta de explicar humanamente, por las vías positivas, la existencia de una voluntad soberana es la mejor demostración de las doctrinas que, como la nuestra, niegan pura y simplemente la soberanía” (pfo. 51, p. 553).

A esta argumentación se responderá, desde luego, que hay una tercera solución posible, que es la verdadera. La soberanía no viene ni de Dios, por lo menos inmediatamente —pues jamás ha decretado Dios el principio de la soberanía ni investido a nadie de ella—, ni de ninguna voluntad humana, ni siquiera de la voluntad de la mayoría o de la nación, pues, efectivamente, el hombre no tiene en sí mismo ninguna cualidad o superioridad que le confiera el derecho de mandar a su semejante. La soberanía en realidad viene de las cosas. Si el Estado responde a una exigencia de la naturaleza humana⁴⁷ y si no hay Estado viable sin autoridad que lo presida,⁴⁸ la soberanía queda plenamente explicada: es de derecho natural, a título de consecuencia necesaria del Estado, sin que haya necesidad de recurrir a ninguna otra razón tomada del derecho positivo divino o del derecho positivo humano. Cabe agregar que si la naturaleza se encuentra en el origen de la soberanía como principio, no es la naturaleza

46 Duguit, t. I, pfo. 49, p. 541; pfo. 50, p. 542.

47 Como ha tratado de demostrarse, núm. 56.

48 Para la demostración de esta verdad de experiencia, véase *supra*, núm. 37.

la que designa los titulares de la misma⁴⁹ y que en todo caso la voluntad de los gobernantes no es físicamente de una “esencia” diferente de la de los demás individuos humanos: nada más está calificada para ejercer el mando.

76. El segundo problema insoluble planteado por el derecho subjetivo de soberanía sería, según Duguit, el del *sujeto* de ese derecho. Como la soberanía, poder de dar *órdenes*, implica necesariamente un sujeto dotado de voluntad, es preciso, cueste lo que cueste, encontrar un ser investido de una voluntad consciente al que se pueda hacer sujeto, o soporte (*Traeger*) del derecho de soberanía. La cosa no es fácil: resulta, incluso, enteramente imposible (t. I, pfo. 55, pp. 592 y 593). El autor pretende demostrarlo analizando las tres soluciones que han sido propuestas.

Se ha dicho, en primer lugar, que el sujeto del derecho de soberanía es el individuo o el grupo de individuos que, de hecho, detentan el poder (el príncipe, los gobernantes, el *Herrscher*). Es la vieja doctrina del Estado patrimonial según la cual el Estado es la cosa del soberano, doctrina que conduce al absolutismo y que ya nadie defiende (pfo. 55, p. 593; pfos. 56 y 59, pp. 616-618).

De acuerdo con una segunda doctrina —que se encuentra en la base del derecho público positivo de los pueblos que han aceptado la tradición revolucionaria—, el titular —y el titular originario— de la soberanía es la nación misma personificada, es decir, el pueblo, la voluntad general. Solamente la nación delega el derecho a los cuerpos o individuos que la ejercen en su nombre y con los mismos efectos que si fuese la nación misma la que actuase (pfo. 55, pp. 593 y 594; pfo. 57, pp. 603-608; t. II, pfo. 3, pp. 16-18; pfo. 10, pp. 93 y ss.). A lo cual Duguit objeta: que la nación no podría ser sujeto de derecho o persona, porque las colectividades no tienen personalidad distinta de la de los individuos que las componen (pfo. 57, p. 609) —que es lógicamente incomprensible, en el caso de que la delegación sea entregada a una asamblea, que ésta pueda recibir el mandato, puesto que no está aún constituida (ya que, en la teoría del mandato representativo, el mandato es conferido en el instante mismo de la elección y, por consiguiente, en un momento en que el mandatario aún no existe (pfo. 57, pp. 609 y 610)—; que, en suma, esta construcción introduce en el Estado una dualidad de personas soberanas, la nación por una

⁴⁹ Volverá a tratarse más adelante este problema, que concierne a la *organización* del poder público: véase *infra*, núm. 108.

parte y el representante por la otra, sin que la naturaleza de sus relaciones esté determinada con justeza (pfo. 57, p. 610).

De acuerdo con una tercera doctrina, llamada alemana, y que es defendida por Jellinek, Orlando, Esmein y otros, el sujeto de la soberanía es el Estado mismo, en su unidad e indivisibilidad, por cuanto los gobernantes son, no los representantes de la nación, sino los órganos del Estado persona soberana (pfo. 55, p. 594; pfo. 58, pp. 612-616; t. II, pfo. 10, pp. 93 y ss.). A lo cual Duguit objeta: al igual que la nación, el Estado no es una persona, por carecer de voluntad distinta de las de los individuos agrupados en él (pfo. 59, pp. 618-621) —que si el Estado es persona soberana, debe serlo siempre. Luego ¿cómo es posible que a menudo actúe como persona privada, como sucede en muchas relaciones con los particulares, en las que trata de igual a igual y no como soberano? Porque Duguit rechaza la pretendida dualidad de personas, pública y privada, en el Estado (pfo. 59, pp. 622-626; t. II, pfo. 10, pp. 97-100)—;⁵⁰ que dos hechos arruinarían la concepción de la personalidad soberana, una e indivisible del Estado: el hecho de la descentralización por región, en que se ve a ciertas colectividades locales, tales como el municipio, dotadas de determinadas prerrogativas de la soberanía (poder de policía, poder de establecer y cobrar impuestos, poder de expropiar...); y el hecho del federalismo político, en que se ve a los Estados federados gozar de determinados derechos de poder público que deberían pertenecer al Estado federal (pfo. 59, pp. 626-629; t. II, pfo. 11, pp. 104 y 105; pfo. 12, pp. 110 y ss.; pfo. 13, pp. 124 y ss.).

¿Qué pensar de esta crítica? Que Duguit plantea mal el problema y confunde muchas cuestiones.

Es muy cierto, desde luego, que ni el *Herrscher*, ni el pueblo o la nación, considerados aisladamente del Estado —del principio y de la organización que se denominan Estado— tienen cualidades para imponer su voluntad a cualquier hombre. La soberanía no es algo en cierta forma personal del gobierno, independientemente de cuál sea el régimen político considerado: monárquico (*Herrscher*) o democrático (pueblo o nación). La soberanía no existe más que en interés del Estado y del público, no en provecho de los gobernantes, individuo o pueblo. Toda concepción patrimonial, egoísta, que confundiese el Estado y la idea representada por él, con el bien particular o la voluntad particular de un individuo, de una mi-

50 Véase, acerca de esta dualidad, nuestras observaciones anteriores, núm. 70.

noría de individuos o inclusive de la mayoría de los individuos, se encuentra de antemano descartada.

Poco importa, además, la cuestión de saber cuál es el órgano —príncipe o pueblo— que, en el Estado, es el sujeto detentador de la soberanía. Ese problema concierne al *régimen político*, es decir, a la organización del gobierno del Estado y no al Estado mismo, a las *modalidades* de la soberanía y no ya al *principio* mismo de la soberanía. Sea cual fuere la dificultad de determinación de los sujetos u órganos de la soberanía en el Estado moderno,⁵¹ dificultad que deriva de la complejidad del mecanismo gubernamental y que no será suprimida con la supresión del concepto de soberanía,⁵² no podría ponerse en tela de juicio que existe en el Estado un órgano, simple o complejo, que está facultado para obrar en nombre del Estado y para administrar los negocios públicos. Y, por el momento, esta constatación basta.

¿Diremos, entonces, que la soberanía tiene por titular al Estado mismo?

No, por de pronto; pues contrariamente a lo que cree Duguit en la forma en que plantea el problema, no es absolutamente indispensable asignar a la soberanía un titular, un sujeto dotado de voluntad, por lo menos en cuanto a aquello que se denomina el *goce* del derecho. Como lo dice M. G. Renard: “La autoridad es *intrínseca* a la institución. Yo no digo que sea atributo, dotación, gaje de la misma... es su condición de existencia, es su manera de ser, es su comportamiento”. La soberanía es “la manera de ser institucional de la nación. La autoridad está en la comunidad y, de la comunidad, redunda, en cuanto a su ejercicio, sobre los individuos que proveen, y en la medida en que proveen, al bien común”.⁵³ Por lo cual la soberanía es presentada aquí como un carácter del Estado, inherente a su ser mismo, en tanto que es comunidad políticamente organizada. El Estado no *tiene* un derecho de soberanía, del que sería titular; por naturaleza, *es* soberano. Uno de los errores de Duguit, que en este punto se muestra muy jurista e incluso civilista, es querer a toda costa descubrir por doquiera sujetos de derecho. No encontrándolos en el lu-

51 Se tratará este problema en el capítulo siguiente, consagrado a la organización de la autoridad en el Estado: véase *infra*, núms. 108 y ss.

52 En Efecto, si se suprime el concepto de soberanía para dejar en su lugar el de “gobernantes”, el problema sigue en pie: ya no se preguntará en dónde están los titulares o sujetos de la soberanía, sino que quedará por ver dónde están los gobernantes. Y el problema es también difícil.

53 G. Renard, *La théorie de l'institution*, pp. 314 y 315. Además, *id.*, *L'organisation rationnelle de l'État*, en el apéndice a *L'Institution*, pp. 568 y 569. Comp. Del Vecchio, *Philosophie du droit*, pp. 287 y 288.

gar en que equivocadamente los busca, niega el concepto. Pero hay sujetos de derecho y sujetos de derecho, como hay derechos y derechos. Hay derechos que se confunden con su sujeto hasta el punto de formar parte de él, de su ser mismo: así, por ejemplo, la soberanía en el Estado, y la autoridad, en cualquier grupo organizado.⁵⁴

Claro que la soberanía entraña un derecho de mando supremo, que se tratará de *ejercer*, de poner en acción, y que no puede ser ejercitado sino por sujetos dotados de voluntad. El Estado mismo, aunque persona, no está dotado de voluntad; pero tiene a su servicio gobernantes que ejercen la soberanía y que tomarán en sus manos el mando, no como sesionarios de esta soberanía que es de suyo inalienable, sino como órganos representativos del Estado soberano, es decir, por cuanto sus actividades individuales están puestas al servicio del grupo estatal y de la idea que constituye el principio de ese grupo, o sea, la idea del bien público. De este modo, en cuanto al goce, la soberanía corresponde al Estado mismo como una de sus cualidades, y, en cuanto al ejercicio, corresponde a los gobernantes legítimos. O bien, si se prefiere una construcción más sencilla, la soberanía, entendida como ejercicio del mando, de las órdenes concretas que hay que dar, pertenece a los gobernantes, pero solamente en su calidad de gobernantes y para el bien del Estado y del público.⁵⁵

77. Es inútil oponer, con Duguit, a esta concepción del Estado soberano, los fenómenos de la descentralización regional y del Estado federal que no son pertinentes. Si el municipio goza, en el seno del Estado, de una cierta autonomía, incluso desde el punto de vista del mando, no por ello es soberano, puesto que el campo de esta autonomía está determinado por el Estado, que sigue siendo así el poder más alto.⁵⁶ Lo mismo pasa, a mi modo de ver, en el caso del Estado federal: los estados particulares gozan en realidad de una cierta autonomía y, en el cuadro de la misma, de un derecho de soberanía; pero en las materias llamadas federales, el derecho de decisión emana del poder federal, y, más aún, la competencia de la competencia, es decir, la determinación de lo que es materia federal y materia no federal, está atribuida normalmente al Estado federal.⁵⁷ Por lo demás, todos esos problemas se derivan, una vez más, de una cuestión

54 Comp. con las ideas de Otto Mayer y las observaciones de Michoud, *La Théorie de la personnalité morale*, 3a. ed., t. II, núm. 207.

55 Respecto a las relaciones que unen a los gobernantes al Estado, véase *supra*, pp. 71 y ss.

56 Volverá a tratarse la cuestión de la descentralización: véase *infra*, núm. 184.

57 Véase, en el mismo sentido, Le Fur, Prefacio a *De la Bigne de Villeneuve*, *op. cit.*, t. I, pp. XXIII y XXIV (igualmente pp. XI y XII); G. Renard, *L'Institution*, p. 156, nota 1.

de organización del poder político: en un régimen complejo como el del Estado federal, se trata de saber en quién reside el titular de la soberanía. Pero esta cuestión no afecta al principio mismo, sea cual fuere su procedimiento técnico.

78. El tercer problema insoluble suscitado por el concepto de soberanía, sería, a los ojos de Duguit, el de la conciliación de esta soberanía con el principio de que el Estado debe estar sometido al derecho. Soberanía y sumisión al derecho constituirían términos absolutamente antinómicos y habría que escoger entre ellos. Ahora bien, Duguit opta por la sumisión al derecho, que le parece la solución necesaria, so pena de negar el derecho y todo el orden humano, que sólo puede estar fundado sobre el derecho. Queda por ver, sin embargo, qué concepto tiene Duguit de uno y otro de esos términos que pone en oposición. La cuestión será examinada en el siguiente párrafo, en el que se defenderá la tesis de que el Estado, aun siendo soberano, está sometido al derecho, de manera que la contradicción invocada por Duguit no es más que aparente.⁵⁸

79. Habiendo eliminado la idea de soberanía, se llega a saber qué es lo que Duguit propone para reemplazar esta construcción pretendidamente irreal y falsa: el simple análisis de la realidad. Por una parte, “el Estado es una pura abstracción: la realidad son los individuos que ejercen el poder estatal”,⁵⁹ es decir, los gobernantes; por la otra, esos mismos gobernantes no tienen ningún derecho de dar órdenes ni en su propio nombre, ni en el de la Nación o del Estado; tienen solamente el deber, en virtud de la regla de derecho que los liga como a todos los humanos, de usar de la fuerza y de obligar a los gobernados a la obediencia en todo lo que reclama la solidaridad social. De este modo, la obligación, la *función* que se tiene que cumplir se substituyen al derecho subjetivo de soberanía.⁶⁰

Mas, nuevamente, ¿no se trata de una disputa de palabras? De hecho, los gobernantes dan órdenes y deben ser obedecidos. Duguit lo reconoce, o mejor, lo hace reconocer por el público: “Este poder de obligar, desde el día en que *se* ha comenzado a reflexionar sobre él, ha parecido legítimo. *Se* ha comprendido, desde el primer momento, que era útil para la vida y el desarrollo del grupo, que sin él se descompondría o sería absorbido por otro. De que era útil, *se* ha concluido que era legítimo y que *se*

58 Véase *infra*, núm. 83.

59 Duguit, 3a. ed., t. I, pfo. 63, p. 672.

60 Se encontrará en páginas anteriores —núm. 54— un análisis somero y una crítica del sistema general de Duguit en lo que concierne al Estado.

imponía una obligación a los individuos miembros del grupo de obedecerlo, y que en caso de rehusarse, los detentadores de la fuerza podrían legítimamente usar de ella para imponer la obediencia”.⁶¹ Ahora bien, esta facultad de obligar, necesaria y legítima puesto que la reclama la vida del grupo, es lo que la doctrina tradicional llama la soberanía. Ello no obstante, las órdenes que dan los gobernantes no les atribuyen poder alguno para dictarlas sino en cuanto están investidos de la función de gobernar; más aún, esas órdenes no son respetables sino en cuanto forman parte de la función de gobierno, es decir, en cuanto entran en la competencia del Estado y están conformes con el fin que éste persigue. Es lo que se quiere expresar diciendo que la soberanía pertenece al Estado. Esta soberanía no es propia y personal de los gobernantes; ellos la ejercen en nombre del grupo, dentro de los límites del grupo y en interés del propio grupo del que son jefes, es decir, en definitiva, sus servidores. En otras palabras, hay hombres que disponen, organizan, imponen obligaciones, dan órdenes supremas: son los gobernantes, pero no dan órdenes en su nombre y para beneficio suyo; dan órdenes en nombre del bien público y para el bien público. Es tanto como decir que obran como órganos representativos del Estado, puesto que el Estado es la empresa organizada y jerarquizada del bien público.⁶²

El error de Duguit, que siempre parte de la hipótesis individualista, es creer que una soberanía, un poder o una autoridad no podrían ser más que un poder de dominación, una *propiedad* atribuida al sujeto como a su término, cuando bien puede ser una *función*, un servicio en beneficio de otro o de una idea. En realidad, toda autoridad constituida, cualquiera que sea, está al servicio de la institución que representa y cuyos intereses gestiona. Como dice Hauriou, “la construcción jurídica del poder de derecho repugna el poder personal; ella conduce todo derecho al poder representativo, con la particularidad de que el jefe, primitivamente, no representa al grupo, sino a la institución gubernamental del grupo”.⁶³

61 Duguit, t. I, pfo. 50, p. 542.

62 Comp. Esmein, *op. cit.*, 8a. ed., t. I, p. 2: “La autoridad pública, la soberanía no debe jamás ser ejercitada sino en interés de todos: es lo que se quiere lograr dándole por sujeto una persona ficticia (?), distinta de todos los individuos que componen la nación, distinta de los magistrados y de los jefes, así como de los simples ciudadanos”.

63 Hauriou, *Précis*, 2a. ed., pp. 18 y 19. Igualmente p. 20: “Hay otra ventaja en el poder ejercido en nombre de una institución y mucho más grande: se encuentra en el hecho mismo de que el poder es ejercido en nombre de una obra a realizar y por consiguiente de una función que cumplir, encontrándose así constreñido por un deber y una responsabilidad”.

Sin embargo, el siguiente pasaje de Duguit indica que en el fondo casi está de acuerdo. “Yo niego la autoridad en cuanto poder superior de orden metafísico (?) perteneciente a un individuo o a una colectividad, pero jamás la he negado en cuanto es una función que realiza un grupo de hombres [los gobernantes] y que debe realizar ese grupo en razón del lugar que ocupa en el cuerpo social”.⁶⁴ Nadie, desde el advenimiento del cristianismo, ha considerado jamás a la autoridad como “poder superior de orden metafísico” perteneciente a un hombre, a la nación, o al Estado. Los hombres revestidos de la autoridad no poseen el derecho de dar órdenes sino en razón de su “lugar en el cuerpo social” y de la función de dirección que les corresponde en el sistema del Estado. Sólo resta decir que la función engendra, si no en provecho de los funcionarios, por lo menos en su activo, derechos que se pueden llamar subjetivos, pero “*qualitate qua*”, y que consisten precisamente en el poder de realizar todos los actos necesarios en el desempeño de sus funciones.

III

80. De la noción que se ha dado de la soberanía, al comienzo de este parágrafo,⁶⁵ resulta que tal noción es, a la vez, *esencial* al Estado y *relativa* a las cosas que conciernen al Estado.

Esencial al Estado, en el sentido de que el Estado no podría dejar de ser soberano. Si el Estado no tiene el derecho de mando supremo, si está subordinado a otras órdenes o si debe compartir, con otros, todos o parte de los atributos del mando (lo que corresponde a la idea de soberanía *una e indivisible*), el concepto mismo de Estado desaparecería.⁶⁶ Tal es por lo menos el derecho, si no siempre el hecho, pues la historia anterior ha conocido, y la de hoy conoce todavía, Estados o más bien dicho gobiernos que, lejos de regir a los grupos particulares, están directa o indirectamente dominados por ellos. Y es que no se puede decir que el orden político sea siempre simple. El Estado no se ha formado en un día ni de una sola pluma: es el resultado de un *proceso* de unificación y descentralización que parte de los grupos políticos locales (provincias, municipios...), inclu-

64 Duguit, 2a. ed., t. II, pfo. 9, p. 77.

65 Véase *supra*, núms. 73 y 74.

66 No se pretende excluir con ello la hipótesis de una soberanía ejercida conjuntamente por dos Estados, como en el caso del *condominium*. Esta co-soberanía no entraña fraccionamiento de la soberanía.

so a veces de grupos que han conservado el nombre y, en parte, los poderes del Estado (hipótesis del Estado federal). Pueden existir así jerarquías en el seno del orden político, e igualmente, entre las colectividades públicas componentes, combinaciones de autonomía y de jerarquía. Pero sean cuales fueren esos arreglos, que interesan a la organización interior de la soberanía,⁶⁷ puede decirse con verdad que el sistema político figurado por el Estado, descentralizado o no, unitario o federal, ocupa, a semejanza de los sistemas no políticos, el punto más elevado de la jerarquía.

Y no puede ser de otra manera, ya que la jerarquía de las *órdenes* está, en efecto, determinada por la jerarquía de los *fin*es. El fin supremo entraña el derecho de orden y de mando supremos. Ahora bien, el fin del bien público es, por su naturaleza misma, supremo, puesto que tiende a elevarse por encima de otros fines, particulares o locales, para ordenarlos y armonizarlos. La idea de bien público contiene así en potencia la idea de soberanía: necesariamente, el grupo o el sistema que tiene por objeto procurar a los hombres la paz y la justicia, el orden y el equilibrio,⁶⁸ debe estar facultado no solamente para imponer su ley, sino en caso de conflicto hacerla prevalecer. Representando en el interior, en la pluralidad de órdenes contractuales y corporativos en que se agrupan los individuos, el orden más elevado necesariamente debe privar y dominar.⁶⁹ La filosofía tradicional expresa la misma idea por medio de la siguiente fórmula: el Estado, “sociedad perfecta”.⁷⁰ Una sociedad es perfecta en cuanto forma un sistema completo que le confiere plenitud de competencia. Por consiguiente, el Estado, encargado de proveer al bien público, tiene, en virtud de su fin, una competencia a la vez general y superior, de la que deriva su poder soberano.⁷¹

67 Por lo que toca al caso del Estado federal, véanse nuestras observaciones en páginas anteriores, núm. 77.

68 Acerca de los elementos formales del bien público, véase *supra*, pp. 38-41.

69 Habrá oportunidad de volver sobre este punto, a propósito de ciertas concepciones “pluralistas” de la soberanía, al tratar de las relaciones entre el Estado y los grupos privados: véase *infra*, núm. 253.

70 Acerca de las “sociedades perfectas” y las “sociedades imperfectas”, véase Schwalm, *Leçons de Philosophie Sociale*, t. I, pp. 101 y ss.

71 Es eludir el problema decir, con G. Scelle, *Précis de droit des gens*, primera parte, p. 79: “Es inútil igualmente tratar de fundar el carácter especial de la competencia del Estado en el ‘fin’ que le sería propio, en el ‘fin legítimo y particularmente elevado’ que persigue. Todas las competencias tienen un ‘fin’ idéntico y de igual valor, que es la realización del derecho. Todas las colectividades tienen un fin propio y legítimo, tanto la familia como la ciudad, la Iglesia y el Estado, y, por consiguiente, el mismo valor social. No hay que olvidar, sin embargo, la preeminencia del bien público en su orden”.

81. Pero si en razón de su fin, el Estado es y debe ser soberano, no tiene la soberanía más que dentro del marco de este fin, que señala los límites de su competencia. Fuera del bien público temporal, cuyo concepto se ha tratado de esbozar con anterioridad,⁷² el Estado ya no es soberano, porque ya no es competente. En ese caso, más que una limitación de soberanía, se trata de una ausencia radical de la misma. Sin duda, el fin del Estado, el bien público, es a la vez general y superior, pero no de manera absoluta. Desde luego, no engloba más que lo temporal, con exclusión de lo espiritual. Todo bien del orden espiritual, sea cual fuere, particular o público, escapa, desde luego, a la competencia del Estado.⁷³ Además, aun tratándose del orden de lo temporal, el Estado no adquiere competencia sino en el caso de que el bien público esté en juego, no el bien particular de cada quien, y aun con la salvedad de cierto dominio que se puede llamar *privado* y que permanece cerrado a la jurisdicción de lo público.⁷⁴ La soberanía del Estado resulta así, como toda soberanía, *relativa*; no existe, como dice Esmein, sino “en cuanto a las relaciones que rige”.⁷⁵

Sin embargo, si en teoría el principio de las limitaciones es verdadero (salvo para los mantenedores del Estado “totalitario”, que absorben el espíritu en lo temporal y lo privado en lo público), concretamente, en el terreno de la aplicación, los límites son a menudo difíciles de reconocer. ¿Dónde comienzan y dónde terminan lo temporal y lo espiritual, lo privado y lo público? La vida es a la vez continua y compleja; procede por degradaciones insensibles y por superposiciones. De allí la posibilidad de conflictos de competencia entre los sistemas concurrentes. ¿Quién va a resolver esos conflictos? ¿Quién tendrá la “competencia de la competencia”, es decir, la última palabra en materia de competencia? No será siempre el Estado.

Si el debate concierne a la distinción entre lo *espiritual* y lo *temporal* y a las materias llamadas mixtas (que emanan conjuntamente de lo espiritual y de lo temporal), el Estado, sociedad soberana para lo temporal, se encuentra con la Iglesia, sociedad soberana por su parte para todo aquello

⁷² Véase *supra*, núm. 25.

⁷³ Véase, acerca de esta distinción, lo que expusimos con anterioridad, núm. 34.

⁷⁴ Véase *supra*, núm. 32. Volverá a tratarse lo que respecta a esta noción del dominio privado, al tratar del derecho individual: véase *infra*, núm. 213.

⁷⁵ Esmein, 8a. ed., t. I, p. 1: “Esta autoridad, que naturalmente no reconoce ningún poder superior o concurrente en cuanto a las relaciones que rige, se llama soberanía”. Desgraciadamente, Esmein no precisa en modo alguno la naturaleza de “las relaciones que rige”.

que concierne a lo espiritual. En tales condiciones, ese conflicto de competencia entre dos sociedades, soberana cada una en su esfera, no podrá ser resuelto, a falta de un tercero que sea árbitro superior, más que por vía de acuerdo (“concordato”),⁷⁶ o, si no, por la sociedad que representa al interés más elevado, de hecho en la sociedad religiosa. Ésta no podría, en efecto, abandonar a la potestad temporal la determinación de los dominios respectivos del tiempo y de la eternidad. Esto es una consecuencia necesaria de la “primacía de lo espiritual”. Es verdad que la unidad de la sociedad religiosa se encuentra rota en nuestros días y que, inclusive, la competencia de las iglesias en materia espiritual es frecuentemente desconocida. Hay allí una situación de hecho que importa tener en cuenta. Sin embargo, jamás podría justificarse esta situación de hecho, ni por razones prácticas, con una doctrina de “supremacía del poder civil” que sería la negación de los derechos de lo espiritual. En un mundo espiritualmente dividido, la única solución práctica es una solución empírica de armonía, respetuosa de los derechos de la conciencia y de la libertad.⁷⁷

En cuanto a la distinción entre lo que no afecta más que al bien *particular* y lo que afecta al bien *público*, e incluso en cuanto a la determinación de los límites del dominio *privado* (en cuanto lo espiritual no esté en juego) parece racional atribuir al Estado, más que al individuo, la competencia de la competencia, sin lo cual el individuo, juez y defensor de su propia competencia, estaría en posibilidad de paralizar la acción del Estado y reducirla a la nada. Distinto es, por lo demás, el problema de saber si la decisión del Estado sobre el fondo de las soluciones, está sometida a reglas y, eventualmente, a un control: es el problema de las relaciones de la soberanía y el derecho, problema que se abordará en el párrafo siguiente.

IV

82. En la concepción que se acaba de exponer, la soberanía, definida de manera puramente jurídica, como el poder de mando supremo inherente al Estado, tiene un carácter simple, demasiado simple para el gusto de

76 Véase A. Wagnon, *Concordats et droit international*, tesis, Lovaina, 1935.

77 En Italia, se explica de ordinario por una idea de remisión o reenvío, la competencia reconocida por el legislador civil al derecho canónico, especialmente en materia de matrimonio (véase Del Vecchio, *Philosophie du droit*, p. 295). Mas esta explicación, que niega la competencia propia del derecho canónico en su dominio, es teóricamente falsa.

los amantes de análisis delicados. No debe causar asombro, pues, que el espíritu sutil de Hauriou se haya esforzado por matizar la materia e introducir en ella puntos de vista diversos.

Para el eminente autor, la soberanía sería, a la vez, una y compleja: “una, en ciertas circunstancias, cuando sus diversas formas convergen en una misma acción; compleja y descomponible en varias formas, cuando se trata de analizar su naturaleza íntima”.⁷⁸ De acuerdo con esta concepción, sería preciso distinguir en la “soberanía global” tres formas de soberanía: una soberanía *de gobierno* (el poder), que significa el poder del gobierno central o poder público (es el elemento de coerción representado por el personal de funcionarios y militares); una soberanía *de sujeción* (la libertad), que será la de la nación (es el elemento consensual, la unidad espiritual de la nación); una soberanía de la *cosa pública* (el orden), soberanía de la idea del Estado, “elemento ideal propio para polarizar los consentimientos, tanto de los órganos del gobierno como de los miembros de la nación”, y que estaría representado por el personal político.⁷⁹ Más, en definitiva, es la soberanía de la cosa pública la que resulta esencial: “Y sin embargo (a pesar de las distinciones) es la idea del Estado, cosa común y pública, la que va a convertirse en sujeto de la personalidad moral y jurídica; es el poder enteramente intelectual de esta misma idea el que se va a convertir en la forma más eminente de la soberanía: la soberanía del Estado en la cual vendrá a fundirse la soberanía de gobierno y la de sujeción, en todos los casos en que no hay ningún interés en oponer una a otra. De tal suerte que la unidad de la soberanía se refunde en la idea de la cosa pública, que es la de la empresa del Estado”.⁸⁰

Este análisis es exacto en cuanto pretende encontrar los factores que componen el Estado: éste supone, en efecto, un gobierno revestido del derecho de coacción, una comunidad de hombres libres que consienten en el Estado, una idea —la idea del bien público— inspiradora y animadora de la empresa de la cosa pública que toca realizar al Estado. Pero el análisis es inexacto en cuanto pretende atribuir a cada uno de esos elementos

78 Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2a. ed., 1929, p. 86. En esta obra se encuentra la fase más elaborada del pensamiento de Hauriou sobre la materia. Respecto de su pensamiento anterior, en el que distinguía simplemente entre la soberanía de gobierno o política y la soberanía nacional o jurídica (representada por el juez), véase Gurvitch, “Les idées maîtresses de Maurice Hauriou”, *Archives de philosophie de droit*, 1931, cuadernos 1 y 2, pp. 182-189.

79 Hauriou, *op. cit.*, pp. 86 y ss.

80 *Ibidem*, p. 91. Véase, en el mismo sentido, Renard, *L'organisation rationnelle de l'État*, en el apéndice a *L'institution*, p. 568.

constitutivos del Estado una porción de soberanía. En otros términos, estamos en presencia de un análisis del Estado, o, mejor aún, de las *fuerzas* que entran en combinación en la formación política y sociológica que se llama el Estado, pero no de un análisis del concepto de soberanía, que es un concepto moral y jurídico independiente “en su naturaleza íntima”, de toda consideración de fuerza o de equilibrio.

Puede hablarse sin duda, con algún atrevimiento, de una “soberanía de sujeción” en el sentido de que el Estado no podría existir ni obrar si los súbditos rehúsan su colaboración,⁸¹ de donde resulta que, en las decisiones que hay que tomar, ellos tendrán, de una manera o de otra, participación. Pero no es ese el sentido propio del término soberanía, que implica un poder jurídico de decisión. Por otra parte, puede ciertamente hablarse de la “soberanía de una idea” —en la práctica, la idea de la cosa pública, la idea del Estado— en el sentido de que esta idea debe razonablemente gobernar la actividad de todos aquellos que, por diversos títulos, de gobernantes o de gobernados, están al servicio del Estado. Pero, en el sentido propio de poder de decisión, la soberanía no podría pertenecer a una idea. Es preciso, por otra parte, que esa idea esté incorporada en un organismo que, sin duda, dará órdenes en nombre de la idea, pero que conserve el poder de mando, tanto de hecho como en derecho.⁸²

No existe, pues, en final de cuentas, más que una sola soberanía: la que Hauriou llama la “soberanía de gobierno”, comprendiendo en el gobierno no solamente el personal de *funcionarios* y *militares*, que, en derecho, está subordinado (sea cual fuere su influencia por el hecho de su permanencia), sino el personal *propiamente político*, que encarna, según Hauriou, la idea de la cosa pública, más bien que la idea gubernamental. Se atiende, por lo demás, que la soberanía de gobierno está puesta al servicio de la idea del Estado, cuyo órgano es el gobierno, de tal suerte que, en definitiva, la soberanía única y total descansa en el Estado.⁸³

Tal es ciertamente la conclusión de Hauriou. Sin embargo, el autor nos confiesa que, en esta distinción entre las tres “formas” de la comuni-

81 Comp. Esmein, *op. cit.*, 8a. ed., t. I, pp. 317-319, que ve en la opinión pública la fuerza política primordial y necesaria, la “soberanía *de hecho* a la que es lógico que corresponda la soberanía *legal*”.

82 Véase, en lo que respecta a que la soberanía no podría pertenecer a los “principios” o a la razón, sino a los hombres, Esmein, t. I, pp. 52 y 53, y la respuesta de Duguit, t. II, pfo. 9, pp. 69-71. Además: Hauriou, *op. cit.*, p. 25, texto y nota 12; P. Scholten, “L’autorité de l’État”, *Archives de philosophie de droit*, 1934, cuadernos 3 y 4, p. 146.

83 Comp., para la crítica, De la Bigne de Villeneuve, *op. cit.*, t. I, p. 363, nota 1.

dad, pueden quizá encontrarse cosas interesantes, “por ejemplo, el medio de limitar una forma de la soberanía por otra forma de la misma, lo que proporcionaría una solución elegante al problema, lógicamente insoluble, de la autolimitación de la soberanía”.⁸⁴ Se trataría de esta manera, para evitar la omnipotencia, de desmembrar la soberanía en “formas” que se harían contrapeso. Pero es preciso observar que esta distribución de la soberanía no impide que ésta sea única e indivisible: como confiesa Hauriou, el Estado y sólo el Estado, por el influjo de la “forma de soberanía” preponderante, conserva el poder soberano. A decir verdad, la distinción, considerándola como válida, se referiría más que a la soberanía a la *organización* de la soberanía, con la misma razón, por ejemplo, que la separación de poderes, que no quebranta en modo alguno la unidad de la soberanía.⁸⁵ Es preciso no confundir los problemas de la soberanía *del* Estado y la soberanía *en* el Estado.⁸⁶ En cuanto al servicio que preste el sistema de contrapeso, falta ver si es siempre el elemento que merece la preponderancia, o sea, el interés de la cosa pública, el que prevalecerá de hecho, pues si es la “soberanía de sujeción” la que debe prevalecer sobre la “soberanía de gobierno” y sobre la “soberanía de la cosa pública”, se llegaría a la disolución del Estado, en tanto que, en sentido inverso, el triunfo de la “soberanía de gobierno” produciría la tiranía, que es la que se trata de prevenir. Asimismo, ¿para qué hablar de contrapeso —y de formas diversas de la soberanía— si la soberanía del Estado tiene la preponderancia? ¿No significa esta preponderancia que no existe más que una sola soberanía, tanto en la forma como en el fondo, y que las pretendidas formas de soberanía, fuera de la del Estado, no representan más que influencias, sin duda poderosas, pero no soberanías?

3. La sumisión del Estado al derecho

I

83. El Estado está sometido al derecho, no tan sólo en el plano internacional, en sus relaciones con los demás Estados, que son sus iguales,⁸⁷

84 Hauriou, *op. cit.*, p. 86.

85 Véase, respecto de este último punto, Le Fur, Prefacio a De la Bigne de Villeneuve, *op. cit.*, t. I, pp. XXIII y XXIV. Comp. Duguit, 2a. ed., t. II, pfo. 11, pp. 106 y 107.

86 Véase *supra*, núm. 73, nota 4.

87 Se estudiará más adelante la posición del Estado en el plano internacional: *supra*, núms. 279 y ss.