

todos que el poder étático sea un elemento del Estado, y en el caso de admitirlo, se discrepa en cuanto al sentido en que debe utilizar esa expresión. Por otra parte aumenta la complejidad del problema el hecho de que el poder étático se vincule a la noción de soberanía.

La primer labor consiste en tratar de esclarecer la naturaleza de lo que se ha llamado el Poder Etático. Fijar la posición que sobre el tema asumen las diversas corrientes doctrinarias, para luego, conocidas que sean esas posiciones, estar en condición de examinar las relaciones que entre esa noción de poder étático y el Estado pueden establecerse. Como hemos dicho en ocasión de estudiar los otros elementos del Estado, las tesis que los autores sustentan con respecto a la naturaleza del Estado van a influir decisivamente en la consideración de la naturaleza del Poder Etático.

## POSICION ORGANICISTA

Para los organicistas el poder del Estado no puede ser otra cosa que la voluntad de un organismo. Si el Estado es o se asemeja a un organismo vivo, es natural que poder del Estado, poder de un organismo, no puede ser otra cosa que la voluntad de ese organismo. Pero esa concepción no se aviene con las otras tesis que se han expuesto con respecto a la naturaleza del Estado.

## ESCUELA CLASICA — Jellinek.

Para Jellinek, representante de la doctrina clásica, el Poder Etático, es un poder de voluntad. Cuando varios hombres persiguen un mismo fin, es necesario que exista una voluntad rectora, esto es, una voluntad que lo dirija. Esa voluntad encargada del cuidado del fin común a desarrollar y de dirigir su ejecución representa el poder del grupo. Todo grupo humano por poco coherente que sea, en la medida que aparece como una unidad, como algo distinto a sus miembros, posee un poder que le es propio. Este poder puede ser de dos clases: I) o un poder simple, sin coacción, II) o un poder de dominación, con coacción.

El poder simple se caracteriza porque el grupo que lo tiene puede dictar prescripciones para los que lo integran, es decir, para los miembros de esa unidad, pero prescripciones que el grupo no está en condiciones de asegurar en la efectividad de su ejecución. A lo sumo, estos grupos dotados de poder simple pueden ejercer un poder disciplinario. Un ejemplo esclarecerá las características de ese poder simple sin coacción: el integrante de una asociación cualquiera de las tantas que existen en el interior de los Estados, está sujeto a las prescripciones que dicte la asociación. En otros términos, el grupo asociacional tiene un poder sobre sus componentes, pero ese poder no es coactivo por sí, en el sentido que el grupo no puede obligar, no puede cons-

treñir por la fuerza al cumplimiento de las disposiciones que ha adoptado. Si el miembro de una asociación no acata sus disposiciones, la asociación no puede por la fuerza obligarlo a cumplirlas. A lo sumo podrá romper la relación personal que existe entre el grupo y el componente que se ha rebelado a sus dictados expulsándolo de su seno.

Si en algún momento el grupo puede ejercer un acto de fuerza sobre el miembro de él, no es en virtud del poder que el grupo tenga, que es simple, sin coacción, sino porque otro grupo, el Estado, dotado, ese sí, de poder de coacción, interviene para asegurar el cumplimiento de lo que el grupo había mandado. Luego, este poder simple, sin coacción, es tan sólo lo que se llama poder disciplinario.

Pero existe una segunda clase de poder que Jellinek llama poder de dominación. Este, al contrario del poder simple es un poder irresistible. Nadie puede escapar a él; el poder de dominación compele por la fuerza y asegura por la fuerza el cumplimiento de lo que ha dictado. Mientras que un grupo dotado de poder simple no coactivo, dicta prescripciones pero no puede asegurar el cumplimiento de su ejecución, los grupos dotados de poder de dominación pueden asegurar la ejecución efectiva de sus prescripciones.

El individuo sujeto al poder simple, que está sometido al poder no coactivo de un grupo, podía escapar a ese poder evadiéndose del grupo. El individuo que está sujeto al poder de dominación de un grupo no puede evadirse de ese poder. Dice Jellinek, a menos que vaya al polo. Esto hoy no tiene validez, ya que hay cuestiones de soberanía sobre ese territorio.

El Estado tiene entonces, un poder de dominación que es irresistible, al que no se puede escapar, porque no se puede voluntariamente dejar de pertenecer al grupo, y si se pretende escapar al poder del Estado evadiéndose, éste, en virtud de los principios del Derecho Internacional puede traerlo a sí para compelerlo por la fuerza al cumplimiento de lo que ha mandado.

En otros tiempos, durante la Edad Media, había otros grupos fuera del Estado que estaban dotados de poder de dominación. Mas tarde, el Estado comenzó a absorber el poder de esos grupos hasta monopolizar el poder de dominación. El Estado, dice Jellinek. —siguiendo a Hobbes— es el gran Leviatán moderno, es el gran monstruo que ha absorbido todo el poder. Cuando deja exteriormente subsistir alguno, aparece como el autor de ese poder, los grupos que en apariencia en algún momento dentro del Estado tienen poder de dominación, no lo tienen por sí, sino al través del Estado: no es un poder originario, sino derivado. Lo es característico entonces, de este elemento del Estado, es ser un poder de dominación originario. Ese poder en los comienzos fue un poder fáctico, de hecho. Pero como no se puede obrar por mucho tiempo sobre las individualidades sino por rasgos permanentes ese poder de hecho se fue transformando en un poder jurídico. La noción de poder del Estado, que al comienzo pudo ser una noción de hecho, se ha transformado en una noción de Derecho, y ese poder de dominación originario es un poder jurídico.

León Duguit. Distinta será la concepción que de este llamado elemento

del Estado tendrá Duguit. El Estado es para este autor un hecho, un hecho que se explica en la diferenciación entre gobernantes y gobernados en el medio social. Los gobernantes están investidos de una voluntad. Esa voluntad no es la voluntad de una persona. Estado (porque recordemos que para Duguit es equivocado personificar al Estado), no es la voluntad de los representantes u órganos del Estado, porque también aparta esas nociones que califica despectivamente de metafísicas, sino que es la voluntad de las personas que por su mayor fuerza han llegado a la condición de gobernantes.

¿Esa voluntad tiene un carácter propio? ¿Es de esencia especial, distinta a la voluntad de los otros hombres? La teoría clásica habría respondido afirmativamente. Pero esa afirmación es para Duguit insostenible. Si la voluntad de los gobernantes fuera de esencia distinta a la voluntad de los gobernados habría que afirmar que las voluntades humanas son diferentes en su naturaleza, y esta es una apreciación de carácter metafísico que debe ser rechazada por la ciencia positiva. La voluntad de los gobernantes es, dice Duguit, un elemento del Estado, pero no porque su esencia sea capaz de imponerse a los demás hombres gobernados, sino muy simplemente porque los gobernantes están dotados de mayor fuerza que los gobernados. Mayor fuerza, que según hemos subrayado en ocasión de estudiar el problema de la naturaleza del Estado no es siempre física, sino que puede ser una mayor fuerza en cualquier otro orden en que se manifiesta la energía humana.

Luego lo que es característico de esa voluntad de los gobernantes, que va a dar a su vez el concepto de la naturaleza del llamado poder étático por la doctrina clásica, es la mayor fuerza física o moral en sentido amplio, material o intelectual, y como esa mayor fuerza se traduce siempre en un poder de coacción que los gobernantes ejercen sobre los gobernados, concluye afirmando que el poder de coacción, que es la manera como se traduce la mayor fuerza de los gobernantes, es condición esencial, en ese sentido, elemento del Estado, por cuanto sólo habrá diferenciación entre gobernantes y gobernados y sólo habrá Estado en cuanto exista un grupo de hombres que tengan el poder de coacción, cuya voluntad tenga esa mayor fuerza que la haga imponer sobre los gobernados.

Dice Duguit: "El punto esencial a señalar es que esta voluntad es la voluntad de individuos humanos, de la misma naturaleza que la voluntad de los gobernantes, y que por consiguiente la voluntad de los gobernantes no es distinta de la voluntad de los gobernados. La doctrina de la soberanía nacional sostiene que los grupos son los representantes de los órganos de la voluntad de la sociedad, declarados superiores por ese mismo hecho a la voluntad individual. Pero esta voluntad de la colectividad es una hipótesis, y una hipótesis insostenible, porque implica la afirmación científicamente indefinible de que la suma de las voluntades individuales es una voluntad colectiva, una y distinta de las voluntades individuales que la componen.

Comprendido esto, la noción de poder público desaparece. La palabra "imperium" que en la terminología romana tenía un sentido preciso en su acepción tradicional empieza a ser este poder de mando.

Puesto que los gobernantes no son más que individuos como los otros no pueden formular ordenes, no tienen poder público. El poder público es una ficción, es una noción sin valor que es necesario distinguir de toda concepción positivista del Derecho Público. Esta negación es una consecuencia de la negación misma de la personalidad de la nación y de la voluntad nacional. El poder público es una noción sin realidad. Negando el poder público no profesamos una doctrina anarquista, importa comprenderlo para apartar las críticas que se nos han hecho a este respecto. Una doctrina anarquista es aquella que dice que la sociedad no debe tener gobierno, no debe haber distinción entre gobernantes y gobernados, sino individuos y grupos que puedan desarrollar libremente sus actividades. Tal doctrina reposa sobre una condición a priori que es anti-científica. Volvemos a esto, afirmando que es la consecuencia de la diferenciación que se produce naturalmente en la sociedad entre fuertes y débiles.

El Poder de gobierno existe, pues, y no puede dejar de existir, solamente, negamos que sea de Derecho, afirmamos que aquellos que tienen este poder de gobierno, tienen un poder de hecho y no de derecho. Diciendo que no tienen poder público queremos decir que no tienen derecho se firma ordenes, y que la manifestación de su voluntad no se impone como tal a los gobernados".

En una palabra, la voluntad de los gobernados, que para Duguit es lo que los autores clásicos llaman poder público o poder del Estado, no es un poder jurídico, sino un poder fáctico, porque no traduce otra cosa que la mayor fuerza intelectual, moral o física, de los gobernantes sobre los gobernados, aquella mayor fuerza en virtud de la cual, precisamente, los gobernantes se han diferenciado de los gobernados, dentro del medio social.

*Kelsen.* Otra posición es la de los autores que se afilian a la teoría pura del Derecho, y desde luego entre ellos hay que señalar al jefe de la Escuela de Viena, al profesor Kelsen. Kelsen considera al poder étático como un poder fáctico que luego se ha traducido jurídicamente. Más adelante y del sentido de la doctrina, surge que es la versión de Olivera la equivocada. El poder étático no puede ser considerado como una fuerza que actúa en sentido causal en el mundo de la naturaleza. Por esta vía, según él, no podría comprenderse nunca las acciones humanas como acciones estatales y ningún poder podría tenerse cabalmente como poder étático. La referencia específica a la unidad de una asociación, es decir, la imputación al Estado, sólo es posible en un orden normativo, ya que es gracias a ese orden normativo que del ancho campo de la conducta humana se lesionan ciertos actos que se califican, desde el punto de vista normativo, y se desenlazan en la unidad que constituye el Estado.

Como que ese orden sólo puede ser el orden normativo, y como esos entes de la conducta humana son calificados desde el punto de vista jurídico, el poder del Estado tiene que ser también de naturaleza jurídica, y se resume en la idea de validez. El llamado poder del Estado, del que la doctrina clásica, da

una versión realista e inaceptable para la ciencia del Derecho, no es otra cosa, para Kelsen que la propia validez del orden normativo. Cuando la doctrina tradicional se refiere a la función esencial del Poder público, del poder del estado, y dice que consiste en someter a su voluntad de mando a los hombres que constituyen el Estado, en realidad se está refiriendo de modo hipostesial a la función que cumple el Orden Jurídico, que es precisamente la de someter a los hombres, ligando su conducta a la realización de un deber político y centralizando así todos ellos.

Lo que en la doctrina tradicional es sometimiento a un poder jurídico de dominación o sometimiento a una mayor fuerza, para Kelsen es justamente sometimiento de hombres cuyas conductas aparecen ligadas a un deber jurídico. Por tanto ese llamado poder étático no es otra cosa que la propia validez del orden normativo.

Este concepto así expuesto demuestra una vez más, que no basta señalar que el poder étático es un elemento del Estado, para que se pueda tener una noción acabada de lo que el autor ha querido significar con esa expresión. Para Kelsen como para Kellinek, el poder étático figura entre los elementos esenciales del Estado, pero para Jellinek la expresión elementos del Estado tiene un sentido distinto del que le da Kelsen, y asimismo, mientras que para Jellinek el poder del Estado tiene una significación especial, es acepción muy distinta a aquella que emplea Kelsen.

#### IV - SOBERANIA

Vinculada al problema del poder del Estado, y tan íntimamente vinculada que para muchos autores se confunden las dos nociones, aparece la idea de soberanía. Es sin duda un tema fundamental dentro del Derecho Público, no sólo del Derecho Constitucional, sino también del Derecho Internacional. Pocas nociones como ésta de la soberanía han sido más discutidas, y a ella se ha dedicado mayor espacio en los trabajos de los filósofos, de los políticos, y de los juristas. Y pocas nociones como ésta de la soberanía, han dado lugar en el campo del Derecho Público, a un examen histórico más preciso y completo. Pero también pocas nociones como ésta, han suscitado mayor divergencia en un campo en que el acuerdo está muy lejos de producirse, según hemos podido observar a lo largo de este curso.

El término soberanía deriva del sustantivo "soberanus", palabra del bajo latín equivalente a superior. Etimológicamente pues, en su prístina manifestación, soberanía era una noción comparativa. Lo superior es tal, en relación a algo que está por debajo de él. Luego la noción de soberanía se fue confundiendo con la de poder absoluto y poder superior, es decir, que soberanía significa el poder que no reconoce por encima del suyo ningún otro poder, y actúa con entera independencia de otro poder. Los latinos empleaban la palabra "supremitas", que ya no se emplea como una noción comparativa sino absoluta.

Hecha esta indicación con respecto a la etimología y a las variantes semánticas que la palabra ha sufrido, vamos a aludir de un modo muy breve al surgimiento histórico de la noción de soberanía, y más particularmente a la vinculación entre ese concepto de soberanía y el Estado.

El hecho de que la noción de soberanía se haya ido forjando históricamente, justifica esta actitud. El Estado moderno se distingue de los otros por sus luchas con los otros poderes. Hay tres poderes en el curso de la Edad Media, que es el período en el que se va a perfilar históricamente la noción de soberanía, en oposición al Estado. Con la Iglesia, el Imperio Romano, que aspiraba a convertirlas en provincia, y los grandes señores feudales, no sólo considerados individualmente, sino también corporativamente. Las tres fuerzas disputan al Estado el poder de mandar sobre los hombres. Es en medio de esas luchas que ha nacido la noción de soberanía. Por eso, dice Jellinek que el concepto de soberanía es un concepto polémico; ha surgido dialécticamente por la oposición, por la lucha entre las fuerzas que se disputaban el poder de mandar sobre los hombres, la lucha con la Iglesia afirmó la noción de soberanía en sus primeras manifestaciones.

### 1) Estado e Iglesia.

Especialmente en Francia, bajo la influencia de los legistas, ya también de un clero relativamente independiente del de Roma, que se ha planteado por primera vez la oposición entre el Estado y la Iglesia, y por primera vez se ha sostenido también la independencia plena del Estado frente a aquélla. Es en el curso de la contienda, que sostienen Felipe el Hermoso, y Bonifacio VIII, que los juristas de ese tiempo se atreven a formular por primera vez la idea de esa independencia del Estado, que veremos está en la base de la noción de soberanía.

### 2) Estado e Imperio.

Pero había otro factor en pugna con el Estado o con los estados, era el poder imperial. La teoría oficial hasta la Reforma considerada a todos los Estados cristianos como miembros del Imperio Romano. En el Emperador solamente radicaba la plenitud de las potestades; el que pretende que el emperador no es un monarca de la tierra entera es un hereje. La teoría sin embargo, se vio contradicha en los hechos. Francia e Inglaterra descendieron la supremacía imperial al igual que algunas ciudades italianas. Se afirmó la independencia sobre la base de un título jurídico, que el emperador a la larga debió reconocer, el título de la prescripción desde tiempo inmemorial.

En Francia, ese hecho excitó el interés de los legistas por justificarlo. Se procuró darle un sentido jurídico, considerado con la apariencia de una concepción de derecho. Allí también iba a tener oportunidad de surgir el poder de la soberanía. Aquí el concepto de soberanía se presentará no tanto desde el punto de vista positivo como negativo, al margen de todo otro

poder que no fuera el suyo, es decir, que la soberanía se va a mostrar como sinónimo de independencia.

### 3) El Estado y los señores feudales.

Y quedaba la tercera fuerza, la representada por los grandes señores de la época feudal. Frente a esas fuerzas disociadas, el Rey procuraba su absorción y como la persona del Rey aparecía identificada con el Estado, la justificación de la autoridad real sobre los vasallos, los señores feudales, ha de requerir también la justificación del porqué de la autoridad del Estado, y allí nace una oportunidad para que los legistas formulen también la concepción de soberanía como poder superior, que no reconoce otros sobre él, aun reconociendo su existencia.

Pero, ¿cuál es la naturaleza de la soberanía? ¿Qué es en sí la soberanía? Al respecto puede decirse que las diversas concepciones de los autores se agrupan en torno a dos tendencias fundamentales: I) la de aquellos que hacen de la soberanía algo idéntico al poder del Estado, es decir, que establecen entre soberanía y Estado una perfecta identidad.

II) Y la de los que, por el contrario, distinguen la soberanía del poder étático, y la presentan como una cualidad, como un atributo del poder del Estado.

Naturalmente, en cualquiera de estos casos, la noción que se tenga de soberanía estará dependiendo de la que se halla expuesto con respecto al poder étático. Si la soberanía es el poder étático, el concepto de soberanía estará en función de lo que se halla dicho con relación al Poder Étático, y si la soberanía es una cualidad del poder del Estado también ese atributo variará en su naturaleza según la índole del poder a que se vincula.

Digamos cuáles son las posiciones fundamentales que al respecto se han desarrollado en la doctrina, sin olvidar que así como hay quienes reconocen a la soberanía al tratar de los elementos del Estado, hay quienes niegan la idea y el concepto de soberanía repudiándolo y aun presentándole como una de las rémoras de la Ciencia Jurídica.

Están los que quieren darle un contenido positivo a la expresión soberanía y soberanía querría decir tanto como superioridad y dominio, y otros, en vez, le dan un valor negativo. Para estos significará: igualdad, exclusividad, independencia. Con ello, sin embargo, no se alcanza la esencia del concepto soberanía. Es esto lo que nos proponemos ahora poner de manifiesto siguiendo la línea de los grandes pensadores del Derecho.

I) La soberanía se presenta para algunos autores como un poder jurídico; sería un derecho subjetivo del sujeto al que es referido. Naturalmente, según las diversas concepciones del Estado, y del gobierno del Estado, varían las titularidades de la soberanía, cambia el sujeto de la soberanía y la naturaleza del Derecho.

II) Para otros autores la soberanía se presenta como una cualidad del

CONDICIÓN O CUALIDAD DEL PODER PÚBLICO.  
DETERMINACIÓN X SÍ MISMO.

poder público del Estado. Precisamente, como la cualidad en virtud de la cual el Estado tiene la capacidad de determinar jurídicamente. Esta es la posición de Jellinek.

Jellinek. Para Jellinek, soberanía y poder étático son caminos que no deben confundirse. La soberanía es una cualidad que se predica del poder étático. La soberanía no es el poder sin límites, dice Jellinek, sino la capacidad de determinarse por sí mismo, exclusivamente, es por consiguiente la limitación autónoma del poder político. No conociendo ningún es el carácter del poder político en virtud del cual este poder tiene la capacidad exclusiva de determinarse y de negarse a sí mismo desde el punto de vista del Derecho. Para el Estado moderno, añade, la soberanía se presenta como una doble dirección, por un lado negativa; originariamente la única conocida, la soberanía es la capacidad del Estado de no tener contra su propia voluntad, limitado jurídicamente su poder por otro poder. Esta limitación de hecho, del poder del Estado soberano es sin duda posible pero esas limitaciones no pueden tomar un carácter de legitimación jurídica más que el propio querer del Estado.

NO LÍMITES  
X OTRO  
PODER

Desde el punto de vista positivo que es la segunda dirección a que aludimos, la soberanía consiste en la capacidad exclusiva para el poder del Estado, de imponer a su voluntad, en tanto que soberano, un contenido que lo obligue en todas sus partes, la capacidad de determinar en todos los sentidos su orden jurídico propio. Y así entendido este carácter de la soberanía, es un carácter puramente formal.

Capacidad  
de imponer  
o Jurídico  
Propio

Como puede apreciarse, para Jellinek, el poder soberano no es el poder absoluto, sino que es el poder independiente y supremo. Para él no es el poder absoluto porque no es un poder que reconozca ninguna limitación, sino que no reconoce otra limitación que la que el mismo se da. El poder soberano es un poder que actúa bajo limitaciones que el mismo se impone y que está obligado a respetar. El soberano puede establecer cualquier límite a su poder, pero una vez establecido el límite tiene que respetarlo, a menos que, siguiendo las formas que él mismo establece cambia el contenido de ese límite. Por eso es que Jellinek dice que el límite o el contenido del límite puede ser modificado por el soberano, pero no la limitación, la autolimitación que se ha hecho porque su poder siendo independiente y supremo no es absoluto. La independencia, que es una de las notas de la soberanía, está dada por esa manera de conducirse el soberano, que no reconoce nadie que pueda imponerse a su voluntad. Es un contenido que se refiere más bien al aspecto exterior de la actuación del soberano.

El otro aspecto, el aspecto positivo de la soberanía está dado por esa condición de poder más alto y se refiere más bien a la fuerza que está en el interior del soberano, a las fuerzas que no pueden ni siquiera equipararse a la de él. Sólo el soberano tiene la capacidad de determinarse jurídicamente.

La soberanía es una cualidad, un atributo del poder público, que suele

ausly 3000 en (el) (o) (o) (o)  
...  
adjetivar al poder étático, pero no es necesariamente para Jellinek, una cualidad del poder étático. Dicho de otro modo, para este autor es posible que un Estado sea tal sin ser soberano, porque lo que es propio del Estado no es esta cualidad de soberanía, sino el poseer poder étático.

La soberanía es un atributo del poder étático, no esencial; puede haber poder étático sin soberanía.

La noción de soberanía aparece entonces, como lo señala el propio Jellinek, como un concepto formal. Así fijado el concepto de soberanía, Jellinek trata de establecer las relaciones que puedan existir entre el Poder Étático y la soberanía. Rechaza asimismo que la soberanía sea una cualidad esencial del poder del Estado, afirmando que es tan sólo una cualidad del poder étático, pero no una cualidad de su ser, sino que puede darse o no. En una frase, dice Jellinek "Hay Estados soberanos y hay Estados no soberanos. Hay corporaciones territoriales con poder de dominación soberano, y hay corporaciones territoriales con poder de dominación que no tienen esa nota de soberanía adjetivando su poder".

Para Jellinek la comprobación de esta afirmación se encuentra en la historia. La historia revela la existencia de grupos humanos, de corporaciones territoriales en poder de mando que no eran, sin embargo, soberanas. El ejemplo va a encontrarlo justamente en aquellas épocas en las que el Estado luchaba con la Iglesia y estaba subordinado a ella en cuando al poder, y en la época en la que el Estado, siendo Estado, luchaba contra el Imperio que mantenía sobre él un poder que le quitaba la nota de soberanía al Estado sin hacerlo perder su naturaleza de tal.

Se encuentra también una confirmación histórica en el hecho de la disociación ocurrida en la época feudal que llevó incluso a que determinadas corporaciones territoriales con poder de mando, verdaderos Estados, fueron vasallos de otros Estados, lo que no puede conciliarse con la noción de soberanía que ya hemos visto es para Jellinek esa cualidad de independencia y mayor altura en el poder.

Por esto es que Jellinek concluye sosteniendo que la soberanía es simplemente una nota del poder étático pero no una nota insustituible, esencial, sino simplemente una cualidad que puede darse o no y que cuando se da atribuye al Estado una condición diferente de aquella que tiene cuando falta.

Dice Jellinek: "La distinción entre los Estados soberanos y los no soberanos es fácil de establecer. La soberanía es la capacidad de determinarse por sí mismo, desde el punto de vista jurídico. Se sigue de allí que sólo el Estado soberano puede, en los límites que a sí mismo se ha establecido o reconocido, reglar con toda libertad el contenido de su competencia. Por el contrario, el Estado no soberano, determinándose también él libremente, no puede hacerlo más que en los límites de su poder étático. Determinarse, u obligarse por su propia voluntad: he aquí el signo de todo poder de mando independiente. Se sigue de allí que el Estado no soberano tiene también él sobre su competencia propia un poder reconocido por el derecho, sólo que este

poder tiene límites en el derecho, el derecho de la comunidad que está por sobre él".

Esta noción de la soberanía como una cualidad no esencial del poder etático y consiguientemente esa distinción de los Estados en soberanos y no soberanos va a tener importancia fundamental cuando nos ocupemos del problema de la estructura del Estado y más específicamente de la naturaleza del Estado federal. Sin hacer ahora el desarrollo que corresponde efectuar en ese momento, digamos que para Jellinek los miembros de un Estado federal, son Estados, porque aun cuando para él la soberanía del Estado Federal radica precisamente en el Estado Federal y no en los miembros, estos pueden seguir siendo Estados —y para él lo son— porque al Estado no le hace falta para su existencia esa nota de la soberanía. Los Estados miembros no son soberanos y el Estado federal es soberano, y los dos tienen poder etático.

### Escuela Vienesa: H. Kelsen.

Una posición distinta sobre este problema es la de la Escuela Vienesa. Mantiene la palabra soberanía, pero como ha ocurrido en todos los problemas relativos al Estado, ha cambiado sustancialmente su significación. Partiendo de los presupuestos metodológicos de la Teoría Pura del Derecho la Escuela de Viena con el profesor Kelsen a la cabeza, ha sostenido, que debiéndose eliminar de la ciencia jurídica todo elemento que no sea jurídico, el concepto de Estado que tal ciencia debe formarse no puede ser otro que el de sistema de normas jurídicas. Y puesto que también se debe eliminar de la noción de soberanía todo concepto que no sea jurídico, hay que buscar una noción de ésta que tenga contenido jurídico.

Para Kelsen y los que lo siguen, la llamada soberanía del Estado no puede ser otra cosa que una cualidad del Ordenamiento Jurídico que es el Estado. Una cualidad que él expresa por la idea de originalidad, es decir, imposibilidad de que un ordenamiento jurídico determine a otro, imposibilidad de que un ordenamiento jurídico extraiga su validez de otro ordenamiento jurídico. Para Kelsen, luego, la soberanía del Estado es la cualidad de original que tiene el ordenamiento jurídico no está determinado por otro ordenamiento jurídico que sea superior a él. Esta propiedad es puramente lógica, y para Kelsen se materializa innecesariamente cuando se pretende dar de la soberanía otra idea.

Cabe evitar con tod, que como en la doctrina de la teoría pura del Derecho, el ordenamiento jurídico estatal deriva jurídicamente del Ordenamiento Jurídico Internacional; hay una graduación de los ordenamientos jurídicos que concluye en la afirmación de la suprema jerarquía del Ordenamiento Jurídico Internacional que está por sobre los ordenamientos jurídicos estatales, particulares; en puridad, el concepto de soberanía como nota de originalidad de un Ordenamiento Jurídico, no puede atribuirles mas que al Ordenamiento Jurídico Internacional y no a los ordenamientos jurídicos estatales. Sostiene Kelsen que aunque verdaderamente sólo el Ordenamiento Jurídico In-

ternacional es soberano en cuanto sólo él puede ser original, puede hablarse de una soberanía relativa para esos ordenamientos jurídicos estatales particulares, porque ellos tienen la nota de originalidad frente a todo el conjunto de normas jurídicas que lo integran y van extrayendo su validez de ese ordenamiento jurídico estatal.

Cuando se habla de que un ordenamiento jurídico estatal es soberano se quiere decir que no deriva su validez de ningún otro ordenamiento jurídico estatal, aunque si se estudia el problema hasta sus últimos términos debe sostenerse que ese ordenamiento jurídico estatal no es soberano.

### Doctrinas que niegan la soberanía.

Aun en estas variantes tan apartadas de la noción clásica como es la que expusimos de la Escuela Vienesa del Derecho, no se niega la noción de soberanía. Sin embargo esta negación de la soberanía ha tenido en la doctrina varias radicales manifestaciones.

*Ahrens* comenzó por sostener que la soberanía era una noción inútil y demasiado indefinida, pero es *Preuss* quien primeramente ha hecho una fundada negación del concepto de soberanía dentro de las tendencias alemanas del Derecho Público.

*Preuss*. Dice este autor, que la negación de la soberanía está justificada por razones sustanciales de oposición a la concepción absolutista que concluía en un centralismo riguroso del Estado. Dice que la noción de la soberanía contrapone al Estado, al cual se le atribuye como ente único en su género frente a todas las otras manifestaciones de la vida jurídica. Entiendo que hay que desprenderse de la noción de soberanía porque entonces el Estado podrá presentarse como un eslabón en la cadena de los grandes organismos.

Participa este autor de una concepción orgánica acerca de la naturaleza del Estado y por lo mismo entiende que a ésta hay que colocarlo en el mundo de los otros órganos. La idea de la soberanía del Estado para él, ha sido superado por el Derecho Internacional y por el Derecho de las asociaciones públicas menores que nos muestran la existencia junto al Estado, por encima del Estado, o dentro del Estado, de otras agrupaciones orgánicas dotadas de personalidad. La noción de soberanía se opone a transformar al Estado en un ente especialísimo, a considerarlo como un paso más en ese mundo de organismos y por eso la noción de soberanía es no sólo inútil, sino también perniciosa, al punto de concluir afirmando que es menester desterrarla de la Ciencia del Derecho si se quiere afirmar su progreso. La moderna doctrina del Estado debe eliminar la noción de soberanía. Ello permitirá colocar al Estado en su verdadera situación y concebir la doctrina del Derecho de un modo que se concilie con las modernas teorías del Derecho Internacional y del Derecho Asociacional que se refiera a las asociaciones menores del Estado.

*León Duguit*

Inspirada en motivos análogos está también la posición de

Duguit. La negación de la soberanía es vigorosamente sostenida por el profesor de Burdeos. Para él, esa negación aparece como un lógico corolario de sus anteriores afirmaciones. El Estado es un hecho, y al Estado hay que estudiarlo como un hecho que es. Aquí está claramente la señalada influencia del positivismo de Durkheim. Pero si el Estado es un hecho que hay que estudiar como tal, y ese hecho nos revela que en su esencia no es otra cosa que la diferenciación entre gobernantes y gobernados, diferenciación que deriva de la mayor fuerza que los primeros tienen en el orden intelectual o físico frente a los segundos hay que dejar de lado todas aquellas concepciones que se aparten de esa noción real que se extrae del análisis y del examen de los hechos, que realiza la Sociología.

Entre esas nociones está la de la personalidad del Estado y está también la de la soberanía. Si el poder público lo que llama el poder gobernante, no es otra cosa que la expresión de la voluntad de los gobernantes, si esa voluntad de los gobernantes es la expresión de su mayor fuerza, pero no tiene intrínsecamente una naturaleza distinta de la voluntad de los otros hombres, si ese poder público es un poder meramente factico, no es posible sostener la idea de la soberanía porque esta importaría reconocer lo que se quiere negar, lo que se debe negar en función de los datos de la experiencia y de los hechos, que es que el poder de los gobernantes y que la voluntad de los gobernantes sea una voluntad que en su propia esencia se presente como distinta de la voluntad de los demás hombres.

La voluntad de los gobernantes, dice Duguit, no actúa omnínodamente, es decir, los gobernantes no pueden hacer cuanto se les antoje, no pueden actuar a capricho. Su poder se legitima por el hecho de que actúa de conformidad con la Regla de Derecho que quiere que se realice todo aquello que beneficie la solidaridad y que se abstengan de realizar todo aquello que la perjudique.

Los gobernantes actúan bajo las reglas de derecho que resultan de la existencia de la solidaridad social que es un hecho demostrado para él obligando a todos los gobernantes y gobernados y limitando por eso el poder público.

*Politis, Lefur.* Más recientes manifestaciones de esa negativa a admitir el concepto de la soberanía, se ofrecen el Derecho Público entre los autores que viniendo del campo del Derecho Internacional afirman su superioridad del Orden Jurídico Internacional sobre el Derecho Público Interno, y que todavía reconocen la existencia de un Organismo Internacional Mundial capaz de imponerse sobre los Estados. En esta línea de pensamiento puede buscarse al griego *Nicholas Politis* y a *Lefur*. Para estos autores la noción de soberanía es inconciliable con las prestaciones que cada vez mas se van exigiendo a los Estados por el hecho de su coexistencia, y todavía por la creación de organismos internacionales con poder para obligar a los estados particulares.

A menudo estas teorías no terminan en una negación absoluta de la soberanía. A veces simplemente la negación de la soberanía del Estado consiste en que desplazan el concepto de soberanía de los organismos estatales a esos especiales organismos internacionales.