

Capítulo III. Aspectos particulares de la comunidad estatal . 53

| | |
|--|----|
| § 8. El Estado como comunidad jurídicamente constituida | 53 |
| § 9. El poder del Estado | 57 |
| § 10. Poder del Estado y relaciones interestatales | 69 |
| § 11. El pueblo del Estado | 76 |
| § 12. El territorio del Estado | 87 |

Capítulo III. Aspectos particulares de la comunidad estatal

§ 8. El Estado como comunidad jurídicamente constituida

I. Coordinación mediante un orden normativo eficaz y homogéneo

Heller StL, 228 ss., 242 ss.

La comunidad estatal es una totalidad de seres humanos, cuya conducta se coordina en forma específica: en términos generales, la comunidad se configura como una estructura de conducta orientada con sentido, y la comunidad estatal, en particular, se constituye como una estructura de acción, jurídicamente organizada. Incluso el Estado mismo no es otra cosa que una unidad de acción, jurídicamente organizada (Heller). Esta acepción del Estado se aproxima a uno de los significados originarios del término *status*, que designa una situación (estado), una determinada "constitución" de la convivencia.

1. Coordinación mediante un orden normativo jurídico eficaz. En una comunidad, la conducta se orienta por normas, representaciones socio-éticas, fines e "imágenes-guía" de muy diversa índole. Las relaciones de la vida social son reguladas, en buena medida, por las normas de la costumbre y de la moral social, y no por las normas del derecho. Las estrechas relaciones de la vida cotidiana, tales como las de la familia, de amistad o de vecindad, no son reguladas por el "derecho garantizado", sino que lo son, en gran parte, por los mandatos extrajurídicos del trato social o por los deberes de consideración y asistencia recíprocas.

Las normas del derecho garantizado por el Estado se diferencian de tales normas sociales extrajurídicas ante todo por la técnica de aplicación coactiva del derecho. El cumplimiento de las normas extrajurídicas depende, si acaso, de la presión so-

cial. Quien infringe las normas del decoro y de las buenas costumbres, corre el riesgo de ser aislado en la sociedad y, ocasionalmente, en los negocios. En cambio, la obediencia a las normas jurídicas es forzada en un procedimiento de aplicación, jurídicamente organizado y normado, por ejemplo, conforme a los preceptos de los códigos procesales civil y penal. Asimismo, los deberes jurídicos presentes en ese "procedimiento coactivo" — por ejemplo, el deber que tiene el Ministerio Público de no encubrir al inculcado o la obligación del juez de no prevaricar — se encuentran nuevamente bajo sanciones jurídicamente reguladas. De este modo, el orden jurídico forma un sistema "encadenado" de regulación y control, cuyos elementos se apuntalan y apoyan entre sí como las mallas de un tejido. Esto convierte a sus normas en "derecho garantizado". En suma, existe una estructura de normas y medios de coacción, entrelazados y afianzados entre sí.

La conducta de los sujetos de derecho asociados en un Estado es coordinada y guiada por normas que poseen una probabilidad cierta de ser aplicadas en un procedimiento coactivo jurídicamente organizado. Esta probabilidad es garantizada, en el Estado totalmente organizado, por una estructura de instituciones estatales (tribunales, Ministerio Público, autoridades administrativas, etcétera), organizadas mediante división del trabajo y que se controlan recíprocamente en su funcionamiento ordenado.

La coercibilidad no significa que siempre que deba aplicarse una norma esta garantía se traduzca en coacción actual. En la mayoría de los casos basta la obediencia voluntaria de las normas o, cuando menos, la simple amenaza de sanción, la mera probabilidad de su aplicación, para que el orden jurídico funcione como esquema general de orientación.

2. Coordinación mediante un orden normativo homogéneo. Para garantizar la paz y la seguridad en una comunidad jurídica, las normas reguladoras de la conducta no solamente deben ser eficaces, sino deben también integrarse coherentemente en un orden comunitario funcional. Las normas de conducta no pueden contradecirse y deben armonizar entre sí. Además, deben integrarse en un modelo global y funcional, del orden comunitario. Si se denomina "sistema" a la conexión ordenada entre elementos particulares, entonces las reglas jurídicas de conducta deben formar un sistema cibernético-social. La estructura de acción que estas reglas proyectan, deberá ser un orden de conducta humana armonizada entre sí (un "sistema de interacciones").

Dentro de este sistema de regulación hacemos una distin-

ción entre los mandatos que prescriben una determinada acción u omisión y las normas de competencia, que definen facultades ("competencias") y procedimientos de regulación; es decir, son aquellas que determinan quién puede crear deberes generales o individuales, y qué procedimiento debe observarse para tal fin. Por ejemplo, atribuyen a un parlamento la facultad de aprobar normas jurídicas de obligatoriedad general, en un procedimiento definido con precisión, o bien, otorgan a un oficial de policía la competencia para regular el tráfico de la calle, es decir, crear a través de sus indicaciones deberes individuales para quienes participan en la circulación (por ejemplo, el deber de detenerse).

La distinción entre el Estado y otras comunidades jurídicamente ordenadas (como los municipios o las sociedades por acciones) depende precisamente de las competencias. El Estado es sólo aquella comunidad que dispone, en última instancia, sobre el instrumento de regulación normativa (es decir, posee la "supremacía de competencias"; más al respecto en § 9 III 2). La existencia de ese poder último de regulación está evidentemente relacionada con la homogeneidad del derecho, que no sería posible si, dentro de uno y el mismo territorio concurrían varias instancias de regulación de igual jerarquía. De ahí que en el Estado totalmente organizado exista una jerarquía, una "construcción escalonada", de las competencias: el legislador deriva su poder de regulación del constituyente; el reglamentador deriva el suyo del legislador. Así, las leyes se expiden con fundamento en la Constitución por el órgano constitucionalmente determinado, dentro de los límites constitucionales, en especial, de los marcados por los derechos fundamentales. Los reglamentos se expiden, con base en la ley, por el órgano legalmente determinado, en un procedimiento y contenido indicados en la ley. En términos generales, para ser creadas válidamente, las normas de jerarquía inferior requieren de una autorización de mayor jerarquía. Esta puede delinear o precisar el contenido admisible de la regulación.

No sólo debe procurarse un engrane coherente de las funciones de regulación, sino que también debe evitarse las contradicciones entre las normas mismas. A ello contribuye el orden jerárquico de las normas y la regla de conflicto conectada a él: el derecho de mayor jerarquía invalida a la norma inferior que lo contradice. Puesto que la Constitución se encuentra sobre la ley, y ésta, a su vez, sobre el reglamento, de ahí se deduce que son inválidas la ley que contradice a la Constitución y el reglamento que contradiga a la ley (o a la Constitución). En el Estado federal existe una regla de conflicto respecto de la rela-

ción entre el derecho federal y el derecho local. Las normas de la misma jerarquía que se encuentran en contradicción irreductible, se privan mutuamente de la eficacia.

II. La Constitución como esquema fundamental de integración de la comunidad estatal

Smend StA. 187 ss.; *W. Kägi*, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates. 1945; *Maunz-Zippelius*, § 5 (bibl.); *Stern*, § 3 (bibl.); *Ermacora* Grdr. 91 ss.

Smend y otros han visto en el orden constitucional, en sus disposiciones organizativas, garantías jurídicas y decisiones valorativas básicas, el esquema central de integración de la comunidad del Estado. Se puede invertir esta proposición: aquellas normas organizativas, garantías jurídicas, así como la determinación y, en especial, la delimitación de los fines estatales, que actúan como esquema actual de integración en un Estado, y que, por tanto, regulan efectivamente la vida estatal, forman su constitución "real".

Este concepto no corresponde a la Constitución escrita, asentada en un documento constitucional. Existen Estados que poseen una Constitución en el sentido arriba mencionado, pero que carecen de un documento constitucional; el ejemplo más común es la Gran Bretaña. Asimismo, al lado de la Constitución escrita, se pueden desarrollar reglas fundamentales y obligatorias de la vida constitucional, que deben encuadrarse en la Constitución en sentido material. Por otro lado, los documentos constitucionales pueden contener, aparte de las normas fundamentales, otros preceptos secundarios que no pertenecen a las decisiones políticas fundamentales del Estado, es decir, a la Constitución en sentido material; piénsese, por ejemplo, en la disposición de que los diputados tienen derecho al uso gratuito de los medios de transporte estatales (artículo 48, inciso 3 LF).

No es posible delimitar con exactitud, sino sólo aproximativamente, el conjunto de normas contenidas en la "Constitución en sentido material" (las decisiones políticas fundamentales del Estado). Según la comprensión constitucional actual, a este conjunto pertenecen las disposiciones fundamentales sobre la organización del Estado, en particular, las referentes a los órganos supremos, su designación, las funciones de regulación que poseen y su modo de proceder y colaborar; además, están los preceptos básicos sobre los derechos políticos de los ciudadanos, las garantías de los derechos fundamentales, los principios jurídicos y políticos esenciales, así como las disposiciones de fi-

nes en que descansan dichos preceptos organizativos y garantías jurídicas. Aristóteles delineó ya en forma similar el concepto de Constitución: ésta es una ordenación de todas las magistraturas, y especialmente de la suprema, es decir, el gobierno (Política 1278 b); pero también pertenece a ella la determinación del "fin con que se constituye la ciudad", lo que traducido a nuestra comprensión constitucional significa: la determinación de los fines fundamentales del Estado.

Al circunscribirse a los grandes lineamientos del orden político, la Constitución admite y requiere ser complementada y ello le confiere su capacidad de adaptación a las situaciones cambiantes.

Dicha adaptabilidad permite y hace posible mantener los rasgos fundamentales, al menos, de un determinado modelo de ordenación política durante un periodo prolongado de tiempo, frente a la transformación de las condiciones históricas y políticas.

§ 9. El poder del Estado

I. Función y funcionamiento del poder del Estado

§§ 12 I, III; 15 III; 17 II; *M. Weber* WuG, 28 ss., 541 ss.; *J. Stone*, Lehrbuch der Rechtssoziologie, (ingl. 1966) al. 1977, III cap. 1; *K. Engisch*, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971, 113 ss.; *Herzog*, 160 ss.; *Luhmann* RS, 106 ss., 262; *D. Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, 1975.

El Estado, en tanto que estructura organizada de poder y acción, tiene como función garantizar una convivencia ordenada y sin contradicciones y, en especial, la paz y la seguridad jurídicas (§ 17 II). Sólo puede efectuar esta función un orden de la conducta eficaz y homogéneo. Según se dijo, la eficacia específica del orden jurídico de la conducta radica en la probabilidad cierta de imponer la obediencia a sus normas en un procedimiento coactivo, jurídicamente organizado (§ 8 I 1). Es condición esencial de la homogeneidad del orden jurídico de la conducta, el que un poder central de ordenación disponga del instrumento de regulación normativa (§ 8 I 2).

Para el desempeño de la función ordenadora y pacificadora, debe dotarse a los titulares de funciones estatales con "poder estatal": la facultad (en el marco de sus atribuciones) de regular obligatoriamente la conducta en esa comunidad y de forzar la conducta prescrita con los medios del poder, en caso extremo, aun con el empleo de la fuerza física. La inscripción *ultima ratio regum* en los antiguos cañones pone de manifiesto, sin lugar a equívocos, esta pretensión del poder del Estado.

Cierto es que el garrote permanece guardado en la vida diaria de la obediencia voluntaria al derecho, apoyada en gran medida por un consenso general. Pero las sanciones, resultado de la transgresión de la norma, garantizan, a la vez, la fuerza de motivación y la eficacia de las normas en los casos, mucho más numerosos, de cumplimiento voluntario (por lo tanto, el Estado daña mediatamente el funcionamiento del orden jurídico, si reacciona débilmente frente a las violaciones del derecho).

La tarea de garantizar la paz y la seguridad jurídicas requiere que los titulares de papeles estatales (en el marco de sus competencias) afirmen enérgica y eficazmente el monopolio de la fuerza física contra todo acto de violencia (delictuoso o político) que no provenga del Estado. Cuando la creación o el ejercicio de las competencias estatales no bastan para realizar esta tarea, se ve frustrada una de las necesidades fundamentales de la comunidad jurídica; el poder del Estado pierde su credibilidad y, junto con la confiabilidad del orden estatal, también se pone en juego su permanencia, como ya había hecho notar Hobbes (*Leviatán*, cap. 21). Con frecuencia, la tiranía irrumpe con mayor ímpetu en el vacío de poder, generalmente atraída por la necesidad de una mano poderosa que imponga orden. Así, a los disturbios en la República romana siguió la dictadura de Sila; en Francia, de los desórdenes internos del siglo XVI nació, primero, la teoría, y luego la práctica del absolutismo; en Alemania, el absolutismo de los príncipes tomó el sitio del poder imperial, en decadencia; en la República de Weimar, la tiranía de Hitler fue consecuencia del fracaso del poder estatal frente al radicalismo político (*cfr.*, § 26 IV 2). La disminución excesiva del poder del Estado prepara el terreno en el que se cultiva con facilidad un exceso del mismo poder. En otras palabras: se requiere la aplicación enérgica, pero controlada, del derecho estatal para cerrar el camino al tirano.

Una colectividad sólo puede funcionar como Estado de derecho, si en ella existe y se aplica el poder estatal para imponer el derecho. El derecho subsiste como un modelo confiable de orientación, en tanto sea aplicado e impuesto con firmeza. En suma: no hay Estado de derecho sin seguridad jurídica, es decir, sin certeza de orientación; no hay certeza de orientación, sin certeza de realización (Zippelius RPh, § 24 II); sin embargo, el poder del Estado es ambivalente. Un Estado que tiene el poder para proteger eficazmente a sus ciudadanos, lo tiene también para oprimirlos. De ahí que, con la necesidad de un poder del Estado eficaz, se asocie la exigencia de que las actividades estatales se desarrollen en un acontecer controlado, que funcione bajo una distribución equilibrada de funciones y conforme a reglas de juego aseguradas (§§ 30 I; 31).

Los mandatos dotados de coacción no son los únicos instrumentos de dirección e influencia con que cuenta el Estado. Es esencial y propio del poder estatal disponer de este medio, según se necesite, para la regulación de la conducta. Aparte puede servirse de otros numerosos medios: para provocar ciertas conductas basta un estímulo, como por ejemplo, incentivos fiscales, primas o el ofrecimiento de subvenciones estatales. A través de una política dirigida de inversiones y créditos, puede la acción estatal influir particularmente sobre la coyuntura. Finalmente, en la era de los medios de comunicación masiva, el poder del Estado cuenta con importantes medios para dirigir la opinión pública (otra cuestión es que pueda servirse legítimamente de todos estos medios).

Toda dominación sobre los hombres tiene su correlato último en la obediencia, motivada de una u otra manera; *oboe-dientiu facit imperantem* (§ 11 I). En el ámbito estrecho y controlable de un campo de concentración, esta obediencia puede fundarse exclusiva o preponderantemente en las amenazas de sanción que se encuentran detrás de las órdenes de los detentadores del poder. Pero la dominación en todo un Estado sólo tiene visos de permanencia si se sostiene, en buena parte al menos, sobre la obediencia voluntaria (§ 15 IV, al final). "El más fuerte no es jamás lo bastante para ser siempre el amo y señor, si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia de los demás en deber" (Rousseau, *Contrato social*, I 3).

La aceptación de la dominación es objeto de la teoría sociológica de la legitimación. Ya Max Weber destacó importantes mecanismos y motivos de tal aceptación: el asentimiento rutinario a una forma tradicional de dominación; la fascinación que ejerce el gobernante y la creencia en su misión; la docilidad frente a un estatuto formalmente correcto y expedido en un procedimiento ordenado (§ 16 I 2). Los motivos racionales de la aceptación del poder del Estado se contienen en la idea de que un orden de dominación es indispensable para satisfacer la elemental necesidad de orden, seguridad jurídica y bienestar social (§ 17 II).

No obstante la importancia que tiene para el funcionamiento duradero de una comunidad estatal la aceptación, en términos generales, del poder del Estado por parte de los ciudadanos, no debe sobreestimarse unilateralmente este factor. Si tal sucediera, el proceso central de la vida estatal sería concebido realmente como *plebiscite de tous les jours*. Sin embargo, semejante comprensión del Estado negaría su singularidad como unidad de acción jurídicamente organizada y pasaría por alto los componentes, a la vez presentes y necesarios, de la dominación organizada (§ 8 I; Smend StA, 136, 480 s.)

II. El desarrollo histórico de un poder estatal homogéneo

Ph. de Beaumanoir, Coutumes de Beauvaisis, 1280/83, ed. A. Salmon, 1899/1900, reimpr. 1970; *O. Gierke*, Genossenschaftsrecht, III 1881, 381 ss., 635 ss.; *E. Kaufmann* (citado en el § 21 I); *F. Hartung*, Deutsche Verfassungsgeschichte, 1914, ⁸1964, §§ 18, 20, 22, 24, 26; *Heller StL*, 125 ss.; *F.A. v.d. Heydte*, Die Geburtstunde des souveränen Staates, 1952; *H. Kämpf* (ed.), Herrschaft und Staat im Mittelalter, 1956; *C. Schmitt* VA, 375 ss.; *R. Schnur*, Die französischen Juristen im konfessionellen Bürgerkrieg des 16. Jh., 1962; *J. Dennert*, Ursprung und Begriff der Souveranität, 1964; *H.H. Hoffmann* (ed.), Die Entstehung des modernen souveränen Staates, 1967; *P.L. Weinacht*, Staat, 1968 (sobre la historia de este vocablo); *Quaritsch*, 178 ss., 395 ss.; *W. Quint*, Souveranitätsbegriff und Souveranitätspolitik in Bayern, 1971; *C.F. Menger*, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 1975, ²1979, 30 s., 36 ss. 54 ss.; *D. Willoweit*, Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt, 1975, 121 ss. 274 ss.; *L. Sánchez Agesta*, Der Staat bei Bodin und in der spanischen Rechtsschule, en: Der Staat 1977, 359 ss.; *D. Wyduckel*, Princeps legibus solutus, 1979, 97 ss., 138 ss.

Hoy día, a menudo parece natural que en la comunidad política todas las facultades de regulación (competencias) se encuentren bajo el poder de disposición de una instancia estatal suprema. Pero esta proposición no siempre ha sido válida, sino que es producto de una azarosa evolución histórica. Así, por ejemplo, hubo largos periodos de la historia alemana en que la nobleza, la Iglesia y las ciudades ejercían un poder autónomo. Existía una justicia autógena, no delegada por la corona, históricamente más antigua que la jurisdicción real y que fue preservada y renovada mediante inmunidades. El Imperio (*Reich*) perdió también facultades soberanas propias, cuando se otorgaron cargos en calidad de feudos, y el derecho, a éstos cargos se volvió hereditario.

A fines de la Edad Media, en los diversos territorios las facultades soberanas se dividían entre los príncipes, por un lado, y la Iglesia, los caballeros y las ciudades, por el otro. A menudo se oponen "directamente dos estados en el Estado; un aparato del príncipe y uno estamental; el príncipe y los estamentos poseen tropas, autoridades, tesoros, representaciones diplomáticas separadas. Gobernar significa ahora una negociación continua de compromiso en compromiso" (Mitteis-Lieberich, cap. 35 III 5).

Es verdad que ya en la Edad Media se había pasado la idea de una consolidación del poder público en manos del príncipe, según la opinión, formulada en Francia, de que *li rois est souverains par dessus tous* (Beaumanoir, N. 1043). El poder del príncipe debía ser independiente y sobre él no tendrían preeminencia el papa o el emperador. Pero, por su parte, este poder del príncipe sí prevalecía sobre las competencias de los estamentos.

La separación de la *auctoritas* imperial se realizó sin serias dificultades. Felipe "El hermoso" y Enrique VIII demostraron tan enérgica como convincentemente que, a fines de la Edad Media, el Estado también podía emanciparse de la tutela papal.

El proceso de consolidación en el interior fue largo y penoso; en algunos territorios como Francia, se consumó antes, y en otros se prolongó hasta el siglo XIX (Quaritsch, 197 ss., 395 ss.): los soberanos se impusieron paulatinamente y transformaron a las poliarquías, cuya coherencia era débil, en unidades de poder rígidamente organizadas, con un solo ejército, una única jerarquía de funcionarios y un orden jurídico cada vez más uniforme, finalmente codificado en el país (Heller StL, 129; TE, 145). Los demás poderes en el Estado, los estamentos, retrocedieron en las luchas que frecuentemente duraron siglos. De tales controversias provienen las famosas palabras de Guillermo I: "Yo vengo a lo mío, estabilizo la soberanía y ciño firmemente la corona como un *"rocher de bronze"*, y dejo a los señores nobles los vientos del *Landtag*." El Estado — así describió Jellinek (p. 431; TGE, 352) este proceso — "adviene el gran Leviatán que va devorando todas las fuerzas públicas. Aun allí donde deja subsistir una fuerza exterior a él, se le apropia en la forma, porque él se afirma a sí mismo como el principio originario de los sometidos, aun cuando les conceda frente a él un poder de relativa independencia. Esto se pone de manifiesto en el derecho que a sí mismo se atribuye de disponer, mediante sus leyes, en su territorio, de todo el poder de dominación".

Paralelamente a la evolución de este hecho político, se impuso el vocablo "Estado". En la época del Renacimiento surgieron los términos *stato*, estado, *status*, *etat* y *Staat* para designar asociaciones de dominación, territorios de dominación y poder de dominación, y que tuvieron un creciente ingreso en la literatura científica y el lenguaje diplomático hasta que, a partir del siglo XIX, el término "Estado" se asocia universalmente a la corporación de dominación dotada de un poder supremo (*cfr.*, Quaritsch, 33 s.).

Teóricos del Estado como Bodin (III) y Thomas Hobbes (§ 17 II) elaboraron la teoría sobre este proceso de consolidación. El jurista francés Jean Bodin aplicó el concepto de soberanía al nuevo rasgo esencial del Estado moderno. En las guerras contra los hugonotes, él mismo hubo de vivir nuevamente un periodo de profundos desgarramientos internos de su patria, en el que la idea de la soberanía del Estado devino en llamamiento al orden, a la independencia y la unidad estatales. El principio de un poder homogéneo de dominación en el Estado se descubre,

por tanto, como una idea penosamente ganada a la contienda; una idea que, nacida de la necesidad política y no de la mera especulación, no es fácilmente renunciabile.

El postulado de un poder estatal uniforme descansa sobre la suposición de que únicamente éste cumple idóneamente con la función de protección y orden que se espera del poder político.

El concepto empírico de un poder estatal de dominación, superior a todos los demás poderes en el Estado, tiene, empero, su fundamento en el desarrollo histórico y en una determinada situación política. Ello nos incita a no elevar la soberanía y la unidad del poder estatal a la categoría de un dogma rígido.

III. Soberanía y unidad del poder del Estado

J. Bodin, Les six livres de la république, 1576, edición esp. de Pedro Bravo Gala, 1966; *Jellinek*, 435 ss.; *C. Schmitt*, Politische Theologie, 1922, 21934; *Kelsen* AStL, 102 ss.; *H. Heller*, La soberanía, (al. 1927) esp. 1965; *Krüger*, 847 ss.; *W. v. Simson*, Die Souveranität im rechtlichen Verständnis der Gegenwart, 1965; *P. Dagoglou*, en: EvStL, 2321 ss.; *Ermacora*, 350 ss., 371 ss.; *H. Kurz* (ed.), Volkssouveranität und Staatssouveranität, 1970; *Herzog*, 312 ss.; *P. Häberle*, Verfassung als öffentl. Prozess, 1978, 364 ss.; *Ch. Link*, Herrschaftsordnung und bürgerl. Freiheit, 1979, 67 ss., 89 ss., 178 ss.; *L. Wildhaber*, en: F.f. K. Eichenberger, 1982, 134 ss.

Sobre 1: *E. Hancke*, Bodin = Eine Studie über den Begriff der Souveranität, 1894; *M. Imboden*, Johannes Bodinus und die Souveranitätslehre, 1963; *H. U. Scupin*, Der Begriff der Souveranität bei Johannes Althusius und bei Jean Bodin, en: Der Staat, 1956, 1 ss.; *Quaritsch*, 243 ss.; *H. Denzer*, (ed.), Bodin, 1973; *G. Treffer*, Jean Bodin, 1977.

Sobre 2: *E. Zweig*, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, 1909; *C. Schmitt* VL, 75 ss.; *U. Steiner*, Verfassunggebung und verfassunggebende Gewalt des Volkes, 1966; *Stern*, §§ 5, 25 II 2 (bibl.); *W. Henke*, Staatsrecht, Politik und verfassunggebende Gewalt, en: Der Staat, 1980, 181 ss.

Sobre 3: *Rehm* Gesch, 226 ss., 240 ss.; *Jellinek*, 496 ss.; *A. Merkl*, Das Recht im Lichte seiner Anwendung, 1917; *Kelsen* RR, 228 ss.; *Doehring*, 112 ss.

1. La doctrina de Jean Bodin. Jean Bodin (1530-1596) consideró que la soberanía era el atributo esencial del poder del Estado: "*Republique est un droit gouvernement de plusieurs ménages, et de ce qui leur est commun avec puissance souveraine*" ("República es un recto gobierno de varias familias y de lo que les es común, con poder soberano") (Bodin 1576, libro I 1), dándole una formulación jurídica a este poder soberano. El punto principal (*le point principal*) de la majestad soberana y del poder absoluto residiría en la facultad de hacer las leyes sin el consentimiento de los súbditos (Bodin, I 8), esto es, el

poder de disposición sobre el instrumento de regulación normativa que coordina la conducta de los hombres en una estructura de conducta jurídicamente organizada (véase *supra*, § 8 I 2). Lo esencial en este punto era la síntesis de los derechos individuales que componían el poder soberano medieval en una sola y determinante competencia:

Bajo este mismo poder de dar y anular la ley, están comprendidos todos los demás derechos y atributos de la soberanía, de modo que, hablando con propiedad, puede decirse que sólo existe este atributo de la soberanía. Todos los demás derechos de soberanía son subsumibles a éste (Bodin I 10).

Esta soberanía debía ser independiente (*absoluta*) en dos sentidos: la independencia frente a los poderes dentro del Estado consistiría en la efectividad de la regulación jurídica sin el consentimiento (*sans leur consentement*) de los súbditos, y en particular, sin la colaboración de los estamentos. La independencia respecto de los poderes externos tendría su expresión en que la facultad de regulación del soberano estaría sujeta exclusivamente a los límites que no provinieran de la autoridad de aquellos poderes; tales límites serían los mandamientos divinos, la ley natural (y así se agrega después), determinados principios generales del derecho (*plusieurs loix humaines communes a tous peuples*; Bodin, I 8). Tal teoría de la soberanía adoptaba una postura contraria a las pretensiones de poder y participación de los estamentos, por un lado, y por el otro, contra las pretensiones de poder temporal del papa y contra el postulado de la supremacía imperial, que prevenía de la idea medieval de la continuidad de un Imperio romano universal.

Bodin determinó así la extensa competencia de regulación, independiente de los poderes internos, como característica esencial del Estado. Ello significó un importante paso en la evolución del pensamiento político moderno. La paz social sólo puede asegurarse duraderamente si los conflictos sociales son resueltos por una instancia que posee, frente a las respectivas partes interesadas un poder de decisión superior y que es capaz de imponer sus decisiones aún contra los opositores (*sans leur consentement*).

A partir del concepto de un poder de decisión central y supremo, sostuvo Bodin la indivisibilidad de la soberanía e impugnó la posibilidad de una constitución mixta, pues, quien tiene un *imperii socium*, carece del poder supremo (Bodin I 10, II 1). Pero, puesto que en una democracia todo ciudadano tendría *imperii socios*, debe uno suponer "que la corporación... de un pueblo ostenta la soberanía"; sin embargo, entonces "no hay un jefe con potestad soberana que vincule a unos con

otros". De ahí que Bodin se incline finalmente por una solución rigurosa: "El principal atributo de la república — el derecho de soberanía — sólo se da y conserva en la monarquía. En la república sólo uno puede ser soberano..." (Bodin, VI 4). Partiendo de lo anterior, la doctrina de la soberanía en la época absolutista atribuyó la soberanía a la persona del gobernante. El monarca y el Estado eran contrapuestos como sujeto y objeto del poder, respectivamente, o bien, se identificaba al gobernante con el Estado, de acuerdo con la frase "*L'état c'est moi*" ("El Estado soy yo") (cfr., Quaritsch, 214, 501). La cuestión de cómo sería siquiera posible un Estado democrático, no era susceptible de resolverse por esta vía.

Al respecto habría que desarrollar la idea de la corporación, insinuada por Bodin: la soberanía debe atribuirse al Estado como unidad de poder y acción jurídicamente organizada, o también como "persona jurídica" (§ 8 I; Quaritsch, 471 ss.). Ciertamente es que ello viene a parar finalmente en que determinadas personas, señaladas con mayor detalle por el orden jurídico, tengan, en lo individual o en conjunto, ciertas facultades (§ 13 II). Únicamente este enfoque permite concebir las manifestaciones del poder del Estado como productos de un sistema de cooperación jurídicamente coordinado, y encuadrar un acto estatal particular en un sistema de competencias, que apenas en conexión integran todo el poder del Estado. Desde esta perspectiva bien puede pensarse que se controle la supremacía de competencias misma a través del concurso coordinado de varios, y no en exclusividad por disposición de un solo individuo.

2. La supremacía de competencias. El poder estatal consolidado no es únicamente un hecho de poder político, sino que es, a la vez, "un poder político jurídicamente organizado", conformado en un sistema de competencias jurídicas de regulación (§ 8 I). La plenitud del poder estatal no puede describirse jurídicamente como la mera suma de competencias, una al lado de otra. El poder del Estado no es un haz de diversas facultades de regulación, sino que implica el poder jurídico de ampliar o limitar dichas competencias. Así, por ejemplo, se puede introducir o suprimir el servicio militar obligatorio y, en conexión con esto, crear o anular una multitud de competencias. Por tanto, el poder del Estado contiene también la competencia de decidir sobre la extensión de las competencias estatales, esto es, la supremacía de competencias (*Kompetenzenhoheit*) o competencia de competencias (*Kompetenzkompetenz*). El "todopoder jurídico del Estado" no reside en la suma de las competencias subordinadas, sino en esta supremacía de competencias.

Entre los órganos del Estado tiene preeminencia decisiva aquel que efectivamente ejerce la supremacía de competencia.

Tal constituye también el punto de partida de la teoría de los tipos de organización del Estado (§§ 20 ss.).

Bien examinada la cuestión, pueden formarse dos conceptos de la supremacía de competencias. El concepto menos comprensivo denotaría la disposición legal, es decir, la prevista en las normas constitucionales fundamentales, sobre el conjunto de normas y competencias, no sobre las decisiones fundamentales de la Constitución (escrita o no escrita) y, en especial, tampoco sobre las normas supremas de competencia que constituyen al órgano supremo del Estado. En forma similar, Bodin excluyó de la competencia de disposición del soberano las normas organizativas fundamentales (por ejemplo, que el Estado se constituye en monarquía, y los principios que rigen la sucesión al trono); además, los principios del derecho divino y natural, así como algunos principios del derecho humano, comunes a todos los pueblos, "*pluisieurs loix humaine communes a tous peuples*" (Bodin 1576, I 8; *cfr.*, Quaritsch, 347 ss. 368 ss.) Quien posee una supremacía de competencias así limitada, se halla en la situación de un *pouvoir constitué*, pero no en la del *pouvoir constituant*.

Un concepto más extenso en la supremacía de competencias comprendería también el poder de disposición sobre aquellas normas fundamentales de la Constitución, esto es, no conocería límite jurídico alguno.

Tal concepto definiría el poder de disposición del *pouvoir constituant*, capaz de derribar, en forma revolucionaria, los fundamentos jurídicos del orden constitucional y de reemplazarlos con otros. Su detentador sólo puede determinarse mediante criterios fácticos, a saber, como aquel grupo de seres humanos que se halla realmente en situación de sustituir con otro (mediante un acto revolucionario) el orden constitucional existente, o también, de mantenerlo frente las maniobras revolucionarias de otros. Sería ciertamente erróneo denominar competencia de "competencias" a este poder de disposición, si por "competencia" se entiende un poder de regulación fundado primeramente en el orden jurídico y no simplemente un poder libre.

Ambos conceptos de la supremacía de competencias significan únicamente la desvinculación (allá parcial, aquí total) de la posibilidad de decisión, de todo límite o condición jurídicas.

Pero no implican que la libertad de acción no se vea restringida a través de las circunstancias fácticas, particularmente las políticas. Desde Montesquieu, Marx y Lasalle (§§ 1 II; 15 IV; 25 II), se ha realzado continuamente la influencia de las condiciones extrajurídicas dadas sobre el orden jurídico y constitucional en su totalidad. No obstante, la situación a la que se

vincula fácticamente el poder del Estado, es determinada, en medida nada despreciable, por las decisiones anteriores de este mismo poder, el cual se introduce permanente e ineludiblemente en determinadas situaciones de decisión.

Los límites fácticos del poder del Estado pueden ser también jurídicamente relevantes, puesto que una facultad jurídica, entendida como derecho garantizado, se extiende únicamente hasta donde alcance la posibilidad general de su ejercicio eficaz. El derecho posee componentes fácticos en su eficacia (§ 1 IV 2), cuando las circunstancias reales reducen la probabilidad de que el poder del Estado imponga con eficacia determinadas disposiciones, disminuye en igual proporción su supremacía de competencias (*cfr.*, también § 10 I).

3. La unidad del poder del Estado. La unidad del poder del Estado significa que en el territorio de éste no existen facultades "autoritativas" de regulación independientes de él. Cuando en el territorio estatal los funcionarios de instituciones diversas a las del Estado mismo (por ejemplo, un municipio, una mancomunidad local o una comunidad religiosa) ejercen competencias soberanas, éstas les han sido atribuidas por los órganos del Estado y se hallan bajo el poder de disposición de éstos. Si en el territorio del Estado existieran competencias soberanas autónomas, sobre las que ningún órgano estatal pudiera disponer, entonces el poder del Estado carecería, *ex definitione*, de la supremacía de competencias y, consecuentemente, de la soberanía misma. Así, soberanía y unidad del poder del Estado se relacionan entre sí.

La unidad jurídica del poder del Estado señala la situación, ya conocida, de la existencia de un orden homogéneo de normas y competencias jurídicas. Obviamente esta homogeneidad no puede significar que una instancia central deba adoptar toda regulación obligatoria de la conducta. Semejante rigorismo centralista sería prácticamente irrealizable, en vista de la multiplicidad de las condiciones a regular. Además, sería indeseable, por diversas razones: de un lado, los individuos y las pequeñas comunidades (como los municipios o las universidades) tienen un interés legítimo en regular sus propios asuntos, en tanto que esto sea compatible con la necesidad de unidad jurídica que tiene la comunidad mayor; en una asociación política debería realizarse el mayor grado posible de autonomía, en favor de las posibilidades de desenvolvimiento y creatividad personales (§ 17 I). Por otra parte, la distribución de competencias entre diversas instancias, crea los supuestos técnico-jurídicos para una división y un control de los poderes, mientras que una extrema centralización de las facultades de regulación condu-

ciría a una peligrosa concentración de poder. Bajo estas condiciones, la homogeneidad del orden jurídico y del orden de las competencias puede significar solamente un determinado esquema de coordinación funcional y normativa, según el cual las facultades de regulación del Estado estén repartidas y coordinadas de manera tal, que se eviten las normas y decisiones contradictorias; las diversas funciones de regulación deben complementarse e integrarse en un esquema de ordenación uniforme. La coherencia de la regulación normativa de la conducta queda garantizada, en este sentido, por un orden escalonado de las competencias (facultades de regulación) y a través de una jerarquía de las normas, según se explicó ya (§ 8 I 2).

La Constitución y demás normas jurídicas pueden entonces distribuir entre diversos órganos del Estado, las funciones de la legislación, la administración y la jurisdicción, incluso de modo que resulte un sistema de *checks and balances* (división de poderes, § 31 II). Aún así, los diversos poderes no deben comprenderse aisladamente, sino como factores que se coordinan jurídica y funcionalmente; el Poder Ejecutivo y la jurisdicción están vinculados a las leyes. La supremacía de la ley impide las contradicciones entre las normas generales y las decisiones particulares. Mediante la reserva de la ley (§ 30 I), se establece una importante conexión cooperativa entre la expedición de normas generales (función legislativa) y su aplicación concreta. También puede construirse un Estado federal, es decir, un "dualismo de centros de decisión", en forma tal que la totalidad de las competencias estatales sea ejercida, en parte por los Estados miembros (*Gliedstaaten*), y en parte por los órganos centrales del Estado conjunto (IV).

El control sobre el esquema jurídico-constitucional de competencia que la crea, distribuye y coordina, sólo puede ser centralizado. En la medida que ello no acontezca mediante un acto revolucionario, sino a través de la revisión constitucional, es decir, mediante un procedimiento de derecho constitucional (por ejemplo, según el artículo 79 LF),^a no hay problema en concebir que esta suprema competencia jurídica de regulación sea ejercida mediante la colaboración de varios sujetos, por ejemplo, de las dos cámaras de un cuerpo legislativo. Entonces no es necesario que la supremacía de competencias (legal, véase, *supra* 2), deba concentrarse en manos de un solo órgano del Estado, o acaso, en manos de una persona determinada (sobre esta controversia: Bodin 1576, I 10, II 1, 6, 7; Hobbes, *Leviatán*, caps. 18 s. 29; Rousseau, *Contrato social*, II 2, pero también III 16).

IV. El poder estatal en el Estado federal

§ 39 I: *Jellinek*, 502 ss., 769 ss.; *H. Nawiasky*, *Der Bundesstaat als Rechtsbegriff*, 1920; *Kelsen AStL*, 198 ss.; *Maunz Zippelius*, § 14 (bibl.); *M. Usteri*, *Theorie des Bundesstaates*, 1954; *Nawiasky III*, 151 ss.; *Scheuner St.*, 415 ss.; *M. Welan F. Kojá et al.*, *Theorie und Praxis des Bundesstaates*, 1974, 61 ss.

En un Estado federal, tanto los órganos centrales de la federación como los estados miembros ejercen el poder del Estado. Así, por ejemplo, los órganos de la federación pueden expedir una ley que sea obligatoria dentro de las entidades federativas, pero la ejecución de esta ley puede encomendarse a las autoridades locales. También la competencia legislativa puede distribuirse, por materias, entre los órganos centrales de la federación y los estados miembros. Lo característico del Estado federal consiste en que las competencias, en conjunto, estén repartidas entre los órganos centrales de la federación y los estados miembros en forma tal que exista un dualismo de centros de decisión (*Scheuner St.*, 418) y, sobre todo, ni los primeros ni los segundos posean para sí la supremacía de competencias.

Si los órganos centrales del Estado federal tuvieran poder soberano y, consecuentemente, supremacía de competencias, podrían reducir o incluso suprimir completamente las competencias de los estados miembros. Entonces el Estado total no sería otra cosa que un Estado unitario descentralizado, pero no una estructura estatal de género propio.

Si, por el contrario, las entidades federativas poseyeran la supremacía de competencias, podrían sustraerse, a su antojo, de las competencias de la federación, lo que de nueva cuenta no corresponde a la naturaleza propia del Estado federal.

La singularidad del hecho político que se denomina "Estado federal", radica en que los estados miembros no quedan simplemente a merced de la decisión de los órganos centrales, pero tampoco pueden reivindicar para sí, a voluntad, su existencia propia como estados. Esta situación constitucional, en la que los órganos centrales no pueden disponer sobre el ámbito de competencia de los estados miembros, ni éstos sobre la esfera de competencia de los órganos centrales, es del todo concebible como realidad política, primeramente como tipo ideal del Estado federal. Contra esta definición conceptual no puede objetarse que la Constitución positiva de uno u otro Estado, que se autodenomina "Estado federal", otorga la supremacía de competencia a los órganos centrales. Dicho Estado no es un verdadero Estado federal, aunque incorrectamente se le llame así.

Hablar de las entidades que componen el Estado federal como de "estados", sin importar que no dispongan de la supre-

macía de competencias, es una cuestión terminológica. Hacerlo significa que no se reconoce en la soberanía un atributo esencial del concepto de Estado.

§ 10. Poder del Estado y relaciones interestatales

§ 40; *H. Kelsen*, Das Problem der Souveranität und die Theorie des Völkerrechts, 1920, 21928; *H. Heller*, Die Souveranität, 1927, 118 ss.; *R. v. Laun*, Der Wandel der Ideen Staat und Volk, 1933, 13 ss.; *H. Krüger*, *G. Erler*, Zum Problem der Souveranität, BerDGVR I (1957), 29 ss.; *M. Hagemann*, Staatliche Souveranität und internationale Ordnung, Schwiz JbInt R 1959, 53 ss.; *H.G. Koppensteiner*, Die europäische Integration und das Souveranitätsproblem, 1963; *K. Vogel*, Die Verfassungsentscheidung des GG für eine internationale Zusammenarbeit, 1964; *Bleckmann*, 264 ss.; *Verdross-Simma*, 45 ss.; *R. Schmidt*, *C. Tomuschat*, Der Verfassungsstaat im Geflecht der internat. Beziehungen, VVDStRL 36 (1978); *W. Meng*, Das Recht der Internationalen Organisationen-eine Entwicklungsstufe des Völkerrechts, 1979.

I. El problema de la soberanía externa

W. Schaumann, Die Gleichheit der Staaten, 1957; *Dahm* I, 152 ss.; *Huber* Aufs, 601 ss.; *G. Schwarzenberger*, Über die Machtpolitik hinaus?, 1968, *W. L. Bühl*, Transnationale Politik, 1978.

Son rasgos distintivos de la soberanía, desde la perspectiva interna del Estado, la supremacía de competencias y la unidad del poder estatal (§ 9 III). En ellos se pone de manifiesto la consolidación del poder del Estado, que permite comprender a la colectividad política como “unidad jurídica de decisión y acción”. Este hecho es también de significación respecto de las relaciones interestatales, porque, en tanto que unidad de decisión y acción, la comunidad política puede ser destinataria de deberes y titular de derechos internacionales. La consolidación del poder del Estado no solamente fundamenta la posibilidad de esta construcción jurídica, sino que constituye la condición fáctica para que los deberes de derecho internacional, que vinculan a la colectividad política como un todo, sean confiablemente cumplidos. En esta medida se relaciona la capacidad en derecho internacional con la faceta “interna” de la soberanía.

Desde el aspecto del derecho internacional, tiene un importante papel la independencia frente a poderes externos al Estado (§ 9 II, III). De esta idea derivan particularmente los principios de la “impermeabilidad” del ámbito estatal de dominación y de la igual capacidad jurídica y de acción de todos los estados:

El principio de la impermeabilidad excluye el ejercicio de competencias jurídicas autónomas de otro Estado (§ 9 III 3) en el ámbito estatal de dominación, territorialmente delimitado (§ 12 I, III). Comprende, además, el principio de no intervención, de cualquier otra clase, en los asuntos internos y externos del Estado. Frente al trasfondo histórico de la Guerra de los Treinta Años, esta prohibición pudiera parecer un elemento irrenunciable de la soberanía, pero en la actualidad, y precisamente hoy día, se ve sometida a diversas restricciones. De ello se tratará enseguida.

Otra cara de este carácter "absoluto", según se dijo, es la plena e igual capacidad jurídica y de acción de todos los Estados para crear obligaciones internacionales. A ella responde el carácter coordinador del derecho internacional y, en conformidad con esto, dispone el artículo 2, número 1, de la Carta de la ONU: "La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros". Sin embargo, la significación de esta igualdad ante el derecho internacional se agota en la subjetividad jurídica internacional y en la validez uniforme de las normas internacionales generales para todos los Estados. La igualdad de derechos puramente formal tiene una importancia relativamente escasa, porque también en el derecho internacional aparece como simple fachada, si detrás de ella no se encuentra un potencial aproximado de poder político.

¿No se invalida el concepto mismo de soberanía cuando el Estado asume vínculos jurídicos internacionales? ¿No le impiden éstos — conforme al derecho internacional — actuar a su libre arbitrio? Este obvio cuestionamiento no parte, sin embargo, del concepto empírico de la soberanía, porque construye en ella algo que jamás existió. En la realidad política, la independencia implícita en la soberanía nunca ha llegado al extremo de excluir las obligaciones internacionales, sino que es compatible con aquellos vínculos internacionales que no afectan la eficacia del derecho interno (II 3).

Las interdependencias entre Estados pueden llevar también a un menoscabo de la soberanía. La piedra de toque radica en la cuestión de si tales interdependencias impiden de hecho al Estado imponer su poder y su derecho, en particular, en oposición a los lazos interestatales (§ 9 III 2). No siempre ha de llegarse de golpe a esta situación. Es posible imaginar un socavamiento gradual de ese poder de imposición. Así, por ejemplo, en la relación entre las grandes potencias y los Estados satélites, puede desaparecer la probabilidad de que el derecho interno del Estado se cumpla, aun contra las intervenciones del

Estado hegemónico. Sin embargo, también en la relación entre otros Estados, los poderosos entrelazamientos y dependencias económicas, culturales y militares, pueden restringir la libertad de acción contenida en el concepto tradicional de soberanía. En los procesos jurídicamente formales de integración interestatal, es mucho más factible una aproximación paulatina a un *point of no return*, más allá del cual un Estado miembro sea incapaz de oponerse con toda eficacia interna a los convenios comunitarios y las resoluciones de los órganos supranacionales (véase, *infra* III).

Hoy en día, dichos sistemas de integración interestatal son prácticamente inevitables (§ 40 I). Con la multiplicación de los lazos de interdependencia internacionales, se pierde la flexibilidad para que los estados se agrupen "soberanamente en nuevas constelaciones de equilibrio, de acuerdo con principios elásticos", dentro de la comunidad de naciones, dependiendo de la transformación de las necesidades geopolíticas (Erler 1955, 39s.) Esta desmovilización del sistema del equilibrio internacional limita, sobre todo, el margen de acción de los Estados que pertenecen a uno de los grandes sistemas de alianza. Estos son sensibles en alto grado a los desplazamientos de poder y, por ello, perciben como agudo peligro toda amenaza contra el equilibrio estratégico.

Finalmente, también puede pensarse que, con la progresiva organización de la comunidad de naciones, los vínculos jurídicos internacionales adquieran cada vez mayor eficacia frente a un derecho interno que se les oponga. Esto quiere decir que las normas internas contrarias al derecho internacional perderían la probabilidad cierta de su aplicación coactiva regulada, llegándose a una etapa de transición que conduciría del dualismo entre derecho interno y derecho internacional (II 3), hacia un orden jurídico supraestatal, eficaz y homogéneo (II 2).

La creciente organización de la comunidad de las naciones y la pérdida correlativa de las soberanías individuales, abre la posibilidad de un "Estado mundial". La sustitución del precario equilibrio de la comunidad de Estados por un "Estado mundial" permitiría esperar, por un lado, cierta satisfacción: el reemplazo de los conflictos armados mediante un procedimiento jurídico ordenado. Por otra parte, en un Estado mundial existe el peligro de una "mayorización" de las minorías, como por ejemplo, de las naciones industrializadas (con el fin de igualar el bienestar o la pobreza), y, cuando fallan los mecanismos "estatales" de equilibrio y control, amenaza una inmensa concentración del poder y una tiranía frente a la cual no cabría confiar siquiera en la intervención de las potencias extranjeras.

II. Poder del Estado y vínculos de derecho internacional

H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899; *A. Baumgarten*, *Souveranität und Völkerrcht*, *Z.F. ausl. off. R.u. Volkerr.*, 1931, 305 ss.; *G.A. Walz*, *Völkerrecht und staatliches Recht*, 1933; *Nawiasky III*, 18 ss.; *P. Guggenheim*, en: *WVR III*, 651 ss.; *H. Kelsen*, en: *WVR III*, 278 ss.; *H. Wagner*, *Monismus und Dualismus*, *AöR* 89 (1964), 212 ss.; *W. Rudolf*, *Völkerrecht und deutsches Recht*, 1967, 128 ss.

Sobre la relación entre el derecho del Estado y el derecho internacional existen diversas opiniones:

1. La existencia única del derecho estatal. Es posible sostener la tesis de que, en sentido estricto, solamente existe el derecho estatal. De esta doctrina son concebibles dos versiones: en un giro radical podría negarse la existencia de toda obligación entre los Estados (*cfr.*, Laun 1933, 19 s.). Entonces, una así llamada obligación internacional contendría, en rigor, una mera declaración sobre el comportamiento futuro de un Estado, que se prevé en ese momento, con la consecuencia de que una desviación de esta declaración no constituye la violación de un deber. No obstante, este modelo no coincide con la comprensión generalmente aceptada de los tratados internacionales, que no tienen el sentido de meras declaraciones fácticas sobre una conducta previsible, sino el de una obligación. No son considerados como enunciados falsos (igual que un pronóstico meteorológico equivocado) cuando no se cumplen, sino que su quebrantamiento resulta un acto contrario al derecho, y se estima como fundamento jurídico para las sanciones internacionales.

Una concepción menos extrema no negaría toda obligación, pero vería en el vínculo jurídico internacional exclusivamente una autolimitación estatal (*cfr.*, Laun 1933, 19 s.). Ahora bien, una obligación internacional no se halla bajo la disposición unilateral del Estado, en todo caso, no conforme a derecho y en un cauce legal. En cambio, el Estado sí puede disponer legislativamente sobre su derecho interno.

El que un pacto internacional sea obligatorio en el modo antes descrito, no puede tener su fundamento jurídico en la ratificación del tratado, sino en una regla jurídica preexistente, según la cual, los tratados, una vez concluidos, también deben ser respetados (*pacta sunt servanda*). En la obligación internacional radica entonces un elemento heterónomo que rebasa la esfera del orden jurídico propio y la libertad de disposición jurídica de un Estado en particular.

Por tanto, esta teoría es insostenible.

2. La primacía del derecho internacional. De acuerdo con la doctrina de la primacía del derecho internacional, existe un solo orden jurídico homogéneo. En consecuencia, el escalón superior no lo forman las normas expedidas por el Estado, sino las del derecho supraestatal. La validez de las normas del derecho internacional tiene efectos internos directos, lo que da por resultado que sean nulas las leyes internas contrarias al derecho internacional. Así, el Estado posee una competencia jurídica relativamente suprema, pues únicamente en relación con los poderes internos posee una potestad suprema; pero, por su parte está sometido a los vínculos del derecho internacional, que tienen efectos internos directos (Kelsen 1928, 146 ss.).

Esta doctrina es coherente en sí, pero, salvo principios aislados en el derecho de guerra, no concuerda con la realidad jurídica internacional. Como piedra de toque sirva el hecho de que un tratado internacional no invalida una ley de una parte signataria, cuando es incompatible con aquél. Según la concepción jurídica vigente y todavía practicada por la comunidad de Estados, las normas estatales contrarias al pacto no son nulas, sino que tienen obligatoriedad en el ámbito interno (Berber I, 106 s.). La preeminencia del derecho internacional carece, hasta ahora, de plena eficacia. La doctrina de la primacía del derecho internacional es, por tanto, un modelo posible sobre la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, pero que no corresponde a la realidad jurídica actual.

3. La teoría dualista. No resta más que una teoría dualista, de acuerdo con la cual, el derecho internacional crea obligaciones sólo para los Estados y otros sujetos de derecho internacional. Esto no excluye la observancia de tales compromisos en favor de los individuos, como por ejemplo, de los prisioneros de guerra; pero el derecho internacional no es aplicable directamente como derecho nacional que tuviera supremacía efectiva sobre cualquier otro derecho interno. Para que lo convenido internacionalmente adquiera obligatoriedad en lo interno, debe convertirse en derecho nacional. Esto puede efectuarse *ipso iure* a través del derecho constitucional interno, cuando éste dispone, por ejemplo, que las disposiciones de un tratado internacional, celebrado en forma jurídicamente válida, sean también de aplicabilidad directa en lo interno (transformación general). A falta de tal norma general, es necesaria una transformación especial, mediante la cual el legislador declara como derecho obligatorio en lo interno, el contenido de un pacto internacional. De acuerdo con esta teoría, si un Estado no armoniza su derecho interno con los tratados que celebra, viola sus deberes jurídicos internacionales, lo que conlleva sanciones in-

ternacionales específicas; pero ello no afecta la validez interna de su propio derecho. Esta concepción corresponde a la práctica de los Estados imperante en la actualidad.

La sentencia que sobre el Concordato pronunció el Tribunal Constitucional Federal alemán se apoya en este punto de vista. Por un lado, el Tribunal confirmó que la Federación estaba obligada por el Concordato que el *Reich* firmó en 1933 y, por el otro, reconoció que la distribución actual de competencias entre la Federación y los *Länder*, impedía a la primera imponer el cumplimiento de este Concordato. No obstante, estimó que en lo interno era obligatoria esta distribución de competencias, de conformidad con el derecho constitucional positivo, ya que una Constitución es internamente válida aun cuando el constituyente la configure de tal manera que por ello se violen o se pongan en peligro las obligaciones derivadas de tratado (BVerfGE 6, 364 ss.)

En cambio, el Estado no puede liberarse de un vínculo jurídico internacional mediante su derecho interno, aun por su constitución, sin importar qué configuración pueda darles. Desde el punto de vista del derecho internacional, queda sujeto a armonizar su derecho con las obligaciones internacionales que contraiga. Esta indiferencia de la obligación internacional frente al derecho interno no representa una objeción contra el dualismo, sino que es inherente al concepto mismo.

Puede ocurrir que la constitución de un Estado no solamente confiera obligatoriedad interna a ciertas reglas del derecho internacional, sino también primacía frente a las leyes ordinarias (así, por ejemplo, el artículo 25 LF).^b Si bien será nula *ipso iure* una ley que esté en conflicto con una regla jurídica internacional, lo es únicamente porque a través del derecho constitucional estatal se otorgó obligatoriedad interna a dicha regla. Sin embargo, semejante disposición constitucional se encuentra, con todas las consecuencias expuestas, bajo el control del poder estatal, al menos del *pouvoir constituant*.

III. Poder del Estado e integración interestatal

§ 40; H. Krüger, Über die Herkunft der Gewalt der Staaten und der sog. supranat. Organisationen, DOV 1959, 721 ss.; G. Erler, W. Thieme, Das Grundgesetz und die öffentliche Gewalt internat. Staatengemeinschaften, VVDStRL 18 (1960), 7 ss., 50 ss.; Berber, III § 32 IV; C.F. Ophüls, Staatshoheit und Gemeinschaftshoheit, en: Recht im Wandel 1965, 519 ss.; H. Wagner, Grundbegriffe des Beschlussrechts der europ. Gemeinschaften, 1965, 48 ss.; P. Badura, J.H. Kaiser, Bewahrung und Veränderung demokrat und rechtsstaatl. Verfassungsstruktur in den internat. Gemeinschaften, VVDStRL 23 (1966), 1 ss., 34 ss.; E. Grabitz, Gemeinschaftsrecht bricht

nationales Recht, 1966; *K. Doehring*, Internat. Organisationen und staatliche Souveranität, en: F.f.E. Forsthoff, 1967, 105 ss.; *Seidl-Hohenveldern* IO, Rdn. 0107, 1701 ss.; *M. Zuleeg*, Das Recht der Europ. Gemeinschaften im innerstaatlichen Bereich, 1969; *H.P. Ipsen*, Europ. Gemeinschaftsrecht, 1972; *H.G. Petersmann*, Die Souveranität des Britischen Parlaments in den Europ. Gemeinschaften, 1972; Regionale Verflechtung der BRD, 1973; *Bleckmann*, 302 ss.; *Doehring*, 79 ss.; *W. Bünten*, Staatsgewalt und Gemeinschaftshoheit usw., 1977, 43 ss., 57 ss., 67 ss.; *E. Grabitz*, Der Verfassungsstaat in der Gemeinschaft. DVBl. 1977, 786 ss.; *Stern*, § 15; *G. Ress* (ed.), Souveranitätsverständnis in den Europäischen Gemeinschaften, 1980.

Finalmente, se plantea la cuestión de si, debido a los procesos de integración interestatal, hoy día se disuelve a tal grado la unidad del poder del Estado, que por ello hubiera que buscar un nuevo modelo de este poder. Sobre todo las formas intermedias de dicha integración podrían conducir, a largo plazo, a transgresiones en la unidad del poder estatal, pues es concebible que los Estados miembros de una organización supraestatal otorguen a ésta facultades soberanas particulares, y que éstas se sustraigan así a la supremacía de competencias de los Estados, sin que, a un mismo tiempo, queden sujetas a una nueva supremacía de competencias.

Un proceso evolutivo de tal naturaleza puede iniciarse con el otorgamiento de derechos de soberanía a las organizaciones supranacionales, según se prevé en las constituciones más recientes (por ejemplo el artículo 24, inciso I LF, el artículo 20 de la constitución danesa; el artículo 11 de la Constitución italiana; el artículo 67 de la Constitución holandesa).^c Así, por ejemplo, a través de los tratados de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (artículos 14, 15); de la Comunidad Económica Europea (artículo 189) y la Comunidad Atómica Europea (artículo 161), se han conferido ciertas facultades soberanas a organizaciones supraestatales. En tales casos, los Estados miembros ceden a la organización supranacional el ejercicio en su territorio de ciertas facultades de regulación (competencias), con efectos internos directos.

Esta facultación puede construirse de maneras diversas: la creación de comunidades internacionales puede considerarse como "acto colectivo del poder estatal de integración" (Ipsen, 1972, 61) y seguir figurándose que de este acto ha surgido una comunidad jurídica independiente que, con autorización de los estados miembros, ejerce en estos estados un poder de regulación que, si bien resulta limitado, es originario y, en principio, susceptible de ampliación y aun de adquirir preeminencia (*cfr.*, BVerfGE 22, 295 s., 37, 277 ss.). Asimismo puede pensarse que

los estados miembros simplemente han transferido algunas de las competencias "estatales" a las organizaciones creadas por ellos y, finalmente, es posible considerar a las resoluciones de las organizaciones supranacionales como actos de derecho internacional cuya obligatoriedad interna descansaría en una transformación general anticipada; esta construcción se mantendría completamente dentro del marco del esquema dualista tradicional.

Aún siguiendo cualquiera de ambas construcciones, no por ello hay razón para que se disuelva sin más la supremacía de competencias de los estados miembros, sino que, aún bajo tales supuestos, aquellos conservan un poder de disposición, determinante en última instancia, que les permite recobrar el poder de regulación en su territorio, puesto que la soberanía y, por consiguiente, la unidad del poder estatal, no se pierden en tanto que el Estado pueda, en caso extremo, recuperar el control. En la medida en que los estados conserven en lo individual la posibilidad fáctica de la secesión, y en tanto que ésta provoque, de hecho, únicamente sanciones internacionales, no se habrá alcanzado todavía un *point of no return* en el proceso de disolución de la supremacía de competencias.

Aquí se muestra, de nueva cuenta, que la unidad jurídica del poder del Estado está determinada, en gran medida, por las cambiantes condiciones políticas. En cuanto al derecho interestatal, es la "posibilidad de secesión, situada en el ámbito meta-jurídico-histórico" la que decide, en último término, si los Estados miembros se hallan en posesión plena de su poder. Esta posibilidad prueba, finalmente, si un Estado es capaz de decidir, con eficacia jurídico-política, qué ámbito de vida, de su territorio y sus habitantes, toma bajo su mando (Erler 1960, 18).

§ 11. El pueblo del Estado

F.J. Neumann, Volk und Nation 1888; *R. Kjellén*, Der Staat als Lebensform. 1917, 1924, 87 ss.; *H. Liermann*, Das Deutsche Volk als Rechtsbegriff, 1927; *H. O. Ziegler*, Die moderne Nation, 1931; *R. v. Laun*, Der Wandel der Ideen Staat und Volk, 1933; *H. Kohn*, Die Idee des Nationalismus, (ingl. 1944) al. 1962; *Nawiasky*, II 1. 12 ss.; *E. Francis*, Ethnos und Demos, 1965; *Ermacora*, 58 ss.; *Herzog*, 40 ss.; *Stern*, § 25 I.

§ 91; *Jellinek*, 406 ss.

El poder estatal implica siempre dominación sobre los hombres; en el Estado territorial es dominación sobre el pueblo que habita su territorio. La posición así caracterizada conside-

ra al pueblo como un elemento indispensable de la dominación y del Estado, con toda independencia de que, en la democracia, la totalidad de los ciudadanos activos ejerza a la vez una función constitutiva en la formación de la voluntad del Estado (§ 17 III). Jellinek (p. 426; TGE, 348) advirtió la coordinación recíproca entre el poder y el pueblo del Estado: "Considerado más de cerca, se ve cómo todo el poder del Estado descansa en la obediencia de los súbditos; toda su actividad es obediencia transformada". *Oboedientia facit imperantem*. Tiempo después, expuso detalladamente Heller (StL, 238 s.; TE, 257 s.) la dialéctica entre el poder de dominación y la obediencia de los súbditos:

El que las varias actividades de los súbditos vengan finalmente a dar una unidad de acción, se explica porque esas actividades acumuladas son actualizadas unitariamente por un gobernante. Pero el que éste a su vez posea el poder, sólo se explica por las actividades de los súbditos. La acción objetiva del poder estatal no puede ser atribuida ni a los súbditos exclusivamente, ni a un gobernante dominante, así se trate del dictador más absoluto. Siempre deberá aquella su nacimiento y permanencia a la cooperación de ambos.

Este concepto del pueblo sometido al poder estatal no se identifica con el de pueblo en sentido sociológico, el cual es unido por un sentimiento de pertenencia nacional (II). El postulado del Estado nacional y el problema de las minorías (III) nacen precisamente de que el pueblo sujeto a un poder estatal no siempre constituye un pueblo en sentido sociológico.

El "pueblo" sometido al poder de regulación de un Estado tampoco es idéntico a la suma de sus nacionales. En la democracia sólo al nacional ("mayor de edad") le corresponde la "ciudadanía activa" a saber, la función de designar a los ocupantes de los órganos supremos del Estado y, en lo posible, de colaborar directamente también en los actos legislativos y las decisiones particulares del Estado. De la nacionalidad derivan, asimismo, otros deberes y derechos específicos (IV). En cambio, en el Estado territorial, los extranjeros y los apátridas también se hallan sometidos a su poder. Así, existe una disparidad entre el círculo de los súbditos y el de los nacionales, de la que surgen los problemas del "derecho de extranjeros".

II. El pueblo en sentido sociológico

E. Renau. Qu'est-ce qu'une nation?, 1982; *G. Rümelin*, Über den Begriff des Volkes, Kanzlerreden, 1907, 68 ss.; *M. Weber* WuG, 234 ss.; *M.H. Boehm*, Das eigenständige Volk, 1932; *Heller* StL, 148 ss.; *K. Stavenhagen*, Das Wesen der Nation 1934 Was bedeuten uns heute Volk, Nation,

Reich? (Schriftenr. d.F. Naumann Stifgt.) 1961; G. Zermatto, Vom Wesen der Nation. 1966.

Sobre I: A. de Gobineau, Essai sur l'inegalité des races humaines, 4 vols. 1835-55 (al. 1939-40); H. St. Chamberlain, Die Grundlagen des 19. Jahrhunderts, 1899; *id.*, Rasse und Persönlichkeit, 1925; H. Liermann, Rasse und Recht, ZgesStW, 1928, 273 ss.; I. Schwidetzky (ed.). Die neue Rassenkunde. 1962; K. Saller (ed.) Rassengeschichte der Menschheit, 1968 ss.; G. L. Mosse, Rassismus, 1978.

Puede denominarse pueblo en sentido sociológico aquel conjunto de seres humanos que se sabe unido por un sentimiento de pertenencia nacional, fundado, por su parte, en una pluralidad de factores, como la afinidad racial, la comunidad de cultura (en especial de la lengua y la religión) y la comunidad de destino político. Considerada con mayor propiedad, la pertenencia nacional parece ser altamente compleja y problemática. En apariencia, no existe la pertenencia nacional en sí, sino más bien combinaciones múltiples de ella, y de gran diversidad en cuanto a su contenido y gradación. Un hombre puede sentirse ligado a otro por la lengua común o por la religión; a un segundo, por la afinidad de origen o la patria común; a un tercero por la misma ocupación o iguales intereses económicos o intelectuales; a uno más, por la comunidad de destino político. Cualquier combinación de factores representa, por lo visto, aquello que, a la ligera, se denomina "sentimiento de lo nacional" (*Nationalgefühl*), del que, en realidad, existen muy distintas variantes, dependiendo de sus componentes y su intensidad. En principio, solamente puede hablarse de pertenencia en el sentido de un concepto de uso aproximativo. Por lo pronto, se plantea la modesta tarea semántica de desentrañar el significado de los conceptos tradicionales de "pueblo" y "nación".

1. Comunidad de origen. El criterio de la comunidad de origen se impone como el más obvio. Este aspecto biológico, natural, se halla ya implícito en el significado semántico del concepto "nación", que proviene del vocablo *nasci*, nacer. Sin embargo, al intentar comprender a un pueblo, se cometería una burda parcialidad si se otorgara una importancia excesiva, o quizá única, al factor biológico racial. El historiador francés conde de Gobineau destacó enfáticamente este aspecto racial, y en Alemania, fue particularmente H. St. Chamberlain quien propagó la idea de la raza para que, finalmente, el nacional-socialismo, con meticulosidad muy germana, abusara de ella y la hiciera caer en el descrédito. Sin embargo, se incurriría en el extremo opuesto, si cerráramos los ojos ante el hecho de que los genes y la herencia también desempeñan un papel en la vida de los pueblos y de que los diversos rasgos corporales, de carácter y hasta espirituales que de tal modo se reúnen en los distin-

tos pueblos, influyen también sobre las concepciones jurídicas prevalecientes y la conformación de la vida del Estado.

Pero, ¿es la raza una magnitud biológica precisa que constituya unilateralmente el vínculo de nacionalidad? ¿No más bien surgen los pueblos de la comunidad de destino político y de cultura? ¿Existe en realidad una raza pura como condición biológica dada? Este punto es cuestionable por la misma imposibilidad práctica de hallar un criterio que defina la pureza de la raza. Sin lugar a dudas existe el francés típico, y aún más, el inglés típico, pero el origen biológico del pueblo francés actual se encuentra esencialmente en los celtas, romanos y varios troncos germánicos; el del tipo inglés lo hallamos primordialmente en los britanos, los pictos, los escoceses, los anglos, los sajones, y los normandos. Cuánta sangre celtíbera, fenicia, griega, romana, vándala, visigoda y mora corre por las venas de una española de "raza", es algo que sólo se presta a la especulación. Únicamente por la mezcla de siglos y por la adaptación biológica a la tierra y al clima, de la que ofrece una explicación la teoría darwinista, se ha formado gradualmente, a partir de ciertos elementos, un tipo humano más o menos homogéneo. Y quién podría probar que los elementos de una nueva raza se formaron nuevamente a partir de múltiples elementos raciales. "La verdad es que — así dice Renan (1882, sección II 1) — no existe una raza pura". No puede presuponerse a la raza como un dato; biológico fijo "dado de antemano y que constituyó automáticamente" tanto a la comunidad étnica como a la unidad estatal, sino que, con sobrada frecuencia y como lo afirmó con razón Heller (StL, 164 s.; TE, 181): "... fue la unidad del Estado... la que, al contrario, cultivó y creó la unidad 'natural' del pueblo y de la nación."

2. Comunidad de cultura. La pertenencia nacional no se funda, en modo alguno, sólo en la comunidad de origen y en la consiguiente afinidad de rasgos de los individuos, sino que, a menudo, se da aquélla en mayor grado a partir del hecho de que los hombres han conformado una comunidad cultural en el curso de la historia. Un factor particularmente significativo para la constitución de una nación es la lengua común. Pero ésta tampoco es determinante por sí sola, porque si los judíos que viven en la Diáspora se consideran verdaderamente un pueblo, la razón de ello no radica en la comunidad lingüística, sino en un mismo origen, y en todo caso, en la religión y un destino específico. Por otra parte, una asociación esperantista no constituye una nación. En forma similar, el *lord* inglés y un negro angloparlante de Alabama no pertenecen a la misma nación. Aparte del idioma, desempeñan una importante función otros

factores culturales. Así, por ejemplo, los serbios y los croatas se han considerado, durante largo tiempo, como dos pueblos distintos a pesar del idioma y la pertenencia racial comunes, porque faltaba la comunidad de confesión religiosa. Asimismo intervienen significativamente otros factores culturales como la moral social, las costumbres, la rutina y los hábitos. Las diferencias o semejanzas "en la barba y el cabello, vestido, modo de alimentarse, división del trabajo entre los sexos y todas las demás que saltan a la vista... pueden dar pie en algunos casos a atracción o repulsión entre gentes diferentes y, como reverso positivo, a la conciencia de comunidad entre gentes parecidas..." (M. Weber WuG, 236; ES, 317).

3. Comunidad de destino político. La comunidad de destino político es un factor de trascendencia. Los ingleses y estadounidenses tienen, en grado considerable, una comunidad de origen; hablan la misma lengua; no existen antagonismos religiosos entre ellos y, sin embargo, sienten pertenecer no sólo a estados diferentes, sino también a naciones distintas; esto se debe a que la Declaración de Independencia de 1776 disolvió la comunidad de destino político. Por razones similares, los suizos alemanes y los propios alemanes no se consideran una nación, a pesar de un origen, una lengua y una cultura comunes. Este factor de la comunidad política es tan significativo que frecuentemente, donde no se presenta, se desintegra también la comunidad étnica.

Por otro lado, la comunidad de destino político actúa a menudo como crisol de una nación, aun donde no existe la comunidad de origen, lengua y religión. Así, después de la invasión normanda, dos pueblos se fundieron en Inglaterra para crear una sola nación, y en los Estados Unidos los grupos más heterogéneos se han unido en una nación. En Suiza, la comunidad de destino político, intensamente vivida durante la Segunda Guerra Mundial, fortaleció el sentimiento de pertenencia nacional, que empezó a salvar las diferencias culturales, sobre todo las lingüísticas y religiosas.

En suma, puede afirmarse que la formación o desintegración de la comunidad de destino político, crea o destruye, a la larga, pueblos en sentido sociológico. Empero, este proceso es influido poderosamente por factores sociológicos. Por ejemplo, evoluciona con lentitud cuando la mentalidad predominante se resiste a la separación política, o viceversa, a la integración. Los polacos, por ejemplo, cuyo territorio nacional estuvo repartido durante siglo y medio entre Rusia, Prusia y Austria, retuvieron durante ese periodo una conciencia nacional común y continuaron siendo un pueblo. Los actuales habitan-

tes del Tirol del Sur, a su vez, no se consideran parte del pueblo italiano, a pesar de su prolongada pertenencia al Estado italiano.

4. El sentimiento de pertenencia nacional. La pertenencia nacional posee, sin ofrecer la menor duda, un elemento subjetivo. Heller (StL, 160; TE, 176) opinaba que los criterios objetivos "implican solamente ciertos supuestos y posibilidades de una conexión del pueblo, la cual, para que se convierta en realidad, ha de ser, en primer lugar, actualizada y vivida subjetivamente". Ya Renan (1882, sección III) ponía de relieve este factor al designar a la nación como "*une âme, un princepe spirituel*". Este sentimiento de pertenencia actualiza no sólo rasgos comunes, objetivamente presentes, sino que posee igualmente un elemento, más o menos acentuado, de autorreferencia a una comunidad. En forma típico-ideal, Rümelin (1907, 109) destacó precisamente tal elemento, respecto del ejemplo de Ruth, al afirmar: "puedo librarme de todo, ir hacia los extraños y decir, como la antepasada del Rey David: tu pueblo será mi pueblo y tu Dios, mi Dios."

El sentimiento de pertenencia social no constituye un hecho homogéneo, sino altamente complejo y que a menudo es difícil determinar en sus particularidades. Al respecto desempeñan un papel todos los posibles componentes, diversos en su contenido y grado y que pueden entrecruzarse en formas múltiples, por ejemplo, la conciencia de una afinidad de carácter, condicionada genéticamente, la conciencia de un pasado histórico-político común o de una comunidad actual de destino político. De estos elementos pueden surgir variantes muy distintas del sentimiento de pertenencia ¿En cuál de ellas encuadra lo característico de la pertenencia nacional?

Heller sugería situar la cesura en el punto donde el sentimiento de pertenencia se condensa en una voluntad política, donde "un pueblo se esfuerza por mantener y extender su manera propia mediante una voluntad política relativamente unitaria" (Heller StL, 161; TE, 177). En ello podría residir el rasgo que distingue a la nación del simple "pueblo cultural", o mejor dicho, de la pluralidad de otras comunidades étnicas.

Pero, por su parte, el concepto de la "voluntad política relativamente unitaria" es nebuloso, en cuanto comprende todo un *continuum* de voluntad política, diversa en contenido y grado. El sentimiento de pertenencia de los miembros de un sindicato, o de un partido, puede condensarse en una voluntad política, sin que por ello se constituya una nación ¿De qué género es entonces la voluntad, políticamente relevante, del pueblo? Heller considera como decisivo el que "un pueblo se es-

fuerce por mantener y extender su manera propia”, fórmula que, sin embargo, encubre la falta de autonomía del criterio subjetivo; la remite al hecho del “pueblo y su manera propia”. La pertenencia ha de basarse en la existencia de rasgos objetivos comunes del tipo mencionado, pero el vocablo “pueblo” no indica con precisión una combinación determinada de tales caracteres objetivos.

Este breve intento de desentrañar el significado del término “pueblo”, nos ha conducido al siguiente estado de cosas: encontramos tanto distintas combinaciones de rasgos comunes objetivos, como los diversos modos correspondientes de un sentimiento de pertenencia; en otras palabras, hallamos diversos géneros de comunidad. El concepto empírico tradicional de pueblo no expresa exactamente una combinación definida de dichos caracteres, objetivos y subjetivos, sino que “pueblo”, en el sentido de uso lingüístico tradicional, es un concepto con un “halo conceptual”, cuya extensión de significado engloba distintas mezclas de las relaciones de comunidad. Sus componentes objetivos más importantes son la comunidad de origen, de cultura (particularmente del idioma) y la comunidad de destino político. En el tipo ideal del pueblo estarían reunidos todos ellos, pero en el concepto de pueblo relevante en la práctica, es superfluo, al menos transitoriamente, uno a otro elementos. La comunidad nacional no es reductible a uno de estos factores; ninguno es decisivo por sí mismo, o indispensable en toda circunstancia.

III. La idea del Estado nacional y las minorías nacionales

H. Raschhofer, Hauptprobleme des Nationalitätenrechts, 1931; *G. Decker*, Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen, 1955; *K. Rabl*, Das Selbstbestimmungsrecht der Völker, 1963, 21973; *K. Renner*, Die Nation; Mythos und Wirklichkeit, 1964; *H. Kloss*, Grundfragen der Ethnopolitik im 20. Jahrhundert, 1969; *Th. Veiter* (ed.) System eines internationalen Volksgruppenrechts, I 1970, II 1972, III 1978; *W. Heidemeyer*, Das Selbstbestimmungsrecht der Völker, 1973; *D. Thürer*, Das Selbstbestimmungsrecht der Völker, 1976; *F. Ermacora*, *Th. Veiter*, Nationalitätenkonflikt und Volksgruppenrecht, I, 1977, II, 1978; *K. Rabl et al.*, Volksgruppenrecht, 1980; *G. Brunner*, *B. Meissner* (eds.), Nationalitäten Probleme in der Sowjetunion und Osteuropa, 1982.

Sobre 1: *J.C. Bluntschli*, AStL, 1882, 61886, 103 ss.; *F. Meinecke*, Weltbürgertum und Nationalstaat, 1907, 71928, Cap. I; *E.R. Huber*, Nationalstaat und Verfassungsstaat, 1965, 273 ss.; *K.R. Minogue*, Nationalismus, (ing. 1967)al. 1970; *K.W. Deutsch*, Nationenbildung-Nationalstaat-Integration. 1972; *Scheuner* St, 101 ss.

Sobre 2. *K.E. v. Turegg*, Minderheitenrecht, 1950; *Dahm* I, 393 ss.; *Berber* I. § 21 VII, § 57; *R. Grulich et al.*, Nationale Minderheiten in Europa,

1975; *E.H. Pircher*, *Der vertragliche Schutz ethnischer, sprachlicher und religiöser Minderheiten im Völkerrecht*, 1979.

Sobre 3: § 17 I 2; *F. Esterbauer et al.* (ed.), citado en el § 38; *F. Esterbauer* (ed.) *Regionalismus*, 1978; *L. Roemheld*, *Integraler Föderalismus*, II 1978, 153 ss.

1. La idea del Estado nacional. El principio de la nacionalidad obra dentro de la política como idea del Estado nacional y como problema de las minorías nacionales. La conciencia nacional, despertada sobre todo con motivo de las guerras de liberación contra Napoleón, así como la doctrina del espíritu popular y la nacionalidad del Romanticismo, que entendía a los pueblos como organismos vivos, forman el trasfondo histórico del principio del Estado nacional: "Cada Nación está llamada, y tiene derecho, a formar un Estado. Así como la Humanidad está dividida en un número de naciones, así debe dividirse el mundo en un número igual de estados. Por cada Nación, un Estado. Todo Estado, un ser nacional" (Bluntschli 1886, 107). En tanto que exigencia de un derecho de autodeterminación de los pueblos, esta idea del Estado nacional se ha empleado una y otra vez en la época más reciente como frase hecha y consigna de lucha política.

Grillparzer nos previno visionariamente del camino al que puede conducir el principio de la nacionalidad, cuando se convierte en una ideología unilateral y prepotente: es aquel que lleva de la "humanidad, a través de la nacionalidad, hacia la bestialidad". Pero si se le reduce a proporciones razonables, entonces corresponde a la "nación", precisamente en el mundo moderno, un importante papel: en tanto que comunidad de cultura y de destino histórico-político, es capaz de integrar a los hombres, y pertenece a aquellas formaciones sociales que cumplen con una significativa función de resguardo para una humanidad cada vez más desarraigada (§ 7 III).

2. El problema de las minorías. El problema de las minorías nacionales se revela cuando el principio del Estado nacional no se ha realizado plenamente, cuando los fragmentos de una nacionalidad extraña se han incrustado en el pueblo principal del Estado. Constituyen un caso próximo a nosotros los daneses de nacionalidad alemana, y los alemanes de nacionalidad danesa, que residen en Nord-Schleswig y la frontera sur de Dinamarca, respectivamente, y, además, los tirolese del Sur, que pertenecen al Estado italiano. Es evidente que tales minorías corren un peligro, especialmente grave, de verse acorraladas en la forma democrática de Estado, en la que impera el principio de la mayoría. Ello tiene su reverso en las tendencias de las minorías nacionales a separarse del Estado y en los es-

fuerzos de la Madre Patria por "traer a casa" (*heim ins Reich holen*) a sus nacionales, a los "irredentos" que habitan un territorio extranjero.

En ocasiones se permite a las minorías nacionales decidir, mediante una votación, a qué Estado ha de pertenecer el territorio que ocupan, solución que corresponde al ideal de la autodeterminación de los pueblos. La garantía de la libertad de emigración, el intercambio de poblaciones y la expulsión, son medios más enérgicos para desligar de un Estado a una minoría de nacionalidad ajena.

Mientras no se elimine el problema de las minorías a través de estas medidas, se plantea la necesidad de protegerlas. Esta protección puede perseguir dos propósitos: por un lado, la equiparación jurídica individual de los miembros de la minoría con los del pueblo principal, sobre todo en el aspecto de los derechos de libertad, los derechos políticos y los derechos a recibir prestaciones del Estado; por el otro lado, la protección del grupo como tal, en su singularidad étnica, especialmente en su lengua, sus costumbres y usos. Este segundo aspecto se encuentra en primer plano, cuando se garantiza a la minoría la práctica de su lengua nacional en la escuela y su equiparación al idioma oficial en el territorio de la minoría.

El artículo 1, inciso 2 de las Actas del Congreso de Viena, del 9 de junio de 1815, convenido en favor de las minorías polacas en Prusia, Austria y Rusia, abrió el camino a la protección de las minorías nacionales. Tuvo como contraparte, por citar un ejemplo más, el Tratado de las Minorías del 28 de junio de 1919, celebrado entre las potencias vencedoras y Polonia, ahora en favor de los alemanes, austriacos, húngaros y rusos que residían en el recién creado Estado polaco. El ejemplo de la protección a las minorías prueba también la insuficiencia básica de las garantías puramente jurídicas contra los poderes políticos. En el Tirol del Sur quedó demostrado que, a pesar de extensas medidas jurídicas, una minoría nacional, cerrada y consciente de su origen, corre peligro sólo por la emigración interna masiva de los miembros del pueblo principal.

3. El regionalismo. El "regionalismo" moderno no se conforma con la protección jurídica de su singularidad étnica, sino que demanda fundamentalmente una organización multicentral de los Estados, conforme a su división étnica. Reivindica una amplia autonomía para los grupos nacionales independientes y regionalmente asentados.

Esta exigencia se relaciona con la de un adecuado desarrollo, económico y cultural, de las regiones, para lo cual deben crearse, en lo político, económico y cultural, centros de grave-

dad regional. Asimismo debe terminarse con la extendida explotación regional, consistente en destinar, en medida desproporcionada, a una región central los recursos recaudados en todo el país, ya sea con propósitos culturales o médicos, y ello en perjuicio de la "provincia". Con demandas de este género, el regionalismo rebasa el estrecho programa de la política étnica y desemboca en los programas más generales del principio de subsidiariedad y la federalización (§ 17 I 2), pero también en la idea de la depuración cooperativa de los conflictos (§ 3 I 3); la federalización es también apropiada para reducir los conflictos étnicos y regionales y para llevarlos a un compromiso.

En suma, el regionalismo busca revertir ese exagerado centralismo nacional que, con fuerza creciente, se ha impuesto a partir de la Revolución Francesa (§ 23 III) y que no condujo precisamente al respeto por el principio de las nacionalidades, sino a una mayorización de las minorías nacionales. Aún en comparación con la precedente época de las dinastías, esto significó un retroceso, porque en aquel entonces las regiones de Europa independientes en lo étnico y cultural y que habían sido incorporadas a otros territorios bajo el dominio de una dinastía, podían, por lo común, conservar su singularidad étnica e históricamente desarrollada, en especial sus peculiaridades étnicas y sus estructuras sociales típicas. Con frecuencia preservaban también sus derechos especiales y, en ocasiones, incluso una representación estamental propia. De ahí que dichos territorios pudieran cambiar de soberano, a través de acuerdos de paz, de sucesiones dinásticas o de algún otro modo, sin menoscabo de su carácter nacional propio.

En la Europa Occidental de hoy, son portadores de las tendencias regionalistas, con acentos predominantemente étnicos, los tirolese en Italia, los eslovacos en Austria, los vascos y catalanes en España, los bretones y alsacianos en Francia, los escoceses y galeses en la Gran Bretaña.

IV. Los nacionales

M. Lichter. Die Staatsangehörigkeit nach deutschem und ausländischem Recht. 1943, ²1955; *A. Makarov*, Allg. Lehren d. Staatsangehörigkeitsrechts, 1947, ²1962; *Dahm I*, 444 ss.; *Berber I*, § 56; *Menzel-Ipsen*, § 24; *R. Grawert*, Staat und Staatsangehörigkeit, 1973; *Bleckmann*, 137 ss.

Bajo el aspecto jurídico es posible agrupar a la totalidad de los nacionales, que no equivalen al pueblo en sentido sociológico ni se identifican con el número de los sometidos al poder estatal.

1. El *status* jurídico especial de los nacionales. La nacionalidad es un *status* jurídico del que se derivan derechos y deberes específicos (*cfr.*, § 34 I 1):

La calificación específica que en la democracia se asocia típicamente a la ciudadanía es el *status* del *citoyen*, la ciudadanía activa, el derecho de participar en la formación de la voluntad del Estado (es decir, el *status activus*). Por el contrario, en el caso de los derechos de libertad (*status negativus*), la condición jurídica especial de los nacionales se manifiesta esencialmente sólo en la distinción entre derechos humanos y derechos cívicos. En la medida que los derechos fundamentales sean formulados como derechos humanos, serán válidos para todos. Los derechos cívicos son válidos únicamente en favor de los ciudadanos y de quienes se les equiparen. Asimismo, los derechos públicos a "las prestaciones positivas del Estado en interés del individuo" (*status positivus*), por ejemplo los derechos a la asistencia social, son otorgados, en principio, sólo a los nacionales. Dependiendo del caso, conviene examinar si tal derecho a una prestación se concede exclusivamente a los ciudadanos o a todo residente del territorio estatal.

A los derechos de la ciudadanía corresponden ciertos deberes especiales (*status passivus*) que tienen igualmente su base en la nacionalidad; ejemplos comunes de ello son el servicio militar obligatorio, y el deber de servir en ciertos cargos públicos, como los de escabino o jurado.

2. Adquisición y pérdida de la nacionalidad. La nacionalidad se adquiere por naturalización o por efecto de la ley. Como caso principal tenemos la adquisición, por ley, a través del nacimiento, ya sea según el *jus soli* o el *jus sanguinis*. En los Estados en los que rige el *jus soli*, toda persona que nazca dentro de sus territorios, adquiere también su nacionalidad. Por lo regular, contemplan este modo de adquisición los Estados que desean vincularse a los hijos de los inmigrantes. En cambio, el *jus sanguinis* significa que los hijos adquieren la nacionalidad de sus padres. Por este principio, que corresponde a la idea del Estado nacional, optan aquellos Estados que consideran un incremento indeseable a los hijos de extranjeros y, por otro lado, desean integrar en ellos a los hijos de sus nacionales cuando han nacido fuera del país. El constituyente alemán se decidió por el *jus sanguinis*, mientras que en los países angloamericanos impera, aunque con modificaciones, el *jus soli*.

La nacionalidad puede perderse por efecto de la ley o por un acto de autoridad. Precisamente aquí se ponen de manifiesto los principios rectores de la colaboración entre los derechos de nacionalidad de los diversos Estados: en lo posible, debe evi-

tarse la nacionalidad múltiple o la existencia de apátridas; asimismo debe concederse la misma nacionalidad a los miembros próximos de una familia (pertenencia familiar). En consecuencia, es frecuente que en el derecho de la nacionalidad aparezca como causa legal de su pérdida la adquisición voluntaria de una nacionalidad extranjera (prevención de la nacionalidad múltiple). Conforme al derecho de algunos Estados, la nacionalidad se pierde también por el matrimonio con un extranjero, en la expectativa de que la mujer adquiera, por ley, la nacionalidad de su marido o, en todo caso, pueda adquirirla con mayor facilidad (prevención de la nacionalidad múltiple; pertenencia familiar). En aquellos lugares donde existe igualdad jurídica del hombre y la mujer, en lugar de esta pérdida y adquisición automáticas de la nacionalidad, la mujer tiene la posibilidad de optar por la adquisición de la nacionalidad del marido y la renuncia a la suya, a costa de la pertenencia familiar estricta. Por efecto de un acto especial de soberanía, la nacionalidad se pierde cuando alguien renuncia a ella. En varios países, sin embargo, no se permite esta renuncia, sobre todo con el fin de que los sujetos al servicio militar obligatorio no lo evadan.

3. Nacionalidad múltiple y apátridas. Ya que los diversos Estados no han armonizado entre sí su derecho de la nacionalidad, puede suceder que alguien posea, a un tiempo, varias nacionalidades, convirtiéndose en un *sujet mixte*; así, por ejemplo, cuando la mujer, al contraer matrimonio con un extranjero, no pierde su nacionalidad, según el derecho de su patria y, a la vez, adquiere la nacionalidad del marido, conforme al derecho a que éste está sometido. Por otro lado, puede darse el caso de la apatridia si, en el ejemplo mencionado, la mujer pierde su nacionalidad conforme al derecho de su país, pero según el derecho de la nacionalidad del otro Estado, no adquiere la nacionalidad de su esposo. La nacionalidad múltiple y la apatridia son indeseables por cuanto, en el primer caso, puede presentarse un conflicto de deberes, y, en el segundo, se da con facilidad la falta de protección.

§ 12. El territorio del Estado

Jellinek, 394 ss.; *Kelsen* AStL, § 24; *F. Giese*, en: HDSr I, 225 ss.; *W. Hamel*, Das Wesen des Staatsgebiets, 1933; *Dahm* I, 538 ss.; *Menzel-Ipsen*, §§ 23, 53 ss.; 59 s.; *Krüger*, 87 ss., 820 ss.; *K. Vogel*, Der räuml. Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm, 1965, 43 ss.; *Bleckmann*, 125 ss.; *Döehring*, 100 ss.; *Stern*, § 7 I.

I. Del Estado de asociación de personas al Estado territorial

§ 9 II; *O. Brunner*, Land und Herrschaft, 1939, ⁵1965, 165 ss.; 357 ss.; *Mitteis-Lieberich*, caps. 20 II 1. 22 I 4, 31 I 1; *Th. Mayer*, Mittelalterliche

Studien, 1959, 350 ss., 471 s.; *Krüger*, 858 ss.; *O. Kimminich*, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 1971, 109 ss.; *Grawert* (citado en el § 11 IV), 78 ss.; *W. Ullmann*, *Souveränitätsbegriff im Spätmittelalter*, en: *F.f.N. Grass*, I 1974, 14 ss., 22 ss.

Un elemento de referencia, esencial para la unidad de una asociación de dominación es, en el moderno Estado territorial, precisamente su territorio, como el espacio dentro del cual pueden ejercerse las facultades de regulación de esta asociación, es decir, el Estado moderno es una "corporación territorial".

Un territorio delimitado no es una magnitud necesariamente definitoria de una asociación de dominación: baste echar un vistazo a los pueblos nómadas más organizados, como, por ejemplo, bajo el dominio de Gengis Kan. También las comunidades de las cuales surgieron más tarde los Estados territoriales, se hallaban unidas, en las etapas tempranas de su evolución, predominantemente por lazos personales — los grupos de familias y las tribus por un origen común; las asociaciones feudales por el vasallaje— aun cuando a la vez reivindicaran el territorio habitado. Durante las grandes invasiones bárbaras fue particularmente notorio el papel preponderante de la base personal, y no territorial, de la unidad en la asociación de dominación.

Una consecuencia del pensamiento jurídico, referido a una asociación personal, fue el principio de la personalidad de las leyes según el cual, cada quien estaba sometido al derecho de su tribu, de manera que el tribunal real franco aplicaba el derecho franco a los francos, y el alamanico a los alamenes (*Vogel* 1965, 44 s.). De este esquema conceptual derivó, asimismo, el vacío jurídico en que se hallaba el extranjero, a quien se consideraba fuera del orden jurídico de la asociación de dominación, así se encontraba en lo personal bajo la protección del rey.

Por el contrario, el principio territorial significa que un territorio delimitado constituye la base de la unidad de la asociación de dominación. Este principio tiene, en parte, raíces muy antiguas y, en parte, otras más recientes. Tomando como ejemplo la historia alemana, la ocupación de las marcas, que se remonta hasta la época de los carolingios, borró las diferencias entre las tribus y permitió la aparición del sentimiento de una pertenencia territorialmente fundada; esto tuvo su expresión en que la gente se denominara de acuerdo con el territorio poblado, Bajo Federico Barbarroja surgieron, como nuevo tipo, los ducados territoriales de Austria, Estiria, Wurzburg y Wesfalia, al lado de los ducados tribales, más antiguos (*Mitteis-Lieberich*). También las grandes talas medievales pudieron

haber desempeñado un papel, ya que el dominio sobre una tierra talada es, en primer lugar, dominio territorial. Además, el desarrollo de las marcas urbanas permitió el nacimiento del concepto de una región soberana territorialmente determinada. Asimismo, a las disposiciones sobre el orden público pudo asociarse la idea de la inviolabilidad de un territorio de dominación. De la demarcación territorial de la jurisdicción episcopal, a saber, su extensión y limitación a las diócesis episcopales, era natural que se derivara también la noción de una soberanía territorial. (Ullmann 1974, 22 ss.)

Rousseau (Contrato social, I 9) señaló un indicio lingüístico de la nueva conciencia política, al escribir que los monarcas de la Antigüedad

se llamaban reyes de los persas, de los escitas, de los macedonios y consideraban más como jefes de hombres que como dueños del país. Los de hoy se denominan más hábilmente reyes de Francia, de España, de Inglaterra, etcétera. Poseyendo así el terreno, están seguros de poseer también a sus habitantes.

Con la formación progresiva del principio de territorialidad, el extranjero que permanece en el territorio se equipara jurídicamente, cada vez más, a los súbditos de la asociación de dominación (Vogel 1965, 60 ss.), lo cual no impide que el derecho interno mismo (esto es, completamente sobre el terreno del principio de territorialidad) haga una distinción entre nacionales y no nacionales (§ 11 IV). En la teoría del Estado, es sobre todo el concepto de soberanía (§ 9 III) el que deviene en fundamento de la idea de la inviolabilidad del territorio de dominación. Para Hobbes (Leviatán, cap. 21), todo el que entra en los dominios de otro queda sujeto a todas las leyes de ese territorio. Bajo el aspecto de la doctrina del contrato político, señaló Pufendorf (*De jure naturae et gentium*, VII 2 § 20) que quien se encuentra en el territorio de un Estado, se somete tácitamente a su poder y renuncia a su libertad natural.

De la consolidación del poder de dominación en el Estado absolutista (§ 9 II) provino la idea de la impermeabilidad del poder de dominación territorialmente delimitado (§ 10 I). A la consolidación del poder estatal en lo interno corresponde una delimitación cerrada hacia el exterior (III). Con la aparición de un poder homogéneo de dominación sobre un territorio espacialmente delimitado culmina la transformación de un Estado de asociación de personas en un "Estado institucional de superficie" (Th. Mayer). De tal manera se desarrolla el hecho político correlacionado con el principio de territorialidad: *quid quid est in territorio, est etiam de territorio* (Hamel 1933, 30 s.).

Es compatible con el principio de fronteras cerradas el que, a modo de enclave, una porción del territorio perteneciente a un Estado se halle separada de éste y rodeada por el territorio de otro Estado.

II. El territorio como ámbito estatal de dominación

F. C. v. Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, 1865, 1880, 65 ss.; *C. v. Fricker*, Vom Staatsgebiet, 1867; *id.*, Gebiet und Gebietshoheit, 1901; *E. Radnytzky*, Die rechtl. Natur des Staatsgebiet. AöR 20 (1906), 313 ss.; *id.*, Meeresfreiheit und Meeresgemeinschaft, AöR 22 (1907), 416 ss. *W. Hernichk*, Kritik der Gebietstheorien, 1926; *H. Michel*, Raumordnung und Raumplanung im Strukturbild des modernen Staates, 1958; *Berber I*, §§ 43 ss.; *Ermacora*, 982 ss.; 1096 ss.; *Verdross-Simma*, 502 ss.; *E. Wirth*, Theoretische Geographie, 1979.

El territorio es un ámbito de dominación específicamente soberano. La evidencia de este hecho resultó empañada, en particular, por la teoría patrimonialista, la cual, obviamente en concurrencia con otros enfoques, desempeñó una función hasta el siglo XIX (§ 15 III). Sin muchas consideraciones, esta teoría subsumía el territorio bajo el concepto romano del *patrimonium* (que designaba a las posesiones heredadas del padre), y concebía al soberano como el nudo propietario del territorio. Este enfoque patrimonialista se manifestó en algunos pactos sucesorios y conflictos hereditarios entre los soberanos.

Al imponerse la distinción entre el *dominium* de derecho privado y el *imperium* soberano, quedó de manifiesto el elemento específicamente soberano del poder del Estado. Tal distinción, conocida ya por los posglosadores, condujo, apenas en el siglo XIX, a una explicación, universalmente reconocida, de los conceptos de poder y territorio del Estado (Jellinek, 404 s.; TGE, 349 s.). El *imperium*, el poder de regulación, sólo puede ejercerse sobre los seres humanos (§ 15 III). Bajo este aspecto, el territorio del Estado aparece entonces como el ámbito espacial en el que se desenvuelve el poder estatal ejercido sobre los hombres que lo habitan, como "el escenario de la dominación" (E. Zitelmann).

Desde la perspectiva jurídica, y expresado en conceptos jurídicos, este "escenario de la dominación estatal" es un ámbito espacial de validez de ciertas normas. Pero ¿de qué ámbito se trata?

En principio, no hay en el concepto del Estado territorial algo por lo cual el ámbito espacial de validez de todas las normas estatales, deba reducirse, en todos los casos, al territorio. Las normas jurídicas del Estado bien pueden prescribir

consecuencias jurídicas internas para aquellas personas o acontecimientos que se encuentren o se produzcan fuera del territorio propio, por ejemplo, a los actos punibles que cometa en otro país un ciudadano o también un extranjero.

Lo esencial es que para la realización de actos de soberanía — tales como la expedición y ejecución de las sentencias judiciales, conforme a las leyes penales mencionadas — las competencias del Estado se limiten a su propio territorio (a menos que estas competencias no le sean concedidas por otro Estado en su territorio). Jurídicamente hablando, el territorio estatal es un ámbito de competencias.

La soberanía territorial tiene un lado positivo y uno negativo. Positivamente, significa que todo el que se encuentre en el territorio estatal, está sujeto al poder del Estado. Negativamente, implica que no puede ejercer, dentro del territorio estatal, autoridad soberana alguna que no se derive del poder de regulación del propio Estado. Sin embargo, esto no es obstáculo para que, en virtud de su poder, el propio Estado excluya de su intervención soberana a los agentes diplomáticos y les garantice extraterritorialidad (cumpliendo, al mismo tiempo, con una obligación internacional) o que conceda, dentro de su territorio, algunas facultades soberanas a ciertas instituciones (ejemplo: la facultad impositiva de las iglesias). Además, en base al convenio de servidumbres internacionales, positivas o negativas, puede el Estado conceder a otro, en su territorio, algunas facultades soberanas o bien, abstenerse de ejercer, en su territorio también, derechos de soberanía propios (ejemplo: la creación de una zona desmilitarizada). El Estado puede otorgar a un enclave o aquellas partes del territorio (por ejemplo, un valle) que desde el punto de vista técnico de la comunicación es más fácil alcanzar desde un Estado vecino, el *status* de zona libre y, de acuerdo con el Estado vecino, someterlas al régimen aduanero y monetario de éste. Asimismo, tratándose de la integración interestatal, el Estado puede conferir a una organización supranacional la facultad de realizar actos jurídicos con efectos internos directos.

Es obvio que el territorio del Estado puede examinarse no solamente bajo el aspecto normativo, sino también bajo el de las ciencias sociales, según el cual, el territorio se presenta igualmente como momento importante de la integración de una comunidad. Esta función la posee, en tanto que patria, paisaje natural y cultural vividos en común, como campo de una actividad y habilidad comunes en la cultura, la civilización y la técnica, como terreno de un destino político común. La geografía misma ha centrado su atención en la conexión entre

el territorio y la existencia política de un Estado. Hoy día se halla muy lejos de sobreestimar las determinantes geográficas naturales, y acentúa la interdependencia entre los factores naturales, económicos, sociales y políticos (Wirth 1979, 229 ss.).

III. La extensión del territorio del Estado

W. Schade, *Wesen und Umfang des Staatsgebiets*, 1936; *Berger I*, §§ 45 ss.; *Seidl-Hohenveldern VR*, Rdn. 859 ss.; *M. A. Dausen*, *Die Grenze des Staatsgebietes im Raum* 1972; *O. Rojan*, 200 sm-Wirtschaftzone, Meeresfreiheit und Hochseefischerei, *Jb. F. Int. Recht*, 1976, 73 ss.; *Verdross-Simma*, 521 ss.; *D. Ch. Dicke*, *Die europäischen Gemeinschaften und das Problems der seerechtl. Wirtschaftszonen*, en: *F. f. F. Klein*, 1977, 65 ss.; *A. Lemper*, *Die III. UN-Seerechtskonferenz*, 1977; *B. Rüster*, *Die Rechtsordnung des Festlandsockels*, 1977; *K. Buschbeck*, *Weltraumrecht in den Vereinten Nationen*, *Z.f. Luft- und Weltraumrecht* 1979, 205 ss.; *T. Eitel*, *Völkerrecht und Meeresnutzung*, *JZ* 1980, 41 ss.

Si bien en las antiguas asociaciones de dominación desempeñó alguna función el elemento de la expansión territorial, estuvo ausente, sin embargo, la idea de una delimitación exacta, mediante una línea cerrada, de este territorio. Los Estados se formaron a partir de focos aislados (Roma, Ile de France, el gran ducado de Moscú, etcétera), y la concepción del ámbito territorial de dominación permaneció anclada en un pensamiento sobre "puntos de apoyo", sobre "sitios estratégica y políticamente significativos". Y durante largo tiempo, las zonas y marcas fronterizas, es decir, anchas franjas limítrofes, permanecieron como antecedentes de una demarcación cerrada, precisa y lineal. Fue apenas la noción moderna de un poder estatal impermeable y válido para un territorio, la que condujo consecuentemente al concepto del *territorium clausum* y a su delimitación tajante respecto del Estado vecino, a través de un línea fronteriza claramente definida, la cual elimina las intersecciones de las esferas de dominación y permite la exacta determinación, conforme a un criterio territorial, del ámbito de validez de la autoridad estatal (Krüger, 20 ss.; Vogel 1965, 43 s.).

El territorio del Estado no es bi sino tridimensional, no es un plano sino un cuerpo que se extiende en el espacio hacia arriba y abajo de la superficie terrestre.

No obstante, el poder del Estado está condicionado por la posibilidad fáctica de su ejercicio eficaz (§ 9 III 2), lo cual se muestra también en la determinación de los límites jurídicos

del territorio estatal. Esta determinación fue sólo posible cuando el poder estatal estuvo también en situación de defender una frontera precisa de su territorio. El control de lecho como supuesto mínimo para atribuir una zona al territorio estatal, desempeñó un papel decisivo en la fijación los límites externos de las aguas territoriales, definidas en el siglo XVIII, como la zona marítima que, desde tierra, podía mantener bajo control el fuego de artillería; de este modo se llegó al límite de las 3 millas. El verdadero criterio empleado para tal fin se contiene en este pensamiento: "*potestatem terrae finire, ubi finitur armorum vis*" (C. van Bynkershoek *De dominio maris*, 1744, cap. 2). Sobre y bajo la superficie terrestre, la soberanía jurídica sobre el territorio no sobrepasa la dominación fáctica, esto es, se extiende hasta donde pueda penetrar técnicamente la actividad del Estado.

Si bien la posibilidad de imponer los derechos de dominio del Estado es *conditio sine qua non* para la atribución jurídica de un espacio al territorio estatal, ello no significa, por otro lado, que éste deba extenderse al ámbito que vaya siendo susceptible de control. Aun después de haber extendido la anchura de las aguas territoriales a doce millas marinas (véase *infra*) este límite queda, con mucho, dentro de la zona que puede controlar actualmente la técnica en armamentos. A pesar de la creciente posibilidad de control en el derecho espacial, se tiende a limitar el poder territorial al espacio aéreo; no obstante, es difícil que se imponga esta restricción, si (en contravención el artículo IV del Tratado sobre el Espacio Ultraterrestre, de 1967) se llega a hacer uso de la posibilidad técnica de emplazar en el espacio sistemas de armamento que afecten a territorios extranjeros.

Entre los límites horizontales del territorio estatal se distinguen las fronteras terrestres, fluviales, de aguas internas y marítimas.

Las fronteras terrestres son líneas imaginarias que se definen mediante una descripción geográfica (las cumbres más altas de una cordillera, los grados de longitud y latitud, etcétera) o por medio de una demarcación artificial.

Si los ríos se toman como límite, la línea fronteriza se traza (salvo pacto en contrario): en los no navegables, por la línea media entre ambas orillas; en los navegables, por el canal continuo más profundo (*Talweg*) del lecho del río; en los puentes, por su punto medio.

Si varios Estados colindan en aguas internas, la línea fronteriza corre, salvo pacto en contrario, por el punto medio entre

las orillas. Son aguas internas, en este sentido, los lagos y aguas marítimas internas, a saber: los puertos, las desembocaduras de los ríos, los fiordos, las bahías, hasta el punto en donde se abren hacia el mar en más de 24 millas marinas.

Respecto de la costa marina, debe diferenciarse entre varias líneas fronterizas, en correspondencia con el hecho de que la soberanía territorial disminuye gradualmente en dirección al mar:

La soberanía territorial se extiende sin límites hasta la línea de base, esto es, la línea del nivel del mar durante la marea baja. La zona que se halla dentro de estos límites es, sin restricción alguna, parte del territorio del Estado. En costas muy accidentadas, la línea de base puede consistir en una recta que siga la configuración general de la costa y que está marcada por puntos claramente reconocibles.

La línea de base marca, al mismo tiempo, los límites internos de las aguas territoriales y paralelamente a ella corre su límite externo. La anchura de las aguas territoriales así delimitadas, se fijó anteriormente, según se dijo, en 3 millas. Siguiendo una difundida tendencia a expandir este límite, la Convención Internacional sobre Derecho del Mar, de 1982 (y que todavía no entra en vigor), prevé en forma general una zona de mar territorial de 12 millas, aunque la práctica internacional se ha adelantado a esta regulación en múltiples ocasiones; como consecuencia de lo anterior, los estrechos marítimos de importancia para la navegación internacional han pasado a ser territorio estatal soberano; de ahí que la Convención regule específicamente el paso a través de estrechos y archipiélagos. La soberanía territorial de un Estado sobre sus aguas costeras se halla limitada, en lo esencial, en cuanto debe permitir el paso inocente (pero no la pesca) a los buques mercantes extranjeros y, según una opinión debatida, también a las naves de guerra; solamente en razón de algunos pocos hechos estrictamente definidos, puede ejercerse poder de coacción sobre las naves extranjeras en tránsito pacífico. Respecto del espacio aéreo sobre las aguas territoriales no existe una limitación correlativa de la soberanía.

Hoy día, los Estados tienen además el derecho de explotar los recursos naturales situados en la plataforma continental frente a sus costas, y de excluir de esta explotación a los demás Estados.

Aparte de la plataforma continental, la Convención sobre Derecho del Mar (véase *supra*) ha concedido en general a los Estados ribereños una "zona económica" que se extiende 200 millas mar adentro, en la cual estos Estados ejercen el derecho

exclusivo de la explotación económica, incluyendo la pesca. Anticipándose a la respectiva regulación internacional, numerosos Estados han reclamado los derechos mencionados sobre una zona de 200 millas.

En altamar, el poder soberano del Estado se extiende a las embarcaciones que justificadamente portan su pabellón, pero en el momento de atracar un puerto extranjero, se someten al poder del Estado portuario.

IV. Modificaciones del territorio del Estado

Dahm I, 474 ss. y 581 ss.; *W. Schätzel*, Das Recht des völkerrechtl. Gebietserwerbs, 1959; *Berber* I, § 54; *Seidl-Hohenveldern* VR, Rdn. 834 ss., 1035 ss.; *Verdross-Simma*, 557 ss.

Se hace una distinción múltiple entre la adquisición derivada y la originaria del territorio estatal, dependiendo de que sea cedido por un Estado a otro, o de que éste ejerza, originariamente y por propio derecho, su poder sobre el territorio (ejemplo: ocupación). Esta clasificación se debe a la anticuada concepción, según la cual el territorio estatal es objeto de derechos privados o públicos, adquiridos por sí o derivados de otros. De acuerdo con la teoría de las competencias, en cambio, todos los modos de adquisición suponen igualmente de la ampliación de la supremacía de competencias del Estado adquiriente sobre el nuevo territorio. En lo particular, se distingue entre ocupación, anexión, prescripción, cesión y adjudicación.

Ocupación es la adquisición de un territorio sin dueño, que no debe confundirse con los conceptos de *occupatio bellica* y de *occupatio pacifica* en el derecho internacional, los cuales se refieren a la ocupación de un territorio ajeno, pero sin ser incorporado jurídicamente.

La anexión es la incorporación unilateral, no derivada de tratado, de un territorio extranjero en el propio. Son ejemplos de ellos la anexión de Hannover por Prusia en 1866, o la anexión de las repúblicas boeras por Inglaterra en el año de 1900. Existe controversia sobre la anexión como fundamento jurídico del incremento de territorio, sobre los criterios de su legitimidad y en cuanto a que ésta sea, y en qué grado, un presupuesto de la validez jurídica de una anexión (modo de adquisición sustituto: prescripción). Motivo concreto de esta discusión fue la cuestión de si los Estados de Abisinia, Austria, Polonia y Checoslovaquia habían desaparecido por anexión en los años treinta.

La cesión es el traspaso de territorio, contractualmente convenido, de un Estado a otro. Desempeñan un papel especial las cesiones de territorio mediante los tratados de paz. Por lo regular, tienen como consecuencia que se disponga, por ley, el cambio de la nacionalidad de los residentes del territorio cedido. Con el fin de no lastimar en demasía la conciencia nacional de los afectados, a menudo se les concede la posibilidad de optar por su anterior Estado. Mediante declaración unilateral (opción) pueden entonces conservar o adquirir de nuevo su nacionalidad primitiva.

Por adjudicación se entiende el traspaso de un territorio a la supremacía de competencias de otro Estado, como efecto de un laudo arbitral.

NOTAS AL CAPITULO III

(a) artículo 79 (1) "La presente Ley Fundamental no podrá ser modificada sino por una ley destinada expresamente a complementar o modificar su texto. En el caso de tratados internacionales referentes a un arreglo de paz, a la preparación de un arreglo de paz o a la abolición de un régimen de ocupación, o destinados a servir a la defensa de la República Federal, será suficiente, para aclarar que las disposiciones de la presente Ley Fundamental no se oponen a la conclusión y a la entrada en vigor de tales tratados, incluir en el texto de la Ley Fundamental un agregado que se limite a dicha aclaración.

(2) Una ley de este carácter requiere de aprobación de dos tercios de los miembros del Parlamento Federal y de dos tercios de los votos del Consejo Federal.

(3) Es inadmisibles toda modificación de la presente Ley Fundamental que afecte a la división de la Federación en *Länder* o al principio de la cooperación de los *Länder* en la legislación o a los principios consignados en los artículos 1º y 2º".

(b) artículo 25: "Las normas generales del Derecho Internacional Público son parte integrante del derecho federal. Estas normas tienen primacía sobre las leyes y constituyen fuentes directas de derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal".

(c) artículo 24 (1) "La Federación podrá transferir derechos de soberanía mediante ley, a instituciones internacionales".