

PRIMERA PARTE  
ESTADO Y CONSTITUCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

EL ESTADO .....	57
I. El Estado como forma de poder político .....	57
II. Determinación de los elementos del Estado .....	60
III. Actividades soberanas .....	73
IV. Soberanía y sistema de fuentes normativas .....	75
V. Alusión a la diversa naturaleza de las fuentes normativas. Fuentes consuetudinarias, de necesidad, divinas, convencionales .....	78
VI. Las fuentes doctrinarias y jurisprudenciales. Las fuentes de los ordenamientos del <i>Common Law</i> .....	83

PRIMERA PARTE  
ESTADO Y CONSTITUCIÓN

## CAPÍTULO PRIMERO

### EL ESTADO

Entre los conceptos que constituyen presupuesto necesario para la comprensión de las formas contemporáneas del poder político aparece el del Estado. Conviene recordar algunas características que lo califican, entre las cuales sobresale la soberanía.

#### I. EL ESTADO COMO FORMA DE PODER POLÍTICO

La máxima forma organizada del poder político en las sociedades contemporáneas se define como “Estado”. Se trata, según la enseñanza dominante, de un ente independiente con fines generales, que comprende necesariamente a la población establecida sobre cierto territorio, dotado de una estructura de gobierno y basado en un conjunto homogéneo y autosuficiente de normas que regulan a la sociedad y su estructura organizativa.

Hoy el concepto de Estado se acepta, unánimemente, que coincide con la sociedad política organizada y se utiliza en modo indiscriminado y con independencia de las profundas diferencias que caracterizan los distintos ordenamientos estatales. Pero el origen del Estado moderno y del Estado contemporáneo se encuentra en el proceso de *institucionalización* del poder político que se produjo tras una lenta evolución en el área europea, mientras el conjunto de instituciones que tendencialmente se identifican con el concepto del Estado, se ha consolidado en tiempos relativamente recientes a consecuencia del proceso de limitación del poder absoluto y la consiguiente racionalización del poder que culminó en las revoluciones inglesas de 1689, norteamericana de 1776 y francesa de 1789: el concepto de Constitución; el de distribución del poder entre varios órganos, cada uno de ellos titular de una función pública específica, y el estatuto de las libertades civiles y políticas del individuo son fijados

y transferidos en ese periodo mediante un proceso de imitación o de imposición a otros ordenamientos.

El concepto de Estado, como se concibe por lo general, no encuentra acogida en Gran Bretaña. Históricamente, en este ordenamiento el punto de apoyo del poder político al momento de la difusión del constitucionalismo moderno se identificaba con la institución parlamentaria y se arraigaba a la idea de la preponderancia del poder parlamentario (*sovereignty of parliament*) con relación a los poderes de la Corona, mientras que los órganos judiciales eran garantes de la correcta aplicación de la ley frente al aparato público enlazado a la Corona. Por consiguiente, el término Estado, como se usa habitualmente, es desconocido en la tradición anglosajona que concibe al Reino Unido como un *plurilegal unit of sovereignty* en el cual coexisten diversos ordenamientos jurídicos comprendidos en el mismo ente político; hasta hace poco que, con el intervencionismo característico del “Estado de bienestar” (*welfare state*) y con el fortalecimiento de la función del tesoro, se comienza también en Gran Bretaña a volver familiar el término “Estado”. De todos modos queda el hecho que, diverso de cuanto sucede en la mayoría de los ordenamientos, el Estado en Gran Bretaña no tiene personalidad jurídica, por lo tanto las relaciones jurídicas que en los demás ordenamientos se atribuyen al Estado, en esta última se consideran atribuidas a la Corona (*Crown*).

Si observamos sólo los datos formales deducimos que los ordenamientos estatales modernos tienen entre sí numerosos puntos de contacto: las sociedades políticas identifican la presencia de comunidades y grupos menores (locales, étnicos, tribales, religiosos, culturales), mientras el partido constituye una forma de asociación política tendencialmente generalizada; la superestructura organizativa distingue a los órganos colegiados de tipo asambleario (Parlamentos) y a los órganos colegiados restringidos o monocráticos (gobiernos), dotados de atribuciones primarias de dirección política, así como órganos a los que se les confían la interpretación de normas, la solución de conflictos (jueces) y la gestión, por vía administrativa, de los intereses colectivos (administración civil y militar). Las innegables similitudes que existen entre los ordenamientos estatales están destinadas a perder relieve si el análisis supera el momento previo de la elemental constatación del hecho que cada sociedad política necesita aparatos de gobierno y que estos últimos, para satisfacer los intereses colectivos, deben establecer criterios generales de comportamiento (reglamentación) y deben aplicar estas normas para resolver las con-

troversias (jurisdicción) y para gestionar (administración). Los criterios de asignación del poder, los relativos al modo de adoptar y ejecutar las decisiones políticas y los principios que inspiran la acción pública, acaban por dar a cada Estado carácter propio que los diferencia entre sí.

En la doctrina el concepto de Estado se utiliza para calificar complejos institucionales profundamente distintos entre sí respecto a los principios fundamentales que les inspiran (véase más adelante, en el capítulo segundo, la distinción entre las formas de Estado modernas), como también, pero aquí no es unánime la doctrina, para definir retroactivamente organizaciones políticas de antaño como la gentilicia o la patrimonial-feudal, que en realidad constituían formas de organización del poder radicalmente distintas, en la medida que desconocían el principio de territorialidad en sentido semejante al que se consolidó luego del surgimiento del Estado moderno, ni habían transferido la titularidad del poder de las personas gobernantes a la institución estatal. El origen del Estado sólo se reconoce desde el momento en que se opera una despersonalización del poder que pasa del gobernante (históricamente el soberano absoluto del tiempo) a una entidad organizada impersonal encargada de garantizar su continuidad, más allá de la sucesión de los sujetos destinados a ejercitar el poder. A la institucionalización del poder sigue, también, el paso definitivo de una concepción privatista a una concepción publicista del mismo.

Anterior al estudio del Estado es la comprensión de los fenómenos asociativos que originan la sociedad, que se realizan cuando las relaciones entre los individuos y los grupos asumen un carácter permanente y orgánico e implican la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas, que terminan por presentarse como fines sociales. La exigencia de coordinación que se manifiesta en tal perspectiva origina fenómenos embrionarios y luego cada vez más sofisticados de organización que se denominan instituciones. La idea de fijar criterios regulares de conducta es contextual a la formación de las estructuras organizativas, que aseguran la realización efectiva de finalidades sociales, que coincidan, recordemos, con la satisfacción de las necesidades. El conjunto de reglas o normas que configuran un conjunto unitario y homogéneo regulador de la sociedad constituye el derecho u ordenamiento jurídico. Se definen como políticos aquellos ordenamientos que potencialmente son destinados a

satisfacer las diversas finalidades percibidas por sus miembros, y entre éstos cabe mencionar, en particular, los ordenamientos estatales.

El término Estado es usado en su acepción actual tan solo en tiempos relativamente recientes (convencionalmente a partir del Tratado de Westfalia de 1648). Esto indica, según los casos y en sentido amplio, la comunidad política organizada y/o su ordenamiento global, o bien, en sentido estricto, sus estructuras organizativas de vértice (distinción entre Estado-comunidad y Estado-gobierno). La relación que media entre comunidad política y vértice organizativo asume un significado particular según la justificación y fundamento del poder de los gobernantes. Éste, en los momentos de formación de un Estado o en los momentos precarios de transición de una Constitución a otra, es mero poder de hecho. La normalización de las relaciones sociales tiende a transformarlo en poder reconocido y aceptado por la comunidad, y por ende, en poder de derecho. A través de tal proceso (legitimación), que puede ser espontáneo o interrumpirse de varios modos, el poder se convierte en legítimo apoyándose en varios principios que lo justifican (guerra de conquista, revolución, voluntad divina, voluntad popular y similares).

En el Estado contemporáneo, cuyo poder se ha institucionalizado, la legitimación concierne, precisamente, a la misma institución estatal, y el fundamento de las competencias reconocidas a cada uno de los titulares de las funciones públicas presupone la legitimidad de toda la institución. Pero existen formas de poder político, que hoy continúan definiéndose como Estados, cuyo poder aparece esencialmente personalizado y concentrado en la persona del jefe (político, militar, religioso): éste es el verdadero beneficiario del proceso de legitimación, resultando la estructura estatal frágil y precaria.

## II. DETERMINACIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL ESTADO

Del análisis de las comunidades estatales emerge como característica constante su naturaleza plurisubjetiva, territorial y soberana.

### 1. *El Estado como corporación*

El Estado se considera, ante todo, como una institución corporativa, según la terminología tradicional, esto es, como una comunidad formada

por una pluralidad de individuos que constituyen el elemento personal y colectivo definido como pueblo. El concepto jurídico de pueblo no coincide con otros numerosos conceptos, utilizados para individuar los entes colectivos que en modo diverso pueden influenciar su calificación: nación, etnia, raza, clase social.

### A. Nación

El concepto de pueblo no coincide con el de nación, con el cual se indica una noción preponderantemente histórica-cultural, étnica y política, que puede prescindir del vínculo con el Estado, pese a que a partir del siglo pasado se adoptó la tendencia a la constitución de Estados nacionales; sin embargo ésta no fue dominante, como se evidencia al constatar la existencia de numerosos Estados plurinacionales (con o sin estructura federal).

A pesar de la dificultad implícita en dar un contenido jurídico al concepto de nación, la definición que seguramente domina es la que está señalada en la elaboración consecuente al significado que se difundió con la Revolución francesa: la nación, sobre todo, es una *comunidad de valores* que incorpora el elemento popular prescindiendo de las diversidades locales y étnico-lingüísticas, y que termina por dar un alcance totalizador que asimila y nivela las divergencias. En contraposición a tal interpretación del concepto de nación (*nación-demos*), al cual la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (artículo 3) atribuía la titularidad de la soberanía, se ha difundido en el mundo alemán y eslavo la idea de la nación como una comunidad étnica o racial (*nación-etnos*), con la tendencia a excluir y a apartar a las minorías pertenecientes a culturas diversas de la que predomina. El concepto de *patria* no es fácil de distinguir del concepto de nación. Por patria se entiende la entidad común a la cual se refiere el ciudadano para indicar la *pertenencia* a la comunidad nacional con la cual se identifica. En ocasiones tal entidad coincide con el territorio, con las instituciones estatales y con los valores constitucionales que caracterizan al ordenamiento. Las Constituciones citan la patria como un bien común e indivisible de todos sus ciudadanos (Constitución española de 1978, artículo 2, y Constitución rumana de 1991, artículo 4, 2), o bien como un objeto del deber de defensa del ciudadano (Constitución italiana de 1948, artículo 52; Constitución danesa de 1953, artículo 81; Constitución rusa de 1993, artículo

59; Constitución húngara de 1949, artículo 70 h; Constitución polaca de 1997, artículo 85). En este caso, es evidente que el concepto es útil para identificar un conjunto de bienes que deben ser protegidos, en cuyo caso el deber de defensa implica su activación en favor de dichos bienes: en caso de agresión, normalmente parece oportuno proteger el propio territorio y enseguida el sistema político previsto por el ordenamiento vigente (valores constitucionales e instituciones). El reconocimiento de la *bandera* nacional como símbolo de pertenencia común de los ciudadanos a la misma comunidad está relacionado con el concepto examinado. La regulación constitucional de la bandera (véase Constitución italiana de 1948, artículo 12; Constitución española de 1978, artículo 41; Constitución rumana de 1991, artículo 12) se puede entender como una evidente extensión del sentimiento de pertenencia de los ciudadanos a la misma patria.

### B. *Etnia*

Recientemente se ha hecho referencia al concepto de *etnia*, que indica una comunidad caracterizada por una historia, lengua y cultura comunes, y por esta razón, próxima al concepto anteriormente mencionado de nación: se trata de un concepto con perfiles no muy bien delineados, dicho en sede política con el propósito de contrarrestar las características de gran parte de la comunidad nacional por parte de los sostenedores de una fuerte descentralización del Estado en sentido federal o incluso por quienes propugnan su disgregación a través de la secesión.

### C. *Raza*

El concepto de *raza* también es considerado distinto, con el cual se indica una comunidad caracterizada por datos biológicos particulares, cuya definición científica todavía se discute. Tal concepto terminó por identificarse con el concepto de pueblo en el ordenamiento nacionalsocialista alemán, mientras en otros ordenamientos (conocidos como “racistas”) las diferencias raciales han sido presupuesto para la adopción de regímenes jurídicos discriminatorios a cargo de grupos étnicos diversos de aquellos que controlan el aparato estatal, como en el caso de la Constitución de Sudáfrica de 1961, modificada sucesivamente por la Constitución provisional de 1993 y subsiguientemente por la Constitución de 1996.



El problema de la desigualdad entre las razas existe también en los ordenamientos que se han dedicado a la abolición de las discriminaciones relacionadas con la pertenencia a grupos étnicos diversos. Éste es el caso de los Estados Unidos. La “Declaración de Independencia” del 4 de julio de 1776 consideraba entre verdades evidentes que todos los hombres fueron creados iguales, pero tal principio no fue reconocido en la Carta de Filadelfia de 1787. Así, por ejemplo, el artículo 1, sección 2, párrafo 3, distingue entre “*free persons*”, “*indians*” y “*other persons*”: esta última expresión era un eufemismo para referirse a los esclavos.

El problema de la desigualdad entre las razas fue afrontado, sobre el plano constitucional, con las enmiendas posteriores a la guerra civil. La enmienda XIII, que entró en vigor el 18 de diciembre de 1865, abolió la esclavitud. La enmienda XIV, que entró en vigor el 28 de julio de 1868, estableció en su sección 1 que todas las personas nacidas en los Estados Unidos eran ciudadanos de los Estados Unidos y del estado en el cual residían. Así se suprimió la diferencia entre “*free persons*” y “*other persons*”; además, la enmienda preveía que ningún Estado rechazaría a nadie, en los límites de su jurisdicción, protección idéntica por la leyes (“*The Equal Protection of the Laws*”); pero es interesante observar que la sección 2 del mismo artículo distinguía entre las “*persons in each State*” y los “*indians*”. La enmienda XV, que entró en vigor el 30 de marzo de 1870, precisaba en la sección 1 que el derecho de voto no podía negarse o limitarse ni por las autoridades federales ni por las autoridades estatales por razones de raza o por condición servil precedente. La enmienda más importante de las tres citadas es la XIV, sin duda alguna. La Corte Suprema federal a través de su interpretación extensiva pudo intervenir en modo tan incisivo, que alguno consideró que se dio un uso indebido del “*amending power*”.

La Constitución de Sudáfrica (*Republic of South Africa Constitution Act, 1983*), posterior a la Constitución de 1961 a consecuencia de la separación del *Commonwealth*, había formalizado las diferencias raciales ofreciendo una limitada representación a algunos grupos étnicos (mestizos y asiáticos) pero desconociendo a las etnias Bantú, mayoritarias en su territorio.

Al instituir una nueva estructura constitucional, basada en la figura del presidente del Estado, fue previsto un Parlamento *tricameral* (artículos 37 y ss.), formado por la Asamblea (*House of Assembly*), por la Cámara de Representantes (*House of Representatives*) y por la Cámara de Dele-

gados (*House of Delegates*), cada una de las cuales representaba respectivamente a los blancos, a los mestizos y a los asiáticos, compuestas exclusivamente por parlamentarios elegidos por el respectivo grupo étnico, y vinculadas al propio colegio de ministros. Cada una de las tres cámaras tenía competencia legislativa exclusiva en las materias indicadas como propias de cada comunidad (*Own Affairs*), mientras las cuestiones que interesaban a la entera colectividad estatal (*General Affairs*) (artículos 14 y ss.) debían obtener el consenso de las tres cámaras, dejando al presidente, que participaba en la función legislativa a través de su consejo, la última palabra en caso de que las asambleas no llegaran a un acuerdo (artículos 30 y ss.). La Cámara de Representantes de los blancos mantenía una función determinante en la elección del presidente y de su consejo, en tema de revisión constitucional y de legislación general, y el gabinete presidencial estaba formado en su mayor parte por blancos. En conclusión, la Constitución de 1983 intentó admitir una forma de representación y de participación política a etnias minoritarias (mestizos y asiáticos), pero excluía de cualquier forma de representación a la etnia Bantú, la cual en las áreas con población blanca se encontraba con una doble consistencia. Los llamados “negros urbanizados” tenían reconocida una forma de participación en la administración local, mientras que para una participación más general en las cuestiones de política estatal se contempló una cuarta cámara del Parlamento, así como formas de enlace con la población de *Bantoustans* en un organismo consultivo.

Superado el comienzo de la fase de liberalización, iniciada el 2 de febrero de 1980 con la legalización del partido de oposición, a partir del 20 de diciembre de 1991 la Constitución de 1983 fue objeto de propuestas de revisión en el seno de la *Convention on a Democratic South Africa* (Codesa), en la que participaron exponentes de diversos partidos con el objetivo primordial de reconsiderar la legislación en lo concerniente al tema de *status* al cual pertenecen los diferentes grupos étnicos. La adopción del *Anti-apartheid Act* norteamericano de 1986 condicionaba, desde 1989, la aprobación de una serie de leyes que eliminaban el régimen de separación racial y preparaban el compromiso constituyente (1991-1993) que hubiera conducido, después de la adopción de una Constitución transitoria (1993), a la elaboración de la nueva Constitución de 1996. La nueva Constitución, además de fundar la República, entre otras cosas, sobre los valores anti-raciales (*non-racialism*) (sección 1) y que consagra la prohibición de discriminaciones basadas sobre la “ra-

za” y “sobre el origen social o étnico” (sección 9, 3), otorga amplias garantías a las lenguas oficiales y a las lenguas indígenas (sección 6) e instituye una comisión adecuada para la protección de los derechos de los miembros de las comunidades culturales, religiosas y lingüísticas (secciones 31 y 185).

#### D. *La clase*

El concepto de pueblo no coincide con el de *clase social*, entendida como una comunidad ligada por concepciones comunes de relaciones económicas y políticas según la definición dada por la doctrina marxista. En las situaciones establecidas históricamente, el gobierno de una clase ha excluido del poder económico y político, aunque no ha suprimido irreversiblemente, a otras clases, y por ende a otros componentes del pueblo en sentido lato. Así, el Estado europeo liberal oligárquico del siglo pasado ha excluido del gobierno a las clases populares; el Estado socialista contemporáneo en la fase de la dictadura ha excluido a otras de signo opuesto, mientras la coincidencia lograda entre las clases y el pueblo en la fase del socialismo maduro debió dar lugar al Estado de todo el pueblo, premisa a la auspiciada constitución de la sociedad comunista.

De lo anteriormente dicho, el *pueblo* está formado por el conjunto de sujetos a los cuales los diversos ordenamientos estatales reconocen los derechos y deberes que califican el *status* del ciudadano. La *ciudadanía*, en efecto, entendida como la colocación que el ordenamiento positivo da a la persona, es un estado jurídico y está calificado, en primer lugar, por el régimen generalizado de las situaciones activas y pasivas que pueden en línea de principio depender de todos los sujetos del ordenamiento (véase segunda parte, capítulo primero, sección II). Sobre esta premisa, los diversos *status* jurídicos (*status* de militar, parlamentario, magistrado, dependiente público y otros similares) se añaden en ocasiones a la base del ordenamiento, comprendida por todos los ciudadanos. De todos modos, el pueblo no es simplemente una suma de ciudadanos en cuanto asume relevancia como *figura jurídica colectiva* dotada, incluso, de la titularidad de la soberanía (artículo 1 de la Constitución italiana de 1948; preámbulo de la Constitución japonesa de 1949; artículo 1 de la Constitución sueca de 1974; artículo 1, 2 de la Constitución griega de 1975; artículos 1, 2 de la Constitución española de 1978 y 2 de la Constitución rumana de 1991, según las cuales la soberanía nacional reside en el pue-

blo, español y rumano respectivamente; artículo 3 de la Constitución rusa de 1993; artículo 2, 2 de la Constitución húngara de 1949). El conjunto de los ciudadanos dotados de los derechos políticos electorales conforma, en el seno del pueblo, el *cuerpo electoral* y participa en las operaciones electorales y del referéndum. Parece diverso el concepto de población, que en sentido más amplio se refiere al conjunto indiferente de los sujetos que se encuentran sobre el territorio, incluidos los extranjeros, y que no presuponen la titularidad de situaciones subjetivas propias de una comunidad organizada.

El conjunto de ciudadanos que forman el pueblo está constituido por sujetos a los cuales el ordenamiento atribuye expresamente tal calificativo. Las Constituciones generalmente remiten de nuevo la disciplina del régimen de la ciudadanía (adquisición, renuncia, pérdida, reintegro) a la ley (federal, orgánica, ordinaria). Los criterios prevaecientes de adquisición de la ciudadanía consisten en privilegiar la pertenencia a la comunidad nacional con base en la relación de filiación (*ius sanguinis*), es decir en el reconocimiento de la ciudadanía basándose simplemente en el nacimiento sobre el territorio nacional (*ius soli*), facilitando, en el último caso, la extensión de la ciudadanía también a los sujetos provenientes de otros países y por tanto pertenecientes a comunidades diversas de las nacionales.

Además de adquirir la ciudadanía al momento del nacimiento, la ciudadanía se puede adquirir también a consecuencia de una relación de adopción, por matrimonio, por naturalización (véase: Italia, ley núm. 91 del 5 de febrero de 1992 y los sucesivos decretos del presidente de la República; ley núm. 572 del 12 de octubre de 1993; ley núm. 362 del 18 de abril de 1994; Constitución suiza de 1874, artículo 44; Constitución sueca de 1974, capítulo II, artículo 7; Constitución griega de 1975, artículo 4, 3; Constitución española de 1978, artículo 11). La ley también regula los casos de renuncia a la ciudadanía (por ejemplo por la adquisición voluntaria de otra nacionalidad y por tener residencia en el exterior), de pérdida de la ciudadanía (por ejemplo por el ejercicio de funciones contrarias a los intereses nacionales o por servicio militar prestado en el exterior en caso de falta de obediencia a la imposición de terminar la relación), así como la readquisición de la ciudadanía, según las condiciones determinadas por cada una de las legislaciones. La Constitución puede prever expresamente que nadie pueda ser privado de la ciudadanía por ningún motivo (Ley Fundamental alemana de 1949, artículo 16; Consti-

tución sueca de 1974, capítulo II, artículo 7; Constitución española de 1978, artículo 11, 2; Constitución rumana de 1991, artículo 5, 2; Constitución sudafricana de 1996, sección 20) o por motivos políticos (Constitución italiana de 1948, artículo 22).

En fin, la legislación puede consentir la doble ciudadanía, mientras que en Europa, a consecuencia del Tratado sobre la Unión Europea de 1992 (artículos 8 y ss.), el ciudadano de cada uno de los países miembros también es ciudadano de la Unión. Tal ciudadanía atribuye el derecho de circular y permanecer en el territorio de la Unión Europea; la asistencia por parte de la autoridad de los Estados miembros en caso de que el ciudadano europeo se encuentre sobre el territorio de terceros Estados; el derecho de presentar peticiones al Parlamento Europeo y de dirigirse al defensor (es decir, al *ombudsman*) previsto por el Tratado; contempla también el electorado activo y pasivo para las elecciones locales (véase sobre este punto, para Italia, el decreto legislativo núm. 197 del 12 de abril de 1996) y europeas en los Estados de residencia. La ausencia de la ciudadanía de un Estado provoca el estado jurídico de “apátrida”.

## 2. *Estado y territorio*

En segundo lugar, el Estado es considerado una institución “territorial”, en cuanto comunidad política conexas establemente a un ámbito espacial predeterminado sobre el cual se asienta el pueblo y sobre el cual se ejerce el poder.

La relación entre el concepto de Estado y de territorio es una de las más complejas, siendo bastante evidente la dificultad de considerar al territorio un componente del concepto de Estado al igual que el pueblo y que la autoridad gubernamental. En realidad, hablar de territorio como elemento constitutivo del Estado significa indicar el ámbito espacial dentro del cual se mueve el pueblo y dentro del cual rige el ordenamiento jurídico estatal, y al mismo tiempo significa un objeto físico particular del poder estatal, con diversa relevancia en el ámbito internacional e interno.

El territorio continúa siendo un término de referencia esencial del poder político, aunque, aparentemente, han perdido vigor las valorizaciones tradicionales sobre el territorio como “elemento” del Estado y el territorio cual ámbito espacial de la vigencia de un ordenamiento jurídico estatal. En efecto, aún hoy permanece válido el perfil territorial de la soberanía, asociando la acción del poder político a la de las comunidades

humanas asentadas sobre los territorios puestos bajo el control de un Estado que tiende a ser total y exclusivo. A pesar del declive de la era de formación de los Estados nacionales europeos relacionado con la adquisición del control sobre el territorio, y siendo inadmisibles de manera ideológica doctrinas similares a las del espacio vital nacionalsocialista emanadas por las teorías de los geopolíticos, aunque la geopolítica se ha convertido en un tema de actualidad, no hay lugar a dudas que los conflictos sostenidos por las grandes potencias imperialistas, incluso los conflictos limitados a áreas regionales marginales, son el testimonio del valor perdurable del territorio como dimensión inevitable del poder político.

La afirmación de la ideología pacifista y el predominio de las relaciones de colaboración y cooperación entre los Estados mediante acuerdos y la creación de organizaciones permanentes que tienen como fin institucional la convivencia pacífica y diversas formas de integración sectorial, no llevan a la superación de la figura organizativa del “Estado”. La comunidad internacional nos ofrece un ejemplo de Estados hegemónicos que intentan imponerse a Estados dotados de menor peso político por razones económicas y militares; nos enseña, asimismo, Estados que desaparecen y Estados que surgen, nos muestra grupos étnicos en búsqueda de una estructura estable sobre un territorio que no logran controlar. Parece importante tener presente que también los movimientos revolucionarios que pretenden incorporar una comunidad a partir del componente étnico o religioso, si bien son sujetos internacionales temporalmente sin Estado, en última instancia tienden a asegurar a la misma comunidad el control de un territorio excluyendo del mismo un poder político diverso. Además, a pesar del cambio radical de los diversos medios de comunicación, que facilitan la superación de las fronteras entre los Estados, está fuera de discusión que los Estados tiendan a mantener un control político rígido sobre el propio territorio y los mismos fenómenos organizativos internacionales que consienten perseguir los intereses pluriestatales también mediante la institución de estructuras permanentes de coordinación militar o económica, no significa, por sí mismo, la cesión de la soberanía territorial. Las “limitaciones” de soberanía a las que los Estados llegan para instituir estructuras internacionales son formas de suspensión del ejercicio (parcial) de la soberanía, y como tales revocables, y tienen naturaleza auxiliar e instrumental respecto a la satisfacción de un interés

estatal. Si fueran renunciadas totales y definitivas serían por definición inconciliables con la fórmula del Estado.

Las estructuras de las organizaciones internacionales, o son la expresión de fórmulas de coordinación interestatal (y por consiguiente presuponen la existencia permanente de los diversos Estados) o no son tales y se transforman en Estados federales o llevan de todos modos a la desaparición de los Estados primitivos que le han formado. Frecuentemente se habla con énfasis de las uniones internacionales como formas de superación del Estado y de los Estados, como por ejemplo ha ocurrido en la Comunidad Europea. Pero no se debe confundir un ideal de acción o un objetivo político con la técnica de las instituciones: la alternativa a la integración interestatal europea es la “unión política”, es decir una estructura federal, que nunca existirá hasta que se pueda imaginar un poder político europeo que controle un territorio europeo, sustrayendo tal control a los actuales Estados europeos. Parece inadecuado negar esta evidencia: no es la imposibilidad de individuar un componente histórico-cultural común, y por ende una nación europea, que hace las veces de freno al Estado europeo, sino la eventualidad inimaginable de un control concentrado sobre el territorio europeo que vuelve inverosímil la idea del Estado europeo.

Con relación al aspecto interno de los ordenamientos estatales, el Estado como ente mantiene la supremacía sobre los sujetos privados y públicos, también a nivel territorial, si bien ampliándose a veces en modo significativo el ámbito de los poderes reconocidos a los sujetos diversos del Estado. Pero cuando los entes dotados de autonomía política ejercitan poderes sobre el territorio, esto no puede equivaler jamás a una eventual exclusión del poder estatal: en efecto, aun en el más descentrado políticamente de los ordenamientos federales, el Estado central siempre se reserva el poder de intervenir sobre el territorio o para asistir al estado miembro o para imponerle el respeto de la Constitución federal. Y esto vale también cuando los estados miembros de un Estado federal mantienen sus fuerzas armadas regionales, concurriendo a una de las más delicadas funciones estatales, cual es la defensa nacional, como ocurre en el sistema de la milicia suiza.

El control del territorio y de la población que reside en éste siempre ha caracterizado la esencia de las organizaciones políticas que habitualmente definimos como “Estados”, prescindiendo de la forma del régimen político escogido. Sin embargo, si es cierto que tendencialmente se con-

fronta una ecuación sistemática entre soberanía estatal y control del territorio, es cierto también que varían sensiblemente las fórmulas escogidas para ejercitar el control, en cuanto, en línea teórica, *a)* el Estado puede presentarse como único sujeto político titular del poder, y *b)* el Estado puede permitir la presencia de otros sujetos subordinados y/o coordinados respecto a la propia estructura, que ejercitan poderes también políticos sobre el territorio mismo (véase parágrafo 4).

### 3. *El Estado como ente soberano*

En tercer lugar, el Estado se considera una institución “soberana” atendiendo a la circunstancia de que el poder político que lo caracteriza se presenta como supremo, originario e incondicionado por otros poderes que le sean superiores. Según la concepción predominante, el concepto de soberanía concilia con el de *originariedad* del Estado, en cuanto que éste se considera como ente capaz de *autojustificarse* y, por ende, no deriva de otro ente. Es claro que su no derivación, y, por tanto, su originariedad, han de entenderse en sentido jurídico y no histórico, en cuanto que históricamente son numerosos los ejemplos de Estados que derivan de un acto de voluntad de otros Estados (concesión unilateral de independencia o determinación que deriva de un tratado internacional). Se relaciona con la originariedad la *independencia*, que implica la capacidad de evitar condicionamientos por parte de otros Estados una vez que el Estado soberano se ha constituido realmente. Desde este punto de vista, soberanía e independencia, proyectadas en las relaciones internacionales, se consideran sinónimas. En fin, la soberanía supone la posibilidad jurídica que tiene el Estado de determinar, de vez en cuando, el ámbito de su competencia de intervención (la llamada “competencia de la competencia”), así como la de adoptar todas las medidas necesarias para tutelarse (llamada *autogarantía*).

Por el contrario, se habla de soberanía del Estado aludiendo a las relaciones que fluyen entre ordenamientos y sujetos comprendidos en el ordenamiento estatal para subrayar la supremacía del poder estatal (Estado-gobierno) sobre numerosos sujetos que se instituyen en su interior. En tal caso se observa que la soberanía *interna* del ordenamiento se articula en cierto número de “*potestades soberanas*” que tienen por objeto las actividades homónimas de los órganos que ejercen el poder: legislativa, ejecutiva y judicial, según la tripartición tradicional, pero a la cual,



siguiendo una reflexión más atenta, se añaden, por lo menos, la constituyente, la de dirección política y la de revisión constitucional.

Las potestades que integran la soberanía pueden concentrarse en un sujeto único o articularse entre sujetos diversos, con evidente riqueza de posibles combinaciones que sigue la variedad compleja de las formas de gobierno correspondientes a las formas históricas del Estado.

#### 4. *Soberanía y estructura interna del Estado centralizada y descentralizada*

Tanto la soberanía internacional como la soberanía interna pertenecen al Estado independientemente de su estructura organizativa *centralizada* o *descentralizada* y, eventualmente, *federal*.

Especialmente en la hipótesis del Estado federal (el llamado Estado compuesto o Estado de Estados) se planteó la duda de si la soberanía corresponda también a los estados miembros por lo menos en el ámbito interno. La soberanía pretendida por estos últimos es inexistente tanto en el plano internacional como en el interno. La soberanía corresponde sólo al Estado federal entendido unitariamente.

Prescindiendo de las observaciones que serán desarrolladas más adelante, hay que considerar que la supremacía del Estado federal descende de la preeminencia indiscutida de la Constitución federal, de la distribución de competencias entre el Estado federal y los estados miembros, de la competencia federal en la revisión constitucional y en la solución judicial de los conflictos de atribución, y de la intervención al interno de los estados miembros, sea para asistirlos en caso de necesidad, sea para obtener su adecuación a los vínculos constitucionales federales.

#### 5. *Titularidad de la soberanía*

Un problema objeto de debate lo constituye la *titularidad de la soberanía* (o de la “pertenencia” o “atribución” de la soberanía) en consideración, entre otras cosas, al frecuente desdoblamiento entre los sujetos titulares de la soberanía y los habilitados para su ejercicio concreto. La soberanía en cuanto máximo poder político puede atribuirse a una persona o a un grupo restringido, que en este caso puede ejercerla directamente, como sucede en la autocracia, o bien puede corresponder a la colecti-

vidad, que sin embargo sólo la ejerce directamente de modo restringido (democracia directa), utilizando, por lo regular, mecanismos de habilitación para su ejercicio en favor de órganos que la ejercen establemente (democracia representativa).

La determinación del carácter soberano del poder estatal es una consecuencia de la acción de *despersonalización* del poder del monarca, cumplida para configurar la institución-Estado como entidad permanente distinta de las personas singulares responsables de la gestión del poder político. El origen de la “definición del poder en términos unipersonales y abstractos, que caracteriza la aserción del Estado moderno como ordenamiento jurídico”, aparece con Bodin en su obra *Six livres de la République*. Desde entonces, las doctrinas jurídicas sobre la soberanía insistirán en la tendencia a la despersonalización de la soberanía, asignada al ente estatal, el cual mediante su ordenamiento determina con precisión los órganos (el rey, el pueblo) que toman las medidas para adoptar la decisión política. Análoga tendencia se manifiesta en algunas variantes propias del periodo de las revoluciones burguesas y nacionales del siglo pasado, que difundieron la soberanía de la Constitución y de la nación.

Frente a estos planteamientos se han sumado diversas interpretaciones que rechazan el formalismo jurídico. Estas doctrinas subrayan cómo el poder real y último de decisión política, dentro del Estado, no correspondería a tal entidad abstracta, sino a una elite política o a los grupos sociales en el Estado pluralista.

Según la versión propuesta por Marx y seguida unánimemente por la doctrina oficial socialista, es la clase dominante la titular real del poder. En fin, desde otro enfoque se contraponen al Estado-institución, que por definición es poder constituido, el carácter primario del poder constituyente, exento de límites y por ende, en sentido propio —momento soberano que decide la estructura del Estado como también el carácter derogatorio de la Constitución—, que es ejercido por el poder en los “estados de necesidad” para salvaguardar los principios esenciales del ordenamiento y que no encuentra límites en el poder constituyente. En estas interpretaciones el poder soberano coincide con el poder constituyente o con el poder de derogar la Constitución en los estados de crisis. En ambas apreciaciones el poder soberano termina por definirse como poder *libre* de límites jurídicos preexistentes. Pero, en realidad, sólo el poder constituyente responde a ese requisito, en cuanto el poder de decidir sobre el *estado de crisis* tiene un límite, no manifiesto, en el principio de

salvaguardia de los elementos esenciales de la Constitución. Por lo tanto, desde el punto de vista de la doctrina jurídica es el poder constituyente, definido soberano, el atributo que se transfiere al Estado en cuanto poder constituido.

El problema de la individuación del titular de la soberanía se complica porque luego intervienen las doctrinas democráticas que localizan al titular de la soberanía en la nación o en el pueblo, aunque en realidad no pueden dejar de verificar que este “titular” está obligado a ejercer el poder mediante sus “representantes”. Por consiguiente, desde el momento en el cual se afirma el principio representativo, pretender fijar como titular de la soberanía a la nación, en cuanto persona jurídica unitaria (Declaración de los Derechos de 1789, artículo 3 y Constitución de 1791, título III, artículos 1 y 2) o al pueblo, en cuanto conjunto de la mayoría de los ciudadanos (Constitución de 1793, artículos 25 y 26 y Constitución del año III, artículo 2) significa, sobre todo, establecer un *principio de legitimación* (democrático) sobre el cual se fundamente el poder político, el *consenso de los gobernados*, consenso que plantea problemas complejos y a veces insuperables que son el eje fundamental de la democracia contemporánea, pudiendo éste corresponder, en el espacio y en el tiempo, a un área restringida o amplia del elemento popular, y ser espontáneo en menor o mayor grado, guiado o manipulado. Por lo tanto parece claro que también los ordenamientos sustancialmente autocráticos pueden invocar, para legitimarse, el principio democrático de la soberanía popular.

### III. ACTIVIDADES SOBERANAS

De modo más analítico debe recordarse que en todo Estado se identifican, tradicionalmente, tres tipos esenciales de actividades: *legislativa*, *ejecutiva* y *jurisdiccional*. La primera consiste, según un criterio *material*, en la producción de normas; la segunda, en su ejecución para conseguir precisas finalidades colectivas; la tercera, en asegurar el respeto y la reintegración de las normas violadas, especialmente en caso de conflictos de intereses entre varios sujetos.

En los ordenamientos definidos, de manera común, “con separación de poderes”, las mismas actividades según un criterio *subjetivo* se confían a órganos estatales encargados de desarrollarlas (órganos legislativos, ejecutivos y jurisdiccionales), mientras según un criterio *formal* las

actividades se califican según el procedimiento y los correspondientes actos finales del mismo que son típicamente previstos para su desarrollo (el procedimiento legislativo y la ley, el procedimiento jurisdiccional y la sentencia): las formas procedimentales y los actos atribuyen a los mismos eficacia típica prescindiendo de su contenido real.

Como se ha mencionado, la tripartición clásica puede completarse observando importantes actividades ulteriores que, si bien se refieren a las precedentes, adquieren por su importancia autonomía propia. La *actividad constituyente* es la actividad normativa por excelencia, dado que presupone la inexistencia de vínculos jurídicos precedentes a su desarrollo, y que una vez manifestada condiciona la actividad normativa posterior; la actividad de *revisión constitucional* también es una actividad normativa, que encuentra aún límites en la parte fundamental de la normativa constitucional; la actividad de *dirección política* (o política o de gobierno en sentido estricto) constituye el impulso para la aplicación de la Constitución y para el logro de las finalidades esenciales del Estado, efectuando las coordinaciones necesarias entre los órganos constitucionales, utilizando a veces formas, procedimientos y actos típicos de la actividad legislativa y ejecutiva, y siendo dotado precisamente de una eficacia particular.

Los cambios extraordinarios que han incidido en la política y en la economía han provocado la crisis del Estado contemporáneo y una tendencia al desgaste de los poderes estatales tradicionales: el proceso de desmaterialización de la riqueza ha llevado a la disociación progresiva entre el Estado y el mercado; las comunidades supranacionales tienden a limitar en modo significativo las funciones soberanas en el territorio del Estado, tanto desde el punto de vista interno como externo; diversas autoridades supranacionales con funciones jurisdiccionales (en particular el Tribunal Penal Internacional de los Crímenes contra la Humanidad, cuyo estatuto ha sido aprobado por 120 países, en 1998, y todavía no opera) tienen la posibilidad de hacer aplicar por los Estados sus decisiones en relación a casos concretos; las alianzas militares condicionan la disponibilidad de las fuerzas armadas de diversos países y realizan en concreto formas de limitación de la soberanía; las empresas multinacionales operan en el mercado mundial libres de los controles estatales tradicionales. Con referencia a estos fenómenos, en diferentes partes del mundo se ha hablado de *crisis del Estado, eclipse o erosión de la soberanía*, aclaran-

do que el Estado ha dejado de ser el único asunto exclusivo de la política, el único centro autónomo del poder. Existen aún serios motivos que inducen a retener como probable la permanencia de la actualidad de la forma de Estado sobre el escenario mundial y de manera más marcada la ausencia de una forma política, por lo general practicable, diversa del Estado, junto a la falta de legitimación democrática de las organizaciones internacionales y supranacionales (que no admite una adquisición ulterior de competencias o funciones soberanas en detrimento del Estado nacional), además de la escasa efectividad en concreto del derecho internacional.

#### IV. SOBERANÍA Y SISTEMA DE FUENTES NORMATIVAS

Como se ha indicado en el párrafo precedente, una de las características esenciales de la soberanía consiste en la capacidad de *producción de normas jurídicas* dirigidas a regir y regular al Estado. Por lo tanto, la producción de normas jurídicas (iniciando con las que configuran la Constitución) es un elemento común en todos los ordenamientos constitucionales, desde los más simples hasta los más complejos, y esto independientemente de las características de la forma de Estado y de gobierno escogidas, que incide fuertemente sobre el sistema de las fuentes normativas adoptado en concreto.

Si es claro que en cada ordenamiento estatal existen sistemas de producción normativos elaborados por órganos adecuados, de todos modos no es fácil indicar cuáles son las líneas de tendencia comunes a la mayoría de los ordenamientos. Teniendo presente que constituye “fuente de derecho cada elemento, hecho o acto, prescindiendo de su forma, que prescriba una regla obligatoria para los miembros de una sociedad determinada”, puede ser útil subrayar que las fuentes de producción normativa tradicionalmente se clasifican en fuentes formales (*fuentes-acto*) y no formales (*fuentes-hecho*). Tenemos así: Constituciones escritas, leyes, decretos, sentencias de las cortes constitucionales, pero también reglas consuetudinarias, basadas sobre la necesidad, provenientes de textos religiosos. En un caso es posible individuar un acto que concluye un procedimiento (previsto preventivamente por normas sobre la producción jurídica); en esta medida, la fuente es definida como “acto normativo”. En el otro caso se individúa una conducta tenida con relación a casos análogos

que han tenido lugar en el pasado, con relación a circunstancias de emergencia que requieren de un ajuste inmediato, o con relación a preceptos religiosos. En tal hipótesis, la fuente consiste en un “modelo de comportamiento” que el intérprete es llamado a individuar, y que asume las características de la fuente-hecho.

Desde el punto de vista práctico, el conocimiento y por ende el nivel de “certeza” de los dos grupos de fuentes es regulado por criterios bien diversos. En efecto, a excepción de la Constitución, la fuente-acto está regulada por normas que le aseguran de forma preventiva la formación y el conocimiento por parte de los sujetos que deberán observarla. Por ejemplo, las Constituciones contienen normas relativas al procedimiento de formación de la ley y al valor jurídico que deberá reconocerse a las disposiciones normativas adoptadas a través de tal fuente. La fuente-hecho, en cambio, se deduce mediante la comprobación realizada por el intérprete de cuál sea el modelo preceptivo de comportamiento a seguir. Por consiguiente necesitará, por ejemplo, ofrecer al juez, en modo no siempre fácil, la prueba de una costumbre.

Con cierta tendencia, la mayor parte de los ordenamientos contemporáneos han optado por un sistema formal de regulación de las fuentes normativas; así prevén, de manera explícita, cuáles son los modos de producción del derecho. Pero al lado de tales ordenamientos existen otros que no prevén o que prevén parcialmente el sistema de las fuentes. Aquí la diferencia significativa entre fuentes “legales” (previstas como tales) y “*extra ordinem*” (no contempladas). De ahí también la posibilidad de que algunas formas de producción obren en contraste con lo establecido por una Constitución en materia de fuentes (es frecuente que normas que tienen origen en la necesidad-fuente deroguen normas contenidas en leyes formales o en la misma Constitución).

Las relaciones entre las fuentes es un argumento que se encuentra estrechamente enlazado al tema de las fuentes normativas, ya que en el ámbito de cada ordenamiento se verifica una *pluralidad* de fuentes de producción del derecho. La pluralidad impone establecer un orden entre las fuentes. Este orden se individúa en un principio “jerárquico”: las fuentes guardan entre ellas una relación de *supraordenación-subordinación*, con base en el cual la fuente superior condiciona a las inferiores y estas últimas no pueden influir sobre la primera. El ejemplo más evidente lo tenemos en el ámbito de las fuentes-acto: la Constitución condiciona las

fuentes restantes del ordenamiento, por ejemplo la ley del Parlamento, la cual deberá adecuarse a la primera sin incidir, obviamente, sobre la misma.

En la práctica, se puede pensar que en todos los ordenamientos es posible individuar al menos *tres grados* de fuentes: las relativas a las normas constitucionales, las relativas a las normas legislativas (parlamentarias) ordinarias (calificadas como “primarias” habitualmente) y las relativas a las normas reglamentarias (gubernamentales, definidas generalmente como secundarias). Tal graduación, normalmente referida a los ordenamientos de los Estados de derivación liberal, encuentra su realización inclusive en los ordenamientos de los Estados socialistas. Sin embargo, la graduación sobre los tres niveles no siempre constituye la regla. En efecto, normalmente se considera que en los ordenamientos con Constitución flexible no hay una diferencia de grados entre las normas constitucionales y las normas legislativas ordinarias (todas son conducidas a una fuente única: la legislación del Parlamento), mientras en otros ordenamientos con Constitución rígida puede existir una fuente de grado intermedio entre la Constitución y la ley ordinaria, como ocurre con las leyes orgánicas en el ordenamiento francés y español.

Junto al principio “escalar” que justifica la *concepción jerárquica* de las fuentes, existen también otros principios que son importantes. En primer lugar, se reitera que las fuentes pueden encontrarse entre ellas en una *relación de paridad*: así, en el marco del orden internacional dos o más Constituciones estatales están paraordenadas; mientras que en el marco de un ordenamiento estatal dos o más ordenamientos regionales presuponen estatutos paraordenados.

En segundo lugar, si bien valiendo el principio jerárquico, en respeto de la preponderancia de la Constitución pueden identificarse hipótesis de *reserva* en favor de determinadas fuentes con base en el *principio de competencia*. Donde se aplique la reserva se genera una derogación de lo que por el contrario sería el orden “natural” (jerárquico) de las fuentes de un determinado ordenamiento. A modo de ejemplo puede citarse el caso italiano de los reglamentos parlamentarios, fuentes normativas que disciplinan los ordenamientos “internos” de las asambleas (su organización, pero también algunos derechos de los sujetos pertenecientes a las mismas). Esta fuente está subordinada de manera inmediata a la Constitución, en cuanto existe gracias a la disciplina del ordenamiento interno una reserva en favor de la competencia de las asambleas, con una con-

textual sustracción de materias importantes en la jerarquía natural de las fuentes del ordenamiento. En otros ordenamientos la situación es diferente, como en Francia, en la cual, de acuerdo con la Constitución de 1958, la organización y el funcionamiento de las asambleas son regulados por la misma Constitución, por leyes orgánicas y consecuentemente por leyes ordinarias (ex artículo 92, Constitución francesa) y, sobre la base de tales antecedentes normativos, por los reglamentos deliberados en las asambleas.

#### V. ALUSIÓN A LA DIVERSA NATURALEZA DE LAS FUENTES NORMATIVAS. FUENTES CONSUETUDINARIAS, DE NECESIDAD, DIVINAS, CONVENCIONALES

En el actual momento histórico las fuentes de producción del derecho son conocidas y analizadas esencialmente en cuanto fuentes escritas de naturaleza “política”: se trata de fuentes *queridas* por los titulares de la soberanía que se configuran en modo diverso en relación con las diferentes soluciones institucionales vinculadas a las diversas *formas de Estado*. Pero junto a las fuentes *políticas* existen también las: *consuetudinarias* (justificadas gracias al principio de uniformidad de las conductas tenidas con anterioridad); *jurisprudenciales* (justificadas por el principio del respeto a las soluciones racionales ofrecidas por expertos del derecho); *convencionales* (justificadas por el principio del respeto a los empeños asumidos); *divinas* (justificadas por el principio de la obediencia a la divinidad), y *de necesidad* (justificadas por el principio de conservación de cada ordenamiento).

1) *La fuente consuetudinaria* siempre ha tenido un significado relevante, a pesar de que en muchos ordenamientos se haya difundido progresivamente la preferencia por la fuente escrita debido a la precisa voluntad de las instituciones estatales (fuente “política”), y considerando la costumbre como un sinónimo del ordenamiento tradicionalista y conservador. El fenómeno es totalmente evidente tanto en la consagración de la Constitución escrita y en la superación de los ordenamientos del *ancien régime*, en el cuadro del movimiento constitucionalista al final del siglo XVIII, como en el derrumbamiento del ordenamiento ruso y en la adopción de las primeras Constituciones soviéticas. Además, también los derechos definidos habitualmente como jurisprudenciales, entre ellos el



*Common Law*, tienen a la interpretación y a la aplicación judicial de costumbres en su origen (véase primera parte, capítulo tercero, sección IV, apartado IV).

2) *La fuente de necesidad* es la consecuencia de la exigencia por salvaguardar la existencia de cada ordenamiento. Ésta deriva de la constatación, ejercida sobre todo en sede doctrinaria, que en particulares circunstancias de peligro (interno o internacional) el sistema de las fuentes de producción del derecho formalmente previsto por una Constitución puede no ser idóneo a fin de legitimar decisiones necesarias para la defensa del ordenamiento. Lo anterior también cuando las Constituciones, como sucede con frecuencia, prevén expresamente procedimientos simplificados a fin de permitir a los órganos constitucionales afrontar las emergencias: así la Constitución italiana prevé la atribución del Parlamento al gobierno de “poderes necesarios” para afrontar una crisis internacional (artículo 78) y la Constitución francesa prevé la asunción por parte del presidente de la República de poderes de excepción en caso de que sea puesto en crisis el funcionamiento de los órganos constitucionales (artículo 16). Pero en estos casos son las mismas Constituciones las que prevén y autorizan los procedimientos y (a veces) los órganos destinados a afrontar las emergencias a través de la adopción de medidas que derogan la Constitución y que la suspenden temporalmente. Es diversa la hipótesis en la cual las Constituciones no prevén derogaciones o en la cual las precauciones tomadas por los constituyentes no sean suficientes para enfrentar el peligro. En los casos en donde los órganos constitucionales adoptan medidas de intervención sin ninguna base jurídica en la Constitución, estas últimas se justifican a causa de la misma *exigencia de conservación* del ordenamiento, definida usualmente como *necesidad*. Por lo tanto ésta es calificada como una necesidad-fuente (véase primera parte, capítulo tercero, sección IV, apartado III y sección V, apartado II; segunda parte, capítulo primero, sección VI).

La doctrina de la necesidad como fuente del derecho se justifica en particular dentro del marco de los ordenamientos garantes que tienden a ofrecer una regulación exhaustiva de los modos de producción del derecho en los propios textos constitucionales, privilegiando de este modo un principio de certeza y conocimiento preventivo de cuáles sean los órganos y los procedimientos de formación de los preceptos jurídicos; por lo tanto en estos ordenamientos la individualización de la necesidad-fuente tiene valor de “cierre” del sistema de las fuentes, con un alcance absolu-

tamente marginal en relación al orden “natural” de las mismas, que es el formal.

Pero la necesidad actúa como fuente en los ordenamientos pertenecientes a cada forma de Estado, siendo evidente que entre más restringido sea el sistema de las fuentes formal —bien sea por imprevisión o bien por inoperancia— más amplia será la demanda de la fuente-hecho que se identifica con la decisión asumida por los titulares del poder político basándose en las exigencias contingentes a afrontar día a día. En los ordenamientos autocráticos, en los cuales no hay un sistema de garantías satisfactorio, existe la tendencia a ofrecer una dilatación considerable del concepto de emergencia (interno e internacional) que habilita la adopción de medidas normativas de intervención. Esto es evidente en los ordenamientos de muchos Estados recién independizados (cuarta parte, capítulo tercero, apartado III).

En tales hipótesis la necesidad no constituye más una fuente-hecho marginal, pero sí fuente privilegiada que justifica la adopción de verdaderas y adecuadas decisiones de los constituyentes o de una modificación continua de la Constitución, desapareciendo en muchos ordenamientos la línea de demarcación entre el poder constituyente y los poderes constituidos. Esta última es una consecuencia inevitable en el momento en el que sean rechazados o que de todos modos no hallen espacio los principios garantes inherentes a los ordenamientos democráticos (véase quinta parte, capítulo segundo, sección I, párrafo II). En la práctica, la necesidad-fuente puede coincidir con la esencia misma del poder soberano en una estructura constitucional que rechaza la separación de los poderes y por ende un sistema de límites jurídicos preconstituidos. La necesidad justifica la decisión, verificándose así un régimen constituyente continuo, que por definición carece de estabilidad y de certezas jurídicas.

3) *La fuente divina* del derecho se caracteriza por tener una voluntad sobrenatural que daría origen a los preceptos normativos, atribuyendo a la violación de éstos unas sanciones ultraterrenas. Por su naturaleza, tal fuente comporta la presencia de sujetos encargados de interpretar tal derecho, así como también la de adaptarlo a las evoluciones que se produzcan en la sociedad.

El derecho divino es el principal derecho de las comunidades religiosas respecto al derecho de la sociedad política, o bien es el derecho caracterizado por una verdadera relación de *identificación*, de modo que el derecho resulte como uno de los diversos componentes de la religión.

Esto sucedería en el derecho musulmán, en donde el *Sharia* —formado por el Corán, texto revelado, por la práctica del profeta, por la interpretación de los expertos, por la analogía— es concebido como un sector de la religión que contiene las prescripciones dirigidas a la observancia fiel de los creyentes. Tal relación de identificación se encuentra, por ejemplo, en la Constitución iraní de 1979, en la cual son acogidas de manera integral las fuentes religiosas (ejemplo de un ordenamiento teocrático: véase cuarta parte, capítulo primero, apartado IV). En otros casos el ordenamiento estatal distingue a la organización política de la religiosa, pero sujeta la acción estatal a los principios religiosos, consagrándose, entre otras cosas, que los principios del Islam asumen un carácter supraconstitucional, condicionando las disposiciones normativas adoptadas por los órganos estatales (ordenamiento *confesional*: véase cuarta parte, capítulo primero, apartado IV).

En los ordenamientos de los Estados europeos, el derecho divino se ha distinguido progresivamente, de modo claro, de aquel producido por las instituciones políticas. Este último es el único que adquiere relevancia para el Estado (*ordenamiento laico*). Sin embargo, en ciertos casos el ordenamiento estatal acepta oficialmente una religión determinada (*ordenamiento confesional*), como sucedía en modo claro en el Estatuto albertino de 1848 (artículo 1).

En aquellos ordenamientos en los cuales el derecho de origen divino toma del ordenamiento estatal tan solo la parte por la cual se logra un acuerdo entre el Estado y la Iglesia, se presenta una situación particular. Éste es el caso del “concordato”, con base en el cual algunos ordenamientos de los Estados donde prevalece la población católica, el derecho canónico se hace notable en el ordenamiento general del Estado. Una gran parte del derecho canónico es de origen divino, una parte formada por órganos de la Iglesia, y además por normas de derecho natural: después de haber sido objeto de un centenar de disposiciones doctrinarias y normativas, finalmente ha sido recogido en una compilación que constituye el *Codex iuris canonici*. El derecho canónico asume relevancia en el ordenamiento estatal sobre la base de un concordato, sobre todo en la parte referente a las relaciones familiares, que conciernen a sujetos que son considerados ciudadanos del Estado de modo diverso.

Otros ordenamientos africanos y asiáticos reconocen la preponderancia del derecho divino en materia de derecho de familia, atribuyendo a los creyentes de algunas comunidades religiosas un “estatuto personal”

derogatorio respecto a la generalidad de las disciplinas previstas por las fuentes políticas.

En lo referente al derecho hebreo, contenido en los textos sacros de revelación divina, éste es considerado el derecho del pueblo hebreo. No coincide con el derecho expresado por las fuentes políticas del Estado de Israel, y en tal ordenamiento se aplica en cuanto “estatuto personal” de los hebreos.

4) *La fuente convencional* consiste en modos de producción vinculados a la voluntad de los sujetos que serán destinatarios de la normatividad producida. Por tanto, ésta es expresión de su *autonomía* y en esta perspectiva particular se contrapone al derecho definido “político”, que tiene origen en las fuentes institucionales en las cuales la posición de los sujetos que deberán observar las normas es la de obedecer a cuanto se ha decidido por la fuente que les es externa (*heterónomo*).

Los contratos *colectivos* de trabajo forman parte de las fuentes convencionales. Los contratos *colectivos* de trabajo son documentos normativos formados sobre una base negocial y tienen eficacia para todos los que pertenezcan a categorías determinadas. En el derecho constitucional asumen un relieve particular las llamadas *convenciones constitucionales*, entendidas predominantemente tácitas, formadas por los titulares de los órganos constitucionales para dar cumplimiento a las propias competencias institucionales (véase primera parte, capítulo tercero, sección IV, párrafo IV).

5) El derecho creado por la *jurisprudencia* asume diversos perfiles: los jueces pueden crear derecho para regular las funciones que les son propias en el ámbito del principio de autonomía reconocido por las Constituciones (por ejemplo en el caso de adopción de normas de organización y de procedimiento por parte de un tribunal constitucional); pueden anular los actos normativos en cuanto sean contrarios a las Constituciones precedentes; con sus pronunciamientos pueden determinar “precedentes” que condicionan el ejercicio ulterior de la función jurisdiccional. La hipótesis de producción explícita de normas con base en una habilitación constitucional que atribuya autonomía no genera problemas. Por el contrario, son más complejas las hipótesis de anulación de las normas y de formación de precedentes.

La anulación de normas adoptadas por los órganos habilitados institucionalmente para crear derecho (los Parlamentos y, en algunos casos, los gobiernos) se justifica con la exigencia de asegurar, a través de procedi-

mientos contenciosos desarrollados en presencia de un juez imparcial, el respeto de la Constitución, pero origina el problema de confiar a un órgano que no es expresión directa de la soberanía popular la tarea de eliminar las normas adoptadas por los órganos que por el contrario constituyen la expresión directa (o mediata) de tal soberanía. En tal perspectiva, un tribunal constitucional es una especie de legislador “negativo”, en cuanto elimina las normas inconstitucionales, pero también tiene atribuciones creativas, en cuanto ofrece una interpretación de integración de la Constitución que es inevitable con el fin de alcanzar el pronunciamiento pertinente que invalide una norma parlamentaria. La creación del derecho por medio de la observancia de sentencias anteriores de los jueces es un dato común a muchos ordenamientos.

#### VI. LAS FUENTES DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES. LAS FUENTES DE LOS ORDENAMIENTOS DEL *COMMON LAW*

El *derecho doctrinario* está formado sobre la base de análisis y de elaboraciones racionales desarrolladas por los estudiosos del derecho; el derecho judicial o jurisprudencial se origina en el pronunciamiento que deriva de procedimientos racionales elaborados por los jueces con respecto a los casos sometidos a su atención. En realidad la distinción entre perfil teórico y perfil práctico de las dos formas de creación no siempre es fácil, en cuanto existen ejemplos históricos de derechos jurisprudenciales basados en la aplicación de elaboraciones doctrinarias precedentes. Esto ha ocurrido con el “*Veda hindú*” y con el derecho chino y japonés de la antigüedad.

Pero el derecho producido por la actividad de los jueces a través de precedentes ha asumido un significado particular en el ordenamiento inglés y en otros ordenamientos que han recibido la influencia de los principios de este último, pertenecientes al *Common Law*. Con tal término se indica aquel sistema jurídico que se funda prevalentemente en el desarrollo jurisprudencial y que se contrapone a aquel que se basa en el derecho escrito que deriva de las fuentes políticas, de inspiración romano-germánico, conocido como *Civil Law*.

En Inglaterra, desde inicios de los primeros siglos del segundo milenio, las cortes reales formaron un sistema judicial centralizado que desarrolló un conjunto de reglas jurídicas aplicables tanto a las relaciones de

derecho privado como a las relaciones de derecho público (*Common Law*). Inicialmente, la actividad de los jueces se basaba en la interpretación de las costumbres vigentes. A las reglas del *Common Law* aplicadas por las cortes se añadieron las reglas complementarias destinadas a regular los nuevos institutos. Tales reglas contenidas en las decisiones de los órganos reales y emitidas según la conciencia formaron la *Equity* y eran aplicadas por una jurisdicción posterior. De aquí surge la dicotomía tradicional entre los derechos y los remedios judiciales del *Common Law* y de la *Equity*. Al lado del derecho jurisprudencial desarrollado con base en el *Common Law* y la *Equity* existe además el derecho escrito desarrollado en los textos legislativos del Parlamento (*Statutes*). En conjunto, el sistema inglés del *Common Law* y de la *Equity* implica un derecho jurisprudencial caracterizado por la importancia del antecedente judicial con la ausencia de una codificación orgánica, que se entiende en los ordenamientos que los anglosajones definen como *Civil Law*. El derecho escrito contenido en las leyes del Parlamento (*Statute law*) es considerado complementario respecto al derecho jurisprudencial y ha asumido en los últimos diez años una importancia cada vez más creciente.

Un significado muy particular asume el *antecedente judicial* que se relaciona al valor del principio general atribuido por el ordenamiento a la regla de “*stare decisis*”, regla que en realidad se refiere a la mera *ratio decidendi* de la sentencia que constituye un precedente (y no a los llamados *obiter dicta*, es decir a las argumentaciones accesorias respecto al núcleo de las decisiones), determinada por el principio de derecho ya enunciado. En el ordenamiento inglés no todos los antecedentes tienen un valor vinculante para el juez que es llamado a decidir casos análogos, sino únicamente los que son imputables a los jueces que ocupan una posición de vértice en la organización judicial: en orden, la *House of Lords*, la *Court of Appeal* y la *High Court*. Los precedentes de los diversos jueces no tienen valor vinculante pero sí persuasivo y por lo tanto pueden ser desatendidos. Es más complejo el problema del alcance de los precedentes para los jueces de vértice que los han adoptado: se han establecido las reglas relativas a la *vinculabilidad* y se han previsto unos casos de derogación.

En conjunto, las fuentes del ordenamiento inglés son el *Common Law*, la *Equity* y el *Statute Law*. Como fuentes primarias se consideran las dos primeras, que son de elaboración jurisprudencial. Les sigue el *Statute Law*, que cada vez más asume mayor importancia, pero que de todas for-

mas está sujeto a la interpretación del juez. Hay que mencionar también las llamadas *extra-legal sources of law*, que son las fuentes de autonomía conferidas a los sujetos de numerosos sectores de actividad (por ejemplo derecho de la empresa, del trabajo, sindical).

Como es sabido, una característica del ordenamiento inglés es la ausencia de una Constitución escrita. Por lo tanto los principios del ordenamiento constitucional deben ser hallados tanto en el *Common Law* como en los *Statutes* parlamentarios. Estos principios constituyen lo que la doctrina ha definido como *laws of the Constitution*. Al lado de estos principios existen las *conventions of the Constitution*, entendidas como un conjunto de normas no escritas que según la doctrina y la jurisprudencia inglesa constituyen una *non-legal rules*, en cuanto la violación de éstas no puede ser demandada ante los jueces (sin embargo hay que subrayar que tales reglas no jurídicas sino simplemente políticas de comportamiento, según una valoración diversa de la condicionada por la tradición inglesa, pueden ser individuadas en algunos casos como verdaderas costumbres constitucionales, y por ende, en tal perspectiva, formarían parte de las fuentes “legales”) (véase primera parte, capítulo tercero, sección IV, apartado IV).

Entre los principios constitucionales deducibles del ordenamiento inglés existe el de *Supremacy of Parliament*, según el cual la ley parlamentaria puede modificar cualquier reglamentación preexistente (la ausencia de una Constitución escrita y la rigidez de la Constitución no permiten individuar las leyes parlamentarias de revisión que son formalmente diversas de las ordinarias). Si se aplicara con gran coherencia este principio, se podría pensar que la ley del Parlamento (*Statute*) debería ser la fuente primaria del ordenamiento inglés y por ende tendría una fuerza superior al *Common Law*: pero en realidad, por una parte, el Parlamento se considera limitado por los principios del *Common Law* que la ley debe respetar, y por otra parte, corresponde siempre a los jueces ofrecer la interpretación determinante de la normatividad establecida por el Parlamento. Esto explica la aparente contradicción existente entre la insistente afirmación de la supremacía (“soberanía”) parlamentaria y la primacía del derecho jurisprudencial y la dificultad de establecer con certeza la preferencia por la fuente parlamentaria.

Casi la mayoría de los ordenamientos del *Commonwealth* ha asumido como propios los principios del ordenamiento inglés, aceptando el *Common Law* (se exceptúan Québec y Mauritius, que adoptan los principios

de los ordenamientos romano-germánicos, así como Sri-Lanka y Lesotho que adoptan los de los ordenamientos romano-holandeses). Particularmente estrecho es el vínculo existente entre el Reino Unido, de una parte, y Australia, Canadá y Nueva Zelanda, de otra parte: la jurisprudencia producida por los jueces de estos ordenamientos está incluida en las colecciones jurisprudenciales inglesas, y por lo tanto existe aún hoy en día una posible interacción entre los diversos ordenamientos en cuanto a los desarrollos jurisprudenciales.

El ordenamiento jurídico de los Estados Unidos, al igual que el de Irlanda, forma parte de la tradición del *Common Law*, pero presenta como característica el ser dotado de una Constitución escrita y rígida de la cual se reconoce la supremacía en el sistema de las fuentes.

Según una convicción arraigada de los estudiosos angloamericanos, mientras el ordenamiento inglés se funda sobre el principio de la *Supremacy of Parliament*, el de Estados Unidos se basa sobre la existencia de una Constitución federal o sobre la *Judicial Supremacy*, es decir, sobre la supremacía de la Constitución, la cual es interpretada por la Corte Suprema. Tanto la legislación federal (*Federal Acts* o *Statutes*) como la legislación de los estados miembros (*State Statutes*) se encuentran subordinadas a la Constitución. Aparte de la segura supremacía reconocida a la Constitución, la actitud frente a la legislación, estatal y federal, es análoga a aquella reconocida en Inglaterra. La legislación —cada vez más extensa y relevante en las relaciones sociales, económicas y políticas—, si bien aún se considera como una fuente de integración de la fuente jurisprudencial, también ésta es destinada a ser objeto de análisis por parte de los jueces. También en el ordenamiento de Estados Unidos, a nivel federal y estatal, asume un significado relevante el principio de *Stare decisis*, pero el antecedente no se considera vinculante. Esta característica es particularmente significativa para el desarrollo de las orientaciones jurisprudenciales de la Corte Suprema federal y para las cortes supremas de cada uno de los estados miembros.