

CAPÍTULO I. LA SOBERANÍA	13
A. Formación histórica de la idea de la soberanía.	13
B. La soberanía y el derecho internacional.	42
C. La soberanía en el constitucionalismo mexicano.	58

CAPÍTULO I. LA SOBERANÍA

La idea de la soberanía ha sido una de las cuestiones más debatidas tanto en la ciencia política como en el derecho internacional. La doctrina sobre el derecho constitucional mexicano ha estudiado el problema, y no hay discusión en cuanto a que la idea de la soberanía es la base de los principios fundamentales en el derecho constitucional. En este capítulo estudiaremos los principales aspectos del problema, así como las soluciones que el derecho mexicano ha dado en sus diversas leyes fundamentales.

Los grandes problemas de la soberanía a través de su evolución histórica han sido y siguen siendo: *a)* su naturaleza, *b)* su titular, y *c)* su posición frente al derecho internacional, particularmente a partir del siglo xx. Nos proponemos desarrollar este capítulo en tres partes: la que se refiere en general al desenvolvimiento histórico de la idea de la soberanía; la posición de la misma en y frente al derecho internacional; y la idea de la soberanía en el constitucionalismo mexicano.¹

A. Formación histórica de la idea de la soberanía

Dice Mario de la Cueva que “La historia de la soberanía es una de las más extraordinarias aventuras de la vida y del pensamiento del hombre y de los pueblos por conquistar su libertad y hacerse dueños de sus destinos.”² Si bien Jorge Jellinek, uno de los más destacados en ciencia política, declaró que los griegos no conocieron la idea de la soberanía, y que en su lugar colocaron a la autarquía, omite mencionar que las diversas *polis* helénicas lucharon en contra de los persas por conservar su independencia, luchas que se dieron después entre ellas mismas, hasta ser derrotadas por el imperio romano; no consideró, además, que el término autarquía implicaba la idea de independencia, “. . . ya que quien no es libre, no realiza el ideal de autosuficiencia”, así como tampoco puede conducir una vida perfecta, bella y feliz; por otra parte, no debe olvidarse que Aristóteles adoptó como criterio para la clasificación de las formas de gobierno, precisamente la titularidad del poder supremo.

¹ Son particularmente importantes los trabajos realizados por el Dr. Mario de la Cueva: *Teoría del Estado*, “Estudio Preliminar” a *La soberanía* de Hermann Heller, y *La idea de la soberanía* que forma parte de la obra *Estudios sobre el Decreto Constitucional de Apatzingán*.

² Mario de la Cueva, “Estudio preliminar” a *La soberanía* de Hermann Heller, México, 1965, p. 8.

Lo que hay de exacto en la exposición de Jellinek, es que, el concepto de soberanía, tal como se concibe en nuestros días, no fue objeto de una consideración y de un análisis minuciosos por parte de los pensadores griegos; lo cierto es que los hechos precedieron a la idea y a su elaboración doctrinal.³

Para Jellinek,

la soberanía es, en su origen histórico, una concepción de índole política, que sólo más tarde se ha condensado en una de índole jurídica. No se ha descubierto este concepto en el gabinete de sabios extraños al mundo, sino que debe su existencia a fuerzas muy poderosas, cuyas luchas forman el contenido de siglos enteros.⁴

Según Jellinek, para Aristóteles la autarquía es la nota característica del Estado y lo distingue de las demás comunidades. Agrega que este concepto no tiene parentesco alguno con el moderno de soberanía, ya que la autarquía significaba autosuficiencia y para la antigua doctrina del Estado, ésta es aquella propiedad mediante la cual los esfuerzos de los hombres por completarse unos a otros buscan una satisfacción plena, de manera que no contradice la esencia de la autarquía una situación de dependencia respecto de otro Estado, situación evidentemente inadmisibles para la soberanía.⁵

Igualmente, los romanos fueron extraños al concepto del Estado soberano,

el pensamiento romano, firmemente práctico, tenía siempre ante sí la realidad dada. Sin que hubiese para él el menor motivo para poner en comparación el Estado romano con cualquier otro poder próximo o superior a él, careció del medio con qué conseguir alcanzar la nota que lo caracterizase.

Agrega el maestro alemán:

El que la antigüedad no haya llegado a un conocimiento del concepto de la soberanía, tiene su fundamento histórico de importancia, a saber: que faltaba al mundo antiguo lo único que podía traer a la conciencia el concepto de la soberanía: la oposición del poder del Estado a otros poderes.

El teórico alemán del Estado agrega:

El Estado moderno se diferencia radicalmente del antiguo, en que se ha encontrado combatido desde sus comienzos por diferentes lados, y de esta

³ De la Cueva. Ob. cit., p. 8.

⁴ Jorge Jellinek. *Teoría general del Estado*. Traducción de Fernando de los Ríos, Argentina, 1943, p. 355.

⁵ Jellinek. Ob. cit., p. 356.

suerte ha necesitado afirmar su existencia mediante fuertes luchas. Tres poderes han combatido su substantividad en el curso de la Edad Media: primero la Iglesia, que quiso poner al Estado a sus servicios; inmediatamente después el Imperio romano que no quiso conceder a los grandes señores, y corporaciones, que se sentían poderes independientes del Estado y en frente de él.

En lucha con estos tres poderes ha nacido la idea de la soberanía, que es, por consiguiente, imposible de conocer sin tener igualmente conocimiento de estas luchas. La soberanía es un concepto polémico, al comienzo con valor defensivo, posteriormente de naturaleza ofensiva.⁶

Determinar dónde y en qué momento nace la idea de la soberanía es una cuestión muy difícil y tal vez imposible, sin embargo, no puede negarse que las heroicas defensas de los griegos frente a los persas no fueron otra cosa sino expresiones de luchas por la soberanía; son quizá las primeras grandes manifestaciones de ello, que por su importancia y por el papel que el pueblo y la cultura helénica han significado para la civilización occidental, han llegado a nuestro conocimiento con relativo detalle.

La Edad Media fue la época en que la soberanía empezó a definirse con mayor claridad, ya que fue testigo de las luchas entre la Iglesia y el Imperio; entre los reyes, el Imperio y la Iglesia; y entre los reyes y los señores feudales. De estas luchas surge el Estado moderno y la idea de la soberanía, en sus dimensiones externa e interna. Externa que significa independencia delante de los poderes humanos diferentes del pueblo o de su rey; la interna, como unidad del poder público que se ejerce sobre los hombres dentro del reino; por otra parte, debe también considerarse que fue en esta serie de luchas cuando el pensamiento filosófico se separa de la teología, planteándose el dilema entre la soberanía del poder espiritual en todos los aspectos de la vida humana y social, y la soberanía del poder temporal sobre todos los asuntos sociales.

Desde el papado de Gelasio I, la Iglesia católica afirmó la supremacía del poder espiritual sobre el temporal, buscando el advenimiento de una teocracia universal cristiana presidida o regida por el Papa, argumentándose por una parte, que todas las cosas tendían a su perfeccionamiento, y que siendo el fin último de los hombres acercarse a Dios, el poder espiritual resultaba superior al poder temporal y, por otra parte, se declaraba la existencia de un orden jurídico y ético de origen divino, absoluto, perfecto, inmutable y obligatorio a los hombres, los cuales ni siquiera podían discutirlo. El sistema se perfeccionó por San Agustín y la Patrística, quien sostuvo la existencia de un orden tripartita constituido por la ley eterna, que provenía de Dios, la ley natural, consistente en la parti-

⁶ Jellinek. Ob. cit., pp. 358 y 359.

cipación de la razón humana en la ley de Dios y, por último, la ley humana, que era la adaptación de la ley natural a las circunstancias de tiempo y lugar, y fue así como el poder temporal y los hombres quedaron subordinados incondicionalmente a la voluntad divina, produciéndose la más completa enajenación del hombre en toda su historia.⁷

Ahora bien, las luchas políticas entre el Imperio y la Iglesia, y entre estas potencias y los reyes, no pretendieron independizar el poder temporal del derecho divino y natural, sino separar los poderes temporal y espiritual, alegándose, con base en la propia construcción del obispo de Hipona, que el poder temporal era, en su esfera de acción, independiente del espiritual, pudiendo por tanto dictar la ley humana adecuando la ley natural a las circunstancias de tiempo y lugar.

Por otra parte, dentro del poder temporal se dio una segunda lucha: entre el emperador y los reyes. Dante, en *De Monarquía*, defendió al Imperio, en tanto que Jean Quidort (Juan de París), hizo lo propio al defender en su libro *De potesta regia et papali*, el derecho de su rey, Felipe el Hermoso y del pueblo de Francia a determinar por sí mismos su destino.

Una tercera lucha se dio entre el rey y los señores feudales, lucha en la que el rey de Francia pudo imponerse, logrando la unidad y la centralización del poder, surgiendo así la idea moderna de la soberanía en sus dimensiones externa e interna, aunque sin liberarse del sometimiento al orden divino y al natural.⁸

Por su parte, Jellinek considera que el origen de la conciencia de la soberanía del poder terrenal debe buscarse en las relaciones de la monarquía francesa con el papado, que culmina con el episodio de Avignon que representa por primera vez desde el tiempo de los Otones, la superioridad del Estado sobre la Iglesia.

Por lo que se refiere al emperador, la teoría oficial, dominante en la doctrina del Estado hasta la Reforma, considera subordinados de derecho al Imperio romano a todos los Estados cristianos, viéndose esta doctrina contradicha principalmente por Francia e Inglaterra, que en ocasiones no consideraban la supuesta superioridad del Imperio o la negaban directamente en otras. La teoría oficial entonces, se vio en la necesidad de considerar esta situación, apoyando el derecho de príncipes y ciudades en un título jurídico que el emperador reconoce, fundándose así en el mismo orden jurídico imperial y negándose, en consecuencia de esta manera, a la independencia como derivación de la naturaleza misma del Estado. El emperador había conservado como importante derecho la concesión del título real y, por tanto, los privilegios que a éste acompañan;

⁷ De la Cueva. *Estudio...*, pp. 9-11.

⁸ De la Cueva. *Estudio...*, pp. 11-13.

sin embargo, en Francia se centró el principio de que el rey era independiente, no reconocía por tanto ningún superior a sí y no recibía su reino de nadie a título de feudo.⁹

Respecto a la tercera potencia que se oponía a la concepción substantiva del Estado, el feudalismo, Jellinek dice que en algunos países alcanzó una fuerza tal, que llegó a la negación total del Estado, de suerte que en Francia, la independencia del poder del Estado llegó a ser equivalente al aniquilamiento total de todos los elementos políticos independientes y opuestos al rey; es así como se transformó el concepto de la soberanía del rey, de relativo que era, en un concepto absoluto. La concentración del poder del Estado en el príncipe, hizo surgir la idea de que tal poder era un elemento constitutivo del Estado, adviniendo éste una comunidad con un poder unitivo que dominaba en lo interior sin oposición y que era independiente en lo exterior.¹⁰

En el siglo xvi se inició la lucha del poder temporal y de los hombres, en contra del orden ético y jurídico divino y por la conquista de la soberanía para el poder temporal y para el hombre, a fin de crear un orden terrenal y humano en el que cupieran todos los hombres y todos los credos.¹¹

En esta época surgieron grandes pensadores que se ocuparon del tema: Bodino, autor de *Los seis libros de la República*, el florentino Nicolás Maquiavelo y los jusnaturalistas laicos como Hugo Grocio, Althusio y Vázquez de Menchaca.

Según Jellinek, es Bodino quien abstrae el resultado de la historia política de Francia y le da un carácter absoluto, considerando el concepto de soberanía como esencial en su definición de todos los elementos del concepto de soberanía en una unidad.¹² Bodino define a la República como el “justo gobierno de muchas familias y de lo que les es común, con poder soberano”; “soberanía es el poder absoluto y perpetuo de la República”; la soberanía es una cualidad del poder, ejercida por el rey, por una minoría o por el pueblo, en virtud de la cual expiden e imponen libremente la ley humana, la cual, sin embargo, está todavía en Bodino, sujeta a los lineamientos que marcan la ley divina y la ley natural, siendo así el poder soberano, un adaptador a las circunstancias de tiempo y lugar.¹³

El “poder soberano” o la “suprema autoridad”: en tal idea está el concepto de soberanía, el poder absoluto y perpetuo, aquel que es absolutamente supremo, que después de Dios no reconoce a otro por superior

⁹ Jellinek. Ob. cit., pp. 360-363.

¹⁰ Jellinek. Ob. cit., pp. 364-367.

¹¹ De la Cueva. *Estudio...*, p. 14.

¹² Jellinek. Ob. cit., pp. 369 y 370.

¹³ De la Cueva. *Estudio...*, p. 16.

ni mayor que él. Sin embargo, para el pensamiento de Bodino, el totalitarismo y el imperialismo son imposibles y aun contradictorios; sostiene el tratadista Mario de la Cueva que la soberanía es poder político supremo

pero la ley de Dios no depende de los hombres, ni de los poderes políticos terrenales y no puede ser violada sin promover guerra a Dios. Ocorre lo mismo con la ley natural —es idea del derecho natural—, que es de rango superior a la voluntad de los poderes temporales humanos y que, por tanto, está sobre los poderes políticos.¹⁴

En la definición misma de Bodino se encuentra la frase “justo gobierno”, y la justicia es noción contraria al totalitarismo y al imperialismo.

Pueden resumirse los grandes méritos de la doctrina de Bodino: el primero, que no obstante haber vivido aún la Edad Media —su sumisión a la ley divina y a la ley natural lo demuestran—, pudo ofrecer las primeras definiciones de la nueva república y del concepto de la soberanía. El segundo, consiste en haber reafirmado la independencia absoluta y perfecta del poder temporal. El tercero, y volveremos sobre el tema, se refiere a la titularidad de la soberanía, que corresponde al rey, al pueblo o a la minoría que ejerce efectivamente el poder.¹⁵

Nicolás Maquiavelo representa una gran transformación en el campo del pensamiento político con su obra *El príncipe*, en la que se emplea por primera vez el término “Estado” y representa el punto de partida de la ciencia política moderna, entendida como una disciplina estrictamente humana, separada, y en ocasiones hasta contraria a la teología; el Estado maquiavélico rompió todas las cadenas y se elevó a la categoría de soberano absoluto; sin embargo, tampoco es un ente real o abstracto, sino que es la comunidad humana que posee un poder interno supremo ejercido por el pueblo, por un príncipe o por un senado. Por otra parte, en su intento de lograr la unidad y la independencia italiana, se vio obligado a postular la separación entre la ciencia política y la moral, tanto divina como humana; fue por ello que los escritores políticos de la época, así como los moralistas le criticaron; por su parte, los gobernantes, repudiaron verbalmente sus máximas, pero actuaron de conformidad con ellas bajo la fórmula “Razón de Estado”.

Surgió la corriente jusnaturalista y racional, que negaba la subordinación del poder a la ley de dios y que aceptaba la idea de un derecho natural basado sólo en la naturaleza racional del hombre, pero de contenido igual o parecido a la ley divina.

De esta corriente nació la tesis de la soberanía de la razón y del

¹⁴ De la Cueva. *Teoría del Estado*, p. 307.

¹⁵ De la Cueva. *Estudio...*, pp. 14 y 15.

derecho natural que derivaba de ella, produciéndose nuevamente la enajenación del hombre. Las normas jurídicas que derivaban de la razón, fueron redactadas, entre otros, por Wolf y Pufendorf, y sus sistemas coincidieron con los principios del derecho humano de respeto a la propiedad y a la autonomía de la voluntad en la celebración de los contratos, favoreciendo los propósitos de la burguesía y del capitalismo crecientes.¹⁶

En los últimos años del siglo xvi el absolutismo de los reyes era indiscutible, e inclusive el derecho natural, teóricamente existente, no hallaba potencia alguna que lo defendiera. La Escuela Española del siglo xvi, representada fundamentalmente por Francisco Suárez y su obra *Tratado de las leyes y del dios legislador*, se conservó dentro del pensamiento tradicional de la Iglesia católica. Suárez reconocía la soberanía originaria del pueblo, pero sostenía que éste podía transmitirla a un príncipe, el cual, sin embargo, no sería absoluto, sino que estaría debajo de la ley de Dios y de la natural.¹⁷

El representante moderno de la doctrina de la soberanía del príncipe fue el autor del *Leviatán*, Tomás Hobbes, quien convencido de la imposibilidad de la democracia debido a la naturaleza humana —fue el autor de la frase “el hombre es el lobo del hombre”— y de que la división del poder entre el parlamento y el monarca conducía al predominio de uno o bien a la guerra civil, llegó a la conclusión de que el mejor gobierno era el de una persona.

Negó la existencia de un derecho absolutamente justo, universal e inmutable, y afirmó que el estado de naturaleza es una guerra de todos contra todos y por ello, los hombres, en una solución utilitarista, para conservar la existencia por medio de una convivencia pacífica, formaron la sociedad civil, y para evitar que en ésta pudieran los hombres aprovechar impunemente las oportunidades de apoderarse de lo ajeno, crearon un poder absoluto y perpetuo, al que cada ser humano transmitía su derecho natural, correspondiéndole el mantenimiento de la paz, dictando las normas que estimaba adecuadas para ese fin. Hobbes se encontró así en un positivismo estatista.¹⁸

Jellinek señala a Hobbes como quien dio al concepto de la soberanía un sentido claramente absolutista, sin buscar su contenido en lo exterior sino en el fin mismo del Estado. Tratando de hacerlo derivar de ese fin dio al soberano las mismas propiedades fundamentales que daba la teoría inglesa al monarca, y así para él, cualquier separación de un derecho de los que constituyen la soberanía, así como toda traslación de este derecho a una persona distinta del titular del *summum imperium*,

¹⁶ De la Cueva. *Estudio...*, pp. 16 y 20.

¹⁷ De la Cueva. *Estudio...*, pp. 20 y 21.

¹⁸ De la Cueva. *Estudio...*, pp. 20-23.

sería una acción destructora del Estado. Cualquier poder de algún cuerpo político distinto del Estado era creación del poder soberano y por tanto estaba sometido a éste. “Todos los impulsos, pues, por llegar a dar al concepto de soberanía un contenido positivo, se refieren al poder del Estado, el cual es identificado con el *summum imperium*.”¹⁹

Otro inglés, John Locke, rechazó la postura de Hobbes de la monarquía absoluta y de la soberanía del príncipe, sin llegar tampoco a dar la soberanía al pueblo; debe considerársele más bien de los iniciadores de la soberanía del parlamento. Distinguió las dos grandes funciones del poder: la creación de la ley, y su aplicación, siendo la primera, la legislativa, la básica y primaria, en tanto que la segunda, la ejecutiva o administrativa, era sólo el cumplimiento de la primera. Desde este punto de vista era el poder legislativo a quien correspondía la soberanía, y así, la naturaleza especial del Parlamento inglés, representante tan sólo de la nobleza y de las clases poseedoras, nos permiten concluir que Locke no pensó en la soberanía del pueblo con base en la idea de la representación. Sin embargo, no hay que dejar de mencionar que en Inglaterra las dos grandes funciones del poder estaban ya separadas: la creación de la ley correspondía al parlamento y su ejecución al rey.

Encontramos en la primera mitad del siglo XVIII a los teóricos del derecho natural, a los filósofos de la Ilustración, y al Despotismo Ilustrado. Los filósofos del derecho natural con Samuel Pufendorf como el más destacado, “. . . tomaron como punto de partida el principio de la soberanía originaria del pueblo, pero aceptaron la posibilidad de su delegación al príncipe”.²⁰ Pufendorf aceptó la idea del contrato de gobierno en el cual se entrega la soberanía al príncipe:

. . . la única regla de conducta es las normas de la razón natural . . . constituyen (éstas) los derechos naturales de los hombres. Para afirmar y asegurar estos derechos, los hombres deciden unirse en asociaciones políticas y crear un poder que obligue a todos a respetar los derechos de cada persona y que, a la vez, dicte las normas complementarias. En ese acto y no antes, es cuando se crea la soberanía, o lo que es igual, la soberanía nace en la persona del príncipe o de la asamblea gobernante elegida por los hombres, si bien se da la posibilidad de que el pueblo se constituya en soberano y se gobierne a sí mismo.²¹

De lo anterior puede concluirse que si bien esta corriente aceptaba la idea de la soberanía originaria del pueblo, al aceptar su delegabilidad

¹⁹ Jellinek. Ob. cit., pp. 377 y 378.

²⁰ De la Cueva. *Estudio*. . . , p. 25.

²¹ De la Cueva. *La idea de la soberanía*, en: *Estudios sobre el Decreto Constitucional de Apatzingán*, UNAM, México, 1964, p. 271.

en el monarca o en el parlamento, no se constituye en ninguna forma en partidaria de la democracia.

Los filósofos de la Ilustración, incluyendo a Voltaire, hablaron del derecho natural derivado de la razón y reclamaron de los reyes su respeto, pero no exigieron el reconocimiento de los derechos políticos, ni propusieron el derrocamiento de los monarcas.²²

Los enciclopedistas sostenían que la naturaleza de la soberanía consiste principalmente en el derecho de mandar a los miembros de la sociedad, y que este derecho debía ser la última instancia, de tal manera que todos los particulares estuvieran obligados a someterse sin que ninguno pudiera resistir. Era un derecho que podía delegarse en una o en varias personas, lo que daba lugar a una república o a una monarquía, tan soberana la una como la otra.

Como la soberanía reside originalmente en el pueblo y en cada particular con relación a sí mismo, resulta que es la transmisión y la reunión de los derechos de todos los particulares en la persona del soberano lo que le otorga su categoría y lo que verdaderamente produce la soberanía,

dice una parte de la definición que de soberanía hace *L'Encyclopédie*.²³ El llamado Despotismo Ilustrado está representado por los reyes Luis XIV de Francia, Federico el Grande de Prusia y Carlos III de España, siendo el más destacado entre ellos el rey de Prusia, autor del *Testamento Político de 1752*; sostenía que la soberanía es construida por los hombres y entregada por ellos al monarca que se eligen, siendo esta entrega total e irrevocable "... y además necesaria, porque los pueblos no poseen la aptitud requerida para gobernarse a sí mismos".²⁴ Federico el Grande sin embargo, quería ser un rey justo y se proponía la felicidad de los hombres y la grandeza del Estado.

En un ambiente aún dominado por el absolutismo y por el Despotismo Ilustrado, hizo aparición en la historia, y particularmente en la formación histórica de la idea de la soberanía, Juan Jacobo Rousseau, quien rompió con el pensamiento político de las edades media y moderna con sus obras: *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, el *Emilio* y el *Contrato Social*. Rousseau fue el iniciador de las ideas sobre la nueva democracia y la soberanía del pueblo; colocó al hombre real como la fuente y fin único del orden jurídico y, a diferencia de Aristóteles, Santo Tomás y el mismo Maquiavelo, que consideraban

²² De la Cueva. *Estudio...*, p. 25.

²³ De la Cueva. *La idea de la soberanía*, p. 272.

²⁴ De la Cueva. *Ob. cit.*, p. 273.

las tres formas clásicas de Estado: democracia, aristocracia y monarquía, como puras, consideró sólo a la primera como pura o justa para la vida social, haciéndola esencia humana, con categoría de derecho natural de todos los hombres.

En *El Emílio*, Rousseau expuso algunas de sus ideas: es preciso educar nuevamente a la humanidad y a los hombres, en virtud de que la civilización les ha desviado de su camino natural, con la finalidad de que resurjan sus auténticos sentimientos y valores.²⁵

Juan Jacobo había sido vencedor en el concurso de la Academia de Dijon de 1750, lo que produjo fuertes críticas en contra de ésta. En 1754 la Academia recibió un nuevo trabajo del ginebrino, intitulado *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, que constituía una severa crítica a la sociedad de su tiempo, y otorgó el premio al abate Talbert; el ensayo del autor de *El Emílio*, permaneció ignorado durante algún tiempo. Rousseau se propuso, dice Mario de la Cueva:

revelar la injusticia social y jurídica, consecuencia de un ordenamiento legal que estaba basado en privilegios, en favor de los nobles y de los ricos; su pensamiento fundamental estará dirigido al reconocimiento de la igualdad de los hombres frente al derecho.²⁶

Los primeros renglones del *Discurso* contienen el pensamiento de Rousseau acerca del origen de la desigualdad entre los hombres:

El primer hombre a quien, después de cercar un terreno, se le ocurrió decir: *esto es mío* y halló gentes bastante simples para creerlo, fue el verdadero fundador de la sociedad civil. ¡Cuántos crímenes, guerras y asesinatos; cuántas miserias y horrores habría evitado al género humano aquel que hubiese gritado a sus semejantes, arrancando las cadenas de la cerca o cubriendo el foso: guardaos de escuchar a este impostor; estáis perdidos si olvidáis que los frutos son de todos y la tierra de nadie!²⁷

El *Contrato Social* es una obra distinta del *Discurso*; éste es un ensayo descriptivo, en tanto que aquél es una de las grandes utopías de la historia política:

... es la visión de un soñador de la igualdad y de la libertad de los hombres, de un alma atormentada, que expresó en las páginas del libro la generosidad de su pensamiento y de su amor por la libertad, lo cual explica, a nuestro juicio, la influencia que ejerció sobre el mundo intelectual y

²⁵ De la Cueva. *Teoría del Estado*, p. 318.

²⁶ De la Cueva. Ob. cit., p. 319.

²⁷ Citado por De la Cueva en *La idea de la soberanía*, p. 277.

sobre la Revolución Francesa, así como también que fuese la fuente de inspiración de los insurgentes de América, particularmente de los hacedores de la primera guerra de independencia de Venezuela y del generalísimo Morelos. El *Contrato Social* es la gran utopía de la democracia, la misma que yace en el fondo del *Discurso en loor a los muertos de Pericles*, la utopía de la igualdad para la libertad y la convicción profunda de que la libertad no puede asegurarse por los príncipes, ni por los ejércitos, ni por los dictadores, sino únicamente por la igualdad política, esto es, por el *ciudadano*.²⁸

Dos ideas fundamentales se encuentran en el *Contrato Social*: la libertad y la igualdad de los hombres, y de ellas parte la construcción de su teoría de la soberanía. Los hombres son por naturaleza libres e iguales, pero la sociedad civil en que viven les ha privado de esas características. ¿Cómo es posible reorganizar a los pueblos para que imperen nuevamente la libertad y la igualdad? La respuesta del ginebrino es extraordinariamente clara:

El problema fundamental al cual da solución el contrato social, es encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común a la persona y bienes de cada asociado, y por la que cada cual, uniéndose a todos, no obedezca, sin embargo más que a sí mismo y permanezca tan libre como anteriormente.

La organización de la sociedad civil va a resultar de un acuerdo entre los hombres, los cuales quieren exactamente lo mismo, o sea la libertad y la igualdad. Esta unión de voluntades, este estar de acuerdo de todos los hombres es lo que constituye la *voluntad general*; en ella no puede darse discrepancia alguna, ya que ningún hombre puede dejar de querer la libertad, pues en ese caso perdería su esencia y se convertiría en objeto y en esclavo.

La voluntad general en la doctrina del autor del *Discurso*, es el poder supremo y único, o mejor, es el titular de la soberanía, lo que equivale a afirmar que es el pueblo el titular de la soberanía, conclusión que coloca a Rousseau en una posición francamente contraria al pensamiento de Hobbes, ya que niega los absolutismos y la justificación de cualquier poder sobre los hombres. De conformidad con las ideas de igualdad y de libertad, sólo el pueblo puede ser titular de la soberanía y por tanto, la democracia es la única forma de organización política compatible con la esencia de la naturaleza humana. "Si el poder pertenece esencial y originariamente al pueblo --escribe De la Cueva-- y si nadie puede adquirirlo, la democracia resulta ser una necesidad de la naturaleza humana."²⁹

²⁸ De la Cueva. *La idea de la soberanía*, pp. 278 y 279.

²⁹ De la Cueva. *Teoría del Estado*, p. 331.

Del pensamiento del ginebrino se pueden desprender los dos aspectos de la soberanía, externa e interna: la dimensión externa significa independencia de un pueblo frente a otros pueblos formados unos y otros por hombres libres y buscando todos la misma finalidad. Lo anterior no es sino la aplicación de los principios de libertad e igualdad al ámbito externo de la soberanía y rompe con la supuesta contradicción que se ha pretendido encontrar —y volveremos sobre el tema— entre la soberanía y el derecho internacional. En la dimensión interna, los hombres viven unidos buscando lograr el aseguramiento de un máximo de libertades en sus recíprocas relaciones,

... los hombres libres deciden su forma de gobierno que no puede ser otra que la democracia; y nombran a quienes van a dirigir la organización política, quienes actúan dirigidos por la voluntad del pueblo.³⁰

Los caracteres de la soberanía, de acuerdo con el pensamiento del autor de *El Emilio*, son congruentes una vez más con las ideas de igualdad y de libertad: la soberanía es una e indivisible, como consecuencia de la naturaleza de su titular, ya que sólo puede existir una voluntad general en un pueblo, y no puede ser de otra manera puesto que es el punto de convergencia de los querereres de todos los hombres. En segundo lugar, la soberanía es inalienable, ya que la voluntad, tanto la individual como la general, no puede enajenarse, pues ello sería contrario a la naturaleza misma del hombre. La soberanía es imprescriptible, característica que deriva de la circunstancia de que la voluntad es estrictamente personal y no puede renunciar a su libertad y a su igualdad.³¹ Respecto a esta tercera característica dice Mario de la Cueva, indudablemente el mejor expositor americano de las ideas de la soberanía:

...la doctrina rousseauiana tiene un alcance mayor del que aparece a primera vista: *la tradición no tiene derecho para pretender gobernar a las generaciones nuevas*; cada una de éstas posee la potestad soberana imprescriptible de configurar su mundo y decidir su destino. Una vez más se abre ante nosotros el sentido hondamente revolucionario del *Contrato*. *L'Ancien regime* y Ginebra tenían que quemar el libro, al igual que la Santa Inquisición de España.³²

Las conclusiones finales del pensamiento del autor de la *Nueva Eloísa*: proclama la libertad del hombre y la soberanía del pueblo como las bases fundamentales de una sociedad orientada a la realización de lo humano. El derecho y la organización política tienen que resultar de la voluntad gene-

³⁰ Jorge Carpizo. *La Constitución mexicana de 1917*, México, 1969, p. 208.

³¹ De la Cueva. *Teoría del Estado*, p. 331.

³² De la Cueva. *La idea de la soberanía*, p. 287.

ral de los hombres libres dirigida al aseguramiento de la libertad. Finalmente,

el orden jurídico es y sólo puede ser el que crean los hombres en ejercicio de su libertad y de la soberanía; cualquier otro orden normativo será un orden de poder, mas no un orden jurídico. Pero precisamente porque es creado por hombres libres, el orden jurídico tiene que fundarse en el binomio *hombre-persona*, pues si el hombre, en cuanto tal no fuese persona, esto es, *sujeto per se de la libertad*, los fines del cuerpo político y del orden jurídico desaparecerían, ya que para decirlo una vez más: *una sociedad humana no es ni puede ser una plantación de esclavos.*³³

En el siglo XIX, ante la imposibilidad de volver a sostener la soberanía del monarca, la burguesía en el poder recurrió a la idea de la soberanía del orden jurídico como medio para arrebatarla al pueblo, ya que así, los reyes conservaban su trono y la burguesía elevaba su estilo de vida a la categoría de un orden jurídico supremo, universal, absoluto y perpetuo, sancionándose así la enajenación del proletariado a la economía, concebida como un haz de leyes naturales inmovibles por las voluntades humanas.

El historicismo negó al derecho natural, arrebató su base y justificación a la doctrina de la soberanía del orden jurídico burgués, sosteniendo que el derecho es un producto histórico determinado por el espíritu de cada pueblo. Igualmente el positivismo, para el que el único conocimiento científico es el obtenido por la experiencia, declaró que el derecho es sólo el que vive cada comunidad humana y por tanto, la idea de un derecho universalmente válido proveniente de una divinidad o de la razón, resulta una especulación imposible.³⁴

Los filósofos políticos alemanes desempeñaron un papel muy importante en la ciencia política del siglo XIX. Jorge Guillermo Federico Hegel es el defensor de la realidad óptica y divina del Estado, así como el iniciador de la concepción idealista del mismo y de la idea de la *evolución*. Para él, las varias manifestaciones de la vida social, incluido el derecho, son producto de un proceso dinámico de evolución el cual adopta una forma dialéctica que consiste en una sucesión de tesis, antítesis y síntesis.

El espíritu humano establece una tesis, que se convierte en la idea rectora de una época determinada. Contra esa tesis se eleva una antítesis, y de la lucha de ambas ideas resulta una síntesis que tiene elementos de las dos y las concilia en un plano más elevado. Este proceso se repite en la historia una y otra vez.³⁵

³³ De la Cueva. *Estudio...*, pp. 29-30.

³⁴ De la Cueva. *Estudio...*, pp. 30 a 33.

³⁵ Edgar Bodenheimer. *Teoría del derecho*. Traducción de Vicente Herrero, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1964, p. 293.

Nos proponemos resumir en unas cuantas ideas, no el pensamiento hegeliano, pues ello rebasa las pretensiones de este estudio, sino algunas de sus ideas relacionadas fundamentalmente con el derecho, el Estado y la soberanía. La *Enciclopedia de la filosofía* comprende tres obras principales: “Lógica”, “Filosofía de la Naturaleza” y “Filosofía del Espíritu”; en esta última se ocupó de la moral, del derecho, de la ética, de la familia, de la sociedad y del Estado. Dentro de la explicación de la filosofía del espíritu, la tesis es el espíritu subjetivo, la antítesis el espíritu objetivo y la síntesis el espíritu absoluto. El estudio del hombre en las relaciones con los demás hombres y el análisis de la vida social se encuentra en la filosofía del espíritu objetivo; su primera manifestación, que constituye la tesis, es el derecho; la antítesis es la moral y la síntesis es la vida ética de la comunidad. En la ética continúa el proceso dialéctico y en ella, la tesis está constituida por la familia, la cual al escindirse en varias unidades origina la antítesis, que es la sociedad civil y la síntesis de las dos es el Estado, que resulta la manifestación suprema del espíritu objetivo.

*El Estado es la realidad de la idea ética; es el espíritu ético en cuanto voluntad manifiesta, claro por sí mismo, substancial, que se piensa y se conoce, y que cumple lo que él sabe y cómo lo sabe... El Estado, como la realidad de la voluntad substancial, que posee en la conciencia de sí la individualidad elevada a su universalidad, es lo racional en sí y por sí.*³⁶

Mario de la Cueva cita algunos párrafos de Hegel, para concluir que es el verdadero creador de la doctrina de la soberanía del Estado, “con el enterramiento de la democracia y del principio de la soberanía del pueblo”, produciéndose una nueva enajenación, aparentemente al Estado, “...pero, en verdad, a la divinidad, puesto que aquél es el espíritu tal como existe sobre la tierra”, que es un decidido y entusiasta defensor de la monarquía, y que con él se inicia la era de la *soberanía imperialista*. Funda la primera conclusión en las siguientes frases del filósofo alemán:

Sólo en el Estado tiene el hombre existencia racional... En el Estado la libertad se hace objetiva y se realiza positivamente... La educación debe enderezarse a que el individuo no siga siendo algo subjetivo, sino que se haga objetivo en el Estado... El hombre debe cuanto es al Estado. Sólo en éste tiene su esencia. Todo el valor que el hombre tiene, toda su realidad espiritual, la tiene mediante el Estado.

Sostiene *el maestro*, que Hegel es defensor de la monarquía, en virtud de que el filósofo de Berlín expresó que la personalidad del Estado sólo se

³⁶ De la Cueva. *Estudio...*, pp. 36 y 37. Consúltese también del mismo autor, *La teoría del Estado* ya citada, pp. 104 a 114.

hace real en el monarca y que un pueblo considerado sin él y sin la organización necesaria, es una multitud informe que no es Estado. La tercera afirmación del tratadista mexicano es deducida del examen del pensamiento hegeliano acerca de dimensión externa de la soberanía: “el Estado, expresión suprema del espíritu objetivo, al hacerse síntesis, se transforma en una tesis, a la que se oponen como antítesis todos los restantes estados de la tierra”. Aunque admite la posibilidad del derecho internacional y piensa que los tratados deben cumplirse, reserva al Estado la potestad de ir a la guerra “cuando juzgue, por sí y ante sí, que está empeñada su dignidad”. Finalmente, Hegel pensó que en cada época histórica el espíritu absoluto habla por labios de un pueblo, el cual, para cumplir el llamado de dios y objetivar el espíritu absoluto, tiene el deber de imponerse sin consideración a los demás.³⁷

El joven investigador mexicano Jorge Carpizo parece estar de acuerdo en que para Hegel la soberanía reside en el Estado.

La soberanía, para Hegel, reside en el Estado. Al hablar de soberanía del pueblo y del monarca, no lo hace con la misma acepción que cuando habla de la soberanía del Estado. El Estado como voluntad divina, como la objetivación del espíritu divino, es el soberano; la organización real de la comunidad, compuesta de pueblo y monarca no son en realidad soberanos.

Sin embargo, opina en sentido diverso de Mario de la Cueva al afirmar que el pensamiento hegeliano no es absolutista, “... porque la comunidad no se puede regir por el capricho, sino por la ley”. Tampoco está de acuerdo en que el maestro de Berlín sea el iniciador del imperialismo, “... primero porque cada Estado es voluntad divina que no se puede subordinar, y segundo porque cada Estado debe ser autárquico”.³⁸

Creemos que es indiscutible la conclusión de que en Hegel la soberanía reside en el Estado. La afirmación de Carpizo en el sentido de que el filósofo berlinés no expresó un pensamiento absolutista en virtud de que la comunidad debe regirse por la ley, puede ser contradicha por la circunstancia de que la ley de que habla el autor de las *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, no es la norma creada por los hombres libres para asegurar su libertad, sino la que realiza el *fin de la totalidad*. La afirmación hegeliana de que el estado tiene la potestad de ir a la guerra cuando juzgue empeñada su dignidad, y la idea de que el espíritu absoluto habla por labios de un pueblo en cada época, el cual tiene que imponerse a los demás, nos lleva al convencimiento de que el pensamiento del filósofo alemán sí es el iniciador del imperialismo.

Otro de los más ilustres profesores alemanes es Jorge Jellinek, el maes-

³⁷ De la Cueva. *Estudio...*, pp. 37, 38 y 39.

³⁸ Jorge Carpizo. *Ob. cit.*, pp. 211 y 212.

tro de la Universidad de Heidelberg. Jellinek considera que la soberanía es un concepto jurídico formal. Respecto al problema de si la organización que garantiza el derecho está bajo éste o sobre el mismo, considera que es de los de más difícil solución en la doctrina general del Estado; aparentemente el Estado soberano no puede tener limitación jurídica alguna, sin embargo,

esta afirmación absoluta no se ha llevado nunca a su última consecuencia práctica. Si el Estado jurídicamente lo puede todo, podrá suprimir también el orden jurídico mismo, introducir la anarquía y hacerse a sí mismo imposible; y un pensamiento de esta naturaleza ha de desecharse; se sigue de aquí que el Estado encuentra una limitación jurídica en la existencia de un orden determinado. Puede ciertamente elegir el Estado la constitución que ha de tener, pero habrá de tener necesariamente alguna. La anarquía es una posibilidad en el terreno de los hechos, pero no una posibilidad en el reino del Derecho.

La propia anarquía de hecho —continúa Jellinek— sólo es posible como una situación transitoria. Los golpes de Estado y las evoluciones de la historia moderna jamás han anulado la totalidad de la situación jurídica, y la continuidad del Derecho no se ha roto mediante aquellos movimientos sino en algunos puntos, siquiera sean muy importantes. Aun en las propias luchas de los más altos poderes políticos para dar una forma nueva a las relaciones de la autoridad, sólo se ha llegado a una limitación o suspensión temporal de algunas partes concretas del orden jurídico, pero jamás a su total desaparición.

Es pues, esencial al Estado —prosigue el maestro de Heidelberg—, el poseer un orden jurídico, con el cual se niega por tanto, la doctrina del poder absoluto e ilimitado del Estado. No se encuentra éste sobre el derecho de suerte que pueda librarse del derecho mismo. Lo que depende de su poder, no es el de saber si el orden jurídico debe existir, sino sólo el cómo ha de organizarse.³⁹

Cuando el Estado promulga una ley, obliga a sus individuos, pero obliga también jurídicamente a la propia actividad del Estado al cumplimiento de la norma, no sólo en lo interior sino también en lo exterior, ya que el Estado vive en la comunidad internacional y se reconoce como obligado por el derecho internacional, sin hallarse por ello sometido a un poder superior, ya que el Estado está sometido jurídicamente por su propia voluntad.

Soberanía no indica ilimitabilidad sino tan sólo facultad de limitarse por sí mismo exclusivamente, y por tanto, la autolimitación del poder del Estado no obliga jurídicamente por poderes extraños, para instituir un orden dado

³⁹ Jellinek. Ob. cit., p. 389.

sobre la base del cual solamente la actividad del Estado adquiere un carácter jurídico.

La soberanía significa por tanto: “La propiedad del poder de un estado, en virtud de la cual corresponde exclusivamente a éste la capacidad de determinarse jurídicamente y obligarse a sí mismo.”⁴⁰

Según Jellinek, el concepto de soberanía es meramente formal, y de él no puede deducirse nada respecto al contenido del poder del Estado, sino que éste cambia con la historia, aun cuando se diga que existe un grupo de atribuciones que se presentan con constancia y relativa regularidad en las diversas épocas.⁴¹

El autor de la *Teoría general del Estado* considera que la soberanía no es nota esencial del poder del Estado. Argumenta que, por ejemplo, el Estado de la Edad Media no era aún soberano y que sin embargo sí era Estado; que tampoco ha sido nota esencial ni en aquellos estados de la época del florecimiento del dogma del derecho natural. Por lo que se refiere a la identidad entre Estado y poder soberano, el maestro alemán piensa que “... la nota esencial de un Estado es la existencia de un poder del mismo. Este poder no puede derivarse de otro ninguno, sino que tiene que proceder de sí mismo y según su propio derecho”.⁴²

En resumen, para Jellinek, la soberanía es la capacidad para determinarse de un modo autónomo jurídicamente; el Estado soberano es el único que puede, dentro de las limitaciones jurídicas que a sí mismo se impone, ordenar libremente su campo de actividad. Por otra parte, el reconocimiento del Estado como una unidad se traduce en la indivisibilidad de la soberanía, misma también que no puede aumentarse ni disminuirse. Admite, en consecuencia, la existencia de Estados no soberanos y de Estados que denomina semisoberanos; el Estado no soberano ostenta un poder de derecho sobre lo que es de su competencia, pero este poder tiene su límite en el derecho de las comunidades superiores a él, lo que no puede admitirse en un Estado soberano. La soberanía, como cualidad del poder del Estado, tiene una doble dimensión, negativa y positiva: en su aspecto o dimensión negativa, la soberanía expresa la independencia del poder, y en su dimensión positiva significa la potestad del Estado de dictar una constitución y determinar el contenido del derecho, el cual a su vez es necesario para el Estado, pues sin él se produciría la anarquía.

Respecto al problema del titular de la soberanía, o sea, el titular de la potestad de dictar la constitución y determinar por tanto el contenido del orden jurídico, el maestro de Heidelberg parte de su definición de

⁴⁰ Jellinek. Ob. cit., p. 392.

⁴¹ Jellinek. Ob. cit., p. 395.

⁴² Jellinek. Ob. cit., p. 399.

Estado: “es una corporación territorial dotada de un poder de mando originario” y de la distinción entre el mismo y sus elementos u órganos. La soberanía como cualidad del poder del Estado, no pertenece a ninguno de los elementos que lo integran, sino necesariamente a él mismo. Una corporación, en este caso el Estado, es una voluntad colectiva que requiere órganos de expresión, que son los órganos del Estado, los cuales no se pueden confundir con la corporación misma, pues ésta es una unidad. Esta voluntad corporativa puede ser expresada por el monarca, por el parlamento o por el pueblo, sin que ello cambie la esencia de la corporación. Soberanía también es distinta del poder público; aquélla es la facultad del Estado de autoorganizarse y es un concepto formal, en tanto que éste está integrado por las atribuciones que corresponden al Estado, y será precisamente éste, quien en ejercicio de la soberanía determinará quiénes o qué órganos serán los titulares del poder público. De lo anterior se derivan dos consecuencias: la soberanía es una cualidad permanente del poder del Estado y es invariable; el contenido del ordenamiento jurídico varía de acuerdo con las circunstancias históricas, sociales, económicas, etcétera. Por otra parte, los órganos del Estado están incondicionalmente subordinados al derecho porque su existencia y atribuciones no dependen de ellos, sino del Estado mismo como poder soberano.⁴³

Para Felipe Tena Ramírez, la evolución histórica de la soberanía culminó al localizar al Estado como titular del poder soberano,

... con el fin de esquivar de este modo la peligrosa consecuencia a que llegó la doctrina revolucionaria cuando trasladó al pueblo el absolutismo del príncipe. El Estado, como personificación jurídica de la nación, es susceptible de organizarse jurídicamente. Mas como el Estado es una ficción, cabe preguntarse quién ejerce de hecho la soberanía. Toda la doctrina europea moderna insiste en que el sujeto de la soberanía es el Estado, pero fatalmente llega a la consecuencia de que tal poder tiene que ser ejercido por los órganos.⁴⁴

En verdad —dice párrafos adelante el constitucionalista mexicano—, la realidad consiste en que un reducido número de personas físicas, son las detentadoras del poder llamado “soberano”, ejercido sobre una inmensa mayoría. El mismo autor lamenta que ante esta realidad haya resultado estéril el esfuerzo de Jellinek de precisar la distinción entre soberanía del Estado y soberanía del órgano, con la que pretendió evitar la dictadura del gobernante, después de que, parece decir temiendo a la democracia, “... aquella teoría había cumplido su misión de salvar el derecho de la dictadura anárquica del pueblo”.⁴⁵

⁴³ De la Cueva. *Teoría del Estado*, pp. 338 a 347.

⁴⁴ Felipe Tena Ramírez. *Derecho constitucional mexicano*, México, 1970, p. 7.

⁴⁵ Tena Ramírez. *Ob. cit.*, p. 8.

No estamos de acuerdo con Tena Ramírez porque, al denominar “doctrina europea” aquella que da la soberanía al Estado, ignora todo el sector de la doctrina que apoya la soberanía del pueblo. Por otra parte, de los párrafos anteriores parece desprenderse un repudio a la doctrina de la soberanía del pueblo y a la democracia misma, así como la atribución de ésta al Estado. Estas mismas observaciones, inclusive una preferencia por la monarquía, se desprenden del pensamiento de Jorge Jellinek.

Mario de la Cueva hace la crítica del pensamiento del teórico alemán del Estado en los siguientes términos: la distinción entre soberanía del Estado y supremacía del órgano se presenta como contradictoria, ya que la soberanía como potestad de autoorganización exige que el Estado se exprese, y ello sólo es posible a través del órgano supremo, el que a su vez no puede existir sin una determinación previa del propio Estado, por lo que deben necesariamente coexistir, y si esta coexistencia se da, la diferencia entre soberanía del Estado y supremacía del órgano desaparece.

El que la persona sea una categoría jurídica, determinada libremente por el Estado, niega al hombre, por el hecho de serlo, la calidad de persona y conduce a arbitrariedades. La declaración de las circunstancias sociales o económicas implica el reconocimiento de que pueda ser justo o injusto, conservándose empero, igualmente válido, y puede conducir a regímenes de poder arbitrario. Jellinek trata de justificar la crítica anterior afirmando que el derecho sólo puede darse entre hombres libres, pero como los hombres no son considerados libres ni personas por el solo hecho de ser hombres, ¿cómo podrán existir como personas antes de que el Estado jurídicamente las determine? ⁴⁶

Una de las primeras y más interesantes críticas a la idea de la soberanía está constituida por la doctrina del jefe de la Escuela de Viena, Hans Kelsen. El profesor austriaco procuró, como primer paso, llegar a obtener la pureza del método jurídico, consistente en apartar cuidadosamente todo ingrediente que no fuera estrictamente jurídico, resolviendo para ello que lo jurídico es la forma y no el contenido de los mandamientos. Parte de la distinción kantiana entre el mundo del ser y el mundo del deber ser, que como categorías o formas de conocimiento, son lógicamente irreductibles la una de la otra. Así es como se distinguen las ciencias de la naturaleza o del ser, de las ciencias normativas o del deber ser. Las leyes de la naturaleza o del ser, expresan una relación necesaria entre los fenómenos reales, en tanto que las normas que señalan un deber ser, son independientes de su cumplimiento. La ciencia del derecho es precisamente de carácter normativo, por no ser su propósito la explicación de fenómenos naturales, sino que su objeto es: normas que indican deberes con independencia de su efectivo cumplimiento,

⁴⁶ De la Cueva. *Estudio...*, pp. 39 a 43.

dirigidas a regir efectivamente la conducta de los hombres, siendo esto lo que se llama derecho positivo.

Para Kelsen todos los fenómenos de la naturaleza se expresan y relacionan hasta constituir una unidad cuya base es la ley de causa a efecto, es decir: el principio de causalidad. Lo mismo sucede en el campo del derecho, en cada orden jurídico parcial: cada norma, para formar parte de un orden jurídico positivo, tiene que derivar formalmente de otra más general o superior, y así sucesivamente hasta llegar a la más general llamada constitución, y esto es lo que se denomina principio de validez de las normas jurídicas.⁴⁷ Ahora bien, ¿cuál es para Kelsen la norma que da validez a la constitución? El profesor austriaco responde:

Si inquirimos por qué la constitución es válida, tal vez encontremos su fundamento de validez en otra constitución más antigua. Llegaremos finalmente a una constitución que es históricamente la primera y que fue establecida por algún usurpador o por alguna especie de asamblea. La validez de esta primera constitución es el supuesto último, postulado final de donde depende la validez de todas las normas de nuestro sistema jurídico. Se prescribe que uno debe conducirse en la forma que lo ordenaron el individuo o los individuos que establecieron la primera constitución. Ésta es la norma fundamental del orden jurídico en cuestión. El documento que encierra la primera constitución es una constitución verdadera, una norma obligatoria, sólo a condición de que la norma básica se suponga válida. Las declaraciones de aquellos a quienes la constitución confiere el poder de crear normas obligatorias, sólo son posibles sobre la base de tal supuesto.⁴⁸

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, encontramos dos normas básicas: la primera, la constitución positiva, la establecida por un usurpador o por alguna especie de asamblea; la segunda, la norma hipotética fundamental, cuya función consiste en otorgar validez a esa constitución y ella es válida porque se supone que lo es, y porque sin ella, ningún acto jurídico humano podría ser interpretado como acto creador de normas jurídicas.⁴⁹

De acuerdo con esta teoría, es objeto de la ciencia del derecho, no el hombre ser físico-biológico, sino la persona,

... el hombre —dice el profesor vienés— (que es un objeto esencialmente distinto del derecho, el hombre de la biología y la psicología) no está, en realidad, en tal relación con el derecho, que pudiese ser objeto de la

⁴⁷ De la Cueva. *Estudio...*, pp. 44 a 46.

⁴⁸ Hans Kelsen. *Teoría general del derecho y del Estado*. Traducción de Eduardo García Máynez, México, 1949, pp. 118 y 119.

⁴⁹ De la Cueva. *Estudio...*, p. 47.

ciencia jurídica. El objeto de la ciencia jurídica no es el hombre, sino la persona. Y la distinción entre hombre y persona constituye uno de los conocimientos metódicos más importantes de dicha ciencia.

Agrega más adelante: “si bien el hombre es persona, no por eso la persona es el hombre”,⁵⁰ toda vez que además de las “personas físicas” existen las “personas jurídicas”, pero en todo caso, lo único que puede decirse, es que la conducta humana constituye el contenido del orden jurídico.

Si el hombre ha de ser objeto del conocimiento jurídico, tiene que diluirse en el derecho. Pero lo que el orden jurídico se apropia no es todo el hombre, no es el hombre en cuanto tal, es decir, la unidad específica de la biología y la psicología con todas sus funciones; sólo algunas acciones humanas particulares, a algunas de las cuales se les designa negativamente como “omisiones”, son las que hallan entrada en la ley jurídica como condiciones o consecuencias. Lo mismo que todo contenido, la conducta humana sólo puede ser objeto de la ciencia del derecho en cuanto contenido de la proposición jurídica⁵¹ y más concretamente, de un deber o de una facultad.

La norma jurídica puede referirse al deber o a la facultad, bien al hombre autor de la conducta, bien al grupo en cuya representación actúa, o a los bienes que constituyen la fundación, pero en las tres hipótesis, lo único que considera la ciencia del derecho es la norma jurídica y nunca al hombre, al grupo social o a los bienes;

desde este punto de vista y en resumen: la persona es un punto central de imputación normativa, cuya determinación corresponde al orden jurídico.⁵²

Kelsen considera que

... la persona jurídica es únicamente la expresión de la unidad de un orden jurídico parcial, cuya validez procede de un orden complejo que abarca a él y a todos los restantes órdenes parciales, o con otras palabras: mientras la voluntad de la persona jurídica —la persona “jurídica” como voluntad— tiene sobre sí una voluntad “superior” a la cual está subordinada la de esta persona jurídica y la de todas las demás personas, de la cual deriva jurídicamente la voluntad de todas ellas, la persona no representa una relación definitiva, sino meramente provisional de unidad; no es un punto último sino un punto intermedio de la imputación. Como punto último de la imputación se acepta, en principio, la persona del Estado.⁵³

⁵⁰ Hans Kelsen. *Teoría general del Estado*. Traducción de Luis Legaz Lacambra, Editorial Labor, 1934, p. 82.

⁵¹ Kelsen. *Teoría general del Estado*, p. 83.

⁵² De la Cueva. *Estudio...*, p. 48.

⁵³ Kelsen. *Teoría general del Estado*, p. 93.

En consecuencia, y de acuerdo con lo expuesto, el Estado es la personificación del orden jurídico contenido en la constitución, ya que ella engloba todos los órdenes jurídicos parciales y determina cuáles acciones deben referirse a la nación.

En estas condiciones, el problema tradicional de la soberanía desaparece, pues ésta deja de ser el poder del príncipe o de la asamblea para dictar el derecho a los hombres y se transforma en una cualidad del orden jurídico personificado en el Estado, orden jurídico supremo al cual están incondicionalmente subordinados los hombres y que es precisamente la constitución impuesta por “un usurpador” o por “una especie de asamblea”.⁵⁴

La doctrina del jefe de la Escuela de Viena ha recibido varias críticas. Hermann Heller acepta que la tesis kelseniana constituye una de las más importantes corrientes contrarias a la idea de la soberanía.

El proceso de degeneración del concepto de soberanía se consumó en nuestros días con la despersonalización y vaciamiento totales del Estado, que aparece en los escritos de Krabbe y de Kelsen. En ellos se encuentra el fin de la historia de aquella utopía immanente que, contemplada desde un punto de vista teológico, se presenta como un tránsito que va del teísmo, pasando sobre el deísmo, a una idea immanente que se realiza en el mundo de los hombres, pero, considerada desde un punto de vista jurídico, concluye en la tesis de la imperatividad de un orden jurídico en cuya formación los hombres no tienen ninguna intervención.⁵⁵

El autor de la *Teoría del Estado* afirma que nunca se había llegado tan radicalmente a la despersonalización del mundo de lo jurídico, ni se había tampoco negado,

con idéntica radicalidad, el problema fundamental de toda ciencia normativa, que es la cuestión relativa a la relación entre norma y personalidad. Según Kelsen, cada persona es únicamente la personificación ficticia de un sistema de normas, tesis de la que se deduce necesariamente la identidad entre Estado y orden jurídico. Para quien adopte esta posición en la mecánica de la personificación, tiene que aparecer absolutamente claro que ninguna voluntad puede tener autoridad jurídica, de lo que a su vez se desprende que solamente el orden jurídico puede ser soberano.⁵⁶

La pretensión de Kelsen de ser un positivista puro, lo conduce a la afirmación de la posibilidad del Estado de derecho, “independientemente

⁵⁴ De la Cueva. *Estudio...*, pp. 48 y 49.

⁵⁵ Hermann Heller. *La soberanía*. Traducción de Mario de la Cueva, México, 1965, p. 89.

⁵⁶ Heller. *Ob. cit.*, p. 90.

del contenido ético, político y social de que se le dote y a la concepción del derecho como una forma susceptible de recibir cualquier contenido".⁵⁷ Lo anterior es de consecuencias éticas muy graves, ya que conduce a un amoralismo político y jurídico; por otra parte, la disociación del concepto hombre-persona, conduce a la negación de los valores humanos, ya que no considera al hombre, como tal, titular de valores éticos y jurídicos, lo cual resulta inadmisibles considerando que el hombre es la única criatura racional que se conoce. La disolución del Estado en el derecho y la atribución de la soberanía al orden jurídico, es la antítesis de la democracia y un aspecto de la negación de los valores de la persona humana; "... el logicismo kelseniano es un razonamiento puro, que lo mismo puede ponerse al servicio del hombre que al de los dueños de esclavos".⁵⁸

Por otra parte, si la misión del jurista ha de limitarse a determinar cuáles son las normas que forman parte del orden creado por un usurpador o por una especie de asamblea, y no pertenece al jurista juzgar de la validez axiológica del derecho, habría que dejar el estudio del contenido del mismo a la sociología, la economía y la historia, siendo lo jurídico una simple forma sin entrar en contacto con la realidad para no manchar la pureza formal de su método; desde este punto de vista, la teoría pura del derecho significa una fuga ante la vida. Hermann Heller ha señalado que las reglas de conducta se dirigen a la razón, a la conciencia o a la voluntad, y sólo a ellas pueden referirse porque no se pueden dar órdenes a las cosas, a los pensamientos como tales o a las formas puras; la teoría pura del derecho, agrega, confunde la validez lógica de los juicios y la validez jurídica de las normas que efectivamente cumplen los hombres en la vida social.

Los expositores de las nuevas ideas negaron que la unidad de un sistema jurídico tuviera necesariamente que explicarse como la expresión de un orden de poder soberano, esto es, como el correlato de un sistema de actos de voluntad; pero con esta solución y como una consecuencia ineludible, se confundieron dos cuestiones diversas: la validez lógica con la validez jurídica y la unidad lógica con la unidad jurídica. Kelsen, que en este punto es el continuador consecuente de las tendencias de la ciencia jurídica contemporánea, ve en la unidad del sistema un simple producto de su normativismo logicista, independiente de la sociología y de la ética.⁵⁹

Dentro de la concepción kelseniana no es posible admitir la existencia de una voluntad estatal contradictoria consigo misma, pues ello equi-

⁵⁷ Heller. Ob. cit., p. 91.

⁵⁸ De la Cueva. *Estudio...*, pp. 54 y 55.

⁵⁹ Heller. Ob. cit., pp. 185 y 186. En este mismo sentido: De la Cueva. "Estudio preliminar", pp. 50 y 51.

valdría a la existencia de un injusto estatal y “a la negación de la ciencia del derecho”; es decir, el Estado constituye un sistema de normas jurídicas carente de contradicciones y la unidad estatal una totalidad lógica. Las conclusiones de la teoría kelseniana resultan inadmisibles; al respecto nos dice Hermann Heller con una extraordinaria claridad:

la unidad de un sistema jurídico puede únicamente entenderse como manifestación de una voluntad de poder unitaria; ninguna voluntad de poder, sea individual, sea colectiva, puede equipararse a un libro absolutamente sabio y prudente; por lo contrario, es una individualidad en la que necesariamente se dan muchas contradicciones,

y agrega el autor de la *Teoría del Estado*, que si bien cada orden de poder, como sistema jerárquico de unificación de voluntades, exige una ausencia de contradicciones en su vértice, “. . . esta unidad ha de entenderse en el sentido de que, en ocasión de cada uno de los problemas concretos de que conozca, tiene que dar una interpretación única”, ya que en cualquier orden se encuentran siempre algunas contradicciones que sin embargo no afectan en lo esencial al orden de poder entendido como una totalidad.⁶⁰ Así pues, la validez lógica de los juicios y la validez jurídica de las normas, son dos conceptos distintos; si se deja a un lado el derecho natural y se parte del derecho positivo como el ordenamiento que efectivamente cumplen los hombres, resulta que el conjunto de normas que éstos viven, es un *ser*. Por otra parte, la necesidad, aun en Kelsen, de un grado más o menos alto de efectividad del orden jurídico hace imposible una gran separación entre el ser y el deber ser. Mario de la Cueva realiza una interesante crítica del pensamiento kelseniano:

Cuando se habla del derecho positivo como un deber ser, se olvida frecuentemente que una cosa es el orden jurídico como totalidad y otra cada una de las normas que lo constituyen: éstas, sin género alguno de duda, pueden violarse o dejar de aplicarse, sin dejar por ello de formar parte del orden jurídico; pero el problema es distinto cuando se trata de la violación o no aplicación del orden jurídico como totalidad, porque, o caemos en el caos y en la desaparición de la sociedad o en la substitución del orden jurídico violado o no aplicado por uno nuevo, dentro del cual volverá a darse el fenómeno de la violación de sus normas particulares. De lo expuesto se deduce que la existencia del derecho como orden positivo de una comunidad, no plantea ni requiere una justificación lógica, sino sólo una jurídica, por lo cual, como dice Hermann Heller, *la norma hipotética fundamental es absolutamente innecesaria*.⁶¹

⁶⁰ Heller. Ob. cit., pp. 186 y 187.

⁶¹ De la Cueva. *Estudio* . . . , pp. 51 y 52.

Finalmente puede afirmarse que Kelsen mismo rompe la pureza de su método y destruye su normatividad cuando al buscar la primera constitución llega a la norma impuesta por “un usurpador” o por “una especie de asamblea”, lo que equivale a otorgar la soberanía a quien impone la constitución, que es en última instancia una voluntad humana. “La afirmación kelseniana: sin esa suposición no podemos construir la teoría pura del derecho, lleva en sí misma su respuesta: tanto peor para la Teoría pura del derecho.”⁶²

Varios son los autores que han criticado el concepto de soberanía, entre quienes puede citarse a Preuss, para quien la idea del Estado de derecho está llamada a extirpar y a substituir, no sólo el concepto romántico de la soberanía, sino aun la palabra misma. Su concepción orgánica del mundo le hace afirmar que el Estado no es sino un eslabón en la gran cadena de los organismos y de las personas, como un miembro igual a los demás en la cadena de las comunidades humanas. El sindicalismo revolucionario adoptó también una actitud contraria al dogma de la soberanía, pretendiendo construir el mundo político sobre los sindicatos de trabajadores no centralizados.⁶³

León Duguit, el profesor de la Universidad de Burdeos, emprendió —al decir de Hermann Heller— la tarea de construir una teoría realista del Estado, sin Estado. Duguit pretende liberar a la ciencia del derecho de ingredientes metafísicos, y hacerla realista y positiva. Duguit encuentra como elementos en su estudio del Estado moderno, en primer lugar a la nación, que es el medio social en el que nace, se desarrolla y muere el Estado; en segundo lugar, el proceso de diferenciación entre gobernantes y gobernados, hecho que es el Estado mismo. Según el maestro de la Universidad de Burdeos, el que se justifica cuando es conforme al derecho que crean los gobernados, el cual es la ordenación que se desprende de la conducta real que los hombres observan en la comunidad política, es norma social que se eleva a regla de derecho mediante la conciencia de la masa de los individuos y su sentimiento de la justicia. El derecho, además, no es una creación del Estado, “existe fuera del Estado; la noción de derecho es totalmente independiente de la noción de Estado y la regla de derecho se impone al Estado como a los individuos”.⁶⁴ Finalmente, este orden jurídico impone principalmente deberes con la finalidad principal de dar satisfacción a las necesidades colectivas, mediante los servicios públicos, cuya teoría constituye otro de los elementos del Estado en el pensamiento de Duguit. En conclusión puede decirse respecto del pensamiento que brevemente hemos analizado, en relación

⁶² De la Cueva. *Estudio...*, pp. 52.

⁶³ Heller. *Ob. cit.*, pp. 93 y 94.

⁶⁴ Leon Duguit. *Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 33.

con el problema de la soberanía, que la creencia de una potencia estatal no corresponde a nada real y está en vías de desaparecer.⁶⁵

El marxismo no realizó estudios particulares sobre el problema de la soberanía, a pesar de que afecta directamente a la teoría de la dictadura del proletariado. Según Heller, el marxismo niega al concepto de soberanía en virtud de su ideal de un orden natural impersonal, libre de toda dominación. Esta misma concepción de orden natural impersonal y objetivo se encuentra en casi todos los anarco-sindicalistas; Bakunin por ejemplo, sostenía que únicamente la ley debe mandar sobre los hombres; que la potestad legislativa corresponde a la razón y que la justicia y la legalidad son tan independientes de la voluntad como las verdaderas matemáticas.⁶⁶

Uno de los grandes expositores y defensores de la idea de la soberanía es Hermann Heller. En su obra *La soberanía* se encuentran diversos conceptos sobre la misma que, sin embargo, nunca son contradictorios, sino que permiten conocer su pensamiento en relación con varios problemas del derecho y del Estado en relación con la soberanía.

El profesor alemán trata de ser realista y de eliminar de sus conclusiones las “abstracciones” y las “ficciones”. Todo su pensamiento trata de estar conectado a la realidad y por ello es que constituye una de las más importantes críticas en contra del pensamiento del profesor austriaco Hans Kelsen. Para Heller, los problemas jurídicos deben ser estudiados no sólo desde los puntos de vista causal y normativo, sino también en la esfera de lo ético-político. La voluntad es uno de los conceptos de mayor importancia en las explicaciones del maestro alemán. El poder no es sino una relación de dos voluntades, es la motivación de una voluntad por otra, por lo que no puede haber un poder sobre las cosas; el poder puede ejercitarse únicamente por mediación de una voluntad. Para un orden de poder, la existencia de un titular,

de una unidad decisoria permanente, universal y efectiva, constituye una característica esencial, siendo indiferente que esta unidad de poder se componga de una sola voluntad o esté integrada por la unión de una pluralidad de voluntades.⁶⁷

Así, los mandamientos de los órganos del poder “están predeterminados por la manera especial de ser de la unidad decisoria individualizada”; ésta está formada por el cruzamiento y la combinación de las voluntades de los hombres. Por otra parte, el cumplimiento normal de los mandamientos resulta esencial para el orden como totalidad, lo que quiere

⁶⁵ Hermann Heller. Ob. cit., pp. 96 y 97. Confrontar también De la Cueva. *Teoría del Estado*, pp. 81 a 85.

⁶⁶ Heller. Ob. cit., pp. 97 y 98.

⁶⁷ Heller. Ob. cit., pp. 113 y 114.

decir, que si bien los mandamientos pueden ser incumplidos en forma singular, sin afectar la validez del orden total, el poder desaparecería si el orden como totalidad se incumpliera.⁶⁸

Un orden de poder debe decidir absolutamente todos los casos, cualquiera que sea el tiempo en que se presenten; el titular de éste puede imponer físicamente la conducta considerada normal y puede también, como unidad decisoria, determinar universal y permanentemente, para todas las voluntades, en qué consiste la normalidad de la conducta. “Llamamos soberana —dice Heller— a aquella unidad decisoria que no está subordinada a ninguna otra unidad decisoria universal y eficaz.”⁶⁹

Otro de los conceptos que Heller utiliza en la exposición de su pensamiento es el de *positividad*, o sea, el derecho en relación con una comunidad concreta. “Entendemos por derecho, un orden social establecido por la autoridad de la comunidad, a fin de limitar la conducta externa”, dice Heller y agrega:

Damos el nombre de validez del derecho a esta existencia de las normas jurídicas como una objetivación particular del espíritu. Pero el derecho posee validez, existencia social y realidad, únicamente dentro de una comunidad jurídica, en un tiempo y lugar determinados.⁷⁰

En el pensamiento anterior queda claro que el maestro alemán tiene un gran cuidado en no apartarse de la realidad y en no desarrollar su pensamiento sobre las nubes y crear con ello una utopía.

Heller distingue también entre normas jurídicas fundamentales y normas jurídicas positivas; sólo las últimas constituyen el derecho, pero no por eso las primeras no son de gran importancia, pues constituyen principios constructores del contenido del derecho, con una pretensión ética de validez. La certeza jurídica constituye el criterio para la distinción entre norma jurídica y norma jurídica fundamental, pues en tanto que en la primera hay una determinación y una individualización precisa, en la segunda faltan estas características. La determinabilidad del derecho presupone una unidad de decisión concreta e individual, que sólo puede darse en la figura de la voluntad humana, de manera que únicamente la individualidad dotada de voluntad puede transformar las normas jurídicas fundamentales en derecho positivo.

... todo derecho, es producto de una decisión de voluntad exteriorizada de alguna manera por un sujeto individual, el cual, a través de ese acto

⁶⁸ Heller. Ob. cit., pp. 117 y 118.

⁶⁹ Heller. Ob. cit., pp. 120 a 122.

⁷⁰ Heller. Ob. cit., pp. 127 y 128.

objetiva, en la forma de la norma, un contenido espiritual. La decisión volitiva debe crear un derecho que traduzca el sentido de las normas jurídicas fundamentales,

además, el derecho, “en su validez, positividad y existencia, es sustentado por la actividad voluntaria de los hombres”. En fin, para el autor de la *Teoría del Estado*,

la esencia de la soberanía consiste en la positivización de las normas jurídicas fundamentales, las cuales mediante ese acto, se transforman en las normas jurídicas, ya determinadas de la comunidad.⁷¹

Una de las cuestiones fundamentales en el desarrollo del pensamiento de Heller consiste en la determinación del sujeto de la soberanía, pues de las consideraciones que se han planteado anteriormente, se deduce sin género alguno de duda, la necesidad de encontrar un sujeto capaz de hacer positivas las normas jurídicas y, por tanto, “... de adoptar, cualesquiera que sean las circunstancias, decisiones valorativas”. Este sujeto debe ser de voluntad real, autoridad independiente y capaz de expedir normas jurídicas.⁷² Según el autor que venimos comentando, el concepto alemán de la soberanía del Estado no es sino una tergiversación del verdadero, que es el tradicional dilema: soberanía del pueblo o soberanía del príncipe, y aun en algunos autores, como Hegel, significa una reconciliación entre esas ideas. Un gran sector de la doctrina alemana atribuía la soberanía del Estado a la persona que ejerce el poder monárquico; otro sector, sin aceptar el derecho propio del monarca, reconocía que la titularidad del poder recaía en un órgano representativo del Estado como totalidad. Hermann Heller por su parte dice:

Cuando se afirma que el Estado es soberano, se quiere decir que el más alto poder decisorio corresponde al Estado como corporación y en manera alguna a un sujeto individual. De conformidad con estas ideas, el Estado es concebido como una unidad de voluntad, resultante de una pluralidad de voluntades, no subordinada a ninguna otra unidad política decisoria superior.⁷³

De la frase anterior se deduce indudablemente que, según el pensamiento helleriano, la soberanía reside en el pueblo, pues no es sino el pueblo quien puede ser la pluralidad de voluntades que da lugar a la unidad de voluntad que es el Estado; sólo el pueblo, como conjunto de hombres que es, puede dar lugar a una pluralidad de voluntades, ya

⁷¹ Heller. Ob. cit., pp. 131, 132 y 135.

⁷² Heller. Ob. cit., p. 145.

⁷³ Heller. Ob. cit., p. 164.

que precisamente es el hombre el único ser capaz de tener una voluntad y el pueblo es justamente una pluralidad de hombres.⁷⁴

Por otra parte, la unificación de las voluntades es posible en aplicación del principio mayoritario y la idea de la representación:

... estos dos elementos, a su vez, constituyen los medios técnicos a través de los cuales el pueblo, como unidad, domina al pueblo como pluralidad e integran, al mismo tiempo, el procedimiento que permite hacer del pueblo el sujeto de la soberanía. Pero el presupuesto indispensable de los dos postulados es la existencia real de la *volonté générale*; solamente ella puede inducir a la minoría a subordinarse a los representantes designados por la mayoría.⁷⁵

Una vez más aparece el realismo del pensamiento helleriano, a la vez que con una nítida claridad se pronuncia por el principio de la soberanía del pueblo, y por lo tanto, con el pensamiento democrático.

Heller explica que la unidad y plenitud de un sistema jurídico es resultante del hecho de que sea la expresión de una voluntad estatal soberana: "La unidad de un sistema jurídico es de naturaleza teleológica e histórico-social y descansa en la unidad de una voluntad valorativa soberana"; la unidad estática del orden jurídico se concibe así como expresión de una unidad de voluntad real soberana. De acuerdo con lo anterior, resulta perfectamente claro que aun cuando una norma determinada tenga la misma redacción en diferentes sistemas, tenga sin embargo significados diversos, pues en cada uno es resultado de una unidad de voluntad diversa. Además, la voluntad del Estado,

concebida como producto de la totalidad de las condiciones naturales y culturales de la vida estatal, no puede desprenderse, en su integridad, de los textos legales, especialmente si el legislador, en forma intencionada, delega en la *volonté générale* la determinación del contenido de ciertas normas.⁷⁶

Heller entra en el fondo del problema acerca de la naturaleza de la soberanía cuando dice que ésta es "la cualidad de la independencia absoluta de una unidad frente a cualquiera otra voluntad decisoria universal y efectiva".⁷⁷ El Estado, considerado como corporación o como resultante de una pluralidad de voluntades, según ha quedado expuesto en párrafos anteriores, está destinado a la satisfacción de las grandes

⁷⁴ En este sentido respecto del pensamiento de Hermann Heller encontramos a Jorge Carpizo. Ob. cit., p. 223.

⁷⁵ Heller. Ob. cit., p. 166.

⁷⁶ Heller. Op. cit., pp. 188, 191 y 192.

⁷⁷ Heller. Ob. cit., p. 197.

necesidades de la época moderna, entre ellas la seguridad jurídica, la conservación del orden y la coordinación de todos los actos sociales. Para esto, y en especial para servir mejor al principio de la seguridad jurídica, excluye la posibilidad de la autodefensa; por otra parte, centraliza la determinación de los casos en que podrá hacerse uso de la coacción sobre los habitantes de su territorio, o sea, según expresión de Max Weber: *El Estado toma para sí el monopolio de la coacción física*. La naturaleza de la soberanía debe buscarse en la posibilidad de imponer a todos los habitantes del territorio una decisión definitiva y efectiva, siempre que se trate de cuestiones que afecten a la cooperación social, y de hacerlo aun en contra del derecho, en los casos de necesidad. Si bien el Estado decide todos los conflictos en primer lugar con apoyo en las normas constitucionales, en virtud del principio de la seguridad jurídica, tiene que resolver conflictos aun sin apoyo de una norma vigente y aun en contra del derecho en los casos de necesidad, haciendo prevalecer el interés mayor sobre el menor. En fin, del pensamiento del maestro alemán puede deducirse que soberano es aquel que decide constitucionalmente, tanto en el estado de normalidad como en caso de emergencia, en caso de necesidad, *contra legem*. Concluye su pensamiento sobre la naturaleza de la soberanía diciendo que es “la expresión simbólica del acto de voluntad que constituye la instancia decisoria universal del derecho y del poder en un territorio determinado, y que es indisoluble en el derecho positivo”.⁷⁸

No podemos concluir el estudio del pensamiento de este profesor, que fue uno de los más grandes de la ciencia política de la primera mitad del siglo xx, y a reserva de volver a este autor al ocuparnos de la problemática de la soberanía y el derecho internacional, sin dejar precisado que para él, la soberanía es la cualidad esencial del Estado, y por tanto, sólo la unidad decisoria universal para un territorio, y consecuentemente soberana, constituye un Estado; cualquier otra entidad que no posea esta característica, científicamente no debe ser denominada Estado.⁷⁹

B. La soberanía y el derecho internacional

Uno de los temas más apasionantes, en relación con el estudio de la soberanía en el momento actual, es el que se refiere a su posición frente al derecho internacional. Al concluir la Primera Guerra Mundial muchos juristas vieron en la soberanía el mayor obstáculo para que los Estados

⁷⁸ Heller. Ob. cit., pp. 203 a 208.

⁷⁹ Heller. Ob. cit., pp. 214 y 221. Volveremos a ocuparnos de estos aspectos al ocuparnos del problema de la naturaleza del Estado federal.

y los pueblos respetaran el derecho internacional. De ahí surgió —como dice Mario de la Cueva— el nuevo dilema: *soberanía de los estados o derecho internacional*.⁸⁰

Algunos autores han negado que el derecho internacional tenga la categoría de derecho. Dice A. Truyol:

las doctrinas que niegan el carácter jurídico del derecho internacional no coinciden ni en cuanto su punto de partida, ni en cuanto a los argumentos que hacen valer. El solo denominador común que les une, es su conclusión negativa. Nosotros podemos sin embargo agruparlos en tres categorías, de las cuales la primera es la más radical. Ella niega en efecto que existan, o aun que puedan existir entre los estados, reglas de conducta obligatorias de la naturaleza que sea. En las relaciones entre estas dos, sólo la fuerza prevalecería, y eso que se llama “derecho internacional” no sería sino un instrumento de la política de fuerza, sin valor normativo. Las otras dos categorías, al contrario, admiten que las relaciones entre estados son sometidas a reglas de derecho. Los autores en cuestión deberán en consecuencia pronunciarse en cuanto a la calificación técnica de estas reglas: unos las reducirán a reglas morales o de simple cortesía internacional; otros, a reglas *sui generis* formando un sistema aparte.⁸¹

El mismo autor cita dentro de la primera corriente, la cual no es sino un aspecto particular de la reducción del derecho a la fuerza, al filósofo alemán Adolf Lasson, al sociólogo polaco Ludwig Gumplowicz y a los juristas suecos Anders Vilhem Lundstedt y Karl Olivecrona. Los autores que admiten que las relaciones entre Estados son sometidas a reglas de conducta obligatorias, pero reducidas a una moral internacional o *comitas gentium*, son, entre otros, John Austin, John Norton Pomeroy, I. K. Stephen, F. E. Smith y James Lorimer. Para estos autores, las reglas de derecho internacional constituyen leyes morales positivas a las cuales falta el carácter imperativo de las leyes propiamente dichas; es posible, sin embargo, que parte de esta moral positiva se transforme en derecho si un Estado o sus tribunales la adoptan y la sancionan, pero en este caso se tratará de un derecho estatal aplicado a las relaciones internacionales.⁸²

El jurista húngaro Félix Somló por su parte, no encuentra otra solución al problema que considerar al derecho internacional *sui generis*. Para él, el derecho de gentes no participa de las características esenciales de las reglas de derecho; sin embargo, las normas del derecho de gentes no participan de las normas morales, pues son heterónomas, mientras que la moral es autónoma, por ello las considera “una suerte particular de reglas hete-

⁸⁰ De la Cueva. *Estudio...*, p. 85.

⁸¹ A. Truyol. *Doctrines contemporaines du droit des gens*, París, 1951, p. 5.

⁸² A. Truyol. *Ob. cit.*, pp. 6 a 17.

rónomas de conducta” y propone llamarlas “normas internacionales o supranacionales”.⁸³

Otros autores sostienen teorías que, admitiendo la naturaleza jurídica del derecho de gentes, lo consideran como un derecho imperfecto, entre ellos Woodrow Wilson, Ernst Zitelman, Walter Burkhardt, Lautepacht. Para el primero, sus reglas ocupan un lugar intermedio entre el derecho y la moral, “... un dominio aparte, un punto de pasaje de la moral hacia el derecho”; para el segundo, de nacionalidad alemana, el derecho de gentes tiene defectos que lo hacen imperfecto, fundamentalmente los derechos de represalias y guerra, que legitiman el recurso de fuerza por el Estado lesionado y que terminan con el Estado de derecho; el tercero, suizo, niega que las normas del derecho internacional sean reglas positivas, por la inexistencia de una organización que las sostenga; finalmente, el inglés Lauterpacht quien compara al derecho de gentes con el derecho de las sociedades primitivas y piensa que es un derecho imperfecto en vías de transformarse en derecho desarrollado tal como el que existe en el interior del Estado.⁸⁴

Dentro de las doctrinas que reconocen la naturaleza jurídica del derecho internacional se encuentran fundamentalmente dos corrientes: el voluntarismo y el objetivismo.

En la doctrina voluntarista las reglas jurídicas son consideradas como un producto de la voluntad humana, y siendo los Estados los únicos sujetos de voluntad desde el punto de vista internacional, resulta que el derecho internacional se funda precisamente en el consentimiento de los Estados. Para Charles Rousseau existen dos teorías: la de la *autolimitación* de Jorge Jellinek, y la de la *voluntad colectiva* o *Vereinbarung*, sostenida por los profesores Triepel y Anzilotti, alemán el primero e italiano el segundo; esta última teoría estima que el derecho internacional nace de la fusión de una pluralidad de voluntades estatales en una voluntad común.⁸⁵ A. Truyol cita una teoría más dentro de la concepción voluntarista y que es la llamada “*del derecho estatal externo*”, sostenida por Max Wenzel, para quien el derecho de gentes no es sino la proyección hacia fuera del orden jurídico estatal. “Los acuerdos concluidos por el Estado reciben su fuerza obligatoria del hecho de su recepción en el derecho estatal del cual devienen parte integrante.”⁸⁶

La doctrina objetivista sitúa el origen del ordenamiento jurídico fuera del campo de la voluntad humana, bien en una norma fundamental de la que se deriven todas las reglas del derecho, bien en el hecho social

⁸³ Truyol. Ob. cit., pp. 20 y 21.

⁸⁴ Truyol. Ob. cit., pp. 27 a 31.

⁸⁵ Charles Rousseau. *Derecho internacional público*. Traducción de Fernando Giménez Artigues, Barcelona, 1966, p. 3.

⁸⁶ Truyol. Ob. cit., p. 37.

que se impone por sí mismo a los individuos. En la primera postura se encuentra la escuela austriaca de Kelsen y Verdross y en la segunda, Georges Scelle y Politis.⁸⁷

La determinación del derecho internacional, en el campo de lo jurídico, equivale a determinar las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, las cuales dependen en buena medida de la posición que se adopte respecto al fundamento mismo del derecho internacional, pues la concepción voluntarista conduce al dualismo, en tanto que el objetivismo supone necesariamente adhesión al monismo. El monismo a su vez, se encuentra dividido en dos posiciones: la que afirma la primacía del derecho interno, y la que afirma la supremacía del derecho internacional; esta última se subdivide en lo que podría llamarse un monismo internacionalista radical, representado por Scelle, y un monismo internacionalista moderado, representado por Alfred Verdross. Fundamentalmente el llamado internacionalismo radical, constituye una importante crítica contra la idea de la soberanía.

El dualismo ha sido expuesto precisamente por los profesores Triepel y Anzilotti. Esta concepción considera que el derecho internacional y el derecho interno son dos sistemas de derecho iguales, pero totalmente independientes; según Charles Rousseau, los partidarios del sistema dualista invocan dos clases de argumentos: por una parte, razones de principio, deducidas de la diversidad de las fuentes, pues el derecho interno tiene su origen en la voluntad unilateral del Estado, en tanto que el derecho internacional dimana de la voluntad común de varios Estados y de la diversidad de los sujetos, pues en tanto que las normas de derecho interno están destinadas a los individuos, en sus relaciones mutuas o con el Estado, las normas de derecho internacional tienen como sujetos a los Estados; por otra parte, se invocan razones de hecho, consistentes en las diferentes estructuras de los dos órganos jurídicos en virtud de que las instituciones destinadas a la realización coercitiva del derecho sólo existen permanentemente en el orden interno, así como también en el hecho de que las normas internas, internacionalmente irregulares, conserven su fuerza obligatoria en el orden interno. De acuerdo con lo anterior, no existe en ninguno de los dos sistemas jurídicos una norma obligatoria que emane del otro, a menos que haya habido un *reenvío con recepción*, que significa la transformación de la norma de un ordenamiento al otro. Ch. Rousseau cita la crítica de Scelle, en el sentido de que los dos ordenamientos son un producto de la vida social y desde ese punto de vista no hay diversidad de las fuentes; además de que, según Scelle, tampoco hay diversidad de los sujetos, en virtud de que el Estado, sujeto directo del derecho internacional según la concepción dualista,

⁸⁷ Ch. Rousseau. Ob. cit., p. 3.

no posee existencia fuera de los individuos gobernantes y gobernados que lo componen, "...siendo pues los gobernantes quienes, tanto en el orden interno como en el orden internacional son los verdaderos destinatarios de las normas jurídicas".⁸⁸

El monismo como se ha dicho, ha dado lugar a dos corrientes: el monismo con primacía del derecho interno, sostenida por los profesores alemanes Zorn, Erich Kaufmann y Max Wenzel, y por el profesor francés Decenciere-Ferrandiere. Estos autores se fundan principalmente en el hecho de que no existe una autoridad supraestatal y, por otra parte, en el hecho de que el único fundamento de las obligaciones de carácter internacional es constitucional y por tanto interno. El monismo con primacía del derecho internacional ha sido sostenido por la escuela austriaca de Hans Kelsen y por el francés Scelle. Para el primero, el sistema normativo es construido de acuerdo con el principio de subordinación, siendo el derecho internacional jerárquicamente superior; sin embargo, esta conclusión kelseniana ha sido obtenida por razones de orden práctico y no científico, pues la supremacía jerárquica de un orden u otro, dependerá del punto de partida elegido por su intérprete. Scelle por su parte, fundamenta la unidad del sistema jurídico sobre la unidad de los grupos que entran en relación.⁸⁹ Dentro de esta misma corriente monista existe empero una posición diferente llamada monismo internacionalista moderado, cuyo exponente es Alfred Verdross, quien acepta con la concepción dualista, que el derecho nacional contrario al internacional no es nulo automáticamente, sino que es obligatorio para las autoridades estatales; no acepta, por otra parte, que estos órdenes no tengan relación, sino que, en todo caso, la expedición de una norma nacional contraria al orden internacional no rompe la unidad del sistema porque puede ser combatida siguiendo los procedimientos del derecho internacional.⁹⁰

Los acontecimientos de la historia han sido de primordial importancia en cuanto a la preponderancia de una corriente o de las otras, sobre todo en los años que han transcurrido de este siglo. Los sucesos de la Primera Guerra Mundial fueron de tal manera importantes, que en los años posteriores, como hemos dicho en páginas atrás, numerosos autores replantearon el problema de la soberanía; sin embargo, los fundadores del derecho internacional: Francisco de Victoria y Hugo Grocio habían superado el dilema: *soberanía de los Estados o derecho internacional*, pues, como dice De la Cueva,

...de conformidad con su pensamiento, el orden jurídico constituye una unidad, bien porque fue creado por dios, bien porque fluye de la natura-

⁸⁸ Ch. Rousseau. Ob. cit., p. 11.

⁸⁹ Ch. Rousseau. Ob. cit., p. 13.

⁹⁰ De la Cueva. *Estudio...*, pp. 61 a 63.

leza racional del hombre; el derecho humano, en los dos pensadores, es la adaptación del derecho divino o natural a las circunstancias particulares de cada pueblo.

Por otra parte, el pensamiento de Rousseau,

... que funda el derecho en el hombre, lleva indefectiblemente a la tesis de la unidad de principios en las relaciones entre los ciudadanos de una misma nación y entre las naciones, pues *el hombre que aspira a ser igual de los demás para gozar de la libertad, no puede querer, al mismo tiempo, ser el amo o el esclavo de los hombres de otras naciones.*⁹¹

Estas concepciones de la soberanía no fueron las que provocaron el ataque de los pacifistas del siglo xx, sino que fueron aquellas que justificaron el imperialismo económico de la burguesía, imperialismo que, como el capitalismo en la vida interna, no respetó a nivel internacional norma de justicia alguna, ni siquiera los más elementales principios del sentido humano de la vida y de los derechos del hombre. Por otra parte, el positivismo estatista y la escuela de Marburgo con su tesis del derecho formalmente válido aunque materialmente fuere injusto, permitieron que los Estados no se sintieran ligados por los principios materiales de la justicia.⁹²

Las soluciones constitucionales han sido diversas, aunque es importante hacer notar que éstas dependen en buena medida de la época en que han sido expedidas, lo cual demuestra una vez más el papel preponderante de los sucesos históricos en el desenvolvimiento de la idea de la soberanía. El artículo sexto, párrafo segundo de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, establece la supremacía de la Constitución, de las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se promulgaren, y todos los tratados hechos, o que se hicieren bajo la autoridad de los Estados Unidos, quedando obligados los jueces de cada Estado a observarla, aun cuando hubiere alguna disposición contraria en la Constitución o en los códigos de los estados. Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia norteamericana sostuvieron que los tratados internacionales, una vez celebrados y aprobados por los Estados Unidos, se convierten en derecho interno adquiriendo en consecuencia la misma fuerza ejecutiva de éste así como las mismas condiciones de vigencia (es lo que se ha llamado el reenvío). De estos principios, según dice De la Cueva, la doctrina y la jurisprudencia infirieron "... que las leyes del Congreso pueden derogar los tratados y éstos a aquéllas, o lo que es igual, que en todos los casos prevalezcan las normas últimamente

⁹¹ De la Cueva. *Estudio...*, pp. 55 y 56.

⁹² De la Cueva. *Estudio...*, pp. 57.

expedidas”; o sea: *En cada caso, la última expresión de la voluntad soberana debe prevalecer*, según se dice en la ejecutoria de 13 de mayo de 1889, *Chae Chang Ping vs. United States*.⁹³

Nuevamente hacemos alusión a la Primera Guerra Mundial, pues precisamente después de ella fue que se iniciaron los esfuerzos por limitar y aun hacer desaparecer la idea de la soberanía, a fin de posibilitar una comunidad de pueblos libres, unidos por un derecho internacional y buscando entre otros fines el evitar una nueva guerra. Esta tendencia se ha manifestado en diversas formas, pero con el denominador común de la creación de organizaciones que agrupen a varios estados o aun con aspiración de agrupar a todos; algunas de estas organizaciones se han planteado efectivamente con aspiraciones universalistas, en tanto que otras se han limitado a planteamientos de carácter regional en diversas medidas. Entre las organizaciones internacionales con carácter universal encontramos en primer lugar a la Sociedad de las Naciones, constituida en el Tratado de Versalles y que es, a nuestro juicio, el primer ejemplo de organización nacida, como consecuencia de la guerra, con tendencia universal y con atribuciones importantes a nivel internacional y aun otras que podían afectar a los Estados miembros.⁹⁴

En el preámbulo del Tratado se decía que la Sociedad de las Naciones se instituía para “fomentar la cooperación entre las naciones y para garantizar la paz y la seguridad”, para lo cual era necesario

aceptar ciertos compromisos de no recurrir a la guerra; mantener a la luz del día las relaciones internacionales fundadas sobre la justicia y el honor; observar rigurosamente las prescripciones del derecho internacional, reconocidas de aquí en adelante como regla de conducta efectiva de los gobiernos; hacer que reine la justicia y respetar escrupulosamente todas las obligaciones de los tratados en las relaciones mutuas de los pueblos organizados.⁹⁵

Algunas constituciones de la primera y de la segunda postguerra, introdujeron claras referencias al derecho internacional; por ejemplo, el preámbulo de la Constitución francesa del 27 de octubre de 1946 y el

⁹³ De la Cueva. *Estudio...*, pp. 57 y 58.

⁹⁴ Entre las atribuciones de la S. de N., algunas pertenecían a la Asamblea y otras al Consejo, a la primera: admisión de nuevos miembros, elección de miembros no permanentes del Consejo, revisión de tratados y aprobación del presupuesto. Del segundo: preparación de los planes de reducción de armamentos, mantenimiento de la integridad territorial de los Estados miembros, control de la protección de las minorías, exclusión de los miembros que infrinjan las obligaciones del Pacto, etcétera. Otras atribuciones eran comunes a estos órganos, como las cuestiones que afectasen a la paz. Finalmente, otras atribuciones eran conjuntas, como cuando se trataba de aumentar el número de miembros o de nombrar Secretario General. Relación más detallada en la obra de Ch. Rousseau citada, p. 186.

⁹⁵ De la Cueva. *Estudio...*, p. 59.

artículo 211 de la Constitución birmana del 24 de septiembre de 1947, que hablan de aceptación, adopción o conformidad del Estado a las normas y principios del derecho internacional. Otras constituciones han ido más lejos al respecto; tal es el caso de la disposición contenida en el artículo 4º de la Constitución de Weimar de 11 de agosto de 1919: *Las reglas del derecho internacional generalmente reconocidas valen como normas obligatorias del derecho alemán*; de la contenida en el artículo 4º de la Constitución de Estonia de 15 de junio de 1920, así como también del artículo séptimo de la Constitución de la República Española de 9 de diciembre de 1931. Esta última decía: “El Estado español acatará las normas universales del derecho internacional, incorporándolas a su derecho positivo.” Estas disposiciones tienen, entre otras consecuencias, que las normas de derecho internacional queden protegidas por los mecanismos previstos en las propias cartas fundamentales, para el control de la constitucionalidad de los actos de sus respectivas autoridades.⁹⁶

La Segunda Guerra Mundial significó el fracaso de la Sociedad de las Naciones, pero ante la división del mundo en Oriente y Occidente, las potencias vencedoras y algunos otros pueblos, después de algunas declaraciones, constituyeron en la conferencia de San Francisco de 1945, la Organización de las Naciones Unidas. Esta organización se propuso, además de evitar las guerras, procurando la solución pacífica de las diferencias que surgieran entre los Estados, promover la cooperación entre los pueblos en la búsqueda de soluciones a los problemas sociales, económicos, culturales y humanitarios. Sin embargo, la estructura misma de la organización, en la cual, el Consejo de Seguridad es el órgano esencial, y la forma en que éste trabaja, hacen que su funcionamiento real se vea excesivamente influenciado por los cinco miembros permanentes que lo integran, y aunque el artículo 27 de la Carta establece que cada miembro tendrá un voto, la fracción tercera del mismo artículo dice que:

Las decisiones del Consejo de Seguridad sobre todas las demás cuestiones (las que no sean de procedimiento, es decir, las de fondo), serán tomadas por el voto afirmativo de siete miembros, incluso los votos afirmativos de todos los miembros permanentes,

lo que quiere decir que el voto negativo de cualquiera de los Estados, miembros permanentes del Consejo de Seguridad, será suficiente para evitar cualquier resolución de fondo de éste; ello ha dado lugar a la institución llamada *veto*, expresión que no figura en el texto de la Carta y que es la afirmación de la desigualdad internacional.⁹⁷

⁹⁶ Ch. Rousseau. Ob. cit., p. 18. De la Cueva. *Estudio...*, p. 59. De la Cueva. *Teoría del Estado*, pp. 355 y 356.

⁹⁷ De la Cueva. *Teoría del Estado*, p. 369. Ch. Rousseau. Ob. cit., p. 196.

Particularmente después de la Segunda Guerra Mundial, por razones de orden militar y económico, las organizaciones internacionales de carácter regional han proliferado. En el continente americano la principal organización es la llamada de Estados Americanos, constituida por la Carta de Bogotá de 30 de abril de 1948, en vigor desde el 13 de diciembre de 1951, agrupando la mayor parte de los Estados americanos, entre ellos México. Entre sus principios es importante citar el contenido en el inciso b) del artículo 3º de la Carta que dice:

El orden internacional está esencialmente constituido por el respeto a la personalidad, soberanía e independencia de los Estados y por el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional.

Entre los derechos y deberes fundamentales de los Estados, el artículo 9 de la Carta establece que:

Los estados son jurídicamente iguales, disfrutan de iguales derechos e igual capacidad para ejercerlos, y tienen iguales deberes. Los derechos de cada uno no dependen del poder de que dispongan para asegurar su ejercicio, sino del simple hecho de su existencia como persona del derecho internacional.⁹⁸

De las anteriores disposiciones puede afirmarse que la Carta de la Organización de Estados Americanos establece, como base de la existencia misma del derecho internacional, el principio de la soberanía de los Estados y además la igualdad jurídica entre los mismos. La misma Carta establece los principios de la no intervención y autodeterminación de los pueblos, así como la inviolabilidad del territorio, los que en la práctica, particularmente en los casos de Cuba y de la República Dominicana, no han sido respetados por la organización.

En Europa los organismos regionales son numerosos en el aspecto militar, en el cual los más importantes pueden considerarse a la Organización del Tratado del Atlántico Norte y a la Unión de Europa Occidental, de parte de los países occidentales; y la Organización del Pacto de Varsovia, de parte de los países socialistas. En el aspecto económico los países de Europa Occidental realizaron un primer ensayo de organización que pretendía ir más lejos que una simple unión internacional, con la constitución de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, que agrupa a Francia, Alemania, Italia y los países del BENELUX, y cuyos fines principales fueron: evitar una nueva guerra al poner bajo una administración común una de las más importantes causas de dis-

⁹⁸ Carta de la Organización de Estados Americanos.

cordia, como eran las industrias del carbón y del acero, así como lograr en forma más efectiva la reconstrucción de Europa Occidental. En 1958 estos mismos seis países iniciaron uno de los ensayos más importantes de unificación, no sólo económica sino también política, al constituir por dos tratados en Roma, las Comunidades Económicas Europea, y Europea de la Energía Atómica; en 1965, por el Tratado de Bruselas, quedaron fusionadas las instituciones de éstas comunidades y las de la del Carbón y el Acero. Con estas bases, estos seis países planteaban a largo plazo una posible unión política, a la cual invitan a los otros Estados europeos, y que vienen de aceptar Inglaterra, Dinamarca e Irlanda, que como un solo Estado logre un lugar preponderante en la economía y en la política mundial. Otros países de Europa Occidental han formado diversas organizaciones con fines preponderantemente económicos, que no es la ocasión de examinar aquí. Por lo que se refiere a los países de derecho socialista, la organización de fin económico más importante es sin duda el Consejo de Asistencia Económica Mutua o COMECON, creado en Moscú en enero de 1949; incluye como miembros a la Unión Soviética, Bulgaria, Hungría, Polonia, Rumania, Checoslovaquia, y agregándose posteriormente Albania, la República Democrática Alemana y más tarde aún, gracias a una revisión del estatuto en 1959, fue admitida la República Popular de Mongolia, a pesar de no ser europea.⁹⁹

En el continente americano debe citarse desde el punto de vista económico a la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, ALALC, constituida por el tratado de Montevideo de 18 de febrero de 1960, por Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguay, Perú y Uruguay, habiéndose adherido más tarde: Venezuela, Bolivia, Colombia y Ecuador. Es importante también el llamado Grupo Andino, establecido por el Pacto Andino y que agrupa a Colombia, Chile, Bolivia, Ecuador y Perú. Finalmente, las repúblicas centroamericanas de Guatemala, Honduras, El Salvador, Costa Rica y Nicaragua, constituyeron en 1958 el Mercado Común Centroamericano. Aunque es pronto para emitir un juicio acerca de las posibilidades de estas organizaciones desde los puntos de vista económico y político, en el momento actual parece evidente que las organizaciones europeas han alcanzado un mayor avance y compenetración que las americanas, y puede decirse que fundamentalmente en aquéllas la problemática de la soberanía puede transformarse en los próximos años.

En fin, la soberanía a nuestro entender no es un concepto incompatible con el derecho internacional, considerándola "... como independencia de la nación frente a otras naciones".

⁹⁹ Puede consultarse la organización detallada de estos entes, en: W. J. Ganshof Van Der Meersch. *Organisations Européenes*, dos volúmenes Bruxelles-París, 1966.

Esta doble condición plantea, según creemos —dice De la Cueva—, la norma básica del derecho internacional: la comunidad y el derecho internacional tienen como principio fundamental el derecho de los pueblos a conducir una existencia libre.¹⁰⁰

Desde este punto de vista, la soberanía no sólo no está en contradicción con el derecho internacional, sino que es su más firme apoyo y su indispensable presupuesto.

La idea de la soberanía supone la igualdad entre los estados; significa comunidad internacional de pueblos libres, libertad, no para la agresión porque ello destruye la igualdad, sino libertad para vivir conforme al derecho; por ello, el principio base del orden internacional es la igualdad en la comunidad.¹⁰¹

César Sepúlveda piensa que no hay acuerdo sobre cuál es el objeto buscado por el concepto de la soberanía en el campo del derecho internacional, ya que muchos autores han expuesto sus puntos de vista, sin que pueda hablarse de uniformidad en la doctrina. Según Sepúlveda, las doctrinas tradicionales estudian a la soberanía sólo desde el punto de vista interno del Estado, sin considerar en absoluto al derecho internacional; así

... la mayor dificultad consiste en pretender trasplantar al orden jurídico internacional un concepto que pertenece por entero a la Teoría del Estado. Entonces, y supuesto que la noción implícita primeramente en soberanía es superioridad, y que sólo podría ser una noción apropiada cuando se analiza la vida interna del Estado y no cuando se examinan las relaciones de Estado a Estado, puede pretenderse que el concepto "soberanía" sea reemplazado en nuestra disciplina por una noción más exacta, o bien, puede optarse por proporcionarle un contenido adecuado al vocablo, que vaya de acuerdo con el programa actual de la doctrina internacional.¹⁰²

Alfred Verdross, por su parte, piensa que el concepto moderno del Estado soberano es el que lo considera como comunidad que se gobierna plenamente así misma; o sea, como comunidad independiente, pero esta independencia es respecto a un ordenamiento estatal extraño y no con respecto a las normas de la moral y del derecho internacional positivo; en este sentido coincide con el pensamiento de Vattel. Ahora bien, dice Verdross:

¹⁰⁰ De la Cueva. *Teoría del Estado*, p. 367.

¹⁰¹ De la Cueva. *Teoría del Estado*, p. 369.

¹⁰² César Sepúlveda. *Derecho internacional público*, México, 1964, p. 80.

... la idea de que el Estado es el ordenamiento supremo no puede, por consiguiente, reconocer ordenamiento jurídico alguno superior, creció preferentemente a la sombra de la filosofía de Hegel, viéndose conducidos sus partidarios a sostener que el derecho internacional público se funda en una auto-obligación de los estados. Pero esta tesis falla pura y simplemente por el hecho de que el derecho internacional positivo, lejos de basarse en la voluntad de los estados particulares, es producto de la comunidad de los estados;

y agrega:

El concepto de la soberanía relativa es, pues, plenamente compatible con la existencia de un derecho internacional. Más aún, es propio del derecho internacional el vincular principalmente a estados independientes, constituyendo con ellos una comunidad jurídica.¹⁰³

A nuestro entender, la expresión de Verdross “soberanía relativa”, debe entenderse exclusivamente como una forma de distinguir la idea misma de la soberanía de su concepción absolutista. Del párrafo transcrito parece desprenderse que el pensamiento de Verdross acepta que de la personalidad de los Estados, personalidad que se deriva de su carácter de soberanos, resulta el presupuesto indispensable para la existencia misma del derecho internacional.

Para el discípulo de Kelsen, desde el momento en que la comunidad de Estados regulase en principio directamente la conducta de los ciudadanos y les otorgase la posibilidad jurídica de recurrir a un órgano jurídico internacional contra las decisiones de su propio Estado, éste y los otros Estados desaparecerían como comunidades jurídicas y desaparecería también el derecho internacional público,

... dando lugar a un derecho político universal más o menos desarrollado; ya hemos comprobado en efecto que el derecho internacional público presupone la soberanía bien entendida, es decir, relativa, de los estados.¹⁰⁴

Tal vez en un futuro tal situación pueda llegar a plantearse en forma más real y práctica; en la actualidad, algunas cuestiones surgidas de los tratados que establecen las comunidades europeas, son resueltas a nivel comunitario por el órgano jurisdiccional comunitario: la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas con sede en Luxemburgo.

El concepto de la soberanía ha pretendido ser substituído por diversos términos: autogobierno, capacidad de acción y libertad de conducta por ejemplo; pero estas expresiones no hacen sino substituir el todo por sus partes.

¹⁰³ Alfred Verdross. *Derecho internacional público*. Traducción de Antonio Truyol y Serra, Madrid, 1957, pp. 9 y 10.

¹⁰⁴ Verdross. Ob. cit., p. 10.

Para Charles Rousseau la doctrina tradicional ha buscado, en el concepto de soberanía, el criterio de distinción entre Estado y las demás colectividades internacionales con base territorial; clásicamente la noción de soberanía reviste un aspecto positivo, que es, el poder dar órdenes incondicionadas; y otro negativo, que es el derecho de no recibirlas de ninguna otra autoridad humana. Ahora bien, para este autor,

... en la actualidad esta interpretación de la soberanía ya no es aceptada por ningún internacionalista, pues en el orden internacional han repercutido inevitablemente la decadencia que a principios del siglo xx sufrió la doctrina tradicional del derecho público interno.¹⁰⁵

Critica este autor a la teoría clásica de la soberanía diciendo que la misma es: a) *incierta* en cuanto a su contenido, porque puede ser definida tanto por su objeto como por la naturaleza del poder, sin que la doctrina se defina claramente por ninguna; b) *inexacta* desde el punto de vista de la técnica jurídica, y ello por un doble motivo: por una parte resulta contradictorio afirmar que un sujeto de derecho es soberano, pues equivale a decir que se encuentra fuera del derecho o sobre él, por lo que existe entre esos conceptos una irreductible antinomia; y, por otra parte, es erróneo hablar de la soberanía como un derecho subjetivo del Estado, pues éstos solamente poseen competencias, que se traducen más bien en cargas que derechos; c) *contraria a la realidad de los hechos*, puesto que toda soberanía estatal choca en el orden internacional con otras soberanías jurídicamente iguales, y ello determina la desaparición tanto del contenido positivo de la soberanía, como del negativo por su desigualdad de hecho; para este autor, la idea de la soberanía como un poder absoluto se halla contradicha por la institución de la responsabilidad internacional y, por último, d) *políticamente peligrosa*, por las consecuencias prácticas a que puede dar lugar, ya que, según este autor, esta noción ha sido el punto de partida de todos los movimientos de carácter nacional y exclusivista, que han dificultado el progreso, facilitado las guerras de agresión, etcétera.

De acuerdo con lo expuesto, Charles Rousseau propone substituir el concepto *soberanía* por el de *independencia*, el cual previamente debe ser depurado de "... las escorias de orden político que hasta ahora con tanta frecuencia la han viciado", y así, la independencia implica a la vez: *exclusividad, autonomía y plenitud de competencia*.

a) La exclusividad significa que, en principio, en un territorio determinado sólo se ejerce una competencia estatal que monopoliza todos los poderes, constituyendo el aspecto negativo de la independencia, que

¹⁰⁵ Ch. Rousseau. Ob. cit., pp. 93 y 94.

se manifiesta desde tres puntos de vista: 1. Monopolio de la coacción; 2. Monopolio del ejercicio del poder judicial, y 3. Monopolio de la organización de los servicios públicos.

b) La autonomía significa el poder actuar según su propio criterio; es decir, libertad de decisión en esfera de competencia propia lo que implica la existencia de una competencia discrecional.

c) La plenitud de la competencia significa que es una competencia plenaria, es decir, el Estado goza de total libertad para determinar, según su criterio, la extensión de su competencia, aunque a reserva de que se le exija responsabilidad en caso de violación de los derechos de un tercer Estado o de alguno de sus súbditos.¹⁰⁶

Sepúlveda critica a Rousseau apoyándose en Westlake, diciendo que la noción de independencia que propone es de naturaleza negativa, y piensa que

... sólo dando un contenido adecuado a la soberanía del Estado se puede llegar a reconciliar la existencia de un Estado soberano con la presencia del derecho internacional que regula las relaciones entre estados. Y ello se logra con una implicación a la idea de comunidad internacional y la función que desarrolla el Estado en esa comunidad;

tal cosa ha sido lograda por Hermann Heller.¹⁰⁷ Puede agregarse, además, que las críticas que hace Charles Rousseau a la idea de la soberanía parten de la base de considerar su concepto absolutista y no el clásico; por otra parte, sólo considerando el concepto absolutista de la soberanía se puede afirmar que ésta choca con otras soberanías, pues esta crítica no toma en cuenta que la comunidad y el derecho internacionales tienen como sujetos precisamente a los Estados soberanos, los cuales son jurídicamente iguales. La afirmación del choque de soberanías equivaldría, a nuestro juicio, a considerar que en el interior de una comunidad las libertades de cada hombre chocaran con las de sus semejantes.

César Sepúlveda desprende, como consecuencias prácticas de la soberanía, algunos principios fundamentales que explican la convivencia de seres independientes y soberanos; estos principios son los siguientes:

1º Aun sin su consentimiento, los sujetos del derecho internacional están obligados por las normas del derecho de gentes consuetudinario que les resulten aplicables y por los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

2º Pueden imponerse a un sujeto del orden legal internacional, obligaciones internacionales adicionales, sólo con su consentimiento.

¹⁰⁶ Ch. Rousseau. Ob. cit., pp. 95 a 98.

¹⁰⁷ Sepúlveda. Ob. cit., p. 81.

3º El ejercicio de la jurisdicción territorial es exclusivo para cada Estado a menos que estuviere limitado o exceptuado por normas de derecho internacional.

4º En ciertos y especiales casos, los sujetos de derecho internacional pueden pretender jurisdicción sobre cosas y personas afuera de su jurisdicción territorial.

5º A menos que existan reglas que lo permitan, la intervención de un sujeto de derecho internacional en la esfera de la exclusiva jurisdicción doméstica de otro sujeto constituye una ruptura del orden jurídico internacional.¹⁰⁸

Por su parte, Hermann Heller considera que

... la concepción del derecho internacional que no tome como punto de partida la existencia de una pluralidad de voluntades soberanas, está de antemano y necesariamente destinada al fracaso. El derecho internacional existe únicamente en la medida en que, por lo menos, están presentes dos unidades territoriales decisorias universales y efectivas. Desde este punto de vista, la idea del Estado soberano es un presupuesto necesario del pensamiento internacional; por el contrario, la idea del derecho internacional no es presupuesto indispensable para el pensamiento estatal.¹⁰⁹

En otras palabras, la soberanía se mantiene en el derecho internacional porque, por una parte, no existe una norma jurídica positiva que pueda decidir sobre el ser o no ser del Estado; y por otra, antes de que exista una sola norma de derecho internacional es necesario que existan por lo menos dos Estados, es decir, la norma jurídica internacional positiva tiene como presupuesto inquebrantable la soberanía de los Estados; ese presupuesto es el que determina en el campo jurídico la validez de la norma y especialmente la posibilidad de su reforma de donde resulta que la validez del derecho internacional es diferente porque la unidad decisoria que establece, mantiene y destruye la validez del derecho, "... no es una unidad sobre los obligados la que crea e impone el derecho, sino que es la unión de voluntades de aquellos a quienes se dirige la norma".¹¹⁰

Por otra parte y en este orden de ideas, otro argumento demostrativo de la coexistencia del derecho internacional y la soberanía, y aún de que ésta es necesaria para la existencia de aquél, es el hecho de que, según dice el autor de la *Teoría del Estado*:

... sin el concepto de soberanía no pueden construirse ni la positividad ni el concepto del derecho ni el concepto de sujeto de derecho internacional.

¹⁰⁸ Sepúlveda. Ob. cit., pp. 82 y 83.

¹⁰⁹ Heller. Ob. cit., p. 225.

¹¹⁰ Heller. Ob. cit., pp. 228 y 229.

Son únicamente las unidades territoriales decisorias las que alcanzan la categoría de sujetos de derecho internacional.¹¹¹

Hermann Heller sostiene la afirmación de la soberanía en y contra el derecho internacional, ya que considera que no es aceptable el propósito de la doctrina moderna del derecho internacional de tratar de hacer inofensivo el concepto de soberanía explicando su naturaleza ya como una competencia internacional, o como una esfera de libre acción, o concedida por el derecho internacional; porque el derecho internacional no puede explicar por sí solo el concepto y la actividad del Estado, porque presupone la existencia de dos unidades territoriales decisorias, no siendo admisible tampoco que la naturaleza de la soberanía se explique como una competencia delegada por algún sistema de derecho internacional; por otra parte, el derecho internacional no cuenta con una instancia decisoria general, "... y tampoco puede existir una unidad decisoria universal en tanto subsistan Estados soberanos".¹¹²

El derecho internacional no delega la soberanía, sino que inclusive el Estado es quien voluntariamente, en ocasiones delega cierta competencia a órganos internacionales, pero siempre serán convencionales, teniendo como límites fijos la soberanía de los Estados delegantes.¹¹³

La época que vivimos, particularmente aquella que arranca de la década de 1950 y tal vez más aún en la década de 1960, ha visto nacer algunos organismos internacionales cuyas finalidades a largo plazo, sobre todo, van más allá de las organizaciones internacionales hasta antes clásicas; nos referimos a las organizaciones con fines integracionistas, que pretenden —en primer término— lograr una unión económica, que comprende una unión aduanera, comercial, monetaria; para tratar de lograr —en segundo término— una unión política, bien en forma de confederación de Estados, bien como un Estado federal; en este último caso los Estados comprometidos originalmente en un simple tratado internacional, podrán llegar tal vez a unir su soberanía con la de otros pueblos, ¿o deberá hablarse de la desaparición de varias soberanías para dar lugar al nacimiento de una nueva que una a todos los pueblos comprometidos en el tratado originalmente internacional? La historia nos dará la respuesta.

Dentro de una posición dualista acerca de las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional, el maestro alemán Hermann Heller considera su coordinación en beneficio de los hombres, de los pueblos y de la humanidad. La ley humana tiene limitado su campo de vigencia del pueblo que la expida, por tanto, los únicos conflictos posibles son los que se presentan en el llamado derecho internacional pri-

¹¹¹ Heller. Ob. cit., p. 261.

¹¹² Heller. Ob. cit., pp. 279 y 282.

¹¹³ Heller. Ob. cit., p. 286.

vado. El dualismo helleriano se funda en la distinta manera como nacen los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales y en la presencia de la soberanía estatal. Distingue dos especies de orden jurídico normativo, según que nazca como un orden de poder o como uno contractual; la primera se dio desde la *polis* griega hasta el Estado moderno y contemporáneo, tanto en oriente como en occidente; la segunda es aquella que proviene de la voluntad de los sujetos de derechos y obligaciones, y ésta es precisamente la condición del derecho internacional, al que falta el elemento característico del orden de poder, la posesión de una instancia decisoria universal y suprema; además de que el derecho internacional presupone, como se ha dicho ya, la existencia de Estados soberanos, por ser ellos quienes pueden crearlo, respetarlo y aplicarlo efectivamente. El derecho nacional es un producto del pueblo; el derecho internacional es un ordenamiento para regular las relaciones externas entre sujetos de poder público, teniendo en consecuencia una naturaleza contractual.¹¹⁴

Los principios de libertad e igualdad como inherentes a la persona humana, conducen necesariamente a la admisión de la tesis de la soberanía del pueblo, pues es éste el único sujeto con voluntad que puede ser su titular. La soberanía resulta así indivisible, inalienable e imprescriptible, puesto que por esencia pertenece al pueblo. El derecho internacional presupone necesariamente la existencia de Estados soberanos, ya que ellos son los únicos sujetos capaces de llevar relaciones internacionales. El mismo principio de igualdad que rige dentro de las comunidades estatales para los hombres, es aplicable entre los Estados; ello hace injustificables los regímenes totalitarios, absolutistas e imperialistas. Aceptando el principio de la plena igualdad jurídica entre los Estados, la soberanía no es un obstáculo al derecho internacional, sino que es, como ya se ha dicho en páginas atrás, su indispensable presupuesto.

C. La soberanía en el constitucionalismo mexicano

La soberanía en el constitucionalismo mexicano encuentra sus antecedentes inmediatos en las discusiones de las Cortes españolas de principios del siglo XIX, así como en general, en los acontecimientos de la época.

Después de los sucesos en que Carlos IV y su hijo Fernando VII se disputaban el trono, acontecimientos que concluyeron en el llamado episodio de Bayona en que Napoleón Bonaparte obtuvo la corona española dándola a su vez a su hermano José, continuó la segunda guerra de liberación española, iniciada el 2 de mayo de 1808; en ella, el pueblo espa-

¹¹⁴ De la Cueva. *Estudio...*, pp. 68 a 72.

fiol constituyó las juntas supremas de gobierno de Sevilla, Asturias, Cataluña, Valencia y demás provincias, recordando las antiguas libertades de los reinos; en ellas se habló tímidamente del origen de la soberanía.

Las juntas supremas de gobierno lanzaron diversos manifiestos; sin embargo, su doctrina de la soberanía es muy confusa; algunos de ellos afirmaban "... haber reasumido la soberanía por hallarse sin gobierno legítimo", como la del Reino de Asturias, lo que al parecer quería decir que la ausencia del rey era el motivo de la reasunción de la potestad soberana; la Junta de Murcia declaró que "... por la llamada a Bayona de la familia reinante y renunciadas que se supone hechas, ha caído el reino en orfandad y, por consiguiente, ha recaído la soberanía en el pueblo, representado por los cuerpos municipales", lo que indica en consecuencia, "... que la soberanía correspondía al rey y que sólo por su falta recayó en el pueblo"; por último, la proclama de la Isla de León fue aún más explícita: "un rey erigido sin potestad no es rey, y la España está en caso de ser suya la soberanía por la ausencia de Fernando su legítimo poseedor". Sin embargo, el sentido revolucionario del movimiento fue limitado, ya que ni el pueblo, ni sus dirigentes pensaron nunca en transformar las estructuras fundamentales ni en suprimir la monarquía, ni siquiera se pensó en sustituir a Fernando VII.¹¹⁵

Después del golpe de Estado de Aranjuez se formó una Junta Central que suprimió la idea colonial el 22 de enero de 1808, transformando las colonias americanas en provincias con iguales derechos que las peninsulares. En enero de 1810, antes de la caída de la Junta Central y de la creación de la regencia, se convocó a Cortes generales, destinadas a "restablecer y mejorar la constitución fundamental de la monarquía". La sesión inaugural tuvo lugar en la Isla de León, el 24 de septiembre de 1810; posteriormente se planteó el dilema: soberanía de pueblo o soberanía del príncipe; en la sesión se declaró lo siguiente:

Los diputados que componen este congreso y que representan la nación española, se declaran legalmente constituidos en Cortes generales y extraordinarias, y que reside en ellas la soberanía nacional. Las Cortes generales y extraordinarias de la Nación española, congregadas en la Real Isla de León, conformes en todo con la voluntad general, pronunciada del modo más enérgico y patente, reconocen, proclaman y juran de nuevo por su único y legítimo rey el señor don Fernando VII de Borbón; y declaran nula, de ningún valor ni efecto, la cesión de la corona, que se dice hecha en favor de Napoleón, no sólo por la violencia que intervino en aquellos actos injustos e ilegales, sino principalmente por faltarle el consentimiento de la nación.¹¹⁶

¹¹⁵ De la Cueva. *La idea de la soberanía*, pp. 287-289.

¹¹⁶ Manuel Dublán y José María Lozano: *Legislación mexicana*, México, 1876, t. 1, p. 335. Cit. por De la Cueva. *La idea...*, p. 291.

Los diputados afirmaron pues ser representantes de la nación y que en ellos residía la soberanía, reconociendo a Fernando VII como su único y legítimo soberano. Sin embargo, no resulta aceptable a nuestro juicio su declaración de ser ellos los soberanos como junta o congreso, pues la soberanía no puede residir en órganos representativos, sino en todo caso, la asamblea representativa ejercería ésta en nombre de la nación, privando de ella al rey y convirtiéndolo simplemente en titular del poder ejecutivo.

El proyecto del artículo tercero preparado por los diputados constituyentes decía lo siguiente:

La soberanía reside esencialmente en la nación, y por lo mismo le pertenece exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales y de adoptar la forma de gobierno que más le convenga.

Este artículo resolvió el dilema: soberanía del pueblo o soberanía del príncipe, otorgándola plenamente a la nación española. El precepto fue discutido en los debates, y el sacerdote mexicano, José María Guridi y Alcocer, diputado por Tlaxcala, intervino en forma desafortunada pretendiendo que se substituyera la palabra “esencialmente” por cualquiera de los términos “originaria” o “radicalmente”. El conde de Toreno por su parte, sostuvo que era indispensable distinguir entre el poder de hacer las leyes fundamentales (poder constituyente) y la facultad de expedir las leyes civiles y económicas (leyes ordinarias, o sea, la función legislativa), facultad que corresponde a los poderes constituidos creados por la nación.

El poder constituyente pertenece a la nación, la que lo ejerce directamente o por conducto de las cortes constituyentes, siendo en este acto, esto es, al ejercerlo, cuando formula su constitución, en la que delega la facultad de hacer las leyes a las cortes ordinarias.

Afirmó también el conde de Toreno

... que la soberanía es esencial a la nación; que es una, indivisible e inseparable de la comunidad humana, lo que quiere decir que ésta no puede desprenderse de ella, porque no se puede renunciar a la esencia propia, ya del hombre, ya de la nación;

sin embargo, al regreso de Fernando VII a España, uno de sus primeros actos fue el desconocimiento de la constitución, “... porque se había hecho en su ausencia y sin contar con su voluntad. Era el renacimiento de la soberanía del príncipe”.¹¹⁷

En la Nueva España, hacia el año de 1808, ante las indecisiones del virrey, el Ayuntamiento de la ciudad de México, que tenía pretensiones

¹¹⁷ De la Cueva. *La idea de la soberanía*, pp. 290 a 295.

de representar supletoriamente a toda la Nueva España por ser la municipalidad de la capital y cuyos síndicos eran criollos, principió a manio-
brar para realizar la idea de la independencia, para lo cual pretendió
que se instalara un gobierno supremo, semejante a las juntas supremas
de gobierno españolas, y trató de obligar al virrey a que se adhiriera
a su partido, cosa que los españoles pudieron evitar. El 19 de julio de
1808, se reunió el Ayuntamiento en cabildo extraordinario para tratar
sobre la condición del reino; concurrieron los criollos Azcárate y Lozano
y Francisco Primo de Verdad y Ramos, y se planteó ahí por primera
vez en el campo de la vida política de la Nueva España, la cuestión
de la soberanía.

Azcárate sostuvo la nulidad de las renunciaciones de Carlos IV y Fernando
VII, por haber sido obrá de la fuerza, pero agregó que los monarcas
españoles no podían enajenar el reino. Del pensamiento expuesto se
deduce la idea de que por ausencia o impedimento de los monarcas,
la soberanía residía en el reino.

Dice Mario de la Cueva:

Al concluir la sesión, el Ayuntamiento decidió enviar una representación al
virrey a fin de que adoptara las medidas necesarias para defender el reino.
La rapidez de los acontecimientos de la península y las rivalidades cada vez
mayores entre los españoles y los criollos determinaron a Iturrigaray a
convocar una Junta General, en la que estuvieron presentes los organismos
gubernamentales superiores del virreinato; tuvo lugar los días 9 y 31 de agosto
y 1^o y 9 de septiembre. En esas reuniones, el licenciado Verdad, con el
valor de un mártir de la independencia, defendió la doctrina de la soberanía
del pueblo, para lo cual se apoyó, ya no en el pensamiento de los jesuitas
españoles, sino en las ideas de Pufendorf, entre otros pensadores.¹¹⁸

El 15 de septiembre, una conspiración de españoles dirigida por Gabriel
de Yermo depuso al virrey. El licenciado Verdad fue encarcelado y murió
el 4 de octubre siguiente.

En los primeros años de la lucha independentista se siguió hablando
de entregar el trono a Fernando VII, lo que persistió en el pensamiento de
Rayón, a la muerte de los primeros caudillos, hasta 1814, en que cambia
su posición al lanzar una proclama a los españoles, lamentando la dero-
gación de la Constitución de Cádiz por Fernando VII y la consecuente
vuelta al absolutismo.

Morelos, en plena guerra de independencia, se enfrentó definitivamente
al pensamiento y las tendencias de los criollos, "... que según todas

¹¹⁸ De la Cueva. *La idea de la soberanía*, pp. 305 y 306.

las apariencias se inspiraban en sus intereses económicos y en las doctrinas de los jesuitas y de Pufendorf".¹¹⁹

El 14 de septiembre de 1813 se inauguró el Congreso de Chilpancingo y Morelos pronunció un breve discurso en el que ratificó su fe inmovible en la libertad y en la soberanía del pueblo; justificó la guerra de independencia, reconociendo la justicia de la lucha de la liberación de España; en la misma fecha entregó a los diputados constituyentes *Los Sentimientos de la Nación*, que contenía su ideario político. Se ocupó de la doctrina de la soberanía en los puntos 1º, 5º y 11 que decían:

1º Que la América es libre e independiente de España y de toda otra nación, gobierno o monarquía, y que así se sancione, dando al mundo las razones.

5º La soberanía dimana inmediatamente del pueblo, el que sólo quiere depositarla en sus representantes dividiendo los poderes en legislativo, ejecutivo y judicial, eligiendo las provincias sus vocales, y éstas a los demás, que deben ser sujetos sabios y de probidad.

11. Que la patria no será del todo libre y nuestra mientras no se reforme el gobierno, abatiendo al tiránico, substituyendo al liberal y echando fuera al enemigo español que tanto se ha declarado contra esta nación.¹²⁰

Morelos se apartó del pensamiento de Juan Jacobo Rousseau al admitir la representación del pueblo aun para la elaboración de la ley; pero tal cosa era indispensable, so pena de caer en una utopía.

El congreso suscribió el 6 de noviembre de 1813 la *Primera Acta de la Independencia Mexicana*, en la que pueden verse tres ideas principales:

... sus autores declaran que la soberanía corresponde a la nación mexicana y que se encuentra usurpada; en segundo término, que quedaba rota para "siempre jamás" la independencia del trono español; y en tercer lugar, que a la nación correspondían los atributos esenciales de la soberanía; dictar las leyes constitucionales, hacer la guerra y la paz y mantener relaciones diplomáticas.¹²¹

El Decreto Constitucional de Apatzingán se refería a la soberanía en su capítulo II, en los artículos 2º a 12. El artículo 5º resolvió el dilema: soberanía del pueblo o soberanía del príncipe a favor del primero. Como dice De la Cueva:

¹¹⁹ De la Cueva. *La idea de la soberanía*, pp. 312 y 313.

¹²⁰ De la Cueva. *La idea de la soberanía*, pp. 318. Felipe Tena Ramírez. *Leyes fundamentales de México*. 1808-1967, México, 1967, pp. 29 y 30.

¹²¹ De la Cueva. *La idea de la soberanía*, pp. 317-319.

... la afirmación contenida en este precepto es el último triunfo puro del pensamiento rousseauiano; su antecedente inmediato se halla en el artículo 25 de la *Declaración de derechos* que precede a la Constitución francesa de 1793. Nunca más, ni siquiera en las constituciones mexicanas posteriores, brillará con la misma intensidad la idea de la soberanía del pueblo.¹²²

El artículo 2º definía a la soberanía como la “facultad de dictar leyes y establecer la forma de gobierno que más convenga a los intereses de la sociedad...” y tal definición era completada por el artículo 11: “Tres son las atribuciones de la soberanía: la facultad de dictar leyes, la facultad de hacerlas ejecutar y la facultad de aplicarlas a los casos particulares.” Se está en presencia de lo que se llama las funciones del Estado, las cuales, en el pensamiento de los hombres de Apatzingán, fluían de la idea de la soberanía; si ésta es la aptitud para crear y vivir dentro del orden jurídico, de ella derivan necesariamente aquellas tres funciones indispensables a la vez que realizadoras del orden jurídico. En el artículo 4º se reconoció la idea de pueblo como generaciones presentes y se declaró su derecho incontestable no sólo a establecer el gobierno que más le convenga, sino además de modificarlo, alterarlo o abolirlo totalmente cuando su felicidad lo requiera. Esta fórmula es “... otra explicación magnífica de la concepción revolucionaria de la soberanía y plantea el problema, tan debatido en los últimos años, del derecho del pueblo a la revolución”.¹²³

El artículo 9º decía:

Ninguna nación tiene derecho para impedir a otra el uso libre de su soberanía. El título de conquista no puede legitimar los actos de la fuerza: el pueblo que lo intente debe ser obligado por las armas a respetar el derecho convencional de las naciones.

Sobre este precepto dice Mario de la Cueva:

El artículo noveno es la fórmula más pura y generosa de la dimensión externa de la soberanía. Muchas ideas sobresalen en él, iluminando la ruta de la unión pacífica de todos los pueblos en bien de la humanidad: la soberanía externa es ejercicio de la libertad, y a la vez, respeto de todas las libertades; la frase: *ninguna nación tiene derecho para impedir a otra el uso libre de su soberanía*, indica, ante todo, que el pueblo de México carece de ese derecho. Morelos quiso que entendiéramos todos los mexicanos que no seremos nunca un pueblo imperialista, ni arrebataremos a nadie una porción de su ser territorial como por desgracia nos han hecho a nosotros; y no podemos serlo porque *el título de conquista no puede legitimar los actos de fuerza*.¹²⁴

¹²² De la Cueva. *La idea de la soberanía*, p. 325.

¹²³ De la Cueva. *La idea de la soberanía*, pp. 328 y 331.

¹²⁴ De la Cueva. *La idea de la soberanía*, p. 332.

Nos parece que la opinión transcrita supera cualquier comentario que pudiera intentarse sobre el artículo noveno del *Decreto*; las tesis que de él se derivan siguen vigentes; condenó por anticipado todas las guerras imperialistas de los siglos XIX y XX, y es el antecedente nacional primero del pensamiento de Juárez y de la tesis tradicional mexicana de la no intervención en los asuntos internos de otros Estados y del derecho de autodeterminación de los pueblos.

En el México independiente,

los constituyentes de 1823-1824, partieron del principio de la soberanía del pueblo y, según el artículo tercero del Acta Constitutiva, entendieron que la soberanía reside radical y esencialmente en la nación y que a ella corresponde en exclusividad, dictar las leyes fundamentales, adoptar la forma de gobierno e introducir posteriormente las variaciones y modificaciones que estime pertinentes.¹²⁵

Es notoria la influencia de la doctrina francesa y de las ideas del conde de Toreno, a las cuales nos hemos referido párrafos atrás.

La idea de *nación* que utilizó el Acta Constitutiva, es diferente a la de *pueblo* usada en 1814; aquélla contempló un conjunto de elementos que son característicos de la comunidad, tanto en el pasado como en el presente y que tienden a perpetuarse en el futuro, en tanto que la de pueblo, son las generaciones presentes: la idea de nación es un concepto estático; la de pueblo es un concepto dinámico, una especie de evolución y revolución permanente.

... los conceptos de nación y pueblo son diferentes: el primero fue usado por la contrarrevolución francesa y por la doctrina realista de fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX; en esa época fue un concepto esencialmente conservador. La idea de pueblo, por lo contrario, pertenece al pensamiento de Juan Jacobo y fue uno de los gritos de guerra de la Revolución francesa, quiere decir, fue un concepto eminentemente revolucionario.¹²⁶

En los años finales del siglo XVIII y primeros del siglo XIX, la idea de nación sirvió de fundamento al historicismo conservador de Joseph de Maistre y de Gabriel de Bonald; esta corriente era contraria a los cambios violentos y a la idea de revolución, porque, según ellos, la nación tiene el derecho, como creadora del presente, a que no se perturbe su vida apacible. La noción de *pueblo* es radicalmente diferente y en este punto puede afirmarse como en el artículo 27 de la *Declaración de derechos del hombre* de 1793: "no puede una generación sujetar a sus leyes a las

¹²⁵ Mario de la Cueva. *La constitución de 5 de febrero 1857* en: *El constitucionalismo a mediados del siglo XIX*, México, 1957, t. II, p. 1243.

¹²⁶ De la Cueva. *La idea de la soberanía*, p. 325.

generaciones futuras”. Los más prestigiados constitucionalistas coinciden en que el *Decreto Constitucional de Apatzingán* superó no sólo a las disposiciones constitucionales de 1823 y 1824, sino también a las constituciones posteriores, incluyendo la vigente.

Las Siete Leyes Constitucionales de 1836 no contenían disposición relativa a la soberanía, lo que en sí mismo es un comentario acerca de esta supuesta Constitución.

Las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843, expedidas bajo la presidencia de Antonio López de Santa Anna, establecían en su artículo 1º: “La Nación Mexicana, en uso de sus prerrogativas y derechos, como independiente, libre y soberana, adopta para su gobierno la forma de República representativa popular.” El artículo 5º decía:

La suma de todo poder público reside esencialmente en la Nación y se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No se reunirán dos o más poderes en una sola corporación o persona, ni se depositará el Legislativo en un individuo.¹²⁷

Estas disposiciones eran imprecisas; el primer artículo confundió el todo (la soberanía), con sus partes (libertad e independencia), y el segundo insistía en la solución de 1823-1824, al considerar que “la suma de todo poder público” (la soberanía), residía en la nación y no en el pueblo.¹²⁸

La constitución de 1857 se refirió a la soberanía en su artículo 39:

La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para su beneficio. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.

Esta disposición significó una especie de transacción entre las soluciones adoptadas en 1814 y en 1824; sus antecedentes se encuentran pues en el Acta Constitutiva de la Nación Mexicana, en la Constitución de 1824, en el Decreto Constitucional de Apatzingán de 1814, en la Constitución de Cádiz de 1812, en la Constitución francesa de 1793, en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y en el pensamiento de Juan Jacobo Rousseau. El precepto se discutió y, salvo observaciones secundarias sobre alguna palabra y una adición, se aprobó por 79 votos.

A pesar de no mencionar expresamente los atributos de la soberanía como lo había hecho el *Decreto*, se puede afirmar con De la Cueva,

¹²⁷ Tena Ramírez. *Leyes fundamentales de México*, p. 406.

¹²⁸ En este sentido: Carpizo. *Ob. cit.*, p. 230.

que “los constituyentes intérpretes de aquella ley fundamental entendieron siempre que la soberanía pertenecía al pueblo y que era inalienable, indelegable e imprescriptible”.¹²⁹

José María del Castillo Velasco, que fue diputado constituyente, se expresó acerca del contenido del artículo 34 de la siguiente manera: “El hombre por su propia organización es libre. Esa misma organización lo obliga a reunirse en sociedad con otros hombres, y por esta causa existen los pueblos y las naciones.” Agrega:

Siendo el hombre libre por la organización que le dio el supremo autor de la naturaleza, no puede abdicar su libertad, sin atentar a esa organización que no puede contradecir. Por consiguiente, la sociedad, los pueblos, las naciones que se forman de seres necesariamente libres, no pueden tampoco abdicar su libertad y por esto todo pueblo, aunque esté avasallado y oprimido y consienta en la opresión, recobra la libertad en el instante en que quiera recobrarla.

Más adelante añade: “La soberanía es la potestad suprema que nace de la propiedad que el pueblo y el hombre tienen en sí mismos, de su libertad y de su derecho.”

Reside, dice el artículo constitucional, y no residió, porque aunque para el establecimiento de un gobierno delega el pueblo algunas de las facultades de su soberanía, ni las delega todas, ni delega algunas irrevocablemente. Encarga el ejercicio de algunas de esas facultades y atribuciones a aquellos funcionarios públicos que establece; pero conservando siempre la soberanía, de manera que ésta reside constantemente en el pueblo. De tal delegación resulta, que el poder público dimana del pueblo.

Finalmente dice:

¿Pero queda obligado el pueblo a conservar irrevocablemente y para siempre, la institución y establecimiento del poder, la delegación que hace para su bien? Ciertamente que no; porque si quedara obligado, habría perdido, habría abdicado el ejercicio de ella y habría destruido su libertad, para lo cual no tiene derecho alguno, supuesto que formándose la sociedad, el pueblo, la nación, de individuos que por su organización tienen que asociarse, sin violación del derecho y la libertad individual, no puede renunciarse el derecho y la libertad colectiva.¹³⁰

La generación de la Reforma entendió la doctrina de la soberanía del pueblo como el igual derecho de todos los ciudadanos mexicanos a participar en la estructuración y actividad del Estado, lo que quedó

¹²⁹ De la Cueva. *La Constitución de 1857*, p. 1282.

¹³⁰ José María del Castillo Velasco. *Apuntamientos para el estudio del Derecho Constitucional Mexicano*, México, 1871, pp. 100 y 101.

reflejado en el principio del sufragio universal y en la idea de la democracia mayoritaria. La soberanía tiene así como contenido jurídico, la igualdad y libertad de hombres y pueblos, o sea: "*La soberanía es el soporte de los principios fundamentales.*"¹³¹

En el Congreso Constituyente de 1916-1917 se dio lectura al dictamen sobre el artículo 39, del día 26 de diciembre de 1916, siendo aprobado sin discusión por unanimidad de 169 votos, como hoy se encuentra, siendo igual al artículo 39 de la Constitución de 1857,¹³² por lo que pueden reproducirse los mismos comentarios que se hicieron respecto de esta última disposición.

Nuestra Constitución vigente, al igual que su antecesora, no es lo clara que fue la Constitución de 1814 en relación con la dimensión externa de la soberanía, según ha quedado expuesto al referirnos al artículo noveno del *Decreto*. Otras constituciones contemporáneas se refieren expresamente a esta cuestión, según hemos también analizado páginas atrás. El artículo más importante al respecto, es el 133, que coloca a los tratados, que estén de acuerdo en la propia constitución, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, en el más alto rango de la jerarquía de las normas, pues conjuntamente con la misma constitución y con las leyes del Congreso de la Unión que emanan de esta última, son declarados como ley Suprema de toda la Unión.

De acuerdo con el derecho internacional público, los tratados sólo pueden celebrarse entre Estados soberanos, pues son los únicos sujetos de voluntad capaces de realizar tales actos; puede deducirse de lo expuesto que nuestra constitución está de acuerdo con la idea de la igualdad jurídica de los Estados en el derecho internacional.¹³³

Actualmente la idea de la soberanía podría considerarse en cierta medida idealista: en el aspecto interno, las numerosas dictaduras en América, en Asia, en el joven continente africano y aun Europa, confirman esta idea. En el aspecto externo, las continuas guerras de agresión en el sudeste asiático y en el medio oriente por ejemplo, así como la intervención directa o disfrazada de las grandes potencias en los asuntos internos de algunos países débiles, como en los casos de República Dominicana, Bolivia o Checoslovaquia, llevan la misma conclusión. Finalmente, el imperialismo económico es un fenómeno más, que impide necesariamente que la soberanía, en ambos aspectos, pueda brillar como era el deseo de Juan Jacobo Rousseau y de José María Morelos y Pavón.

¹³¹ De la Cueva. *La Constitución de 5 de febrero de 1857*, pp. 1283 y 1284.

¹³² Diario de los debates del Congreso Constituyente 1916-1917. México, 1922, t. I, pp. 672 y ss.

¹³³ Confrontar en este sentido: Jorge Carpizo. Ob. cit., pp. 234 y 235.