

Heber Arbuet-Vignali (Uruguay) *

Peligrosos prejuicios sobre soberanía **

1. Aproximación metodológica al asunto

1.1. *Quién prejuzga*

Prejuzga aquel que juzga las cosas antes del tiempo oportuno, o sin tener de ellas cabal conocimiento.¹ Es muy difícil que esto ocurra en la investigación científica de las ciencias susceptibles de sentar hipótesis y comprobarlas o rechazarlas en laboratorios, experimentando dentro de un lapso racional y no demasiado extenso. En otro tipo de ciencias es poco probable que se prejuzgue, pero en algunos casos ello ha ocurrido. Esta posibilidad se acrecienta cuando se trata de ciencias sociales, cuyas hipótesis se prueban o se desechan con el correr de la historia, durante períodos muy prolongados que sólo permiten una visión coherente en retrospectiva,² siempre y cuando el investigador no cometa el error de trasladar sus ideas y las razones de su tiempo a siglos anteriores y sea capaz de ubicarse en cada época, pensar, investigar y sacar conclusiones, no como lo haría él, salvo para las circunstancias de su tiempo, sino como lo habría hecho el autor que analiza si hubiera tenido oportunidad de considerar el problema, es decir, como lo hubieran hecho los anteriores en el marco de sus res-

* Ex catedrático de Derecho Internacional Público y de Historia de las Relaciones Internacionales. Facultad de Derecho, Universidad de la República (Uruguay). <heberarbuet@movinet.com.uy>

** En testimonio de reconocimiento académico a María López López de Arbuet Vignali (Clopin), también creadora del fundamento doctrinal de estas ideas a las que doy forma jurídica y política.

¹ *Diccionario Enciclopédico Salvat*, Barcelona: Salvat, 1997, tomo 22, p. 3067.

² El lapso que llevan estas comprobaciones, doscientos, trescientos o más años, hace imposible que un investigador personalizado comience el estudio y controle la evolución de los hechos para reafirmar o modificar sus perspectivas y, en definitiva, con la experiencia transformar la teoría en enunciado con total conocimiento de causa. La única posibilidad de experimentar se da en un proceso retroactivo, o prospectivo, mediante diversos investigadores que avanzan sucesivamente, muy coordinados entre sí, lo cual es muy difícil de lograr.

pectivos tiempos o imaginando, sin salirse del contexto del autor, lo que éste habría dicho si no hubiese vivido en sus propios tiempos sino en los del que lo comenta y estudia.

Cuando no se procede de esa manera se puede prejuzgar, y quien lo hace puede sentar conclusiones equívocas al transformar en enunciados hipótesis mal probadas en el “laboratorio”. Cuando esto ocurre, sobre todo si el protagonista es un autor prestigioso, las confusiones y peligros que ocasiona suelen ser muy importantes.

1.2. Referencias a Montesquieu

Tres citas de la obra de Montesquieu pueden expresar mejor que mis palabras lo que quiero significar. Dice el autor en una primera referencia: “Nada hace tanto retroceder el progreso de los conocimientos como una mala obra de un autor célebre, porque antes de instruir hay que empezar a desengañar[...];” en otro pasaje expone: “Cuando he procurado escudriñar la antigüedad, he procurado apoderarme de su espíritu para no mirar como semejantes cosas realmente distintas [...]. No he sacado mis principios de mis preocupaciones, sino de la naturaleza de las cosas [...]”; y en tercer lugar, refiriéndose a una condena de la inquisición que consideraba absurda, concluía: “[...] es lo más inútil que he escrito nunca. Cuando se trata de probar cosas tan claras, hay la seguridad de no convencer [...]”.³

2. Erráticas concepciones sobre la teoría jurídica de la soberanía

2.1. La situación

G. Jellineck (1915, II, 74), con quien discrepamos en otros aspectos pero coincidimos en éste, dice que la soberanía es una idea que no ha nacido en los gabinetes de teóricos alejados de la realidad, sino que se origina en el marco de luchas políticas que transcurrieron por siglos para convertirse más adelante en una categoría jurídica; nuestras investigaciones⁴ nos conducen a pensar que antes la idea fue manejada como un concepto sociopolítico y luego también filosófico. Como veremos en el curso de esta exposición (sección 3), en todas estas disciplinas la idea de soberanía presenta algunos conceptos comunes, con igual contenido en todos los campos, pero también

³ Ch. Montesquieu (II, 406; I, 6; II, 197, respectivamente).

⁴ Desde 1978 venimos ocupándonos del tema *soberanía*. A través de nuestros esfuerzos, algunos de los cuales han sido publicados como avances parciales, hemos ido estructurando una teoría jurídica de la soberanía. Véanse al respecto las publicaciones de H. Arbuet-Vignali (2005: 673-674; 2005b y en prensa). Además tenemos en preparación: *La concepción de la soberanía en los idealistas alemanes: Kant, Fischer y Hegel*; y *La idea de soberanía en los internacionalistas clásicos: Pufendorf, Volfio, Grocio y Vattel*.

ofrece otras perspectivas, enfoques o particularidades que corresponden a la concepción de la soberanía en una —o a veces en algunas— de estas ciencias, que metodológicamente no resulta correcto trasladar a otras donde el instituto está llamado a desempeñar un papel siempre importante, pero muchas veces diferente en sus manifestaciones coyunturales vinculadas con las particularidades propias de cada ciencia.

Esto complica el análisis objetivo del significado y la proyección de la idea de soberanía en cualquiera de las disciplinas particulares, por la posibilidad de insertar elementos de juicio y razón que pertenecen a otras. Esta dificultad se multiplica en el área de las ciencias jurídicas. G. A. Waltz (1943, 205 y 206) afirma con razón que la soberanía funda a la vez el derecho político interno y el derecho internacional público, teniendo, como el dios Jano, dos caras, ya que en cada uno de estos campos el concepto jurídico del atributo tiene distinto alcance y diferente significado. Esto nos ha llevado a afirmar, en varias de nuestras obras anteriores, que cuando a los diferentes significados jurídicos de la soberanía, interno e internacional, se les suman sus significados político, sociológico y filosófico, suelen darse profundas confusiones que propenden a crear prejuicios. Esta propensión se torna incontrolable cuando los autores pretenden indebidamente, aunque a veces de buena fe, extender los conceptos que son válidos en alguna de estas disciplinas a cualquiera de las otras. En algunos casos esto es parcialmente aceptable; pero en la mayoría resulta fuente de malas interpretaciones y graves errores.

2.2. *Sus repercusiones*

Con la teoría jurídica de la soberanía ha ocurrido todo esto. Hubo autores muy prestigiosos en los siglos XVII y XVIII que hicieron traspolaciones conceptuales, y a la idea de soberanía imbricada en un sistema jurídico dieron contenidos propios de otras ciencias sociales como la sociología y la política, o de posicionamientos filosóficos, los que no encajaban dentro de los planteos jurídicos propuestos porque no se correspondían con la hermenéutica jurídica.

Más adelante, desde fines del Siglo XIX, cuando se procura afirmar la regulación jurídica de las relaciones internacionales⁵ en el marco de una nueva circunstancia,⁶ un grupo importante de teóricos miró hacia el pasado con los preconceptos de su presente y ubicó la idea de soberanía en el derecho constitucional y en el internacional, siguiendo las erróneas ubicaciones disciplinarias de prestigiosos autores anterior-

⁵ Recuérdense las conferencias de La Haya de 1899 y 1907, la Sociedad de las Naciones, las Naciones Unidas y otros esfuerzos similares.

⁶ Aumento de la interdependencia, incremento del nacionalismo chauvinista, últimos problemas coloniales, posterior fin del colonialismo, duros enfrentamientos ideológicos, el mundo bipolar, la llamada globalización, etcétera.

res⁷ y también sus propias mutaciones históricas. Algunos tomaron la soberanía exclusivamente en sus posibles dimensiones sociológica, política o filosófica, a las que pretendieron dar alcance general, y otros atribuyeron estos enfoques de otras ciencias a la teoría jurídica de la soberanía. Muchos de éstos fueron autores prestigiosos que sembraron graves confusiones y obligaron a sus contradictores a destruir antes que construir.

En el mismo sentido, pero desde la perspectiva opuesta, los jusnaturalistas, normativistas y otras corrientes humanistas, que reaccionaron contra las barbaries que desataron la lucha ideológica internacional y la Segunda Guerra Mundial, no vieron mejor cosa que culpar de ello a la teoría de la soberanía, sin excluir de esa culpa a la teoría jurídica de la soberanía, en la cual habrían podido encontrar el mejor, si no el único, respaldo para sus progresistas ideas sobre democracia, autodeterminación, protección interna e internacional de los derechos humanos y paz y seguridad internacionales.

2.3. *Los prejuicios*

A partir de mediados del siglo XX se conjuntan varias circunstancias: las señaladas en el literal anterior; la caída de los paradigmas que habían permitido llevar una relaciones internacionales muchas veces injustas, pero bastante equilibradas y siempre coherentes y previsibles (véase más adelante la sección 4), y la incidencia de las nuevas tecnologías y procedimientos que modifican radicalmente la relación gobernante-gobernados en aquellos países en que ésta era significativa por su interacción. Todo ello deja en dificultades, muchas veces sin respuesta, a las democracias y las monarquías constitucionales, y en muchos casos llega a desestructurar Estados razonablemente establecidos, lo cual conduce a la radicalización doctrinaria que condena al Estado y a la soberanía como responsables de estos problemas. La práctica política no siguió esta tendencia, pero la sufrió al ver limitados sus apoyos teóricos para revertir la situación.

⁷ Indudablemente Hobbes (1648, II, libros 3 y 4), quien, en realidad, pese a sus invaluable aportes a la teoría (la idea de contrato social inserto en el derecho positivo), utilizó el nombre *soberanía* al que le dio el contenido de poder absoluto, incondicionado, por lo cual, terminó justificándolo, no desde una perspectiva objetiva, de base humana y científicamente comprobable, sino por razones ideológico-políticas y religiosas. También Rousseau (1762), aunque en menor medida, con el apresuramiento político de su primer posicionamiento, tampoco justificó el mando ordenador en la teoría jurídica de la soberanía, sino que la aproximó a fundamentos ideológico-políticos. Algo similar cabe decir con respecto a los idealistas alemanes posteriores a Kant y de varios constitucionalistas, quienes por razonamientos filosóficos creyeron en la perfección del Estado, al que atribuyeron un poder total y cuyos actos justificaron en su totalidad, sin tomar en cuenta el necesario contralor del común de las gentes sobre los gobernantes que mueven a ese Estado.

En este marco, cuando se decía que en el ámbito del derecho (interno e internacional) la soberanía continuaba siendo un elemento de significativa importancia, aparecía el primer prejuicio: no puede ni debe recaerse en los errores de la doctrina y la práctica ya superadas. En cuanto se planteaba la cuestión de la soberanía, aparecía un rechazo frontal, sincero y sano en sus motivaciones y deseos, pero también ingenuo y prejuiciado: hay que olvidarse de esa idea peligrosa y maligna que amparó tantas maldades y causó tantos dolores.

Y cuando se trataba de demostrar que el contenido del atributo de la soberanía no era ese pretendido derecho a hacer todo lo que se quisiera mientras se tuviera capacidad y poder para hacerlo, sino que en el marco del derecho la soberanía es un atributo jurídico que justifica por legitimación una peculiar forma de ejercer un poder de mando ordenador, supremo pero condicionado, de unos seres humanos, los gobernantes, sobre el conjunto de la sociedad, la reunión de gobernantes y gobernados, aparecía una nueva barrera. El temor al pasado, posicionamientos sanos pero poco experimentados y un gran deseo de cambio ponían otra nueva barrera infranqueable: no discutir un instituto llamado a desaparecer y ser sustituido y que, además, había sido sustento de un tipo de Estado también llamado a desaparecer en aras de un orden mundial armónico, coherente, que ampararía todas las culturas y necesidades.

Cuando encontrábamos este nuevo muro, este nuevo prejuicio, más fuerte e infranqueable que el anterior, muchas veces pensamos, como Montesquieu, que el amplio espacio de nuestra vida que habíamos dedicado a estudiar el atributo de la soberanía había sido lo más inútil que podríamos haber hecho, porque es tan claro y evidente lo que significa la teoría jurídica de la soberanía en el pensamiento histórico de los autores que la crearon y consolidaron (Bodin, Locke, en ciertos aspectos Montesquieu y Rousseau y, fundamentalmente, Kant) y en la percepción de aquellos a quienes ahora nos preocupa, que con Montesquieu concluíamos en la inutilidad del esfuerzo porque “cuando se trata de probar cosas tan claras, su propia claridad nos impide entender por qué los demás no las comprenden y se hace difícil desarrollar la idea”.

No obstante, insistiremos en el asunto. Es verdad que parte de la doctrina desvió las ideas de la teoría jurídica de la soberanía y la usó para otros fines originando graves daños y confusiones,⁸ pero se trató siempre de usos desviados que no pueden, o al menos no deberían, afectarla. Como veremos, la teoría jurídica de la soberanía es la única que puede dar base doctrinaria, objetiva, de raíz humanitaria y científicamente comprobable tanto a la protección interna e internacional de los derechos humanos fundamentales, como a los gobiernos democráticos y a las monarquías constitucionales, como a la práctica de la autodeterminación de los pueblos.

⁸ Véase *supra*, nota 7.

Cabe preguntarse cómo evolucionó la historia para que esta última afirmación, que se nos hace clara y racional a través de nuestras investigaciones de la doctrina y de la práctica de los Estados, parezca un disparate caprichoso de un trasnochado estudioso de gabinete. ¿Qué fue lo que pasó para que se confundieran las perspectivas? Aclarar esto resultaría un buen aporte. Por ello lo intentaremos.

3. Distintos contenidos del término *soberanía*, en el tiempo y en las disciplinas

3.1. Evolución de la idea jurídica y política de soberanía

En un trabajo anterior (H. Arbuét-Vignali y L. Barrios, 2001) decíamos:

Cuando en cualquier ámbito de las actividades humanas se hace referencia a la soberanía, no se está describiendo con esta expresión a ninguna cosa que posea materialidad tangible, ni siquiera a algo que disponga de una esencia inmaterial propia y que, con alguna de estas naturalezas, pueda existir como tal, con independencia de los seres humanos. Al utilizarse la expresión se evoca, y muchas veces también se invoca, una realidad inmaterial, vinculada a los seres humanos y a la organización de las colectividades que ellos crean con el propósito de ordenarlas en su conjunto relacional, dentro de un marco geográfico, mediante una estructura de subordinación, que conjugue en algún grado todas las expectativas individuales, sin resentir la satisfacción de la totalidad global de las mismas. Se expresa, o se desea expresar, una realidad conceptual, que procura reconocer y explicitar algunas de las profundas determinantes del obrar humano en su vida de relación. Con esta expresión siempre se ha hecho referencia a los intentos de explicar y justificar determinada forma de organizarse, relacionarse, regularse, limitarse, subordinarse y controlarse mutuamente los seres humanos que viven en comunidad, dentro de un marco geográfico delimitado por fronteras que les aglutinan, a la vez que les separan de otros grupos semejantes, que con ellos comparten el mundo actuando con independencia e interdependencia.

Con la expresión soberanía se hace referencia a algo conceptual, con profundos vínculos en la realidad material y estrechamente relacionado con la vida de los seres humanos. La soberanía es una categoría filosófica, tiene un importante significación sociológica y también es un concepto de la teoría política, aunque su práctica, muchas veces, indebidamente, la haya utilizado como instrumento. Jurídicamente, es una idea fuerza legitimante, creada por los seres humanos; pero que no se origina solo en la mente de aquéllos, sino en ella a través de la observación que éstos, exteriorizándose, hacen de sus propias conductas en sociedad.

El concepto jurídico de soberanía tiene un largo proceso de formación. No pertenece a la antigüedad. En ella la idea más próxima al mando ordenador en el ámbito jurídico y político interno se encuentre en la *maiestas populorum romanorum*, y la condición de independiente en lo externo que se sintetizaría en el atributo se respaldaba por entonces con la autosuficiencia: reunir suficiente poder, riqueza, bienes y capacidades como para no depender de la protección de otro centro de poder.

Durante la Edad Media, con la expresión *soberanía dividida* o *suzeranía* se describía una determinada situación de jerarquía. Se consideraba soberano a la perso-

na o conjunto de ellas a quienes se reconocía la capacidad de desplegar un poder de decisión superior y de última instancia en una determinada actividad del quehacer humano: el señor en su feudo, el maestro en su gremio, el tribunal en el ámbito de su competencia, el rey en su reino. Dentro de un mismo espacio geográfico amplio existían diversos soberanos, que disponían de una voluntad superior en sus asuntos, pero que en otros, a su vez, estaban sometidos a diferentes autoridades. Se trataba de una idea más parecida a lo que actualmente llamamos *jurisdicción o poderes de gobierno*.

Maquiavelo (1469-1527) cambia la idea medieval y considera soberano al poder supremo y único ejercido por una sola autoridad respecto a todos los asuntos que ocurrían dentro de una frontera (la señoría, la república, el reino, más adelante el Estado). Su posicionamiento es político, ya que no exige ninguna justificación especial para ejercer ese mando; se limita a constatarlo en los hechos y describirlo y, en consecuencia, no logra su estabilidad, ya que las luchas por poseerlo serán constantes.

Poco más adelante, Bodin (1530-1596) descubre lo importante que resulta para la estabilidad y el desarrollo del mando ordenador el que su ejercicio esté justificado de alguna manera ante los ojos de quienes son mandados.⁹ En su época, la sociedad francesa, que procuraba el establecimiento de un Estado nacional, como ya lo eran España e Inglaterra, estaba profundamente dividida, no en la fe pero sí en los augures de esa fe, y la concepción feudal de la sociedad era el objeto del principal cuestionamiento. No se contaba por tanto ni con ideología religiosa ni con ideología política común que pudieran justificar el mando ordenador; la sociedad era pluricultural y estaba suficientemente desarrollada como para no aceptar un mando como alternativa de males mayores. Bodin procura en la soberanía esa justificación del mando ante la perspectiva de los mandados. La soberanía será “[...] el poder absoluto y perpetuo de una república [...]”, indivisible y supremo al no tener su titular ningún poder material por encima de él. Así como la aproximación de Maquiavelo a la soberanía jurídica se encuentra muy confundida con los posicionamientos políticos; la concepción de

⁹ Es un hecho comprobado en la experiencia histórica que el mando ordenador ejercido sobre una sociedad, si no se encuentra de alguna manera justificado ante los ojos de quienes son mandados, aunque en términos humanos pueda ser prolongado, en términos históricos resulta efímero y siempre inestable. El mando ordenador en las pequeñas sociedades primitivas estuvo justificado por vínculos parentales, por la sabiduría de los años o por la mayor destreza para defender de los enemigos o proporcionar bienestar; en la antigüedad dependió de la identificación con la divinidad, de lograr ser considerado su mediador, o del apoyo de la fuerza; en sociedades poco desarrolladas, por ser la mejor opción frente a males mayores (el zar de Moscovia, que abría sus graneros en las hambrunas y defendía de las depredaciones y violencias de las hordas del centro de Asia, de los polacos y otros invasores); en sociedades más evolucionadas la justificación se encontró en razones ideológico-religiosas o ideológico-políticas compartidas por la inmensa mayoría de los mandantes y los mandados. En todos los casos, el mando ordenador de unos seres humanos sobre el conjunto de ellos en la sociedad estaba justificado en la perspectiva de la inmensa mayoría de los mandados y también de quienes mandaban, por razones íntimas, por la necesidad o por compartir convicciones religiosas o políticas que resultaban absolutamente dominantes.

Bodin no se despende totalmente de los condicionamientos filosóficos e ideológicos religiosos y políticos. Es el primero que ubica claramente a la soberanía en un marco jurídico, el primero en destacar la necesidad de justificar ese poder y el primero en decir que la base común de esa justificación debe procurarse por legitimación jurídica. Pero no recurre para ello a un sistema de derecho positivo vigente, sino al derecho natural, una concepción filosófica muy cercana a las concepciones religiosas hasta entonces dominantes: el poder soberano lo ejerce un monarca absoluto (esto por necesidad de contradecir el orden feudal hasta entonces dominante) que no tiene quién lo juzgue en este mundo, pero que debe ejercer ese poder sobre los mandados en forma correcta, de acuerdo con el derecho natural y respondiendo ante Dios o ante la historia.

Después de finalizada la Guerra de los Treinta Años (1618-1648) con el triunfo militar de los Estados nacionales sobre el Papado y el Imperio, para afirmar políticamente la victoria se recurre a la idea de igualdad soberana de los Estados (forma de romper la hegemonía del Papado o el Imperio y de impedir las pretensiones de cualquier otro poder dominante) para justificar por legitimación la independencia de éstos y permitir su vinculación a partir de una sistema jurídico de coordinación que se irá creando por práctica consuetudinaria entre todos. La importancia de la teoría jurídica de la soberanía realmente comienza aquí, en el ámbito internacional, ya que es indudable que, desde el principio, el atributo de la igualdad soberana de los Estados es la clave de bóveda de todo el sistema de coordinación creado bajo el nombre actual de derecho internacional público. Como todo sistema de coordinación, donde los sujetos reglados son a la vez protagonistas de la creación y modificación de todas las reglas a que se someten, éste también está íntimamente relacionado con lo político. El derecho internacional aportará la otra dimensión del atributo jurídico de la soberanía. A la legitimación para el ejercicio de un poder ordenador interno supremo, pero condicionado en su ejercicio por quienes mandan, se suma la legitimación de una relación independiente e igual entre soberanos que pueden aislarse o relacionarse y, en este caso, tienen la potestad de hacer en conjunto todas las reglas para sus vínculos.

En el entorno de esa época Hobbes (1588-1679) da un cariz fundamental a la teoría jurídica de la soberanía al insertarla en el derecho positivo vigente a través de la figura del pacto social. Éste es el gran aporte del autor inglés, la justificación del mando ordenador es ubicada en el consentimiento de los ordenados a través de la idea de pacto social,¹⁰ lo que mucho más adelante se concretará en la práctica en el pacto constitucional de las democracias y las monarquías constitucionales. Pero a la vez que hace tan importante aporte a la teoría jurídica de la soberanía, la desvirtúa y manipula como un instrumento en favor de su tesis o de sus intereses políticos y termina por diseñar un pacto social absurdo, fuera de cualquier parámetro de realidad o herme-

¹⁰ La teoría del contrato social ya se manejaba por Occan y por Marcilio de Padua, pero Hobbes la sitúa como base del Estado.

nética jurídica de derecho positivo para crear una justificación del poder de fundamento ideológico-político-religioso. El mérito de ubicar definitivamente a la soberanía en el marco del derecho positivo, como atributo jurídico fundante del derecho constitucional (político) interno, le corresponde a Hobbes; también a él corresponde la responsabilidad por las tremendas confusiones que creó y por ser el origen de una contradictoria idea de soberanía que la presenta como justificación de toda acción que, en cualquier tiempo y sobre cualquier súbdito, el monarca absoluto quiera hacer, sin responder ante nadie ni permitir a los súbditos ningún derecho. Absurda idea que pretende que los seres humanos den todo el poder y facultades a otro ser humano, sin reservarse ningún derecho o garantía, y que lo hagan por ellos y por toda su descendencia en favor de un señor y de toda su descendencia, aunque ésta nada aporta, ni a nada se responsabiliza, ni nadie le puede pedir nada.

Esta caprichosa concepción, este enorme bolo intelectual indigesto dio argumentos tanto a los que sostenían la soberanía desarreglada con sus fatales consecuencias, como a quienes combatían la idea de soberanía porque la creían responsable de todos los abusos del poder despótico.¹¹

Poco más adelante, e inspirado en las mismas instituciones ordenadoras inglesas, Locke (1632-1704) por primera vez completa con coherencia los principales aportes de la teoría jurídica de la soberanía. El pacto social será sinalagmático, generará derechos y obligaciones para ambas partes. El común de las gentes otorgará al gobernante un poder absoluto, pero éste estará condicionado a ser fiel a su encargo: no desestructurar el Estado y atender a las necesidades y felicidad de los mandados; si no cumple, si traiciona el pacto, Locke admite el derecho de resistencia a la opresión, aunque con muchas dudas, por el peligro que conlleva de desestructurar el Estado, sin concretar en definitiva quién decidirá y quedándose en una vaga apelación al cielo. Pero aquí la teoría jurídica de la soberanía completa sus caracteres constitutivos que luego deberá perfeccionar y desarrollar: poder de mando ordenador interno supremo pero condicionado en su ejercicio y poder ordenador coordinado entre independientes en lo externo. La práctica política de las tres revoluciones que siguen a la de 1688 consolidará a través de las Cartas constitucionales a la soberanía como base jurídica del ordenamiento político interno en las democracias y las monarquías constitucionales. El mismo carácter revolucionario del proceso le aportará ribetes de gesta, elementos ideológicos y mixturas políticas en muchas de las interpretaciones.

En el entorno de estos tiempos, aunque algo después, Montesquieu (1689-1755) perfecciona la forma de responsabilizar al gobernante infiel y procura, aunque posiblemente sin tener conciencia de ello, encaminar el derecho de resistencia a la opresión por senderos jurídicos. Esto lo aporta a través de su idea de equilibrio de poderes, que en la práctica política interna se irá complementando con la creación de poderes

¹¹ El poder despótico no es soberano porque no se funda en la legitimación sino en la grosería de la fuerza o la insidia de las maquinaciones.

de contralor, las elecciones periódicas, la responsabilidad política y personal de los gobernantes por la desviación de sus actos de gobierno, etcétera. El recurso a la fuerza y la posterior legitimidad revolucionaria quedarán reservados sólo a los casos extremos que no se puedan solucionar de otra manera.

Por esta época Vattel (1714-1767), desde un enfoque jurídico-internacional, caracteriza la soberanía como un atributo indivisible e inalienable que dota a quien dispone de él de independencia exterior y de supremacía y majestad internas, pero que lo subordina al derecho de gentes y a que quien ejerza el poder lo haga de determinada manera porque reconoce abiertamente el derecho de resistencia a la opresión.

Por este mismo tiempo Rousseau (1712-1778) también vincula la soberanía con lo jurídico. Parte del pacto social y da la titularidad del atributo al común de las gentes, al pueblo. Su primera posición, revolucionaria y radical, propiciará interpretaciones políticas del atributo y pondrá a la sociedad en la inestabilidad real propia de las teorías de la soberanía del gobernante (monarca absoluto) como de los gobernados (el pueblo sin límites a su voluntad). Luego atenuará su posición.

Por último y en similar entorno temporal, Kant (1724-1804), desde un enfoque filosófico y político trascendente, realiza un importantísimo esfuerzo intelectual por desentrañar las claves de este paradigmático atributo de los Estados y proyectarlo hacia el futuro. Con él se llega a la forma más clara de presentación de la teoría jurídica de la soberanía, que legitima en lo interno un mando ordenador a partir del contrato originario, con responsabilidad de los gobernantes; y un mando coordinado por los Estados independientes en el exterior. Después de Kant se retomará por muchas corrientes la línea de Hobbes y la pretensión de una *soberanía desordenada* fuera de todo marco jurídico, como instrumento que explica cualquier conducta política respaldada por el interés y la fuerza.

Como se puede apreciar, la idea de soberanía jurídica recibe sucesivos aportes, algunos de ellos desviados y negativos, desde distintas vertientes y diferentes épocas. El Medioevo aporta la idea de instrumento de ordenamiento social; Maquiavelo, la de mando supremo sobre todos los asuntos dentro de una frontera; Bodin, la necesidad de que el mando esté justificado jurídicamente. La práctica internacional posterior a 1648 aportará la idea de independencia de los soberanos respecto a sus relaciones mutuas y la necesidad de justificar sus conductas recíprocas a través de reglas de un sistema jurídico de derecho positivo con estructuras de coordinación. Hobbes da a la teoría sus esenciales bases para ser jurídica: la justificación del mando mediante el pacto social, pero a la vez la desvirtúa, confunde y utiliza para sus propios fines, sentando las bases para la absurda y nefasta concepción de la *soberanía desordenada*; debería haber afirmado su carácter de idea fuerza justificante por legitimación, pero la convierte en un instrumento de uso político basándolo en ideas supuestamente religiosas. Locke, con el fin de justificar la revolución de 1688, recurre al atributo jurídico de la soberanía, al que aporta su naturaleza de atributo que justifica el poder ordenador por legitimación jurídico-positiva a partir de un contrato social de naturaleza jurídica a consecuencia del cual surgen responsabilidades para el gobernante que

traiciona el pacto, aunque no explica bien cuáles serán los procedimientos para responsabilizarlo. Montesquieu aporta la idea de *equilibrio de poderes* como forma institucional de evitar la opresión del que manda, lo que permitirá desarrollar después en la práctica política interna las instituciones jurídicas por las que pueda transitar el derecho de resistencia a la opresión fuera del último recurso heroico de la vía de hecho. Vattel ingresará definitivamente la idea de soberanía jurídica en el campo de las relaciones internacionales. Rousseau dará raíz humana al instituto al dar su titularidad y radicación al común de las gentes, aunque su primer posicionamiento político revolucionario conducirá a errores más explicables y compartibles, pero tan graves como los del autor del *Leviatán*. Kant será el que exponga la idea más clara y completa del atributo jurídico de la soberanía, preocupándose porque en su época no se había llegado aún al último esclarecimiento y previendo las favorables consecuencias que esto llegaría a tener para el mundo. Después, en lugar de esclarecerse, el problema de la soberanía se confundió en el pensamiento de los idealistas alemanes posteriores a Kant, quienes subliman al Estado y su poder, y en el de los transpersonalistas y autoritarios, que retornan con regocijo y maldad a Hobbes, sin siquiera pensar en el pueblo soberano de Rousseau. Todo esto puede explicar en la actualidad la existencia de prejuicios acerca de la soberanía y su verdadera naturaleza.

3.2. *Diferentes conceptos de soberanía en las distintas disciplinas*

No han contribuido menos a esta confusión los diferentes contenidos que se da a la expresión en distintas disciplinas del conocimiento humano, los cuales son válidos en su campo, pero resultan muy negativos al insertarlos en otros. En todos los casos el término *soberanía* mantiene algunos elementos comunes. Ella siempre indicó la existencia de una idea fuerza que afirma la necesidad de que en todo conglomerado social actuante dentro de ciertos límites opere un poder de mando superior, ordenador de la convivencia, que es ejercido por uno o más seres sobre el conjunto de esa sociedad, para que ésta se mantenga, evolucione y mejore. Pero luego, cada disciplina tiene sus propias exigencias que no deben confundirse

Filosóficamente el concepto de soberanía estará determinado por la posición que adopte el autor del planteo, y su validez resultará de la fuerza, profundidad y coherencia del pensamiento que lo concrete. En general se considera tal el atributo que posee el ser omnipotente y que explica su poder supremo ordenador de todo, incluso el cosmos; por ello la soberanía, en última instancia, correspondía al Dios creador o a los dictados del orden natural. En una visión más terrenal de esta perspectiva, ciertas corrientes filosóficas la atribuyeron a un ente perfecto creado por los seres humanos, el Estado, lo que lo autoriza a hacer toda su voluntad e imponerla.¹² El ejercicio de los

¹² Ésta es otra de las desafortunadas coincidencias que conducen a confusiones: para las corrientes transpersonalistas, ese Estado perfecto es el titular de la soberanía; para el derecho positivo actual, los únicos entes soberanos son los Estados. Pero allí se detienen las coincidencias.

poderes ordenadores basados en esta soberanía filosófica no estaban condicionados a nada, porque nada hay más allá de Dios, la naturaleza o de ese súper-Estado.¹³

Sociológicamente, a la soberanía se la considera también como un necesario poder supremo ordenador que debe existir en toda comunidad de seres humanos para que la ordene de manera tal que no se desestructure y le permita desarrollar las posibilidades para su mantenimiento, continuación en el tiempo y mejoras para el bien común. Pero allí termina esta postura; no es de su incumbencia si ese objetivo se logra a través del mando de todos sus miembros, de un solo rey bueno, de un despótico monarca absoluto, de un grupo político tiránico o de otra manera; no entra a determinar si el mando debe estar justificado o no.

Políticamente la soberanía también se identifica con la capacidad de poseer de hecho los recursos para disponer de un mando supremo e irresistible capaz de imponer su voluntad dentro de fronteras y, en las posiciones imperiales extremas, capaz de imponerse también fuera de ellas a todos los demás poderes. Desde este enfoque resulta indiferente si el ejercicio de ese mando está sometido a reglas¹⁴ o no lo está. El ejercicio de este mando puede no estar condicionado a nada, sino al realismo de los hechos y a los dictados de la prudencia. En este caso, si bien es un mando que procura y a veces logra imponer temporalmente el orden, éste no es estable y está siempre sometido al juego de las luchas entre los varios aspirantes a ejercer el poder, entre sí y con aquellos que se resisten a ser mandados. También el ejercicio de ese mando puede estar de alguna manera reglado y entonces, en algunos casos, puede haber importantes acercamientos con la idea jurídica de soberanía. En definitiva, componer ese desorden por la fuerza o por el esoterismo de la magia y la seducción serán las constantes tareas de los gobernantes que sustenten su poder en la idea de soberanía desordenada; otras serán las posibilidades de aquellos que acepten ciertos ordenamientos.

Por todo esto y por la importancia que tiene el término *soberanía*, hay otra dimensión para ella. En cualquier ámbito de las actividades humanas resulta muy satisfactorio ser considerado *soberano*, porque con esta expresión se invoca la ma-

¹³ El problema que presenta esta última perspectiva radica en que el Estado es un ente sin voluntad propia y que los humanos que lo dotan de esa voluntad pueden terminar siendo quienes se encarnan al poder sin estar justificados para ello. Esto condujo a las grandes arbitrariedades políticas amparadas en tales doctrinas y al desprestigio de éstas. Algo similar ocurre con las dos posiciones anteriormente mencionadas, ya que, si bien Dios posee voluntad propia y ésta puede ser atribuida a los designios de la naturaleza, estas voluntades no tienen una expresión directa y evidente que les sea propia y, en definitiva, son interpretadas (traducidas) por seres humanos. Los abusos de fundamentalistas religiosos y jusnaturalistas tardíos debilitaron estas percepciones. Además, en la práctica, cualquiera de las tres hipótesis, para funcionar correcta y eficazmente, requieren ser aplicadas en sociedades monolíticas, con una sola actitud cultural, un solo credo religioso o con una sola convicción política, lo cual evidentemente no ocurre con el reconocimiento de la diversidad y la multiculturalidad posmoderna.

¹⁴ Jurídico-positivas, del derecho natural (filosófico), de la omnipotencia de Dios, de los equilibrios de la naturaleza o de otro tipo.

jestad y el poder; entonces aparecen la asamblea soberana, la familia soberana, el consorcio de propietarios soberano, el gremio soberano, los legisladores soberanos, el capitán del buque soberano, etcétera;¹⁵ esta faceta de invocación mágica aumentó mucho las confusiones y propició gruesos errores conceptuales.

Por último, el término *soberanía* también aparece en el campo del derecho y recordemos que allí lo hace con dos connotaciones diferentes: la interna y la internacional. Esta ubicación renacentista es más tardía que la de los marcos sociológico y filosófico que la preceden desde el Medioevo y es un poco posterior a su significación política, pero esta última la precede en importancia, dado que Maquiavelo es bastante anterior a Bodin¹⁶ y se nos hace que con mayor difusión que éste.

No obstante, es en estos campos donde, históricamente, será más trascendente la aplicación del atributo. En el político, porque toda actividad política debe estar ordenada de alguna manera, requiere de la disponibilidad del poder para ejercerla en la práctica, y la soberanía consiste también en disponer de un poder ordenador para desarrollar la convivencia. En lo jurídico, porque el derecho es un factor de orden a partir de un mandato que tenga capacidad para imponerse,¹⁷ pero que además esté justificado y, como veremos en la sección 5, el recurrir a la teoría jurídica de la soberanía proporciona la mejor doctrina para justificar por legitimación el poder de mando ordenador supremo, pero condicionado, de unos seres humanos sobre los demás dentro de una sociedad.

3.3. *En conclusión*

Creemos que lo que ha contribuido a la aparición de confusos y poco fundados posicionamientos respecto a la teoría jurídica de la soberanía es: la tortuosa formación del concepto de soberanía, su origen en otras disciplinas desde las cuales pasa al derecho, su especial significado en esta ciencia, sus dos conceptos válidos dentro de ella, los malos posicionamientos de algunos muy prestigiosos autores a su respecto, sumados a sus válidas significaciones actuales en las distintas disciplinas, algunas de las cuales se han insertado indebidamente en el derecho, a todo lo cual se agrega el prestigio mágico de la denominación. Trataremos de explicar la importancia que para el equilibrio del mundo actual tiene retornar al concepto clásico de soberanía jurídica.

¹⁵ Esta posición está muy vinculada con la visión medieval de la soberanía (véase *supra*, sección 3.2).

¹⁶ Creemos que Maquiavelo hace importantes aportes a la teoría jurídica de la soberanía, pero el enfoque que tiene del atributo es básicamente político. También Bodin con sus trabajos persigue un fin político, pero su enfoque teórico de la soberanía es esencialmente jurídico. Véase al respecto H. Arbuét-Vignali (2004).

¹⁷ Esta constante relación entre derecho y fuerza resulta insoslayable: la fuerza sin derecho que la encauce resulta arbitrariedad, y el derecho sin fuerza que lo respalde resulta utopía.

4. Importancia de recobrar las ideas correctas de justificación del mando ordenador

A partir de fines del siglo XIX y especialmente después de mediados del siglo XX, se ha producido un cambio en la civilización tan importante como el que ocurrió en el Renacimiento y que condujo a la afirmación de los Estados nacionales y al redimensionamiento de la teoría jurídica de la soberanía, pero mucho más complicado, dado lo vertiginoso del proceso, ya que la tecnología actual determina que, apenas hemos asumido un desafío y podemos enfrentarlo, aparezcan otros nuevos para considerar y enfrentar.

Esto ha tenido importantes consecuencias en las relaciones interhumanas dentro de los Estados y en las relaciones internacionales; lo que obliga a sus sistemas jurídicos reguladores a adaptarse al cambio. Efectivamente, se han producido algunas importantes modificaciones, pero no se ha tomado conciencia de que los ajustes necesarios son más profundos que los intentados y que los avances jurídicos deben resultar proporcionados respecto al cambio de civilización. Creemos que parte de este retraso, significativo y peligroso, se debe a los prejuicios existentes acerca de la teoría jurídica de la soberanía, y que retomar la correcta conceptualización de ésta contribuirá, como ya lo pensó Kant en *La paz perpetua*, abrirá al mundo perspectivas más satisfactorias de convivencia generalizada.

Nosotros no somos especialistas en derecho constitucional y nuestros conocimientos de la política interna son los propios de un ciudadano responsable y pensante, pero nada más; tenemos una vinculación de medio siglo con el derecho internacional público y teorías propias a su respecto, lo que nos ha obligado a preocuparnos por las relaciones internacionales que son la fuente productora de ese sistema jurídico. La idea de soberanía es la clave de bóveda de las relaciones jurídicas y políticas, internas e internacionales. Haremos a continuación algunas reflexiones personales sobre su situación interna y expondremos nuestro pensamiento sobre la necesidad de avanzar en la situación internacional.

Hemos visto cómo ha costado en el ámbito interno superar la idea de mando absoluto, incondicional o condicionado sólo al más allá. También costó establecer un poder supremo e incontestado, pero condicionado y responsabilizando a quien lo ejerce. El establecimiento de estos elementos propios de la teoría jurídica de la soberanía, en el encare doctrinario, sufrió grandes dificultades para su análisis y concreción, también importantes retrocesos y graves confusiones; no obstante, se fueron afirmando en la práctica política de las democracias y las monarquías constitucionales. Esta evolución se dio en forma al menos satisfactoria en el marco de la antigua civilización.¹⁸ Con las nuevas realidades, con la tecnología que achica el mundo, con los

¹⁸ Nos referimos a la paulatina aparición, afirmación y mejoramiento de ciertos institutos: las elecciones periódicas de autoridades y su renovación como forma de juzgar la gestión, la extensión hacia el sufragio universal, las garantías electorales, la aparición de órganos de contralor (tribunales de cuentas, contencioso-administrativos, etcétera), el Defensor del Pueblo, los instrumentos de democracia directa para las resoluciones importantes y otros.

medios de comunicación de masas cada vez más omnipresentes y gravitantes en la psicología de los grupos humanos, con la complejidad y profundidad de los problemas que hace difícil decidir sobre ellos a quienes no tienen una preparación especial, con las posibilidades de eludir responsabilidades que es la resultante directa de todas estas complejidades, pensamos que los antiguos instrumentos de la ciencia y la práctica política interna exigen esfuerzos de recomposición. Actualmente al pueblo llano se le hace cada vez más difícil elegir con acierto al gobernante que defenderá sus intereses. No es fácil elegir lo mejor en el marco de una civilización de infinitos y tentadores ofrecimientos, y es complicado saber si la imagen que presentan los medios es real o está preparada para conquistar poder. Por esas mismas complejidades es difícil responsabilizar al gobernante con ecuanimidad y rigor. Es difícil también comprobar qué es lo que realmente desea y necesita el común de las gentes, las fuerzas sociales; es indudable que éstas procuran y merecen un papel directo más protagónico, pero muchas veces, al exigirlo por ciertos medios, han creado el peligro de desestructura del Estado, atacándolo y negando las bondades de un poder ordenador justificado; algunas veces esto ocurre porque el común de las gentes no tiene elementos para creer en las justificaciones de los gobernantes, y en otras ocasiones porque puede dudarse de que la pretendida voluntad del grupo actuante sea la propia y no esté encauzada por los medios técnicos de que algunos disponen para manipularla. Todos éstos son problemas que deben enfrentarse, analizarse y procurar superar para dar una importante participación directa en las decisiones al común de las gentes, sin que ello se haga por medios desestructurantes¹⁹ y sean la real expresión de la voluntad de quienes se manifiestan, para adquirir un equilibrio social cada vez más justo y sobre todo que continúe, como es la función del Estado, atendiendo al amparo de los intereses de todos, y no al de ciertos grupos o corporaciones. Nuestros conocimientos no pueden ir en este campo mucho más allá de entender que deben intentarse profundas modificaciones políticas sobre la base ordenadora de la teoría jurídica de la soberanía expresada tal como la concebimos y se originó y sin verla a través de los prejuicios de las interpretaciones desviadas.

En el campo internacional, algo más tenemos que decir. El orden internacional, desde mediados del siglo XVII, se estableció a partir del principio de la igualdad soberana de los Estados y el sistema del derecho internacional público que, por su estructura, permite subordinar a los sujetos sin afectar su independencia.

Los Estados así organizados, como proyección de estas concepciones, en el ámbito de sus relaciones mutuas y en los últimos 350 años, venían logrando la coordinación de un orden internacional justificado recurriendo a cinco instrumentos o prácticas constantes. El orden internacional era conducido a partir de la aceptación gene-

¹⁹ Después de muchos años y cuando parecía que el problema se encaminaba a su solución, los cambios de la civilización y el retraso en la evolución de las instituciones políticas nos vuelven a situar ante el mismo dilema de Locke.

ralizada *del atributo de la soberanía* como paradigma de un orden interno justificado por legitimación; este orden exterior era *coordinado exclusivamente por Estados soberanos*, los que estructuraron *un sistema de equilibrio multipolar de poderes* para su vinculación, disponiendo para ello de dos instrumentos: *la negociación y el recurso a la fuerza*, y regulando sus acciones por *un sistema de derecho internacional público* adoptado y adaptado para los fines propuestos.

El sistema estaba concebido para un mundo dual, aceptado y que funcionaba de una manera en ocasiones injusta, pero siempre equilibrada, coherente y previsible. La dualidad para el correcto funcionamiento se daba porque los asuntos que preocupaban en el ámbito interno y en el internacional eran normalmente diferentes y por lo tanto las relaciones políticas y su regulación jurídica en uno y otro sector eran distintos, compatibles y no presentaban sino ocasionales problemas. En el ámbito interno la soberanía atribuía un poder ordenador supremo, cada vez más realmente condicionado a un correcto ejercicio y justificado por legitimación a través de la aceptación de los mandados,²⁰ y en el ámbito internacional la soberanía creaba un poder ordenador coordinado que manejaba la relación de los intereses de las colectividades, pero dejaba fuera de él un extenso campo de dominio reservado a los Estados: el ámbito de su jurisdicción doméstica, que por entonces resultaba muy amplio.

La existencia de una autoridad que ordenara por coordinación en el campo internacional se justificó para los Estados por el respaldo que daban los protagonistas a sus propias acciones y por el sistema político del equilibrio de poder que permitía controlar los excesos de las potencias y mantenía una operatividad en las relaciones internacionales generalmente satisfactoria para la mayoría de los participantes.

Como las condicionantes de nuestra civilización fueron cambiando, todo esto dejó paulatinamente de funcionar, o de funcionar bien, desde fines del siglo XIX, y radicalmente desde la década de los noventa del siglo XX. Tal cosa ocurrió porque cayeron o se transformaron radicalmente los presupuestos que hacían funcionar al sistema.

Uno a uno fueron cayendo los paradigmas internacionales que hacían operable el sistema: el atributo de la soberanía deja de ser la justificación casi universal del ejercicio de un mando ordenador interno e internacional;²¹ el equilibrio de poder mul-

²⁰ Esto no siempre fue así, pero es la tendencia que se inicia con la doctrina de Bodin y que se va perfeccionando a lo largo del tiempo en los regímenes democráticos y las monarquías constitucionales. Tampoco siempre fue así en todos lados y hubo lugares y ocasiones en que la justificación del poder de mando interno radicaba abiertamente en otros fundamentos ideológico-religiosos o políticos, pero estos casos resultaron ser excepcionales y no afectan el balance general. Por último, mucho menos fue así en todo el mundo sometido a dominio colonial o imperial, que a fines del siglo XIX era casi todo el planeta (menos Europa, gran parte de América y algunos espacios de los otros continentes); en estos sectores, con injusticia, se imponía para hacerlos funcionar el juego del atributo de la soberanía, pero despojado de sus esencias internas: el condicionamiento a los ordenados.

²¹ A principios del siglo XX, salvo temporales regímenes de fuerza, la inmensa mayoría de los Estados independientes justificaban el ejercicio del mando ordenador interno por la legitimidad que le otorgaba la teoría de la soberanía, y los pueblos bajo dominio colonial o imperial dependían de Estados

tipolar deja de ser el esquema fundamental para el desarrollo de las relaciones internacionales;²² el recurso a la fuerza deja de ser un recurso político racional en las relaciones internacionales;²³ desaparece el protagonismo exclusivo de los Estados en estas relaciones,²⁴ y se difuman los criterios de distinción entre asuntos internos e internacionales.²⁵ En consecuencia, el derecho internacional público pierde sus bases operativas, si no en todos los ámbitos de las relaciones internacionales, en muchos de los cuales continúa siendo eficaz regulador de las situaciones que le son propias, sí en un gran número de novedosas actividades con incidencia interna e internacional equilibrada y donde compiten en todos los ámbitos, simultánea y conjuntamente, los intereses generales de los Estados con los corporativos de algunos grupos y con las apeten-

fundados en el mismo principio. Desde el primer tercio del siglo XX (marxismo-leninismo, nacionalsocialismo, fascismo, falangismo, corporativismo, régimen sagrado militar nipón, etcétera) y especialmente desde las décadas de los sesenta y setenta (descolonización y aparición de Estados en cuyas tradiciones culturales no entra la teoría jurídica de la soberanía), muchos Estados procuran la justificación del mando ordenador en concepciones ideológico-políticas o religiosas, en mesianismos personales o en predominios étnicos o tribales. Esto dificulta la relación de las diferentes concepciones que para sus compromisos externos no siempre aceptan las mismas reglas de juego que, por adhesión o imposición, antes eran comunes a todos.

²² El sistema funciona con algunas variantes desde Westfalia a la Segunda Guerra Mundial. La descolonización ingresa en el juego de las relaciones internacionales a un gran número de Estados de muy diferentes culturas, tradiciones, características, dimensiones y potencialidad, lo que primero dificulta y después golpea fuertemente el sistema conduciéndolo a una bipolaridad ideológica y luego a una situación muy ambigua, con una cierta hegemonía atemperada. Esto dificulta el mantenimiento de un orden internacional al menos previsible y estable.

²³ El poder de las armas de destrucción en masa, la interdependencia de todos los Estados, la globalización de los intereses, la variabilidad de los alineamientos y la influencia de Estados cuasihegemónicos hacen muy peligroso el recurso a la fuerza, aun en aquellas situaciones en que se recurra a ella en vía policial, aplicándola orgánica y colectivamente para respaldar el derecho. Esto hace dudar del sistema.

²⁴ Los intereses privados siempre incidieron en las relaciones internacionales, pero lo hacían a través de sus respectivos Estados. Los adelantos tecnológicos de esta civilización permiten que ellos jueguen directamente en el campo internacional, sin mediación alguna y aun sin disponer propiamente de fuerzas armadas o cuerpos diplomáticos. Es notoria la participación internacional directa de organizaciones no gubernamentales, de compañías comerciales, económicas o financieras, de asociaciones delictivas, mafias y grupos terroristas e incluso de simples individuos con conocimientos y equipos adecuados. Esto determina que a la lucha de los Estados por la defensa de sus respectivos intereses colectivos se sumen los enfrentamientos en defensa de intereses exclusivamente sectoriales o particulares, en ocasiones ilegítimos o perversos.

²⁵ Las comunicaciones en tiempo real, la posibilidad de negocios y operaciones electrónicas transfronterizas, los procesos de integración, el comercio internacional, la mezcla de las culturas y los gustos, los frecuentes viajes y continuos contactos humanos más allá de las fronteras para encuentros, cooperaciones y competencias diversas, etcétera, todo ello determina que se requieran regulaciones internacionales e internas en amplísimos campos antes reservados a la decisión exclusiva de cada Estado. Esto conduce a la necesidad de nuevas y diferentes estructuras jurídico-institucionales.

cias individuales personalizadas,²⁶ para los cuales no fue pensado ni resulta operativo. Para estas últimas situaciones deben crearse nuevos sistemas jurídicos y para ello es necesario retornar a las correctas fuentes de la teoría jurídica de la soberanía.

En un trabajo anterior,²⁷ afirmábamos que, en la medida en que se dan las nuevas circunstancias, las justificaciones internacionales desaparecen, el sistema político resulta inoperante y el jurídico evidencia sus carencias. Se impone procurar un nuevo orden justificado por la posibilidad de la participación de todos en la toma de decisiones.

Agregábamos que creíamos difícil, más bien imposible, reestructurar la situación retornando a las vías tradicionales que encontraban el apoyo a su justificación en la teoría jurídica de la soberanía de la primera generación (Bodin, Locke, Rousseau, Kant).²⁸ Decíamos también que la solución al problema requeriría fuertes cambios, creando estructuras internacionales comunes en las cuales sustentarse y un sistema jurídico que lo ordenara con justificación legitimando el ejercicio del poder ordenador y asegurando su contralor por los ordenados. Y para ello visualizábamos dos posibilidades: estructurar un sistema de equilibrio multipolar grupal (no entre Estados de poderío muy diferente, sino entre Estados y agrupamientos de Estados —comunidades— de relación más equilibrada) o el otro, y preferible, estructurar un novedoso mando supremo ordenador de nivel general, justificado ante la conciencia política y jurídica del común de las gentes agrupadas en Estados o grupos de Estados reunidos por sus afinidades. La nueva propuesta consiste en pensar que es posible establecer con carácter general, para importantes campos de actividades, un mando ordenador supremo, único y justificado por todos los ordenados a partir de los postulados de la teoría jurídica de la soberanía de la tercera generación.

Concluíamos en que esto resultaría trabajoso de concretar, pero que era posible hacerlo ya que entendíamos que las dificultades de un mando unificado en un mundo dividido no son mayores²⁹ que las que enfrentaba la Francia del siglo XVI cuando, como señala Bravo Gala (1985, XI ss.), Bodin aporta su teoría viviendo “[...] en el seno de una sociedad francesa [...] años difíciles para la monarquía francesa, llevada casi al borde del colapso por las guerras de religión [...]”.

²⁶ Grandes compañías, grupos religiosos, ideológicos, políticos, de opinión internacionales; terroristas, mafias, piratas internacionales.

²⁷ H. Arbuet-Vignali y L. Barrios (2003: 42-52).

²⁸ Mucho menos podría recurrirse a las negativas justificaciones de la endeble teoría jurídica de la soberanía de la segunda generación (Hobbes y sus seguidores).

²⁹ Salvo los ya señalados y que resultan de que el cambio de civilización actual es más radical, veloz y complejo que cualquier otro anterior.

5. Nuestra teoría jurídica de la soberanía de la tercera generación

5.1. Naturaleza

El derecho positivo vigente está compuesto por reglas creadas por seres humanos,³⁰ para ordenar su vida en sociedad; de ahí la íntima relación del atributo (ordenador) de la soberanía, con el derecho. Pero en tanto teóricamente³¹ la teoría sociológica, filosófica o política de la soberanía podría fundar un orden sobre el consentimiento de los ordenados sin garantías para ellos ni contralores de los gobernados sobre sus gobernantes,³² por definición el derecho positivo no puede hacerlo, de donde la soberanía, cuando se inserta como una idea fuerza en un sistema jurídico positivo, tampoco puede hacerlo porque está al servicio de éste y de su hermenéutica.³³

El derecho no puede ordenar a la sociedad de cualquier forma, sino de una manera especial: debe ordenar dando en primer lugar a los reglados certeza y seguridad en su vida en sociedad, y si esa sociedad tiene en común un ideal de justicia en razón de coincidencias religiosas, políticas o filosóficas, consagrando en sus normas ese ideal de justicia, y si las mencionadas coincidencias no se dan y la sociedad es plurirreligiosa, multicultural y admite muchas opciones políticas, concretando una idea de lo justo en común a través de los acuerdos que se plasman en las normas jurídicas. Por esta razón las normas jurídicas que regulan una sociedad y legitiman el ejercicio de un mando supremo o coordinado ordenador deben encontrarse justificadas ante el sentir, las necesidades y los deseos de los propios ordenados por tales reglas y aquellos que se someten a tal mando ordenador.

Las reglas jurídicas de derecho positivo deben ordenar obligatoriamente, pero también esas órdenes deben ser aceptadas por la inmensa mayoría de los ordenados a quienes las autoridades que las aplican no deben traicionar ni defraudar. Toda regla jurídica de derecho positivo interno o internacional constituye un mandato ordenador, por el cual se opta para mantener el equilibrio en una sociedad. Mientras esté vigente se debe cumplir, y cuando deja de ser adecuado a sus propósitos debe y puede modificarse o derogarse siguiendo el orden establecido por ellas mismas.

³⁰ En los regímenes democráticos y en las monarquías constitucionales, por el conjunto de seres humanos dentro de una fronteras (país) a través de las instituciones que ellos se han dado.

³¹ Decimos *teóricamente* porque en la realidad los seres humanos no proceden de una manera que signifique darlo todo, sin necesidad de hacerlo, voluntariamente, pero sin recibir nada a cambio.

³² Como lo pretendió Hobbes, que por ello se aparta de la teoría jurídica de la soberanía y adopta, en el fondo, un posicionamiento político y filosófico-religioso. Repetimos que esta posibilidad es teórica porque en la realidad, a partir de ella, no se establece un orden duradero y que pueda evolucionar, sino el quietismo de una imposición inestable, propensa siempre a desestabilizarse.

³³ En este supuesto es un atributo jurídico, no una categoría sociológica, ni una concepción filosófica, ni un supuesto político.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la experiencia histórica nos indica que el mando ordenador de uno o un conjunto de seres humanos sobre los demás que comprenden el grupo, para perdurar, ser estable e irse adaptando normalmente a los cambios que marcan las circunstancias, tiene que verse justificado ante el sentir de los mandados, éstos deben aceptarlo por alguna razón que les convence. Si no es así, todo dominio es inestable y caótico.

En esta oportunidad y referido a la naturaleza de la soberanía,³⁴ no nos interesa tanto evidenciar la importancia política que ha tenido desde el renacimiento esta idea, ya que resulta evidente para cualquier observador preocupado. Importa más, por no ser tan reconocido, poner en claro la importancia jurídica del atributo de la soberanía.

Una gran mayoría de los sistemas jurídicos internos y el derecho internacional público se fundamentan en el atributo de la soberanía y en el de la igualdad soberana de los Estados.³⁵ Tomando nuestro ejemplo más cercano, la Constitución uruguaya, fundamento jurídico y punto de partida y referencia de todo el derecho interno nacional, en su artículo 4 dispone: “La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes del modo que más adelante se expresará”. Las constituciones de los demás Estados que fundan su derecho constitucional en el acuerdo común, las democracias de cualquier signo y las monarquías constitucionales³⁶ contienen referencias similares a la soberanía, aunque pueden radicarla en otros destinatarios diferentes.

En el derecho internacional público ocurre algo similar. La Carta de las Naciones Unidas, al establecer sus principios, en el artículo 2, inciso 1, dice: “La Organización está basada en el principio de la Igualdad Soberana de los Estados”. A esto se debe agregar que los tratados de Westfalia (1648) y el derecho consuetudinario que se desarrolló a partir de ellos también se concretaron sobre la base del principio de la igualdad soberana de los Estados, el que es recogido expresamente en los tratados de Utrecht (1701-1715).

De lo que antecede debe concluirse que la clave de bóveda de los sistemas jurídicos internos que se basan en el acuerdo de los seres humanos y el de los sistemas jurídicos de coordinación, como el derecho internacional público, que se basa en el acuerdo de los conjuntos de seres humanos, se encuentra en la teoría jurídica de la soberanía. De esta afirmación resultarán importantes consecuencias tanto para los sistemas jurídicos, como para esclarecer el concepto de soberanía jurídica.

³⁴ En la realidad de los hechos, según el campo del quehacer humano en que actúe, su naturaleza será jurídica, política o de otra índole. Esto hay que comprenderlo por ser ella una percepción determinante y que permite no confundir dañosamente el papel de la soberanía en el campo del derecho, que es el que nos ocupa.

³⁵ También esto ocurre con el derecho comunitario, que, al originarse en actos del derecho internacional público (los tratados constitutivos), igualmente se funda a partir del principio de la soberanía jurídica.

³⁶ Por oposición a las tiranías, a los regímenes ideológico-religiosos o ideológico-políticos.

Los sistemas jurídicos de derecho positivo necesitan de un mando ordenador supremo y coherente que los ponga en práctica; requieren autoridades. Para que esas autoridades puedan ejercer el mando ordenador sin sobresaltos, a través del tiempo, con coherencia y eficacia, deben de alguna manera, cualquiera que ella sea, contar con la adhesión de la inmensa mayoría de sus ordenados.³⁷ Esta adhesión puede darse por respeto a la figura del que manda, por admirar sus cualidades, por pensar que es un dios o que es el intérprete de la voluntad de Dios, por reconocerlo como el creador o líder de una ideología política compartida, por pensarse que es el único que puede salvar al grupo de males mayores que lo acechan, o por otras razones de similar especie. Cualquiera de estas razones, para funcionar normalmente dentro de una sociedad, requiere ser aplicada en sociedades monolíticas, con verdades únicas casi universalmente aceptadas.

Esto último no ocurre con la inmensa mayoría de las sociedades internas actuales y mucho menos con la sociedad internacional. En esta circunstancia, para que los mandatos ordenadores sean aceptados y se pueda mandar (no sojuzgar), sus contenidos deben reposar sobre la aquiescencia de los mandados que los crean, aceptan someterse irremisiblemente a ellos y dan a las autoridades un mando ordenador supremo, pero a la vez las someten a su vigilancia y se reservan el derecho de castigarlas si actúan mal. Así se crea y funciona el derecho positivo, y la teoría jurídica de la soberanía aporta el atributo que justifica y explica por legitimidad la forma de crear ese poder, cómo transmitirlo a las autoridades, los límites que éstas tienen y las consecuencias de las infidelidades al pacto tanto de gobernados como de gobernantes. De ahí la importancia de una correcta interpretación y comprensión de la teoría jurídica de la soberanía en el marco de la actual civilización.

5.2. *Nuestro concepto de soberanía jurídica*

En una prolongada investigación hemos ido estructurando nuestra posición respecto a la teoría jurídica de la soberanía, y a través de su confrontación con lo que han sostenido los más importantes autores que se han referido al tema estamos procurando demostrar su validez.³⁸

Como consecuencia de nuestras investigaciones, pensamos que en el marco jurídico la soberanía es un atributo jurídico que internamente justifica por legitimación el ejercicio por parte de uno, de varios o de todos los miembros de una sociedad (los gobernantes), sobre el conjunto de todos (los gobernados), de un poder de mando

³⁷ Las concepciones filosóficas del derecho, al ser el producto de pensadores, pueden sostener y comprobar racionalmente que el sistema no requiere el respaldo de los súbditos o que le basta disponer de una estructura de aplicación perfecta, etcétera. Pero en la práctica esto no ha funcionado nunca bien por un tiempo considerable.

³⁸ Véase *supra*, nota 4.

ordenador supremo pero condicionado en su ejercicio. Exteriormente, siendo varios los soberanos, justifica la coordinación de los poderes ordenadores de los Estados para que en su conjunto reglen su convivencia mediante normas obligatorias que, por la forma en que se crean y aplican en la práctica, no afectan su atributo paradigmático.³⁹ Actualmente es un atributo exclusivo de un tipo de ente, los Estados independientes, que está directamente vinculado con sus habitantes y fronteras.

5.3. *La construcción doctrinaria y nuestras incorporaciones*

Ya vimos (*supra*, 3.1) cómo se fue formando la idea de soberanía jurídica a lo largo del tiempo y los diferentes aportes que a ella hicieron los autores, y también señalamos cómo se desvió su rumbo jurídico en los siglos XIX y XX. A estas últimas confusiones contribuyeron los distintos significados dados al término en las diferentes ramas del conocimiento y la forma en que se fue configurando la idea: con sucesivas aportaciones de diferentes autores en distintas épocas y formuladas desde perspectivas no siempre jurídicas (casos de Maquiavelo, Hobbes, Locke y Kant), y la mayoría de ellos extremadamente involucrados con su tiempo político. En estas condiciones, la formación de la teoría jurídica de la soberanía en el marco de la doctrina se fue concretando por yuxtaposición de sus elementos, sin que sus sucesivos creadores la formularan toda junta, de una vez, en forma coherente, directa y completa. Sucesivamente, algunos aportaban ciertos elementos y otros, unos diferentes; los esfuerzos se fueron sumando sin que nadie coordinara los anteriores y de allí se partiera hacia adelante. Ésta es la razón que nos mueve, en esta oportunidad, a procurar unificar la exposición doctrinal de la teoría, señalando nuestras incorporaciones.

En el marco del derecho (interno e internacional), *la soberanía es un atributo jurídico*, inserto en sistemas jurídicos de los cuales es el elemento fundante⁴⁰ y articulador; por lo tanto, es siempre un atributo cuya disponibilidad y ejercicio necesariamente están reglados, por su naturaleza y porque se trata de un factor ordenador establecido en la norma fundamental, la constitución o el tratado constitutivo. Estas ideas fueron insinuadas muy tangentemente por Maquiavelo, las concretó Bodin a partir de un derecho filosófico, las afirmó Hobbes en el derecho positivo con su idea de contrato social, pero inmediatamente la desconoció y confundió; las afirmó clara-

³⁹ Una exposición más amplia de nuestra posición puede verse consultando las obras citadas en la nota 4. El desarrollo de este planteo se hace *infra*, en la sección 5.3.

⁴⁰ Un sistema jurídico puede partir de las concesiones de quien dispone del poder y se autolimita en beneficio de sus ordenados; puede partir de las revelaciones del iluminado que interpreta cuál es la voluntad ordenadora de Dios o de la racionalidad positiva del sistema ideológico que desarrolla; o puede partir del acuerdo del común de las gentes, de todos los interesados, los gobernantes y los gobernados, y entonces este sistema de mando ordenador se funda y articula a partir de la teoría jurídica de la soberanía.

mente Locke y la desarrolló Kant previendo la importancia de una evolución progresiva. Los avances del derecho internacional público primero y luego del derecho constitucional en las democracias y monarquías constitucionales fueron concretando en la práctica estas características de la teoría; sin embargo, la doctrina no destacó el hecho con la firmeza necesaria y de ahí surgieron múltiples errores. Por esta razón y siguiendo la línea kantiana, nos ocupamos especialmente de reafirmar la naturaleza jurídica del instituto y la importancia que ella tiene en las circunstancias actuales.

La soberanía es una idea fuerza *que justifica por legitimación el ejercicio de un poder de mando ordenador*. Toda sociedad necesita de un mando ordenador (esto lo aporta la teoría sociológica y, de otra manera, también Maquiavelo) y la experiencia indica que ese mando, para ser estable, satisfactorio y duradero, debe encontrarse justificado ante el sentir de los mandados. Las vías de justificación pueden ser varias (véase *supra*, 3.1, y nota 9), pero todas ellas terminan en que la inmensa mayoría de los seres humanos ordenados, el común de las gentes, acepten, por alguna razón, ese mando. Si el fundamento del mando es arbitrario, la aceptación sólo se obtiene y sostiene por la fuerza, la argucia y la maldad; este mando siempre dura poco. Si el fundamento es la necesidad de evitar otros males más temidos, el mando sólo se sostiene mientras se den esas condicionantes que lo propician. Si el fundamento está en principios ideológicos, religiosos o políticos, la estabilidad se sitúa en la duración de la comunión en la misma fe o doctrina de la inmensa mayoría de los mandantes y los mandados. En las sociedades con pluralidad cultural, religiosa y política, que desean no obstante convivir, el fundamento del mando ordenador sólo puede ser jurídico de derecho positivo, afirmado a partir de las coincidencias de la mayoría de sus miembros en el orden acordado en el pacto social, la constitución, y mutuamente respaldado. En estas sociedades ese poder del gobernante sólo se justifica a partir de un compromiso con la comunidad, con el común de las gentes, con los gobernados, que en la plenitud de su libertad atribuyen la supremacía de los poderes de gobierno al gobernante, siempre que sus decisiones no trasciendan las fronteras y para que se ejerzan con la finalidad que exigen quienes se encuentran sometidos a él; esta última condición es fundamental porque su falta desnaturaliza el compromiso, éste deja de ser lo que era y la supremacía del poder tanto como su legitimidad se evaporan si el gobernante no la respeta (derecho de resistencia a la opresión). Para estructurar la justificación de este fundamento por legitimación, de una manera científica (ciencias jurídicas), objetiva (partiendo de la intuición, la razón y la experiencia) y comprobable por experimentación (las elecciones periódicas e instituciones similares) es que aparece y se desarrolla la teoría jurídica de la soberanía. La necesidad de justificar el mando por legitimación cuando se trata de una sociedad multidiferenciada la aporta Bodin y la reciben todo los clásicos hasta el siglo XIX, pero lo hacen en forma indirecta, sin destacarla como un rasgo esencial de la teoría jurídica de la soberanía, como si para el derecho sirviera y valiera cualquier mando; quizá esto haya ocurrido por el involucramiento político de los autores, ya que en política la justificación del mando, si

bien es buena y sana, no resulta ineludible y esencial como en el derecho de las sociedades ricas en diversidad. Destacar nítidamente este aspecto ha sido uno de nuestros aportes.

La justificación por legitimación, dentro de la teoría jurídica de la soberanía, significa que se trata de un atributo que se otorga *para ejercer un poder supremo, pero condicionado en su ejercicio*. Sin duda, ésta es la parte más difícil de entender y de aceptar de la teoría jurídica de la soberanía, y su inserción en el conjunto de sus elementos ha resultado la más trabajosa, indirecta y errática. Maquiavelo sólo muy tangencialmente condiciona el poder; Bodin lo condiciona filosóficamente y deja su control en el más allá; Hobbes le quita todo condicionamiento y este aporte negativo ha sido el que más confusiones ha ocasionado: para él, cuando se da el poder al gobernante, es para todo, en todas las medidas y por la eternidad. Locke revierte notoriamente estas perspectivas; claramente reconoce las condicionantes del mando, el que debe ser ejercido de determinada forma y, si ello no ocurre, el común de las gentes retoma su derecho a decidir de nuevo; allí se detiene este autor, porque no imagina procedimientos organizados jurídicamente para resistir a la opresión, y su natural —y lógico— respeto de la estructura del Estado lo hacen reacio a la oposición violenta, a la que teme por su potencial fuerza desestructurante. Vattel también admite claramente el condicionamiento del poder, el cual vincula con lograr el bien común de los ciudadanos y el respeto de las leyes fundamentales. Es el primer autor en reconocer abiertamente que, si el gobernante no cumple sus compromisos con el común de la gente, a ésta le asiste el derecho de resistencia a la opresión, pero tampoco procura formas institucionalizadas de ejercerlo, quedándose en el recurso a la fuerza. Montesquieu será el primero en encaminar esta solución institucionalizada con su teoría del equilibrio de poderes y las elecciones periódicas, y ella se irá concretando lenta, y aún no perfectamente, en la práctica política.

Entendemos que éste es el aporte más importante de la teoría jurídica de la soberanía a la paz social justa en lo interno y a la paz y seguridad internacionales. El mando ordenador supremo (interno) o coordinado (internacional) debe ser fuerte para ser operante y lograr sus propósitos, pero debe estar fuertemente condicionado para que no se transforme en injusto y desestructurante. La falta de esta condicionante desnaturaliza el compromiso (pacto social, constitucional o derivado del esfuerzo coordinado para establecer el sistema ordenador); éste deja de ser lo que era y la supremacía del poder otorgado, tanto como su legitimidad, se evaporan si el gobernante no lo respeta. Ésta es una condición esencial de la teoría jurídica de la soberanía y lo que diferencia el mando justificado del despótico, el poder supremo del absoluto, la seguridad colectiva de la hegemonía imperial.

El esencial aporte de la teoría jurídica de la soberanía es éste; no obstante, es también su elemento menos considerado. Sólo podemos explicarnos esta realidad en los vínculos entre lo jurídico y lo político que existieron y existen al respecto y en las pocas y dificultosas formas institucionalizadas disponibles para responsabilizar al gobernante infiel a su encargo.

Por mucho tiempo la única vía, y después la única usada en los casos más graves, fue la resistencia violenta a la opresión, con todos los peligros que conlleva⁴¹ y su virtualidad como elemento desestructurante. En forma paulatina, la práctica política interna resultante primero de la revolución de 1688, luego de las de los siglos XVIII-XIX y por fin del movimiento constitucionalista que culmina en Querétaro y Weimar, va afirmando la existencia de los instrumentos de control político institucional indispensables para el correcto funcionamiento de la teoría jurídica de la soberanía, encaminada hacia su tercera generación. Ya entrados en el siglo XX, la práctica internacional, por tortuosos y en ocasiones perversos caminos, consolidó la sustitución del principio de autotutela, muy próximo al estado de naturaleza, por el principio de la seguridad colectiva que se aproxima más al estado político. Todavía estos importantes avances, generalmente no relacionados por la doctrina con la teoría jurídica de la soberanía, no son suficientes, habida cuenta de los cambios de nuestra civilización. Precisamente, a esta altura de la civilización, cuando el recurso a la fuerza es muy peligroso en lo interno (costos sociales y económicos, peligros de despotismo o desestructuración) y más en lo internacional (desaparición de la actual civilización), deben intensificarse los esfuerzos para estructurar orgánica y científicamente esa resistencia a la opresión.⁴² Para ello, la teoría jurídica de la soberanía es un instrumento cuyo desarrollo puede brindar al sistema gran eficacia; a los conductores, responsabilidades, y al común de las gentes, felicidad, ya que la conducción significa que el gobernante que recibe el poder sólo puede usarlo para lo que se le dio: mantener las estructuras del Estado y, por su intermedio, lograr la felicidad de todos.

Este atributo que justifica por legitimación un poder supremo pero condicionado *se ejerce dentro de fronteras, es histórico porque no siempre existió y, hasta ahora, sólo fue reconocido a los Estados*, ya que aparece junto a éstos en su dimensión nacional. No es inherente a los Estados, como lo son otros elementos;⁴³ por lo tanto, existen Estados que no son soberanos⁴⁴ y el atributo podría ser reconocido a otro tipo de ente, siempre que en él se den ciertas condiciones estructurales.⁴⁵

⁴¹ Tratándose de situaciones de hecho, admiten en principio varias perspectivas y en definitiva quien triunfa parece tener la verdad (principio de la efectividad), aunque ello no sea así y la nueva legitimación, sea de origen revolucionario o conservador, en definitiva siempre se base en el hecho.

⁴² En lo interno (elecciones periódicas, control de la gestión del gobernante, juicio político, etcétera) y en lo internacional (sistema de seguridad colectiva, equilibrio multipolar grupal, mando supremo ordenador, justificado y condicionado en ciertas áreas de actividad, etcétera).

⁴³ El territorio, la población, la interrelación gobernantes-gobernados, una razón (la teoría de la soberanía u otra) que justifique y explique el ejercicio del mando ordenador.

⁴⁴ Por ejemplo: los estados partes de un Estado federal.

⁴⁵ En el ente de que se trate, los seres humanos o los conjuntos de seres humanos que lo integren deberán estar sometidos a un poder ordenador, ejercido como supremo por algunos de ellos, pero condicionado a ser usado para lo que se da: mantener un orden positivo y la satisfacción generalizada de todos.

Como vimos, el atributo no se conoció antes de la Edad Media, y en ella tuvo significados parecidos al actual, pero no idénticos. Recién Maquiavelo lo enmarca en fronteras, como mando en todos los asuntos, y lo atribuye a la señoría, lo que después será la república, el reino y en definitiva el Estado. En esto la doctrina posterior no cambió, aunque cabe señalar que nunca se dio a las fronteras la importancia que revestían en el funcionamiento del ámbito jurídico de la soberanía (véase más adelante en esta sección), lo cual ocasionó confusiones y problemas.

A la concepción que históricamente aparece con Maquiavelo, de un mando ordenador único y supremo para todos los asuntos que ocurren dentro de una frontera, se añade posteriormente la de un mando ordenador coordinado, fuera de las fronteras de los Estados, determinado en principio por la práctica de éstos, llevado a lo jurídico especialmente por Grocio y otros autores antiguos y sistematizada en definitiva por Vattel.

Entendemos que es importante recalcar que la soberanía es un atributo histórico de los Estados y que, así como éstos no contaron con él por mucho tiempo y ahora hay Estados que lo son sin ser soberanos, la soberanía como idea fuerza puede desaparecer del marco jurídico y político⁴⁶ de los Estados; pero ello no sería un hecho menor e implicaría una revisión y adecuación total y profunda tanto de la política como del derecho, internos e internacionales. Lo mismo ocurriría si, como es posible, otros entes en lugar o además de los Estados pudieran tener la calidad de soberanos.

En el marco de la actual civilización, la funcionalidad de las fronteras ha cambiado: de amplios o abruptos espacios para defensa del núcleo central de los Estados,⁴⁷ han pasado a ser puntos de comunicación, intercambio y cooperación. Y aun cuando esto no ocurra, han perdido definitivamente su calidad de bastión defensivo: la tecnología las ha transformado en perforables en múltiples aspectos y esto, junto con la interdependencia consecuente, en blandas y abiertas. Ello crea y propicia situaciones que se tornan incontrolables para los viejos estilos cuando pretenden encauzarlas con esfuerzos aislados dentro de cada frontera.⁴⁸ Tampoco pueden ser satisfactoriamente controlados por los procedimientos clásicos de la política y del derecho internacionales consecuentes al concepto tradicional de soberanía con fronteras bastión.⁴⁹ Y cuando se ha pretendido encarar estos nuevos problemas a partir de los antiguos instrumentos, las soluciones resultaron parciales y muchas veces perversas, o al menos no justificadas, con lo que crearon conflictos y el peligro de intervenciones y hegemona-

⁴⁶ En cambio, no creemos que, mientras existan Estados, pueda desaparecer como categoría sociológica. Y otras concepciones, como la filosófica, son independientes de la idea de Estado.

⁴⁷ Las marcas de los marqueses, los mares, los desiertos, las altas montañas, los caudalosos ríos, etcétera.

⁴⁸ Las nuevas realidades del terrorismo, las mafias, el narcotráfico, la piratería, la manipulación de la información, los movimientos financieros, etcétera, internacionales.

⁴⁹ Profundas dificultades para una regulación eficaz del gobierno del riesgo, de la protección de los derechos humanos, de la seguridad internacional, etcétera.

nías.⁵⁰ No obstante, las fronteras continúan siendo no sólo necesarias, sino también beneficiosas para el mantenimiento de una positiva multiculturalidad y para el amparo de la autodeterminación de los pueblos. Creemos que no pueden ni deben desaparecer, sino que deben mantenerse pero asumiendo que ha cambiado su papel y obrando en consecuencia.

Con esto tiene mucho que ver la teoría jurídica de la soberanía. Esta idea fuerza desde el Renacimiento se ha ido adaptando a todas las circunstancias, cambiando en sus formas y manifestaciones, pero manteniendo siempre una misma esencia. Siempre que se recurrió a la categoría *soberanía* se trató del poder del Estado nacional, que daba su batalla junto a sus iguales para mantener su individualidad, su independencia, defenderse de sus enemigos exteriores, aumentar su bienestar y excluir de sus asuntos exclusivamente internos a los demás Estados, y de éstos y las decisiones internas a toda otra estructura (interna o externa) que no respondiera a la organización de cada Estado prevista en su constitución (antiguos poderes feudales).

La soberanía siempre ha sido la idea fuerza clave estructural e indiscutida de toda organización estatal interna multicultural y de toda estructura de relacionamiento externo de los Estados con diferentes concepciones políticas, sociales y filosóficas. Pero sus manifestaciones y puntos de interés no siempre fueron los mismos; las relaciones entre soberanos y de éstos con otras estructuras no siempre fueron iguales, y en circunstancias muy especiales su titularidad, hasta ahora sólo de los Estados, puede llegar a cambiar o a sumar protagonistas.

La incidencia de la actual civilización, que modifica en mucho la función de las fronteras, exige una readecuación de la teoría jurídica de la soberanía, no en sus consecuencias, que han sido y será las mismas, sino en la manera de manifestarse y funcionar, la que siempre se ha ido adaptando a los tiempos. La frontera sigue siendo útil para permitir a cada Estado nacional resolver por sí solo los asuntos que sólo a él interesan y para mantener las identidades que lo diferencian de los demás, sin perjudicar a los otros, y que en su conjunto enriquecen la multiculturalidad. Para estos efectos es necesario mantener la actual relación de fronteras y teoría jurídica de la soberanía: hacia adentro, ejercicio de un mando ordenador único y supremo; hacia fuera, desarrollo de un mando ordenador coordinado. En otros conjuntos de actividades y competencias, donde las fronteras ya han sido perforadas y han perdido su sentido tradicional,⁵¹ son necesarias nuevas relaciones. En estos campos debe mantenerse la

⁵⁰ Más allá de posicionamientos políticos parciales: la Guerra del Golfo, el conflicto yugoslavo, los problemas en África, las acciones en Afganistán e Irak, etcétera.

⁵¹ El comercio internacional, los mensajes a través de comunicaciones clásicas desarrolladas y nuevas como Internet y otras, la prospección satelital de riquezas naturales, el seguimiento satelital de personas y acontecimientos internos, la polución por desechos transfronterizos, las mafias internacionales, etcétera.

soberanía jurídica de los Estados, aunque se transfieran temporalmente poderes de gobiernos en ciertos ámbitos comunes (véase más adelante en esta sección), pero deberá ajustarse la mencionada relación: hacia adentro, ejercicio de un mando supremo y único sólo para mantener las identidades diferenciales y el manejo de los asuntos que interesan exclusivamente a cada Estado en particular; hacia adentro y hacia afuera, un mando justificado, supremo, único, común y condicionado en su ejercicio para los asuntos en que se haya decidido que son preocupación y de interés de todos los Estados según su decisión y que los afectan en conjunto y por igual, dada la realidad de la actual civilización;⁵² por último, hacia afuera, en los demás asuntos que no tienen las peculiares características antes señaladas, un mando ordenador coordinado como lo es el actual en las relaciones internacionales. Todos estos cambios, aunque políticamente son difíciles de lograr, son susceptibles de concretarse en el marco de la actual teoría jurídica de la soberanía, atributo histórico que se adecua a los tiempos y que es capaz de mantener sus esencias adaptándose a las exigencias de las diferentes épocas.⁵³

Se ha denominado *soberanía* al conjunto de poderes que permiten dentro de fronteras el ejercicio de un mando ordenador supremo *de uno o unos seres humanos (los gobernantes) sobre el conjunto de la sociedad (los gobernados) y, además, la potestad de ejercer tal poder*, el cual en el marco de la teoría jurídica de la soberanía deberá estar justificado por legitimación. Respecto a la soberanía siempre resultó clara la distinción entre gobernantes y gobernados. Los primeros fueron uno (monarquía), varios (aristocracia) o todos (democracia) los miembros de la sociedad.⁵⁴ En cuanto a los gobernantes, las variantes doctrinales no se produjeron en cuanto a quiénes podían serlo, sino en cuanto a la preferencia por un tipo u otro de gobierno y en razón de cómo se comportaría éste según la modalidad por que se optase (monarquía absoluta o constitucional, características y deberes del grupo oligarca, democracia directa o representativa, etcétera). En cuanto al grupo de los gobernados, ha existido un posicionamiento radicalmente diferente entre aquellos que en él sólo incluyen al resto de la sociedad no gobernante (absolutistas como Hobbes y el

⁵² Véase *supra*, nota 50. Sobre prácticas similares ya existe experiencia, aunque de alcance regional y comenzando por las competencias económico-comerciales y energéticas, en el sistema de derecho comunitario de la Unión Europea.

⁵³ En realidad, las exigencias de nuestra civilización son las que más requieren de las estructuras de la teoría jurídica de la soberanía para garantía de los seres humanos, su felicidad y la autodeterminación de los pueblos. Debe reconocerse también que las desviaciones doctrinarias y los intereses políticos han mostrado a la soberanía como el principal enemigo de los individuos, los pueblos y las democracias, opiniones y prácticas que deben ser corregidas.

⁵⁴ No se hace referencia a la tiranía o el despotismo, porque en cualquiera de sus diferentes formas (del monarca, de la asamblea o del pueblo) se trata de una forma desarreglada (se puede hacer todo lo que se quiera en la medida del poder de que se disponga) y por lo tanto no es jurídica ni responde a un orden soberano, sino a una imposición fáctica.

Rousseau de la primera época, los transpersonalistas decimonónicos, etcétera) y los que incluyen en el grupo a toda la sociedad gobernada, tengan o no sus integrantes responsabilidades de gobierno (esta posición que pone al gobernante bajo reglas aparece con Locke, es la definitiva de Rousseau, se clarifica con Kant y nosotros la compartimos plenamente dentro de la teoría jurídica de la soberanía de la tercera generación).

Fuera de fronteras, en el ámbito internacional, donde es indudable que en un sistema político de equilibrio de poderes, regulado por un sistema jurídico de coordinación, no hay forma de distinguir gobernantes de gobernados, porque todos son ambas cosas a la vez,⁵⁵ es por ello que nadie ejerce allí el poder soberano como gobernante, sino que todo el conjunto de Estados coordinan sus poderes soberanos para ordenar el grupo.⁵⁶

La segunda afirmación, que el atributo jurídico de la soberanía da a quien lo posee la potestad de ejercer el poder ordenador sobre los gobernados (sean éstos el resto o el conjunto de la sociedad), es de una aceptación doctrinal y práctica que no muestra excepciones. No obstante, el determinar cuál es el contenido de esa potestad y quién es el que realmente la ejerce ha sido fuente de innumerables posicionamientos equivocados, confusos y muy perjudiciales para la correcta comprensión de la teoría jurídica de la soberanía. Todos los autores han sido confusos y muchas veces claramente equivocados en cuanto al contenido de la potestad, que muchas veces identificaron con el ejercicio inmediato de los poderes ordenadores (de gobierno), que son la consecuencia necesaria de la soberanía. El error es claro en Maquiavelo, Bodin, Hobbes, en la primera época de Rousseau y en los transpersonalistas del siglo XIX, y la confusión aún se mantiene en Locke, Kant y el pensamiento actual.

Estos desarrollos confusos que hemos expuesto nos han conducido a plantear dos claras distinciones, las que en algunas ocasiones han sido insinuadas por la doctrina anterior, pero nunca planteadas frontalmente. Las consideramos dos de las más importantes contribuciones nuestras a la teoría jurídica de la soberanía.

Tratándose la soberanía de un atributo que da derechos que permiten usar la fuerza para ordenar la sociedad en cierto sentido, siendo la soberanía un atributo jurídico, primero *debe distinguirse entre el titular del derecho, el radicante, el ser o grupo humano que la ejerce en su inmediata integridad y plenitud en nombre de aquel, y el ejecutor de los poderes consecuencia necesaria del ejercicio de la soberanía*: el o los órganos (poderes de gobierno) encargados de ejercerlos. Des-

⁵⁵ Esta afirmación que es para nosotros radical en el marco de las ciencias jurídicas (*deber ser*), no nos cierra los ojos a las realidades (*ser*) como la contemporánea, donde no todos, ni la mayoría de los Estados están en condiciones de ejercer plenamente sus derechos. Ésta es una circunstancia fática y el derecho respaldado por fuerzas ordenadoras (soberanía) está llamado a cambiarla mejorándola.

⁵⁶ Que ocurra otra cosa, puede ser una cuestión política, siempre será de mero hecho y no tendrá valor jurídico, aunque no se le pueda castigar.

pués será necesario aclarar cuál es el contenido sustancial de ese derecho, de esa potestad de actuar legitimado que tiene el soberano supremo o coordinado.

El titular del atributo de la soberanía es el Estado, o sea, esa peculiar forma de organización política que se concreta cuando un grupo humano —la población— que posee ciertas peculiaridades que lo acercan, lo identifican y lo diferencian de otros,⁵⁷ se instala sobre un territorio determinado que ocupa en exclusividad⁵⁸ y se da una organización político institucional determinada, con autoridades supremas en el ámbito interno e independencia en el ámbito internacional. Ese ente, esa persona jurídica llamada Estado y que hemos definido siguiendo la doctrina tradicional, es el titular del atributo de la soberanía. La soberanía es un atributo que desde el Renacimiento hasta hoy sólo perteneció a los Estados independientes, sujetos del derecho internacional y protagonistas de las relaciones internacionales: sólo esos Estados son soberanos y todos los Estados que están en esas circunstancias lo son.

Tratándose el Estado de una persona jurídica, ese ente colectivo requiere para obrar, para ejercer sus derechos y adoptar decisiones, de voluntades humanas cuyos efectos se imputen al Estado y no a los seres humanos que actúan. Para ejercer los derechos de soberanía, para adoptar las últimas decisiones, los Estados organizados políticamente han recurrido a un ser humano (monarca absoluto), a un grupo de ellos (asamblea) o a su generalidad (el pueblo, la nación), quienes no son el soberano (que lo es sólo el Estado) ni poseen sus derechos, sino que constituyen el soporte de los órganos habilitados por la constitución política para expresarse legítimamente en nombre de aquél. Este conjunto humano que denominamos *radicante* de la soberanía, al actuar en tal carácter de acuerdo con la constitución política respectiva, ejerce una voluntad y adopta unas decisiones que se imputan al Estado y cuyas consecuencias recaen en todo el conjunto que el Estado constituye. Entre las decisiones que debe adoptar esta persona o grupo (el radicante) están aquellas que organizan políticamente al Estado, y entre éstas, una de las más importantes consiste en establecer su estructura orgánica a efectos del ejercicio de los poderes de gobierno y en determinar los órganos y los soportes que se encargarán de ellos, los cuales pueden ser internos o internacionales. En esto consiste el ejercicio del poder constituyente del Estado; este poder es propio y exclusivo del soberano, quien a estos efectos actuará a través del radicante de la soberanía en el sistema político de que se trate. El radicante, al no

⁵⁷ Son características de la población, entre otras: un mismo origen histórico o étnico o una determinada mezcla de ellos; el idioma, los usos, costumbres o la cultura común; epopeyas y desgracias, triunfos y dolores compartidos; la adhesión a una determinada forma de vivir, ideología u organización política, etcétera.

⁵⁸ El ámbito territorial puede cambiar a lo largo del tiempo, pero debe de ser preciso y delimitado, aunque es admisible la existencia de fronteras litigiosas, precarias, deficientemente establecidas o con límites atípicos. También el territorio puede albergar grupos humanos transeúntes que convivan temporalmente con la población o minorías que no la integren. Estas circunstancias que no desnaturalizan la esencia del Estado nacional pueden dificultar su vida política interna o internacional.

ser titular del derecho, pese a su importancia, tiene límites a su actuación. La adopción de decisiones soberanas por el radicante en nombre del Estado estará siempre enmarcada en los límites de la razonabilidad: el poder soberano no debe destruirse a sí mismo, pues se trata de un principio ordenador al que se recurre para permitir la existencia del ser humano en sociedad, por lo cual, el radicante de la soberanía no podrá decidir el caos o la anarquía bajo pena de destruir su propia capacidad de decisión y destruir también el sistema para cuya preservación fue admitido el atributo.

Los otros poderes, no el constituyente sino los complementarios de gobierno (legislativo, ejecutivo, jurisdiccional, de contralor, etcétera), podrán ser ejercidos directamente a través del radicante (democracia directa o monarquía absoluta), o por las autoridades nacionales o internacionales a las que se los encarga el Estado, a través de la voz del radicante, al establecer el sistema constitucional. La teoría jurídica de la soberanía permite a los gobernantes administrar con discrecionalidad los poderes de gobierno que son la consecuencia directa de la soberanía, pues ésta es la única manera de lograr establecer un orden operativo. En cambio, la acción del gobernante no podrá ser desarreglada, arbitraria ni excesiva respecto al fin perseguido; para evitar esto, la teoría jurídica de la soberanía determina la existencia de límites muy precisos que provienen de la naturaleza y los fines del atributo, tanto en sus manifestaciones jurídicas internas, dentro de las fronteras, como en sus expresiones jurídicas internacionales, en relación con sus pares.

Distintuir claramente estos papeles de titular, radicante y ejecutor de los poderes de gobierno y sus respectivos soportes resulta muy importante porque la doctrina, si bien generalmente ha atribuido la soberanía al Estado, también ha llamado soberano a quien ejerce los poderes de gobierno (el rey, el rey-en-el-parlamento, el senado, el pueblo en la primera concepción de Rousseau); esto ha conducido a una perjudicial confusión que consistió en creer que es inherente e inseparable de la soberanía el ejercicio de los poderes de gobierno y que, si no se ejercen éstos directamente por la autoridad nacional, la soberanía del Estado se pierde, se disminuye o se divide. Esto no es así.

En el marco jurídico, el disponer del atributo de la soberanía concede muy pocos derechos, pero éstos son esenciales y básicos; se trata de la potestad de las potestades: adoptar la última decisión y poder modificarla. En el ámbito interno existe un solo soberano; éste es supremo y está legitimado para adoptar la última decisión que ningún otro poder material tiene derecho a modificar, pero que no es nunca la última, porque el propio soberano siempre tiene la posibilidad jurídica de cambiarla. En el ámbito internacional, los soberanos son muchos e iguales entre sí; en él la soberanía legitima la independencia de los Estados respecto de todo otro poder material y la igualdad entre los pares; en este marco, la soberanía no se ejerce sino que éstas se vinculan libremente. Pretender en el ámbito internacional ejercer la soberanía en forma igual que en el ámbito interno no condice con el origen histórico del instituto, ni con sus númenes filosóficos, ni con sus formulaciones políticas y jurídicas.

Internacionalmente, la soberanía atribuye al Estado el derecho de hacer la siguiente opción: o se aísla de sus iguales soberanos⁵⁹ y en ese caso no se somete a ningún tipo de reglas jurídicas externas, porque ellas no resultan necesarias para regular una relación que no existe, o se relaciona con sus iguales y entonces tiene derecho a participar directamente en todas las etapas del sistema jurídico que regula sus relaciones mutuas (creación y vigilancia del cumplimiento de las reglas y castigo de sus infractores, dentro de un sistema jurídico de coordinación). Pretender otra cosa, como lo sería la legitimidad para hacer todo lo que se esté capacitado fácticamente de concretar, sin otro límite que la voluntad de cada Estado, sería contradictorio porque la soberanía no puede legitimar la anarquía o el caos, ni el destruirse a sí misma, ya que también, en definitiva, en el ámbito internacional mantiene su naturaleza de principio ordenador de relaciones. En otras palabras, la soberanía otorga a su titular la última decisión en todos los asuntos que lo afectan o en los que decida intervenir.⁶⁰

*Esta potestad de las potestades, o sea, la legitimidad de adoptar la última decisión en todos los asuntos que lo afectan o en los que decida intervenir, no se ejerce siempre de igual forma. En el ámbito interno y en aquellos que sólo interesan al Estado soberano de que se trate,*⁶¹ la última decisión y la posibilidad de revisarla

⁵⁹ Actualmente, por la forma en que el mundo se ha tornado interdependiente, esta opción es improbable de concretar en la realidad, pero resulta racionalmente posible si se está dispuesto a asumir los costos que conlleva por las consecuencias perjudiciales que ocasionaría. Además, hasta hace poco más de una centuria existieron, excepcionalmente, centros de poder que se aislaron.

⁶⁰ Este concepto es muy importante para despejar algunos equívocos y aportar claridad conceptual al problema que nos ocupa. Es un error frecuente identificar la soberanía con el ejercicio de los poderes de gobierno, que son una de sus consecuencias. A partir de tal equívoco se suele pensar que, si el Estado no ejerce directamente todos los poderes de gobierno, no es soberano, o comparte la soberanía, o ésta se disminuye o se menoscaba. El error proviene de una actitud mental conservadora que al procurar el fundamento jurídico-filosófico de las realidades políticas ha quedado fluctuando entre la concepción estamentaria medieval y el absolutismo de los tiempos modernos. En realidad, el ejercicio de poderes de gobierno es una consecuencia inmediata de la soberanía, pero no sólo de ella, ya que también los faraones, el César, los poderes feudales, los Estados federados y otros los han ejercido. Lo que es propio y exclusivo del soberano es constituir el único poder legítimo, supremo en un ámbito geográfico determinado e independiente de todos los demás, que tiene un derecho exclusivo, inherente, imperdible si no es por la vía del hecho, de adoptar las mencionadas *últimas decisiones*. Entre esas últimas decisiones se encuentra la de decidir si ejercer directamente los poderes de gobierno (el monarca absoluto y la democracia directa) o confiarlo a órganos nacionales (el Parlamento, el Poder Judicial, etcétera), el transferirlos temporalmente a órganos internacionales supranacionales (caso de la Unión Europea) o ejercerlos coordinadamente con otros soberanos a través de organizaciones internacionales intergubernamentales, como ocurre con la Comisión Administradora del Río de la Plata (artículo 66 del Tratado) o con la autoridad de los Fondos Marítimos y oceánicos. En ninguno de estos casos los órganos internos o las organizaciones internacionales disponen del atributo de la soberanía, que sólo pertenece a los Estados.

⁶¹ Por ejemplo, organización político-institucional: democracia parlamentaria, presidencial o popular; monarquía absoluta, constitucional o teocrática, etcétera; distribución y organización de los poderes de gobierno: Ejecutivo unipersonal o colegiado, electivo o dinástico; Legislativo directo o

estableciendo una nueva y diferente última decisión siempre es una posibilidad exclusiva y excluyente del soberano.⁶² En tal ámbito, el atributo legitima la supremacía del Estado y su potestad exclusiva de decidir en todos los asuntos que no trascienden sus fronteras; también legitima el establecimiento de autoridades que ejerzan los poderes de gobierno y ordenen la vida en sociedad, las que actuarán según su inteligencia, siempre y cuando ejerzan tal poder en determinada forma. *En el ámbito internacional* hay sólo una última decisión que es susceptible de iguales consecuencias, es decir, de ser revisada en cualquier momento y sustituida por una nueva “última decisión” en forma totalmente individual y discrecional: la decisión de aislarse⁶³ y no necesitar de las normas del derecho internacional. En este ámbito, una vez que se adoptó la decisión de relacionarse y regularse jurídicamente por un mando ordenador coordinado, las supresiones y modificaciones a las reglas deben coordinarse, y la decisión de aislarse (total o parcialmente) nuevamente debe adoptarse según las reglas anteriormente pactadas. En estos últimos casos no se trata de la soberanía de un solo Estado que juega en solitario en un ámbito que le es propio, exclusivo y excluyente de toda otra pretensión, sino del conjunto de las soberanías de varios Estados que independientemente decidieron entrelazar sus destinos para obtener ventajas y se comprometieron a hacer todo lo que libremente acordaron, fundamentalmente a respetar en esa relación sus respectivas soberanías.⁶⁴

El ejercicio de la soberanía en el ámbito interno y en el internacional responde a idénticas esencias. Pero, en tanto la exclusividad de la decisión permite la supremacía en lo interno, en lo internacional la comunidad de intereses asegura la igualdad e independencia a través del respeto mutuo y el honor del compromiso asumido. Para mantener idénticas consecuencias esenciales, la forma de ejercer el atributo debe variar.

La soberanía, atributo jurídico con repercusiones políticas, por su naturaleza está sometida a reglas y no puede legitimar en el ámbito jurídico internacional la pretensión de hacer todo lo que se esté capacitado para concretar, sin otro límite que la voluntad del sujeto, porque, por definición, el derecho no puede legitimar la anarquía o el caos, y porque, si así se entendiera, la soberanía se destruiría a sí misma,⁶⁵ lo que jurídicamente no es concebible.

representativo, uni o bicameral, posibilidad de transferirlo a organizaciones internacionales, etcétera; establecimiento de distintas reparticiones territoriales y diferentes tipos de contralor, etcétera. En todos los casos, siempre que libremente no se haya asumido un compromiso internacional previo.

⁶² Tratándose de un Estado independiente, sólo él establece su Constitución y el sólo es quien puede mantenerla o modificarla en cualquier momento y sentido. También es el Estado soberano el que establece la forma interna de todas las relaciones, sin admitir injerencia externa alguna, y es el único que puede modificarla cuantas veces lo estime conveniente.

⁶³ Véase lo expuesto *supra* en nota 58.

⁶⁴ Sobre este punto ver H. Arbuét-Vignali (1998), H. Arbuét-Vignali y L. Barros (2003).

⁶⁵ Si se pudiera obrar sin límites jurídicos, el Estado más poderoso sometería a los demás, los que dejarían de ser soberanos por sumisión, y cuando un Estado hubiere conquistado a todos los otros,

La soberanía sólo se ejerce como supremacía en el ámbito territorial propio de cada Estado (derecho de supremacía territorial). En los espacios comunes, como algunas zonas del mar, el espacio exterior, territorios internacionales, no se ejerce soberanía territorial en tal sentido. En estas zonas se coordina la soberanía en su manifestación internacional, como derecho a adoptar las últimas decisiones en forma independiente pero coordinada con otras voluntades soberanas y respetando los compromisos libremente asumidos con todos aquéllos con quienes se coincidió, a través de actos individuales de soberanía interna que luego se entrelazaron al decidir vincularse. Por esta razón se trata de zonas sometidas a algún tipo de administración internacional o supranacional, donde se comparten ámbitos de competencias y despliegue de jurisdicciones, pudiendo incluso compartirse el ejercicio de poderes de gobierno, pero donde no se ejerce soberanía exclusiva y excluyente con sentido de supremacía. En estos casos cada soberano no retiene jurídicamente la capacidad exclusiva y excluyente de adoptar la última decisión que modifique jurídicamente la anterior de igual naturaleza, sino que, como la última decisión se adoptó por un grupo de soberanos, la última decisión que la modifique deberá adoptarse de igual forma.⁶⁶

Debe agregarse que una frecuente confusión, fuente de problemas y divisiones doctrinarias, ha sido identificar la soberanía con el ejercicio directo por el soberano o su radicante de todos los poderes de gobierno que son su consecuencia natural y necesaria; esto tiene diversas explicaciones históricas,⁶⁷ pero es un error que es nece-

dejaría de ser soberano (por definición, atributo de muchos iguales) para ser supremo (dominación por uno solo).

⁶⁶ En casos extremos, un Estado puede entender que se afectan sus intereses fundamentales si no se adoptan ciertas decisiones que política y jurídicamente son resistidas por otros. En este caso puede suceder que el Estado afectado recurra a la vía de hecho, infrinja el derecho, no haga fe en la palabra empeñada y actúe utilitariamente (lo que es diferente de soberanamente, para lo cual debe estar legitimado), tratando de imponer su idea. Esta actitud nada tiene que ver con un despliegue del atributo de la soberanía, ya que se trata de una decisión política, basada en la fuerza que se posee o de la que se cree disponer, que quiebra el derecho, aunque eventualmente un nuevo equilibrio, el tiempo, el principio de la efectividad y el de la necesidad puedan legitimar internacionalmente la nueva situación viciosa en su comienzo, del mismo modo que en el ámbito interno la legitimidad revolucionaria del grupo que se ha impuesto, establece un orden jurídico diferente del que se destruyó.

⁶⁷ En el origen de la idea jurídica de soberanía, por razones políticas coyunturales, Bodin necesitaba vincularla con la monarquía absoluta, en la que el soberano ejercía directamente o por delegación el poder constituyente y los de gobierno. Hobbes, por razones menos explicables, radicalizó este posicionamiento, y la primera reacción humanista de Rousseau hizo soberano absoluto al pueblo, que disponía de todos los poderes. Ni Rousseau en su segundo posicionamiento, ni Locke, ni Kant y otros autores posteriores más sensatos vieron con claridad este problema; por lo tanto, no se ocuparon de analizar detenidamente la independencia del ejercicio de los poderes particulares de gobierno respecto del ejercicio de la plena soberanía. La realidad política y jurídica de las Comunidades Europeas a partir de 1951-57 puso el tema en su profunda dimensión y a partir de allí fue cobrando presencia. Creemos que en este aspecto también hacemos un interesante aporte a la teoría jurídica de la soberanía en su tercera generación.

sario aventar. En el marco de la teoría jurídica de la soberanía, debe distinguirse entre el acuerdo primario (que de alguna manera se produjo alguna vez), en el que todo el grupo decide organizarse en Estado, y el posterior acuerdo constitucional, en que se concreta aquella decisión. Por el primero, llamado *pacto social*, todo el conjunto, por mayoría, decide organizarse, establecen las bases fundamentales de su organización, y también determina quién expresará jurídicamente la voluntad del Estado, la voluntad del común; o sea, determinará quién será el radicante (que podrá serlo el monarca absoluto, una asamblea determinada, un partido político, un líder religioso, la totalidad del pueblo o la nación). Por el segundo, primer pacto constitucional y sus modificaciones, el radicante de la soberanía, hablando en nombre del común, del titular, del Estado, determinará los detalles de cómo se organiza éste y cuáles serán sus demás poderes a través de los cuales se establecerá el orden que persigue el pacto social (Poder Legislativo, Ejecutivo, Jurisdiccional, de contralor), los cuales se ejercerán de acuerdo con lo que haya establecido el radicante. Los poderes de gobierno, sin afectar la soberanía, pueden ser ejercidos por el radicante, por órganos nacionales o por órganos internacionales, respetando determinadas condiciones.

De la misma manera que teóricamente esto puede ocurrir sin problemas, aunque actualmente sólo pase en el ámbito del sistema de derecho comunitario de la Unión Europea, podrían avanzarse otros pasos y, *con sistemas, reglas e instrumentos similares, podrían mantenerse las soberanías estatales y derivar problemas de gobierno en ciertos ámbitos de competencias muy específicos a órganos internacionales mundiales*, fuera del actual sistema del derecho internacional público, que no los admite por sus principios de no intervención y autodeterminación, pero dentro de un sistema jurídico mixto de alcance mundial. Pero esto no es un preconcepto a esclarecer, sino que, después de esclarecidos los preconceptos, es una idea que proponer y desarrollar, la que debe ser objeto de un estudio especial.

Un último esclarecimiento. Las dificultades para comprender la teoría jurídica de la soberanía, instrumento para encauzar con el derecho la vida en sociedad, se derivan de las contradicciones de las mismas personas humanas reguladas y de las peculiaridades que hacen difícil entender el derecho que utilizan para ello.

Así se han propiciado muchas confusiones sobre el sentido jurídico del atributo de la soberanía, el cual da al gobernante un mando absoluto e ineludible y somete a éstos al juicio y castigo de los gobernados, de los mandados, del común de las gentes. *Los mandados, en definitiva, podrán juzgar y estarán legitimados para castigar a quien los mandó, si es que éste se condujo mal y no hizo honor a lo pactado.* Ésta es una paradoja de la misma esencia de la humanidad, que mucho nos cuesta comprender a los humanos, pero que es propia de nuestra naturaleza libre y racional a un mismo tiempo.

Los seres humanos sabemos que obrando el bien nos irá mejor. No obstante (paradoja), por egoísmo y ceguera pretendemos sacar ventajas obrando el mal. Como esto no resulta satisfactorio, para evitarlo creamos sistemas jurídicos a fin de que nos impongan

conductas que queremos realizar, pero que en libertad no cumplimos (paradoja). Entonces, ¿qué puede pensarse que hay de raro en que quienes somos libres y obramos naturalmente, para ser felices enajenemos temporalmente la libertad en una autoridad que nos controle (paradoja), y que a la vez los controlados controlen a esa autoridad por ellos instituida, con el propósito de evitar que atente contra su felicidad y libertad y puedan castigarla si no hace honor al compromiso (paradoja, quizá de las paradojas)?

6. Conclusiones

Si bien en este trabajo integramos nuevos aportes resultantes de nuestras últimas investigaciones y también sistematizamos su exposición mejor que en las presentaciones anteriores, una vez más nos reafirmamos en nuestras posiciones originales, razón por la cual cerramos este esfuerzo con las palabras con que concluíamos un trabajo nuestro, con otros contenidos pero sobre el mismo tema (H. Arbuet-Vignali, 2004). Allí, luego de asumir lo sorprendente que puede resultar nuestra posición en un primer acercamiento, decíamos:

Comprendemos que nuestra afirmación es fuerte, irreverente y contestataria del conformismo intelectual. Pero también sabemos que, como ocurre en general con las más grandes verdades, nuestra idea se apoya en bases simples que, una vez disipadas las brumas, resultan fáciles de aceptar. Por la propia natural simpleza de este tipo de ideas, le lleva mucho tiempo a la doctrina poder descubrirlas; tal como nos costó a nosotros hacerlo a través de los 28 años de investigación, pero, cuando se descubren, resultan fáciles de exponer, cosa que intentaremos hacer.

El ser humano es racional por naturaleza y libre por esencia. Aunque se lo someta a las más fuertes presiones, torturas y escarnios, el último bastión de su libertad racional, su conciencia y pensamiento, resultan imposibles de coartar sin destruir al ser humano: ello sólo se consigue cuando se enloquece⁶⁸ o mata al ser humano.

También el ser humano dentro del ámbito de su libertad racional tiene características antropológicas que lo tornan gregario, dispersante, solidario y agresivo. Sabe y quiere vivir en sociedad, pero instalado en ella pretende imponer su personalidad sobre la de los demás y este egoísmo compartido se torna peligroso e incómodo para todos. Para potenciar su libertad social, rica y positiva pero competitiva y peligrosa, los seres humanos necesitan de un orden que les encauce, potencie y transforme la libertad natural en social y plena para todos al marcar límites a la de cada uno. Las características antropológicas de los seres humanos determinan que, para que el poder ordenador resulte eficaz y sea acatado pacíficamente, éste debe: ser supremo e imponerse a todos y cada uno en todos los asuntos; concentrarse en pocas manos para posibilitar una acción rápida y eficaz; encontrarse justificado ante los ojos de los mandados, que de lo contrario se rebelarían contra él tornado al caos; y que después de cumplido su propósito retorne al común de las gentes para permitir que juzguen a sus gobernantes y así tomar medidas que impidan que éstos lo desvirtúen para su egoísta beneficio. Éstos son los puntos de apoyo de los sistemas políticos internos de base constitucional; de la protección interna e internacional de los derechos humanos, y de la autodeterminación de los

⁶⁸ Por cualquier medio: enfermedad natural, drogas, sufrimientos por tortura, etcétera.

pueblos. También son las bases esenciales de la teoría jurídica de la soberanía. En el tránsito de la historia, la racionalidad de los seres humanos les ha hecho comprender que éste es un buen camino, quizá el mejor de los que han podido encontrar en circunstancias de sociedades homogéneas pero multiculturales, con diversidades ideológicas, religiosas, políticas, filosóficas y valorativas, pero respetuosas de las diferencias que se ven como enriquecedoras y necesarias. Esta circunstancia y su racionalidad los ha conducido a unir sus voluntades para aceptar un mando ordenador. El ser humano es libre, pero para ejercer plenamente su libertad en sociedad debe establecer ciertos límites, para que ella no se pierda o se deteriore por la posibilidad de hacer cualquier cosa en contra de la libertad de los demás e, incluso, de la propia, ni tampoco se pierda en un orden que sea impuesto o abusivo y, en cualquiera de los casos, conculcador. Para lograr esto en armonía es necesario que el poder de mando resida en el conjunto de los mandados, en el común de las gentes, en la comunidad,⁶⁹ que su esencia nunca rompa su lazo de vinculación con la comunidad, aunque ella, por razones prácticas que derivan de la dificultad de ejercerlo en conjunto, o por los peligros y problemas que ocasiona el carecer de un mando ordenador individualizado en autoridades gobernantes especializadas, lo ceda temporal y condicionalmente a éstas para que lo ejerzan. Ese ejercicio estará condicionado al mantenimiento de la libertad y la felicidad de cada uno de los seres humanos que actuando en conjunto se integran en la comunidad ordenada. Deberá ejercerse para mantener y no desvirtuar ni desestructurar al Estado que con su sacrificio todos crearon para que amparara su libertad de los avatares de las luchas internas y para que protegiera su libertad del conjunto de los ataques exteriores. Por esto y porque la esencia del poder de mando ordenador supremo se mantiene en la comunidad, es que ésta puede, sin perjuicio de obedecer al mando supremo, juzgar a sus gobernantes, a aquellos que lo ejercen, y si ellos no hacen honor a su compromiso, puede relevarlos, cambiarlos y sancionarlos. Por esto es que quienes mandan para ordenar deben obedecer los deseos de aquellos a quienes ellos ordenan y responder de su conducta ante ellos. Y esto, que es la esencia de la democracia, sólo lo explica racionalmente la teoría jurídica de la soberanía, con lo cual se transforma en razón doctrinaria de estos sistemas de gobierno.

Dentro de fronteras, la teoría jurídica de la soberanía erige a ésta como una idea fuerza legitimante de un principio ordenador que sostiene que en cada sociedad ética particular, para que ella pueda subsistir y desarrollarse, debe disponerse de una autoridad suprema y que, además, el ejercicio del poder de esa autoridad suprema sólo se justifica a partir de un compromiso entre la comunidad, el común de las gentes, los gobernados y el poder que la organiza, la autoridad, el gobierno. La soberanía es un atributo del Estado que sólo legitima el ejercicio de un poder supremo ordenador de unos seres humanos sobre el conjunto de ellos⁷⁰ cuando se cumplen ciertas condiciones en su ejercicio.⁷¹ Acá la teoría jurídica de la soberanía es el soporte racional de los sistemas de gobierno establecidos a partir de un compromiso común plasmado en una constitución dentro del marco de un sistema jurídico positivo vigente.

⁶⁹ O sea, en todos los futuros gobernados y en los futuros gobernantes que a la vez estarán gobernados por las reglas que se creen y ellos deban aplicar.

⁷⁰ De donde los gobernantes también están sometidos a él.

⁷¹ Que se ejerza en las condiciones expuestas.

En el ámbito internacional son otras las consecuencias del atributo de la soberanía; como en este ámbito él responde a la necesidad de justificar por legitimación un orden entre Estados soberanos, no puede legitimar la supremacía de ninguno de ellos, ni aun temporal, delegada y sujeta a contralores. En este caso, legitima y respalda la independencia de todos con respecto a las pretensiones de hegemonía de cualquiera o de la pretensión de dominio de cualquier otro poder material; legitima la igualdad entre pares, el mutuo respeto de sus independencias y la manera de someterse irremisiblemente a normas jurídicas para relacionarse armónicamente; normas que se construyen y llevan adelante entre todos, para no ofender la independencia de ninguno. También acá la teoría jurídica de la soberanía es el soporte racional del principio de no intervención y de la autodeterminación de los pueblos.

De esta manera, la teoría jurídica de la soberanía, al comprometerse con determinada forma de gobierno interno y con determinado estilo en la conducción de las relaciones internacionales, se ha erigido también en doctrina jurídica (de la soberanía), legitimante de determinados tipos de conductas políticas, internas e internacionales, y excluyentes de otras con las cuales resulta incompatible.

Por último, la actual civilización presenta otros desafíos al modificar radicalmente el escenario en que se desarrollaba el ejercicio del poder interno y se coordinaba el internacional. Sostenemos que la teoría jurídica de la soberanía de la tercera generación propone una apuesta interesante para encauzar los complicados problemas actuales e invitamos a todos a pensar juntos.

Referencias bibliográficas

- ARBUET-VIGNALI, Heber (1998): “De países, fronteras y soberanía”, en *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho*, año VI, n.º 13, Montevideo.
- (2005a): “Soberanía, constituciones y comunidades. Algunos otros aportes a un enfoque europeo”, en *Anuario de derecho Constitucional Latinoamericano*, 11.º año, 2 vols., Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, vol. II, pp. 673 ss.
- (2005b): *La idea de soberanía en los contractualistas ingleses. Thomas Hobbes y John Locke*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- (en prensa): *La idea de soberanía en los contractualistas, los enciclopedistas y los revolucionarios franceses. Montesquieu, Voltaire, Rousseau y l'Abbe Gregoire*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- ARBUET-VIGNALI, Heber, y BARRIOS, Luis (2001): “El Estado, la soberanía y el marco internacional”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 20, Montevideo, pp. 11-46.
- (2003): *La soberanía, los Estados y un mando coordinado u ordenado mundial*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- BRAVO GALA, Pedro (1985): *Estudio preliminar de los seis libros de la República*, col. Clásicos del Pensamiento, n.º 11, Madrid: Tecnos, pp. XI-LXXX.
- HOBBS, Thomas (1994 [1648]): *El leviatán*, 2 vols., México: Guernika.
- JELLINECK, George (1915): *Teoría general del Estado*, trad. Fernando de los Ríos Urruti, 2 vols., Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.

MONTESQUIEU, Charles Louis (1748): *El espíritu de las leyes*, trad. Ciro García del Mazo, 2 vols., Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.

ROUSSEAU, Jean Jacques (1762): *El contrato social*, trad. J. M., Madrid: Librería de Antonio Novo.

WALTZ, Gustav Adolf (1943): *Esencia del derecho internacional y crítica de sus negadores*, trad. Antonio Truyol y Serra, Madrid: ed. Revista de Derecho Privado.