

LA SOBERANÍA EN LA HISTORIA DE LA DOGMÁTICA ALEMANA
(Prof. Dr. Dieter Wyduckel)

I. Presupuestos teórico-conceptuales e institucionales. II. Fundamentos de la comprensión moderna de la soberanía en la República Cristiana bajomedieval. 1. La fundamentación en el derecho común del poder soberano de dominación como una competencia normadora. 2. La exaltación del concepto de soberanía y de derecho en la canonística. 3. Poder soberano y Estado premoderno: A) La diferenciación de la estatalidad premoderna. B) Consecuencias para el Imperio y para la Constitución imperial. III. Estado y soberanía en el Ius Publicum del Sacro Imperio Romano Germánico. 1. Fundamentos jurídicos y teoría del Estado. A) El concepto de soberanía de Bodino: el poder soberano como poder absoluto. B) La confrontación con el concepto de soberanía en el Imperio: Altusio versus Bodino. 2. Los efectos de la teoría de la soberanía en el derecho constitucional del Imperio: doble soberanía, Status Mixtus y vinculación a través de las Leyes Fundamentales. 3. La reconstrucción racional de la soberanía y sus consecuencias para el derecho constitucional del Imperio y para su teorización. A) El fundamento pacticio del poder soberano. B) ¿Es el Imperio un monstruo? La aplicación de la teoría de la soberanía al derecho constitucional del Imperio. 4. La soberanía en el ámbito de las tensiones entre el Imperio y los territorios. 5. La delimitación entre soberanía estatal y soberanía jurídico-internacional. IV. Las transformaciones de la comprensión de la soberanía en el primer constitucionalismo. 1. El concepto de soberanía en el primer constitucionalismo y la limitación jurídico-constitucional del poder estatal. 2. La relación entre el principio monárquico y la soberanía popular. 3. La naturaleza jurídica de la Federación Alemana y la soberanía de cada uno de los Estados. V. Estado y soberanía estatal en el marco del positivismo jurídico-público del constitucionalismo imperial tardío. 1. La soberanía como soberanía estatal. 2. La soberanía en la relación entre el Imperio y los Estados Federados. 3. La atribución de la soberanía en el marco de la teoría de los tres elementos. VI. Soberanía, Estado y Constitución en el marco de la crisis de la teoría del Estado de la República de Weimar. 1. La crisis de la teoría del Estado como crisis del dogma de la soberanía. 2. La soberanía como expresión de la unidad del ordenamiento jurídico en Kelsen. 3. La soberanía como categoría jurídica y política en Smend, Heller y Schmitt. 4. La atribución de la soberanía en la Constitución de Weimar y el fracaso de la República. VII. Estado, nación y soberanía: nuevos desarrollos. 1. Soberanía y Ley Fundamental: Bonn no es Weimar. 2. El problema de la soberanía en el marco de la división y la reunificación alemanas. 3. Soberanía exterior y la unidad europea. 4. Perspectivas del dogma de la soberanía en las postrimerías del siglo XX.

I. Presupuestos teórico-conceptuales e institucionales.

Resulta difícil encontrar un concepto tan discutido, entre los conceptos nucleares del derecho internacional y del derecho constitucional, como el de soberanía. Sus perfiles son desde un inicio cambiantes y poco precisos, hasta el punto de que carece hoy en día de una determinación precisa(1). Con todo, es posible quedarse con algunas de las características que le han sido atribuidas como esenciales a la largo del tiempo. A ella se ha asociado, tanto hacia fuera como hacia dentro, el carácter supremo, absoluto, independiente, originario, así como indivisible e inalienable, del poder de decisión del Estado, y se la ha contemplado como presupuesto de su existencia e identidad. La soberanía aparece, por tanto, como esencia característica del Estado, en tanto forma de dominación, así como de la unidad del Estado y de su poder.

La soberanía se presenta desde un principio, conforme a los presupuestos a ella referidos, como un concepto limítrofe que tiene una función tanto dogmático-jurídica como teórico-jurídica y teórico-constitucional. Al mismo tiempo, la soberanía, debido al elemento de poder inherente a la misma, remite necesariamente a un contexto sociopolítico más amplio, por encima del Derecho, sin el cual no es posible desarrollarla. Se le puede atribuir tanto una función descriptiva como una función

prescriptiva, según se parta fácticamente de su existencia como último poder de decisión, o normativamente de que ninguna comunidad estatal jurídicamente organizada puede existir sin ella.

Desde el punto de vista de la sistemática jurídica y del lapso histórico de tiempo se pueden diferenciar varios modelos fundamentales de soberanía. Éstos toman como referente a determinados sujetos de imputación, lo que permite diferenciar en un sentido ideal entre soberanía del monarca, soberanía del parlamento y soberanía popular, pero también al propio Estado como punto de imputación de la soberanía. En el desarrollo jurídico y constitucional alemán han tenido especial importancia la soberanía del monarca y la soberanía del Estado, mientras que la soberanía del parlamento se ha desarrollado sobre todo en Inglaterra, y la soberanía popular en Francia.

Desde la perspectiva de las dogmáticas históricas, el pensamiento en términos de Estado y soberanía se reconduce con carácter general a *Jean Bodin*, que de hecho le confirió a la palabra y al concepto de soberanía sus perfiles aún vigentes hoy en día(2). También la dogmática histórica alemana de la soberanía se ha visto sustancialmente permeada por los conceptos de Bodino. Sin embargo, no comienza con la recepción de la teoría de Bodino, sino mucho antes. Los orígenes de la soberanía como una idea jurídicamente relevante pueden ser reconducidos a tres raíces: una de derecho romano común, otra de derecho canónico eclesiástico y, finalmente, otra de derecho monárquico y del Estado. Con ello se remite a la República Cristiana alto y bajo medieval, a partir de la cual se formó el Sacro Imperio Romano Germánico, en cuyo contexto se formaron los fundamentos del concepto moderno de soberanía y de Estado(3). Institucionalmente, estas ideas claves toman como referentes a la monarquía y al Imperio germánico medieval, al Papado, a la Iglesia, así como a los grupos premodernos de poder que se estaban formando en Europa y que se hallaban en confrontación con los poderes universales. En este contexto surgen los problemas fundamentales de carácter jurídico y político, típicos del pensamiento moderno sobre la soberanía, pero también los problemas específicos que han conducido al pensamiento alemán sobre la soberanía a debatirse durante largo tiempo entre Imperio y Estado, política y derecho. Aquí se pueden encontrar, al mismo tiempo, las raíces de una común precomprensión europea de la soberanía, sin que por ello se vaya a desconocer la esencia del concepto alemán de soberanía.

No es posible deducir suficientemente los fundamentos y el desarrollo de la soberanía sin tener en cuenta el marco histórico-constitucional correspondiente en el que se hallan insertos. Una visión histórico-dogmática debe tener en cuenta, pues, tanto el aspecto jurídico- conceptual y sistemático, como el institucional de la soberanía, así como desarrollarla en un contexto temporal amplio. En primer término deben contemplarse los fundamentos del concepto moderno de soberanía en la República Cristiana bajomedieval, para después analizar al Estado y a la soberanía en el derecho público del Sacro Imperio Romano Germánico. Para ello, es útil abordar los cambios en los conceptos de soberanía y de Estado en el preconstitucionalismo de la primera mitad del siglo XIX, así como en el marco del positivismo jurídico-público en el constitucionalismo tardío del imperio alemán. Con el tránsito de la monarquía a la república y a la democracia se deben incorporar los múltiples cambios y cesuras que, tras una observación más atenta, experimentan el Estado, la Nación y la soberanía bajo el trasfondo de la crisis de la teoría del Estado en la República de Weimar y su perversión durante el régimen nacional-socialista. Finalmente, la comprensión de la soberanía debe ser contemplada a la luz de la división y reunificación alemanas, para concluir con una perspectiva de las posibilidades y límites de la soberanía estatal en el marco de la europeización del derecho.

II. Fundamentos de la comprensión moderna de la soberanía en la República Cristiana bajomedieval.

1. La fundamentación en el derecho común del poder soberano de dominación como una competencia normadora.

En contra de lo comúnmente admitido, la soberanía, en tanto expresión de la concentración de un poder de dominación y -unido a él- de un poder de disposición sobre el derecho, no es ajena en absoluto al pensamiento jurídico medieval. En efecto, es posible hallar elementos decisivos del concepto de soberanía en el derecho común medieval que retoman, conforme a su propia comprensión, la tradición del derecho imperial romano tardío. Por un lado, se trata de la recepción material de reglas y máximas decisorias, tal y como éstas habían encontrado su expresión razonable en las reconocidas fórmulas jurídicas imperiales, en relación, precisamente, con el poder de creación de derecho del soberano y su desvinculación de las Leyes(4). Aún más significativa que esta recepción material es la forma en la que las máximas jurídicas romanas son trasladadas a unas relaciones políticas y jurídicas totalmente modificadas en la jurisprudencia de la época. Esto ocurre en el marco del proceso más amplio de la recepción o, más bien, de la renovación del derecho romano, que es al mismo tiempo un proceso común europeo de racionalización y conversión científica del derecho(5), en cuyo curso se transformaron profundamente el mundo medieval y su derecho. En este marco, se pudo formar una nueva comprensión de la correlación entre gobernante y derecho, fundamental para la idea de soberanía, que no sólo busca la conservación y restauración de la buena tradición jurídica antigua, sino que comprende la creación de nuevo derecho y, con ello, excede necesariamente al derecho existente(6).

Estas ideas se encuentran unidas jurídico-conceptualmente en los legistas al concepto de *potestas*, así como sobre todo al de *iurisdictio*, extendiéndose hasta la cristalización de una precomprensión del poder y de la soberanía. La competencia jurisdiccional aparece, por lo menos desde Bártolo, como un poder jurídico-público entendido en sentido amplio (*potestas de iure publico introducta*), al que, además de las actividades judiciales, se le atribuye un poder creador de derecho (*potestas legem condendi*)(7). El concepto de jurisdicción no sólo gana con ello nuevos perfiles, sino sobre todo una nueva función, dirigida, más allá de la tradicional conservación y exégesis jurídica, a una configuración jurídico-pública del derecho y del poder.

La legislación bajomedieval entronca directamente con el Emperador y el Imperio como instancias de poder competentes, aunque, no obstante, incorpora otros titulares y otras relaciones en la medida en que, en atención a la formación de grupos de poder territoriales y nacionales europeos diverjan la pretensión imperial y la praxis fáctica del poder; dicho con otras palabras, norma y realidad. Esto acontece, de un lado, a través de una perspectiva *de iure/de facto* que flexibiliza la visión imperial de la soberanía que interrelaciona momentos descriptivos y momentos normativos, y, de otro, con la ayuda de fórmulas de transformación que permiten generalizar las máximas imperiales originarias y adaptarlas a unas relaciones de poder modificadas. Fórmulas como la que consideraba al rey emperador en su reino -*rex imperator in regno suo*- o como la que afirmaba que el soberano no reconocía a nadie por encima de él -*rex superiorem non recognoscens*-, conceptualizan jurídicamente las relaciones de poder modificadas y muestran que la comprensión universal del poder comienza a flexibilizarse y a transformarse en beneficio de una perspectiva de plurales poderes

diferenciados(8). La soberanía, en el sentido de un poder exclusivo, puede ser considerada, entonces, de una forma totalmente diferente y en parte concurrente, aunque aún permanezca abierta la cuestión de cuál de las dos concepciones de la misma se impondrá finalmente. Esto indica no sólo que estamos ante un fenómeno de concentración del poder, sino, del mismo modo, que estamos ante un proceso de diferenciación que tiene lugar a distintos niveles y que no se halla ligado por principio a ningún concepto determinado de orden.

La titularidad de la soberanía no se refiere exclusivamente al monarca, sino que incluye otros titulares. Esto aparece en la expresión de Bártolo "*civitas sibi princeps*", recogida en las ciudades-estado de la Alta Italia en las que la corporación misma se convirtió en soberana. Así se perfilan los primeros trazos de una soberanía estatal y popular, tal y como aparecen también por aquel tiempo en el pensamiento de Marsilio de Padua, para el que la *universitas civium* se convertía en legislador(9).

Aunque todo esto se desarrolla con el transcurso y en el marco de las concepciones jurídicas feudales y cristianas iusnaturalistas de la época, refleja un avance de la comprensión racional y a un tiempo seculares del derecho, que comienza a sustituir a la concepción tradicional y que abre paulatinamente en el mundo jurídico europeo el camino a una idea de un poder soberano que dispone del derecho.

2. La exaltación del concepto de soberanía y de derecho en la canonística.

La jurisprudencia canónica contribuyó a la construcción de los conceptos modernos de derecho y de Estado en una proporción aún mayor que la de los legistas. En esta medida, están justificadas las palabras de Carl Schmit en el sentido de que todos los conceptos importantes de la teoría moderna del Estado son conceptos teológicos secularizados(10). De hecho, tomando precisamente como ejemplo a la Iglesia, es posible contemplar la anticipación simultánea de cuestiones fundamentales de la soberanía estatal en la premodernidad. Esto vale, especialmente, para la formación de un sistema jurídico dinámico que ordene y estructure a un tiempo la convivencia humana en la comunidad. Por un lado, tiene un peso decisivo el complejo de poderes que le corresponden al Papa y, por otro, el concepto de derecho canónico.

La omnipotencia papal (*plenitudo potestatis*) representa, sobre todo, un núcleo cristizador de vastas consecuencias y de extraordinaria significación para el concepto de soberanía, y expresa pretensiones de poder ampliamente extendidas(11). Harold J. Berman ha hablado de una revolución en relación con la pretensión de poder del Papado, tal y como se expone abiertamente en el *Dictatus* del Papa Gregorio VII (1075), y a partir de ello ha extraído profundas consecuencias para la formación del Estado y de los sistemas jurídicos occidentales modernos(12). Aunque no se esté de acuerdo con él en el énfasis que pone en el concepto de revolución, sin embargo, es correcta su observación relativa a que en el ámbito del Papado y de la Iglesia se desarrollan aspectos esenciales del Estado, del derecho y de la soberanía, que dinamizan las relaciones jurídicas y políticas de la época y dinamitan, finalmente, el orden jurídico medieval.

En esto tiene un peso decisivo el hecho de que el conjunto de atribuciones del Papa, fundamentadas en el poder de atar y desatar de San Pedro, se imponía a la pretensión de poder del monarca, incluso desde un punto de vista conceptual, dado que podían sostenerse a la luz de la omnipotencia divina y, con ello, alzarse como un poder supremo. La jurisprudencia canónica también se sirve, de forma creciente, de fórmulas jurídicas romanas, con cuya ayuda se precisará materialmente la idea de un poder supremo de creación jurídica y se elevará, finalmente, sobre el poder ordinario u

ordenado (*potestas ordinaria*) a la categoría de poder absoluto (*absoluta potestas*)(13). Aquí se encuentran las raíces de la idea de soberanía como una categoría de alcance general que fue recibida en la doctrina del legista Baldo como la esencia de un poder supremo y absoluto (*suprema et absoluta potestas*)(14), y alcanzó posteriormente un significado fundamental para la construcción del concepto en Bodino(15).

No es casualidad que se produzcan cambios jurídicos conscientes de gran calado precisamente en el ámbito de la Iglesia, donde no existía un código legal acabado sino que tendría que ser elaborado entonces. En ese ámbito más dinámico, por oposición al *Ius Commune*, se estaba desde un principio más abierto a la idea de un nuevo derecho, de modo que se pudo formar aquí de forma particular la idea de un derecho abierto a las modificaciones y, con ello, positivo y cambiante.

Tampoco en la jurisprudencia canónica el poder vale, al margen de su carácter absoluto, de forma ilimitada, sino que permanece vinculado en el contexto del derecho natural y del derecho divino. Sin embargo, gana cierto grado de autonomía en su capacidad de disposición sobre el derecho, incluso aunque parte de esta afirmación pueda ser una exageración retórica. Si bien esto pudiera ser al principio sólo puntualmente significativo, la carga fundamentadora en la positivación de nuevo derecho aparecerá desplazada de forma característica en la medida en que ahora las posibilidades del derecho se hallan en el punto de mira y lo que se problematizará será la cuestión de su limitación jurídica. La teoría tradicional del derecho medieval viejo y bueno, dirigido no a la positivación sino a la exégesis jurídica que en último extremo no es sino la restauración de derecho siempre preexistente(16), se muestra demasiado pequeña -por cierto no sólo en este contexto- y requiere ser revisada y completada a la luz del concepto de ley y de derecho expuesto.

Estas ideas se correspondían con aquellas de la filosofía política y jurídica escolástica de la época, en la que, con fundamento en profundos cambios sociales y espirituales, se van a sintetizar la filosofía aristotélica y la teología cristiana(17). En ese marco se puede construir, por un lado, un concepto de normación positiva y, por otro, la idea de un poder absoluto tendente a la soberanía. Así como en el pensamiento de Tomás de Aquino la *lex humanitus posita* aún esta incardinada en el contexto del derecho natural y divino, el concepto de ley y de derecho en la filosofía nominalista- voluntarista de Duns Scoto y de Guillermo de Ockham se radicaliza y se reconduce a una voluntad creadora no fundamentada como potencia absoluta (*potentia absoluta*). Las consecuencias jurídicas de esta concepción las extrae con especial precisión Marsilio de Padua que suprime por completo toda fuente trascendente del derecho y lo fundamenta exclusivamente en la voluntad del legislador seglar omnipotente (*humanus legislator*). Por ello, sólo se le atribuye carácter legislativo a aquellas disposiciones que pueden ser impuestas coactivamente(18). Por este motivo, no es casualidad que el concepto de ley de Marsilio haya sido aproximado a la filosofía jurídica de Hobbes y se haya relacionado, incluso, con la teoría pura del derecho de Kelsen(19). Aunque se considere excesiva esta conclusión, no se debe perder de vista, sin embargo, que se toma conciencia de la posibilidad de creación y configuración soberana del derecho por encima de los límites de su pura conservación, y que se inicia al mismo tiempo una concepción racional de la ley como instrumento de voluntad y de poder(20). Aquí se encuentran los auténticos orígenes del problema fundamental calificado como soberanía, que vincula paradójicamente la cuestión del derecho con la cuestión del poder. Con ello, no se abandonará el pensamiento iusnaturalista, pero se continuará su desarrollo en un marco relativamente flexible y sensible a los cambios históricos, que pronto se verá influido de forma decisiva por el derecho y por la positivación jurídica.

3. Poder soberano y Estado premoderno.

a) La diferenciación de la estatalidad premoderna.

Los albores del moderno Estado soberano suelen ser fechados, con carácter general, al inicio de la llamada Edad Moderna, es decir, con el cambio al siglo XVI. Esto es correcto en la medida en que la concentración del poder alcanzó en esa época una intensidad hasta entonces desconocida(21). Sin embargo, no se puede ignorar que el proceso de intensificación del poder que culmina con la formación del Estado se inicia bastante antes, con la consecuencia de que la llamada frontera entre épocas no constituye una cesura sino un período transitorio que se extiende a lo largo de bastante tiempo. Que los pilares de la moderna estatalidad ya se habían comenzado a perfilar en la Alta Edad Media, es algo que ya había apreciado la antigua investigación histórico- constitucional y sobre lo que había llamado la atención en relación con la transformación del «Estado de asociaciones de personas» (*Personenverbandstaat*), relativamente flexible en su organización, en el «Estado territorial» (*Flächenstaat*), profundamente institucionalizado(22). Aunque se haya criticado esta construcción conceptual(23) por el hecho de que tampoco el «Estado de asociaciones de personas» puede ser pensado sin institucionalización, lo cierto es que sigue siendo válido que, como muy tarde con el cambio al siglo XIII, aparecen nuevas formas cualitativas de institucionalización sobre un territorio delimitable que apuntan a una modificación fundamental de las estructuras existentes, sobre todo de las estructuras del poder feudal y de las de carácter asoociativo.

Desde un punto de vista jurídico, la diferenciación de la estatalidad premoderna se manifiesta sobre todo en la potestad de creación jurídica. Ésta no se va a atribuir ya sólo al Emperador y al Papa, sino también a otros titulares del poder. Aquí juega un papel rector la jurisprudencia canónica, que, para afirmar las pretensiones del Papa y de la Iglesia frente al Imperio, no duda en halagar a los reinos nacientes, como evidencia el ejemplo de la fórmula según la cual el rey, aunque sólo sea en cuestiones terrenales, no reconoce por encima de sí a ningún superior (*rex in temporalibus superiorem non recognoscens*)(24).

Será sobre todo el reino francés, relativamente estable desde fecha temprana, el que, consciente de su poder, reclame para sí, con el cambio del siglo XIII al XIV, aquel poder supremo (*summa potestas*) al que se aferran el Papa y el Emperador, es decir, la República Cristiana. De este modo, el consejero regio y jurista Philippe de Beaumanoir pudo comprobar que también "lo que el rey de Francia desea tiene fuerza de ley" (*doit estre tenu pour loi*)(25), y, por ello, no sin fundamento, el vocablo y el concepto de soberanía tienen su origen en Francia, donde el uso lingüístico comienza a servirse ya de esta nueva terminología desde el inicio del siglo XIII(26).

Ciertamente, es posible que en estos giros se hayan introducido algunas exageraciones retóricas, tal y como era característico, sobre todo, de la iuspublicística de la soberanía imperial y papal de la Baja Edad Media(27). Sin embargo, sería erróneo contemplar toda la discusión política y jurídica de la época aquí referida como una teoría no respaldada por la práctica del derecho vigente(28). En efecto, los argumentos de legistas y canonistas habitualmente procedían de una práctica muy determinada, específicamente de concretos contextos y causísticas jurídicos, y se hallaban por ella condicionados. Si bien no es posible establecer conceptualmente una concreta «hora de nacimiento del Estado soberano»(29), sí queda, sin embargo, fuera de toda duda que se forman paulatinamente, en un largo proceso de desarrollo, unos complejos de estructuras y funciones políticas y jurídicas, que son característicos del Estado

moderno(30). A ello se añade también una actividad legislativa extraordinariamente rica que en absoluto es ajena a la Edad Media europea, como ha demostrado la más reciente investigación histórico-constitucional e histórico-jurídica(31). Con ello se entra en una perspectiva de características diferentes y en una percepción que corren paralelas a estos acontecimientos y articulan esta profundización institucional como un problema de soberanía.

b) Consecuencias para el Imperio y para la Constitución imperial.

En el Imperio, el proceso común de formación de los Estados se presenta desde un principio de forma bien distinta a como lo hace en Francia, debido a las peculiaridades de su tradición jurídica. Aquí se superponen intereses de dominación y de poder diversos que no siempre se dejan armonizar, dado que el emperador romano es al mismo tiempo rey alemán. Lo mismo que la pretensión de poder del Emperador parecía en cierta medida sostenible hasta la "*Stauferzeit*", de igual modo se puso pronto de manifiesto en el Imperio la intensificación del poder como un proceso territorialmente poliédrico que no sólo relativizaba y contradecía la pretensión de poder universal imperial o papal sino también real.

La publicística bajomedieval reacciona a esta situación, de un lado, con un incremento de las pretensiones universales de poder y, de otro, con el intento de conciliar los distintos intereses de dominación y de poder del reino y del imperio. De este modo, Lupold von Bebenburg asume, a mediados del siglo XIV, la tarea de hacer fructífera también para el Imperio la fórmula *Rex Imperator in regno suo*, en la medida en que reduce la pretensión universal de poder y concibe al imperio universal en sentido estricto como imperio real(32). Pero incluso sobre esta base no se superponen definitivamente pretensión y realidad, dado que continúa siendo presupuesta la unidad política y religiosa de la República Cristiana, con la cual es difícilmente compatible un mundo plural de distintas comunidades humanas soberanas que se hacen independientes. Sólo queda una posibilidad: o aumentar teóricamente la pretensión universal de poder -aun en mayor oposición a la realidad política-, o, a la inversa, como señala Philipp von Leyden, concebir el proceso de diferenciación política y jurídica como la desmembración del Imperio, a resultas de la cual se debía contemplar a cada duque o a cada conde como un emperador en el ámbito de su jurisdicción territorial(33). La idea de un poder que parte de un único centro no era transferible bajo estos presupuestos a la realidad política del Imperio. El proceso de moderno reforzamiento del poder discurre simultáneamente con distinta intensidad en los diferentes niveles y se opone, por ello, a su percepción desde un único punto de vista. No se trata tanto de la cuestión de la estatalidad del Imperio, que impulsara la vieja investigación histórico-constitucional alemana, sino en mucha mayor medida de que la estatalidad se puede desarrollar de una forma bien distinta y no se deduce exclusivamente de la imagen de un Estado soberano poderoso. En este planteamiento de partida, determinado por el Imperio y por el pensamiento imperial, se hallan los orígenes del dilema específicamente alemán de la soberanía, consistente en, por un lado, encumbrar jurídico-ideológicamente la idea de la soberanía, pero, por otro, en deslizarse de nuevo al ámbito estamental y territorial, sin poder conciliar ambas perspectivas en relación con el Imperio o con el Estado.

III. Estado y soberanía en el *Ius Publicum* del Sacro Impero Romano Germánico.

1. Fundamentos jurídicos y de teoría del Estado.

a) El concepto de soberanía de Bodino: el poder soberano como poder absoluto.

La concepción de la soberanía como un poder supremo, desligado de las leyes, sobre ciudadanos y súbditos (*summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas*) es expresada por vez primera en las obras de Jean Bodin(34). Generalmente se vincula su surgimiento con la situación histórico-política en la Francia del siglo XVI, donde se habría formado como respuesta jurídica y política ante las exigencias de la guerra civil religiosa. Con este trasfondo, la soberanía aparece como la expresión de procesos de concentración del poder que habrían determinado constantemente el mundo de los Estados europeos desde comienzos del siglo XVI y habrían contribuido decisivamente a la formación de la estatalidad moderna. En sentido amplio subyace en ella la consideración de que una convivencia humana provechosa sólo es posible si se establece un poder central que dirija y ordene, tanto hacia dentro como hacia fuera, la vida de la comunidad en virtud de su potencial directivo y coactivo. No es casualidad, pues, que la competencia legislativa constituya el criterio decisivo de la soberanía(35).

En efecto, es posible concebir la comunidad estatal con base en la razón de Estado y en la soberanía como un medio para frenar las disputas religiosas consecuencia de la reforma y domesticarlas en tanto que poder secular. La formación del Estado moderno aparece, por tanto, como un estadio de la secularización, que permite que las cuestiones religiosas y teológicas, de forma evidente, pasen *in politicis* a un segundo plano(36). Sin embargo, sería demasiado simple querer comprender la estatalidad moderna sólo como el resultado de una profanación continuada y de la racionalización de una existencia originariamente religiosa. La secularización es al mismo tiempo la expresión de un «cambio de configuración»(37) de lo religioso tanto como de lo político, que, apareciendo ya en la Baja Edad Media, presenta una visión plural que ofrece a ambas esferas perspectivas y posibilidades totalmente nuevas.

Cuando Bodino asume el concepto de soberanía, afirmando que nadie antes lo había precisado de esa forma(38), se trata, teniendo en cuenta los desarrollos previos bajomedievales, de una afirmación incorrecta, y sólo comprensible en el sentido de que aún no habían sido unidos *de este modo* los elementos que componen el poder ni habían sido referidos a la comunidad estatal de forma central a través del concepto de soberanía. Ciertamente, no se debería discutir que la construcción conceptual de Bodino ha desarrollado sus efectos, aunque con interrupciones múltiples, hasta nuestros días; sin embargo, su novedad y originalidad no deben ser sobreestimadas(39). Nueva es, en todo caso, la exclusividad con la que se conectan y relacionan entre sí Estado y soberanía. Sin embargo, esto por sí solo no autoriza a separar el pensamiento medieval y moderno sobre el Derecho y el Estado con apoyo en Bodino, ni a limitar la aparición de comunidades políticas organizadas estatalmente de forma exclusiva a una época, la llamada Edad Moderna(40). Y ello se puede objetar críticamente también frente a Otto Brunner -sin tener en cuenta sus méritos en la construcción de un lenguaje conceptual de las fuentes-, que quiso negar a la Edad Media toda forma de estatalidad(41). Aunque no quepa, sin más, proyectar hacia el pasado la concepción moderna del Estado y del Derecho, ello no puede conducir, no obstante, a disolver de forma historicista el Estado y la soberanía y a renunciar así a un concepto de la comunidad estatal omnicompreensivo de las distintas formas de configuración de la unidad política. En estamedida, siguen estando justificadas las palabras de Imboden en el sentido de que la teoría del Estado y de la soberanía de Bodino representa más un punto medio que un punto inicial(42). De este modo, es posible descubrir formas tempranas de poder soberano en la Edad Media y, a la inversa, constatar la pervivencia de momentos

consensuales y corporativos en la Edad Moderna. No se trata de una cuestión meramente temporal, pues con la quiebra del acervo tradicional bajomedieval se absolutiza al mismo tiempo una concreta comprensión del Estado y de la soberanía y se la formula como la única determinante.

Resulta así que el concepto de soberanía en la versión culminante dada por Bodino es menos útil como paradigma teórico estatal de lo que parece. Tomando como ejemplo a Francia, era difícil dar cumplida cuenta de la pluralidad del mundo estatal europeo. Esto se demostraba particularmente en el variado sistema imperial. Se derivaban problemas sobre todo del hecho de que Bodino hubiera vinculado su concepto de soberanía a la teoría de las formas de Estado, extraordinariamente rígida, del neoaristotelismo político, que sólo permitía formas estatales puras de Estado (monarquía, aristocracia y, aunque de forma meramente teórica, democracia) y excluía las formas mixtas(43). Dado que el poder soberano sólo tenía un titular cada vez, es decir, no podían ser titulares simultáneamente el rey y los estamentos, esto llevaba en la práctica a justificar la monarquía absoluta, con la consecuencia adicional de que la soberanía del monarca y la soberanía del Estado se fundían en una.

El poder soberano de Bodino tampoco era ilimitado, sobre todo no era ningún poder arbitrario, sino que poseía un carácter absoluto en el marco de los límites impuestos por el derecho natural y el derecho divino. Sin embargo, le faltó a Bodino una respuesta satisfactoria acerca de cómo se imaginaba la relación entre aquel carácter absoluto y esta vinculación jurídica(44). Los contornos de la idea de vinculación se difuminan, dado que en el soberano, en tanto que reflejo de Dios, coinciden en gran parte Derecho y Ley(45). Además falta una institucionalización de la idea de vinculación, pues no existe un contrapeso del soberano que pueda exigir la efectivamente. Por ello, la argumentación de Bodino en este punto no es totalmente consecuente. Esto se pone de manifiesto en la llamada paradoja de los impuestos, que consiste en excluir, de un lado, a los estamentos de la soberanía (puesto que la esencia del poder soberano consiste, precisamente, en imponer normas a los súbditos sin su consentimiento)(46), para, de otro lado, volver a incluirlos por motivos claramente pragmáticos en el proceso decisorio de autorización tributaria(47). Lo mismo rige para las Leyes Fundamentales del Reino (*leges imperii*)(48), que debían permanecer sustraídas a la potestad legislativa del soberano, aunque precisamente se le atribuya a éste, de forma expresa, la competencia legislativa como un elemento nuclear del poder soberano. Aquí se ha hablado, no sin fundamento, de una "inconsecuencia sistemática"(49), que apunta a que el pensamiento racional de Bodino no habría podido dominar adecuadamente la influencia de las ideas y de las circunstancias políticas de su tiempo(50). Dado que no era su misión desarrollar un nuevo orden político, no se pudo sustraer a las ideas heredadas. Le corresponde, por ello, una posición mediadora entre las concepciones dadas, que él resume, y los nuevos postulados de gran eficacia que, aunque anticipa, no es capaz de traslucir de forma suficientemente racional. Las contradicciones e inconsecuencias sacadas a la luz de este modo son, por un lado, específicas de Bodino y, por otro, propias ya de la doctrina de la soberanía, y ocupan hasta nuestros días el debate teórico. Encuentran su razón de ser más profunda en la doble naturaleza del concepto de soberanía, que no representa una categoría puramente jurídica, sino que posee a un tiempo una función político-jurídica y, por ello, se encuentra abierta a diversos fines y objetivos que necesitan, de nuevo, justificación.

b) La confrontación con el concepto de soberanía en el Imperio: Altusio versus Bodino.

En un principio, la teoría del Estado y de la soberanía de Bodino sólo se impone de forma vacilante en el Imperio. Los juristas alemanes, que razonaban en términos de derechos feudales y regalías, ven con escepticismo la tendencia concentradora y absolutizadora subyacente en la concepción de la soberanía. Por ello la obra de Bodino va a ser desconocida o conocida con reservas, o, incluso, rechazada. Todavía durante el tránsito de la década de los 80 a la de los 90 del siglo XVI, el jurista de Brandenburgo Friedrich Pruckmann rechaza de forma decidida la teoría de la *absoluta potestas*, sin referirse expresamente a Bodino, condenándola por ser una justificación del poder tiránico y arbitrario(51). El cambio se manifiesta ya en el curso de la década de los 90 del siglo XVI, que se halla condicionada por el hecho de que también entonces se publicase en Alemania la versión latina de "Los seis libros de la república", aparecida en 1586(52).

La teoría de la soberanía ganará ahora también terreno de forma patente en el Imperio y se convertirá en el *topos* central de un concepto jurídico político neoaristotélico. En efecto, los derechos señoriales tradicionales y las regalías, con la ayuda del concepto de soberanía, pudieron ser centralizados y reunidos en el marco de un poder supremo creador de un orden; así fue posible sustituir las competencias normadoras del viejo poder jurisdiccional y elevarlo a categoría directriz de carácter orientativo. Sin embargo, la doctrina de la soberanía se encuentra desde un principio con problemas teóricos y prácticos que se fundamentan en las estructuras políticas y jurídicas del Imperio, y que obligan a modificar el concepto de soberanía o a correr el riesgo de falsear la realidad. Esto puede verse tanto en la teoría política de la época como en la teoría jurídica en sentido estricto. Las dificultades provenían, sobre todo, de la vinculación del concepto de soberanía de Bodino a la doctrina neoaristotélica de las formas de Estado, que sólo admitía formas puras (monarquía, aristocracia y democracia) y excluía por principio las formas perversas(53). La distinción introducida por Bodino entre forma de Estado y forma de gobierno no era aquí de ninguna ayuda real. Permaneció en primer plano de forma artificial, puesto que Bodino no quiso desvincular su concepto de soberanía, tendente al carácter absoluto de la monarquía, de las premisas autoestablecidas. Por ello, se llega a la falsa apreciación de que el Imperio representa una aristocracia, ya que el poder -indivisible- reside por completo en los estamentos(54). Incluso decididos defensores de la teoría de Bodino se ven obligados a importantes compromisos si quieren ser justos con la realidad jurídica y política del Imperio. Henning Arnisaeus, principal representante del aristotelismo durante el Imperio(55), intenta dulcificar las consecuencias de la doctrina de la soberanía por él mismo sostenida en un principio, en la medida en que tiene en cuenta la transferencia de determinados derechos de soberanía -en realidad excluida desde el punto de vista de la teoría de la soberanía- y la admisibilidad -negada decididamente por Bodino- de una forma mixta de Estado. Sin embargo, las reflexiones que se hacen al respecto resultan finalmente contradictorias, pues no se repara ni en las especificidades del Imperio ni en los presupuestos del concepto de soberanía, que es deformado en el sentido de la vieja teoría de las regalías(56).

Una solución más concluyente al problema del fundamento y límites del poder, planteado en relación con el concepto de soberanía, será presentada frente a él por Johannes Althusius, jurista de Herborn y posterior síndico de Emd. Altusio representa en su *Politica*, aparecida por primera vez en 1603, la postura opuesta al aristotelismo luterano a partir de una postura cristiana calvinista, que se halla orientada metodológicamente a la dicotomía lógica del filósofo Petrus Ramus, el cual se había manifestado en contra de una absolutización de las teorías aristotélicas(57). La Política de Altusio se apropia, básicamente, del concepto de soberanía, pero le da una

significación jurídica y política radicalmente diferente en confrontación crítica con Bodino(58). A diferencia de Bodino, la república aparece, no como el resultado jerárquico de la concentración de poder, sino como un proceso dinámico y también recíproco de institucionalización consensual y consocial, que comienza por la formación de pequeñas comunidades y, a partir de ahí, llega a la formación estatal del todo como comunidad(59). Ya desde un comienzo, este concepto se adecuó mejor que la teoría estática de Bodino a un Imperio de estructura estratificada. Con ello no se renuncia al concepto de soberanía como expresión de la identidad de la formación de una unidad y como punto de partida de la imputación estatal, pero se pone en tela de juicio el carácter absoluto del poder soberano y, en contraposición a Bodino, no se concibe la soberanía desde un principio como un poder político ilimitado, sino más bien como un poder jurídicamente limitado y transferido(60). Dado que para Altusio todo el derecho halla su raíz en la *lex naturalis et divina*, no cabe, por ese motivo, hablar de una *absoluta potestas*. La limitación subyacente no se añadirá, pues, al derecho positivo, como en Bodino, sino que será inmanente a éste(61). De este modo, se entiende por qué Altusio no habla simplemente de soberanía sino de derecho de soberanía (*ius maiestatis*). Éste corresponde indubitadamente y por completo a la *colectividad* como un derecho de toda la comunidad, y no puede, por tanto, ser reclamado individualmente por ningún sujeto. Este resultado se corresponde, en el nivel de la reflexión política y jurídica, con un concepto teórico que alcanza a la totalidad del orden de poder estatal -partiendo ya de una identificación entre Soberano y Estado- e intuye una soberanía que se subordina a la comunidad. En ello se halla también de forma embrionaria el Pueblo, aunque concebido aún de forma no totalmente individualista. Sería demasiado sencillo querer ver en ello sólo una cuestión cuantitativa. Aquí ya se tocan elementos esenciales e interrelacionados desde un punto de vista conceptual, como serán característicos del dogma de la soberanía popular, aunque sólo alcancen plena eficacia en el pensamiento de la Ilustración, enmarcados en su anclaje al individuo burgués(62).

Por consiguiente, a diferencia de Bodino, todo el poder es mandato y encomienda, es decir, ejercicio de un derecho ajeno. Por este motivo, el soberano sólo es el supremo poder público (*summus magistratus*), con la consecuencia de que todo el poder permanece en la comunidad como propio de ésta(63). Esto recuerda lo que era habitual en la teoría originaria del pacto de sujeción, que, en oposición a Bodino, habían defendido los monarcómacos, y también lo que se había discutido en la última escolástica española de la Escuela de Salamanca, sobre todo por Diego Covarruvias y Fernando Vasquez(64). Pero Altusio va decididamente más allá de este modelo tradicional del pacto de sujeción. Su intención es mucho más que una teoría del Estado y de la sociedad, omnicomprensiva, en la que se asienten específicas reflexiones jurídicas como una parte esencial de ella. En este sentido, cuenta en primer término, sobre todo, la distinción sistemático-jurídica entre titularidad y ejercicio del poder soberano. Mientras la primera permanece en la comunidad como un todo, la segunda es concebida como encomendada, jurídicamente transmitida y limitada. En tanto el poder soberano permanece siempre e inalienablemente en el conjunto de la comunidad estatal, sólo es posible fundamentar una distinción de las formas de Estado a partir de cada una de las formas de gobierno. Por ello, a diferencia de Bodino, Altusio puede describir al Imperio, de forma consecuente y acertada, como una monarquía, aunque sea de tipo estamental limitada(65).

Tiene un significado desigual el hecho de que el concepto de soberanía, modificado de este modo, sea colocado en el marco más amplio de una Ley Fundamental (*lex fundamentalis*) jurídicamente constitutiva de toda la comunidad(66). La comunidad es instituida en el marco de esta Ley Fundamental, en la que se apoya

como su fundamento. No se trata en el fondo de un elemento extraño al sistema, que se haya introducido para limitar un poder absoluto previamente afirmado, como era el caso de las *leges imperii* de Bodino, sino de la columna vertebral (*columna regni*) sobre la que se sustenta toda la comunidad. Por tanto, la soberanía puede ser concebida como la expresión del poder constituyente o estatuyente (*potestas iuris regni statuendi*), que forma la estructura fundamental identificativa de la comunidad estatal, pero que la precede funcionalmente(67). En ello se atisban los fundamentos de un pensamiento constitucional que conecta conceptual e institucionalmente la soberanía con la vinculación jurídica y no sólo remite al derecho natural y al derecho divino, aunque se hallen también presentes en este contexto como un marco obligatorio(68).

La *lex fundamentalis* que constituye a la comunidad estatal tiene, además, otra importante función federativa. La Ley Fundamental es al mismo tiempo la esencia de los pactos que conciertan las entidades regionales de la comunidad -se está pensando sobre todo en las ciudades y en las provincias- con el fin declarado de formar una y la misma comunidad, y de preservarla y defenderla con las palabras y con los hechos(69). De este modo, se logra conectar jurídicamente la formación de una comunidad vertical, horizontal, jerárquica y federal en el marco de una norma fundamental, base, en principio, de todo el Imperio. Así, es posible salvar el postulado de la soberanía y compatibilizarlo de esta forma tanto con el principio de un orden escalonado como con la idea de una limitación jurídica. Aunque no se pueda negar a Bodino una mínima incidencia en la comprensión constitucional del Estado, sin embargo, los comienzos del pensamiento jurídico constitucional no se encuentran en su concepto de soberanía, sino en la teoría de Altusio del fundamento y límites del poder soberano(70). Aquí se formulan a un tiempo los presupuestos jurídicos y políticos teóricos de un concepto federal, que posibilita captar institucionalmente las diversas configuraciones de la comunidad, así como ordenar tanto jurídica como políticamente una gran «totalidad», sin que por ello se deba renunciar a la función identificativa de una organización del poder público fundamentalmente unitaria e indivisible(71).

En comparación con el concepto de soberanía de Bodino, la teoría jurídica y política de Altusio remite a una comprensión de la comunidad que no sólo se orienta a una imagen monocrática del Estado absoluto, sino que aspira a la configuración estamental-corporativa y constitucional de la comunidad en los albores de la Edad Moderna. Esto apunta a que el Estado absoluto no representa en todo caso la única forma de estatalidad moderna. Aunque negar el absolutismo como un fenómeno histórico político, o no concebirlo como un mito cubierto por la realidad política y jurídica, sería ir demasiado lejos(72), sin embargo, Estado y estatalidad se construyen de forma bien diferente a la que puede transmitir una concepción orientada sólo al Estado soberano de inspiración absolutista.

De hecho, el largo y complejo proceso de formación del Estado está influido, fomentado de forma plural y activado por las fuerzas estamentales regionales y locales, aunque sea con una intensidad diversa(73). Ya sólo por ese motivo parece adecuado hablar de Estado premoderno en lugar de Estado absoluto(74). Aquél no se limita estáticamente sólo a una función disciplinadora de la sociedad en el sentido de estatalización vertical, sino que incluye otras formas de expresión de la comunidad política, en particular estructuradas consensual y cooperativo-federalmente(75). De este modo, será posible abrir el concepto de Estado a formas más flexibles de la comunidad política que no pueden ser exceptuadas por ser premodernas, sino que permanecen insertas en el espectro de posibilidades como alternativas premodernas a la conformación de la comunidad. Por tanto, la formación de la estatalidad moderna no se agota en la concentración jerárquica, sino que se manifiesta como un proceso de

diferenciación funcional en cuyo transcurso la sociedad preburguesa se adapta a las relaciones jurídicas y políticas cada vez más complejas mediante la construcción de las correspondientes instituciones(76). Esto se refleja también en la teoría de la soberanía, que no sólo se ocupa del soberano y de su competencia para solventar problemas, sino que tiene en cuenta, además, otras posibilidades.

2. Los efectos de la teoría de la soberanía en el derecho constitucional del Imperio: doble soberanía "Status mixtus" y vinculación a través de las Leyes Fundamentales

El contexto problemático circular percibido por Bodino y Altusio en torno a la soberanía, tanto en la teoría política como en la teoría jurídico-constitucional del Imperio, se cuenta entre las cuestiones continuamente discutidas y controvertidas desde el comienzo del siglo XVII. Sin embargo, quedaba aún sin esclarecer cómo podía servir el concepto de soberanía a las peculiaridades del Imperio y qué consecuencias se podían extraer para su derecho constitucional. En el centro de estas reflexiones decisivas estaban las cuestiones del fundamento y límite del poder soberano, su titularidad, así como, y no en último lugar, la del *status* del Imperio mismo.

Si se dejan a un lado las conclusiones más extremas, tal y como fueron defendidas en pro del emperador por Theodor Reinkingk y en favor de los estamentos por Boguslaus von Chemnitz, que querían atribuir la soberanía por completo o bien al Emperador o monarca, o bien a los estamentos del Imperio(77), predomina más bien una argumentación moderada en la iuspublicística del Imperio que, no obstante, se encuentra más próxima a la versión estamental que a la monárquica. De forma mayoritaria se atribuye al Imperio o bien el status de una monarquía o un *status* mixto de elementos monárquicos y estamentales (*status mixtus*). Este último presentaba problemas fundamentales debido a la pretensión absolutista vinculada al concepto de soberanía de Bodino, sobre todo como consecuencia de la exclusión de formas mixtas de Estado. Una parte de la doctrina solventa aquellas dificultades con la ayuda de la duplicación de la soberanía. Así, se atribuye al Emperador la soberanía personal (*maiestas personalis*), mientras a la totalidad de los estamentos imperiales se les atribuye la soberanía real (*maiestas realis*)(78). La cuestión tenía una fuerza política muy significativa y afectaba a los aspectos fundamentales de la autocomprensión de la monarquía. Si era difícil reconducir a Bodino la concepción de una doble soberanía, más lo era hacerlo a la teoría de la soberanía popular y del Estado de Altusio, pero sólo en cuanto se partiese no de una división del poder soberano sino de una diferenciación funcional del mismo. Así, era posible -por lo menos conceptualmente- justificar de un lado la continuidad de la pretensión personal monárquica del Emperador y, de otro, la realidad imperial-estamental, fácticamente establecida desde hacía largo tiempo, sin con ello renunciar a la categoría de la soberanía. No se trataba, por consiguiente, sólo de un problema teórico-estatal, sino a un tiempo jurídico-estatal, que debía ser respondido partiendo del punto de vista del *ius publicum* del Imperio.

La publicística en la que se debaten estas cuestiones constituye un ámbito aún relativamente abierto de diversas corrientes que se hallan diferenciadas en torno al *status* jurídico-público del Imperio y que, sobre todo, se encuentran recogidas en la escuela del *Ius Publicum* del Imperio de Jena, en torno a Dominicus Arumaeus y Johannes Limnaeus(79). Las cuestiones relativas al fundamento jurídico del poder imperial, la posición jurídica del Emperador en relación con el Imperio y los estamentos imperiales, así como, finalmente, el desarrollo jurídico y político del Imperio en su conjunto son las cuestiones centrales discutidas en esta escuela. Aunque las respuestas a

estas cuestiones no se dan de forma unitaria, se percibe una posición fundamental característica, inspirada también en el pensamiento de Altusio, orientada a la vinculación jurídica del poder soberano e identificativa de los juristas de esta escuela. El punto de partida de la teoría constitucional imperial de Jena es la orientación a las fuentes propias, es decir, alemanas, del *ius publicum*, lo que conduce a que la legitimación imperial romano-germánica no sea tenida más como fundamento del poder soberano.

El ejercicio y limitación del poder soberano se convierte así en una cuestión de derecho positivo. Se deduce de las reglas legales fundamentales (*Bula de oro, Capituciones electorales, Reichsabschiede*), que por su carácter pacticio no pueden ser denunciadas unilateralmente por el soberano, que en el caso extremo de su lesión podrían dar lugar incluso al derecho de resistencia. Benedikt Carpzov, jurista perteneciente al círculo de Jena, lo ha puesto de manifiesto de la forma más clara posible. Él fundamenta el poder soberano jurídico-positivamente, en tanto lo subordina a las leyes fundamentales. En consecuencia, aquél no se ha de imaginar como un poder absoluto sino como un poder jurídico basado en las leyes fundamentales (*potestas legibus circumscripta*). Esto, a su vez, tiene como consecuencia que ni la soberanía personal ni la real pueden ser concebidas sin el derecho que funde a ambas en una(80). De este modo, cristaliza paulatinamente la conciencia de un estrato de reglas jurídicas particulares, de carácter constitutivo para la comunidad, que, por ello, poseen una fuerza superior y permanecen, a causa de su significado fundamental, al margen de la disposición de los individuos. La publicística imperial, sobre todo de la escuela de Jena, ha contribuido de forma fundamental a tomar conciencia de esta dependencia tanto en el plano teórico como en el práctico. La misma marca un hito importante en el tránsito de la idea absolutista a la idea constitucional de soberanía.

3. La reconstrucción racional de la soberanía y sus consecuencias para el derecho constitucional del Imperio y para su teorización.

a) El fundamento pacticio del poder soberano.

La racionalización y sistematización de la teoría del Estado, emergente durante la segunda mitad del siglo XVII, no carece de consecuencias para la relación entre Derecho, Estado y soberanía. Sobre todo, la teoría del pacto de corte iusnaturalista, racionalista e individualista coloca a la teoría tradicional del poder estatalmente organizado sobre una base general metodológica diferente. El punto de partida de la argumentación ya no es la existencia de una estructura jurídica y política presupuesta, sino un estado originario o de naturaleza aceptado como hipotético, a partir del cual Derecho y Estado pueden ser reconstruidos racionalmente. El poder soberano necesitará, pues, para ser legítimo una fundamentación racional.

Aunque la teoría del pacto puede conducir a muy distintas conclusiones, y a formas de Estado y de poder totalmente diversas, influirá sobre todo una específica variante de la argumentación del pacto social, la cual se apoya en la doctrina de Thomas Hobbes. Ésta se orienta a la enajenación de los derechos individuales en beneficio de un Estado autonomizado presupuesto, que aparece como un *Leviathan* todopoderoso creador de la paz y del orden. La soberanía pertenece sólo a tal Estado, dotado de un poder absoluto, al que todos los individuos se subordinan a través de un pacto de todos con todos(81).

Esta teoría se hizo efectiva también en Alemania, de una forma modificada y algo dulcificada por Samuel Pufendorf(82). La soberanía es para Pufendorf el poder supremo y fundamentalmente ilimitado, basado en el pacto, al que los individuos se someten y cuya característica central es la Ley(83). Además le atribuye al Estado el carácter de persona, en tanto totalidad nacida de las voluntades individuales(84) , aunque el poder soberano no deba residir en ella, sino de forma indivisible en el sujeto u órgano soberano, de modo que (aún) no se contempla la distinción entre la soberanía del Estado y la soberanía del órgano. La diferenciación funcional entre titularidad y ejercicio del poder soberano, tal y como fue sostenida en la teoría de la soberanía real, perteneciente a la *totalidad*, y personal, atribuida al soberano, es rechazada por peligrosa para la unidad y para el Estado(85). Dado que la forma de Estado -siguiendo la ortodoxia nearistotélica- se mide exclusivamente en atención a la titularidad de la soberanía, también se excluyen las formas mixtas de Estado. Por ello, Pufendorf se ve obligado a calificar de irregular a la comunidad estatal que no se corresponde con este concepto(86).

Por consiguiente, la limitación del poder estatal soberano no está totalmente excluida, aunque queda como problema en un segundo plano. Encuentra su expresión sobre todo en la obligación de lograr el bien común, que, sin embargo, permanece poco definida y sin ser eficazmente exigible(87). Así, Pufendorf se coloca materialmente en una comprensión tradicional de la soberanía, influida esencialmente por Bodino, pero reformulada a la luz de las teorías del pacto y del racionalismo, lo que no significa necesariamente una justificación del absolutismo monocrático, aunque en la práctica, dadas las circunstancias, termine siendo reconducida a él.

b) ¿Es el Imperio un monstruo? La aplicación de la teoría de la soberanía al derecho constitucional del Imperio.

Al igual que pasaba con el concepto de soberanía de Bodino, tampoco la teoría de Pufendorf de un poder soberano basado en el pacto era trasladable sin más al Imperio. Tanto menos en la medida en que la Paz de Westfalia había reconocido a los estamentos imperiales supremacía territorial *-ius territorii et superioritatis-* (Art. V § 30 Instrumentum Pacis Osnabrugense). Sin duda, los estamentos imperiales con ello son revalorizados jurídica y políticamente, sobre todo, cuando se tiene en cuenta el derecho de establecer pactos con el extranjero *-ius faciendi cum exteris foedera-* (Art. VII § 2 de aquel mismo instrumento). Al mismo tiempo, la relación entre el Emperador y el Imperio va a ser sopesada institucionalmente de nuevo en beneficio de los estamentos imperiales. Por ello, apenas era posible continuar imaginando jurídicamente al Imperio como una monarquía absoluta, si se tenían en cuenta los derechos de participación en cuestiones imperiales de los estamentos, sino que aquél constituía un orden político complejo en el que se encontraban en íntima relación elementos jerárquicos, estamental-federativos y territoriales. La estructura jerárquica no permanece, pues, inalterada, sino que es redefinida jurídicamente en el sentido de un *status mixtus* que incorpora a los estamentos imperiales(88).

Tras la conclusión de la paz, la cuestión de la soberanía junto con la del *status* del Imperio representan también un punto especialmente controvertido. El escrito de Pufendorf sobre la Constitución imperial, aparecido como anónimo en 1667, supone en este debate un hito significativo. Su calificativo de "monstruosidad", discutido hasta

nuestros días, es junto con la prognosis desoladora posterior de Hegel, la afirmación más conocida sobre el Imperio, que ha sido sometida a dura crítica y que apunta a que se había encontrado cierta evidencia de precariedad en el Emperador y en el Imperio(89). Cuando Pufendorf califica al Imperio de un cuerpo irregular y semejante a un monstruo - *irregulare aliquod corpus et monstro simile*-, quiere expresar que no se ajusta a ninguna de las categorías usuales y subyacentes de la época. En efecto, apenas era posible, con base en este trasfondo teórico-jurídico y teórico-estatal, concebir adecuadamente el *status* completo del Imperio, puesto que las premisas de un concepto de Estado y de soberanía concebidos bajo presupuestos bien distintos, concretamente los de un Estado unitario, no acertaban con la pluridimensionalidad de las estructuras del Imperio. Sobre todo, influyó mucho más decisivamente que aquí se encontrasen dos problemas de difícil solución: de un lado, el carácter del Imperio como una monarquía estamental limitada, de otro, su estructura territorial como una comunidad compuesta. No se trataba, en absoluto, de un problema meramente aparente, como a veces se ha sostenido (por cierto, tampoco lo es hoy en relación con la Unión Europea), pues la cuestión del *status* del Imperio no sólo era significativa terminológica o conceptualmente, sino que planteaba cuestiones fundamentales de poder, tanto jurídicas como políticas, totalmente al margen de si la falta de realización de una clarificación conceptual hubiera significado al mismo tiempo la renuncia a una clarificación científica(90).

Las dificultades de Pufendorf para comprender adecuadamente al Imperio resultaban de que su concepción del Estado y de la soberanía estaban influidas, no por el Imperio existente, sino por la Francia contemporánea, estructurada de forma totalmente diferente, y que para él poseía en muchos aspectos rasgos modélicos en el marco del absolutismo emergente(91). Por consiguiente, una estructuración federal en la que a los miembros también les correspondiera carácter estatal debió parecerle peligrosa para la existencia del Imperio. Más tarde, cuando Pufendorf atenúa también la figura del monstruo e, incluso, la llegue finalmente a hacer desaparecer por completo(92), esto sucederá bajo la impresión de un reforzamiento fáctico momentáneo de las estructuras jerárquicas del Imperio, que puede ser reconducido a la intención de modificar su concepto teórico o simplemente cambiarlo fundamentalmente(93). De este modo, se queda finalmente en el punto de partida relatado. El Imperio aparece como una entidad no calificable con precisión, que se aproxima a un sistema de múltiples Estados (*systema aliquod plurimum civitatum*), pero que se halla sustraído a toda consideración teórico- jurídica o teórico-estatal y no se puede configurar más allá porque, de ser observado como un todo, tendría que volver a ser considerado como irregular(94). Que con ello no se deba negar estatalidad al Imperio, como Pufendorf -aunque fuera ya tarde- puso de manifiesto frente a sus muchos críticos, cambia poco el dilema existente, pues esta estatalidad de nuevo es irregular, es decir, no se corresponde con el supuesto normal(95).

El Imperio, después de todo, podía ser calificado en el fondo como una entidad estatal, sin tener en cuenta sus implicaciones de derecho internacional público(96). En favor de ello habla no sólo que la fórmula federal de la cláusula de salvaguardia incluida en el Art. VIII § 2 del IPO negase al Imperio y al Emperador los pactos federales, sino también, sobre todo, que la paz tanto por su contexto completo como por su intención dejaba intacto al Imperio como un todo en su sentido usual.

Apenas se va a acudir ahora ya a los conceptos teórico-estatales y teórico-políticos de la época previa a la Paz de Westfalia, en la medida en que no estuvieran orientados al neoaristotelismo o a la teoría iusnaturalista extraída a partir de Hobbes. Aquí influye en el Imperio la fuerza de los grandes monarcas territoriales (Brandenburgo-Prusia,

Austria), que, no sin fundamento, se podían ver confirmados en su supremacía territorial reconocida por la Paz de Westfalia en el marco del establecimiento de una estatalidad tendente al centralismo y al absolutismo. Por ello, la teoría política consocial y consensual de Altusio debía aparecer contraindicada y, teniendo en cuenta las relaciones de poder y confesionales, era condenada por revolucionaria y peligrosa(97). También contribuyó a ello el que el Calvinismo, a pesar de su reconocimiento en la Paz de Westfalia (Art. VII § 1 IPO), operase en el Imperio a partir de una posición minoritaria que asimismo influía política y teóricamente y que, en todo caso, marginaba en Alemania la teoría de Altusio y de su escuela. Esto mismo es válido para la teoría de la doble soberanía que fue marcada con el estigma de peligrosa para el Imperio y para el Estado(98), con la consecuencia de que apareciesen entonces otras soluciones cuyo fin era un modelo de soberanía de un Estado monárquico más o menos absoluto.

4. La soberanía en el ámbito de las tensiones entre el Imperio y los territorios.

Es característico del Sacro Imperio Romano considerar la estatalidad derivada de dos planos: en primer lugar, de las instancias imperiales; en segundo lugar, de los poderes territoriales. Se ha ignorado a veces, como ya se ha visto, que el proceso de formación de los Estados premodernos pudo tener el sentido de una alternativa de la que sólo se hizo efectivo uno de los ámbitos sometidos a consideración, dándose preferencia, en general, a los (grandes) territorios en atención a la intensidad de la mayor concentración institucional. En la actualidad no se discute que el proceso de configuración estatal en el Imperio y en los territorios ha transcurrido de diferentes formas y, sobre todo, que el Imperio no fue entendido como una forma de estatalidad central-absolutista, como, por ejemplo, pudo haber sido concebido en Francia. Sin embargo, no fue éste el motivo para convenir desde el principio que el Imperio mostraba la debilidad de su estructura central como forma de estatalidad. En realidad, el sumamente complejo proceso premoderno de formación estatal se puede observar de la misma forma desde cualquiera de los puntos de partida y se puede concebir jurídicamente -incluso aunque no sea en todas partes de la misma intensidad- como un proceso de diferenciación e institucionalización del poder político a largo plazo.

Para la Teoría del Derecho público del Imperio, la compleja estructura dualista de éste se muestra algo precaria desde el principio. Una concepción jurídica dirigida sobre todo a la unidad, el centralismo y el absolutismo debía parecer sospechosa de realizar la diferenciación de entidades políticas regionales que buscaban autonomía. Al referirse al "Estado mixto" como modelo explicativo no sólo no se admite como punto de partida el concepto de soberanía de Bodino sino tampoco el de Pufendorf. Éste no era suficiente, porque no sólo existe una limitación constitucional respecto al poder imperial o monárquico, respectivamente, sino que a la vez se trata de ver cómo se ordenará jurídicamente la relación entre el Imperio y los territorios.

Siempre hubo intentos de acercarse al problema. Ya antes de la obra de Pufendorf sobre la Constitución imperial se intentó aclarar la relación entre el Imperio y los territorios. En particular, es digna de mención la pretensión del jurista de Hannover Ludolf Hugo, a comienzos del siglo XVI, de concebir el viejo Imperio como producto de una doble estructura de poder (*duplex regimen*); por un lado del propio Imperio, y por otro derivado de sus Regiones(99). La soberanía territorial, reestructurada como estamento del Imperio en la Paz de Westfalia, actuaba aquí como uno de los principales poderes y con análogas facultades jurídicas. En verdad, no es totalmente libre, pero sí tan general y extensa que parece asumir algo del poder supremo(100). Aún más consecuente es la concepción de una doble estructura del poder en el Imperio que

posteriormente fue continuada por Leibnitz(101). Se puede, sin embargo, poner en duda que Leibnitz haya ofrecido una teoría de la organización federal del Estado, pues las estructuras del Imperio sólo fueron establecidas con claridad sobre la base de una relativización y una diferenciación funcional del principio de soberanía jurídicamente entendido(102). Entretanto falta una visión de conjunto que vaya más allá de una mera opción política en favor del Emperador o de los estamentos imperiales, por no hablar de la respuesta a la pregunta de cómo puede compatibilizarse el dogma de la soberanía con una organización dividida.

Se presenta aquí un dilema que tuvo que ser precisado posteriormente por la teoría alemana del Estado y del Derecho público, y que se manifiesta en la separación de dos perspectivas que inicialmente aparecían unidas. Una, referida en general a la comunidad, sin tomar en consideración a un Estado determinado, se orientaba de forma metódica, en la tradición de la teoría política neoaristotélica ortodoxa, hacia el floreciente derecho natural racionalista y el derecho racional, y es articulada sobre la idea de un Principado absoluto, como se pretendía, y ya se había conseguido en parte, en los grandes territorios. Esta perspectiva comprende, sustancialmente, desde la moderada teoría absolutista de Pufendorf hasta las formas más decisivas del Estado absoluto, como por ejemplo la teocrático-luterana, que habrían encontrado la expresión del concepto de soberanía en la teoría política de Johann Friedrich Horn(103). Esto satisfacía las pretensiones de poder y los intereses de la soberanía territorial, pero no era transmisible sin más a las estructuras jurídico-constitucionales imperiales. La otra perspectiva se articula con el Imperio y la Constitución imperial, y se orienta hacia la validez del derecho público positivo del Imperio, cuyas fuentes del derecho fueron establecidas con exactitud y examinadas de forma sistemático-jurídica. Sin embargo, esta perspectiva, finalmente, se redujo a lo largo del siglo XVIII a las recopilaciones históricas de Johann Jakob Moser y al positivismo jurídico-estatal del Imperio de Johann Stephan Pütter, lo que determinó que la cuestión de la soberanía apenas recibiese nuevos impulsos(104).

Esto provoca en la segunda mitad del siglo XVIII el desarrollo de la teoría general del derecho público, si bien bajo las formas de pensamiento tradicional en la medida en que su referencia al bienestar general no pasa de ser un despotismo ilustrado. Sólo ahora, en prueba de las crecientes dimensiones del dualismo austríaco-prusiano en las estructuras jurídicas y políticas del Imperio, parece aumentar poco a poco la conciencia de que la estatalidad puede entenderse legítimamente desde diversos planos, sin que tenga que ser necesariamente algo "monstruoso"(105). Dado que esto era bastante novedoso, alcanza desde este momento un lugar entre las "provocaciones revolucionarias", una vez demostrada su creciente eficiencia para el sistema jurídico y político surgido de la Paz de Westfalia.

En este sentido, Hegel redujo el Imperio, en su fase final, al conjunto de derechos de los que se había privado a ciertas partes del conjunto, con el razonamiento de que la base de su existencia no podía ser concebida más que como algo convenido(106). Hegel deduce de ello la limitada revolución que supone la constelación de nuevas fuerzas y poderes, y piensa que, al final, el Imperio no puede ser concebido como un monstruo.

La cuestión acerca del Estado y la soberanía parece tan vacía de contenido como la de la estructura federal del Imperio, y, sobre todo, esta última propicia unas reflexiones respecto a la soberanía popular y la identidad nacional como algo en todo caso negativo; es decir, aparece como precedente de una progresiva particularización y de los apoyos a la libertad de los miembros. Sin duda esto no fue motivo para que el antiguo Imperio fuese visto como algo negativo. Con su estructura muy dividida, que no se correspondía con el tipo de los estados unitarios soberanos y que vinculaba entre sí elementos

estatales y elementos de derecho internacional público, se ha contribuido realmente a asentar el conocimiento de nuevas formas de organización estatal y con ello se ha otorgado un estímulo esencial para algunas organizaciones políticas, como aquellas hacia las que se avanza hoy bajo el signo de la Unión Europea y las instituciones supraestatales.

5. La delimitación entre soberanía estatal y soberanía jurídico-internacional.

El concepto de soberanía sirve desde el principio a un doble impulso, actúa como poder supremo para la independencia tanto hacia el interior como hacia el exterior. Esto era ya evidente a fines de la Edad Media con el comienzo de las reflexiones sobre la soberanía y se desarrolla con la teoría del Estado y de la soberanía de Bodino. Sin embargo, los ordenamientos estatales presentaban una situación interna caracterizada por problemas diferentes de los propios de las relaciones exteriores. En el ámbito interno se pudo recurrir al fundamento del poder soberano como instrumento para el mandato legal, lo que no era posible en las relaciones exteriores, carentes de un poder coactivo y sancionador ordenado. Esto no quiere decir que el derecho no hubiese tenido validez en el ámbito internacional. Las dificultades afectaban especialmente a la fundamentación de la validez. Ésta se buscaba y se encontraba más en el derecho de gentes que en el derecho particular de cada pueblo. También Bodino remite a este límite, pero en la duda quiere atribuir al soberano la competencia de obviarlo conscientemente(107). Mucho más abierto al derecho de gentes es Hugo Grocio, que entiende la soberanía en el sentido del poder supremo, pero renuncia a formular un criterio absoluto. Prepara con ello el camino para una específica comprensión internacional de la soberanía, que incluso es esencialmente compatible tanto con las obligaciones intraestatales como con las extraestatales(108). Sin duda era necesaria una clarificación respecto hasta qué punto el derecho de gentes podía ser también un derecho positivo. En la tardía tradición escolástica hispánica Fernando Vasquez respondió con prudencia y la cuestión fue recogida por Grocio(109). Pufendorf, menos influido por Grocio que por Hobbes, en cambio se mostró escéptico, oponiendo su más rígido concepto de soberanía a una fundamentación jurídico-positiva del derecho internacional. Cuando subsiste conjuntamente la misma estructura natural tanto en las relaciones interiores estatales como en las relaciones exteriores, se pone en cuestión el fundamento jurídico del derecho de gentes entendido de nuevo sólo como un derecho natural. Sin duda, es posible incluir los tratados internacionales celebrados por los Estados o por sus soberanos, respectivamente, bajo estas condiciones, pero no a partir del derecho internacional positivo, porque falta una instancia establecida normativamente por encima de los Estados. Pufendorf quiere por ello que el derecho internacional deje de ser considerado como derecho positivo(110). Christian Wolf fue el primero que dió un paso decisivo para conseguir un auténtico derecho positivo internacional. Este no será referido a personas determinadas, sino de forma específica a pueblos organizados en Estados, cuando así resulte conveniente; es decir, identifica el derecho legal positivo con la voluntad de los pueblos y como algo distinto de los principios generales del derecho natural de gentes(111).

Wolff describe así de manera adecuada un sector parcial de la realidad jurídica de los Estados europeos de su tiempo. Mientras, el derecho internacional tuvo que encontrar su fundamento en una creciente cantidad de tratados, alianzas y documentos diplomáticos, de lo que proporcionan elocuentes testimonios las correspondientes colecciones de fuentes desde fines del siglo XVIII(112). Pero también el acuerdo jurídico de la Paz de Westfalia contribuyó de manera importante con sus disposiciones a

fortalecer la convicción política de una diferenciación interior y exterior del Estado, y a allanar el camino para la distinción entre el derecho estatal y el derecho internacional. El derecho internacional se muestra ante todo como una disciplina práctica jurisprudencial que comienza a adquirir perfiles precisos. Representa la esencia del derecho y de las obligaciones entre los pueblos y los Estados, y comprende dos importantes ámbitos: por un lado, el derecho internacional convencional (*jus gentium practicum*); por otro, la larga tradición o silenciosa convención basada en la costumbre jurídica internacional (*jus gentium consuetudinarium*)(113). Ambos se califican conjuntamente como un derecho internacional práctico o europeo. Johann Jakob Moser, que describió el derecho entre los Estados "como el que es habitual entre los soberanos y naciones europeas", puede ser considerado con razón como el "padre" de este derecho internacional(114).

Este desarrollo fue posible gracias a un debilitamiento del concepto de soberanía, que era un atributo derivado del absolutismo. Moser califica a cada regente o Estado que no tiene un soberano extranjero como soberano(115), y para Emer de Vattel, siguiendo los argumentos mostrados por Grocio y Wolff, una sociedad estatal o Nación no es soberana cuando no está sometida a obligaciones jurídicas, sino cuando está regida por leyes determinadas(116). De esta forma, el criterio diferenciador de la soberanía de derecho internacional será la capacidad para autoorganizarse de los Estados y no en cambio la libertad respecto de las obligaciones jurídicas. La contraposición de principio entre la soberanía interna y externa no había desaparecido, pero había caído la barrera que impedía el desarrollo del derecho internacional, porque desde ahora las obligaciones jurídicas entre los Estados pueden fundarse también desde la perspectiva del dogma de la soberanía. Con ello la doctrina inaugurada se coloca en el origen del moderno derecho internacional. Se corresponde por lo demás con una comprensión ilustrada del Estado, que se impone a lo largo del siglo XVIII en el Imperio y en otras partes.

IV. Las transformaciones de la comprensión de la soberanía en el preconstitucionalismo.

1. El concepto de soberanía en el preconstitucionalismo y la limitación jurídico-constitucional del poder estatal.

El pujante movimiento constitucional subsiguiente a la época revolucionaria en Europa no carece de consecuencias para la concepción alemana del derecho, el Estado y la soberanía. Aunque no le son extrañas las formulaciones constitucionales del derecho alemán y las concepciones estatales desarrolladas a lo largo del siglo XVIII(117), sin embargo se harán efectivas como consecuencia y ante la Revolución. Se funden, finalmente, en las teorías del Estado y en la teoría jurídica del Estado preconstitucional con la comprensión francesa de las ideas jurídico-racionalistas. Esta no ofrece un todo entero sistemático, se asienta a la vez sobre diferentes orientaciones y, ante todo, no se limita a realizar una descripción de lo existente jurídicamente, sino que al mismo tiempo inaugura una perspectiva filosófica y político-jurídica(118). Es especialmente significativa para una comprensión constitucional audaz del Estado y la soberanía la concepción del derecho y del Estado que se había extendido sobre todo en la zona sur y sudoeste de Alemania. Se agrupaba en torno a Karl von Rotteck y Karl Theodor Welcker, coordinadores del *Staats-Lexikon*(119), que no sin razón ha sido calificado como la "Biblia del primitivo liberalismo alemán"(120).

A las pretensiones centralistas de los liberales preconstitucionalistas

corresponde la relativa a la formación de una comunidad estatal, con lo que, según el lugar -incluso en las zonas liberales-, se quiso decir cosas bien distintas. En su mayoría el preconstitucionalismo alemán adopta un cuño liberal no orientado hacia cualquier tipo de Constitución, sino hacia aquella que puede imponerse como patrón, como había sido expuesto en la Teoría del Estado ilustrada. El Estado constitucional debe ser, como destaca Rotteck, "legítimo para el derecho existente", no sólo una situación dependiente del poder fáctico(121). Esto provoca consecuencias directas en el concepto y la función de la soberanía. Welcker, en deliberada contradicción con la opinión desarrollada a partir de la tradición de Bodino y Hobbes, critica que el poder soberano sea por principio absoluto, poniendo así de manifiesto que el carácter ilimitado de los derechos y potestades "no reside en absoluto en el concepto de soberanía"(122). Esta última puede calificarse, al trasladarla al derecho y a las relaciones estatales, como "jurídicamente limitada y condicionada". La soberanía, por lo tanto, será así definida jurídicamente, y no por casualidad, como la "posición más elevada en las relaciones jurídicas estatales(123).

Al poder estatal, en el que se residencian las nuevas disposiciones constitucionales, le corresponde por ello una gran autoridad, porque la soberanía no será entendida ya como algo ajeno al derecho positivo, sino como algo que está en el interior del mismo. En efecto, en términos jurídicos en lo sucesivo se mantiene en su condición de poder supremo, pero sólo "dentro de las disposiciones de las normas constitucionales". La soberanía será por ello concebida jurídicamente como una competencia que depende "del derecho positivo, de la especial organización jurídica de cada Estado determinado"(124).

En el centro de estas aspiraciones y reflexiones no estaba tanto la exigencia de democracia como la limitación del poder a través de vínculos jurídicos y constitucionales. El movimiento constitucional se muestra así como aquel del que fluye como corriente el Estado de Derecho, que tiende a someter, a través del derecho, toda la vida estatal a normas jurídicas. Ya Kant había ofrecido una imagen coherente de esta idea, en la que él calificaba el Estado como "la unión de una multitud de personas bajo las leyes del derecho"(125). Robert von Mohl, liberal del sudoeste alemán, comprometido con las reflexiones sobre el Estado de Derecho de Kant, las llevó más lejos, dirigiendo la atención al hecho de que el poder del Estado, en una comunidad bien ordenada, no era "en ningún caso ilimitado" y, por lo tanto, el objeto de la vinculación de los ciudadanos sólo podía ser "siempre un poder limitado y constitucional"(126).

Von Mohl pudo demostrar, ya desde el principio, que no se trataba sólo de una reflexión teórica sobre el Estado, en la medida en que aplicaba su concepción liberal del Estado y del derecho al ejemplo práctico del Derecho del Estado de Württemberg, y avanzaba así, conscientemente, hacia el Derecho Constitucional(127). Será así el fundador de una dogmática jurídico-constitucional, que rápidamente adquirió el carácter de válida para cualquier demostración(128).

De este modo, se demuestra que respecto a las relaciones entre Estado y soberanía hay todavía profundas discrepancias y en modo alguno existen conclusiones generalmente aceptadas. De los postulados preliberales se seguía, pues, que en lo sucesivo la soberanía no lo sería ya sin más, sino que para concebir el derecho público positivo como derecho constitucional estatal todas las actividades de los Estados constitucionales se encaminarían a su inclusión en la Constitución, y podrían así ser juzgadas a partir de esta norma.

2. La relación entre el principio monárquico y la soberanía popular.

La cuestión de la división del poder en el Estado constituye una de las grandes controversias en la teoría constitucional del Estado. En realidad, como postulaba Rotteck, se quería hacer de un "Estado del poder" un "Estado del derecho"(129), lo que era imprescindible para cuestionar la legitimidad de la concentración del poder estatal en el soberano; en otras palabras, para plantear la cuestión de la soberanía en el Estado constitucional. No se puede obviar en la primera mitad del siglo XIX la existencia de constituciones escritas, que se habían promulgado a lo largo de tres fases en la mayoría de los Estados alemanes(130). No obstante, el objeto de la discusión se centraba en la validez de estas constituciones y cómo se podía extender su eficacia jurídica. Esto sólo se había resuelto vagamente en el artículo 13 del "Acta Federal alemana de 1815", que imponía el establecimiento de una Constitución para todos los Estados federados, aunque sin precisar qué se pretendía con ello.

La orientación conservadora-restauradora de la teoría constitucional del Estado mantiene con firmeza que una Constitución sólo puede ser otorgada unilateralmente por el soberano. Esto pudo comprobarse a través de la práctica constitucional de los Estados federados alemanes, que siguiendo la Carta Constitucional francesa de 1814, dio preferencia a la Constitución otorgada unilateralmente por el soberano, mientras continuaron siendo una excepción las Constituciones derivadas de un acuerdo, como la de Württemberg de 1820(131). Esta interpretación respondía al principio monárquico recogido en el artículo 57 del Acta Final de Viena de 1820, que monopolizaba el conjunto del poder del Estado en el soberano, admitiendo su limitación sólo respecto al ejercicio de poderes determinados(132). El más significativo representante de este principio es Friedrich Julius Stahl, quien, imbuido no sólo de la comprensión hegeliana del Estado sino también de la teoría luterano-ortodoxa del Estado y del poder público, veía en el soberano el centro de gravedad de la Constitución y el efectivo creador de poder en el Estado(133). Lo que había sido la imagen de la identificación entre soberano y Estado en la fórmula "el Estado soy yo", se muestra en el fondo como algo "completamente cierto"(134). Ante estas circunstancias, es lógico el recurso de Stahl a la fundamentación divina del Estado y a la consecuente legitimación divina del soberano, sin que se tenga en cuenta seriamente una apelación al pueblo o a la representación popular. Sin embargo, de ello se desprende un retroceso evidente, que busca afirmar la monarquía frente a las inaplazables demandas parlamentarias de la sociedad burguesa(135). La soberanía, desde estas premisas, sólo puede corresponder al Rey. Ciertamente, no se entenderá en el sentido de un poder absoluto, sino como expresión de la más alta posición en el Estado y, por ello, se concebirá como una simple categoría formal, como concesión al movimiento constitucional y no sin contradicción con el principio monárquico(136).

Frente a lo anterior, la primitiva teoría liberal del Estado y del derecho público sostiene, siguiendo a Rousseau y Kant, que todas las prerrogativas de gobierno corresponden a la totalidad del pueblo y el gobierno sólo lo es por y para el pueblo, como subrayó Johann Christoph von Aretin, autor, quizá, del más significativo derecho público preconstitucional. Un Estado constitucional es, pues, exclusivamente aquel en el que un Monarca "gobierna de acuerdo con los mandatos de la voluntad colectiva racional"(137). Esto significa para Welcker que la denominada "soberanía constitucional", esto es, el derecho, será determinada por el representante constitucional y su cambio compete al conjunto de la Nación y a sus órganos, incluyendo al Gobierno constituido(138). Se trata con ello, esencialmente, de que la Constitución, el gobierno y la responsabilidad puedan configurarse de forma pactada o, lo que es lo mismo, de forma constitucionalmente libre(139). La Constitución podía fundarse en el derecho, pero no en uno determinado, sino en el vigente en cada momento por concesión

legítima del soberano. Una Constitución otorgada, es decir, impuesta, ha de ser valorada en todo caso como una "propuesta constitucional", que alcanza el rango de una auténtica Constitución si primero consigue la "pacífica, libre y auténtica aceptación"(140). Es cierto que permanece pendiente de explicación hasta dónde llega en caso de duda el vínculo jurídico-constitucional del soberano, puesto que a él se le atribuye la "soberanía gubernamental"; esto es, un tipo de soberanía de un órgano con potestad "para gobernar en las más altas instancias"(141). Se entendía, pues, que, bajo la Constitución vigente, un derecho limitado obligaba a la cooperación del soberano con el pueblo o con sus representantes. Esto era contradictorio con el moderado y clásico concepto de soberanía, pero era en todo caso una nueva interpretación significativa porque, a partir de ella, ya no podía ser concebido un único poder de decisión, sino que éste habría de derivar ya de un copartícipe o de la cosoberanía de otro titular de la potestad suprema(142). Con ello se aborda el problema del derecho y del poder, que también había ocupado a la teoría del derecho público del Imperio durante el siglo XVII y que había sido resuelto en su tiempo a través de la diferenciación entre la soberanía real y la personal(143). Ciertamente, lo mismo vale respecto de las antiguas Leyes Fundamentales, que, de forma transaccional, eran en parte comparables con el "pensamiento constitucional del constitucionalismo"(144).

No se puede trasladar, ni teórica ni prácticamente, la soberanía constitucional del pueblo al sentido del "*pouvoir constituant*" francés. Éste es comprensible en presencia de las estructuras políticas y sociales de su tiempo. Cuando se tiene en consideración sus respectivos intereses políticos, el movimiento constitucional muestra acusadas tendencias hacia unos compromisos entre los monarcas, como herederos de la titularidad del poder estatal, y la clase burguesa representada en las nuevas capas sociales. Un único "poder constituyente" del pueblo(145), generalmente rechazado, sólo podría imponerse, bajo estas circunstancias, con una revolución violenta. Esta posiblemente no era en sí buscada en la Revolución de 1848/49(146). Por este motivo, persistía, finalmente, un acuerdo aceptado de manera evidente por ambas partes, en el que asignaba conjuntamente el poder constituyente al pueblo y al gobierno.

La cuestión del poder, inherente al problema de la soberanía, no pudo, por ello, ser aclarada políticamente. A tal fin, hubo indudables aportaciones, que no discurren de forma sincronizada en el movimiento político y constitucional alemán, puesto que la unidad nacional y la libertad ciudadana podían entrar en contradicción. Así, el primitivo constitucionalismo alemán se mantiene en una situación intermedia dirigida hacia una solución jurídico-constitucional particularizada, en la que por regla general los monarcas soberanos eran débiles para gobernar absolutamente, y la burguesía no era suficientemente fuerte para que el sistema representativo parlamentario pudiese imponerse con éxito(147).

3. La naturaleza jurídica de la Federación Alemana y la soberanía de cada uno de los Estados.

Con el final del antiguo Imperio parece resuelta por primera vez la cuestión de la soberanía en favor de los territorios, especialmente para los componentes de la Confederación del Rin, a los que ya antes les había sido reconocida una soberanía plena (*plénitude de la souveraineté*)(148). Ésta se presentaba como una nueva forma debido a la fundación de la Federación Alemana, que se componía, conforme al Art. 1 del Acta Federal, de los Príncipes soberanos y de las ciudades libres alemanas(149). Esto significaba que los soberanos actuarían como representantes para la unión de los Estados con la condición de que tuviesen las mismas atribuciones y fuesen

independientes unos de otros(150). El Art. 1 del Acta Final de Viena califica a esta Federación de "unión de derecho internacional"(151). Por otro lado, se pudo volver a la idea de una Asamblea Federal como órgano común, así como a la de que la Federación creada conforme al Art. 1 del Acta Federal era "permanente", es decir, debía ser indisoluble. También se quería ver, conforme al Art. 2 de la Declaración Final de Viena, en los Estados Federados un "poder colectivo reunido en unidad política".

Respecto a la naturaleza jurídica de la Federación como controversia jurídica no se podía afirmar nada con seguridad. Johann Ludwig Klüber, en su "Derecho Público de la Federación Alemana", había sostenido, a partir de las normas del Acta Final de Viena, ampliamente aceptadas, que, en términos estrictos, la Federación Alemana no era un Estado federal, sino una Confederación de Estados, a la que designaba como una "unión, en una sociedad internacional, de los Estados alemanes independientes con objetivos comunes". Cada uno de los Estados singulares conservaba la titularidad de la soberanía, que será entendida finalmente como un poder estatal independiente, que también incluye, conforme al Art. 11 del Acta Federal, el derecho de celebrar tratados con potencias extranjeras(152). Una solución intermedia en el sentido de una soberanía dependiente o medía soberanía será rechazada.

Klüber se refiere aquí a la diferenciación conceptual entre Estado federal y Confederación de Estados a principios del siglo XIX, que llevada a la práctica repercutía en el concepto de soberanía y exigía una solución en uno u otro sentido. El propio Klüber era consciente de que esto era quizás demasiado esquemático, cuando reconocía a la Confederación una voluntad total, veía a la Asamblea Federal como el órgano permanente de expresión de su voluntad y actuación, y le reconocía, además, influencia en los asuntos internos de los Estados confederados aunque sólo fuera bajo el pretexto de cumplir un fin confederal(153). Sin embargo, esta cuestión no encontraba una explicación jurídica paralela en la discusión jurídico-estatal. El interés jurídico-estatal de la época se centraba más en los Estados federados gobernados monárquicamente; lleva también sobre esta base a los fundamentos de un derecho del Estado alemán colectivo, pero permite relegar un específico análisis del derecho estatal desde el punto de vista de la relación entre la Confederación y los Estados, en buena medida porque no se confiaba políticamente en la Confederación a consecuencia de su capacidad para influir en cada uno de los Estados y se era escéptico frente a ella en todo

lo demás. La cuestión o bien se resuelve de acuerdo con la concepción de Klüber o bien, aunque la Federación Alemana siga siendo calificada como una Confederación de Estados, se contempla cada vez más como un Estado Federal, en atención a su intervención en los asuntos internos urgentes de éstos(154).

En el debate federal la discusión procede preferentemente del lado político. Éste se halla condicionado por el hecho de que la Federación alemana no podía ser considerada como expresión contemporánea de aspiraciones de unidad y libertad, y el aspecto político recibe impulsos del movimiento constitucional revolucionario del "premarzo" alemán. Welcker se manifestaba así, explícitamente, en favor de una estructura estatal federal. Él consideraba que esta estructura sólo podía apoyarse en un concepto debilitado de soberanía, pero que, sobre todo, no era posible sin una fundamentación jurídico-constitucional. De este modo, Welcker ve la forma de ser jurídica del Estado Federal en que diversos Estados, no completamente soberanos, se unen bajo una Constitución jurídica en un Estado superior, al que se subordinan sin que los derechos de este último permanezcan ilimitados(155). La Constitución de la Iglesia de San Pablo, no aplicada en la práctica, atribuye competencias a los Estados miembros en la medida en que no se hallen limitadas por la Constitución imperial o no hubieran sido explícitamente transferidas al poder imperial(156). Por el contrario, Georg

Waitz, historiador del constitucionalismo y miembro de la Asamblea Nacional de Frankfort, pretende, precisamente bajo la impresión del fracaso del movimiento constitucional alemán, considerar soberanos tanto a la Federación como a los Estados miembros, apuntando así hacia el modelo de una doble soberanía. A pesar de la fundamentación un tanto artificial y meramente conceptual, que en este caso estaría limitada sólo por la forma externa de la soberanía pero no por el contenido, podía obtener igualmente una cierta eficacia que, en parte, se prolongó más allá de la Federación Alemana(157).

Si se compara la Federación Alemana con el Viejo Imperio, debe ser incardinada bajo el tipo de Confederación de Estados, sin tener en cuenta sus rasgos de Estado federal, porque predominan los elementos jurídico-internacionales sobre los jurídico-estatales. Esta estructura jurídica y política sólo podía ser apta para funcionar en la medida en que garantizara institucional y fácticamente el dualismo austro-prusiano. Si éste desapareciese, ya no podría mantenerse la estructura federal(158). También aquí se muestra la cuestión de la soberanía como una cuestión de poder. Aunque ésta podría ser decidida por la fuerza, sin embargo, sólo se podría solucionar jurídicamente si se estuviera dispuesto a flexibilizar el concepto de soberanía o a modificarlo más o menos intensamente.

V. Estado y soberanía estatal en el marco del positivismo jurídico-público postconstitucional del Imperio.

1. La soberanía como soberanía estatal.

Tras el fracaso del movimiento constitucional liberal y el final de la Federación Alemana, surge de nuevo, con la fundación del Imperio en 1871, un poder central con capacidad para actuar en todo el Imperio, siguiendo el ejemplo de la Federación del Norte de Alemania. El Imperio alemán se entiende como un Estado nacional en el sentido alemán-prusiano, es decir, con exclusión de Austria, y se basa políticamente en la división del poder entre el Emperador y el Gobierno por una parte, y el Parlamento por otra, aunque sin la institucionalización jurídico-constitucional de la responsabilidad parlamentaria. Este sistema constitucional, influido de forma decisiva por la personalidad de Bismarck, no se había desarrollado como consecuencia de un movimiento constitucional popular, sino a partir de la unión permanente de los príncipes alemanes. El pueblo alemán, en consecuencia, será considerado en el Prámbulo no como sujeto, sino como destinatario "del cuidado del bienestar público", es decir, como objeto(159). Por este motivo, Laband pudo afirmar que el Imperio, considerado como persona jurídica, no tenía 56 millones de miembros, sino 25(160). En esta imagen encaja el hecho de que la Constitución imperial no contuviese un catálogo de derechos fundamentales.

La teoría jurídico-pública se acomoda inmediatamente a las nuevas realidades, ampliamente aceptadas, que serán entendidas como la realización moderna de las reivindicaciones de unidad estatal nacional. Al contrario de lo que sucedió en el primitivo constitucionalismo, comprometido con la crítica político-jurídica, se hace cada vez más patente la aspiración a una explicación sistemático-conceptual y a la reelaboración de las relaciones estatales, lo que, sin embargo, no se implanta por vez primera con la fundación del Imperio, sino que ya era perceptible a mitad de siglo. Esta transformación está asociada, sobre todo, a los nombres de Karl Friedrich von Gerber y Paul Laband(161). Ambos son los responsables de una específica renovación jurídica del derecho público; exactamente del positivismo jurídico-público, en el que fue

desapareciendo tanto la vertiente histórico-política del derecho como la filosófica, poniendo así de relieve la sistemática científica, en el sentido de una elaboración de los conceptos dogmáticos fundamentales. Gerber asume así el papel de precursor de la investigación jurídico-pública, mientras que Laband pudo dedicarse ya íntegramente, desde estas premisas, al derecho público positivo del Imperio Alemán. El derecho privado fue tomado como ejemplo tanto por Gerber como por Laband, pues aquél ya había tenido una orientación jurídica en sentido estricto durante la primera mitad del siglo(162).

Los méritos y deficiencias del positivismo jurídico-público han sido discutidos críticamente en numerosas ocasiones(163). Aquí lo que interesa es destacar, ante todo, su significación para una adecuada concepción jurídica del Estado y de la soberanía. Sobre todo, se trata de que el Estado pueda reconstruirse como un específico fenómeno jurídico, y sus funciones puedan comprenderse de forma conceptual y sistemática. La cuestión central es la de si y cómo es posible que el Estado pueda concebirse según la forma de una determinada personalidad jurídica. En este punto pudieron ser retomadas algunas reflexiones articuladas en el primer constitucionalismo. Así, Wilhelm Eduard Albrecht quiso ver en el Estado, por encima de la unión de personas individuales, "un más alto y general interés colectivo", al que se puede describir como una persona en sentido jurídico(164). Pero también la teoría del Estado como organismo, en la medida en que conceptúa al Estado como una totalidad ideal-moral a la que corresponde una determinada identidad, ofrecía el punto de apoyo adecuado(165). En particular, es común a las diferentes concepciones considerar de antemano al Estado como una entidad supraindividual, en abierta contradicción con las teorías contractuales individualistas.

La concepción de la personalidad estatal de Gerber hace suyos estos principios, aunque desarrolla un método independiente. Lo característico de sus reflexiones jurídico-estatales y de este nuevo método radica en el factor volitivo natural y de raíz orgánica, que proporciona el fundamento y la fuerza motriz de su concepción del Estado y la soberanía. Gerber define al Estado como persona jurídica que, en virtud de su correspondiente potestad, dispone de un poder capaz de imponer su decisión(166). Este poder de decisión no está, sin embargo, totalmente desligado de las normas, sino que está vinculado al Estado como idea moral, así como a las reflexiones finalistas que delimitan su actividad, con lo que encamina su concepto jurídico-público a una vía positivista más flexible que la continuada más tarde por Laband. La personalidad jurídica del Estado es independiente tanto del pueblo como del monarca, con la consecuencia de que ambos se insertan en el mismo en una posición de carácter orgánico. El poder estatal, como poder de decisión, se realizará únicamente de forma inmediata en la actuación de los órganos monárquicos, con lo que el pueblo, a pesar de que está "totalmente en el Estado", permanece sin ser considerado como sujeto jurídico, lo mismo que sus representantes(167). Aunque la personalidad jurídica del Estado aporta con ello un sustrato orgánico al conjunto del pueblo, sin embargo no le corresponde a éste una incidencia inmediata en el poder estatal de adopción de decisiones. Por este motivo, se les adjudica también a los individuos una personalidad jurídica independiente que sólo se manifiesta como objeto del poder en el ámbito de las potestades estatales.

La soberanía se inserta así en el marco de la dogmática jurídico-pública. Está estrechamente asociada con el poder de decisión como expresión de la potestad estatal, aunque no es idéntica a ésta, sino que será definida como una cualidad de aquél y por tanto como algo adherido al Estado mismo(168). La soberanía del monarca, la nacional y la popular se presentan, así, como simples pretensiones políticas, que no merecen la

atención de la perspectiva jurídica.

Dado que esto era también válido para el derecho monárquico, Gerber pudo criticar, con el argumento del § 57 de la Declaración Final de Viena, que se habrían confundido soberanía y principio monárquico(169). Desde su perspectiva, esto se considera consecuente dogmático y constitucionalmente, pero no impide que su argumentación concluya con un apoyo material al principio monárquico(170).

La teoría de la soberanía estatal encuentra en la segunda mitad del siglo XIX una amplia aceptación. Laband la admite en esencia, considerando ante todo al Estado como una unidad volitiva cerrada(171). Pero la teoría de la soberanía estatal también alcanza una función central en el marco de una comprensión del Estado más abierta, más orgánica. La expresión más precisa es aportada por Johann Caspar Bluntschli, quien definía a la soberanía estatal como el poder y grandeza del Estado(172). En esta orientación se enumeran como signos distintivos de la soberanía así determinada los criterios de independencia, exclusividad e indivisibilidad, así como el de supremacía(173). Esto vale como expresión de la impermeabilidad fundamental de la ordenación estatal hacia su interior, pero también hacia fuera, en las relaciones con otros Estados. También aquí repercute el dogma de la voluntad. El derecho internacional se transforma así en el "derecho externo del Estado", en la medida en que sólo se le puede atribuir juridicidad cuando ha sido incorporado por la legislación de cada uno de los Estados(174).

El positivismo jurídico-público, desde su propia perspectiva constitucional tardía sobre el derecho y el Estado, contribuye a una clarificación conceptual y logra así la base para una aproximación dogmático-jurídica al concepto de soberanía. Ciertamente, no resulta adecuada para éste una limitación de la perspectiva, puesto que quedarían sin consideración las implicaciones políticas del método jurídico-positivista. Así, se despolitizará y abstraerá en la teoría de la soberanía estatal el conflicto político y social vigente entre el poder del monarca y la colectividad burguesa, con lo que el pueblo resulta espiritualizado y, en cierto modo, se desvanece. De este modo, el Estado se muestra así como un contexto organizativo jurídicamente independiente, con cuyos medios la sociedad burguesa es, por una parte, disciplinada y, por otra, en cambio, será respetada y podrá actuar sin trabas legales en sus actividades jurídico-privadas. De esta forma, permanece sin solución la discrepancia entre la personalidad estatal soberana y el pueblo. Si bien el pueblo es considerado en conjunto como el sustrato de la personalidad estatal, sin embargo, jurídicamente, se presenta sólo como una colectividad despersonalizada, en la que el soberano ocupa la posición superior. Bastarán ciertas transformaciones en el concepto idealizado de pueblo para hacer inevitables en él las consecuencias democráticas; en otras palabras, para pasar de la soberanía del Estado a la soberanía popular(175).

2. La soberanía en la relación entre el Imperio y los Estados federados.

Con la creación de la Federación del norte de Alemania, pero, sobre todo, con la fundación del Imperio, la cuestión de la ordenación de este último, del Estado y de la soberanía vuelve a ser debatida y problematizada. Aunque no hubo discrepancias en la teoría jurídica del Estado sobre el hecho de que el Imperio era un Estado federal(176), sin embargo sí fue controvertido en quién residía la soberanía: en el Imperio, en los Estados federados o en un Estado total o Estado federal situado por encima de ambos. Gerber se había manifestado expresamente en el sentido de que, con la institución de la Federación del norte de Alemania o del Imperio alemán, había nacido un auténtico Estado federal con un poder soberano. Sin embargo, como quiso reconocerles la

soberanía también al mismo tiempo a los Estados federados, se hizo necesario aceptar un concepto de soberanía compartida(177). Esto, a su vez, estaba vinculado de nuevo a modificaciones del concepto de soberanía que conducían a aceptar una soberanía limitada competencialmente por la Constitución o diferentes grados de soberanía. Ambas posibilidades eran difícilmente conciliables con el concepto tradicional de soberanía tal y como había sido formulado desde Bodino. Por ello, Laband contradujo decididamente a Gerber, calificó con razón a la soberanía de indivisible y la reconoció sólo a la totalidad de los Estados alemanes miembros; es decir, al Estado federal, con base en la esfera jurídica y de voluntad propia que le correspondía al Imperio y en la "competencia de las competencias" del Art. 78 de la Constitución imperial(178). Esto era contradictorio, pues Laband afirmaba al mismo tiempo que el sujeto jurídico del poder imperial sólo podía serlo el propio Imperio(179), con lo que evidentemente se sostenía su estructura unitaria-nacional y no, al contrario, su estructura federal. Por ello, Laband se vio obligado a distinguir entre los conceptos de soberanía y de Estado, pues quería negar la soberanía a los Estados federados, pero no su estatalidad; en última instancia, y entre otras razones, para garantizar una diferenciación de éstos con el nivel de las provincias o los municipios(180). De ello se deducía necesariamente que la soberanía no podía ser ningún criterio esencial del Estado, por lo que consecuentemente había Estados no soberanos, lo que, en particular, hacía referencia a los Estados federados de un Estado federal(181).

Laband fundamenta así su teoría del Estado federal, que es aceptada generalmente sin tener en cuenta sus contradicciones, aunque no sea, sin embargo, totalmente incontrovertida. Albert Hänel le objetó que la soberanía en un Estado federal no residía ni en el conjunto de los Estados federados ni en estos mismos, sino más bien en la totalidad de ambos(182). Esta concepción es calificada como la teoría del Estado federal trimembre(183). Esto, sin embargo, es equívoco, pues con ello sólo se quiere poner de manifiesto que el Estado federal es algo más que la suma de sus miembros. Precisamente esa cuestión preocupa también a Otto von Gierke, que está de acuerdo al respecto con Hänel, pero que actúa de forma metodológicamente distinta y más profunda. Gierke introduce al Estado y a la soberanía dentro de un concepto global socio-teórico, cooperativamente fundido, que se opone al concepto jurídico de Estado de Laband y a su construcción formal del Estado federal, y que representa, sobre todo, un rechazo expreso del positivismo jurídico(184). Por consiguiente, el Estado no es una persona jurídicamente independiente o incluso ficticia, sino una comunidad jurídicamente ordenada en la que se contiene una unidad real como persona total o asociativa(185). Con este trasfondo, el Estado federal aparece como una pluralidad de personas totales, más exactamente como una pluralidad de personas estatales preexistentes en su unión orgánica(186). La soberanía debía, por tanto, serle atribuida, en realidad, a esa persona total compuesta de los Estados miembros y de su conjunto. Sin embargo, esto no está totalmente claro, pues Gierke contempla al mismo tiempo al conjunto de los Estados miembros considerado como la "cúspide de la comunidad" y en caso de duda como el titular del último poder de decisión(187). De este modo, la cuestión permanece al final abierta. Ante este concreto trasfondo cooperativo teórico, no es casualidad que Gierke, en el marco de sus investigaciones, terminase llegando a la teoría política de Johannes Althusius, redescubriendo para la ciencia de derecho del Estado su concepto premoderno de un orden compuesto consociativo y, al mismo tiempo, aprovechándolo para su base cooperativa(188). Aunque Gierke se aferra fundamentalmente al concepto de soberanía, lo modifica de forma significativa como consecuencia del distinto marco total teórico-social y teórico-cooperativo. Con ello se relativiza la idea positivista-formal de soberanía y se amplía y profundiza a la luz de la

dimensión político-social de la vida de la comunidad. Solo se requería un paso más que llevó a cabo el discípulo de la escuela de Gierke Hugo Preuß, en la medida en que planteó la exigencia de abandonar el concepto de soberanía como un concepto histórico, no ya contemporáneo, en razón de las dificultades y contradicciones que llevaba anudadas, y de eliminarlo por completo de la dogmática del derecho del Estado(189).

Aunque tales exigencias no eran predominantes, sí mostraban, no obstante, cambios característicos en el dogma de la soberanía, que comenzaba a emanciparse de forma creciente de sus orígenes. Resulta significativa la distinción de los conceptos de Estado y soberanía, a consecuencia de la cual ambos pronto dejarán de ser referidos recíprocamente. Aunque esto inicialmente sea válido sobre todo en la relación interna entre el Estado federal y los Estados miembros, mientras que la soberanía hacia fuera continúe constituyendo la expresión de la impermeabilidad del ordenamiento estatal, no obstante se había producido una brecha que ponía en tela de juicio uno de los elementos esenciales del concepto tradicional de soberanía.

Frente a ésta, otras cuestiones quedan relegadas del debate jurídico estatal del constitucionalismo tardío. La relación de tensión entre soberanía, parlamentarismo y democracia en el Estado federal de la monarquía constitucional permanece jurídicamente sin problematizar. A ello contribuye significativamente que el parlamentarismo fuese contrapuesto al Estado federal hasta el punto de considerarlo peligroso para éste(190). Aquí se refleja también en la teoría jurídica del Estado que el Imperio consideró a las fuerzas políticas y sociales tradicionales como una creación de los príncipes y de las ciudades libres, es decir, en el fondo excluyó al pueblo y a la representación popular como factores jurídica y políticamente relevantes(191). Queda, finalmente, también sin resolver la cuestión de la hegemonía prusiana en la estructura del Estado federal, que, al margen de su significado fáctico, apenas se puso en el punto de mira como un problema jurídico estatal. De este modo, se produjeron tensiones entre la normatividad constitucional y la realidad político-social que difícilmente pudieron ser superadas. La tendencia creciente hacia la centralización del Estado federal que discurre conjuntamente con un refuerzo de la función del *Reichstag* y una pérdida de importancia del *Bundesrat*, aunque es vista como un problema(192), no termina, sin embargo, de ser concebida sin acabar contraponiendo jurídicamente las posiciones federales de partida. Aunque no faltan voces críticas -es de sobra conocido que precisamente Otto Mayer había puesto de relieve que un Estado federal sólo era posible bajo las condiciones políticas de la República(193)-, no se contempla realmente la cuestión de la soberanía del pueblo. De ese modo, el problema de la soberanía permanece en el Imperio monárquico entre derecho y poder, en una característica situación oscilante. Una solución de las cuestiones jurídico-estatales planteadas apenas era, pues, posible bajo la monarquía constitucional, sin prescindir, en último extremo, de ésta.

3. La atribución de la soberanía en el marco de la teoría de los tres elementos.

La teoría positivista del Estado de la segunda mitad del siglo XIX se había limitado esencialmente a aplicar el método jurídico sin justificarlo o desarrollarlo ampliamente. Con el cambio de siglo se hizo cada vez más patente que esto no podía ser suficiente y se confirma la necesidad de una fundamentación científico- metodológica del Estado y de la soberanía. El foro del debate es la entonces floreciente teoría del Estado en la que -centrada en el Estado como categoría universal- se hace referencia a los conocimientos de la convivencia estatalemente organizada y se elevan científico-teóricamente. La discusión es enriquecida por Georg Jellinek, que sentó en su

Teoría general del Estado las bases para una exposición dogmático y teórico-jurídica del Estado y de la soberanía, cuyos efectos y consecuencias llegan en parte hasta nuestros días(195). Jellinek se aproxima a su objeto en la forma que le es característica, partiendo, de un lado, de su cara jurídico-normativa y, de otro, de su cara causal- sociológica. Este es el núcleo metodológico de la llamada teoría de las dos caras, que representa la base científica de su concepción jurídica del Estado y, con ello, de su "teoría de los tres elementos" cuyo objeto es la esencia de aqué(196)l. En esta perspectiva, el Estado aparece, de un lado, como la esfera causal de una entidad de imputación social que se refiere al ejercicio de poder sobre los individuos que se encuentran en su territorio, y, de otro, a la corporación concebida con los específicos medios del Derecho, que se presenta en sentido jurídico normativo como un sujeto jurídico(197). Los tres elementos, territorio, pueblo y poder son constitutivos de la estatalidad, mientras que a la soberanía no le corresponde significación alguna constitutiva del Estado.

A partir de las premisas teóricas subyacentes se deduce ya que poder estatal y soberanía no pueden ser identificados. La soberanía es una categoría formal que no constituye ninguna condición necesaria de la estatalidad, a diferencia de lo que sucede con el poder material del Estado dirigido al ejercicio de un poder de sujeción(198). En esta medida Jellinek sigue en particular a Laband, se suma a su concepto de Estado federal, pero va decisivamente más allá en la medida en que sitúa a la soberanía sólo en la esfera del Derecho(199). Pero si la soberanía se determina jurídicamente de esta manera, ya no puede ser calificada como un poder absoluto. Con ello Jellinek suprime el criterio del carácter absoluto, característico del concepto de soberanía durante mucho tiempo, y abre la puerta a una comprensión de la soberanía fundamentada a un tiempo jurídico-estatal y jurídico-positivamente. Es consciente de que esto no se adecua al desarrollo histórico de la soberanía. Sin embargo, advirtiendo que también la soberanía ha sufrido una transformación histórico-conceptual, se puede admitir que ésta se ha transformado de una categoría originariamente política en una categoría jurídica, y que, por consiguiente, sólo ha de ser concebida como tal(200). La soberanía permanece, también bajo estas premisas, unida a las características de la independencia y la supremacía del poder estatal, pero ahora sólo puede ser comprendida a través del derecho. Esto es válido incluso para la llamada soberanía del órgano, que no constituye ninguna soberanía *en* el Estado, sino más bien la aplicación jurídica de una competencia estatal(201). Por tanto, la soberanía no significa ausencia de límites, sino la expresión de la exclusiva auto-determinación jurídica de la voluntad estatal, tanto hacia dentro como hacia fuera, pero también su auto-vinculación y auto-obligación. Esto se deduce de la unidad de la formación de la voluntad estatal, de modo que auto-determinación y auto-vinculación no se oponen entre sí(202).

Jellinek es convencional en la delimitación entre soberanía estatal y soberanía de derecho internacional. Ambas forman una unidad y no se pueden separar. Sin embargo, se debe distinguir entre dos funciones u orientaciones de la soberanía(203). Una tiende a la imposición universal de la voluntad estatal hacia dentro, la otra a la defensa frente a las injerencias de voluntades intervencionistas del exterior(204). De este modo, la soberanía garantiza que el Estado sólo esté sometido a su propia voluntad. El derecho internacional depende, pues, en última instancia de la voluntad del Estado de auto- obligarse. Es rechazada la teoría de Triepel de una voluntad jurídica internacional común, que supraordenada abarca a los Estados individuales, partiendo de la concepción dualista del derecho del Estado y del derecho internacional público(205).

El dogma de la voluntad sigue siendo, pues, de una forma distinta, aplicable hasta el punto de anteponer el Estado como asociación voluntarista al Derecho. Aunque

el Estado es un sujeto jurídico, precede al derecho como una institución de dominación y de poder que lo garantiza(206). De este modo, el Estado se convierte en una categoría fáctico-material universal, incontrovertida, en la que no sólo el derecho encuentra su límite insuperable(207), sino más allá de la cual lo político es absorbido completamente, para que no le corresponda ninguna significación adicional al margen del Estado(208).

Frente a ello, la soberanía se ha despolitizado y su concepto se ha formalizado y juridificado a fin de reducir el elemento de poder. Permanece como marco constructivo, pero puede ser dotado de contenido a través de formas completamente distintas. De él no se deducen consecuencias de naturaleza material. Así, la soberanía se convierte en una característica formal en el sentido de un "concepto jurídico auxiliar"(209). Dado que se halla, de esta manera, vinculada jurídicamente desaparece también la relación de tensión existente entre Derecho y Política, normatividad y facticidad, que si bien no será negada, sí será eliminada jurídicamente.

De este modo, queda sin resolver la dualidad establecida por la "teoría de las dos caras", que, además, acude a la "teoría de los tres elementos". Aunque Estado y sociedad no se hallan separados, porque el Estado también es un ente social(210), sin embargo, no queda meridianamente claro en qué deben consistir sus interacciones y vinculaciones, pues, en último extremo, todo es reconducido de nuevo al Estado como punto de referencia. Incluso el Pueblo -extraído de la sociedad- sólo puede organizarse en el Estado(211). Es tanto sujeto como objeto, pero en la medida en que es un todo es tenido en cuenta sólo como objeto, no como titular del poder del Estado. Frente a éste, los individuos pueden ser titulares no sólo de obligaciones, en razón de su posición jurídica, sino también de derechos, como se expone detalladamente en la teoría de Jellinek del *Status*(212).

La cuestión del fin del Estado y de su justificación, aunque es planteada por Jellinek, no tiene lugar ni en el marco de su "teoría de los tres elementos", ni mucho menos en su teoría jurídica del Estado, sino que es reenviada a la teoría social del Estado y, con ello, a su "otra" cara, sin efectos palpables sobre el estado y su poder(213). Así, Jellinek continúa siendo un positivista jurídico estatalista, cuyo positivismo presenta rasgos fáctico-positivistas desde una perspectiva teórico-científica. Ciertamente, él proporciona más que una mera fundamentación científica a la teoría de la soberanía del positivismo jurídico estatal, por encima del cual su concepción excede ampliamente tanto su utilización teórico-jurídica y teórico-estatal, como su aplicación científico-metodológica.

En conjunto, el concepto de Estado y de soberanía de Jellinek se corresponde con la conciencia estatalista contemporánea, que concibe al Estado constitucional como punto álgido de un proceso evolutivo y, a un tiempo, lo legitima. Su teoría general del Estado reproduce, pues, el consenso de la opinión todavía dominante en la época del imperio guillermino. Tan pronto como éste hubo caído, la "teoría de los tres elementos" y la concepción de la soberanía subordinada a ella dejaron de ser sostenibles.

VI. Soberanía, Estado y Constitución en el marco de la crisis de la teoría del Estado de la República de Weimar.

1. La crisis de la teoría del Estado como crisis del dogma de la soberanía.

El tránsito de la Monarquía a la República no sólo significa un cambio del fundamento legitimador precedente, sino que representa también una exigencia significativa en la dedicación científica al derecho, al Estado y a la sociedad. Una ciencia jurídica del Estado que pretendiese continuar en la forma tradicional sin tener en

cuenta los cambios profundos producidos como consecuencia de la guerra y la revolución, tenía que encontrarse pronto en una posición precaria. En esta situación se manifiesta de forma creciente la conciencia de una crisis que lo es a un tiempo de la teoría del Estado y de la teoría jurídica del Estado y que halla sus raíces en el hecho de que el consenso político del imperio hubiera perdido su carácter evidente, mientras aún no se había encontrado una nueva base para el consenso. El debate desarrollado durante la época de Weimar en la teoría jurídica del Estado en Alemania aparece, con este trasfondo, no como un debate sólo teórico o jurídico-estatal, sino que representa al mismo tiempo una confrontación política en la que el problema es la legitimidad de la democracia parlamentaria, por un lado, y la Constitución de la República de Weimar, por otro.

En el centro de la discusión se encuentra la confrontación con el positivismo jurídico-estatal. Su tradición había sido recogido entre tanto por Hans Kelsen y presentada en el más amplio marco de su concepto teórico del derecho y del Estado, que distinguía más radicalmente que Jellinek entre "Ser" y "Deber ser", reconducía la ciencia del derecho a sus aspectos normativos y concebía al Estado exclusivamente como ordenamiento jurídico(214). Esta concepción será cuestionada críticamente desde distintos ámbitos y rechazada por un pensamiento que va más allá del método jurídico positivista en sentido estricto. Aquí es posible perfilar tres grandes líneas maestras, vinculadas a los nombres de Carl Schmitt, Rudolf Smend y Hermann Heller, que, en todo caso, apuntan hacia una superación del positivismo jurídico-estatal. Smend lo intenta a partir de una idea orientada a la coexistencia entre derecho y Estado, que concibe a este último como una parte de una realidad espiritual que se está regenerando constantemente en el seno de un proceso continuo de integración. Heller sobre la base de presupuestos científico-sociales y científico-reales, ve en el Estado una unidad de decisión y de acción organizada en su contexto funcional real. Finalmente, Schmitt a partir de una perspectiva extraordinariamente compleja que concibe al Estado desde el punto de vista político y lo refiere a una decisión infundada creadora de orden.

Común a estas concepciones orientadas contra el positivismo jurídico-estatal es la idea de que el derecho y el Estado sólo son concebibles de forma insuficiente si no se refieren a la política, la cultura y la sociedad, dado que un pensamiento normativo puro saca al derecho de su contexto y lo aísla. Las disputas sostenidas hallaron su acomodo en la llamada "polémica del método o de la orientación"(215), en la que ciertamente se iba más allá de meras cuestiones metodológicas, dado que se sometían a debate a un tiempo orientaciones científicas fundamentales de la teoría del Estado y de la teoría jurídica del Estado con consecuencias de un ámbito mayor que llegan hasta la discusión científico-jurídica y científico-estatal del presente. Las reflexiones referidas a ello no comienzan de forma repentina en la mitad de los años veinte, como se ha afirmado(216), sino que se pueden reconducir hasta los tiempos finales del Imperio, incluso más atrás hacia el siglo XIX, durante el cual hallaron su raíz en la controversia metodológica entre Laband y Gierke(217).

La teoría de la soberanía no resulta indeleble ante las polémicas metodológicas y fundamentales de la época de Weimar. Por ello, Heller califica con justicia la crisis de la teoría del Estado por él diagnosticada de crisis que lo es a un tiempo del dogma de la soberanía(218). Esto era totalmente evidente desde el punto de vista de una teoría del Estado en la que, como en el pasado, la soberanía ocupaba un papel central. Para salir del dilema se ofrecen diversas soluciones que, por un lado, ponen en tela de juicio de forma más o menos intensa o modifican el dogma de la soberanía, y, por otro, la superan de nuevo e intentan otorgarle una nueva relevancia, recurriendo en parte a antiguas estrategias de fundamentación(219). Existe un amplio consenso acerca de que

el problema denominado con la soberanía sólo puede ser solucionado de forma insatisfactoria sobre la base de la "teoría de los tres elementos". Pero incluso también la "teoría de las dos caras" es objeto de crecientes críticas, pues, de un lado, el iuspositivismo normativista de Kelsen quería dar validez sólo a la cara jurídica del Estado(220), y, de otro, porque Smend, Heller y Schmitt de forma totalmente contraria pretendían liberar al derecho y al Estado de su aislamiento positivista y convertir sus aspectos políticos y sociales en objeto legítimo de una específica observación jurídica. A partir de ello, se derivan concepciones de la soberanía radicalmente diversas según cuál sea el punto de partida.

2. La soberanía como expresión de la unidad del ordenamiento jurídico en Kelsen.

Desde la perspectiva iuspositivista de Kelsen, que separa el conocimiento teórico del "Ser" y del "Deber ser" de forma fundamental, el Estado, como persona jurídica, se identifica con el ordenamiento jurídico, por lo que no puede ser concebido como garante o creador de este último. La soberanía se convierte, pues, a un tiempo en la característica esencial del Estado y del derecho. Es expresión de la pretensión exclusiva de validez así como de la unidad del ordenamiento jurídico y, en esta medida, se identifica con la positividad del derecho(221). Con el fin de hacer esto plausible, Kelsen se ve obligado a introducir como último fundamento de validez del derecho una norma fundamental que en sí misma no es positiva sino antes bien presupuesta en el pensamiento, con la finalidad de garantizar tanto la caracterización normativa como la pureza cognitivo-teórica del ordenamiento jurídico(222).

Desde este punto de vista, es inútil la distinción entre soberanía del Estado y soberanía de derecho internacional(223). La idea de una unidad cognitiva del ordenamiento jurídico excluye a la vez la admisión de un dualismo de ordenamientos jurídicos, de modo que no se contempla una distinción entre derecho del Estado y derecho internacional con fundamento en el dogma de la soberanía(224). Sobre esta base, Kelsen le atribuye juridicidad al derecho internacional, aunque deba aclarar que se trata de un derecho "primitivo" desde el punto de vista de su desarrollo(225). De esta forma llega a una concepción monista del derecho internacional que parte de la unidad del ordenamiento jurídico. Ésta, a su vez, puede fundarse a partir de la primacía del ordenamiento estatal o, al contrario, de la primacía del ordenamiento internacional(226). En el primer caso, el orden normativo supremo y, por tanto, soberano, lo es el estatal, mientras que en el segundo lo es el internacional. Aunque Kelsen en principio considera ambas acepciones de igual valor y presupone también dos normas fundamentales, sin embargo finalmente remarca con mayor intensidad la primacía del derecho internacional y, con ello, la idea de un orden jurídico internacional superior. Esto se pone de manifiesto en el hecho de que Kelsen le atribuya carácter jurídico positivo a la norma fundamental del derecho internacional, vista ésta desde la perspectiva estatal, y, con ello, al excepcionar o debilitar su hipótesis normativa de partida, la convierta en fundamento de validez del ordenamiento jurídico estatal(227). Kelsen se halla aquí, evidentemente, bajo la influencia del pacifismo, así como de las esperanzas políticas puestas en una Federación internacional(228). La soberanía de los Estados se reduciría en último extremo a su específica igualdad jurídica y, con ello, a su carácter jurídico internacional inmediato(229). De este modo, el derecho estatal asume el carácter de un orden incardinado en el derecho internacional, puesto que es delegado jurídicamente por éste. La distinción entre Estado, Confederación de Estados y comunidad jurídica internacional, entre Estado miembro y Federación, pero también entre Estado y

municipio no es, pues, de principio, sino gradual en el seno de uno y el mismo ordenamiento jurídico, que sólo demuestra un distinto grado de centralización o descentralización(230).

Estado y soberanía son formalizados y juridificados de este modo, pero también se ocultan sus conexiones con la sociedad, la política o la moral. Al mismo tiempo, con el Estado se disuelve en el ordenamiento jurídico la cuestión política del poder, hasta el punto de hacerla desaparecer y, con ello, desmaterializar el problema de la soberanía(231). Ciertamente, esto no tiene lugar de forma totalmente consecuente, pues Kelsen, al margen de su posición fundamental normativista, exige un cierto grado de eficacia o de eficiencia y, con ello, finalmente, no puede o no quiere excluir por completo la ligazón entre "Ser" y "Deber ser", entre facticidad y normatividad(232). La unilateralidad e inconsistencia de la teoría de la soberanía de Kelsen no cambia en nada el hecho de que éste represente una importante contribución tanto al desarrollo consecuente de la idea de Estado de derecho, como a la permeación dogmático-jurídica y -quizás aún en un mayor grado- científico-teórica y científico-jurídica del dogma de la soberanía, hacia la cual apenas se ha regresado.

3. La soberanía como categoría jurídica y política en Smend, Heller y Schmitt.

Mientras desde la perspectiva iuspositivista de Kelsen la soberanía se disuelve en el sistema jurídico, la misma va a ser reubicada metodológica y conceptualmente en su contexto político y social por Smend, Heller y Schmitt, aunque sea de forma totalmente distinta. Esto tiene lugar en Smend desde presupuestos científico-espirituales, que, sin embargo, se hallan permeados socio-teóricamente y se refieren al Estado como una unidad social y espiritual que se renueva continuamente en un proceso de integración razonablemente realizada(233). Smend se enfrenta de forma decidida a la concepción estatal estática del positivismo jurídico, a la que contrapone una perspectiva dinámica y funcional que sitúa a la realidad vital del derecho en el punto central del Estado y la Constitución. Sobre esta base, la idea de una sociedad y un Estado separados será rechazada por ser ajena a la realidad. La Constitución será referida a toda la vida política del pueblo y, de este modo, extendida conscientemente más allá de su estrecho contenido jurídico. La soberanía se introduce estructuralmente en el proceso constante de integración, se contiene implícitamente en él y se desarrolla renovadamente al mismo tiempo a partir de él(234). Los tres factores de integración -personal, funcional (referida a la comunidad) y material (orientada a los fines del Estado)- influyen de tal manera en la concepción de Smend que la realidad de la vida estatal se identifica con la continua reproducción de su realidad como asociación voluntaria soberana(235). Smend también quiere que la soberanía siga siendo válida como expresión de poder formal y última instancia de ordenación, pero, sin embargo, quiere incluir el conjunto de facultades atribuidas al Estado no entre los poderes de éste sino en el proceso racionalizador de la integración. Así, la formación de la unidad estatal puede aparecer, de forma problemática, tanto legítima como garantizada constitucionalmente. El problema originario de la relación entre facticidad política y validez jurídica, por una parte será reformulado al margen de la soberanía y, por otra, sin embargo, permanecerá como un problema contenido en un nivel nuevo. La soberanía, pues, se hace visible en el contexto de la realidad, pero estará unida indisolublemente a éste. Aunque Smend polemiza agriamente con el positivismo formalista de Kelsen y, a la inversa, éste se opone frontalmente a la teoría integracionista empírico-axiológica(236), no obstante, la soberanía es, finalmente, puesta en tela de juicio por igual en ambas concepciones, desplazada del centro y puesta en una situación de precariedad: en Kelsen como

consecuencia de una delimitación metodológica y de una juridificación formal, en Smend, a la inversa, mediante una consideración integradora de la soberanía, pero, por ello, también disolvente de ésta, que desde una perspectiva dogmático-jurídica apenas puede ser precisada más.

De forma totalmente diferente pretenden salir Hermann Heller y Carl Schmitt de la crisis del Estado y de la soberanía. Heller ve una solución en la reconsideración del concepto clásico de soberanía, aunque, no obstante, apele a nuevos cauces metodológicos en la medida en que rechaza tanto el racionalismo iuspositivista de Kelsen como el pensamiento científico-espiritual integrador de Smend. Concibe al Estado como un ente social y a la Teoría del Estado como una ciencia de la realidad que quiere comprender y explicar el Estado a partir de su contexto histórico-social(237). Ante este trasfondo el vaciamiento material de la soberanía se presenta como una degeneración, debido a la ausencia de sujetos y de ubicación. Heller coloca el inicio de este proceso degenerativo en el siglo XIX y ve a Kelsen como el "albacea testamentario" de una teoría a consecuencia de la cual no sólo se había despersonalizado el concepto de Estado de derecho sino también la imagen conjunta del derecho(238).

Frente a esto Heller quiere retomar el concepto material de soberanía de Bodino. Toma como punto de partida el problema que también se le planteaba a Bodino de cómo estabilizar y limitar a un tiempo el poder estatal. Al igual que Bodino, Heller veía la función nuclear de la soberanía en la creación de derecho(239). Se trata con ello de la fundación y limitación a un tiempo del poder estatal. Heller llevó esta perspectiva a la paradójica fórmula de que la soberanía consiste en la afirmación de poder vulnerar el derecho por la voluntad del derecho(240). Con ello se le plantea también a él la cuestión de los límites del poder soberano. Heller no tiene en cuenta una limitación iusnaturalista. Pero no quiere renunciar a los principios jurídicos como límite(241). Sin embargo, estos principios jurídicos -de origen claramente moral- no hallarán una mayor concreción. Conforme a ello, el Estado será una institución legítima en la medida en que esté en disposición de transformar tales principios jurídicos en normas jurídicas o, con otras palabras, un ordenamiento social en un ordenamiento normativo. La soberanía, que Heller continúa calificando de forma totalmente convencional como una cualidad del Estado, se convierte en una categoría transformadora. De ello resulta una tensión insuperable, y no superada por Heller, entre legalidad y legitimidad. Con ello se manifiesta, ciertamente, una debilidad en su teoría de la soberanía, sin que, no obstante, se pueda decir que haya querido hacer apología del poder o justificar al Estado absoluto(242).

Pero el interés de Heller no sólo se refiere al anclaje de la soberanía en el Estado como una unidad de decisión y de influencia universal, sino también y, sobre todo, a su titular. Por ello, la crisis de la teoría del Estado es para él, al mismo tiempo, una crisis del titular de la soberanía del Estado(243). Para él no hay duda de que la soberanía se halla en el pueblo, de que el Estado no puede ser concebido sin un titular, dado que siempre se ha pensado en la soberanía popular junto con la soberanía estatal(244). Ciertamente, esto no era así en el sentido de la teoría de la soberanía de Bodino, sino que se habría apoyado más bien en Altusio, al que, sin embargo, Heller no se refiere(245).

La soberanía, así determinada, no representa para Heller una categoría general sino histórica que, aunque sumida en dificultades, no ha sido superada jurídico-positivamente en ningún caso(246). No quiere tampoco excluir que la soberanía se pudiera diluir en un futuro en un conjunto de derechos de disfrute jurídico-privado e, incluso, contempla un orden europeo que va más allá del Estado y de la soberanía, pero

todo ello es más apuntado que desarrollado de forma real(247). De este modo, a pesar de algunas carencias conceptuales la contribución de Heller al problema de la soberanía parece poder verse como una interrelación entre Estado, soberanía y democracia, sobre todo en su decisiva apertura al ámbito de la sociedad, dirigida contra el positivismo jurídico.

A diferencia de Heller, que contempla la soberanía desde el punto de vista de la situación normal del Estado, Carl Schmitt parte desde un principio del estado de excepción. Soberano es, pues, conforme a su conocida fórmula, quien decide sobre el estado de excepción(248). Con ello, la decisión del titular del poder fáctico en cada momento gana un significado central. Por tanto, al contrario que para Kelsen, el fundamento de validez del ordenamiento jurídico no puede residir para Schmitt en una norma. Esto se manifiesta de forma clara en el ejemplo de la relación entre Constitución y poder constituyente. La decisión fundamental del poder constituyente precede a toda normación. Es el fundamento de la creación constitucional, pero ella misma no es ya normativamente aprehensible(249). En todo conflicto constitucional están, pues, presentes la cuestión de la soberanía y el soberano. Por ello, la Constitución no es -o no lo es en primer término- ley constitucional, sino la expresión del estado total de la unidad política y de un orden(250). Ciertamente, hay en ello una percepción importante, inalcanzable desde el punto de vista del positivismo estatal, pero como consecuencia del antinormativismo schmittiano se reducirá el carácter normativo del derecho, puesto que se postulará un derecho sin reglas, en el cual poder ordenador y poder jurídicamente ordenado serán recíprocamente intercambiados(251).

Schmitt pretende crear la impresión de que la soberanía no ha de definirse en el sentido tradicional, como monopolio de la coacción o del poder, sino que ha de ser definida, en términos jurídicamente correctos, como monopolio de la decisión, como si la historia del dogma de la soberanía hubiese sido siempre la historia de los estados de excepción. Esto ya lo había explicado en su obra sobre la dictadura y estas reflexiones las concluirá luego en la "Teología política"(252). Aunque no se trata de rechazar que el estado de excepción ha sido considerado, histórico-dogmáticamente, como un supuesto extremo en el problema de la soberanía, sin embargo, se sobredimensionará y se resaltarán sus puntos de partida cuando, de un lado, el problema de la dictadura y la excepción ocupe el primer plano, pero, sobre todo, cuando haya desaparecido para la soberanía la cuestión constitutiva de la fundación y limitación del poder soberano estatal.

Sin duda, la cuestión de la soberanía ocupa un lugar central en el conjunto de la obra de Carl Schmitt. Ésta no puede ser valorada aquí, ni siquiera de forma básica. Es altamente compleja, pero también sugerente y apenas se puede conducir desde puntos de vista consistentes(253). Con todo, no se debe perder de vista que el concepto de la política desempeña un papel clave para entender no sólo el problema de la soberanía, sino también el conjunto de su obra. Incluso aunque no se comprenda la dicotomía política amigo-enemigo, central para la categoría schmittiana de la política debido a su carácter delimitador, sin embargo queda la importante percepción, superadora del positivismo jurídico, de que, si no se hace referencia al momento de la política, estatalidad y soberanía sólo pueden ser concebidas de manera insatisfactoria(254). Por supuesto, no basta una mera actitud antipositivista como fundamento teórico; sobre todo cuando la política ha sido absolutamente positivizada y, en su totalidad, puede actuar en todo momento de forma enérgica, sin filtros, sobre la validez del ordenamiento jurídico y constitucional. Cuando la facticidad misma ya no tiene necesidad de fundamento, la cuestión jurídica se agota en la cuestión fáctica del poder,

con la consecuencia de que la soberanía ya no seguirá estando legitimada en la legalidad(255). La cuestión de una legitimidad de la legalidad, que Carl Schmitt había planteado en conexión, al menos, con Max Weber, deja de tener sentido cuando es discutido únicamente el "qué" de la decisión, pero no el "cómo" ni el "para qué"(256). La soberanía, se convierte así en un mecanismo para la instrumentalización ilimitada del derecho, en el que todo es posible siempre que sea decidido.

Las raíces teórico-estatales del concepto de soberanía de Carl Schmitt son diversas, pero deben buscarse antes en Thomas Hobbes que en Bodino. Por este motivo tienen un profundo trasfondo teológico. No es casualidad que Schmitt coloque el concepto de soberanía en la posición más relevante de su "Teología política". Por la misma razón, tampoco es casual que la tesis del origen teológico de la teorización estatal moderna se haya formulado, en realidad, en un contexto político-teológico(257).

El hecho es que el problema de la soberanía remite, desde sus orígenes hasta sus últimas consecuencias, a la cuestión de la omnipotencia divina; más exactamente a la relación entre la libertad y la dependencia de la voluntad divina, así como a su traslación a una comunidad humana estatalmente organizada(258). Esta relación, que estaba presente en la teoría estatal de Weimar, fue sin duda hecha suya y perfilada de un modo especial por Carl Schmitt(259). Es discutible si en este contexto histórico originario el conjunto de la obra de Carl Schmitt ofrece un carácter político-teológico, pero también puede quedar aquí como problema abierto(260). Frente a ello, resulta cada vez más evidente la propensión de la construcción teórica schmittiana a su aplicación a un contexto político totalitario(261). Ciertamente, esto es digno consideración y tiene una parte de cierto, pero sería algo reduccionista querer ver la pluridimensionalidad teórico-estatal de la obra de Schmitt sólo desde el punto de vista de la justificación ideológica de la forma de gobierno nacionalsocialista. Por supuesto, no merece casi discusión que su concepto de soberanía apenas se opuso a las exigencias totalitarias. Tampoco el razonamiento en la categoría de un "orden determinado" puede ser de utilidad, porque con él, por una parte, se podría justificar cualquier arbitrariedad política y, por otra, no se podría concebir a la soberanía a un mismo tiempo dentro de un orden concreto y dentro de la decisión infundada sobre el estado de excepción(262).

Ciertamente, otra cuestión es la de si Schmitt quería, ante todo, conferir al Estado y a la soberanía un carácter obligatorio en general. El Estado es, en esencia, un fenómeno necesario en una determinada época histórica(263), que fue articulado a lo largo del siglo XVI bajo unos presupuestos determinados y que en la época de Schmitt estaba agonizando, pues también la soberanía había perdido su función precedente. Esto significa, en realidad, que Schmitt, como muy tarde a principios de los años cuarenta, renuncia al concepto tradicional de Estado en favor de concepciones condicionadas por ámbitos geográficos más amplios, las cuales tuvieron en su tiempo, por motivos próximos, un carácter polémico en su contexto político(264). Su diseño teórico excede, pues, de su estrecho contexto contemporáneo. Aquél abre, así, su visión no sólo a un decisionismo político en último extremo vacío de contenido, sino a una discrecionalidad teórico-estatal y teórico-jurídica destruida y descompuesta, que pronto muestra rasgos de ser postmoderna y en la que serán cuestionados no sólo el Estado y la soberanía, sino también la organización social y jurídica burguesa(265).

Si desde este trasfondo se vuelve la vista de nuevo sobre las teorías del Estado y de la soberanía de la época de Weimar se manifiesta no sólo una perceptible pluralidad de concepciones positivistas y traspositivistas, sino también una representatividad de las opiniones que se ofrecían desde determinadas posiciones a las que difícilmente se puede volver. No resulta evidente que esta valoración sea desacertada, tampoco que tenga que ser aceptado o rechazado que al final de nuestro siglo una explicación al problema de la

estatalidad y la soberanía no pueda concebirse sin el recurso a las concepciones teórico-estatales y teórico-jurídicas de su época.

4. La atribución de la soberanía en la Constitución de Weimar y el fracaso de la República.

La teoría del Estado y la teoría jurídica del Estado de la República de Weimar se ven confrontadas con las profundas transformaciones políticas y jurídicas que se presentan con el tránsito de una forma de Estado monárquica a una democrático-republicana, transformaciones que se mantendrán no sólo como una mera orientación conceptual sino también como algo sustancialmente necesario. Mientras que la teoría del Estado considera como cuestión fundamental, ante todo, la imposición, fundamentación y justificación del poder soberano estatal, la teoría jurídica del Estado en sentido estricto vuelve a llamar la atención sobre los procesos jurídicos tal y como habían sido establecidos por la Constitución de Weimar de 11 de agosto de 1919.

Desde la perspectiva jurídico-constitucional se había llegado a una solución en favor de la República y la democracia(266). Esto se pone de manifiesto en el art. 1.2 de la Constitución de Weimar (en adelante WRV), que consagra el principio de soberanía popular y determina que el poder del Estado emana del pueblo. Con ello, la cuestión del poder aparece resuelta en favor de una configuración política democrática, en el sentido de que en la concepción constitucional también el pueblo, complementario del legislador parlamentario, tenía que participar directamente en el poder legislativo a través del referéndum y de la iniciativa legislativa popular (art. 73 y ss). No obstante, esto fue desvirtuado por la "posición sustitutiva del Emperador" de un Presidente del *Reich* que, aunque era elegido por el pueblo, estaba revestido de facultades extraordinarias, y al que no solo correspondía la amplia legislación de emergencia, con base en el art. 48 WRV, sino también la facultad de disolver el *Reichstag* (art. 25). El Presidente decide, además, acerca del nombramiento y cese del Canciller del *Reich* (art. 53) y, como jefe supremo de las Fuerzas Armadas (art. 47), puede ser considerado, sobre todo teniendo en cuenta la relación existente entre todas estas funciones, como el auténtico garante de la voluntad popular y de la unidad nacional.

La atribución de la soberanía en modo alguno estaba tan clara como parecía en un principio conforme al art. 1 WRV(267). Igualmente, se podía convivir con esta apertura si se estaba dispuesto a dotar de contenido vital a la Constitución conforme a su sentido y fin en la realidad constitucional. Que se erraba con ello es algo que no se puede explicar sólo a través de una única causa y de forma exclusivamente jurídica, sino que tiene razones más profundas que remiten, más allá de la comprensión jurídica de la Constitución, a unas raíces políticas y sociales igualmente insuficientes. En primer lugar, se debe tener aquí en cuenta la deficiente disposición a tomar en serio a la Constitución, es decir, a afirmar su primacía sobre el resto del derecho estatal(268). El poder constituyente pudo ser equiparado con un poder legislativo tenido por omnímodo, con la consecuencia de que la Constitución aparece sólo como una ley dotada de una superior resistencia y, en esa medida, colocada a disposición del legislador ordinario(269). Esto alude a un prolongado elemento extraconstitucional, que derivaba del Derecho del Estado de la época imperial y que se sustraía a toda vinculación jurídico-constitucional. Bajo este contexto, el control judicial de los actos del legislador sería extraordinariamente polémico y habría de ser rechazado por la doctrina dominante en atención a la ilimitada libertad de disposición del legislador, vista como casi ilimitada(270).

Sin embargo, a partir de esta situación constitucional, la República de Weimar

no estaba inerme frente a las exigencias de la soberanía; en especial, frente a las pretensiones totalitarias(271). La Constitución contenía medidas jurídicas para su defensa tanto frente a situaciones de normalidad, como ante la dictadura, que aunque mostraban carencias estructurales no eran totalmente inadecuadas. Los propios poderes de excepción de los apartados 2 y 5 del artículo 48, adecuadamente interpretados y aplicados, podían dotar de estabilidad a la estructura democrático-republicana en caso de una perturbación de la seguridad y el orden público, siempre que los órganos competentes para ello estuvieran dispuestos y fueran capaces de actuar en ese sentido(272). Esto era, sin duda, una cuestión de las condiciones del marco político, pero ante todo era un problema de legitimación, que implicaba tanto querer como poder encontrar razones para su legitimidad más allá de la legalidad de la Constitución.

Ante este contexto, se ha reprochado al positivismo jurídico ser el responsable del fracaso de la República de Weimar, pues, según la conocida fórmula autocrítica de Radbruch, había dejado inermes a los juristas con su convicción de que "la ley es la ley"(273). Por ello, es cierto, especialmente en períodos de crisis y estados de necesidad, que el positivismo legal, basado en premisas autoestablecidas, plantea problemas para cuya solución no resulta adecuada la perspectiva de unos conceptos legales y constitucionales jurídicamente puros. Por este motivo era un tanto reduccionista que Gerhard Anschütz quisiera delimitar la legitimidad como no perteneciente a los elementos esenciales del Derecho y del Estado(274). Pero incluso los positivistas moderados, como Richard Thoma, carecían de una respuesta científico jurídica satisfactoria para la cuestión de la legitimidad(275). Ciertamente, los positivistas jurídico-estatales figuraban también entre los enemigos de la República de Weimar. Pero, finalmente, fue el positivista Kelsen quien defendió enérgicamente una ordenación constitucional jurídico-estatal y el fortalecimiento de la jurisdicción constitucional, mientras que el antipositivista Carl Schmitt veía al Presidente del *Reich* como un "defensor de la Constitución"(276) neutral y, con ello, como la instancia a la que, siguiendo su propia concepción, se quería mostrar como el auténtico soberano en los estados de excepción. Sin embargo, la teoría jurídico-estatal positivista, debido a su posición axiológica relativista, no estaba en disposición, o lo estaba sólo de manera insuficiente, de apoyar materialmente a la Constitución de Weimar y contribuir a su estabilización.

Por otra parte, sólo la superación del positivismo jurídico-estatal no ofrecía ninguna garantía para evitar orientaciones políticas y jurídicas equivocadas. Como muestran las tristes experiencias del nacionalsocialismo, resultaba extraordinariamente peligroso, tal y como sedesarrollaron en aquella época las transformaciones políticas y sociales, abandonar la base que ofrecía el derecho positivo. Esto es cierto ante todo cuando, en beneficio de la legalidad y seguridad jurídica, son abandonados de buen grado unos contenidos irracionales sin que fuese cuestionada su justificación material. Tanto el positivismo como el antipositivismo de la época de Weimar muestran, bajo este aspecto, sus deficiencias, que, en cualquier caso, no permiten asignar la culpabilidad y la responsabilidad en una sola de ambas direcciones(277). Estas deficiencias son atribuibles en una parte esencial a la incapacidad, tanto política como moral, para someter la legalidad del poder y la dominación a la perspectiva legitimadora de un examen racional. Así pudo encubrirse jurídicamente la subida al poder de Hitler con la ayuda del concepto totalmente contradictorio de "revolución legal", con el fin de justificar una quiebra de la Constitución de Weimar sin derogarla formalmente(278). Finalmente, con ello se preparó el terreno para un poder de dirección total y omnicompreensivo, que excedía ampliamente a un poder soberano según la caracterización tradicional, puesto que reunía en sí todos los instrumentos de la

organización política y colocaba a la suprema institución del Estado en una posición de libertad respecto de cualquier vinculación jurídica(279).

Con ello se camina hacia el rechazo del legislador parlamentario, por lo demás en absoluto omnipotente, lo que contribuyó de forma esencial a la autodisolución de la República y de la Constitución. Por su parte, al componente plebiscitario de la Constitución imperial de Weimar apenas se le puede responsabilizar de la caída de la República. Esto es cierto tanto respecto a la participación jurídico-constitucional del pueblo en el poder constituyente, que por lo demás era poco significativa en la práctica política(280), como para la mucho más trascendente elección popular del Presidente del *Reich*. Aunque ésta atribuía al Jefe del Estado una significativa autoridad política, sin embargo no era en sí misma peligrosa para la Constitución, especialmente si se considera que en otros Estados contemporáneos cabía hacer referencia a experiencias positivas(281). Ya antes se había mostrado desaconsejable una excesiva confianza en la competencia del Presidente del poder ejecutivo para resolver controversias, lo que ciertamente favoreció una comprensión autoritaria del Estado, para la que tanto el parlamentarismo como la soberanía popular resultaban cuestionables.

Una ordenación constitucional democrática depende, en última instancia, de que el soberano la quiera realmente y de que también la haga suya la doctrina jurídica. Cuando esto ya no ocurre, una Constitución a duras penas puede ser estabilizada institucionalmente. Es una cuestión hipotética, que parece más bien dudosa con una ojeada retrospectiva, si tal desarrollo se habría servido de los correspondientes resortes constitucionales. De este modo, la negación de la República de Weimar no es sólo un rechazo de sus instituciones jurídicas y políticas, sino también del pueblo soberano, que no asume, o sólo lo hace parcialmente, su responsabilidad democrática y constitucional y, con ello, apoya decisivamente su propia desposesión del poder.

VII. Estado, nación y soberanía: nuevos desarrollos.

1. Soberanía y Ley Fundamental: Bonn no es Weimar.

Tras el final de la guerra y del régimen nacional-socialista, existía consenso en que Alemania continuaba siendo un Estado a pesar de la ocupación y, por tanto, no había desaparecido. El Tribunal Constitucional Federal también hizo suya desde sus primeras decisiones esta concepción(282). El nacimiento de la República Federal no se presenta, pues, jurídicamente como una refundación de un Estado, sino como el proceso de reorganización de la estatalidad. No obstante, hasta la finalización del régimen de ocupación, no le sería reconocido el "pleno poder de un Estado soberano" en el Tratado de Alemania con las tres potencias occidentales que entró en vigor en 1955 (art.

1.2.)(283). Por ello, no sin fundamento, se ha hablado de una recuperación de la soberanía en el proceso de la integración occidental(284). Igualmente, algunos derechos, sobre todo cuestiones relativas al estacionamiento de tropas, así como relativas a Berlín y a Alemania como un todo, permanecieron sustraídos a la República Federal con base en disposiciones internacionales convencionales.

La Ley Fundamental, promulgada el 23 de Mayo de 1949, representa el intento de alcanzar un orden jurídico democrático y federal estable -por cierto, en parte con una consciente contraposición con la Constitución de la República de Weimar-. En esa medida, refleja, ciertamente, un deficit plebiscitario desde el punto de vista del proceso de su formación, dado que no fue aprobada, a diferencia de la Constitución de Weimar, por una Asamblea nacional elegida por el pueblo, sino por el Consejo Parlamentario, un gremio compuesto de representantes de los Estados. El Preámbulo de la Ley

Fundamental, que proclama que el pueblo alemán ha actuado en uso de su poder constituyente, no sólo es impreciso(285) sino también normativamente incierto. No obstante, este déficit ha sido más que compensado mediante una apropiación continua y consensual de aquélla.

La decisión del Consejo Parlamentario se inclino de forma clara en beneficio de un sistema parlamentario-representativo de gobierno, que renuncia ampliamente a elementos plebiscitarios. Aunque la Ley Fundamental reconoce la soberanía del pueblo, en la medida en que reconoce en el art. 20.2.1 que todo el poder del Estado emana del pueblo, sin embargo sólo se ha previsto expresamente una participación directa de los ciudadanos en la formación de la voluntad del Estado para el supuesto de una reorganización del territorio(286). Esta reticencia hacia lo plebiscitario se pone también de manifiesto en la posición constitucional del Presidente Federal, que ha sido configurado, tanto en lo que se refiere a su elección como a sus atribuciones políticas, en consciente divergencia con Weimar(287). A la posición deliberadamente débil del Presidente se opone la de un Canciller dominante, que ha de determinar las directrices políticas (art. 65 LFB), y cuya posición se ve aún más reforzada por la institución de la moción de censura constructiva (art. 67), de modo que, al contrario de lo que ocurría en la Constitución de Weimar, quedaba excluida constitucionalmente la caída de aquél a consecuencia de una mayoría negativa. Con ello, se hace característico de la Ley Fundamental en conjunto su reconocimiento del principio representativo, con el que se corresponde de una posición escéptica frente a la participación directa del pueblo soberano; esto, por cierto, en oposición a las Constituciones de los Estados federados, que prevén en parte amplias posibilidades de interacción plebiscitaria en la función legislativa(288).

La República federal alemana es, conforme a su propia comprensión, un Estado constitucional y democrático de derecho, en el cual la Constitución representa el parámetro supremo del orden estatal. Por ello, apartándose de la experiencia de Weimar, rige el principio de primacía de la Constitución sobre la ley ordinaria (art. 20.3 LFB), que es a un tiempo primacía del poder constituyente sobre el poder legislativo, lo cual es remarcado una vez más en el art. 1.3 LFB en relación con los derechos fundamentales(289). Consecuencia de esta primacía es la institucionalización de una jurisdicción constitucional autónoma, que tiene encomendada directamente la función jurisdiccional en materia constitucional y que también se halla abierta al ciudadano en la forma del recurso de amparo para la protección de los derechos fundamentales (art. 93.1, n° 4 LFB)(290). Finalmente, la "garantía de eternidad" del art. 79.3 LFB coloca los principios fundamentales de la Constitución bajo especial protección y clarifica de este modo que, a diferencia de lo que sucedía en la República de Weimar, se ha sustraído al soberano democrático la posibilidad de disponer legalmente del orden fundamental democrático liberal(291). La soberanía interna se convierte, con ello, en un poder constitucionalmente encauzado que en situaciones de normalidad de la vida estatal apenas parece existir directamente(292). Siguiendo una extendida expresión de los años cincuenta, se podría, pues, decir que Bonn no es Weimar(293) y de esa manera manifestar que se ha aprendido la lección de la historia.

2. El problema de la soberanía en el marco de la división y la reunificación alemanas.

Los complejos problemas que se derivan de la división alemana pertenecen a las cuestiones jurídica y políticamente más polémicas de la vieja República federal. Ésta proclamó enérgicamente desde un principio la reunificación (Preámbulo, art. 23 y 146

versión antigua) y sostuvo, tras la separación de los dos ordenamientos alemanes parciales, en uso de su soberanía, no obstante limitada, ser la única representante legítima de toda Alemania(294). Con forme a ello, pretendió la representación exclusiva de Alemania, expresada en la llamada "*doctrina Hallstein*", y no reconoció inicialmente a la República Democrática Alemana como Estado(295). En la medida en que la división se estabilizó en el marco de la doctrina de los bloques y la República Democrática Alemana (en adelante RDA) fue reconocida internacionalmente, incluso por los Estados de la República federal, esta posición resulta progresivamente precaria. La RDA fue reconocida, finalmente, como Estado en el Tratado de las bases, en el marco de la nueva *Ostpolitik* que condujo a finales de los sesenta/principios de los setenta a un conglomerado de tratados internacionales con los vecinos del este (tratados de Moscú, Varsovia y Praga)(296). Aunque el art. 6 del Tratado de las bases estableciese que ambos Estados alemanes respetaban su independencia y autonomía en cuestiones internas e internacionales, sin embargo, conforme a la doctrina dominante, no se quiso considerar el reconocimiento de la RDA como el de un sujeto internacional soberano. La teoría se apoyaba en la construcción de que, aunque la RDA era un sujeto de derecho internacional, lo cual no podía ser discutido tras la admisión de ambos Estados alemanes en la ONU, sin embargo, en virtud del mandato reunificador de la Ley Fundamental, sólo habría sido reconocida por la República Federal como un Estado en el marco de las relaciones especiales existentes, es decir, sólo la habría reconocido como Estado en el sentido constitucional. Esto fue resaltado enérgicamente por el Tribunal Constitucional Federal en su sentencia sobre el Tratado de las bases, en la que mantuvo que la RDA, en relación con la República federal no era un Estado extranjero(297). Se ha descrito jurídicamente este supuesto de hecho de manera que, en relación con la continuidad de la existencia de la nación alemana, las relaciones entre la República Federal y la RDA no eran internacionales sino "intranacionales"(298). Las cuestiones jurídicas aquí referidas fueron en su tiempo políticamente muy controvertidas. Esto afecta, por un lado, a la ciudadanía alemana y al derecho de autodeterminación del pueblo alemán(299), pero sobre todo a la disputa sobre si y en qué medida quedaba aún abierta la cuestión alemana. En virtud del régimen de ocupación sólo existía claridad acerca de que ninguno de los dos Estados alemanes podía decidir sobre Alemania como un todo.

Para hacer comprensible la compleja situación jurídica de Alemania, se desarrollaron en la época de la división múltiples teorías sobre Alemania, sobre las que no se va a abundar aquí(300). Especialmente significativa es la teoría de la identidad defendida por el Tribunal Constitucional Federal, que dispone que la República federal ha de ser considerada idéntica al Imperio alemán -no desaparecido-(301). Dado que la extensión territorial no cubría precisamente el mismo ámbito, aquella teoría hacía necesario aceptar, tanto por motivos jurídicos como lógicos, una problemática "identidad parcial", que luego sería dulcificada y modificada en la, igualmente controvertida, "decisión Teso", en el sentido de una identidad subjetiva(302). Los problemáticos contextos de aquel tiempo son expresados de la mejor forma en el concepto "situación de dispersión", que, aunque no muy clarificadora, sin embargo trató de explicar de manera bastante adecuada aquellas difíciles relaciones, fluctuantes entre el derecho constitucional y el derecho internacional(303).

Mientras que la República federal era más bien cautelosa en cuestiones de soberanía y fue calificada, ciertamente desde un punto de vista crítico, como "un país sin soberanía"(304), la situación jurídica y política se presentaba para la RDA de otra forma ya desde las condiciones de su formación. Después de que inicialmente también aquí se defendiese la teoría de la continuidad de la existencia del Imperio alemán, surgió

en la mitad de los años cincuenta la teoría de los dos Estados, a consecuencia de la cual se afirmó la pretensión de soberanía de la RDA(305). No obstante, era polémico el momento de adquisición de dicha soberanía. Se barajaron tanto el momento de fundación de la RDA, el 07.10.1949, como el de entrada en vigor del tratado con la Unión Soviética de 20.09.1955 (que equivalía al Tratado de Alemania para la República Federal)(306). Conforme a la lectura oficial, se partía de que la soberanía se había adquirido con la última de estas fechas. Después, en el marco de la intensificación de la división, se llegó en los años setenta a la teoría de que la soberanía ya había estado presente en el momento de la fundación de la RDA, esto es, el 07.10.1949(307). La teoría de los dos Estados fue elevada con este fin a teoría de las dos Naciones, que diferenciaba entre nación alemana y nación socialista para negar la unidad de la nación alemana y, así, excluir prácticamente una reunificación. Esto se correspondía con la Constitución reformada de 1974, cuyo Preámbulo manifestaba que el Pueblo de la República Democrática Alemana había realizado su derecho a la autodeterminación estatal y nacional y construía una sociedad socialista desarrollada(308). La fase de la ocupación era reinterpretada ahora armonizadamente en el sentido de una comunidad socialista, de forma que los derechos de ocupación y de control aparecían a un tiempo como servidores de los órganos soviéticos y de los intereses de la clase trabajadora(309). De ello se dedujo entonces que la soberanía de la RDA sólo podía ser derivada en conexión con la comunidad socialista de Estados, es decir, que se hallaba sustancialmente limitada tanto fáctica como políticamente(310). El concepto de soberanía subyacente se correspondía en lo demás con la tradición jurídica liberal, en la medida en que se hacía hincapié en que la soberanía era una cualidad política y jurídica de todo Estado, sin referirse, no obstante, a aquel contexto(311).

Sólo se resolvería la cuestión alemana, planteada en el sentido de la reunificación, en el marco de los cambios políticos en la Unión Soviética desde mediados de los ochenta y de la "revolución silenciosa" en la RDA. Jurídicamente, esto fue posible gracias al "Tratado Dos más Cuatro", que suprimió los derechos de ocupación y reconoció en su art. 7.2 la "plena soberanía" a la Alemania reunificada(312). Con ello se cerraba la fase de posguerra y se admitía plenamente a Alemania en la comunidad internacional de Estados. Entre tanto ha finalizado la época de la República de Bonn. Sólo queda esperar a ver qué expectativas trae para la soberanía la República de Berlín que llega(313).

3. La soberanía exterior y la unidad europea

También en las relaciones exteriores se dieron nuevos pasos con la Ley Fundamental. Esto ya había sido una decisión del constituyente, que había manifestado en el Preámbulo y en los arts. 24 a 26 LFB que la República federal sólo podía conducir y desarrollar su existencia como Estado en una asociación cooperativa con los pueblos de Europa y del mundo(314). Con el nuevo artículo 23 sobre Europa se continúa y se refuerza esta tendencia. El "*panzer* de la soberanía" del Estado nacional se ve, pues, quebrado, con la consecuencia de que en caso de conflicto le corresponde la supremacía al derecho comunitario europeo frente al derecho estatal interno(315).

La unidad europea, acelerada aún más con el tratado de Maastricht, ha conducido, no obstante, a preguntarse si no se ha alcanzado entre tanto un punto que, de ser superado, pondría en tela de juicio la estatalidad y, con ello, también la soberanía de la República Federal. Por un lado, se cuestiona, no sólo en Alemania sino también en otros países europeos, si no se debería consultar al pueblo soberano ante una decisión política tan trascendente como la adoptada con la Unión de Maastricht; por otro, se

plantea hasta dónde puede llegar, en atención al art.79.3 LFB, la cesión de los clásicos derechos de soberanía sin poner en peligro la estatalidad de la República Federal. Aunque el Tribunal Constitucional Federal ha remarcado en su "decisión sobre Maastricht" que la identidad de los ordenamientos jurídicos nacionales no puede ser eliminada por la integración europea sin embargo, ha dejado abierta si y en qué medida se habría alcanzado o incluso superado la barrera del art. 79.3 LFB con la fundación de un Estado federal europeo(316). En la doctrina la cuestión continúa siendo polémica(317). En todo caso, no se puede resolver exclusivamente desde el punto de vista de la teoría tradicional del Estado nacional. Lo mismo vale para el concepto tradicional de soberanía, que, como consecuencia de su abstracción, resulta demasiado general e impreciso para extraer concretas consecuencias jurídico-positivas. No obstante, no se puede desconocer que la Unión se acerca ya a un terreno limítrofe en el que el enfrentamiento con el Estado nacional será irremediable(318). Hacia dónde irá en un futuro el viaje europeo es algo que permanece abierto. La dirección y el objetivo se hallan, no obstante, más determinados por factores políticos que jurídicos.

4. Perspectivas del dogma de la soberanía en las postrimerías del siglo XX.

La cuestión aludida con el término y con el concepto de soberanía se presenta cada vez más abierta a fines del siglo XX. La clásica exposición de la soberanía estuvo articulada en favor de la unicidad del Estado como forma de dominación y de la identidad entre Estado y poder estatal. La soberanía depende de la aceptación social, que sólo es posible si existe una convivencia humana provechosa a partir del establecimiento de un poder de dominación centralizado que ordena y dirige la vida social frente a sus potenciales amenazas(319). Entretanto, resulta reiteradamente quebrada la confianza en la capacidad de actuación del Estado. A la vez, el término y el concepto de soberanía se convierten en una entidad imprecisa de la que resulta difícil extraer un contenido identificable.

Además, existen carencias y contradicciones en el concepto de soberanía que se manifiestan, de forma esencial, cada vez más en nuestra época. En primer lugar, debe mencionarse la relación de tirantez inherente a la soberanía y consecuencia del monopolio de la creación jurídica y del poder a ella vinculados, que no puede ser resuelta sin más conceptual y estructuralmente. Quien está habilitado como soberano para la creación jurídica necesita naturalmente la correspondiente libertad frente al ordenamiento jurídico establecido cuando quiere crear nuevo derecho. Bajo estas condiciones una limitación jurídica del poder soberano parece quebradiza a no ser que esté jurídico-constitucionalmente organizado; es decir, que pueda ser requerido en la práctica, dejando totalmente a un lado que, desde la perspectiva constitucional estatal, se prohíbe en todo caso un poder extraconstitucional soberano. No sin razón se ha destacado por ello que en el Estado constitucional no puede haber un soberano, es decir, que nadie ostenta un poder íntegro, incondicionado e ilimitado para crear o modificar el derecho(320). Tampoco, bajo estos presupuestos, la soberanía del órgano puede ser más que una soberanía legal, es decir, puede ser calificada como un poder de creación jurídica fundamentado en la Constitución estatal(312).

No menos problemática se presenta la diferenciación interior/exterior del Estado a la luz del dogma de la soberanía. Mientras la soberanía interna se orienta hacia el aseguramiento, en el seno del Estado, del orden, la defensa y la paz, la soberanía externa sirve al mantenimiento de la independencia del Estado en las relaciones con otros Estados así como en el orden jurídico internacional. Por ello no se trata de dos soberanías diferentes, sino, ante todo, de dos aspectos del mismo y único fenómeno,

que, por una parte, se muestra en las relaciones internas y, por otra, en las relaciones externas(322).

Apenas se discute en la actualidad que la soberanía externa también es compatible con una vinculación jurídica. La soberanía limitativa del Derecho internacional, propia de la época de los Estados nacionales, retrocede progresivamente en beneficio de un Derecho internacional limitativo de la soberanía, desde múltiples puntos de vista(323). Del mismo modo, no desaparecen los problemas vinculados al dogma tradicional de la soberanía. No van a ser resueltos satisfactoriamente mientras la soberanía interna y externa no sean referidas una a otra de forma concluyente y no se abandone o modifique sustancialmente el presupuesto teórico-estatal.

Finalmente, plantea dificultades la armonización entre la soberanía estatal y un orden federal. A diferencia de la unidad e indivisibilidad de la ordenación estatal, orientada hacia las categorías de Estado y soberanía, el federalismo se orienta de forma particular hacia una estructura compuesta. Desde la perspectiva clásica de la teoría de la soberanía se plantea el dilema de si se puede hablar de soberanía dentro del Estado federal o sólo en los Estados miembros. Una división federal de la soberanía propuesta como solución(325) se presenta como algo problemático pues acaba por renunciar a la indivisibilidad como una de las características distintivas de la soberanía y, con ello, coloca a su misma disposición el dogma de la soberanía. De mayo alcance se presenta la solución que se sirve del concepto de competencia, con la consecuencia de que la relación Federación-Estados se reduce, a partir del objeto del dogma de la soberanía, a una cuestión de competencia(326).

A causa de sus deficiencias y contradicciones, el concepto tradicional de soberanía sólo podía contribuir de forma muy limitada a la solución de los problemas planteados. Esto no quiere decir que la construcción tradicional hubiese quedado obsoleta. No obstante, es necesaria una nueva conceptualización que, en primer lugar, ofrezca una alternativa a esta visión tradicional a partir de un examen crítico; en segundo lugar, un modelo teórico revisado que cuestione el concepto y la función de la soberanía y finalmente, en tercer lugar, que este último se ajuste a un marco político y social en el que pueda ser aplicado.

Que con un criterio absoluto ligado al concepto de soberanía se llega a contradicciones de difícil solución ya se había visto con claridad en el derecho antiguo(327). No faltaron, por ello, intentos para mitigar jurídico-constitucionalmente una soberanía considerada en esencia como algo ilimitado. Esto es consecuente en la medida en que el Estado constitucional se define precisamente por permanecer en el marco del derecho positivo vigente. No obstante, sigue siendo un problema sin resolver, por una parte, cómo se establece de forma efectiva un poder de dominación estatal y, por otra, y simultáneamente, con que instrumentos puede ser controlado, cuestión aún no resulta sino sólo puesta de manifiesto porque continúa siendo polémica la relación entre Constitución y poder constituyente, así como entre Derecho y poder(328).

No es, pues, casual reclamar que la soberanía se someta a una nueva definición teórico-estatal y social a la luz de profundas y generalizadas transformaciones experimentadas en el Derecho, el Estado, la política, la economía y la sociedad, si quiere seguir conservando un sentido razonable(329). No obstante, el intento reiterado por mantener en la discusión jurídica y extrajurídica el criterio de la soberanía, calificado reiteradamente como anacrónico(330), se encuentra en una cierta contradicción sin que para ello se ofrezcan razones convincentes.

Se discute, por estas razones, el concepto y función de la soberanía sin negar que sigue estando presente tanto en el lenguaje jurídico como en el político. Para la obtención de resultados prácticos no es recomendable desvincular el concepto de la

terminología jurídico-científica, pero es necesario, no obstante, una nueva definición del concepto y de la función. A la luz de las dificultades que planteaba la comprensión tradicional de la soberanía, ésta tuvo que dejar de ser entendida en el sentido ontológico-sustancial, como si pudiese ser enajenada o dividida; tampoco, como opinaba Jellinek, como una cualidad que pudiese referirse al Estado o a alguno de sus elementos materiales(331). Una soberanía transformada debería ser concebida como un criterio diferenciador general, cuya función consistiría en delimitar a las colectividades estatales entre sí, así como de otras formas de organización de la vida social. En las relaciones internas tendría que realizarse siempre a partir de la organización jurídica y constitucional; mientras que en las relaciones externas a partir de las respectivas normas jurídicas regionales o internacionales, de modo que la soberanía se transformara en primer lugar en autonomía constitucional y luego en carácter director jurídico-internacional(332). Ambos ámbitos normadores no deben entenderse de manera dualista, sino en el sentido de un moderado monismo. El criterio diferenciador de la soberanía así determinado es expresión de la subjetividad jurídica tanto en las relaciones internas como externas y hace posible por ello revelar si una organización estatal se muestra idéntica en sus relaciones con otra, o con organizaciones políticas extra y supranacionales, es decir, si se muestra como una estructura ordenada de actuación política(333).

La soberanía no es, por consiguiente, la condición de la estatalidad, sino el resultado acabado de la formación de una identidad estatal o supraestatal. La "teoría de los elementos" puede ser por eso útil, aunque no en un sentido sustancial sino en el sentido de una premisa apta para poder ser formulada como exigencia de la estatalidad. Pero es erróneo admitir que la soberanía se resume, en el sentido empleado por Kelsen, en un sistema de reglas jurídicas. Como muestra su desarrollo, cumple al mismo tiempo una función eminentemente política. Puede ser juridificada para contrarrestar la intromisión en los asuntos internos pero, inversamente, también para su justificación(334). También el Estado constitucional democrático puede ser expuesto a las pretensiones y a las tribulaciones de la soberanía, que se manifiestan como un punto de ruptura en el derecho entre poder y política. Así, se clarifica que la soberanía no se deja concebir plenamente en sentido jurídico, sino que se muestra en múltiples formas como una categoría limítrofe necesitada de legitimación entre derecho y política, entre derecho y realidad, así como, en un nivel reflejo, entre normatividad y facticidad(335). La cuestión de la soberanía y la legitimidad permanecen así invariablemente unidas una a la otra(336).

Ante los profundos desafíos, el Estado y la soberanía son concebidas a la defensiva en múltiples aspectos como categorías directoras(337). Las competencias consideradas tradicionalmente como inamovibles son abandonadas tanto bajo un punto de vista regional como bajo una perspectiva supranacional. Con las reflexiones tradicionales sobre la soberanía, la reivindicación vinculada a una ilimitada competencia estatal muestra señales de una creciente interdependencia política y económica en la que la soberanía, en una situación cada vez más precaria, es dividida y apartada del centro(338). Ante este trasfondo es erróneo aceptar que la estatalidad sólo ha sido "desplazada" en el marco de la institucionalización supraestatal; con otras palabras, que ha sido repetida en un nivel superior pero que permanece en la forma tradicional en todo lo demás. Esto parece tanto menos convincente en cuanto el Estado en su sentido tradicional se refiere conceptual y funcionalmente a concretas situaciones problemáticas, que no se dejan generalizar sin más. Un desplazamiento de la estatalidad resultaba problemático desde la perspectiva de las clásicas características estatales, pues los diferentes conceptos de pueblo y nación, acuñados de forma socio-cultural e

histórica, no pueden ser trasladados a organizaciones colectivas supraestatales sin que pierdan su sentido y significado. Esto es válido especialmente para un concepto étnico y nacional de pueblo, que difícilmente podría generalizarse a la vista de un pueblo común de la Unión europea. Por este motivo resulta justificada la crítica a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre Maastricht, que se fundamentó en este punto de manera contradictoria(339).

Con todo, no se puede renunciar al Estado y a la soberanía como categorías ordenadoras. Es necesaria, en efecto, una reformulación y una nueva concepción instrumental en la que no se exija demasiado al Estado y a la soberanía o, incluso, se les aísle, sino que han de ser cuestionados de nuevo en atención a su función en un contexto social e histórico, en el marco de una pluralidad de ordenamientos interdependiente(340). El Estado ya no aparecerá más como la única forma de organización de la vida social, o incluso como un rival autónomo de la sociedad, sino como uno de los diferentes sistemas sociales parciales, al que por cierto se le sigue atribuyendo la adopción de soluciones obligatorias colectivamente, más ya en el sentido de una prerrogativa de decisión que en el de un monopolio de la decisión. Bajo estas condiciones, no podrán ser dirigidas a la capacidad de dirección del Estado nuevas exigencias. Un Estado concebido como un sistema político flexible va a dirigirse menos a una configuración imperativa que a una estrategia consensual cooperativa en el marco de un proceso de deregulación y *autopoiesis* social, y, por ello, no va a minorar sino, en determinadas circunstancias, a aumentar apreciablemente su rendimiento y capacidad de actuación tanto hacia dentro como hacia fuera(341). Esto se manifiesta también de forma necesaria sobre el concepto de derecho, que ya no debiera ser concebido sólo como un orden coactivo garantizado por sanciones sino como un sistema regulador complejo, que no renuncia a la incorporación más pronta posible de los destinatarios de las normas en el proceso de aplicación y creación normativa, y con ello gana en aceptación. Desde esta base, el problema de la soberanía es susceptible de reformularse como una cuestión de delimitación sistémica o de diferenciación y de referirse a las correspondientes estructuras y sistemas políticos tanto nacionales como supranacionales.

Después de todo seguimos necesitando a la soberanía, no como una rígida "camisa de fuerza" nacional(342) sino como un instrumento jurídico y político flexible que permite afrontar identificativa o diferenciadoramente las exigencias presentes y futuras en el marco de una intensa contextualización supranacional e internacional.

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

*Traducción del alemán a cargo de Benito Aláez Corral y Miguel Ángel Presno Linera, Profesores de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo.

(1) Cfr. Albrecht Randelzhofer, *Staatsgewalt und Souveränität*, en: "Handbuch des Staatsrechts" (HStR), editado por Josef Isensee y Paul Kirchhof, Heidelberg, 1987, T. I, § 15, pág. 691, Marg. 1.

(2) Cfr. Helmut Quaritsch, *Staat und Souveränität*, Francfort del M., 1970, pág. 243 ss.

(3) Cfr. Dieter Wyduckel, *Princeps Legibus Solutus. Eine Untersuchung zur frühmodernen Rechts- und Staatslehre*, Berlín, 1979, pág. 32; Kenneth Pennington, *The*

Prince and the Law, 1200-1600. Sovereignty and Right in the Western Legal Tradition, Berkeley, 1993, pág. 8 ss.

(4) Cfr. en relación con la competencia normadora "*Quod principi placuit legis habet vigorem*" (Dig. 1,4,1) y en relación con la desvinculación de las Leyes "*Princeps legibus solutus est*" (Dig. 1, 3, 31).

(5) Sobre esto ha sido Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2ª edición, Gotinga, 1967, pág. 131 ss., el que ha llamado la atención siguiendo a Max Weber.

(6) Cfr. Wyduckel, *Princeps Legibus solutus*, ob. cit., en particular, pág. 41 ss.

(7) Bártolo, *In primam Digesti veteris partia Comentaria*, Basilea, 1589, Lib. II, Tit. I, 1.1, N° 3, pág. 157, así como *ibidem*, 1.3, N° 1 ss., pág. 163 ss. Al respecto, Pietro Costa, *Iurisdicchio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, 1969, pág. 161 ss. (169), así como Wyduckel, *Princeps Legibus Solutus*, ob. cit., pág. 66 ss.

(8) En particular sobre esto, Wyduckel, *Princeps Legibus Solutus*, ob. cit., pág. 66 ss.

(9) Cfr. al respecto, Helmut G. Walther, *Imperiales Königtum, Konziliarismus und Volkssouveränität*, Munich, 1976, pág. 159 ss; Wyduckel, *Princeps Legibus Solutus*, ob. cit., pág. 75 ss, 117 ss.

(10) *Politische Theologie*, 2ª Edición, Munich, 1934, pág. 49.

(11) Cfr. Wyduckel, Art. Plenipotenz, en: "*Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*", T. 3, Berlín, 1984, Col. 1769 ss.

(12) *Recht und Revolution. Die Bildung der westlichen Rechtstradition*, Francfort del M. , 1995, pág. 161 ss.

(13) Véase, ante todo, Hostiensis, *In tertium Decretalium librum Commentaria*, Venecia, 1581, Reimpresión Turín 1965, Tit. XXXV, cap. 6, N° 30, pág. 134. Además, Wyduckel, *Princeps Legibus Solutus*, ob. cit., pág. 100, y -reticente en relación con el carácter absoluto de la *potestas*- Pennington, *The Prince and the Law*, ob. cit., pág. 64 ss.

(14) Baldo, *In primum Codicis librum praelectiones*, Lugduni, 1556, lib. 1, tit. XIV, 1.4, pr., Bl. 58 r. Sobre ello, Joseph Canning, *The Political Thought of Baldus de Ubaldis*, Cambridge, 1987, pág. 72 ss. Cfr. también mi recensión en: "*Millenium*", 4 (1990), pág. 86 ss.

(15) Pennington, *The Prince and the Law*, ob. cit., pág. 278; se excede cuando sostiene que la definición de Bodino de poder absoluto "*could have been written by any fourteenth-century jurist*". Sobre esto véase posteriormente III 1 a).

(16) Cfr. Fritz Kern, *Recht und Verfassung im Mittelalter*, 2ª edición, Darmstadt, 1958, pág. 23 ss.

(17) Con respecto a esto y a lo que sigue es fundamental Sten Gagnér, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Estocolmo, 1960, en particular las págs. 275 ss. Véase también Niklas Luhmann, *Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft*, en: *Idem*, "Ausdifferenzierung des Rechts", Francfort del M., 1981, pág. 113, ss (121 ss.), así como Wyduckel, *Princeps Legibus Solutus*, ob. cit., pág. 120 ss.

(18) Marsilius von Padua, *Der Verteidiger des Friedens (Defensor Pacis)*, edición latino-alemana de W. Kunzmann y H. Kusch, Darmstadt, 1958, I, cap. 10, § 4 ss., pág. 96 ss, así como, cap. 12, § 3, pág. 118. Sobre ello, también, Jürgen Miethke, *Die Anfänge des säkularisierten Staates in der politischen Theorie des späteren Mittelalters*, en: "Entstehen und Wandel verfassungsrechtlichen Denkens", Berlín, 1996 (suplemento de "Der Staat", t. 11), pág. 7 ss. (33 ss.).

(19) Cfr. Alan Gewirth, *Marsilius of Padua. The Defender of Peace*, T. 1, New York, 1951, pág. 132 ss. (134), así como Walther Ullmann, *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*, Londres, 1961, pág. 276.

(20) Cfr. Rolf Grawert, *Historische Entwicklungslinien des neuzeitlichen Gesetzesrechts*, en: "Der Staat", 11 (1972), pág. 1 ss.

(21) Cfr. Carl Schmitt, *Staat als ein Konkreter, an eine bestimmte Epoche gebundener Begriff* (publicado inicialmente en 1941), en: *Verfassungsrechtliche Aufsätze 1924-1954*, 2ª edición, Berlín, 1973, pág. 375 ss; Quaritsch, *Staat und Souveränität*, ob. cit., pág. 32 ss.

(22) Cfr. Theodor Mayer, *Die Ausbildung der Grundlagen des modernen Staates im hohen Mittelalter* (publicado inicialmente en 1939), en: "Herrschaft und Staat im Mittelalter", editado por Hellmut Kämpf, Darmstadt, 1956, Reimpresión de 1984, pág. 284 ss. (295, 315).

(23) Cfr. Johannes Fried, *Überlegungen zum Problem von Gesetzgebung und Institutionalisierung im Mittelalter*, en: "Institutionen und Geschichte", editado por Gert Melville, Colonia, 1992, pág. 133 ss.

(24) Sobre esto, Hellmut G. Walther, *Imperiales Königtum*, ob. cit., pág. 78 ss. (83 ss.), con más datos, así como Miethke, *Die Anfänge des säkularisierten Staates*, ob. cit., pág. 7 ss. (19).

(25) *Coutumes de Beauvaisis*, edición de A. Salmon, París, 1900, T. 2, Cap. XXXV, nº 1103, pág. 63.

(26) Cfr. Marcel David, *La souveraineté et les limites juridiques du pouvoir monarchique du 9e au 15e siècle*, París, 1954, pág. 67 ss, así como Wyduckel, *Princeps Legibus Solutus*, ob. cit., pág. 148 ss.

(27) Cfr. Michael J. Wilks, *The Problem of Sovereignty in the Later Middle Ages. The Papal Monarchy with Augustinus Triumphus and the Publicists*, Cambridge, 1963, pág. 254 ss.

(28) Así lo hace, no obstante, Quaritsch, *Staat und Souveränität*, ob. cit., pág. 168. Véase también, Idem, *Souveränität. Entstehung und Entwicklung des Begriffs in Frankreich und Deutschland vom 13 Jahrhundert bis 1806*, Berlín, 1986, pág. 34 ss, con un intento de demostrar la imposibilidad de la soberanía en la edad media -no amparado en mi opinión ni por la teoría ni por la práctica-.

(29) Cfr. Friedrich August Freiherr von der Heydte, *Die Geburtsstunde des souveränen Staates*, Regensburg, 1952, que, a pesar del título que le da a su obra, parece estar más convencido de una "lenta formación del moderno Estado soberano en el pensamiento y en la práctica políticos" entre 1250 y 1350 (pág. VIII, 10).

(30) Fundamentalmente Hans Huber Hofmann (Edit.), *Die Entstehung des modernen souveränen Staates*, Colonia, 1967; más distantemente, Joseph R. Strayer, *Die mittelalterlichen Grundlagen des modernen Staates*, Colonia, 1975; Wyduckel, *Principes Legibus Solutus* (ob. cit., nota al pie nº 3), pág. 30 ss.; Charles Tilly (Edit.), *Reflections on the History of European State-Making*, en: Idem (Edit.), "The Formation of National States in Western Europe", Princeton, N.J., 1975, pág. 3 ss (25 ss.). Véase también, Idem (Edit.), *Cities and the Rise of States in Europe, A.D. 1000 to 1800*, Boulder, 1994.

(31) Fundamentalmente, Armin Wolf, *Gesetzgebung in Europa 1100-1500. Zur Entstehung der Territorialstaaten*, 2ª edición, Munich, 1996.

* Denominación que recibe la época durante la que reinó Federico II (Nota de los traductores).

(32) En su *Tractatus de juribus regni et Imperii*, editado por Simon Schard, *Syntagma Tractatum*, Estrasburgo, 1609, pág. 167 ss.

(33) *De cura reipublicae et sorte principantis*, editado por R. Fruin y P. C. Molhyusen, La Haya, 1900, IX, pág. 54; XLIX, pág. 215.

(34) Bodin, *De Republica libri sex*, edición de Francfort, 1594, Libro I, Cap. 8, pág. 123. En la primera edición francesa, aparecida ya en el año 1576, la soberanía es calificada de "puissance absolue". Cfr. *Les six livres de la République*, I, 8, pág. 122 (edición París, 1583, reimpresión Aalen, 1961).

(35) Bodino, *De Republica*, ob. cit., Lib. I, Cap. .10, pág. 240. La legislación como "*primum ac praecipuum caput maiestatis*".

(36) Cfr. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, en: Idem, "Recht, Staat, Freiheit", 2ª edición, Francfort del M., 1992, pág. 92 ss.

(37) Cfr. Ernst Pilz, *Untergang des Mittelalters. Die Erforschung der geschichtlichen Grundlagen Europas in der politisch-historischen Literatur des 16. bis 18. Jahrhunderts*, Berlín, 1987, pág. 19 ss.

(38) Bodino, De Republica, ob. cit., Lib. I, Cap. 8, pág. 123: "Principio definienda fuit maiestas, quam nec philosophorum nec Iurisconsultorum quisquam definiit". Piltz, Der Untergang des Mittelalters, ob. cit., pág. 232, ve aquí, no sin fundamento, un silencio consciente y deliberado. Sobre ello, véase también mi recensión en: "Ius Commune" 16 (1989), pág. 450 ss.

(39) En otro sentido, Michael Stolleis, Geschichte des Öffentlichen Rechts in Deutschland, T. I, Munich, 1988, pág. 172 ss, que, en mi opinión, sobreestima la prestación innovadora de Bodino. Véase también mi recensión en: "Neue Juristische Wochenschrift", 1989, pág. 2455 ss. La cuestión de cuánta influencia tuvieron la jurisprudencia imperial y canónica en el concepto de soberanía de Bodino permanece aún discutida. Sobre esto, Quaritsch, Staat und Souveränität, ob. cit., pág. 44 ss., que, aunque no desconoce que importantes elementos de la omnipotencia papal reaparecen en la teoría de la soberanía de Bodino (pág. 65), en mi opinión, sin embargo, los subestima en sus efectos institucionales como meras reminiscencias literarias.

(40) Así ya Ulrich Scheuner en su crítica al concepto de Estado de Herbert Krüger, en: "Der Staat", 13 (1974), pág. 527 ss (534). Véase también, Idem, Ständische Einrichtungen und innerstaatliche Kräfte in der Theorie Bodins, en: "Jean Bodin. Verhandlungen der internationalen Bodin-Tagung", editado por Horst Denzer, Munich, 1973, pág. 379 ss. (379).

(41) En su obra Land und Herrschaft, aparecida por primera vez en 1939 y múltiples veces reeditada desde entonces. Sobre la posición metodológica de Brunner véanse mis apreciaciones críticas en: "Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento", 13 (1987), pág. 63 ss.

(42) Cfr. Imboden, Johannes Bodinus und die Souveränitätslehre, en: Idem, "Staat und Recht. Ausgewählte Schriften und Vorträge", Basilea, 1971, pág. 93 ss (94). Crítico frente a él, aunque sin una fundamentación propia suficiente, Manfred Friedrich, Geschichte der Staatsrechtswissenschaft, Berlín, 1997, pág. 16.

(43) Bodino, De Republica, ob. cit., Lib. II, pág. 272 ss.

(44) También está de acuerdo con esto Quaritsch, Staat und Souveränität, ob. cit., pág. 383 ss. (392), cuando califica al conjunto de la argumentación de Bodino de "cuantitativamente escaso". Sobre la argumentación de Bodino, cfr. De Republica, ob. cit., Lib. I, Cap. 8, pág. 159 ss.

(45) Bodino, De Republica, ob. cit., Lib. I, Cap. 8, pág. 161. Sobre esto, D. Engster, Jean Bodin, Scepticism and Absolute Sovereignty, en: "History of Political Thought", 17 (1996), pág. 469 ss (492 ss.).

(46) Cfr. Bodino, De Republica, ob. cit., Lib. I, Cap. 8, pág. 154; Lib. I, Cap. 10, pág. 242. La competencia para establecer impuestos (*tributa imperare*) esta comprendida en ella, cfr. Lib. I, Cap. 10, pág. 233.

(47) Cfr. Bodino, De Republica, ob. cit., Lib. I, Cap. 8, pág. 142, donde aparece que el establecimiento de impuestos solo está permitido que lo lleve a cabo el soberano en

solitario en caso de fuerza mayor. Sobre ello, con una inclinación armonizadora, Quaritsch, *Souveränität*, ob. cit., pág. 60 ss.

(48) Cfr. Bodino, *De Republica*, ob. cit., Lib. I, Cap. 8, pág. 139 ss.

(49) Así, Peter Cornelius Mayer-Tasch en su introducción a la traducción al alemán de Bodino, T. I, Munich, 1981, pág. 11 ss. (38). Véase también, J. H. M. Salmon, *The Legacy of Jean Bodin. Absolutism, Populism or Constitutionalism*, en: "History of Political Thought", 15 (1996), pág. 500 ss (501 ss).

(50) Cfr. Jürgen Dennert, *Ursprung und Begriff der Souveränität*, Stuttgart, 1964, pág. 65.

(51) Pruckmann, *Paragraphi soluta potestas, tractatus regalibus*, Leipzig, 1592, citado aquí por la edición *Opera politico-juridica bina*, Francfort del M., 1672, Cfr. T. 1, Cap. II, N° 20 ss.; Cap. III, N° 1 ss. Sobre ello, Thomas Klein, *Recht und Staat im Urteil mitteldeutscher Juristen des späten 16 Jahrhunderts*, en: "Festschrift für Walter Schlesinger", editado por H. Beumann, Colonia, 1973, T. 1, pág. 427 ss, 463 ss.

(52) Francfort, 1591 y 1594.

(53) Bodin, *De Republica*, ob. cit., Lib. II, Cap. I

(54) Bodino, *De Republica*, ob. cit., Lib. II, Cap. 1, pág. 283; Cap. 6, pág. 358 ss.

(55) Cfr. Arnisaeus, *De jure miestatis libri tres*, Francfort, 1610; Idem, *Doctrina politica in genuinam methodum quae est Aristotelis reducta*, Francfort, 1606. Sobre ello, Horst Dreitzel, *Protestantischer Aristotelismus und absoluter Staat. Die "Politica" des Henning Arnisaeus (ca. 1575-1636)*, Wiesbaden, 1970, pág. 170 ss.

(56) Erróneamente, Dreitzel, *Protestantischer Aristotelismus...*, ob. cit., pág. 240, quiere ver una "teoría de la división de poderes". Véase también, Idem, *Monarchiebegriffe in der Fürstengesellschaft*, Colonia, 1991, Bd. 1, pág. 100, y mi recensión en: "Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte", 18, 1996, pág. 151 ss.

(57) Cfr. resumidamente, Wyduckel, Johannes Althusius, en: "Die Deutsche Literatur. Biographisches und bibliographisches Lexikon", Serie II, t. 2, Bern, 1991, pág. 345 ss (351).

(58) Véase sobre esto el volumen de las jornadas *Politische Theorie des Johannes Althusius*, coordinado por Karl-Wilhelm Dahm, Werner Krawietz y Dieter Wyduckel, Berlín, 1989, ("Rechtstheorie", suplemento n° 7).

(59) Cfr. Thomas O. Hüglin, Johannes Althusius. Eine «Alternative» Institutionentheorie der Frühen Neuzeit, en: "Politische Institutionen im gesellschaftlichen Umbruch", coordinado, entre otros, por Gerhard Göhler, Opladen, 1990, pág. 203 ss.

(60) Altusio, *Politica methodice digesta*, citado aquí conforme a la tercera edición, Herborn, 1614, reimpresión Aalen, 1981, Cap. IX, N° 21. Cfr. también la traducción

española de Primitivo Marino con Prólogo de Antonio Truyol Serra, Madrid, 1990, Clásicos Políticos.

(61) Puesto que, como él expone en confrontación crítica con Bodino, no existe *lex civilis* que no lleve consigo algo del derecho natural y divino. Cfr. Altusio, Política..., ob. cit., Cap. IX, N° 21.

(62) Que aún no se podía hablar en Altusio de una soberanía del pueblo en el sentido de una comunidad libre de ciudadanos iguales en derechos, es reafirmado, en consonancia con Hasso Hofmann, de forma correcta por Diethelm Klippel, Staat und Souveränität, en: "Geschichtliche Grundbegriffe", coordinado, entre otros, por Otto Brunner, T., 6, Stuttgart, 1990, pág. 98 ss. (124). Con ello no se excluye que su concepto teórico-político refleje elementos igualmente esenciales para la teoría de la soberanía popular. Sobre esto, Wyduckel, Althusius -ein deutscher Rousseau? Überlegungen zur politischen Theorie in vergleichender Perspektive, en: "Politische Theorie des Altusio...", ob. cit., pág. 465 ss.

(63) Altusio, Política..., ob. cit., Cap. XIX, N° 6 ss., pág. 12 ss.

(64) Cfr. Ernst Reibstein, Johannes Althusius als Fortsetzer der Schule von Salamanca, Karlsruhe, 1955, así como Marino, Introducción a la traducción española de la Política de Altusio, ob. cit., pág. XV ss.

(65) Altusio, Política..., ob. cit., Cap. XXXIX, N° 1 ss. (8).

(66) Altusio, Política..., ob. cit., Cap. XIX, N° 49.

(67) Altusio, Política..., ob. cit., Cap. IX, N° 16.

(68) Sobre los inicios del pensamiento constitucional en Altusio, véase Hans Ulrich Scupin, Der Begriff der Souveränität bei Johannes Althusius und Jean Bodin, en: "Der Staat", 4, (1965), pág. 1 ss. (21).

(69) Altusio, Política..., ob. cit., Cap. XIX, N° 49.

(70) En un sentido diverso, Michael Stolleis, Die Idee des souveränen Staates, en: "Entstehen und Wandel verfassungsrechtlichen Denkens", ob. cit., pág. 63 ss. Véase también mi contribución a la discusión en la misma obra, pág. 89 ss.

(71) Sobre los principios federales de Altusio, véase con adicionales puntos de vista, Konsens und Konsoziation in der politischen Theorie des frühen Föderalismus, coordinado por Giuseppe Duso, Werner Krawietz, Dieter Wyduckel, Berlín, 1997 ("Rechtstheorie", suplemento n° 16). Más general, Bernd Grzeszick, Vom Reich zur Bundesstaatidee. Zur Herausbildung der Föderalismusidee als Element des modernen deutschen Staatsrechts, Berlín, 1996, pág. 42 ss., así como Corrado Malandrino, Federalismo. Storia, idee, modelli, Roma, 1998, pág. 25 ss.

(72) Cfr. Der Absolutismus -ein Mythos? Strukturwandel monarchischer Herrschaft, coordinado por Ronald G. Asch y Heinz Duchhardt, Colonia, 1996.

(73) Que los estamentos no han de ser vistos sólo como un factor obstaculizador, sino que han de ser valorados también en su función configuradora del Estado, ha sido resaltado sobre todo por Gerhard Oestreich; cfr. su *Ständetum und Staatsbildung in Deutschland*, en: Idem, "Geist und Gestalt des frühmodernen Staates", Berlín, 1969, pág. 277 ss.

(74) En consonancia terminológica con Gerhard Oestreich, cfr. *Geist und Gestalt des frühmodernen Staates*, ob. cit., así como, Idem, *Neostoicism and the Early Modern State*, editado por Brigitta Oestreich y H. G. Koenigsberger, Cambridge, 1982.

(75) Cfr. Reinhard Blänkner, «Absolutismus» und «frühmoderner Staat». Probleme und Perspektive der Forschung, en: "Frühe Neuzeit -Frühe Moderne?", coordinado por Rudolf Vierhaus, Gotinga, 1992, pág. 48 ss.

(76) Sobre el trasfondo teórico, véase Niklas Luhmann, *Gesellschaft*, en: Idem, *Soziologische Aufklärung*, t. 1: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme, 6ª edición, Opladen, 1991, pág. 137 ss., así como, con carácter más general, *Soziologische Aufklärung*, t. 4: Beiträge zur funktionaler Differenzierung der Gesellschaft, 2ª edición, Opladen, 1994.

(77) Cfr. Theodor Reinkingk, *Tractatus de regimine saeculari et ecclesiastico*, 3ª edición, Marburgo, 1641, en particular el Lib. I, cl. 2, Cap. 3, nº 23, pág. 48; así como como los escritos aparecidos bajo el seudónimo Hippolithus a Lapide de Boguslaus Philipp von Chemnitz, *Dissertatio de ratione status in Imperio Romano-Germanico*, citado aquí en la edición de Freistadt, 1647, Pars I, Cap. 3, pág. 36 ss.

(78) Sobre el trasfondo jurídico y teórico de esta teoría véase Rudolf Hoke, *Althusius und die Souveränitätstheorie der realen und der personalen Majestät*, en: "Politische Theorie des Johannes Althusius", ob. cit., pág. 235 ss.

(79) Como antes, es fundamental Rudolf Hoke, *Die Reichstaatsrechtslehre des Johannes Limnaeus*, Aalen, 1968. Véase también mi *Ius Publicum. Grundlagen und Entwicklung des Öffentlichen Rechts und der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Berlín, 1984, en particular, las págs. 141 ss.

(80) Cfr. sobre todo su *Kommentar zur Wahlkapitulation: De capitulatione Caesarea sive de Lege regia Germanorum*, en: Dominicus Arumaeus (Edit.), "Discursus Academici de jure publico", Jena, 1623, IV, Nº 43, Folios 253 ss., en particular, Cap. I, Nº 25, Folio 273 r; Cap. XII, Nº 7, Folio 373 v; Cap. XIV, Nº 1, Nº 6, Folio 385 v, 387 v. El trabajo apareció en Leipzig en 1640 en una segunda edición sustancialmente ampliada y en parte modificada. Sobre el significado de Carpzov, véase Rudolf Hoke, *Die Souveränitätslehre des Benedikt Carpzov*, en: "Staat und Recht. Festschrift für Günther Winkler", coordinado por Herbert Haller (y otros), Viena, 1997, pág. 319 ss, que valora su teoría como una contribución alemana temprana a la teoría del Estado de derecho materialmente determinado.

(81) Sobre la teoría del pacto de Hobbes, véase Wolfgang Kersting, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, Darmstadt, 1994, pág. 59 ss.

(82) Sobre las modalidades del concepto de pacto en Pufendorf, véase Wyduckel, *Der Vertragsgedanke bei Samuel Pufendorf in seiner Bedeutung für die Konstitution vom Recht und Staat*, en: "Samuel Pufendorf und seine Wirkungen bis auf die heutige Zeit", coordinado por Bodo Geyer y Helmut Görlich, Baden-Baden, 1996, pág. 39 ss. (57 ss.).

(83) Cfr. Pufendorf, *De jure naturae et gentium libri octo*, Lund, 1672, citado aquí por la edición de G. Mascovius, Leipzig/Francfort, 1744, Lib. VII, Cap. 6, § 1 ss.

(84) Pufendorf, *De jure naturae...*, ob. cit., Lib. VII, Cap. 2, § 8.

(85) Pufendorf, *De jure naturae...*, ob. cit., Lib. VII, Cap. 4, § 1, así como Cap. 6, § 4.

(86) Pufendorf, *De jure naturae...*, ob. cit., Lib. VII, Cap. 5, §§ 2, 14 ss.

(87) Pufendorf, *De jure naturae...*, ob. cit., Lib. VII, Cap. 2, §§ 8, 11.

(88) Sobre esto, Karl Otmar von Aretin, *Das Alte Reich 1648-1806, I:Föderalistische oder hierarchische Ordnung (1648-1684)*, Stuttgart, 1993, pág. 162, con una sobreestimación, sin embargo, del elemento jerárquico.

(89) Pufendorf, *Die Verfassung des deutschen Reiches*, editado y traducido por Horst Denzer, Francfort del M., 1994, en particular, Cap. VI, § 9.

(90) En este sentido, acertadamente, Hans Erich Feine, *Zur Verfassungsentwicklung des Heiligen Römischen Reiches seit dem Westfälischen Frieden*, en: "Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Germanische Abteilung", 52 (1932), pág. 65 ss (72). Véase también Johannes Burckhardt, *Der Dreißigjährige Krieg*, Francfort del M., 1992, pág. 108, que no sin fundamento testimonia la perplejidad teórica de Pufendorf.

(91) Pufendorf, *Die Verfassung des deutschen Reiches*, ob. cit., Cap. VII, § 5.

(92) Faltan en la edición póstuma de Berlín, 1706, pág. 195 ss., las palabras *«et monstro simile»*. Incluso en algunas ediciones previas ya se había dulcificado la dureza de la fórmula monstruosa mediante la expresión *«tantum non monstro simile»*. Cfr. la edición literal de Fritz Salomon, Weimar, 1910, pág. 126.

(93) Véase sobre esto Detlef Döring, *Das Heilige Römische Reich deutscher Nation in der Beurteilung Samuel von Pufendorfs*, en: "Samuel Pufendorf filosofo del diritto e della politica", editado por Vanda Fiorillo, Nápoles, 1996, pág. 73 ss. (97 ss.), que, aunque no niega la contradicción entre la teoría racionalista de Pufendorf y su aplicación política real, intenta, sin embargo, armonizarla ampliamente.

(94) Cfr. Pufendorf, *Die Verfassung des deutschen Reiches*, ob. cit., Cap. VI, § 9. Sobre la consideración del Imperio como un sistema véase Bernd Roeck, *Reichsystem und Reichsherkommen*, Stuttgart, 1984, pág. 31 ss.

(95) Cfr. Pufendorf, *De Republica irregulari, Addenda*, en: Idem, "Dissertationes academicae selectiores", Lund, 1675, pág. 682.

(96) Cfr. Dietmar Willoweit, *Rechtsgrundlagen der Territorial Gewalt*, Colonia, 1975, pág. 153 ss. En sentido distinto, Albrecht Ransdelzhofer, *Völkerrechtliche Aspekte des Heiligen Römischen Reiches nach 1648*, Berlín, 1967, pág. 165, quien atribuye un significado demasiado grande a las implicaciones de derecho público -por otro lado preexistentes-.

(97) En este sentido, sobre todo, Hermann Conring, *De civili prudentia liber unus*, Helmstedt, 1662, Cap. XIV, pág. 362.

(98) Cfr. Valentin Alberti, Tesis Doctoral, *De majestate ejusque divisione in realem et personalem adversus monarchomachos*, Leipzig, 1677; así como Pufendorf, *De jure naturae*, ob. cit., lib. VII, cap. 6, § 4.

(99) Cfr. su tesis de Helmstedt: *De statu regionum Germaniae et regimine principum summae Imperii reipublicae aemulo* (1661). Basada en la edición facilitada por Ahasver Fritsch en: *Exercitationes juris publici*, pars III, Rudolstadt, 1670, N° 1, pág. 1.

(100) Hugo, ob. cit., cap. II, N° 9, pág. 19. Cfr. también Willoweit: *Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt*, ob. cit., pág. 147 y ss., con argumentos adicionales.

(101) Cfr. a través de su seudónimo interpuesto, Caesarinus Fuerstenerius los trabajos incluidos en *De Jure Suprematus ac Legationis Principum Germaniae*, o. O. 1677 (Akademie-Ausg. IV-2, pág. 13 y ss.), así como la crítica a Pufendorf aparecida en los años 1668-1672 bajo el título: *In Severinum de Monzambano* (ibidem, IV-1, pág. 500 y ss.).

(102) Cfr. recientemente Hans-Peter Schneider, Gottfried Wilhelm Leibnitz, en: *"Staatsdenker in der frühen Neuzeit"*, (coordinador Michael Stolleis), 3ª edición, Munich, 1990, pág. 197 y ss. (206).

(103) Cfr. Horn, *Politicorum pars architectonica de civitate*, Utrecht, 1664. Al respecto, véase Heinrich de Wall, *Die Staatslehre Johann Friedrich Horn*, Aalen, 1992. Véase también más recientemente mi recension en: *"Der Staat"*, 37, 1998.

(104) Cfr. Wyduckel, *Ius publicum*, ob. cit., pág. 194 ss.

(105) Cfr., sobre todo, la contribución de Pütters: *Von der Regierungsreform des Teutschen Reichs und einigen davon abhängenden Grundsätzen des Teutschen Staatsrechts*, en, Idem: *"Beyträge zum Teutschen Staats- und Fürstenrechte"*, Gotinga, 1777, 1ª parte, pág. 17 y ss. Cfr. en lo demás Willoweit, *Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt*, ob. cit., pág. 356 y ss.

(106) Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Die Verfassung Deutschlands*, en: *"Politische Schriften"*, Frankfurt a. M., 1966, pág. 23 y ss. (23, 29).

(107) Bodino, *De republica*, ob. cit., lib. I, cap. 8, pág. 123; lib. III, cap. 4, pág. 416 y siguiente. Véase también Quaritsch, *Bodins Souveränität und das Völkerrecht*, en: *"Archiv des Völkerrechts"*, 17 (1977/78), pág. 257 y ss. (260), así como del mismo autor, *Souveränität*, ob. cit., pág. 62 y ss.

(108) Cfr. en particular Wyduckel, *Recht, Staat und Frieden im Jus Publicum Europeum*, en: "Zwischenstaatliche Friedenswahrung in Mittelalter und Früher Nuezeit", coordinado por Heinz Duchhardt, Colonia, 1991, pág. 185 y ss. (194). Respecto a la vinculación constitucional al poder estatal, véase también Christoph Link, *Hugo Grotius als Staatsdenker*, Tubinga, 1983, pág. 26 y ss.

(109) Cfr. Ernst Reibstein, *Die Anfänge des neuren Natur- und Völkerrechts*, Studien zu den "Controversiae illustres" des F. Vasquius (1559), Berna, 1949, pág. 177 y ss.; también, del mismo autor, *Völkerrecht*, t. I, Friburgo, 1958, pág. 295 y ss.; Wyduckel, *Recht, Staat und Frieden*, ob. cit., pág. 196 y ss. Véase también Wilhelm Grewe, *Epocher der Völkerrechtsgeschichte*, 2ª edición, Baden-Baden, 1988, pág. 222 y ss.

(110) Pufendorf, *De jure naturae*, ob. cit., lib. II, cap. 3, § 23: "nam nos positivum aliquod ius gentium, a superiore profectum, negamus". Véase Eckhart Klein, *Samuel Pufendorf und die Anfänge der Naturrechtslehre*, en: "Semper Apertus. 600 Jahre Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 1386-1986", t. I, Berlín, 1985; pág. 414 y ss. (430 y ss.); Wyduckel, *Recht, Staat und Frieden*, ob. cit., pág. 185 y ss. (192).

(111) Wolff, *Jus gentium methodo scientifica pertractatum*, Halle, 1749, Prolegomenam, § 25, pág. 18: "Jus gentium positivum dicitur, quod a voluntate gentium ortum trahit". Respecto a la diferenciación entre derecho internacional positivo y natural véase § 26, pág. 18 y ss.

(112) Cfr. Johann Jakob Schmauss, *Corpus juris gentium academicum*, Leipzig, 1730, y Georg Friedrich vom Martens, *Recueil des principaux traités*, Gotinga, 1791-1801, 7 volúmenes con suplementos.

(113) Cfr. Wolff, *Institutiones juris naturae et gentium*, Halle, 1750, editado por M. Thomann, Hildesheim, 1969, § 1091 y ss., pág. 682 y ss.

(114) Moser, *Grund-Sätze des jetzt üblichen Europäischen Völcker-Rechts in Friedens-Zeiten*, Hanau, 1750, Prólogo, nº 1, Bl. 3r.

(115) Moser, *Grund-Sätze*, ob. cit., libro 1, cap. 2, § 1, pág. 22.

(116) Vattel, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle*, Neuchatel, 1774, libro I, cap. I, § 4, pág. 25. Véase Heinhard Steiger, *Solidarität und Souveränität oder Vattel reconsidered*, en: "Auf einem Dritten Weg. Festschrift für Helmut Ridder zum 70. Geburtstag", coordinado por E. Stein y H. Faber, Neuwied, 1989, pág. 97 y ss. (99).

(117) Cfr. Rudolf Vierhaus, *Deutschland im 18. Jahrhundert. Politische Verfassung, soziales Gefüge, geistige Bewegungen*, Gotinga, 1987, así como Horst Dippel, *Der Verfassungsdiskurs im ausgehenden 18. Jahrhundert und die Grundlegung einer liberaldemokratischen Verfassungstradition in Deutschland*, en: Idem (coordinador), "Die Anfänge des Konstitutionalismus in Deutschland", Francfort del M., 1991, pág. 7 y ss.

(118) Sobre las diferentes orientaciones, véase Hans Boldt, *Deutsche Staatslehre im Vormärz*, Düsseldorf, 1975, así como el abundante material resumido por Stollens, *Geschichte des Öffentlichen Rechts*, T. 2, Munich, 1992, pág. 81 y ss.

(119) Aquí citado por la 2ª edición, Altona, 1845.

(120) Cfr. Horst Ehmke, Karl von Rotteck, der "politische Professor", en: Idem, "Politik der praktischen Vernunft", Francfort del M., 1969, pág. 13 y ss. (30).

(121) Rotteck, Art. "Constitution", en: Staatslexikon, t. 3 (ob. cit., nota al pie nº 119), pág. 519 y ss. (525).

(122) Welcker, Art. "Gundgesetz", ibidem, t. 6, pág. 161 y ss. (210).

(123) Welcker, Art. "Staatsverfassung", ibidem, t. 12, pág. 363 y ss. (375).

(124) Welcker, ibidem.

(125) Kant, Methaphysik der Sitten, 1ª parte (Teoría del Derecho), § 45.

(126) Von Mohl, Enzyklopädie der Staatswissenschaften, 1859, aquí citado por la 2ª edición, Friburgo de Br., 1872, § 16, pág. 117.

(127) Cfr. Von Mohl, Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg, cuyo primer volumen (Tubinga, 1829) estaba expresamente dedicado al Derecho constitucional.

(128) Cfr. Wyduckel, Ius Publicum, ob. cit., pág. 241 y ss., con argumentos adicionales.

(129) Rotteck, Art. "Constitution", ob. cit., pág. 527.

(130) Cfr. Hans Gangl, Der deutsche Weg zum Verfassungstaat im 19. Jahrhundert, en: "Probleme des Konstitutionalismus im 19. Jahrhundert", coordinado por Ernst-Wolfgang Böckenförde, Berlín, 1975 ("Der Staat", suplemento nº 1), pág. 23 y ss.

(131) La Constitución de Würtemberg, cuyo Preámbulo se refiere a un "unión recíproca perfecta", es considerada generalmente como la primera pactada en Alemania; cfr. el texto en: "Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte", coordinado por Ernst-Rudolf Huber, t. 1, 3ª edición, Stuttgart, 1978, pág. 187 y ss.

(132) Texto ibidem, pág. 91 y ss. (99).

(133) Stahl, Philosophie des Rechts (la primera edición es de 1830-1837), aquí empleado según la 5ª edición, Tubinga, 1878, reimpresión en Darmstadt, 1963, t. 2, pág. 372 y ss. (383 y ss.). Véase también, del mismo autor, Das monarchische Prinzip, Heidelberg, 1845. Respecto a la terminología del principio monárquico, cfr. también Horst Dreitzel, Monarchiebegriffe in der Fürstengesellschaft, t. 2, Colonia, 1991, pág. 844 y ss.

(134) Stahl, Philoshophie des Rechts, t. 2, pág. 240.

(135) Cfr. Otto Brunner, Vom Gottesgnadentum zum monarchischen Prinzip, en: "Die Entstehung des modernen souveränen Staates", ob. cit., pág. 115 y ss. (132 y ss.).

(136) Cfr. sobre ésto también Hans Boldt, Souveränität: 19. und 20. Jahrhundert, en: "Geschichtliche Grundbegriffe", ob. cit., pág. 129 y ss. (138).

(137) Aretin, Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie, Altenburg, 1824-1828, 3 partes en 2 volúmenes. Después de la muerte de Aretin fue continuado por Karl von Rotteck. Cfr. aquí el t. 1, Introducción, págs. 1 y 3, así como pág. 164.

(138) Cfr. Welcker, Art. "Grundgesetz", ob. cit., págs. 100 y ss. (101).

(139) Welcker, ibidem, pág. 166.

(140) Cfr. Welcker, Oktoyierte und einseitig von der Volkrepräsentation entworfene und vertragmäßig unterhandelte Verfassungen, en: "Staats-Lexikon", t. 10, ob. cit., págs. 100 y ss. (101).

(141) Cfr. Welcker, Grundgesetz, ob. cit., pág. 210.

(142) Cfr. sobre esta cuestión también Boldt, Souveränität, ob. cit., pág. 139.

(143) Véase más arriba en III.2

(144) Véase sobre esto Dieter Grimm, Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866, Frankfurt del M., 1988, pág. 10 y ss, quien considera sobrevalorado el carácter innovador de las constituciones respecto a las leyes fundamentales premodernas; sobre esto, también mi recensión en: "Deutsches Verwaltungsblatt", 105 (1990), pág. 1071.

(145) Cfr. Welcker, Art. "Staatsverfassung", ob. cit., pág. 375.

(146) Cfr. Jörg-Detlef Kühne, Die Revolution von 1848/49 als Umbruch für Recht und Juristen, en: "Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte", 18 (1996), págs. 248 y ss. (254 y ss).

(147) El sistema constitucional no establece una nueva forma política, sino que expresa una transición de la monarquía a la época democrática: cfr. Böckenförde, Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert, en, Idem, "Recht, Staat, Freiheit", 2ª edición, Francfort del M., 1992, págs. 273 y ss. (302 y ss.).

(148) Art. 4, 24 y ss. de la Rheinbunds-Akte. Cfr. Dokumente, ob. cit.

(149) Cfr. el texto de la Bundesakte en Dokumente, ob. cit., pág. 84 y ss.

(150) Cfr. Ernst Rudolf Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte, t. 1, 2ª edición, Stuttgart, 1990, pág. 583.

(151) Texto en Dokumente, ob. cit., pág. 91 y ss.

(152) Cfr. Klüber, Öffentliches Recht des Deutschen Bundes und der Bundessaaten, 4ª edición, Francfort del M., 1849, reimpresión Kronberg/Ts, 1975, § 6, pág. 9; § 104, pág. 117; § 558, pág. 833 y ss.

(153) Klüber, ibidem, § 116 y sig., pág. 132 y ss.; § 215, pág. 285 y ss.

(154) Respecto a la primera postura, véase Heinrich Albet Zachariä, Deutsches Staats- und Bundesrecht, 2ª edición, 2ª parte, Gotinga, 1854, § 244, pág. 160 y ss., y para la segunda Heinrich Zoepfl, Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrecht, 5ª edición, 1ª

parte, Leipzig, 1863, § 112, pág. 279 y ss.

(155) Welcker, Art. Bund, Bundesverfassung, en: "Staats-Lexikon", ob. cit., pág. 708 y ss. (714).

(156) Cfr. el § 5 de la Constitución del Imperio Alemán de 28 de marzo de 1849. Texto en "Dokumente", ob. cit., pág. 375 y ss.

(157) Waitz, Das Wesen des Bundesstaates, en: "Allgemeine Monatschrift für Wissenschaft und Literatur", 1853, pág. 494 y ss. Respecto a la discusión contemporánea, véase Siegfried Brie, Der Bundesstaat, Leipzig, 1874, pág. 81 y ss; 105 y ss.

(158) Cfr. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte, t. 1, ob.cit., pág. 666 y ss. (668).

(159) Gaceta Oficial del Imperio, 1971, pág. 63. Cfr. también Huber, Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, t. 2, 3ª edición, Stuttgart, 1986, pág. 384 y ss.

(160) Cfr. Paul Laband, Staatsrecht, t. I, 4ª edición, Tubinga, 1901; § 10, pág. 91.

(161) Cfr. Wyduckel, Ius Publicum, ob. cit., pág. 257 y ss., así como Walter Pauly, Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus, Tubinga, 1993, pág. 92 y ss.

(162) Respecto a la siempre fundamental significación metodológica del derecho privado para el derecho público, Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft, Francfort del M., 1958. Véase también Wyduckel, Ius Publicum, ob. cit., pág. 259 y ss.

(163) Con especial atención, Peter von Oertzen, Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus, Francfort del M., 1974.

(164) En su conocida Rezension über Maurenbrechers Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts (1837), aquí citada según la edición de Darmstadt, 1962, pág. 4. Sobre el trasfondo de la discusión, que se retrotrae hasta la jurisprudencia de la Baja Edad Media, véase Wyduckel, Ius Publicum, ob.cit., pág. 230 y ss. con argumentos adicionales; finalmente, respecto a la controversia entre Albrecht y Maurenbrecher, Pauly, Methodenwandel, ob. cit., pág. 77 y ss.

(165) Cfr. Böckenförde, Der Staat als Organismus. Zur staatstheoretisch-verfassungspolitischen Diskussion im frühen Konstitutionalismus, en, Idem, "Recht, Staat, Freiheit", ob. cit., pág. 263 y ss.

(166) Cfr. Gerber, Grundzüge des deutschen Staatsrechts, 3ª edición, Leipzig, 1880. Con una introducción a cargo de W. Pöggeler, Hildesheim, 1998, suplemento I y II, aquí pág. 226. Sobre el origen de la concepción de Gerber, véase Pauly, Methodenwandel, ob. cit., pág. 137 y ss.

(167) Gerber, Grundzüge, ob. cit., pág. 233.

(168) Gerber, ibidem, pág. 22, nota 5.

(169) Gerber, *ibidem*.

(170) De forma demasiado indiferenciada, Friedrich, *ob. cit.*, pág. 229, quien ignora que Gerber, en el ámbito teórico estatal, no argumentaba ya desde la perspectiva del principio monárquico.

(171) Laband, *Staatsrecht*, I, *ob. cit.*, § 7, pág. 53.

(172) Bluntschli, *Allgemeine Staatslehre*, 6ª edición, revisada por E. Loening, Stuttgart, 1886, pág. 572.

(173) Cfr. Gerber, *ob. cit.*, pág. 22, nota 5; Laband, *Staatsrecht*, I, *ob. cit.*, § 7, pág. 53.

(174) Cfr. Albert Zorn, *Grundzüge des Völkerrechts*, 2ª edición, Leipzig, 1903, pág. 7. Sobre esta teoría, procedente de Hegel, véase Grewe, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, *ob. cit.*, pág. 592 y ss.

(175) Cfr. Böckenförde, *Der Staat als Organismus*, *ob. cit.*, pág. 267.

(176) En sentido contrario, Max von Seydel, *Der Bundesstaatsbegriff*, en "*Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*", nº 28 (1872), pág. 185 ss. (195); también en: *Idem*, *Staatsrechtliche und Politische Abhandlungen*, Friburgo, 1893, pág. 1 ss.

(177) Gerber, *Grundzüge...*, *ob. cit.*, pág. 25 ss. Véase también el suplemento IV, pág. 251.

(178) Laband, *Staatsrecht I...*, *ob. cit.*, § 9, pág. 85 ss., § 10, pág. 96.

(179) Laband, *Staatsrecht I...*, *ob. cit.*, § 10, pág. 90. Sobre el carácter contradictorio de la argumentación de Laband, véase Huber, *Verfassungsgeschichte...*, *ob. cit.*, pág. 791.

(180) Laband, *Staatsrecht I...*, *ob. cit.*, § 8, pág. 66 ss.

(181) *Ibidem*, pág. 67 ss.

(182) Hänel, *Studien zum Deutschen Staatsrechte*, t. I, Leipzig, 1873, pág. 68 ss. Sobre ello véase Otto Kimminich, *Der Bundesstaat*, en: "*Handbuch des deutschen Staatsrechts*", t. I, *ob. cit.*, § 26, pág. 1122 ss, marg. 15 ss.

(183) Cfr. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, t. I, *ob. cit.*, pág. 792 ss; Kimminich, *Der Bundesstaat*, *ob. cit.*, § 26, pág. 1123, marg. 15

(184) Cfr. sobre todo, Labands *Staatsrecht und die deutsche Staatsrechtswissenschaft* (publicado inicialmente en "*Schmollers Jahrbuch*" 1883), citado por la edición independiente de Darmstadt, 1961, así como el Discurso rectoral Berlínés *Das Wesen der menschlichen Verbände* (publicado inicialmente en 1902), citado por la edición de Darmstadt, 1954.

(185) Gierke, *Das Wesen der menschlichen Verbände*, *ob. cit.*, pág. 14 ss.

(186) Gierke, Labands Staatsrecht..., ob. cit., pág. 72.

(187) Ibidem, pág. 73

(188) Cfr. Gierke, Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien (publicado inicialmente en 1880), 5ª edición con un prólogo de Julius von Gierke, Aalen, 1958. Sobre Altusio véase más arriba, III, 1, b.

(189) Preuß, Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften, Berlín, 1889, nueva impresión, Aalen, 1964, pág. 100 ss. (135).

(190) Sobre esto, Christoph Möllers, Der parlamentarische Bundesstaat - das vergesene Spannungsfeld von Parlament, Demokratie und Bundesstaat, en: "Föderalismus - Auflösung der Zukunft der Staatlichkeit?", coordinado por Josef Aulehner, Stuttgart, 1997, pág. 81 ss. (84 ss.).

(191) Cfr. Hisao Kuriki, Die Funktion des Volksgedankens in der Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft, en: "Recht und Staat im sozialen Wandel", coordinado por Norbert Achterberg, Werner Krawietz y Dieter Wyduckel, Berlín, 1983, pág. 233 ss. (249 ss.).

(192) Cfr. Heinrich Triepel, Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reiche, Tubinga, 1907, en especial, pág. 53 ss.

(193) Otto Mayer, Monarchischer und demokratischer Bundesstaat, en: "Archiv des öffentlichen Rechts", nº 18, (1903), pág. 337 ss. (339 ss.). Sobre ello, Möllers, Der parlamentarische Bundesstaat..., ob. cit., pág. 87 ss.

(194) Cfr. Gerhard Robbers, Die Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts, en: "Entstehen und Wandel verfassungsrechtlichen Denkens", ob. cit., pág. 103 ss. (115).

(195) La teoría general del Estado de Jellinek aparece en 1900, aunque aquí se utilice la séptima edición, editada por Walter Jellinek, nueva impresión, Bad Homburg v. d. H., 1960.

(196) Sobre la "teoría de los tres elementos", véase Jellinek, Allgemeine Staatslehre, ob. cit., pág. 394 ss. Cfr. sobre ello, Dietmar Kettler, Die Drei-Elemente-Lehre. Ein Beitrag zu Jellineks Staatsbegriff, seiner Fortführung und Kritik, Tesis doctoral, Munster, 1995.

(197) Véanse los argumentos de Jellinek sobre el método jurídico, Allgemeine Staatslehre, ob. cit., pág. 19 ss, 50 ss.

(198) Jellinek, Allgemeine Staatslehre, pág. 474 ss.

(199) Jellinek, ibidem, pág. 474 ss.

(200) Jellinek, ibidem, pág. 435.

(201) Jellinek, ibidem, pág. 474 ss, 559 ss., con referencias a Gerber.

- (202) Jellinek, *ibidem*, pág. 476, 481.
- (203) Jellinek, *ibidem*, pág. 475. Véase también, *Idem*, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Reimpresión de la edición de Viena, 1882, con prólogo de W. Pauly, Goldbach, 1996, pág. 22 ss.
- (204) Jellinek, *ibidem*, pág. 481 ss.
- (205) Jellinek, *ibidem*, pág. 479. Sobre la teoría de Triepel, véase *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899, reimpresión de 1958, pág. 76 ss.
- (206) Jellinek, *ibidem*, pág. 337, 364 ss.
- (207) Jellinek, *ibidem*, pág. 358.
- (208) "Político" significa, pues, "estatal", como el propio Jellinek, *ibidem*, pág. 180, remarca expresamente.
- (209) Jellinek, *ibidem*, pág. 482.
- (210) Jellinek, *ibidem*, pág. 96.
- (211) Jellinek, *ibidem*, pág. 98.
- (212) Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (inicialmente publicada en 1892), 2ª edición, Tubinga, 1905, reimpresión de Darmstadt, 1963, pág. 86 ss.; *Idem*, *Allgemeine Staatslehre*, *ob. cit.*, pág. 230 ss.
- (213) Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, *ob. cit.*, pág. 230 ss.
- (214) Así, ya en sus *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2ª edición, Tübingen, 1923, Reimpresión, Aalen, 1960, prólogo a la segunda edición, pág. XVI ss., desarrollado más tarde en la *Reine Rechtslehre* (1934), citada aquí por la 2ª edición, Viena, 1960, reimpresión, Aalen, 1992, pág. 289 ss.
- (215) Cfr. Friedrich, *Geschichte der Staatswissenschaft*, *ob. cit.*, pág. 322 ss.
- (216) Inadecuadamente, pues, Friedrich, *ibidem*, pág. 322 ss.
- (217) Cfr. Stefan Koriath, *Erschütterungen des staatsrechtlichen Positivismus im ausgehenden Kaiserreich*, en: "*Archiv des öffentlichen Rechts*", 117 (1992), pág. 212 ss., quien sitúa el cambio, en mi opinión demasiado tarde, al fecharlo en la época subsiguiente al tránsito de un siglo a otro. El positivismo jurídico-estatal ya había sido metodológicamente polémico en sus inicios, como lo demuestra la controversia entre Laband y Gierke -por lo demás sin consecuencias-. Cfr. mi *Ius Publicum*, *ob. cit.*, pág. 293 ss.
- (218) Cfr. Heller, *Die Krisis der Staatsrechtslehre* (1926), en: *Idem*, "*Gesammelte Schriften*", t. II, Leiden, 1971, pág. 3 ss., así como *Die Souveränität* (1927), *ibidem*, pág. 31 ss. (34).

(219) Cfr. con carácter general Michael W. Hebeisen, *Souveränität in Frage gestellt. Die Soveränitätslehren von Hans Kelsen, Carl Schmitt und Hermann Heller im Vergleich*, Baden-Baden, 1995.

(220) Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, 2ª edición, Tübingen, 1928, 2ª reimpression, Aalen, 1981, pág. 105 ss.

(221) Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff...*, ob. cit., pág. 87; Idem, *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, 1925, pág. 102 ss.

(222) Sobre la norma fundamental de Kelsen como el punto basilar de una omnicomprensión del derecho, véase Stanley L. Paulson, *Die unterschiedliche Formulierungen der Grundnorm*, en: "Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit", editado por Aulis Aarnio (y otros), Berlín, 1993, pág. 53 ss.

(223) Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, ob. cit., pág. 106.

(224) Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, ob. cit., pág. 130; Idem, *Das Problem der Soveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 2ª edición, 1928, reimpression, 1981, pág. 122 ss.

(225) Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, ob. cit., pág. 124 ss; Idem, *Reine Rechtslehre*, ob. cit., pág. 323.

(226) Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, ob. cit., pág. 119 ss; Idem, *Reine Rechtslehre*, ob. cit., pág. 333.

(227) Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, ob. cit., pág. 126; Cfr. también Idem, *Reine Rechtslehre*, ob. cit., pág. 221 ss., 336 ss. Sobre esto Hebeisen, *Souveränität...*, ob. cit., pág. 274 ss.

(228) Kelsen, *Das Problem der Souveränität...*, ob. cit., pág. 317 ss.; Idem, *Reine Rechtslehre*, ob. cit., pág. 342. Sobre esto Hebeisen, *Souveränität...*, ob. cit., pág. 261.

(229) Kelsen, *Das Problem der Souveränität...*, ob. cit., pág. 204; Idem, *Reine Rechtslehre*, ob. cit., pág. 338.

(230) Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, ob. cit., pág. 116 ss., 163 ss., 194 ss.; Idem, *Reine Rechtslehre*, ob. cit., pág. 315 ss. Sobre esto Hebeisen, *Souveränität...*, ob. cit., pág. 278 ss.

(231) Hebeisen, *Souveränität...*, ob. cit., pág. 235.

(232) Sobre esta inconsecuencia en la Teoría Pura, cfr. mi contribución *Normativität und Positivität des Rechts*, en: "Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit", ob. cit., pág. 437 ss. (455 ss.).

(233) Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), en: Idem, "Staatsrechtliche

Abhandlungen", 3ª edición, Berlín, 1994, pág. 119, ss (136 ss.). Sobre el trasfondo, cfr. Klaus Rennert, Die «geisteswissenschaftliche Richtung» in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik, Berlín, 1987, pág. 158 ss., 214 ss.

(234) Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, pág. 195 ss.

(235) Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, pág. 171. Véase también Hebeisen, ob. cit., pág. 392.

(236) Kelsen, Der Staat als Integration, Viena, 1930, reimpresión Aalen, 1994, pág. 9 ss.

(237) Heller, Staatslehre (1934), editado por G. Niemeyer, en: Idem, "Gesammelte Schriften", t. 3, Leiden, 1971, pág. 77 ss. (130 ss.).

(238) Heller, Die Souveränität, ob. cit., pág. 38 ss.

(239) Heller, Die Souveränität, ob. cit., pág. 46.

(240) Heller, Die Souveränität, ob. cit., pág. 161.

(241) Ibidem, pág. 202.

(242) En un sentido distinto, Schneider, ob. cit., pág. . Véase también Wolfgang Schluchter, Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat. Hermann Heller und die staatsrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik, pág. Contrariamente Robbers, Heller, ob. cit., pág. 52, remite con razón al aspecto ético-social del concepto de soberanía de Heller. Véase, además, en conjunto, Hebeisen, Souveränität..., ob. cit., pág. 479.

(243) Heller, Die Souveränität, ob. cit., pág. 34.

(244) Heller, Die Souveränität, ob. cit., pág.

(245) Sobre la teoría de la soberanía de Altusio, véase más arriba, III, 1, b.

(246) Heller, Die Souveränität, ob. cit., pág. 65.

(247) Ibidem, pág.

(248) Carl Schmitt, Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, 5ª edición, reimpresión inalterada de la 2ª edición, Berlín, 1990, pág. 11.

(249) Schmitt, Verfassungslehre, 7ª edición inalterada, reimpresión de la 1ª edición de 1928, Berlín, 1989, pág. 21.

(250) Ibidem, pág. 3.

(251) Cfr. Mathias Kaufmann, Recht ohne Regel? Die philosophischen Prinzipien in Carl Schmitt Staats- und Rechtslehre, Friburgo de Br., 1988, pág. 19.

(252) Cfr. Schmitt, Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf, Berlín, 1921, 5ª edición, 1989; Politische Theologie, ob. cit., págs. 15 y 20. También Helmut Quaritsch, Souveränität im Ausnahmezustand. Zum Souveränitätsbegriff im Werk Carl Schmitts, en: "Der Staat", 35, 1996, pág. 1 y ss.

(253) Cfr. Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt, coordinador Helmut Quaritsch, Berlín, 1988 (Schiftenreihe der Hochschule Speyer, t. 102), así como Hasso Hofmann, Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts, 3ª edición, Berlín, 1995, Prólogo a la nueva edición, pág. XIII.

(254) Schmitt, Der Begriff des Politischen. Texto de 1932 con prólogo y tres corolarios, 3ª edición, Berlín, 1991. También Ernst-Wolfgang Böckenförde, Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk von Carl Schmitt, en: "Complexio Oppositorum", ob. cit., pág. 283 y sigs.

(255) Cfr. Hebeisen, Souveränität, ob. cit., pág. 374 y sigs.

(256) Schmitt, Legalität und Legitimität, Berlín, 1932, 4ª edición, 1988; también en: Idem, "Verfassungsrechtliche Aufsätze", 1958, pág. 263 y sigs. Véase Hofmann, Legitimität gegen Legalität, ob. cit., Prólogo, pág. XIII y sigs.

(257) Véase también arriba II.2.

(258) Cfr. sobre esto también Wyduckel, Princeps Legibus Solutus, ob. cit., con referencias a la discusión sobre la soberanía en la escolástica bajomedieval.

(259) Cfr. las explicaciones de Kelsen sobre Dios y el Estado.

(260) Cfr. sobre esto la explicación en la Politische Theologie II, de 1970. Véase también José María Beneyto, Politische Theologie als politische Theorie. Eine Untersuchung zur Rechtst- und Staatstheorie Carl Schmitts und zu ihrer Wirkungsgeschichte in Spanien, Berlín, 1983 (Schriften zur Rechtstheorie, Cuaderno 105).

(261) Cfr. Bernd Rüthers, Entartetes Recht. Rechtsdenken und Kronjuristen im Dritten Reich, 2ª edición, Munich, 1994; especialmente las págs. 79 y sigs. También mi recensión de la primera edición en: "Deutsches Verwaltungsblatt", 106 (1991), pág. 334. Véase también Hebeisen, Souveränität, ob.cit., pág. 377.

(262) Respecto a las reflexiones sobre el orden concreto, véase Schmitt, Über die drei Arten rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburgo, 1937, pág 11 y sigs. De forma crítica, con fundamento, Hebeisen, Souveränität, ob. cit., pág. 340 y ss.

(263) Schmitt, Staat als konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff (por vez primera en 1941), en: "Verfassungsrechtliche Aufsätze", ob. cit., pág. 375 y ss.

(264) Cfr. Schmitt, Der Nomos der Erde im Völkerrecht im Jus Publicum Europaeum, Colonia, 1950, págs. 97 y 184.

- (265) Véase sobre esto también Hebeisen, Souveränität, ob. cit., págs. 361 y 380.
- (266) Cfr. Werner Frotscher/Bodo Pieroth, Verfassungsgeschichte, Munich, 1997, pág. 261 ss., marg. 481 y ss.; Hans Boldt, Deutsche Vergassungsgeschichte, t. 2, Munich, 1990, pág. 230 ss.
- (267) Cfr. Horst Dreier, Der Ort der Souveränität, en: "Parlamentarische Souveränität und technische Entwicklung", coordinado por Jochen Hofmann, Berlín, 1986, pág. 11 ss (35).
- (268) Cfr. Rainer Wahl, Der Vorrang der Verfassung, en "Der Staat", 20 (1981), pág. 485 ss.
- (269) Cfr. Richard Thoma, Grundbegriffe und Grundsätze, en Gerhard Anschütz/R. Thoma, "Handbuch des Deutschen Staatsrechts", t. I, Tubinga, 1930, pág. 186 ss (194 ss.); también Wahl, ob. cit., pág. 491 ss.
- (270) Cfr. Thoma, Grundbegriffe, ob. cit., pág. 144; Gerhard Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, reimpression de la 14ª edición, Berlín, 1933, Aalen, 1987, art. 13, pág. 108, art. 70, pág. 370 ss., art. 109, pág. 528 ss. Sobre la discusión y el análisis jurídico, véase también Christoph Gusy, Richterliches Prüfungsrecht, Berlín, 1985, pág. 91 ss.
- (271) Cfr. Christoph Gusy, Weimar - die wehrlose Republik? Verfassungsschutzrecht und Verfassungsschutz in der Weimarer Republik, Berlín, 1985, pág. 91 ss.
- (272) Cfr. Gusy, Weimar, ob. cit., pág. 47 ss.
- (273) Cfr. Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, en: "Süddeutsche Juristen-Zeitung", 1946, pág. 105 ss., ahora en la recopilación de sus escritos, t. 3, 1990, pág. 83 ss.
- (274) Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, ob. cit., Introducción, pág. 5.
- (275) Cfr. Hans-Dieter Rath, Positivismus und Demokratie. Richard Thoma 1874-1957, Berlín, 1981, pág. 63 ss. (70), quien señala que desde la perspectiva de Thoma la tarea del científico del derecho sólo puede consistir en reflexionar sobre la vinculación fundamental de la voluntad del legislador a la decisión legislativa, para desarrollarla y aclararla jurídico-sistemáticamente, pero no en valorarla ni medirla con arreglo a parámetros materiales.
- (276) Schmitt, Der Hüter der Verfassung, 1931, pág. 137 ss., 158 ss.; en contrario, véase Kelsen, Wer soll Hüter der Verfassung sein?, en: "Die Justiz", 1930/31, pág. 576 ss. Véase también, del mismo autor, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, en: "Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer", (VVDSStRL), 5, 1929, pág. 30 ss. (53 ss.).
- (277) Cfr. también Werner Heun, Der staatsrechtliche Positivismus in der Weimarer

Republik, en: "Der Staat", 28, 1989, pág. 377 ss., así como Wyduckel, Ius Publicum, ob. cit., pág. 314 ss.

(278) Cfr. Recht, Verwaltung und Justiz im Nationalsozialismus, coordinado por Martin Hirsch, 2ª edición, Baden Baden, 1997, pág. 92 ss. Sobre las relaciones entre legalidad y revolución en la discusión jurídico-estatal contemporánea cfr. Jürgen Meinck, Weimarer Staatslehre und Nationalsozialismus, Francfort del M., 1978, pág. 164 ss. Sobre la posición de la doctrina jurídico-estatal, véase, por todos, Ernst-Wolfgang Böckenförde (coordinador), Staatsrecht und Staatsrechtslehre im Dritten Reich, Heidelberg, 1985.

(279) Cfr. Ernst-Rudolf Huber, Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 2ª edición, Hamburgo, 1939, pág. 230 ss, donde términos y definiciones conceptualmente significativos de la soberanía ya no fueron ni siquiera tratados.

(280) Sobre esto, Ernst-Rudolf Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, t. 6, Stuttgart, 1981, reimpresión de 1993, pág. 429 ss.

(281) Véanse los ejemplos de Francia y de los Estados Unidos.

(282) BVerfGE 2, 266 (277); 3, 288 (319 s.); 5, 85 (126).

(283) BGBl. 1955 II, pág. 305. Véase Reinhard Mußnug, Zustandekommen des Grundgesetzes und Entstehen der Bundesrepublik Deutschland, en: "Handbuch des Staatsrechts", t. I, ob. cit., § 6, pág. 253, marg. 95, quien, sin embargo, acepta erróneamente que ya entonces se había tratado del tránsito hacia la "plena soberanía".

(284) Cfr. Hasso Hoffmann, Die Entwicklung des Grundgesetzes nach 1949, en: "Handbuch des Staatsrechts", t. I, ob. cit., § 7, pág. 259 ss., (285, marg. 31).

(285) Así, Mußnug, Zustandekommen des Grundgesetzes und Entstehen der Bundesrepublik Deutschland, ob. cit., pág. 254, marg. 97.

(286) Cfr. art. 29 y art. 118.

(287) Cfr. Ulrich Scheuner, Das Amt des Bundespräsidenten als Aufgabe verfassungsrechtlicher Gestaltung, Tubinga, 1966. Werner Weber, Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, reimpresión de la 2ª edición de Stuttgart de 1958, Goldbach, 1995, pág. 33 ss. Klaus Stern, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, t. II, Munich, 1980, pág. 198.

(288) A través de la iniciativa legislativa popular, el plebiscito sobre la iniciativa legislativa y el referéndum. Cfr. la Constitución del Estado Libre de Baviera, art. 71 ss.; la Constitución de Renania del Norte-Westfalia, art. 68; la Constitución del Estado Libre de Sajonia, art. 70 ss.

(289) Cfr. Wahl, Der Vorrang der Verfassung, ob. cit., pág. 485 ss.; Eberhard Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, en: "Handbuch des Staatsrechts", t. I, ob. cit., § 24, pág. 1002, marg. 28.

(290) Cfr. Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 3ª edición, Munich, 1994,

pág. 7 ss., marg. 9, con argumentos adicionales.

(291) Cfr. Jürgen Becker, Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes, en: "Handbuch des Staatsrechts", t. VII, Heidelberg, 1992, § 167, pág. 309 ss. (pág. 317, marg. 16); Paul Kirchhof, Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten, en: "Handbuch des Staatsrechts", t. I, ob. cit., § 19, pág. 775 ss. (pág. 790, marg. 34).

(292) Cfr. Peter Häberle, Zur gegenwärtigen Diskussion um das Problem der Souveränität, en: "Archiv des öffentlichen Rechts", 92, 1967, pág. 259 ss. (279). Sobre la soberanía como normalidad, véase también Josef Isensee, Staat und Verfassung, en: "Handbuch des Staatsrechts", t. I, ob. cit., § 13, pág. 591 ss. (pág. 626, marg. 88).

(293) Conforme al libro de igual título de Fritz R. Allemann, Colonia, 1956.

(294) Cfr. Rudolf Bernhardt, Die deutsche Teilung und der Status Gesamtdeutschlands, en: "Handbuch des Staatsrechts", t. I, ob. cit., § 8, pág. 321 ss. (pág. 322, marg. 1).

(295) Cfr. Georg Ress, Grundlagen und Entwicklung der innerdeutschen Beziehungen, en: "Handbuch des Staatsrechts", t. I, ob. cit., § 11, pág. 449 ss.

(296) Tratado sobre las bases de las relaciones entre la República Federal de Alemania y la RDA de 21.12.1972 (BGBl. 1973 II, pág. 423 ss.).

(297) BVerfGE 36, 1 (17).

(298) Cfr. Ress, Grundlagen..., ob. cit., pág. 494, marg. 49.

(299) Sobre esto Horst Waßmann, Das Selbstbestimmungsrechts des Deutschen Volkes - Anspruch und Wirklichkeit, tesis doctoral, Münster, 1998, pág. 45 ss.

(300) Cfr. Georg Teysen, Deutschlandstheorien auf der Grundlage der Ostvertragspolitik, Francfort del M., 1987.

(301) BVerfGE 36, 1 (16).

(302) BVerfGE 77 (1987), pág. 137 (155). Sobre ello, Wilfried Fiedler, Die staats- und völkerrechtliche Stellung der Bundesrepublik Deutschland, en: "Juristenzeitung", 43, 1988, pág. 132 ss. (148).

(303) Cfr. Ress, Grundlagen..., ob. cit., pág. 493 ss. Rn. 49, con argumentos adicionales.

(304) Cfr. Rudolf Rumpf, Land ohne Souveränität. Kritische Betrachtungen zur Deutschlandpolitik von Adenauer bis Brandt, 2ª edición, Karlsruhe, 1973.

(305) Cfr. Jens Hacker, Der Rechtsstatus Deutschlands aus der Sicht der DDR, Colonia, 1974, pág. 133 ss., 228 ss.

(306) GBl. I 1955, pág. 917. Más allá de él, se tomo como referencia la previa declaración de la Unión Soviética de 25.03.1954, conforme a cuyo texto se la habilitaba para decidir, según su propia apreciación, tanto sobre sus cuestiones internas como

internacionales. Cfr. Staatsrecht der DDR, Berlín, 1978, pág. 75.

(307) Staatsrecht der DDR, ob. cit., pág. 74. Cfr. sobre la teoría de la soberanía, Jens Hacker, Der Rechtsstaatus Deutschlands..., ob. cit., pág. 252 ss., con argumentos adicionales.

(308) Constitución del 7 de octubre de 1974 (GBl. I, pág. 432). Sobre ello, Staatsrecht der DDR, ob. cit., pág. 86 ss. Desde la óptica occidental, véase Georg Brunner, Das Staatsrecht der Deutschen Demokratischen Republik, en: "Handbuch des Staatsrechts", t. I, ob. cit., § 10, pág. 385 ss. (pág. 413 ss., marg. 45).

(309) Staatsrecht der DDR, ob. cit., pág. 74 ss.

(310) Staatsrecht der DDR, ob. cit., pág. 76.

(311) Por el contrario, se apelaba a la teoría marxiste-leninista del Estado y del Derecho y a la teoría soviética del Estado. Cfr. Staatsrecht der DDR, ob. cit., pág. 74.

(312) Tratado sobre la regulación final en relación con Alemania de 12 de septiembre de 1990 (BGBl., 1991 II, pág. 587). Sobre ello, Christoph-Matthias Brand, Souveränität für Deutschland. Grundlagen, Entstehungsgeschichte und Bedeutung des Zwei-plus-Vier-Vertrages von 12. September 1990, Colonia, 1993, en especial pág. 247 ss.

(313) Cfr. Heinrich August Winkler, Weimar-Bonn-Berlin. Trois républiques allemandes, Sigmaringen, 1996.

(314) Cfr. Christian Tomutschat, Die staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit, en: "Handbuch des Staatsrechts", t. 7, ob. cit., § 172, pág. 483 ss. (pág. 484, marg. 2).

(315) Tomutschat, Die staatsrechtliche Entscheidung..., ob. cit., pág. 508, marg. 41 ss. Sobre la quiebra del "panzer de la soberanía", véase Albert Bleckmann, Allgemeine Staats- und Völkerrechtslehre, Colonia, 1995, pág. 253; Idem, Nationales und europäisches Souveränitätsverständnis, en: "Souveränitätsverständnis in den europäischen Gemeinschaften", coordinado por Georg Ress, Baden-Baden, 1980, pág. 33 ss. (37), así como Das Souveränitätsprinzip im Völkerrecht, en: "Archiv des Völkerrechts", 23, 1985, pág. 451 ss. (460).

(316) BVerfGE, 89 (1989), pág. 155 ss.

(317) Sobre el estado de la polémica, cfr. Christian Tomutschat, Das Endziel der europäischen Integration. Maastricht ad infinitum?, en: "Deutsches Verwaltungsblatt", 111, 1996, pág. 1073 ss. (1078), con argumentos adicionales.

(318) Cfr. Tomutschat, Das Endziel der europäischen Integration..., ob. cit., pág. 1082.

(319) Cfr. Karl Doehring, Allgemeine Staatslehre, Heidelberg, 1991, pág. 110, marg. 258; Thomas Fleiner-Gerster, Allgemeine Staatslehre, 2ª edición, Berlín, 1995, pág. 122; Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre, 2ª edición, Stuttgart, 1966, pág. 851 ss.

- (320) Cfr. Martin Kriele, Einführung in die Staatslehre, 5ª edición, Opladen, 1994, pág. 121 ss.
- (321) Cfr. Reinhold Zippelius, Allgemeine Staatslehre, 12ª edición, Munich, 1994, § 9 III 2, pág. 59.
- (322) Cfr. Ranzelzhofer, Staatsgewalt und Souveränität, ob. cit., § 15, pág. 700, marg. 24.
- (323) Cfr. Knut Ipsen/Volker Epping, Völkerrecht, 3ª edición, Munich, 1990, § 2, pág. 36, marg. 67.
- (324) Cfr. Olivier Beaud, Föderalismus und Souveränität, en: "Der Staat", 35, 1996, pág. 45 ss.
- (325) Como, por ejemplo, la propuesta para Suiza. Cfr. Fleiner-Gerster, Allgemeine Statslehre, ob. cit., pág. 183 ss (190).
- (326) Cfr. Kimminich, Der Bundesstaat, ob. cit., § 26, pág. 1124 ss, marg. 20 ss.
- (327) Especialmente por parte de Altusio, que había desarrollado su concepto de soberanía en confrontación con Bodino. Véase, más arriba, III. 1 b.
- (328) Cfr. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die verfassunggebende Gewalt des Volkes. Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts, en: "Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht", Francfort del. M., 1991, pág. 90 ss.
- (329) Cfr. Ludger Kühnhardt, Stufen der Souveränität. Staatsverständnis und Selbstimmung in der "Dritten Welt", Bonn, 1992.
- (330) Cfr. Otwin Massing, Souveränität -ein unverzichtbarer Anachronismus?, en: "Abschied vom Staat Rückkehr zum Staat?", coordinado por Rüdiger Voigt, Baden-Baden, 1993, pág. 51 ss.
- (331) Cfr. más arriba, V. 3.
- (332) Cfr. Ipsen/Epping, Völkerrecht, ob. cit., 21 2, pág. 36, marg. 66.
- (333) Resulta cuando menos dudoso que se pueda presuponer en esta cuestión "un andamiaje incontrovertido" como hace Werner von Simson en Die Souveränität im rechtlichen Verständnis der Gegenwart, Berlín, 1965, pág. 264.
- (334) A propósito de una intervención problemática cfr. Knut Ipsen/Horst Fischer, Völkerrecht, ob. cit., § 57, pág. 72 ss.; Ranzelzhofer, Staatsgewalt und Souveränität, ob. cit., § 15, pág. 703, marg. 32.
- (335) Una categoría limítrofe no se entiende aquí en el sentido schmittiano como concepto limítrofe en referencia al estado de excepción (Politische Theologie, ob. cit., pag.11), sino, más aún un concepto delimitador general.

(336) Cfr. Kriele, Einführung in die Staatslehre, ob. cit., pág 19, quien ubica la cuestión de la legitimidad "en el seno" de la cuestión de la soberanía.

(337) Peter Saladin, Wozu noch Staaten. Zu den Funktionen eines modernen demokratischen Rechtsstaats in einer zunehmend überstaatlichen Welt, Berna, 1995, pág. 28 ss. (32), habla, por estas razones, de una "pérdida de soberanía de los Estados".

(338) Cfr. Kühnhardt, Stufen der Souveränität, ob. cit., pág. 330 ss. (338); Peter Pernthaler, Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, 2ª edición, Viena, 1996, pág. 14 ss.

(339) BVerfGE 89 (1989), pág. 155 ss. Véase, críticamente, J. H. H. Weiler, The State "über alles", Demos, Telos and the German Maastricht Decision, en: "Festschrift für Ulrich Everling", coordinado por Ole Due, Baden-Baden, 1995, t. 2, pág. 1651 ss.; favorable en su valoración, Neil MacCormick, The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now, en: "Law, Life and the Images Of Man. Modes of Thought in Modern Legal Theory. Festschrift for Jan Broekman", coordinado por Frank Fleerackers, Berlín, 1996, pág. 447 ss, así como ponderando las ventajas e inconvenientes, Tomuschat, Das Endziel der europäischen Integration, ob. cit, pág. 1073 ss.

(340) Cfr. sobre esto Stephan Hobe, Der offene Verfassungstaat zwischen Souveränität und Interdependenz. Eine Studie zur Wandlung des Staatsbegriffs der deutschsprachigen Staatslehre im Kontext internationaler institutionalisierter Kooperation, Berlín, 1998.

(341) Cfr. las contribuciones sobre este tema de la reunión de profesores de Derecho Público de Dresde: Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, de Matthias Schmitd-Preuß y Udo di Fabio, VVDStRL, 56, 1997, pág. 160 ss, pág. 235 ss.

(342) Tomuschat, Das Endziel der europäischen Integration, ob. cit., pág. 1078.