

KELSEN Y LAS INTERPRETACIONES DE LA SOBERANÍA (*)

VITTORIO FROSINI

SUMARIO: I. LA CRISIS HISTÓRICA DE LA IDEA DE SOBERANÍA.—II. DOS CONCEPCIONES DE LA SOBERANÍA: KELSEN Y SCHMITT.—III. LINDSAY: LA SOBERANÍA DE LA CONSTITUCIÓN.—IV. TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA SOBERANÍA POPULAR.—V. MITO Y REALIDAD DEL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL.

I. LA CRISIS HISTÓRICA DE LA IDEA DE SOBERANÍA

De forma preliminar a estas consideraciones dedicadas a la comparación entre la teoría del Derecho y de la soberanía en el pensamiento de Hans Kelsen, y al significado asumido por la idea de soberanía en nuestros tiempos, es necesario hacer una precisión. Kelsen afirma, en un determinado lugar de su obra sobre *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, que «concebir una soberanía de Derecho internacional junto a una de Derecho estatal es, en cualquier caso, erróneo, ya que si no se trata de resaltar las diferentes consecuencias de una misma y única característica del Estado, sino de constatar dos *características* diferentes del Estado, es evidentemente inadmisibile usar el mismo nombre de soberanía» (1). Y lo afirma a pesar de reconocer que «habitualmente» la característica de la existencia «suprema» designada con el término «soberanía» se entiende en dos sentidos distintos: en sentido interno y en sentido externo, pero la característica, conforme a Kelsen, debería ser, en todo momento, la misma. Este es un aspecto central de su teoría.

(*) Traducción castellana realizada por ANTONIO RUIZ DE LA CUESTA y CARLOS ALARCÓN CABRERA.

(1) H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, ed. a cargo de A. Carrino, Giuffrè, Milán, 1989, p. 58.

Realmente, la propia división tipográfica de la obra citada en dos partes, la primera dedicada a la teoría del Estado y la segunda a la teoría del ordenamiento internacional, confirma, en principio, que la idea de soberanía puede abrir el camino, si no al reconocimiento de dos caracteres diferentes, sí al menos a dos campos diferentes de investigación; y que puede referirse por ello a dos funciones distintas de la misma estructura, a los dos momentos o a los dos polos opuestos de una pugna dialéctica.

Por lo demás, en la experiencia jurídica recorrida durante el período de tiempo que comprende la producción de la obra, iniciada justo después de la publicación de los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* en 1911, y publicada en 1920, no faltan ciertamente los ejemplos de distanciamiento y hasta de contradicción entre las dos nociones de soberanía, la interna, que se refiere a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, y la externa, que se refiere a las relaciones entre el Estado y los otros Estados. En el marco histórico que presidió el proceso de elaboración de la doctrina kelseniana aconteció el derrumbamiento y la descomposición de tres imperios seculares: cada uno de ellos parecía fundarse y sustentarse en un principio de soberanía carismático, porque estaba ligado a una arraigada y extendida tradición religiosa a través de un vínculo indisoluble. En concreto, el mismo imperio de los Habsburgo, cuya legitimación se remontaba al Sacro Imperio Romano medieval, fue elogiado por Kelsen en su primera obra, *La dottrina dello Stato di Dante Alighieri*, aparecida en 1905, que representó una de las primeras y más significativas contribuciones a lo que ha sido llamado «el mito de los Habsburgo en la literatura alemana» (2). Con los restos de los últimos Habsburgo, la idea de Imperio también fue en declive hasta esa «cripta de los Capuchinos» que inspiraría al cantor épico de aquel mundo desaparecido, Joseph Roth; y el antiguo ordenamiento superior y supranacional se hizo añicos, adquiriendo cada uno de ellos vida propia.

Por las calles de Viena, antes del inicio de la guerra, momento en el que Kelsen fue reclutado y debió interrumpir su trabajo, seguramente hubiera encontrado a un prófugo georgiano, destinado a llegar a ser famoso en todo el mundo con el nombre de Josif Stalin, que elaboraba en su mente la doctrina socialista de la autonomía de las nacionalidades (3) y que con su actuación

(2) C. MAGRIS, *Il mito absburgico nella letteratura austriaca moderna*, Einaudi, Turín, 1976 (3.ª ed., 1982). Sobre los inicios de Kelsen, véase F. RICCOBONO, *Interpretazioni kelseniane*, Giuffrè, Milán, 1989, pp. 1-32.

(3) A. AGNELLI, *Questione nazionale e socialismo*, Il Mulino, Bolonia, 1969; J. STALIN, *Il marxismo e la questione nazionale e coloniale*, ed. a cargo de C. Straneo Caracciolo, Einaudi, Turín, 1974.

práctica se disponía a acabar con el imperio zarista mediante una revolución que desmoronaría, también en Rusia, la teoría del Derecho y de la soberanía.

Es más, con la consolidación de la supremacía católica y ortodoxa, entraba en crisis la hegemonía islámica, que había mantenido unido al imperio otomano; y se hacía patente en Oriente Medio la crisis del colonialismo europeo, en parte por la contribución de un arqueólogo oxoniense disfrazado de beduino, T. E. Lawrence; y se iniciaban nuevos conflictos de soberanía, como el que todavía continúa en Palestina, donde se creó el primer Estado hebreo y donde aún merodea el espectro del Estado palestino invocando soberanía.

Quien lea el libro de Kelsen, escrito al contraluz del resplandor que provocan esos sucesos, tendrá la impresión de que es el resultado de sensaciones psicológicas, e incluso de una inhibición retroactiva que en la mente genial de su autor ha asumido la forma sublimada de una teoría de la soberanía, la cual «no es ni puede ser un hecho perceptible en el mundo exterior de los hechos sociales», y por ello llega a ser «sólo una hipótesis del observador, un presupuesto a considerar y a valorar» (*op. cit.*, p. 25), más que una hipótesis lógico-jurídica de la soberanía. Es cierto que Kelsen, precisamente tras escribir las frases citadas, advierte que puede haber razones psicológicas (por ejemplo, económicas, religiosas, políticas, pero siempre influyentes desde un punto de vista *sociopsicológico*) que le hayan conducido a su nueva idea de la soberanía, pero son, en palabras suyas, irrelevantes, «del mismo modo que carece de sentido, en relación con la corrección del teorema de Pitágoras, el proceso de pensamiento del que resultó dicho teorema». Sobre este punto, sin embargo, cabe expresar importantes reservas; pues entre el teorema de geometría de Pitágoras y la teoría de la soberanía, y teniendo en cuenta que Kelsen solía coquetear con la geometría para sus demostraciones, siguiendo el ejemplo de Spinoza, existe la misma diferencia que entre el ser y el deber ser, como él mismo nos ha enseñado a considerar; y en este caso se trata de una hipótesis jurídico-política, enunciada en un sentido teórico.

En esta ocasión, nosotros queremos «de cualquier modo» realizar la insensatez (admitiendo que sea tal) de tratar el problema de la soberanía en la dimensión interna del Estado y dejar a otros la tarea de investigar adecuadamente el problema en su dimensión externa o internacional; pues estimamos que el análisis de la noción de soberanía interna conduce a un resultado que no coincide con el que se desprende de la noción de soberanía internacional, a pesar de que las dos son correlativas entre sí.

II. DOS CONCEPCIONES DE LA SOBERANÍA: KELSEN Y SCHMITT

En los mismos años, y casi en los mismos meses en los que Kelsen ponía a punto el manuscrito de *El problema de la soberanía* para su publicación, componiendo un epicedio y, por tanto, un poema fúnebre (aunque fuera en prosa) de la idea de soberanía como principal atributo del poder del Estado, idea que había caracterizado la teoría política y jurídica del siglo XIX, otro escritor preparaba para su impresión un libro que representaba la antítesis de aquél. El libro de Carl Schmitt, acabado en 1920 y publicado el año siguiente, se titulaba: *La dictadura. De los orígenes de la idea moderna de soberanía a la lucha de clases proletaria*. Este libro constituía, en su esencia ideológica después desvelada, una profecía de los nuevos tiempos: se había abierto, con la revolución soviética y con la presencia de un nuevo sujeto político de la soberanía, el partido político, el período de los Estados totalitarios. Estos se apoyaban en el hecho de la soberanía como poder absoluto, cuyas últimas consecuencias serían los tribunales especiales, los campos de concentración y las guerras para la creación de colonias o de «protectorados». El problema técnico correspondiente a esta situación en la teoría del Derecho y del Estado residía, según Schmitt, en su visión profética, en la oposición entre Derecho y actuación del Derecho; y su solución consistía en la dictadura, puesto que la dictadura constituía «el concepto crítico de actuación del derecho» (4).

La polémica respuesta de Schmitt a la teoría de Kelsen, que explícitamente mencionó y combatió, surgió poco después de la publicación de *El problema de la soberanía*, y se plasmó en el ensayo sobre la *Teología política. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía*, aparecido en marzo de 1922. Sin embargo, la concepción expuesta y razonada en términos históricos y teóricos en *La dictadura*, aparece ya en una posición más cercana a la de Kelsen, aceptando, incluso implícitamente, el carácter ideológico del desarrollo kelseniano.

En su prefacio a la edición italiana del libro de Kelsen (publicado también de forma independiente con el significativo título de *El ocaso de la soberanía*), Carrino ha puesto acertadamente de relieve «el concepto kelseniano de Estado como expresión de la fundamental función intelectual produc-

(4) C. SCHMITT, *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, trad. italiana de B. Liverani, Laterza, Roma-Bari, 1975, pp. 204 y 213.

tora del objeto» (p. xxii); es decir, como una proyección de la exigencia sistemática y de la mentalidad argumentativa del jurista; e incluso —se podría llegar a decir— como un producto de su imaginación, casi como una utopía de la razón jurídica. En efecto, el Estado, según Kelsen, no es una forma concreta de la experiencia humana como modo de vida en comunidad, sino una fórmula, y casi una metáfora, del discurso jurídico para designar al ordenamiento como conjunto de normas, como orden racional, como red de relaciones formales, que continuamente es tejida y retejida porque continuamente se desgarran. Es más, para Kelsen lo que cuenta es, sobre todo, el desgarrar y el remiendo es decir, la norma primaria como sanción. Se podría decir que su implícito modelo legislativo es todavía la Ley de Moisés, con su catálogo de prohibiciones: no reconocer otro dios distinto del mío, no hablar, no hacer, no desear siquiera; y es esa misma ley, tal como advirtiera Pablo de Tarso, la que crea el pecado, y con él la sanción. Nosotros estimamos, en cambio, que el mensaje legislativo contiene las pautas de actuación, que la ley es un modelo de estructura del comportamiento social, y, como tal, el símbolo verbal de una forma concreta de la experiencia.

Ciertamente, el problema de Kelsen, en la evolución de su pensamiento durante el período de producción de esta obra, consistía en identificar, definir y articular una lógica, una racionalidad de las normas; pero puesto que las normas, en la realidad de la vida, no se pueden reducir a un orden racional (como habían tratado ya de hacer los iusnaturalistas), Kelsen cambió de enfoque y pasó del plano ontológico-normativo al plano de las proposiciones normativas enunciadas por el jurista mediante un discurso racional que él puede construir y del que puede servirse. De esta forma, el ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento hipotético, consistente en una cadena de hipótesis ligadas entre sí, agrupadas en el vértice de un único eslabón del que cuelgan todas a la vez.

También la soberanía, como señala Carrino, «es, pues, para Kelsen la hipótesis, la idea originaria del pensamiento, de una ciencia jurídica orientada hacia el conocimiento de lo normativamente relevante, en una perspectiva intemporal ajena a la historia» (p. xvi). Por lo tanto, la soberanía del Estado (o de la comunidad de Estados) aparece como idéntica a la positividad del Derecho, positividad que es distinta de la facticidad, esto es, de lo que Schmitt llama *Rechtsverwirklichung*, y que es para él la realidad del Derecho. El Derecho, el ordenamiento jurídico, el Estado, la soberanía pertenecen, pues, para Kelsen, al orden del conocimiento, justamente en cuanto que son objetos e instrumentos del saber cognoscitivo del jurista.

Aceptando estas premisas, y, por ello, también las consecuencias que de las mismas se derivan, las normas jurídicas y las sentencias judiciales po-

drían estar totalmente privadas de contenido, en el sentido de no tener ninguna relación con la realidad; y, de hecho, las normas contra la brujería y los procesos contra las brujas no tenían ninguna correspondencia con la realidad fáctica (por ejemplo, la unión carnal con el demonio), pero poseían una racionalidad jurídica construida por el jurista. Juan Bodino, el primer gran teórico moderno de la soberanía, era (sin escrúpulos de conciencia) inquisidor en los procesos por brujería, en los cuales ponía en aplicación, sobre los cuerpos de los encausados sometidos a tortura, el propio principio de la soberanía como poder del Estado.

No me consta que Schmitt escribiera nada a propósito de los procesos contra la brujería, y en cualquier caso es de suponer en base a sus criterios metodológicos que los hubiera justificado, como hizo con el discurso de Hitler de 13 de julio de 1934, en su comentario *Der Führer schützt das Recht*, apología de la jurisdicción como decisión concreta, como ejercicio de la soberanía basada en la contraposición entre amigo y enemigo. La soberanía es una hipótesis legislativa, una abstracción de los juristas, una formulación ideológica para Kelsen; por el contrario, es una «situación de hecho», una aplicación del Derecho, para Schmitt.

III. LINDSAY: LA SOBERANIA DE LA CONSTITUCION

Las teorías de la soberanía de Kelsen y Schmitt tienen, no obstante, un antecedente común: la expuesta por el primer teórico del Estado moderno, Thomas Hobbes, analizada desde dos perspectivas diferentes: la del formalismo jurídico y la del imperativismo de la ley (5). Una nueva teoría de la soberanía, que supera la antinomia entre las dos concepciones expuestas, y que permite retomar la cuestión en el marco de la experiencia jurídica de esta segunda mitad del siglo, fue formulada algunos años después, en 1924, por un agudo crítico de Hobbes, por un pensador también perteneciente a la cultura política inglesa: Alexander D. Lindsay, después Lord Lindsay of Birker.

En su ensayo titulado *Sovereignty*, Lindsay destacaba que la definición dada por Hobbes y recogida por Austin (a la que posteriormente se referirá Kelsen), según la cual el Derecho se basa en el principio de soberanía, pero la soberanía se apoya en la obediencia, era *a circular definition*, esto es, una definición construida a partir de un círculo vicioso: no hay soberanía sin

(5) Sobre las interpretaciones de Hobbes, véase la reseña crítica de G. SORGI, *Quelle Hobbes?*, F. Angeli, Milán, 1989.

obediencia, y donde hay obediencia, hay soberanía. Esta definición constituía un intento de legitimación ideal de la posición histórica de las monarquías, que no podía seguir reconociéndose al amparo de un Estado de Derecho en el que rigen principios constitucionales que determinan quién es el soberano y a los cuales se debe exclusivamente obediencia jurídica. No se aceptaba la máxima *rex facit legem*, pero sí el principio *lex facit regem*.

La historia de la experiencia política de Occidente, que atraviesa dramáticos conflictos suscitados por el problema práctico de la soberanía, desemboca en la teoría del Estado democrático moderno, basado en la soberanía de la Constitución, la *fundamental law*, en palabras de Lindsay, que es «un mecanismo o método pactado para dirimir controversias y tomar decisiones importantes; un método que incluye en sí mismo los instrumentos para su corrección y mejora» (6). Como Lindsay afirma en las páginas que dedica a esta cuestión en su libro *The modern democratic State*, escrito en medio de la tempestad de hierro y fuego que afectaba a Inglaterra y publicado en 1943, «si el soberano es aquel cuya autoridad reconocida hace posible el gobierno de la nación y el derecho respaldado por la fuerza, entonces *the constitution is the sovereign*, puesto que «la Constitución contiene y mantiene (*retains*) la unidad, la indivisibilidad y la supremacía que, conforme a la doctrina, constituyen la esencia de la soberanía» (7).

Volveremos pronto a esta concepción de la soberanía constitucional, entendida no como título cambiario de un documento cartáceo, sino, tal como señaló claramente Lindsay, como atribución de poderes y determinación de valores, que diferencia a la soberanía en la democracia moderna de otras formas de ordenamientos políticos y jurídicos. Aquí importa subrayar que la noción de la Constitución como ley fundamental o ley de leyes, que determina el principio de legitimidad y de soberanía, ha sido recogida e incluso hecha propia por Hans Kelsen, en una decisiva (y en cierto modo sorprendente) toma de posición durante los últimos años de su vida intelectual, enormemente productiva hasta el final.

Cuarenta años después de la conferencia dada por Lindsay ante la «Aristotelian Society» de Londres, esto es, en 1964, Kelsen es invitado a participar con una ponencia en el Segundo Congreso de Juristas Austríacos en Viena, ponencia que presenta con el título *Die Funktion der Verfassung*, aunque

(6) A. D. LINDSAY, *Sovereignty*, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, N. S., vol. XXIV (1924), p. 226. Sobre el pensamiento de Lindsay, véase V. FROSINI, *La ragione dello Stato*, Giuffrè, Milán, 1963 (2.ª ed., 1976), pp. 59-64.

(7) A. D. LINDSAY, *The modern democratic State*, Oxford University Press, 1943 (3.ª ed., 1945), p. 224; véase la nota a pie de página en V. FROSINI, *Costituzione e società civile*, Edizioni di Comunità, Milán, 1975 (2.ª ed., 1977), pp. 117-118.

por motivos de salud no puede leerla en persona (8). Se trata de un ensayo de excepcional interés, puesto que en él Kelsen, con ochenta y tres años ya, vuelve a reflexionar sobre el tema más significativo y controvertido de su teoría pura del Derecho, el tema de la *Grundnorm*.

En su libro sobre *Il problema della sovranità* Kelsen había afirmado que «este presupuesto jurídico, este punto de partida, que yo llamo constitución en sentido lógico-jurídico —puesto que determina los órganos ‘supremos’ del Estado, las fuentes jurídicas supremas—, desarrolla plenamente la función de una *hipótesis fundamental*... La norma originaria hipotética es sólo una suprema *regla de producción*» (p. 141, n. 8). Y debe ser bien apreciado por los estudiosos que esta idea de «norma originaria hipotética» ha sido rechazada por los críticos de la teoría kelseniana, al calificarla como hipótesis metajurídica, como pura metafísica, en cualquier caso inconsistente y paradójica, porque basa el ordenamiento jurídico positivo en un presupuesto abstracto, casi en una idea platónica de la norma. Pero en su ensayo de 1964 Kelsen aclaró e incluso modificó su planteamiento en estos términos: «Quien quiera entender la esencia de la norma fundamental debe, ante todo, tomar conciencia del hecho de que ésta se refiere ‘directamente’ (*unmittelbar*) a una constitución determinada, que ha tomado la forma de ‘ley concreta’ (*tatsächlich gesetzte*) a través de la costumbre o del estatuto legal.» Y todavía más: «La norma fundamental no es, por consiguiente, el producto de una libre creación. Debe tener en cuenta determinados hechos que existen en la realidad natural y remitirse a los ‘hechos’ (*Tatbestände*) que crean y aplican las normas conforme a la constitución.» Kelsen, con osada incoherencia, incluso llega a corregirse a sí mismo cuando escribe que «se debe entonces tener en mente que la norma fundamental, en el sentido de la filosofía ‘como si’ de Vaihinger, no es una hipótesis —como yo mismo la he concebido ocasionalmente—, sino, por el contrario, una ficción, que es distinta de una hipótesis, por cuanto que la ficción está o debe estar acompañada de la conciencia, que no se ajusta a la realidad» (9).

Como bien ha puesto de relieve Carrino en la presentación del libro de Kelsen al lector italiano, debemos, pues, entender la teoría de Kelsen como «la construcción de un modelo teórico de ordenamiento jurídico con importantes valencias ideológicas y éticas», como una interpretación del Derecho hecha por un jurista, una reconstrucción teórica de las normas jurídicas.

(8) H. KELSEN, *Die Funktion der Verfassung*, en «Forum», XI (1964), cuaderno 132, pp. 583-586.

(9) De todo el amplio debate suscitado por Kelsen no se puede dar cuenta. Me limito a citar por último a K. OPALEK, *Theorie der Direktiven und der Normen*, Springer-Verlag, Viena-Nueva York, 1986, con una rica *Literaturverzeichnis*.

IV. TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA SOBERANÍA POPULAR

La Constitución, en cuanto norma o ley fundamental del ordenamiento jurídico, es también la depositaria de la idea de soberanía. Así, en el texto del artículo 1.º de la Constitución italiana, que podríamos considerar como ejemplar entre las constituciones democráticas vigentes, se señala que «la soberanía pertenece al pueblo, que la ejerce en las formas y con los límites de la Constitución». Esta no es una fórmula nueva, ya que deriva de la experiencia política y de la cultura jurídica que Europa conoció en el tránsito del siglo XVIII al XIX. Ha sido magistralmente ilustrada y defendida por Benjamin Constant en el primer capítulo de sus *Principes de Politique*, un libro pensado y escrito en el breve plazo de un mes durante los borrascosos Cien Días, que vieron retomar el poder a Napoleón Bonaparte, y en coincidencia con el hecho de que el genial escritor fuera reclamado para redactar la nueva constitución, el *Acte additionel*, apodada *la Benjamine*. Es el libro que abre la historia del pensamiento jurídico liberal que abarca hasta un siglo después, y en el que se determina desde un primer momento el significado de una constitución basada en la libertad y donde en polémica con Hobbes se afirma que «la soberanía del pueblo no es ilimitada; está circunscrita por los límites que le vienen impuestos por la justicia y por los derechos individuales» (10). Es una perfecta definición que se adapta a la Constitución italiana y, en general, a toda constitución que se declare democrática en el sentido de ser respetuosa con la voluntad popular libremente expresada mediante sufragio universal; y justamente a esos límites de la soberanía en los ordenamientos democráticos se refieren las atentas reflexiones que le dedicó Marcello Capurso (11). El problema que aquí se plantea es, sin embargo, el de la relación entre pueblo y constitución, y, en concreto, a cuál de ambas nociones se refiere la soberanía en esta endiádis terminológica, de cuál hace uso el texto constitucional.

Hay que precisar inmediatamente que existen diferencias entre las atribuciones del pueblo y las de la Constitución; al primero se le confiere la titularidad del poder soberano, y a la segunda, en cambio, su ejercicio concreto, distinción de carácter decisivo para la configuración jurídica de un poder, en la cual no me detendré al haber tenido ya ocasión de tratarla en otro lugar. Bastará con recalcar que la posibilidad de separar netamente el titular

(10) B. CONSTANT, *Principes de Politique*, en *Oeuvres*, Bibliothèque de la Pléiade, París, 1957, pp. 1103-1112.

(11) M. CAPURSO, *I limiti della sovranità negli ordinamenti democratici*, Giuffrè, Milán, 1967.

de un derecho o poder de aquel que ostenta su ejercicio representa un nudo gordiano esencial en la experiencia jurídica, ya sea privada (piénsese en las instituciones del mandato, de la tutela, de la representación), ya sea pública; y si bien en el texto mencionado el ejercicio también viene atribuido al pueblo, se produce, no obstante, una alteración o conversión de la soberanía como *status* subjetivo (el pueblo soberano) en soberanía como *modus operandi* en ciertas formas y dentro de ciertos límites, a través de los cuales la soberanía se define y circunscribe.

Según un gran constitucionalista, que fue también uno de los «padres constituyentes» de la Constitución italiana, Costantino Mortati, «la Constitución es la fuente jurídica de la potestad soberana atribuida al sujeto 'pueblo', quien la recupera en base a una condición de mera facticidad»; se debe observar que Mortati reconoce remontarse al Kelsen del *Problema della sovranità*, al que, sin embargo, objeta que «reconocer que la Constitución es la fuente positiva de la atribución de supremacía a uno u otro sujeto no significa que pueda convertirse en titular de la soberanía. Opiniones en este sentido, tras la apariencia de despersonalización del poder, en realidad eluden el problema de la pertenencia de la supremacía a una u otra fuerza política» (12).

Y, sin embargo, el propio Mortati, como sutilmente se ha observado, al igual que Kelsen, también modificó de modo importante su pensamiento en uno de sus últimos escritos, en el que «la política de partido (esto es, de las fuerzas políticas) cae de su pedestal como función suprema y es sustituida por la función de garantía atribuida al Tribunal Constitucional», con lo que se verifica su descubrimiento de la «soberanía de la Constitución» en lugar de la «soberanía de los partidos» (13).

Volvamos, no obstante, al análisis del texto constitucional ya citado, para realizar sobre él una labor hermenéutica que revele su significado. La pertenencia al pueblo del poder soberano serviría, siempre según Mortati, «para hacer resaltar el carácter originario del poder mismo, en cuanto intrínsecamente inherente a su titular (esto es, el pueblo) como parte de su esencia». El propio Mortati y los otros grandes intérpretes de la Constitución italiana

(12) C. MORTATI, *Commento all'art. 1 Cost.*, en *Commentario della Costituzione*, ed. a cargo de G. Branca, Zanichelli-Foro Italiano, Bolonia-Roma, 1975, p. 22, n. 2.

(13) La observación es de G. ZAGREBELSKY, *Il metodo di Mortati*, en C. Mortati, *costituzionalista calabrese*, ed. a cargo de F. Lanchester, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1989, p. 83; se refiere a los *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, recogidos en C. MORTATI, *Raccolta di scritti*, vol. III, Giuffrè, Milán, 1972, pp. 923-983; y véase, especialmente, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 9.ª ed., Cedam, Padua, 1975, p. 153.

no se han detenido, sin embargo, a considerar el sentido concreto atribuido al término «formas», en las cuales se efectúa el ejercicio de la soberanía. A diferencia de cuanto sucede con el primer apartado del artículo 1.º, «Italia es una República democrática fundada en el trabajo», que a tantas apasionadas discusiones dio lugar en la Asamblea constituyente, la formulación del segundo apartado: «la soberanía pertenece al pueblo, que la ejerce en las formas y con los límites de la Constitución», fue propuesta conjuntamente y aprobada sin ninguna oposición. No obstante, hay que precisar que el término «forma» puede ser entendido en dos sentidos distintos, según se oponga al término «contenido» (sin el cual la forma estaría vacía) o al término «materia» (de la que la forma es una especificación, puesto que sin ella la materia sería informe).

El primero de los dos sentidos indicados es, de ordinario, tácitamente acogido y usado; está en relación con el formalismo jurídico de Kelsen, según el cual la norma es una forma por rellenar. En la expresión de la que se ha valido el legislador en el texto constitucional, la «forma» debería, en cambio, entenderse en el segundo sentido, en referencia a una materia (la soberanía) que toma forma, adquiere su figura y llega a ser comprensible y comunicativa, en cuanto que pasa a ser operativa en las instituciones en las cuales se articula la Constitución. Se podría así sustituir el término forma, para su mejor comprensión, por el término «estructuras», que compondrían el cuerpo viviente de la Constitución y que permitirían su actuación en la realidad de los comportamientos sociales. Por tanto, titular de la soberanía es el pueblo, pero su efectivo ejercicio se verifica en las formas o estructuras de las instituciones republicanas como formas de acción.

Y, en efecto, la soberanía pertenece al pueblo, pero no es el pueblo el que la ejerce en su plenitud. «La función legislativa es ejercida colectivamente por las dos Cámaras» (art. 70); las leyes, que son el producto de esta actividad, pueden ser sometidas a referéndum popular, pero esto «no se prevé para las leyes tributarias y presupuestarias, de amnistía y de indulto, de autorización para ratificar tratados internacionales» (art. 75), y tampoco «en el caso de una ley constitucional aprobada por mayoría cualificada» (art. 138). En el campo de la jurisdicción, además del poder de amnistía y de indulto reservado a las Cámaras, existe el poder conferido al presidente de la República de «conceder gracia y conmutar las penas» (art. 87, apart. 11), que es un típico atributo de la soberanía personal, una prerrogativa que fue ya conferida al monarca exactamente con las mismas palabras por el artículo 8 del Estatuto del Reino de Italia. El presidente puede también «nombrar senadores vitalicios a cinco ciudadanos» (art. 59, apart. 2), mientras que los restantes senadores son elegidos por sufragio universal y sólo para el período de la

legislatura. Ciertamente, el término «forma» o «formas», utilizado diecinueve veces en el texto de la Constitución (más otras dos veces en las «Disposiciones transitorias y finales») oscila entre los dos significados indicados, pero al acogido en el primer artículo corresponde el que aparece en el último, por el cual «la forma republicana no puede ser objeto de revisión constitucional» (artículo 139); aquí el sentido del término coincide, justamente, con el de Constitución, entendida no como forma teórica vacía, sino como estructura de la praxis concreta y corpórea, compuesta de normas, de valores, de hechos.

V. MITO Y REALIDAD DEL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL

La soberanía como poder representa el punto de encuentro entre el ordenamiento jurídico interno y el ordenamiento jurídico internacional; y la importancia que el pensamiento de Kelsen ha tenido también para la teoría del Derecho internacional, justamente a partir de su libro sobre *Il problema della sovranità* de 1920, y hasta los *Principles of International Law* de 1952, es indudable. Toda su obra es atravesada, como por un hilo rojo, por este problema inicial, presentado y debatido como la ambigua relación entre Derecho interno y Derecho internacional; ambigüedad que tratamos de clarificar y de superar en otro lugar (14).

El mismo problema puede ser, no obstante, considerado también desde otro punto de vista, desde la perspectiva de la relación entre la paz y la guerra, como hizo Leo Gross en su libro sobre *Pazifismus und Imperialismus* de 1931, sobre el cual se ha reclamado recientemente la atención de los estudiosos italianos en un ensayo crítico de F. Riccobono, que ha mostrado el carácter transversal de esta propuesta interpretativa referida al círculo vital completo del pensamiento kelseniano (15). Para entender el carácter ideológico de la teoría pura del Derecho internacional, se debe advertir que su formulación se ha desarrollado en dos puntos; el primero referido a la crisis de la Sociedad de Naciones en los años treinta, durante la estancia en Ginebra de Kelsen, crisis que encontró su expresión en los escritos que publicó en aquel período y el segundo, referido en cambio a su compromiso intelectual y personal, vivido y padecido tras encontrar refugio en los Estados Unidos durante los años cuarenta, experiencia dura como la de otros exiliados, pero que no domeñó su espíritu y que, incluso, lo estimuló hacia nuevas

(14) V. FROSINI, *Saggi su Kelsen e Capograssi. Due interpretazioni del diritto*, Giuffrè, Milán, 1988, pp. 57-72.

(15) F. RICCOBONO, *op. cit.*, pp. 145-160.

reflexiones y nuevas experiencias, que encontraron expresión en las obras dirigidas a auspiciar la creación de un nuevo ordenamiento internacional representado por la creación de la Organización de las Naciones Unidas (16). Así, la idea de soberanía es funcional respecto al mantenimiento y a la tutela jurídica del orden social como convivencia pacífica en el interior del Estado, pero lo es además respecto a la iniciativa y a la conducta de la guerra entre los Estados en el plano de las relaciones internacionales, ya que soberano es aquel que garantiza la paz y que decide la guerra; éste es también un punto de vista bastante significativo para analizar la teoría de Kelsen sobre la soberanía en el Derecho internacional.

Prescindimos, no obstante, del debate que se ha desarrollado en la doctrina internacionalista, y pasamos a considerar de nuevo el problema del ordenamiento jurídico como portador de la idea, e incluso de la ideología, de la soberanía, entendida, según la concepción kelseniana, como exigencia de la unidad y globalidad de un ordenamiento y como justificación del poder jurídico de coerción. Esta visión ideal del ordenamiento jurídico como conjunto de normas, o, mejor, como sistema de conexión y de mutación lógica entre las proposiciones normativas, que son el objeto de la ciencia jurídica, es una interpretación epistemológica a la que Kelsen confiere un carácter matemático absoluto a pesar de su relativismo filosófico; pero es también una interpretación operativa, ya que proporciona el modelo metodológico del trabajo técnico del jurista, tanto para el Derecho interno como para el Derecho internacional.

Se trata de un modelo platónico del ordenamiento jurídico, puesto que, como escribe Carrino en su *Presentazione*, ya citada, «la unidad pretendida por Kelsen es la unidad de la imagen jurídica del mundo, no la unidad sustancial de las relaciones de vida...» (p. XII). La realidad del ordenamiento jurídico internacional es, al contrario, una realidad compuesta por una pluralidad de formas y de órdenes parciales, una realidad caracterizada por el desorden, entendido este término no en el sentido negativo de falta de orden, sino en el positivo de redundancia o exceso de órdenes, esto es, de estructuras evanescentes, según las cuales el desorden es la matriz inagotable de nuevos órdenes en un proceso epigenésico de formas. El jurista está destinado a coordinarse con esta realidad, que debe reconocer e interpretar en su semiología.

(16) R. MONACO, *Kelsen e la teoria del diritto internazionale*, en *H. Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, ed. a cargo de C. Roehrssen, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1986, pp. 39-51; H. BULL, *H. Kelsen and International Law*, en *Essays on Kelsen*, ed. a cargo de R. Tur y W. Twining, Clarendon Press, Oxford, 1986, pp. 321-336.

En los Estados modernos, formados a partir de un proceso de racionalización administrativa, que ha sido magistralmente ilustrado por Max Weber, predomina ciertamente la exigencia de conseguir la unidad y la cohesión del ordenamiento, y esa exigencia se proyecta y se refleja hoy también en el ordenamiento internacional, gracias asimismo a la actividad de las numerosas organizaciones internacionales no gubernamentales, que asumen las funciones de estructuras administrativas. La soberanía del Derecho internacional, que aseguraría la paz y los derechos del hombre en la era planetaria, no es un principio jurídico operante, sino un ideal por realizar; y es también la tarea encomendada a una nueva cultura jurídica que avance por su camino y que preceda a la experiencia política de los poderes soberanos de los Estados, conduciéndola por la vía del progreso civil de la humanidad. La idea de soberanía de la ley en las relaciones internacionales ha encontrado en Kelsen, más que un desencantado teórico, un profeta con abundantes, aunque contenidas, pasiones intelectuales y morales, dada su aspiración a aquella *Civitas maxima* de la cual se podría decir que él ha sido un ciudadano ideal (17).

(17) Texto de la ponencia presentada en el Coloquio sobre «Kelsen y el problema de la soberanía», celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nápoles el 30 de noviembre de 1989.