

TESIS DOCTORAL

LOS LÍMITES JURÍDICOS AL SOBERANO

José Luis Pérez Triviño

Director: Dr. Jorge Malem Seña

Universitat Pompeu Fabra

1996

(3 de 7)

supone un sistema normativo difícilmente comprensible para la mente humana pues implica el desconocimiento de su origen. El conocimiento del orden jurídico y la influencia en él de los actos humanos implica la negación de la derivación infinita de autoridades legales.

La solución a este problema puede ser de dos tipos. La primera respuesta conduce a una teoría del Derecho Natural: la cadena de mandatos positivos debe detenerse en algún punto externo al sistema de normas. Ha de suponerse, pues, que existen ciertas normas válidas que no son mandatos de ninguna autoridad humana: las normas de Derecho Natural o de Derecho divino.

La segunda solución involucra una concepción positivista acerca de las normas jurídicas. Estas no son fenómenos naturales o divinos, sino que son un producto de actos humanos. Las cadenas de validez que forman las normas deben ser necesariamente finitas. Por lo tanto, la primera autoridad normativa humana debe situarse en algún momento temporal. El concepto positivista de mandato requiere necesariamente de la presencia de una autoridad normativa humana.

El punto final de esa cadena de normas y autoridades es una autoridad cuya capacidad normativa se basa en criterios extrasistemáticos, es decir, su existencia no supone ninguna norma (o autoridad) jurídica previa. En este sentido, al tratarse de una capacidad extrajurídica es imposible conceptualmente que una autoridad legal pueda ser el origen de su capacidad o que le pueda imponer un deber jurídico.

El criterio de identidad que permite delimitar cuándo un individuo es autoridad suprema es, aquí, de carácter empírico o fáctico. Depende únicamente de consideraciones de índole social: la capacidad de imposición de la autoridad primera y el grado de obediencia de los sujetos.

En conclusión, según esta teoría la hipótesis de que todas las autoridades normativas del Estado son subordinadas y limitadas conduce a un regreso al infinito. La única alternativa de solución a este problema es postular la existencia necesaria de una autoridad normativa suprema y no limitada jurídicamente.

Estos dos argumentos -la limitación es una contradicción en los términos y la evitación del regreso al infinito- constituyen un potente arsenal justificatorio del carácter absoluto de la autoridad soberana en un Estado. Pero en la teoría del soberano absoluto ha sido frecuente apelar a otros argumentos: la irreflexividad de los mandatos y del despotismo jurídico.

C) El argumento del mandato "reflexivo"

El tercer argumento que apoyaría la inexistencia de límites jurídicos al soberano está relacionada con la imposibilidad de que una autoridad se imponga a sí mismo una ley positiva. La razón de esta imposibilidad radica en una propiedad de los mandatos: la irreflexividad. Esta hace imposible, por razones conceptuales, que un mismo individuo sea a la

vez la autoridad normativa y el sujeto normativo. Hobbes había ya advertido el problema:

"Tampoco es posible para nadie que puede estar obligado a sí mismo, porque quien puede ligar, puede liberar y por tanto, quien está ligado a sí mismo no está ligado"¹⁸¹.

Las disposiciones que el soberano se dirigiera o impusiese a sí mismos, no son más que meros principios o máximas que ellos adoptan como guías de su conducta. Pero en ningún caso estarían acompañadas del que es rasgo definitorio de los mandatos: la sanción.

Por otra parte, el soberano tampoco puede obligar a sus sucesores, ya que éstos últimos al ser los soberanos actuales carecen de impedimento alguno para abrogar las leyes de su predecesores. Las limitaciones que impone el soberano precedente también podrían funcionar como guías, consejos o máximas de legislación, pero en ningún caso comportan sanción si se incumplen.

La conjunción de los tres argumentos examinados (contradicción en los términos, regreso al infinito y el mandato reflexivo) conduce a la conclusión de que:

"Los monarcas y soberanos han intentado obligarse a sí mismos o los sucesores a sus poderes soberano. Pero a pesar de las leyes que los soberanos han impuesto a sí mismos, o a sus sucesores, la posición

¹⁸¹ .HOBBS, Th.: *Leviatán*; op.cit, pág.242. Ver también HOBBS, Th.: *De Cive*; op.cit. pág.239-240, y AUSTIN, J.: *The Province of Jurisprudence Limited*; op.cit., pág.242

que 'el poder soberano es incapaz de limitación jurídica' se sostendría universalmente o sin excepción"¹⁸².

D) El argumento del despotismo jurídico

A diferencia de los argumentos anteriores que extraen su fuerza de una definición estipulativa de "soberano", el cuarto argumento es de carácter empírico. Señala que aún en el caso de que el soberano fuese objeto de limitaciones jurídicas a través de deberes jurídicos no se impedirían actuaciones despóticas.

Austin expone este supuesto con varios ejemplos. Uno trata de la unión entre Inglaterra y Escocia en 1707. En el Tratado de Unión se estableció como condición fundamental de la unión la pervivencia de las respectivas iglesias, "The Church of England and the Kirk of Scotland". En consecuencia, el nuevo soberano, el Parlamento de Gran Bretaña, no podría abolirlas o introducir cambios sustanciales en su constitución. Pero, ¿qué ocurriría si ahora el Parlamento británico aboliese la iglesia escocesa? En opinión de Austin, podrían darse varias reacciones. Una sería la de aquellos que estaban en favor de la conservación. Estos calificarían la abolición como un acto inmoral por estar en franca contradicción con la moralidad positiva o con las opiniones y sentimientos de la mayoría de la población. Otra reacción sería la de quienes sostuvieran que la conservación de las iglesias es

¹⁸² .AUSTIN: *The Province of Jurisprudence Limited*; op.cit., pág.254

un mandamiento de Derecho Divino. Sin embargo, y esto es lo que quiere subrayar Austin:

"ningún hombre, hablando sensatamente llamaría a una abolición parlamentaria de una u otra iglesia un acto ilegal. Si el Parlamento es soberano en Inglaterra y Escocia, no puede estar limitado legalmente por aquellas condiciones de la unión que suponen conferir inmortalidad a aquellas instituciones eclesiásticas. Esa condición de la unión no es Derecho Positivo sino consejo de los autores de la unión a los futuros legisladores supremos"¹⁸³.

La concepción de John Austin sobre este punto ha sido acogida por los tribunales británicos y continúa vigente en la actualidad. En efecto, en un caso que llegó a los tribunales, *MacCormick v. Lord Advocate*¹⁸⁴, las autoridades británicas tuvieron ocasión de reafirmarse en su posición sobre la libertad absoluta del Parlamento. En este caso, el demandante escocés protestaba por el hecho de que los reyes del Reino Unido adoptaban únicamente los títulos dinásticos heredados de Inglaterra, cuando en realidad, y según el Tratado de Unión entre Inglaterra y Escocia, se debería mencionar ambos territorios: Inglaterra y Escocia¹⁸⁵. La argumentación presentada por el demandante se fundamentó en la idea de que dicho tratado establece leyes fundamentales cuya violación por otras leyes debería comportar su invalidez. Sin embargo, esta argumentación ha sido rechazada

¹⁸³ .AUSTIN: *The Province of Jurisprudence Limited*; op.cit., pág.257

¹⁸⁴ .1953 S.C. 396 en O. Hood Phillips' *Leading Cases in Constitutional and Administrative Law*; JACKSON, Paul (ed.), Sweet and Maxwell, London, 1988, pág. 32 y ss.

¹⁸⁵ .The Union with Scotland Act, 1706, en *Constitutions of Nations*; PEASLEE, Amos J. (ed.), vol. III, Martinus Nijhoff, The Hague, 1974, pág.1040-1056

frontalmente por el tribunal al aceptar la doctrina clásica de Austin y Dicey, según la cual el Parlamento es *absoluto e ilimitado*, razón por la cual no está vinculado por leyes anteriores¹⁸⁶. Por esta razón, las leyes que incumplen el tratado de 1707 no son ilegales. Es más, según esta doctrina, no sería ilegal que el Parlamento pudiera introducir el comunismo, el socialismo o el fascismo en el Reino Unido, o incluso disolver la *Commonwealth*¹⁸⁷. En consecuencia, las leyes limitantes no evitarían el despotismo del soberano.

Una vez examinados los argumentos donde descansan la supremacía e ilimitabilidad jurídica del soberano corresponde examinar aquellos otros argumentos justificatorios de la unicidad e indivisibilidad.

2. La unicidad y la indivisibilidad

A) El argumento de la consistencia y la unicidad del soberano

Una de las principales características que identifican a la teoría del soberano absoluto es la relación que establece entre, por un lado, los valores de orden y seguridad y, por otro lado, la necesidad del soberano. Dicha relación se asienta en la idea de que el soberano es una autoridad con capacidad para resolver con carácter definitivo los conflictos sociales y jurídicos. Es más, según esta teoría, el soberano

¹⁸⁶.Ver MacCORMICK, Neil: "Does the United Kingdom have a Constitution? Reflections on MacCormick v. Lord Advocate"; *Northern Ireland Legal Quarterly*, 29, 1978, págs.1-20.

¹⁸⁷.JENNINGS, Ivor: *The Law and the Constitution*; op.cit., pág.147. Sobre los problemas de esta doctrina de la soberanía continua del Parlamento británico ver apartado 3 del capítulo 4 de este trabajo.

debe ser único e indivisible, por cuanto la protección del orden y la seguridad exigen respuestas únicas, últimas e inapelables.

Esta teoría desarrolla esta argumentación no sólo en referencia a los conflictos sociales, como es el caso de Hobbes, sino también en el marco de los conflictos que se producen en un ordenamiento jurídico. En este sentido, en el ámbito de un ordenamiento jurídico, donde existen numerosos órganos jurídicos, es un fenómeno frecuente la aparición de contradicciones normativas. En estos casos, dos órganos dictan normas dirigidas a un mismo súbdito que ordenan y prohíben la realización simultánea de una misma acción. Sin embargo, por razones lógicas-pragmáticas, sólo es posible cumplir una de las dos órdenes. Sólo se puede obedecer a una de las dos autoridades. En palabras de Hobbes,

"Nadie puede servir a dos amos a la vez"¹⁸⁸.

Según Hobbes, la decisión de cuál de las normas -y por tanto, autoridades- debe ser obedecida es una cuestión cuya solución depende de la decisión de otra autoridad normativa, necesariamente superior. Esta autoridad será quien establezca cuál de los dos órganos debe ser obedecido por el súbdito. Esta decisión convertirá a la norma que debe ser obedecida en una norma de rango jerárquico superior a la dictada por la otra autoridad.

La teoría del soberano absoluto sostiene que en cualquier estructura de normas organizadas jerárquicamente debe existir un punto final que

¹⁸⁸.HOBBS, Th: *De Cive*; op.cit. Pág.237

garantice el principio de no contradicción entre las normas del ordenamiento jurídico. El punto final del sistema, el soberano, no sólo establece cuáles son las normas independientes del sistema sino que permite afirmar, al mismo tiempo, que el Estado forma un sistema jurídico consistente y único, por cuanto las cadenas de normas y órganos adquieren existencia en virtud de los actos del soberano. Por otro lado, los actos de voluntad del soberano son los que hacen desaparecer las contradicciones normativas originadas entre los órganos subordinados. Por ello, el soberano es el garante de la consistencia del ordenamiento jurídico, en el sentido de que resuelve las contradicciones.

La aplicación exhaustiva de este criterio conduce en última instancia a sostener que las contradicciones normativas se resuelven por la autoridad suprema¹⁸⁹. Esta capacidad de dirimir los conflictos entre las autoridades subordinadas constituye otra de las vertientes del poder supremo, que en cuanto tal es indivisible.

B) La delegación de poder y la indivisibilidad del soberano

Otra consecuencia que se extrae de la conexión entre el soberano y el Estado está relacionada con la delegación de poder. La concepción del soberano absoluto no supone necesariamente que sólo exista una

¹⁸⁹. Esta misma idea reaparecerá en Kant: "Pero todo cuanto en un Estado se halle bajo leyes es súbdito, y, por tanto, está sometido a leyes de coacción lo mismo que todos los demás miembros de la comunidad; sólo hay una excepción (ya se trate de una persona física o moral), la del jefe del Estado, el único a través del cual puede ser ejercida toda coacción jurídica...Mas de haber dos (dos personas libres de coacción) uno no podría cometer injusticia contra el otro; lo que es imposible". Ver *Teoría y práctica*; Tecnos, Madrid, 1986 [1793]. Pág.29.

autoridad en el Estado. Pueden existir otro tipo de autoridades (legislativas, judiciales) que forman un conjunto más o menos ordenado de relaciones jerárquicas. Es característico de la teoría del soberano absoluto predicar un tipo especial de relaciones entre estas autoridades y el soberano. Esta relación es de delegación de poder. Así lo expone Hobbes:

"En efecto, tales protectores, virreyes y gobernadores no tienen otro derecho sino el que deriva de la voluntad del soberano; ninguna comisión que se les confiera puede ser interpretada como declaración de la voluntad de transferir la soberanía..."¹⁹⁰.

Como se vió en el anterior capítulo, Austin también es de la misma opinión, pues no existe otra distribución de poder en un sistema jurídica que no sea la que se produce entre órganos supremos y órganos subordinados. El poder de éstos es conferido expresa o tácitamente por el soberano mediante una expresión explícita o mediante un reconocimiento tácito. En este sentido, R. Cotterrell señala muy gráficamente cuál es el planteamiento austiniano:

"cada dispersión del poder soberano es una delegación, no una liberación"¹⁹¹.

Otro enfoque destinado a explicar el fenómeno de la delegación es la reconstrucción que efectúa J. J. Moreso de la obra de Austin. Moreso trata de explicar cómo toda norma emitida por cualquier órgano

¹⁹⁰ .HOBBES, Th.,: *Leviatán*; op.cit., pág.198

¹⁹¹ .COTTERRELL, R.: *The Politics of Jurisprudence*; op.cit., pág.75

subordinado puede ser remitida en última instancia al soberano¹⁹². El propósito de este autor es explicar la pertenencia de las normas al sistema jurídico en la teoría de Austin. Para ello utiliza tres cláusulas mediante las cuales reconstruye el sistema austiniiano de adopción de normas:

- a) toda norma *u* promulgada por el soberano es jurídica o válida o pertenece al Derecho;
- b) toda norma *u* promulgada por una autoridad es jurídica si el soberano ha delegado poder legislativo a esa autoridad;
- c) todo principio y extraído de las decisiones judiciales es jurídico.

La cláusula b) es la pertinente en este tema, pues a través de ella se explica la delegación de poder a otras autoridades. En palabras de Raz, se trata de una relación genética que se realiza a través de normas que son mandatos indirectos. Estos se dirigen a los destinatarios de la autoridad subordinada, obligándoles a la obediencia la autoridad legal¹⁹³. Este punto es relevante por cuanto la teoría del soberano absoluto únicamente concibe la delegación de poder a través de mandatos y no a través de otras categorías de normas. Para explicar, aún más si cabe, los presupuestos teóricos de esta doctrina, es necesario examinar cuáles son las principales características de la definición de mandato.

¹⁹² .Sobre este tema ver el artículo de MORESO MATEOS: "Cinco diferencias entre Bentham y Austin"; en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1989. Pág.354

¹⁹³ .RAZ, Joseph: *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal Systems*; op.cit., pág.24

III. LA CONCEPCION ACERCA DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Como ya ha sido sostenido con anterioridad, la teoría del soberano absoluto supone que las normas que constituyen un sistema jurídico son mandatos.

Joseph Raz ha señalado la importancia que tiene la concepción de las normas jurídicas en relación a la teoría jurídica austiniana. El Derecho debe ser explicado en función de sus elementos atómicos, esto es, las leyes o mandatos. En efecto, su teoría del sistema jurídico está implícita en la definición de "disposición jurídica": mandato general emitido, tácita o expresamente, por el soberano a sus súbditos. Algo similar ocurre en la teoría de Hobbes.

El concepto de mandato elaborado por la doctrina del soberano absoluto designa, en primer lugar, la importancia de la voluntad de un individuo (soberano) como fuente de existencia de las normas. La noción de mandato implica que su existencia remite a la voluntad de un legislador/emisor. Es tal la relevancia de este elemento, que la identificación del mandato no apela a su contenido, sino a la fuente de origen y a una forma -imperativa-. Esto es lo que Hart denomina "carácter independiente del contenido", ya que la autoridad normativa cuando dicta mandatos a diferentes individuos desea que sean tomados como razones para realización de las conductas, con abstracción del tipo de acciones que deban ser realizadas¹⁹⁴.

¹⁹⁴ .HART, H.L.A.: "Commands and authoritative legal reasons", en *Essays on Bentham*; Clarendon Press, Oxford, 1982. Pág.253

Ahora bien, para que una disposición sea una norma jurídica, no es suficiente mostrar que su origen se halla en la voluntad de un sujeto, sino que es necesario que dicha voluntad pertenezca a quien es el soberano. El Derecho surge de las órdenes emitidas por un poder soberano. La voluntad del soberano es la que, directa o indirectamente, fundamenta la existencia de todas las normas existentes en el ordenamiento jurídico a lo largo del tiempo. La existencia continua del soberano es una condición necesaria para la existencia de las normas jurídicas. K. Olivecrona recoge una cita de C. A. Manning que de una manera metafórica plasma la idea de voluntad que recorre la teoría de la norma de Austin:

"De la misma forma en que una red de iluminación eléctrica vive gracias a la estación generadora que la alimenta, así el sistema jurídico se mantiene en funcionamiento gracias a la faz imperativa del soberano, siempre presente como telón de fondo"¹⁹⁵.

Un segundo aspecto relevante de la noción de mandato reside en su objeto: la regulación de las conductas humanas. La promulgación de un mandato tiene por función principal promover acciones u omisiones en sus destinatarios, de manera tal que la conducta que hasta entonces estaba dentro del ámbito de decisión del individuo deja de ser de cumplimiento opcional. Según Hobbes:

"Mandato es cuando un hombre dice: haz esto o no hagas esto, sin esperar otra razón que la voluntad del que formula el mandato"¹⁹⁶.

¹⁹⁵ .OLIVECRONA, Karl: *El Derecho como hecho*; Ed. Labor, Barcelona, 1980, pág.74-75.

¹⁹⁶ .HOBBES, Th.: *Leviatán*; op.cit., pág.209.

Este rasgo del mandato significa, a juicio de Hart, que la autoridad que promulga la norma pretende que su destinatario acepte su voluntad como guía de la acción en sustitución de la propia. Este aspecto típico del mandato es lo que Hart denomina carácter perentorio¹⁹⁷.

Un tercer elemento característico en la noción de mandato es la existencia de una relación entre dos clases de sujetos. Por un lado, el emisor de la norma -la autoridad normativa- y por el otro, el súbdito -el sujeto normativo o destinatario-. La relación entre ambos es de superioridad: el primero ordena la realización de una acción que, el segundo, está obligado a realizar. En este contexto, "superioridad" significa la posibilidad que tiene la autoridad de infligir un daño al súbdito en caso de que éste último desobedezca su mandato. Inversamente, la sujeción del inferior al superior consiste en la posibilidad de sufrir un castigo por su desobediencia.

La inclusión del elemento punitivo en la definición de mandato es ya clásico: para que exista un mandato es necesario que la autoridad normativa pueda sancionar al sujeto desobediente en caso de que sus expresiones de deseo sean incumplidas. La extensión de esta característica del mandato a todo el conjunto de disposiciones jurídicas que forman un ordenamiento jurídico conduce a quienes la sustentan a una teoría coactiva del Derecho.

En cuarto lugar, las normas jurídicas regulan acciones descritas no en términos particulares, sino generales. Las normas jurídicas se

¹⁹⁷ .HART, H.L.A.: "Commands and authoritative legal reasons", op cit.; pág.253.

distinguen de otros mandatos en virtud de su generalidad. La generalidad de la ley no reside en el número de destinatarios a los que aquella se dirige, sino por la circunstancia de que regula una clase de actos.

El concepto de norma jurídica no parecería completo si no se mencionaran las propiedades relacionales que se producen entre la autoridad normativa y el destinatario. Una reconstrucción de este aspecto en la obra de los diferentes autores permite concebir que las relaciones entre las autoridades y los sujetos normativos pueden caracterizarse según tres propiedades: la transitividad, la asimetría y la irreflexividad¹⁹⁸.

En virtud de la primera de las tres propiedades, la transitividad, si una autoridad normativa debe obedecer a una autoridad de rango jerárquico superior, y ésta tiene el deber de cumplir las órdenes de otra autoridad superior, entonces, la primera debe obediencia a ésta última.

La propiedad asimétrica de la relación normativa que subyace a un mandato supone la existencia de dos agentes, la autoridad normativa y el destinatario. La autoridad ordena y el destinatario debe obediencia. Se trata de una relación asimétrica porque el sujeto normativo no puede, simultáneamente, prescribir la misma acción a la autoridad normativa. En la teoría examinada esto provoca que el súbdito -el sujeto normativo- no pueda dirigir un mandato al soberano -la autoridad normativa-.

¹⁹⁸ .LAGERSPETZ, Eerik: *A Conventionalist Theory of Institutions*; Acta Philosophica Fennica, Helsinki, 1989, pág.86

La irreflexividad de la relación normativa es la propiedad que hace imposible, por razones conceptuales, que un mismo individuo sea a la vez la autoridad normativa y el sujeto normativo.

En suma, es preciso señalar que según la teoría del soberano absoluto existe una estrecha relación entre las ideas de mandato, soberano y sistema jurídico. La noción de soberano es previa conceptualmente a la idea de norma jurídica. La existencia de una norma jurídica depende de un acto de voluntad del soberano.

Los problemas de los que es acreedora una teoría de este tipo serán examinados más adelante.

IV. CONCLUSIONES

El análisis de la doctrina del soberano absoluto puede finalizar con la enumeración de algunas de sus principales tesis:

- 1) un Derecho existe si existe un soberano: una autoridad normativa suprema, única e indivisible, respecto de la cual es absurdo plantearse la imposición de límites jurídicos;
- 2) esta autoridad no debe su existencia a una norma jurídica que le otorgue competencia para promulgar normas, sino que se trata de una autoridad efectiva: sus normas existen en virtud de que son eficaces;
- 3) la identificación de un sistema jurídico independiente supone demostrar que su autoridad normativa suprema no obedece a

ningún otro individuo o grupo de individuos. Detrás del conjunto de individuos u órganos que tienen competencia para crear normas jurídicas existe necesariamente un soberano que es el fundamento de unidad de todas las normas. En definitiva, como afirma Blackstone en una famosa sentencia:

"Hay y debe haber en cada Estado una autoridad suprema, irresistible, absoluta e incontrolada en la que resida la *summa jura imperia* o los derechos del soberano"¹⁹⁹.

4) este carácter de autoridad efectiva logra fundamentar la finitud y coherencia de todo sistema de normas. El soberano solventa los problemas de incoherencia normativa y de regreso al infinito que pueden surgir en un sistema jurídico;

5) una de las consecuencias que se extrae de esta concepción de la autoridad legislativa (suprema, ilimitada, única e indivisible) es que el soberano puede dictar cualquier tipo de ley con independencia de su contenido;

6) dada las características definitorias del soberano, se implica que el soberano es una autoridad continua: por razones conceptuales (obediencia habitual y noción de mandato) no puede transferir definitivamente su poder ni tampoco se puede autolimitar;

¹⁹⁹ .BLACKSTONE, William: *Commentaries on the Laws of England*; The University of Chicago Press, Chicago-London, 1979 [1765]. Tomo I, pág.49

7) la calificación de una norma como una norma jurídica se realiza mediante la remisión al soberano. Este criterio proporciona un mecanismo simple de identificación de las reglas jurídicas de una sociedad y permite distinguirlas de otros patrones de conducta, de los principios o reglas de la moral, de las costumbres, etc;

8) el sistema jurídico se compone única y exclusivamente de mandatos emitidos, directa o indirectamente, por el soberano.

Una vez finalizado el análisis de las principales características de la teoría del soberano absoluto se está en disposición de examinar algunas de las críticas a las que se ha hecho acreedora.

Capítulo III

LA NOCION DE SOBERANO Y DE AGENTE OMNIPOTENTE. LA AMBIGÜEDAD DE LA NOCION DE SOBERANO

I. INTRODUCCION

Tras haber realizado un examen de la teoría del soberano absoluto mediante la exposición de las ideas centrales de sus representantes más importantes y de reconstruir los principales rasgos y argumentos en los que descansan sus tesis más relevantes, en este tercer capítulo se abordará el análisis de un problema que ha preocupado a la filosofía y a la teoría jurídico-política: ¿es internamente consistente la noción clásica de soberano absoluto?, es decir, ¿carece de propiedades contradictorias? Y en estrecha vinculación con esta cuestión, se examinarán los siguientes puntos: 1) el alcance explicativo del concepto de soberano absoluto respecto a la idea de autoridad suprema en el Derecho; 2) la posibilidad de predicar límites jurídicos a la autoridad suprema en un Estado; 3) nuevas definiciones de "autoridad normativa suprema"; 4) las relaciones que existen entre ellas.

Una manera de analizar la consistencia interna de la idea de soberano es su comparación con una noción que cumple las mismas funciones

en otro dominio de acciones: la noción de Dios (agente omnipotente). Esta analogía es relevante no sólo porque muestra la estructura interna del concepto de soberano, sino también porque algunas de las críticas conceptuales dirigidas a la idea de omnipotencia podrían ser aplicadas también a la noción de soberano. En efecto, ambas nociones cumplen la misma función respecto a sus dominios: Dios (el agente omnipotente) explica y justifica el mundo, mientras que el soberano explica y justifica el Derecho. Esta ha sido una concepción vigente e incluso dominante en la teología y en la teoría del Derecho hasta hace relativamente poco tiempo. Sin embargo, en este siglo los filósofos han revisado y criticado los presupuestos teóricos de esa analogía.

Una de las críticas dirigidas a la idea de omnipotencia, tal y como había sido caracterizada por la teología, se ha basado en la llamada "paradoja de la piedra". Esa objeción también se ha extrapolado a la idea de soberano -"la paradoja de la soberanía parlamentaria"- . Lo relevante de esta paradoja es que pone de manifiesto que no se puede sostener un concepto de soberano como el alegado por la teoría clásica, es decir, como un individuo con la capacidad o competencia para dictar normas con cualquier contenido. La conclusión será entonces que no es concebible conceptualmente la idea de una autoridad normativa con las propiedades del soberano clásico.

Han sido numerosos los intentos teóricos de resolver la aporía de la omnipotencia (y del soberano). Una de las soluciones propuestas a la paradoja de la piedra ha sido la de John Mackie quien propuso una distinción entre dos sentidos de omnipotencia -"omnipotencia¹" y

"omnipotencia²"- que posteriormente Hart aplicaría a la noción de soberano distinguiendo entre "soberano continuo" y "soberano autocomprensivo". El primer concepto de soberano denota el poder ilimitado de legislar sobre todas las cuestiones que no afecten a la modificación del ámbito de su poder. El segundo concepto abarca el poder de legislar sobre cualquier materia, incluyendo la posibilidad de modificar su propio poder. En ambas nociones de soberano, éste ya no cuenta con la competencia ilimitada para dictar cualquier norma.

Sin embargo, esta distinción conceptual entre soberano continuo y autocomprensivo puede ser completada con otra clasificación, a saber, la que se puede efectuar entre dos tipos de autoridad suprema. La primera sería una autoridad no facultada por reglas y que ostenta la capacidad de imposición efectiva de normas. La segunda una autoridad con competencia otorgada por reglas jurídicas. Esta distinción toma como referente la realizada por E. Garzón Valdés entre "soberano⁰" y "soberano¹". Tener en cuenta esta distinción permitirá ampliar el mapa conceptual de la noción de autoridad suprema en un Estado.

Pero antes de explicar estas distinciones contemporáneas acerca del concepto de autoridad suprema hay que analizar las raíces donde surgió la noción clásica de soberano y su paralelismo con el concepto de omnipotencia.

II. LA ANALOGIA ENTRE EL SOBERANO ABSOLUTO Y LA OMNIPOTENCIA DIVINA

1. La aparición de la idea de soberano

El origen del concepto de soberano se produjo en la transición de la Edad Media a la Edad Moderna, época caracterizada por cambios profundos en la cosmovisión del Derecho, de la política y de la sociedad. Los rasgos de la forma de concebir el universo jurídico-social vigente en la Edad Media han sido resumidos acertadamente por García Pelayo:

"El carácter consuetudinario del Derecho tenía como consecuencia que el Derecho viejo poseyera validez superior a la del Derecho nuevo, de modo que una norma perdía su validez si entraba en colisión con otra más antigua. De acuerdo con estos supuestos, el ejercicio del poder político se limitaba a lo que en términos modernos se designa como funciones judiciales y ejecutivas, quedando al margen las legislativas y, por ello, el signo del poder político eran las facultades judiciales, pero no la de dar y casar la ley"¹⁹⁹.

No cabe duda de que la idea de soberano constituye un aspecto importante en la transformación de esa cosmovisión. Si se trata de resumir esta transformación, se podrían ofrecer las notas siguientes:

¹⁹⁹.GARCIA PELAYO, Manuel: *Del mito y la razón en el pensamiento político*; Revista de Occidente, Madrid, 1968, pág.179

- a) frente a la idea de que la justicia es independiente de las decisiones humanas, surge la creencia de que es el hombre quien establece la justicia en la vida social;
- b) una nueva concepción del orden jurídico consistente en la primacía de la ley sobre cualquier otra forma de creación del derecho, especialmente, el Derecho consuetudinario;
- c) frente a la dispersión de las fuentes normativas existente hasta la Edad Media se inicia un proceso de progresiva monopolización de la creación de normas jurídicas por parte de quien tiene la supremacía política;
- d) se tiende a dotar de superior jerarquía al Derecho nuevo frente al Derecho anterior.

Esta nueva concepción supone que el poder político encarnado por un individuo que no está limitado por el Derecho viejo tiene la capacidad de modificar la realidad social mediante la creación de nuevas normas jurídicas. El poder político recaba para sí la plenitud del poder de creación normativa y se proclama fuente originaria de toda autoridad jurídica. Es entonces cuando se habla de soberano para hacer referencia al individuo que ocupa el lugar más alto en una jerarquía de fuentes normativas.

La noción de soberano tuvo un papel fundamental en esa transformación del viejo orden medieval en el nuevo orden jurídico-político de la Edad Moderna, puesto que las principales características del nuevo Derecho moderno giran a su alrededor. El soberano es la

autoridad humana que tiene el poder normativo supremo y, en cuanto tal, es la más alta instancia reguladora de la vida social. Por otro lado, la creencia en la virtud y omnipresencia del soberano tiende a generar una particular comprensión del Derecho, en la que destaca la idea de que el individuo soberano es una fuente de seguridad jurídica y de paz.

Ahora bien, la atribución del papel político-jurídico central al soberano necesitaba algún tipo de justificación. Esta fue de tipo teológico y filosófico.

2. La similitud de los conceptos de Dios y de soberano

El pensamiento político-jurídico occidental ha manifestado la tendencia a apelar a conceptos teológicos para describir y, también, para justificar la existencia de determinadas instituciones reguladoras de la acción humana²⁰⁰. En numerosas ocasiones se ha señalado el paralelismo existente entre ciertos problemas de la teoría jurídico-política por un lado, y de la teología, por el otro. Este es el caso de conceptos tales como Dios, Estado, soberano que son utilizados como medio de comprensión y explicación de ciertos fenómenos sociales. Es más, en

²⁰⁰. Todavía existen defensores de la invocación de términos teológicos en el lenguaje jurídico. Tal es el caso de Francisco Puy, pero con la particularidad de que éste justifica la apelación a Dios en la explicación del Derecho en su conjunto: "¿Es conveniente la invocación de Dios en el lenguaje jurídico, sea a nivel descriptivo, sea a nivel valorativo? '... ¿Qué significa todo eso' Pues significa que, sin Dios, el Derecho resulta ininteligible, quedando degradado a un caos absurdo de infinitas venganzas, incomprensiones, incomunicaciones, repeticiones, prepotencias, etc.... Es prudente, en general, invocar a Dios a todos los niveles (descripción, valoración, decisión) y en todos los dominios (normativo, jurisdiccional, jurisprudencial), pero sólo en los contados casos en que es necesario; y en todos los demás, es altamente imprudente -por ser vanidad de vanidades y sólo vanidad-". PUY, Francisco: "La invocación de Dios en el actual lenguaje jurídico"; *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 28, 1988. Pág.494-6

el presente siglo, autores como Carl Schmitt han usado y reivindicado el uso de conceptos provenientes de la teología en la teoría política:

"Todos los conceptos sobresalientes de la moderna teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados. Lo cual es cierto no sólo de su desenvolvimiento histórico, en cuanto vinieron de la Teología a la teoría del Estado, convirtiéndose, por ejemplo, el Dios omnipotente en el legislador todopoderoso, sino también por razón de su estructura sistemática, cuyo conocimiento es imprescindible para la consideración sociológica de estos conceptos"²⁰¹ .

Esta estrategia de justificación ha sido de gran relevancia en la teoría del soberano. En efecto, no sólo los juristas medievales, sino también autores posteriores como Bodin y Hobbes, compararon en numerosas ocasiones los atributos del soberano con los de Dios. Uno de los autores que ha tratado con mayor detenimiento y profundidad estas semejanzas ha sido H. Kelsen.

La referencia a Dios en la teoría política sirvió para legitimar la existencia de un soberano absoluto. La comparación entre sociedad y cosmos suponía que, si en este último existía un ser omnipotente, en el orden terrenal debía existir otro ser de similares características. En el caso de Dios, se trata de la personificación del cosmos u orden del mundo; en el caso del Estado se personifica el orden jurídico a través del soberano. La personificación tiene como resultado atribuir a determinados objetos propiedades de personas, dotándolas así de

²⁰¹ .SCHMITT, Carl: *Teología política en Estudios políticos*; Doncel, Madrid, 1975. Trad. Francisco J. Conde. Pág.65. La obra clásica sobre esta materia es la de W.H. KANTOROWICZ: *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología política medieval*; Alianza Universidad, Madrid, 1985. Trad. S. Aikin-R. Blázquez. [Princeton University Press, 1957]

unidad. Esta unidad se concreta, en lo que al mundo jurídico se refiere, en la persona cuya voluntad es el contenido de ese orden²⁰², el soberano:

"Lo mismo que el Estado, Dios es imaginado, en esencia, como una persona, como una personificación de un orden universal, del orden del mundo, del mundo como sistema de normas o leyes naturales. Así como el Derecho es la voluntad del Estado, el contenido de la voluntad de Dios está formado por las normas y las leyes naturales que constituyen el sistema del universo"²⁰³.

La similitud entre la teología y la teoría del Derecho también se extiende a la caracterización de Dios y el Estado²⁰⁴ según ciertas propiedades comunes, aunque no ciertamente todas: Dios - supuestamente- no está limitado fácticamente, afirmación que sí puede predicarse del individuo soberano. Pero la existencia de propiedades comunes muestra una estructura interna idéntica en ambos conceptos. Estos rasgos comunes son la supremacía, la unicidad y la omnipotencia.

El primero de los atributos compartidos por Dios y por el soberano absoluto, tal como lo pensaron los clásicos, es el de la supremacía.

²⁰².KELSEN, Hans: "Dios y Estado"; en *El otro Kelsen* (comp. Oscar Correas); UNAM, México, 1989. Pág.252.

²⁰³.KELSEN, Hans: *Teoría General del Estado*; Editora Nacional, México, 1979 [1925]. Trad. L. Legaz Lacambra. Pág.100

²⁰⁴.Aunque la comparación que realiza Kelsen es entre las nociones de Dios y de Estado, y no entre Dios y soberano, puede decirse que en ambos casos los argumentos son similares: lo que se predica del Estado puede predicarse, a grandes rasgos, del soberano.

Esta propiedad se puede definir negativamente como ausencia de algún poder superior.

En segundo lugar, la unicidad supone la exclusión de otro poder de las mismas características dentro de un mismo ámbito. De esta manera, Dios es único respecto del orden universal y el soberano lo es respecto del Derecho. Así lo explica Kelsen:

"La jurisprudencia ha reconocido que el Estado, en la medida que es declarado soberano, es decir, vuelto absoluto, presupuesto como ser jurídico de absoluta supremacía, debe constituir el ser jurídico único, ya que si llevamos el concepto de soberanía hasta sus últimas consecuencias, la soberanía de determinado Estado excluye la soberanía de cualquier otro Estado y, por ende, excluye a cualquier otro Estado como comunidad soberana"²⁰⁵.

En tercer lugar, la analogía entre Dios y el soberano se muestra en el grado de posesión de poder. Es en este punto donde se habla de omnipotencia. La omnipotencia divina puede entenderse como la capacidad de realizar cualquier acción o de producir cualquier estado de cosas. La omnipotencia tiene su reflejo en la soberanía: la capacidad o competencia de crear cualquier tipo de ley y dotarla de cualquier contenido.

"Cuando la soberanía del Estado es interpretada como poder, no se trata sino de este mismo poder que toda teología afirma como esencia de Dios y que, elevado al rango de omnipotencia absoluta, es proclamado también por el Estado; aunque, en un principio,

²⁰⁵ .KELSEN, Hans: "Dios y Estado"; op.cit., pág.254.

únicamente en un sentido normativo: al hablar de la omnipotencia del Estado, sólo se quiere decir que, en su esfera jurídica específica, el Estado puede hacer todo lo que quiera, que el orden jurídico puede asumir cualquier contenido"²⁰⁶.

También puede señalarse la semejanza entre ambos conceptos en uno de los problemas que afecta a ambas entidades: la dificultad de hacer compatibles la dualidad Dios-mundo y Estado-Derecho. Por un lado, ¿cómo entender la relación entre la trascendencia de Dios frente al mundo?, y por otro, ¿cómo entender la trascendencia del soberano frente al Derecho?²⁰⁷ La solución que la Teología y la teoría del Derecho han ofrecido han sido similares: Dios y el Estado (el soberano) se transforman respectivamente, en mundo y en Derecho (en autoridad jurídica). Dios se transforma en Dios-Hombre, mientras que el Estado -definido como poder ilimitado y omnipotente, es decir, como el soberano- acaba por convertirse en Derecho, en persona jurídica. Esta metamorfosis se realiza mediante la creación de un orden jurídico por parte del Estado -el soberano-, para después someterse espontáneamente a él²⁰⁸.

²⁰⁶ .KELSEN, Hans: "Dios y Estado"; op.cit., pág.254-5. Sirva también de ejemplo esta cita de Bodin: "Al igual que el gran Dios soberano no puede crear otro Dios soberano, ya que siendo infinito no puede por demostración necesaria, hacer que haya dos cosas infinitas, del mismo modo podemos afirmar que el príncipe que hemos puesto como imagen de Dios, no puede hacer de un súbdito su igual sin que su poder desaparezca".BODIN, Jean: *Los seis libros de la República*; op.cit., pág.73

²⁰⁷ .KELSEN, Hans: *Teoría General del Estado*; op.cit., pág.100

²⁰⁸ .KELSEN, Hans: *Ibidem*, pág.101

3. Los argumentos justificatorios de la omnipotencia divina y del soberano

La noción de omnipotencia ha sido ampliamente tratada y defendida sobre bases religiosas y filosóficas. Entre las primeras se señala que si Dios fuese un ser no omnipotente sería únicamente un ser igual a los demás seres, no mereciendo ser objeto de culto. Sólo un ser auténticamente supremo y omnipotente puede ser Señor del Universo y, por consiguiente, objeto adecuado de las actitudes religiosas.

De una manera similar, se ha esgrimido como razón de las propiedades del soberano la necesidad de que exista una autoridad que realice en la Tierra las mismas funciones que ejerce Dios en el cosmos²⁰⁹. Son múltiples los textos medievales en los que se puede observar esta idea. Un ejemplo significativo es la obra de Tomás de Aquino, quien sostiene :

"Se explica la tarea del rey en que según la naturaleza, el rey ocupa en su reino el lugar que el alma ocupa en el cuerpo y Dios en el mundo"²¹⁰.

Respecto a la justificación filosófica, se ha sugerido que la apelación al soberano como base necesaria del orden jurídico es paralela a la creencia en la fundamentación metafísica de las verdades como base

²⁰⁹ "El emperador... es el salvador de la humanidad, que si no fuera por él perecería; es parte integrante del orden cósmico y creador y guardián del orden terrenal y, en consecuencia, reúne en sí mismo los poderes de Dios". GARCIA PELAYO, Manuel: *Del mito y la razón en el pensamiento político*; op. cit., pág.171

²¹⁰ .TOMAS DE AQUINO: *La monarquía*; Tecnos, Madrid, 1989. Pág.63.

necesaria de la epistemología y el conocimiento humano²¹¹. En efecto, en el pensamiento filosófico de la época moderna fue característico la búsqueda de una base absoluta e incuestionable del conocimiento, es decir, el establecimiento de algunas verdades absolutas. Estas constituirían las bases desde las cuales construir un orden deductivo de enunciados verdaderos²¹². Si esto fue así, no es extraño que se llegara a una teoría del Derecho en la que los conceptos de ley y orden jurídico estuvieran estrechamente ligados con el Derecho emanado del soberano.

La búsqueda de la base de la que se pueda derivar la existencia del cosmos, por un lado, y del Derecho, por el otro, remite a un mismo argumento lógico: el regreso al infinito. La solución a ese problema conduce a postular la necesidad de un punto final en la descripción de la realidad en cuestión: Dios en el caso del mundo, y el soberano en el ámbito de un sistema de normas jurídicas.

Respecto a la noción de Dios, el ejemplo clásico de utilización del argumento del regreso al infinito se encuentra en algunas de las famosas vías tomistas de justificación de la existencia de Dios²¹³:

²¹¹ .MacCORMICK, Neil: "Beyond the Sovereign States"; *Modern Law Review*, 56, 1993, pág.15

²¹² .MacCormick señala, a su vez, que este compromiso con lo absoluto y lo necesario puede haber sido motivado por las guerras de religión, que provocaron la búsqueda de algo que validara de una manera definitiva y final las disputas. MacCORMICK, Neil: *Ibidem*, pág.15

²¹³ .TOMAS DE AQUINO: *Summa Theologica*; I, q. 2, a. 3. Ver al respecto WILKS, Ivor: "A note on Sovereignty" en *In Defence of Sovereignty* (ed.STANKIEWICZ, W.J.), Oxford University Press, London/Toronto, 1969. Pág-201

a) la vía cosmológica parte del principio de que todo lo que se mueve es movido por otro. Ahora bien, si aquello que lo mueve a su vez se mueve, entonces es preciso que también él sea movido por otro, y así sucesivamente. Pero es imposible seguir de esta manera hasta el infinito. Por consiguiente, es necesario llegar a un primer motor que no sea movido por nada: Dios;

b) la vía causal en la serie de causas eficientes no podemos remontarnos hasta el infinito, porque entonces, no habría causa primera. Y por consiguiente, tampoco una causa última ni causas intermedias; por lo tanto, debe haber una causa eficiente primera, que es Dios;

c) la vía de la relación entre lo contingente y lo necesario en virtud de la cual los estados de cosas contingentes encuentran su fundamento en estados de cosas necesarios. Éstos tienen la causa de su necesidad en sí o en otro. Si tienen la causa en otro, remiten a este otro, y como no se puede suponer una cadena de causas hasta el infinito, es preciso llegar a algo que sea necesario por sí y sea causa de la necesidad de lo que es necesario para otro: Dios.

En relación al soberano, los argumentos lógicos a los que se ha apelado para justificar su existencia han sido:

a) el argumento de la supremacía (o no subordinación) parte de la base de que en cualquier orden jurídico existen órganos cuyo

poder²¹⁴ para emitir mandatos deriva de autoridades superiores que le han otorgado ese poder. Sin embargo, una cadena al infinito de órganos de este tipo es imposible. En consecuencia, debe existir una autoridad dentro del sistema cuyo poder no deriva de ningún otro órgano: el soberano.

b) el argumento de la no limitación toma como punto de partida el hecho de que en cualquier ordenamiento jurídico hay órganos cuyo poder es limitado por órganos superiores. La cadena de órganos con poder limitado no puede hacerse infinita. Debe entonces, existir una autoridad cuyo poder es ilimitado: el soberano.

Tras esta breve exposición aparece con bastante claridad la semejanza que existe entre las vías de Tomás de Aquino para justificar la existencia de Dios y uno de los argumentos de la teoría del soberano absoluto que sirve para justificar la existencia de un soberano. Las vías cosmológica, causal y la de la relación entre lo contingente y lo necesario descansan en un mismo argumento: el rechazo del regreso al infinito. Este razonamiento es, precisamente, el utilizado para justificar la existencia de un soberano, en sus notas de supremacía e ilimitabilidad.

En resumen, se puede decir que los conceptos de Dios y soberano comparten algunas características similares: 1) presuponen, por un lado, la capacidad de realizar cualquier tipo de acción y, por otro lado,

²¹⁴ .El significado de la palabra "poder" en este contexto no está claramente delimitado. Como se ha tenido la oportunidad de ver en páginas anteriores, pueden atribuírsele dos sentidos: a) como capacidad efectiva de imponer normas; b) como competencia para crear normas. Este segundo sentido es claramente aplicable a la idea de una autoridad en un orden jurídico.

la capacidad o competencia de crear cualquier tipo de ley; 2) la supremacía; 3) la unicidad. Además también existe una notable isomorfía en los argumentos justificatorios de la existencia de Dios y del soberano: las vías tomistas de justificación de la existencia de Dios y los argumentos del soberano absoluto. Mientras la idea de Dios constituye una necesidad conceptual para explicar el mundo, la noción de soberano parece, también, constituir una necesidad conceptual para explicar el Derecho.

Ahora bien, debido a esta isomorfía, es posible afirmar que algunas de las inconsistencias internas que los filósofos detectaron en el concepto de la omnipotencia divina son susceptibles de ser aplicadas a la noción de soberano absoluto.

III. LAS INCONSISTENCIAS INTERNAS DE LA NOCIÓN DE OMNIPOTENCIA DIVINA

1. Los límites lógicos de la noción de omnipotencia

La noción de omnipotencia ha sido ampliamente estudiada por la filosofía de este siglo. Pero, a diferencia de épocas anteriores, el interés no ha sido mostrar su importancia en la concepción religiosa y filosófica del mundo, sino más bien analizar su coherencia interna. En efecto, la filosofía analítica ha mostrado algunos de los problemas conceptuales inherentes a su significado clásico que ponen de manifiesto la imposibilidad lógica de predicar simultáneamente algunas de las propiedades que suelen atribuirse al término "omnipotencia".

El término "omnipotencia" no ha tenido un único y claro significado. En ocasiones ha designado un ser que: a) posee todos los poderes; b) es capaz de realizar todas las acciones; c) es capaz de realizar todos los estados de cosas. En cualquier caso, la teología y también algunos filósofos han llevado el alcance de ese "todos" hasta el extremo, ya que incluso abarca lo lógicamente imposible. Valga como ejemplo esta cita de Descartes

"No me parece que pueda decirse que en algún caso no pueda hacer Dios alguna cosa, pues como la razón de ser de lo verdadero y lo bueno dependen de su omnipotencia, ni siquiera me atrevería a decir que Dios no puede hacer que haya un monte sin valle, o que la suma de uno y dos no sea tres; lo único que digo es que él me ha dado una mente tal que yo no puedo concebir un monte sin valle, o que la suma de uno y dos no sea tres, etc. y que tales cosas implican contradicción en mi concepto".²¹⁵

En el caso de que se admitiera una tesis como la de Descartes acerca de la capacidad del agente omnipotente de realizar acciones lógicamente imposibles, esto supondría un mundo donde caben acciones o estados de cosas contradictorios. Pero, en tal caso no sería posible representarse un mundo no lógico, como el que surgiría de aceptar que el agente omnipotente puede realizar simultáneamente acciones contradictorias. Por otro lado, también es discutible una lógica en la cual existieran teoremas que permiten enunciados del tipo "p y -

²¹⁵ .DESCARTES, René: *A Arnauld*, 29 de Juillet 1648, en *Oeuvres de Descartes*; J. Vrin, París, 1972, pág. 223-4. Al respecto puede consultarse el artículo de ROVIRA, Rogelio: "¿Puede hacer Dios lo imposible? Sobre la concepción cartesiana de la omnipotencia divina"; *Revista de Filosofía*; 10, 1993 , págs. 329-350

p ", pues cualquier enunciado podría derivarse de ese sistema lógico, como por ejemplo: "Dios puede p y no puede p ". Esto, sin duda, sería una conclusión paradójica para quien sostuviera la existencia de un Dios omnipotente²¹⁶.

Las leyes lógicas establecen un marco a la omnipotencia de Dios. En este sentido, Dios es omnipotente en tanto puede causar cualquier acción o estado de cosas que pueda suceder lógicamente²¹⁷.

Por estas razones, algunos filósofos no han sido tan exigentes en la caracterización de esta propiedad. Por ejemplo, Tomás de Aquino admite la existencia de un agente omnipotente, Dios, pero que no tiene un poder ilimitado, pues no puede hacer todas las cosas:

"Se llama a Dios omnipotente porque puede hacer todas las cosas absolutamente posibles"²¹⁸.

Ahora bien, esta restricción no implica negarle el atributo de agente omnipotente:

²¹⁶.Al respecto, valga la cita de E. Bulygin: "Si alguien me dijera que la lógica que nosotros conocemos sólo vale para la razón finita del hombre y que la razón divina, siendo infinita, tiene su propia lógica que nosotros no conocemos y no podemos conocer, respondería con Wittgenstein: 'Acerca de lo que no se puede hablar, más vale guardar silencio'. BULYGIN, Eugenio: "Omnipotencia, omnisciencia y libertad" en *Análisis lógico y Derecho*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992. Pág.559.

²¹⁷.PIKE, Nelson: "La omnipotencia y la capacidad de Dios para pecar" en *Los mandatos divinos y la moralidad*; en (Paul HELM, comp.): *Los mandatos divinos y la moralidad*; FCE, México, 1986, pág.127. Ver también, MACKIE: "Evil and Omnipotence" en *The Philosophy of Religion* (ed. Basil MITCHELL), Oxford University Press, 1971 [Mind, 64, 1955, págs. 200-212]: "...que omnipotencia nunca ha significado el poder de hacer aquello que es lógicamente imposible". Pág.95

²¹⁸.TOMAS DE AQUINO: *Summa Theologica*; I, q. 25, a 3. Ver al respecto: PIKE, Nelson: "La omnipotencia y la capacidad de Dios para pecar"; *Revista de Filosofía*; 10, 1993, pág.126.

"pudiendo Dios hacer todas las cosas que pueden hacerse, mas no las que implican contradicción, con razón se llama omnipotente"²¹⁹.

Esta restricción de la omnipotencia conduce a una reformulación de ese concepto en el que se subraya que el agente es omnipotente respecto de acciones o estados de cosas, lógicamente posibles y que dicho agente puede producir²²⁰.

En consecuencia, una condición necesaria para que un agente omnipotente realice una acción es que ésta sea lógicamente posible. En definitiva, se puede concluir con Bulygin que,

"...en la frase 'Dios puede hacerlo todo' el pronombre 'todo' debe someterse a ciertas restricciones. Por lo pronto, parece evidente que Dios es omnipotente si puede crear todo lo que es posible crear, pero sería excesivo exigir que pudiera crear también lo imposible. Pero, ¿acaso hay algo imposible para un ser todopoderoso? La respuesta no puede ser sino afirmativa: ni siquiera un dios omnipotente puede crear lo que es lógicamente imposible; las leyes lógicas ponen un límite aún a la omnipotencia divina"²²¹.

²¹⁹ .TOMAS DE AQUINO: *Summa Theologica*; Ia, q. 25, a. 3, conclusio.

²²⁰ .SWINBURNE, Richard: "Omnipotence", en *American Philosophical Quarterly*; 10, 1973. Pág.231.

²²¹ .BULYGIN, Eugenio: "Omnipotencia, omnisciencia y libertad"; op.cit., pág.548. Ver también ROMERALES, Enrique: "Omnipotencia y coherencia"; op.cit., pág.365.

2. Los límites del soberano absoluto

En principio, el dominio de acciones del soberano absoluto está constituido por las normas que puede crear. Como se puso de manifiesto, este dominio sería irrestricto. Pero si la objeción señalada en el apartado anterior es válida, también el soberano está limitado conceptualmente: puede ordenar todo aquello que es posible ordenar. El ámbito de lo posible está delimitado aquí por la lógica, esto quiere decir que respecto de ciertas acciones o estados de cosas el individuo no será soberano si su regulación mediante normas es, por razones lógicas, de imposible cumplimiento. Este sería, por ejemplo, el caso de normas contradictorias entre sí.

Lo dicho hasta el momento supone una delimitación más precisa del dominio de acción del soberano absoluto. Dentro de su capacidad o competencia para crear normas parece que no es posible ordenar aquellas acciones que por razones lógicas no pueden ser realizadas por el destinatario. De hacerlo, habría fracasado en su intento de guiar la conducta de aquél. Pero, dentro del ámbito de acciones lógicamente posible sí puede promulgar cualquier norma.

Sin embargo, al margen de los límites conceptuales examinados y que delimitan el campo de acciones posibles del ser omnipotente -y por extensión, del soberano-, han habido otros problemas concernientes a dicho concepto: la imposibilidad de atribuir a Dios conjuntamente la omnipotencia y la bondad infinita o la incompatibilidad entre la omnipotencia y la eternidad. A pesar del atractivo que estas paradojas

podrían tener desde el punto de vista filosófico, a efectos de este trabajo interesa fundamentalmente la denominada "paradoja de la piedra".

3. La paradoja de la piedra

La importancia de esta paradoja radica en que pone seriamente en cuestión la consistencia lógica del concepto de omnipotencia. La forma tradicional de plantear esta paradoja es la siguiente: ¿puede Dios, en tanto que ser omnipotente, crear una piedra tan grande que él mismo no pueda levantar? La pregunta no puede ser contestada satisfactoriamente desde el punto de vista de la omnipotencia. Si la respuesta es afirmativa, es decir, puede crear la mencionada piedra, entonces, se concluye que hay una acción que no puede realizar: levantar la piedra. Si la respuesta es negativa, entonces es la primera acción aludida en la paradoja la que es de imposible ejecución: crear la piedra.

La paradoja puede expresarse de una manera más formalizada. Si Dios es un agente omnipotente, entonces

- (1) Dios puede crear una piedra que no puede levantar, o bien Dios no puede crear una piedra que no puede levantar;
- (2) Si Dios crea una piedra que no puede levantar entonces, necesariamente hay una acción que no puede realizar: levantar esa piedra;

(3) Si Dios no puede crear una piedra que no puede levantar, entonces, necesariamente, hay una acción que Dios no puede realizar: crear la piedra en cuestión;

(4) De aquí que hay, al menos, una acción que Dios no puede ejecutar;

(5) Si Dios es un agente omnipotente, Dios puede realizar cualquier acción;

(6) Por tanto, Dios no es omnipotente.

En definitiva, este argumento prueba que el concepto de agente omnipotente es internamente incoherente.

No han sido pocos los intentos de solucionar esta paradoja. Una de las propuestas de solución de la paradoja más interesantes es la de John Mackie²²². La respuesta de Mackie consiste en distinguir dos sentidos de omnipotencia:

1) un primer sentido o nivel (omnipotencia-1) abarca el poder ilimitado de actuar. Es decir, la omnipotencia-1 supone que el agente omnipotente puede crear, efectuar, deshacer, etc. cualquier acción o estado de cosas;

2) un segundo sentido (omnipotencia-2) consiste en el poder ilimitado de determinación de los poderes de actuar de cualquier acción o estado de cosas (omnipotencia-1). En otras palabras,

²²² .MACKIE: "Evil and Omnipotence"; op.cit., pág.102-3.

tiene el poder ilimitado para determinar sus posibilidades de acción.

Una vez efectuada esta distinción, puede hablarse de dos situaciones posibles de omnipotencia:

1) aquella situación en la que el individuo omnipotente puede tener indefinidamente lo que se ha denominado omnipotencia-1, un poder de actuación completo sobre acciones y estados de cosas.

2) aquella en la que el agente omnipotente tiene en un momento determinado la omnipotencia-2, es decir, un poder ilimitado para determinar sus posibilidades de acción. Luego, esta omnipotencia-2 podría emplearse para modificar ese ámbito de posibilidades, de modo que no tendría después una omnipotencia de primer orden. En este caso, cualquier alteración de los poderes implica necesariamente el abandono de la omnipotencia-1.

Es importante subrayar que la posibilidad de tener por tiempo indefinido ambos niveles de omnipotencia está fuera del ámbito de capacidad del agente omnipotente²²³. Si posee la omnipotencia-1, no ejerce la omnipotencia-2; pero si posee la omnipotencia-2 su ejercicio comporta necesariamente la supresión de la omnipotencia-1 para el futuro. En definitiva, como dice el propio Mackie, la paradoja pone de manifiesto que:

²²³.En términos parecidos se pronuncia Swinburne: "Es incoherente suponer que debe existir un ser omnipotente que es necesariamente dependiente para siempre de su omnipotencia"; SWINBURNE, Richard: "Omnipotence"; op.cit., pág.236

"no se puede adscribir consistentemente a cualquier ser continuo una omnipotencia inclusiva"²²⁴.

De todo lo expuesto en este apartado, se sigue las siguientes conclusiones:

- 1) la comparación entre soberano y Dios (agente omnipotente) ha sido un rasgo constante del pensamiento jurídico-político occidental cuya principal función ha sido justificar la necesidad del establecimiento de individuos u órganos soberanos;
- 2) los problemas lógicos que afectan la noción de omnipotencia suponen una serie de límites a la capacidad de actuación del agente omnipotente;
- 3) la paradoja de la piedra revela la inconsistencia conceptual de una omnipotencia omnitemporal.

En el siguiente apartado se abordará este mismo problema, pero en referencia al concepto de soberano.

²²⁴ .MACKIE: "Evil and Omnipotence"; op.cit., pág.103. Sin embargo, en uno de sus últimos trabajos, Mackie ha aceptado la posibilidad de que un dios pueda tener conjuntamente ambos tipos de omnipotencia: "un dios podría *tener* tanto omnipotencia de primer orden como de segundo orden, en tanto él no ejerciera su omnipotencia de segundo orden en una forma que limitase su poderío de primer orden". No obstante, en el nuevo examen de la paradoja acaba concluyendo que: "... si tanto la respuesta afirmativa como la negativa son de este modo defendibles, vuelve a plantearse la paradoja... tenemos una cuestión indecible en cuanto a ella". Ver *El milagro del teísmo*; Tecnos, Madrid, 1994 [Oxford University Press, 1982]. Trad. J.Gallego. Pág.191. Por otro lado, sería conveniente distinguir entre tener poder y ejercer poder. Lo que no puede hacer el agente omnipotente es ejercer un poder continuo y autocomprensivo simultáneamente.

IV. "LA PARADOJA DE LA SOBERANÍA PARLAMENTARIA": SOBERANO AUTOCOMPREENSIVO Y SOBERANO CONTINUO

1. Introducción

Los límites conceptuales de la noción de omnipotencia que han sido señalados a raíz de la paradoja de la piedra pueden aplicarse de manera análoga a la noción de soberano. Ahora bien, en el esquema desarrollado por los autores que han tratado este tema, la noción de soberano tiende a significar autoridad en sentido legal. Es decir, una autoridad que posee competencia establecida por normas. Estas establecen un ámbito definido de asuntos sobre los que puede emitir normas. Por eso, en este contexto jurídico suele hablarse de "la paradoja de la soberanía parlamentaria". Y si respecto de la omnipotencia se propuso una solución basada en dos niveles, en el caso del soberano, la solución al dilema también pasa por la distinción entre dos niveles de soberano en sentido legal²²⁵.

La paradoja surge del enunciado característico de la teoría absoluta del soberano, y que constituye el principio de la soberanía parlamentaria: "el soberano (el Parlamento) puede dictar cualquier ley"²²⁶. Ahora bien, ¿puede el Parlamento dictar una norma inderogable?, como, por

²²⁵ .Más adelante se abordará la posibilidad de aplicar la misma distinción a la idea de soberano como autoridad de facto.

²²⁶ .Ver AUSTIN, John: *The Province of Jurisprudence Determined*; (ed. H.L.A. HART), pág.358. DICEY, A.V.: *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*; MacMillan Education, Hampshire-London, 10ª ed. 1959 [1885]. Introducción E.C.S. Wade, págs.39-40. También y más recientemente: WADE, E.C.S.-PHILLIPS, G.G.: *Constitutional Law*; 1955, pág.39

ejemplo, dictar (N) "La tortura queda abolida. Esta norma es inderogable". Esta cuestión origina una paradoja, ya que cualquiera de las respuestas que se ofrezcan conduce a la conclusión de que existe al menos una acción normativa que no puede ser realizada por el Parlamento. Esta paradoja puede mostrarse en los siguientes pasos:

- 1) el Parlamento puede dictar una norma inderogable o no la puede crear;
- 2) si el Parlamento dicta una norma que no puede derogar, entonces hay al menos una acción normativa que el Parlamento no puede hacer: derogar esa norma;
- 3) si no puede crearla, entonces, también hay una acción normativa que no puede hacer: promulgar esa norma;
- 4) hay, al menos, una acción normativa que el Parlamento no puede hacer;
- 5) si el Parlamento es soberano, puede crear cualquier norma;
- 6) por tanto, el Parlamento no es soberano.

El principio de la soberanía parlamentaria es insostenible en los dos casos, puesto que en ambos existe alguna acción normativa que el soberano no puede realizar. En otras palabras, la noción de soberano requiere algún tipo de precisión que evite esta paradoja.

2. La paradoja de la soberanía parlamentaria y la distinción entre soberano continuo y autocomprensivo

Los juristas no tardaron en aplicar a la noción de soberano la distinción delineada por los filósofos respecto de la noción de omnipotencia²²⁷. Ilmar Tammelo señaló que la paradoja provoca, como ya se vió anteriormente, la imposibilidad de sostener el principio de la soberanía parlamentaria en sus términos originarios. La solución a la paradoja apunta, según Tammelo, a distinguir dos nociones de soberano, distinción similar a la de Mackie respecto de la noción de omnipotencia. En este mismo sentido, Hart también distinguió dos nociones de soberano²²⁸. En el primer caso de soberano -correlato de la omnipotencia-1 de Mackie-, Hart habla de "soberano continuo":

"... en cada momento de la existencia del monarca tiene un poder continuo de legislar como desee sobre cualquier materia excepto la limitación de sus poderes, por lo que no puede limitar irrevocablemente sus poderes"²²⁹.

²²⁷ .TAMMELO, Ilmar: "The Antinomy of Parliamentary Sovereignty"; *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*; op.cit. HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*; op.cit. pág.186. Ver también "Self-referring Laws"; en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*; Clarendon Press, Oxford, 1983 [1964] op.cit., pág.177. FITZGERALD, Patrick: "The 'Paradox' of Parliamentary Sovereignty"; *Irish Jurist*, 1972, págs.28-48. WINTERTON, George: "The British Grundnorm: Parliamentary Supremacy Re-examined"; *The Law Quarterly Review*, 1976, vol.92, págs.591-617

²²⁸ .De nuevo es preciso señalar que se distingue entre dos nociones de autoridad distintas: la efectiva y la suprema. Hart parece referirse únicamente a la segunda. Pero la distinción es relevante porque la predicación de continuidad o autocomprensividad será distinta en uno y otro caso.

²²⁹ .HART, H.L.A.: "Self-Referring Laws"; op.cit., pág.177

La omnipotencia continua supone un poder para promulgar normas que no afecte su competencia legislativa. Es decir, el soberano no puede modificar irrevocablemente sus poderes.

Al segundo caso de soberano -correlato de la omnipotencia-2-, Hart lo denomina "soberano autocomprensivo".

"... el monarca tiene poder de legislar sobre todas las materias incluida la limitación irrevocable de sus poderes"²³⁰.

El poder autocomprensivo del soberano incluye la capacidad de destruir su poder normativo de una manera irrevocable para el futuro.

V. DOS NOCIONES DE SOBERANO: SOBERANO0 Y SOBERANO1

1. Introducción

La paradoja de la soberanía parlamentaria ha permitido mostrar no sólo la inconsistencia interna del concepto de soberano, sino que ha llevado también a distinguir entre dos nociones de soberano: soberano continuo y soberano autocomprensivo.

Pero esta no es la única distinción conceptual que se puede señalar en la noción de soberano. En tanto que el soberano es un subtipo de autoridad normativa, le es perfectamente aplicable una distinción

²³⁰.HART, H.L.A.: "Self-Referring Laws"; op.cit., pág.177. Ver SUBER, Peter: *The Paradox of Self-Amendment. A Study of Logic, Law, Omnipotence and Change*; op.cit., pág. 154.

clásica que se aplica a ésta última noción: a) autoridad efectiva (o de facto); b) autoridad legal (o de iure)²³¹ .

Una propuesta reciente de clarificación del concepto de soberano ha sido la de Ernesto Garzón Valdés que ha sugerido distinguir las nociones de soberano⁰ y de soberano¹. El examen y revisión de estos conceptos permitirá avanzar en la caracterización de la idea de autoridad suprema en un Estado.

El análisis de Garzón Valdés se fundamenta en las ideas de von Wright sobre la validez de las normas de orden superior²³² .

Según von Wright, un sistema normativo es una cadena de normas situadas en diferentes grados jerárquicos en el que la validez de una norma presupone la existencia de otra norma que permite su creación. No obstante, en un sistema normativo es preciso distinguir entre normas de primer orden y normas de orden superior. Mientras las primeras tienen como contenido actos no normativos, las segundas se caracterizan porque su contenido son actos normativos, o en otras palabras, versan sobre otras normas. Pero toda cadena normativa finaliza en una norma soberana, es decir en una norma de la cual no es posible predicar validez o invalidez. Paralelamente, pueden distinguirse entre autoridades de primer y segundo (o más) órdenes.

²³¹ .Ambos sentidos de autoridad ya habían sido considerados por John Austin cuando distinguía entre gobiernos de iure y gobiernos de facto. Ver también PETERS, R.S.: "La autoridad"; en QUINTON, Anthony: *Filosofía política*; FCE, México, 1974 [Oxford University Press, 1967]. Trad. E.L. Suárez. Págs. 131-132

²³² .Ver GARZON VALDES, E.: "Las limitaciones jurídicas del soberano"; en *Derecho, ética y política*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993., págs. 196 y ss.

Las normas de orden superior pueden ser prohibiciones o permisos (normas de competencia). Estas últimas tienen como finalidad otorgar *poder* a una determinada autoridad para la creación de normas. A través de las normas de competencia la autoridad delega poder a una subautoridad de orden inferior.

Ahora bien, es preciso realizar una distinción ulterior entre autoridades (y normas) de orden superior, que da origen al concepto de *soberano* (y de normas soberanas):

"si el acto normativo de dar una norma no es, a su vez, el contenido de ninguna norma de orden superior, entonces el agente que ejecuta este acto (emite esta norma) se dirá que actúa como *soberano* o *autoridad suprema* de la norma en cuestión"²³³.

La reconstrucción de la cadena de validez normativa y de autoridad soberana que realiza von Wright quizá sea una de las explicaciones más claras de una determinada noción de soberano. Esta noción de soberano ha sido denominada por E. Garzón Valdés como "soberano"²³⁴.

2. La noción de "soberano"

Garzón Valdés relaciona explícitamente la noción de soberano con la idea de autoridad soberana elaborada por G.H. von Wright. Este señala

²³³ .VON WRIGHT, G.: *Norma y acción*; op.cit., pág.197

²³⁴ .GARZON VALDES: "Las limitaciones jurídicas del soberano", op.cit., pág.197.

que una cadena normativa no puede ser infinita²³⁵. Para evitar este resultado concluye que a dicha cadena no sólo pertenecen normas válidas, sino también normas *existentes*. Estas son las normas soberanas, que no son válidas ni inválidas. Si se presupone una cadena de subordinación de normas donde hay dos o más eslabones de normas válidas (en sentido relativo), la norma inferior se considerará válida en sentido absoluto si puede retrotraerse, aunque sea remotamente, a una norma soberana (el primer eslabón de la cadena). Así pues, von Wright concluye que

"Todas las normas que son eslabones en, por lo menos, una cadena que tiene su origen en las normas soberanas promulgadas por una y la misma autoridad, se dirá que pertenecen a una y la misma jerarquía u orden o sistema normativo. A las propias normas soberanas las incluiremos, por definición, en el sistema"²³⁶.

La noción de autoridad soberana está ligada conceptualmente a la creación de una nueva cadena normativa -un orden jurídico- dado que el establecimiento de una norma soberana no puede ser el contenido de una norma perteneciente a un sistema normativo. La explicación del origen de las normas soberanas que ofrece von Wright remite en una explicación temporal a una norma inválida. Los actos de emitir normas inválidas constituyen actos de insubordinación con relación a la norma de orden superior. Cuando una autoridad dicta normas inválidas vulnera la prohibición que le había impuesto la autoridad superior:

²³⁵ "Si esta cadena es infinita, el concepto de validez parecería perder todo significado o quedar como suspendido en el aire". VON WRIGHT, G.: *Norma y acción*; op.cit., pág.202

²³⁶ VON WRIGHT, G.: *Ibidem*, pág.204

traspasó los límites de su competencia normativa. En palabras de von Wright,

"Se apoderó o usurpó un poder que no sólo no se le había delegado, sino que se le había denegado expresamente"²³⁷.

La subautoridad, al dictar la norma inválida, fue más allá de los límites de su competencia normativa y obligó ilegalmente a los sujetos normativos a desobedecer normas de la autoridad superior. Según von Wright, ésta es la "lógica de la revolución":

"asir poder normativo ilegal e impeler a los ciudadanos a desobedecer las regulaciones existentes... Pues si el usurpador tiene éxito, en el sentido de que sus mandatos ilegales llegan a ser efectivos, es decir, generalmente obedecidos por aquellos a quienes van dirigidos, entonces, dado que sus mandatos están en conflicto con los mandatos válidos existentes estos últimos tendrán que hacerse inefectivos, cesar de ser generalmente obedecidos por los ciudadanos"²³⁸.

Frente a la emisión de una norma inválida, caben dos posibilidades: 1) que la autoridad legal superior tome medidas para castigar al infractor y disolver las relaciones que el usurpador ha logrado establecer; 2) que la norma ilegal y sus posibles repercusiones en forma de normas

²³⁷ .VON WRIGHT, G.: *Ibidem*, pág.205

²³⁸ .VON WRIGHT, G.: *Ibidem*, pág.206. En este punto sería posible distinguir dos casos distintos: la revolución y la usurpación. Mientras en la usurpación lo característico es que la autoridad A1 (autoridad legal) se dirija a A2 (autoridad usurpadora) prohibiéndole la promulgación de mandatos dirigidos a los destinatarios, en la revolución existe, además, una norma de (A1) dirigida a los destinatarios de no obedecer a la autoridad revolucionaria (A2). Ver MENDONÇA, Daniel: *Introducción al análisis normativo*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pág. 155

subordinadas tengan éxito y adquieran permanencia. En este último caso, la norma superior deja de ser eficaz, mientras que la del usurpador pasa a convertirse en *norma soberana*.

Así pues, la expresión "soberano" designa, en primer lugar, la autoridad que dicta normas soberanas -en el sentido que otorga a esta expresión von Wright- y que por definición crea un orden jurídico. La norma dictada por el soberano es la que permite hablar de validez de las normas emitidas posteriormente:

"De la norma que este soberano dicta no puede predicarse su irrevocabilidad (Cornides) y tampoco su validez o invalidez (von Wright), pero es la que permite hablar de revocabilidad o irrevocabilidad y de validez o invalidez de las normas del sistema"²³⁹.

En segundo lugar, es característico de la definición de "soberano" que se trata de una autoridad suprema de la cual no tiene sentido predicar límites jurídicos, ya que sus actos de creación normativa no son el contenido de ninguna otra norma:

"Si se acepta esta definición de soberano, es obvio que en este caso no puede hablarse de limitaciones jurídicas ya que su acto normativo no es contenido de ninguna norma del sistema"²⁴⁰

En tercer lugar, no habría ningún órgano ante quien esta autoridad pudiera obligarse jurídicamente²⁴¹.

²³⁹ .GARZON VALDES: "Las limitaciones jurídicas del soberano", op.cit., pág.197.

²⁴⁰ .GARZON VALDES: "Las limitaciones jurídicas del soberano", op.cit., pág.197.

En cuarto lugar, el soberano⁰ puede instituir un nuevo orden jurídico. Y esta creación supone algún tipo de delegación o constitución de una nueva *autoridad suprema o soberano¹*.

3. La noción de "soberano¹"

Según Garzón Valdés, también es habitual referirse con el término "soberano" a la última autoridad establecida por las reglas que disponen la conducta social dentro de un Estado²⁴². Este es un uso de "soberano" aceptado y compartido por la comunidad jurídica.

Sin embargo, es preciso distinguir entre la propiedad de ser la última autoridad del Estado y la de poseer un poder absoluto o supremo²⁴³. En efecto, ambas propiedades no están conectadas lógicamente, por lo que el soberano¹ puede carecer de lo que a veces los juristas llaman "competencia suprema o soberana": la posibilidad jurídica de modificar la Constitución sin limitación alguna²⁴⁴. Como señala Garzón Valdés,

²⁴¹ .GARZON VALDES, E.: "Acerca de las limitaciones legales al soberano legal"; *Sistema*, 43-44, 1981. Pág.55

²⁴² .GARZON VALDES: "Las limitaciones jurídicas del soberano", op.cit., pág.197

²⁴³ .De manera análoga respecto de los criterios de validez de un Derecho, Hart distingue entre criterios de validez "supremo" y "último". Un criterio de validez es supremo si las reglas identificadas por referencia a él son reconocidas como reglas del sistema, aun cuando contradigan reglas identificadas por referencias a otros criterios. En cambio, un criterio es último si proporciona criterios para la determinación de la validez de otras reglas, pero que no está subordinada a criterios de validez jurídica establecidos por otras reglas. HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*; op. cit., pág.132-133

²⁴⁴ .Según Kelsen, "competencia soberana quiere decir posibilidad de implicar un alargamiento o una restricción del ámbito objetivo de validez de un orden jurídico. Y a decir verdad, esta posibilidad de modificación deber ser ilimitada"; KELSEN, Hans: *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*; Giuffrè ed., Milano, 1989, pág. 71

"el que en algunos casos pueda el soberano¹ tener competencia suprema, como en el caso de las atribuciones otorgadas al Soviet Supremo de la URSS por el art.174 de la Constitución soviética, no significa que ambos términos sean equivalentes. Son perfectamente concebibles casos en los que el soberano¹ carece de competencia suprema. Como es sabido, Alexis de Tocqueville, por ejemplo, sostenía que la Constitución francesa de 1830 era inmodificable"²⁴⁵.

Garzón Valdés parece aceptar una noción de soberano¹ que puede llegar a incluir la competencia del tipo mencionado, pero también una competencia de alcance menor: un órgano o autoridad es soberano¹ si ha sido creado por normas soberanas. Es decir, no todo soberano¹ tiene la posibilidad otorgada por una norma jurídica de modificar ilimitadamente la Constitución.

En consecuencia, es posible identificar un soberano¹ en aquellos órdenes jurídicos donde existen normas que limitan la competencia material de dicha autoridad. Tal es el caso del artículo 79 de la Ley Fundamental alemana o el artículo 89 de la Constitución francesa de 1958.

Si la noción de soberano⁰ parece interesante en el análisis del surgimiento de órdenes jurídicos, la noción de soberano¹ reviste especial importancia para los juristas interesados tanto en realizar una clasificación y jerarquización de los órganos legislativos de un orden jurídico como en dilucidar cuál de ellos ostenta la competencia superior. En este sentido, según Garzón Valdés, la reconstrucción de las

²⁴⁵.GARZON VALDES: "Las limitaciones jurídicas del soberano", op.cit., 198.

cadenas de validez de un sistema normativo conduce a un punto final ocupado por las normas soberanas. Es más, es razonable pensar que las normas soberanas son las que establecen el procedimiento de reforma constitucional²⁴⁶. Esto significa, entonces, que Garzón Valdés identifica al soberano1 con el poder constituyente derivado.

Por último, sí pueden predicarse límites jurídicos del soberano1. Esta noción de soberano es eminentemente jurídica porque la existencia del individuo u órgano soberano sólo puede ser identificada por haber sido creada por una norma jurídica, en concreto, por las normas de más alta jerarquía del sistema. El soberano1 es una autoridad legal, por lo que su competencia para crear normas está establecida en una norma perteneciente al sistema jurídico. Por esta razón, puede afirmarse que el soberano1 tiene límites jurídicos, dado que sus actos creadores de normas están autorizados por aquellas normas²⁴⁷.

4. Las relaciones entre soberano0 y soberano1

Según Garzón Valdés, la relación entre las nociones de soberano0 y soberano1 puede mostrarse de la siguiente manera. En primer lugar, la noción de soberano1 supone temporal y conceptualmente el concepto de soberano0. Si no fuese así se caería en el regreso al infinito. La competencia del soberano1 ha sido establecida por una regla creada por el soberano0:

²⁴⁶ Como se verá más adelante, esta asimilación entre "normas soberanas" y "disposiciones de reforma constitucional" es discutible.

²⁴⁷ GARZON VALDES: "Las limitaciones jurídicas del soberano"; op.cit., 197

"no tendría mucho sentido hablar de soberano0 si luego resulta que no hay soberano1, ya que la definición de soberano0 tal como aquí es entendida, hace referencia a una cadena de actos normativos entre los que precisamente figuran los que realiza el soberano1 en ejercicio de su competencia."²⁴⁸

No se puede afirmar que hay soberano0 si no hay soberano1, y viceversa: sin soberano0 no existiría soberano1. Es precisamente aquél quien determina la competencia de este último. Es más, según Garzón Valdés, la relación entre el soberano0 y el soberano1 es de delegación:

"... podría pensarse en la conveniencia de distinguir dos tipos de soberanos; uno realmente absoluto en sentido fuerte [...] 'soberano0' y otro que ejerce funciones delegadas y limitadas por el soberano0 y al que propongo llamar 'soberano1'".²⁴⁹

En segundo lugar, cuando se trata de comunidades regidas por costumbres y que poseen una instancia suprema para la modificación de las reglas que gobiernan el comportamiento social de su habitantes, entonces es posible afirmar que existe un soberano1, pero no tendría mucho sentido hablar de soberano0.

En tercer y último lugar, una comunidad soberana²⁵⁰ donde no existen autoridades legislativas ni reglas de producción jurídica se encontraría en una situación similar a la del soberano0. Pero como se dijo antes, si

²⁴⁸. GARZON VALDES, E.: "Las limitaciones jurídicas del soberano"; op.cit., pág.198

²⁴⁹. GARZON VALDES, Ernesto: "Instituciones suicidas"; *Isegoría*, 9, 1994, pág.93

²⁵⁰. El atributo "soberano" parece ser utilizado aquí con un significado distinto al usado por Garzón Valdés a lo largo del artículo. En este contexto presenta una notable sinonimia con "independencia" de una comunidad, en cuanto no subordinada a otro Estado o comunidad.

no hay una autoridad legislativa legal, no sería posible identificar al soberano⁰ ni tampoco al soberano¹. Por tanto, en una comunidad de estas características no podría aplicarse esta distinción.

Las dos clasificaciones acerca de la noción de soberano examinadas hasta el momento -la de Hart y la de Garzón- hacen más profunda la comprensión de algunos de los fenómenos jurídicos relacionados con la idea de autoridad suprema en un Estado. En efecto, con estos conceptos: a) se puede distinguir entre la autoridad suprema *en un orden jurídico* y la autoridad *creadora de un orden jurídico*, b) se explican las distintas nociones de supremacía que se predica de ellas, y c) sirven para examinar los diferentes límites de los que son susceptibles.

Sin embargo, hay varias cuestiones abiertas en estas nociones de soberano:

1) ¿En cuál de las nociones de soberano de Garzón se encontraría el soberano austiniano?

2) ¿Qué ocurre con el soberano⁰ al crear el nuevo orden jurídico?, ¿desaparece?. Si desaparece, ¿en qué sentido lo hace? Si se supone que, como individuo que es, no desaparece -no se suicida o transfiere su poder-, y sigue manteniendo la fuerza, cabe preguntarse cuál de los dos "soberanos" sería el "verdadero" soberano: el individuo que ejerce poder efectivo o la autoridad legal.

Si se adopta la alternativa de afirmar que la autoridad suprema en el nuevo orden jurídico es el soberano¹, entonces ¿cómo pudo el soberano⁰ "transferir" o "delegar" un poder que no posee, un poder basado en reglas?, ¿limita la norma constitutiva del soberano¹ el poder de carácter efectivo del soberano⁰?

3) ¿Es aplicable la paradoja de la soberanía parlamentaria a la noción de soberano⁰? Esta cuestión está relacionada a su vez, con otro punto importante en el análisis del concepto de soberano, como es el de los límites de los que es objeto. Esta pregunta tiene importancia porque parece que esta noción de soberano no es susceptible de límites jurídicos, pero, por otro lado, este soberano crea -mediante reglas- un orden jurídico.

Estas preguntas llevan a realizar un examen más detallado de las nociones de autoridad suprema examinadas hasta el momento.

VI. LA DISTINCIÓN ENTRE AUTORIDAD PREINSTITUCIONAL SUPREMA Y AUTORIDAD JURIDICA SUPREMA.

1. Introducción

El análisis que realiza Garzón Valdés de la teoría austiniana del soberano y la posterior distinción entre el soberano⁰ y el soberano¹ constituyen un paso adelante en la comprensión conceptual de las diferentes autoridades relacionadas con un orden jurídico: a) la que lo

crea (soberano0); b) la que tiene la competencia legislativa suprema última (soberano1).

No obstante, este análisis puede ser parcialmente profundizado y revisado. Para ello, se tratará de exponer con mayor detenimiento cuáles son las propiedades que puede predicarse de cada una de estas dos autoridades. Por otro lado, se señalará la conveniencia no sólo modificar su denominación, sino también de especificar, aún más si cabe, sus respectivas propiedades y límites. En este sentido, utilizaré las expresiones "autoridad preinstitucional suprema" y "autoridad jurídica suprema".

2. La autoridad preinstitucional suprema y la paradoja de la soberanía parlamentaria

La autoridad preinstitucional suprema designa un individuo o grupo de individuos que emite normas que existen en virtud del establecimiento de relaciones normativas exitosas con los sujetos normativos, es decir, de su efectiva regulación de la conducta social. Este dato fáctico es el que convierte a este individuo en autoridad efectiva. En este sentido, esta noción de autoridad se asemeja a la noción de "ser una autoridad" de R. B. Friedman. Según este autor, "ser una autoridad" se refiere a una persona o grupo de personas que poseen una determinada cualidad, experiencia, conocimiento o virtud sobre una actividad o

materia²⁵¹. En el caso que nos concierne, el soberano clásico (y también el soberano⁰) es un tipo de autoridad que posee la habilidad o capacidad para influir en la conducta de ciertos destinatarios debido a que posee una determinada propiedad: el carisma, la fuerza, etc.

La existencia de este tipo de autoridad requiere necesariamente que logre efectivamente que sus normas sean obedecidas de una manera generalizada por los sujetos normativos. En este sentido, tal individuo es una autoridad efectiva suprema mientras ejerza el poder de manera exitosa. Una vez que pierde o deja de ejercer el poder de manera efectiva cesa en su carácter de autoridad suprema efectiva. El mantenimiento de esa vinculación, el ejercicio de la capacidad de mandar, es condición necesaria para predicar que existe un individuo como autoridad preinstitucional suprema²⁵².

La segunda propiedad de la autoridad preinstitucional suprema radica en que su capacidad de creación normativa es independiente de las reglas de un orden jurídico previo. Es por ello que aquí se sugiere denominarla "autoridad preinstitucional", ya que no es objeto de derechos o deberes establecidos normativamente.

Esta caracterización supone que las propiedades (fuerza física, carisma, conocimiento, etc.) que constituyen la base del poder de este

²⁵¹ .FRIEDMAN, R.B.: "On the Concept of Authority in Political Philosophy" en RAZ, Joseph (ed.): *Authority*; Basil Blackwell, Oxford, 1990, págs.80-81. Hay que señalar que este autor no cita entre los rasgos que originan que alguien sea una autoridad "la capacidad de imposición de sus órdenes", pero creo que esta propiedad no contradice su idea al respecto.

²⁵² .Ver sobre la noción de "ejercer poder" OPPENHEIM, Felix E.: *Political Concepts. A Reconstruction*; Basil Blackwell, Oxford, 1981, pág.10

individuo o grupo de individuos no están contempladas en reglas jurídicas como condiciones que autorizan a crear normas. Se podría hablar así de una "personalización del poder", ya que la atribución de poder a dichos individuos se fundamenta en propiedades personales. Por esa razón, también es importante subrayar que cuando desaparece el individuo o las propiedades que constituyen la base de su poder, también deja de ser autoridad. En consecuencia, sus mandatos dejan de tener fuerza vinculante²⁵³.

Hay dos formas de plantear la paradoja de la soberanía parlamentaria en relación al concepto de autoridad preinstitucional suprema.

En una primera aproximación la paradoja sería presentada de la siguiente manera: ¿puede la autoridad efectiva suprema emitir una regla que no pueda derogar? Formulada de esta forma, la pregunta de la paradoja comporta limitar el poder de la autoridad mediante reglas.

En realidad, esta pregunta se halla mal formulada, o en otras palabras, carece de sentido. La paradoja aplicada a una autoridad efectiva y preinstitucional carece de significatividad porque la paradoja presupone una autoridad con competencia para dictar normas. Es decir, se refiere a una autoridad jurídica y, por ello, se aplica característicamente al Parlamento británico.

Una segunda aproximación al problema supone reformular la paradoja y plantearla en términos de mandatos. En consecuencia, la paradoja

²⁵³ Ver al respecto ALCHOURRON, C.-BULYGIN, E.: *Sobre la existencia de las normas jurídicas*; Facultad de Derecho, Universidad de Carabobo, Valencia (Venezuela), 1979. Pág.36-37.