

DESPUÉS DE LA SOBERANÍA

ANTONIO-CARLOS PEREIRA MENAUT

Profesor «Jean Monnet»
de Derecho Constitucional Europeo
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO

1. CRISIS EN NUESTRAS CERTEZAS FAMILIARES.
2. ¿QUÉ ES LA SOBERANÍA?
3. SOBRE LA CRISIS DE LA SOBERANÍA.
4. EL CONCEPTO DE SOBERANÍA EN UN MUNDO GLOBALIZADO: ¿INSTRUMENTO O ESTORBO?
5. CONCLUSIÓN.

DESPUÉS DE LA SOBERANÍA

POR

ANTONIO-CARLOS PEREIRA MENAUT¹

Profesor «Jean Monnet» de Derecho Constitucional Europeo
Universidad de Santiago de Compostela

«Potestas absoluta non potest dari in Republica politica, el bene ordinata»

(Antonio LANARIO, *Repetitiones feudales*).

«La positividad significa que lo jurídicamente posible no tiene límite alguno, ni temporal, ni social, ni material. Dicho en otros términos: la positividad expresa para el ordenamiento jurídico lo que la teoría política conceptualiza como soberanía»

(Ignacio DE OTTO).

«Si lo que se afirma es [...] que la soberanía sigue estando en el pueblo alemán, sobre eso cabe manifestar dudas bien fundadas [...] [Pero] el mismo análisis que nos exige confirmar que la soberanía no ha sido transferida a los órganos europeos nos exige al mismo tiempo rechazar que continúe siendo propiedad exclusiva de ningún estado miembro».

(Neil MACCORMICK comentando la sentencia alemana sobre Maastricht).

«Todo el cortejo de palabras que acompañan a la idea de soberanía apenas resisten una comparación con el modo como actúan los ciudadanos [...]»

(Daniel INNERARITY).

¹ Agradezco las críticas de los profesores d'Ors, Stith, Bronfman, Cancela, Hakansson, Innerarity, Keating y Mira.

Este trabajo trata de contribuir a explicar la situación actual de la soberanía desde el modesto punto de vista de un jurista de una región europea a las puertas del año 2000. No es irrelevante que el que escribe sea jurista, y no politólogo, porque la soberanía es un concepto notablemente preciso y definido, que tuvo desde su origen una [¿femenino?] gran componente jurídica. Tampoco es irrelevante la localización geográfica pues, aunque en muchas cosas España se parece a Hispanoamérica más que a Europa, en materias como la superación de la soberanía y la relajación de las fronteras estatales, no es así. El estado, el territorialismo y la soberanía están muy vivos en Chile, Argentina, México o Perú, y en ese Continente los países suelen coincidir con los estados. Incluso en Puerto Rico, las discusiones entre la llamada «estadidad»², y la independencia parecen estar envenenadas por las viejas ideas del estado soberano, autosuficiente e igual a los demás sujetos jurídico-internacionales, aunque en realidad esas ideas sean librescas y ajenas a la experiencia histórica puertorriqueña. Ha habido menos estado en América que en Europa, pero, paradójicamente, el estatismo da la impresión de resistir más en la América Central y del Sur que en el Continente que lo inventó. También es paradójico que las naciones hispanoamericanas, que tienen entre ellas mucho más en común que las europeas, estén notablemente menos integradas en lo jurídico y lo político.

1. CRISIS EN NUESTRAS CERTEZAS FAMILIARES

Estas apasionantes cuestiones nos afectan a todos, pero no a todos exactamente por igual: la crisis de la soberanía y el empuje de la integración continental no presentan los mismos rasgos en América que en Europa, y esa diferencia hace el contraste más interesante. Por eso convenía comenzar advirtiendo en qué escenario tiene lugar nuestra reflexión. El autor de este pequeño trabajo enseña Derecho constitucional en una pequeña nación sin estado³, dotada de una limitada

² Adquirir la *stalehood* o condición de estado miembro de los Estados Unidos.

³ Según la Constitución española el estado no está dividido en naciones sino en comunidades autónomas que son «nacionalidades y regiones» (art. 2). Sólo se reconoce una nación, la española, indisoluble, «patria común e indivisible» (art. 2). Ahora bien, que la condición de nación se identifique con la de estado, y que pueda ser dada o negada por una ley, aunque sea la suprema, es discutible. En este trabajo partimos de la distinción entre nación y estado. Respecto al lindero entre re-

autonomía política (la comunidad autónoma de Galicia⁴) e integrada en un estado (España) que, a su vez, es miembro de la Unión Europea. Esta Unión está alcanzando altos niveles de integración económica y, últimamente, también jurídica y política. Todo ello configura un paisaje distinto del que se veía, y todavía se puede ver, en cualquier manual de Teoría del Estado, Derecho Público o Derecho Internacional, algunos de los cuales parecen escritos como si viviéramos en Francia o Prusia en el siglo XIX. Muchas de nuestras certezas familiares están en crisis, y la crisis se percibe con notable claridad desde dentro de la Unión Europea. Efectivamente, es posible que las Islas Vanuatu o cualquier pequeño estado recién descolonizado, igual que alguno de los estados hispanoamericanos, sea menos estado y menos soberano que los estados de España, Grecia, Portugal o Italia hoy, a pesar de toda la soberanía que éstos han perdido⁵. Pero en los cuatro últimos, las transformaciones ya están incluso formalmente reconocidas y proclamadas: su Derecho no es único ni supremo en su territorio, su máximo tribunal no es el más alto con jurisdicción sobre ellos, su moneda está a punto de desaparecer, su política exterior no puede ser decidida por ellos libremente, y sus ejércitos, integrados en la OTAN, no hacen mucho más que cuidar el orden público en los Balcanes, papel estimable pero más propio de un cuerpo de policía que de un ejército. Por último, las fronteras se relativizan cada día más y han perdido incluso su apariencia externa.

gión y nación, es imposible de dibujar con toda precisión, pero ello no impide que existan regiones y naciones razonablemente discernibles. Escribe Álvaro D'ORS que «la región se refiere al reparto local»; la nación, a la identidad del grupo personal (cfr. *La posesión del espacio*, Madrid, 1998, 52). La nación es un concepto social (un grupo de personas con identidad propia y con ciertas características políticas); el estado, un tipo de organización. Puede concebirse una nación de naciones, un estado de una nación, una nación con dos estados (Corea, Alemania antes de la reunificación) o un estado de varias naciones; pero no un estado de estados. Unos estados han coincidido con naciones (Portugal), aunque sea porque las han fabricado (Francia, Chile, Argentina), y otros, no (Alemania). Hoy se plantea el problema de cómo llamar a los estados que están dejando de serlo. Mientras no se invente otro término, igual que antes, siempre que sepamos lo que queramos decir. D'ORS es partidario de llamarles «naciones» (*La posesión...*, 199), lo que puede hacer pensar que estado coincide con nación.

⁴ Galicia, como otras comunidades autónomas y regiones europeas, proporciona un buen ejemplo. El actual surgimiento de regiones económicas transfronterizas, como Galicia-Norte de Portugal, acentúa el proceso.

⁵ Quizá no sean menos soberanos que España o Italia en el aspecto militar, pues la OTAN haría imposible que dos miembros de ella se enzarzaran en una guerra como recientemente hicieron Perú y Ecuador.

De esas certezas familiares ahora en crisis irreversible nos interesan dos: el estado⁶ y su soberanía. Decimos que la crisis es irreversible porque, aunque no sabemos cómo será el futuro, sabemos que no será como el pasado. El mundo está cambiando muy rápido —ha cambiado ya— aunque nosotros sigamos usando un equipaje conceptual y terminológico tradicional al que profesamos una adhesión que es en realidad más política y cordial que científica. Es como una esquizofrenia: los profesores de Derecho enseñamos una soberanía y una teoría del estado que no vivimos. Hace decenios que España no es realmente soberana, pero nos cuesta reconocerlo, y hace falta llegar a *shocks* tan notorios como la próxima desaparición de la moneda propia para que comencemos a hacer frente a la realidad como es. En 1978 se redactó en España una Constitución, la actual, que aunque en general es la más exitosa de todas las españolas, es casi tan estatista, soberana y autosuficiente como si hubiera estado destinada a aplicarse hace cien años. En 1987 se escribían en España frases tan monistas como la de ΔΕ ΟΤΤΟ reproducida al comienzo⁷ y por cierto que es interesante compararla con las otras tres del encabezamiento. La primera cita⁸ nos muestra que la idea de soberanía repugnaba a las teorías políticas españolas clásicas. Esto no se tiene siempre presente, por ejemplo, cuando hablamos del estado con su soberanía como si la humanidad nunca hubiera conocido otra organización social, como si

⁶ Entendemos por estado la organización racional del poder, en régimen de monopolio, en un territorio determinado, siendo sus elementos más característicos la soberanía, en el ámbito ideal, la burocracia en el organizativo, y el territorio en el material. No coincide con la idea de comunidad política. Tampoco coincide con el concepto de constitución —freno al poder, sumisión del poder al Derecho, derechos innatos— e incluso, en cierta medida, se le opondría. Por lo mismo, constitución y soberanía son diferentes y en algunos aspectos antitéticas.

⁷ ΔΕ ΟΤΤΟ, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987, 22. El autor, prematuramente fallecido, era un influyente jurista; el libro, muy difundido, una brillante exposición del neokelsenismo tan visible en España desde 1978. Este mismo hecho, el neokelsenismo a las puertas del siglo XXI, es como si el último grito en estrategia militar fuese la que se empleó en la guerra franco-prusiana. La sentencia europea *Van Gend* (efecto directo del Derecho comunitario europeo) se dictó en 1963, *Costa* (primacía del mismo Derecho) en 1964, *Internationale Handelsgesellschaft* (derechos fundamentales) en 1970, *Nold* (misma significación) en 1974, *Simmmenthal* (primacía, incluso sobre las constituciones de los miembros; vinculación de los jueces nacionales) en 1978, año en que se redactaba la Constitución española. La sentencia alemana *Solange I* se dictó en 1974.

⁸ Antonio LANARIO (jurista napolitano de la época hispánica), *Repetitiones feudales*, cit. por AYUSO, *¿Después del Leviathan?*, Madrid, 1998 2.ª ed., 177. Cuando se empleó el título «Majestad» para Carlos V, en una pragmática de 1519, causó escándalo en España.

toda comunidad política fuera un estado dotado de una potestad soberana, como si España siempre hubiera sido un estado. Es frecuente dar esto por supuesto, como hacen los nacionalistas españoles hoy, pero en la época de Felipe II, un predicador que defendió ante el Rey que «los reyes tienen poder absoluto sobre las personas de sus vasallos y sus bienes» fue condenado por la Inquisición y tuvo que retractarse públicamente⁹.

La cita del jurista escocés MACCORMICK¹⁰ es interesante porque refleja la cambiante y ambigua realidad en que vivimos en la Unión Europea: puede que los órganos de la Unión aún no sean soberanos, y quizá no vayan a serlo nunca, pero tampoco lo son ya los estados miembros. Si esto fuera cierto —como lo es, y más si se refiere a estados menos poderosos que el alemán— no se podría seguir hablando de soberanía *sensu stricto*. ¿Qué quedará, entonces, del legislador monista e ilimitado al que se refería ΔΕ ΟΤΤΟ? Algunos replicarán que sólo se trata de un cambio de escala, que el concepto de legislador ilimitado y soberano persiste aunque trasladándose de Madrid a Bruselas. Pero difícilmente podría ser así porque la Unión Europea no es competente en todo, ni se prevé que vaya a serlo, y las relaciones que se dan en su interior tampoco son las de jerarquía y subordinación típicas de un estado.

La cita del filósofo INNERARITY¹¹ pone de manifiesto los cambios profundos que artistas, filósofos, sociólogos y politólogos vienen percibiendo hace tiempo mientras los juristas perseveramos en la ortodoxia estatista. Pero para valorar el contraste entre teoría y vida subraya-
do por Innerarity necesitamos precisar el concepto de soberanía.

⁹ Lo narraba BALMES en el siglo XIX en *El protestantismo comparado con el catolicismo*. Cfr. AVUSO, donde se encontrará una exposición más completa del pensamiento tradicionalista español que hundía sus raíces en «las Españas» plurales, pre-estatales y pre-borbónicas, y es ahora muy minoritario aunque sus representantes sean tan ilustres como D'ORS. Desde el siglo pasado, y más aún desde la desaparición del carlismo como fuerza operativa, la gran mayoría de los españoles, de cualquier ideología, ha devenido estatista. España abandonó su concepción política propia y contrajo matrimonio con el estado: poca sorpresa será, entonces, que la actual crisis cause problemas no sólo al estado español sino también a la misma España.

¹⁰ Neil MACCORMICK, «La sentencia de Maastricht: soberanía ahora», *Debats* 55 (marzo de 1996), 25-30, 30. Se refiere a la importante sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 12 de octubre de 1993 sobre la conformidad del Tratado de la Unión Europea (conocido como Tratado de Maastricht) con la Constitución alemana.

¹¹ Daniel INNERARITY, «Pluralismo constitucional», diario *El País* (Madrid), 1 de agosto de 1998.

2. ¿QUÉ ES LA SOBERANÍA?

Si queremos evitar la confusión deberemos restringir el uso de «soberanía» a lo que propiamente se refiere: potencia absoluta y perpetua bodiniana y hobbesiana; poder absoluto, ilimitado, indivisible, inapelable, incontrolable, independiente *ad extra* y supremo *ad intra*. Esa potestad absoluta puede desplazarse del monarca absoluto al pueblo, a un órgano o a tres, o al estado en abstracto, pues siempre será mejor que el poder se institucionalice y no se concentre en una persona. Pero mientras siga teniendo aquellas características, que no excluyen cierta crudeza si llega el caso, seguirá siendo soberanía. Esta es la acepción propia y correcta.

Otra acepción, menos correcta, es la que designa a quién corresponde (o correspondería) originariamente la potestad en una comunidad política, por ejemplo, cuando algunas constituciones dicen que «la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del estado»¹² o en la nación, o algo similar. Teniendo en cuenta que el pueblo nunca ejerce directamente el poder, ni siquiera cuando es convocado a *referendum*, y que nuestras democracias son representativas, esta noción de soberanía se aproxima a las de titularidad originaria, legitimidad¹³ e inapelabilidad de ciertas decisiones últimas¹⁴. Se aleja, en cambio, del poder absoluto, que quienes formamos el pueblo nunca tendremos oportunidad de ejercer. Incluso la sentencia alemana de Maastricht, con todo lo enérgica que es, reclama para Alemania más bien la soberanía originaria que la *summa potestas* en sentido actual y absoluto.

Una tercera visión de la soberanía la concibe como competencia plena o exclusiva para hacer algo, como por ejemplo, «el rectorado es soberano para decidir tal asunto» o «el comité central del partido político X es soberano para tomar cierto tipo de decisiones». Esta concepción es errónea, porque siempre han existido atribuciones de competencia, con o sin soberanía, y sus titulares no son soberanos en la mayor parte de los casos.

En la Unión Europea está ganando adeptos un uso de la soberanía como un tipo especial de competencia, la «competencia sobre la

¹² Art. 1.2 de la Constitución Española.

¹³ Por ejemplo: «legítimos representantes del pueblo», los elegidos por éste.

¹⁴ Por ejemplo, decisión tomada por el pueblo soberano en *referendum* para ingresar en una organización internacional aunque el parlamento opinase otra cosa; o para aprobar una reforma constitucional.

competencia» (*Kompetenz-Kompetenz*), es decir, aquella competencia genérica que tiene el que puede decidir de quién son las competencias en discusión. Como la operación de decidir sobre las competencias, propias o ajenas, implica muchas veces interpretar leyes o artículos de las constituciones que las asignan, el soberano también vendría a ser el que interpreta la constitución en última instancia. En este supuesto estarían los órganos de gobierno de la Unión Europea, que en el pasado se han atribuido a sí mismos competencias no previstas en los Tratados fundacionales, así como también el Tribunal de Luxemburgo (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), que con su interpretación expansiva ha llevado a cabo reformas «constitucionales» en favor de las competencias de la Unión y a costa de los estados miembros.

¿Cuál de estos conceptos, para no detenernos ahora en otros, hemos de dar por bueno? Para expresarnos con precisión, sólo el primero, poder absoluto. Pero como el segundo (titularidad originaria) está muy arraigado, no es posible evitar su uso, por lo que nos conformaremos con intentar restringirlo a los casos apropiados. El tercero no debería emplearse como concepto de soberanía, porque la distribución de competencias aparece en todas las comunidades políticas compuestas (como los federalismos) e incluso en un estado unitario, entre sus distintos órganos. La decisión sobre las competencias, incluso inapelable, puede encargarse a órganos tan poco soberanos como un árbitro o un tribunal supremo. Cierto que la potestad soberana es inapelable, pero no toda última instancia inapelable es soberana.

Siendo así las cosas, «cosoberanía», «soberanía compartida» y otras expresiones semejantes implican que, propiamente, no hay soberanía, y producen más confusión que claridad. Tener que compartir la soberanía significa dejar de ser soberano: nada malo, pero diferente. La soberanía es una idea bien definida y bastante precisa en comparación con otras ideas políticas de gran circulación, necesariamente vinculada a la de estado: si falta la soberanía, dejará de haber, en rigor, un estado con todos sus atributos. Tiene, desde su origen, un notable componente jurídico y está también unida a otro de los elementos del estado, el territorialismo que se opone al personalismo de romanos e ingleses, pues una potestad absoluta e independiente sólo se puede ejercer sobre un territorio bien delimitado y que se pueda controlar más o menos efectivamente. No se podrá ejercer sobre un territorio inmenso o extraordinariamente heterogéneo o cuyas fronteras sean inestables o «porosas».

La cambiante concepción de las fronteras nos ilumina mucho. Tradicionalmente, los estados las sacralizaban, pero para otras civilizaciones el territorio y la frontera tienen un significado distinto y menor. Para los romanos, el *limes* era simplemente el último territorio ocupado por sus soldados¹⁵, y aplicaban su Derecho a todo *civis Romanus*, estuviera donde estuviera. Roma, desde luego, no era un territorio en el sentido nuestro. Tampoco para los ingleses la comunidad política se definía por el territorio sino por la *allegiance* del *subject of the Queen* hacia su reina¹⁶, y por eso el ciudadano británico tenía derecho a ser defendido por su gobierno en cualquier lugar del Planeta. Esta visión persiste en los Estados Unidos, que consideran las fronteras (ajenas) como una bagatela cuando entienden que actúan en legítima defensa, como en los recientes ataques a objetivos terroristas situados en Sudán y Afganistán¹⁷, o si se trata de introducirse en otro estado soberano para perseguir el narcotráfico. En otra cultura muy diferente, la musulmana, tampoco se da nuestro territorialismo, para bien o para mal: como el Islam es una religión, no una raza ni un estado, sostienen que cualquier ataque a una parte es un ataque a todo el Islam. Por lo mismo, tampoco tienen escrúpulo en decretar la condena de una persona que resida en otro estado soberano, si es musulmán o consideran que ha cometido crímenes contra el Islam. El territorio y las fronteras marcan también un significativo contraste entre los estados de la Unión Europea y los hispanoamericanos; basta hacer la experiencia de pasar la aduana entre Argentina y Chile por carretera, para no mencionar los no muy lejanos conflictos fronterizos entre esos dos países, o los más recientes, incluso armados, entre el Perú y Ecuador.

Ésta es una de las razones por las cuales los imperios no eran estados en mayor escala, aunque el moderno uso peyorativo de la palabra «imperialismo» haga pensar en un odioso poder absoluto. También por esta razón, los verdaderos y plenos estados nunca han sido muy grandes, a menos que fueran totalitarios como la antigua URSS y China¹⁸. Esta reflexión sobre el territorialismo de los ordenamientos jurídicos estatistas nos confirma en el concepto correcto de

¹⁵ Cfr. D'ORS, «Sobre el no-estatismo de Roma», en *Ensayos de Teoría Política*, Pamplona, 1979, 57-77: el *limes* propiamente no es frontera sino trinchera, lugar, en que se colocan los soldados, frente oscilante que retrocede o avanza, línea funcional y no territorial (pág. 74).

¹⁶ La *allegiance* es una herencia de la lealtad personal de la época feudal.

¹⁷ Verano de 1998.

¹⁸ La India sería un caso interesante. Es notable que los dominadores británicos respetaran más el pluralismo que la nueva clase política autóctona, la cual, a

soberanía: potestad absoluta no vinculada por las leyes en un territorio determinado.

3. SOBRE LA CRISIS DE LA SOBERANÍA

Consideremos ahora la otra cara de la moneda. Si la soberanía es poder absoluto sobre un territorio delimitado por unas fronteras fijas, cuanto más grande sea el territorio o más porosas sus fronteras, menos soberanía. Ésta no podrá ya ser, por tanto, un axioma universal. Ya no se deberá escribir como si toda comunidad política fuera un estado regido por una potestad soberana, con un territorio indiscutible y un pueblo homogéneo constituido en una única nación, sin tener que demostrarlo.

Esa pretendida universalidad del estado soberano procede de los sabios alemanes del siglo XIX, que estudiaban todas las comunidades políticas como si fueran estados y les aplicaban categorías y terminología estatales aunque fuesen lo más alejado de un estado, como el «estado» romano (MOMMSEN), y hablaban de cosas de tan dudoso sentido como «Derecho estatal» y, aun peor, «vida estatal», «sociedad estatal» y así sucesivamente; empleando «estatal» como sinónimo de «político» o «social», como puede verse hasta en LOEWENSTEIN recientemente¹⁹. De esta manera el estado y su soberanía fueron presentados a la opinión pública como universales, y como tales fueron aceptados

partir de la independencia, emprendió un proceso deliberado de construcción estatal. Hasta mediados de este siglo, la India, con su extraordinario pluralismo territorial, religioso, social y político, se parecería más al Sacro Imperio Romano que a ningún estado. En el final de la novela de FORSTER, *Pasaje a la India*, el doctor Aziz y Mr. Fielding rompen su imposible amistad y el primero decide hacerse nacionalista indio y adherirse a una patria concebida como estado-nación. Dice Aziz: «¡Pero no nos engañaréis más! [...] ¡India será una nación! ¡Sin extranjeros de ninguna clase! ¡Hindúes y musulmanes y sikhs y todos los demás lograrán unirse! ¡Viva! ¡Viva la India!». Y el autor apostilla: «¡India una nación! ¡Qué apoteosis! ¡La última adquisición de la gris hermandad del siglo XIX! [...] ¡La India, cuyo único igual sería el Sacro Imperio Romano, vendría a emparejarse quizá con Guatemala y con Bélgica!» (pág. 407 de la edición española, Madrid, Alianza, 1997).

¹⁹ También los franceses contribuyeron a la universalización y mitificación del estado, ya desde el siglo XVIII (incluso desde el XVII), y consiguieron, con notable éxito, identificarlo con la nación, como si fuera una conquista del espíritu republicano. Es difícil decir quiénes influyeron más, pues el impacto cultural no fue idéntico en todos los países. Por ejemplo, hablar de «nación» en vez de «estado», como se puede ver hasta nuestros días en Argentina, procede del republicanismo estatista de origen francés, imitado deliberadamente en Argentina en el s. XIX.

sin discusión en muchos países de Europa continental e Hispanoamérica. Así, el estado soberano se convirtió, para muchos países y millones de personas, en una premisa indiscutida y universal. Como admite PROKHOVNIK —aun siendo defensora de la soberanía— «hemos crecido con la idea de que nuestra concepción de la soberanía es normal, neutral y justa, verdadera y correcta, “inevitable y universal”»²⁰, lo cual da mayor relevancia a la presente crisis.

Ahora bien, ¿es la crisis tan radical? ¿Es este nuevo escenario tan nuevo? ¿Eran la soberanía y el estado tan universales?

La soberanía no es algo natural como la lluvia, ni una cosa tangible como una ruina griega o un fósil de dinosaurio que pueda descubrirse en unas excavaciones. Si lo fuera, allí donde lo encontráramos, aunque fuese la Antártida, podríamos hablar con propiedad de soberanía y estado. Tampoco es un sentimiento natural como el amor, ni una idea universal como el bien. Es una construcción cultural y política fabricada para fortalecer el poder de los reyes absolutistas en la Europa de las guerras de religión²¹. Estaba ligada a un tipo de armamento, una cultura, unos intereses políticos y unas circunstancias sociales y económicas. Después fue revestida con el halo de la obligación ética, el científicismo y la objetividad que le dieron el aspecto

²⁰ Raia PROKHOVNIK, «The state of liberal sovereignty», *British Journal of Politics & International Relations* 1 (1999), 63-83. Las últimas palabras son de D. DEUDNEY, «Binding Sovereigns», en BIERSTEKER y WEBER (eds.), *State Sovereignty as Social Construct*, Cambridge, 1996.

²¹ El origen de la soberanía es más o menos el mismo que el del estado. Pero éste también puede ser objeto de discusión; nosotros diríamos que se inventó en Europa entre los siglos XV y XVII, principalmente en Francia, y alcanzó su expresión más acabada en los siglos XIX y XX, también en Europa continental. D'ORS entiende que para datar el nacimiento del estado «conviene hablar de siglo XVI sin más; [pues] *lo stato* de MAQUIAVELO es todavía la “seguridad del Príncipe”, como el antiguo *status rei Romanae*» (Álvaro D'ORS, carta a este autor, 10-IX-1998) y lo conecta más estrechamente con las guerras de religión. Algunos rasgos estatales (nueva visión del Derecho, *rex est imperator in regno suo*, nuevas armas, mayor institucionalización, monopolio del control sobre todo el territorio) pueden verse ya a fines del siglo XV, incluso en monarquías como la inglesa y la castellana, que luego no desarrollarán estados plenos. Quizás pudiera hablarse de que un primer origen del estado sería anterior a dichas guerras; pero bastante después vendría una serie de refundaciones sucesivas, la última de las cuales sería muy reciente, y consistiría en la codificación, la administración burocrática, el servicio militar obligatorio y la educación estatal universal. En los casos inglés y español, la empresa imperial dificultó el desarrollo de una mentalidad estatista, interrumpiendo así el proceso estatalizador, que en España no se retorna propiamente hasta el siglo XIX y en Inglaterra hasta el XX.

de un concepto académico básico, haciéndola parecer un axioma y no un rasgo de la ideología estatista²². Pero lo cierto es que aunque los siglos nos hayan acostumbrado, la soberanía sigue reteniendo un aspecto un tanto repugnante a cualquier persona sensible, pues la sola idea de un poder humano absoluto e ilimitado tiene, en principio, algo de inmoral y originalmente no es cristiana²³. Por eso Gaspar DE AÑASTRO, al traducir en 1591 los *Seis Libros de la República* de BODINO tuvo que «enmendarlos católicamente» para hacerlos tolerables para la mentalidad católica de los españoles de la época. La idea de soberanía siempre tenderá a chocar con las de estado de Derecho y derechos innatos²⁴.

Así las cosas, si la soberanía respondió a unas circunstancias determinadas, poco debe sorprendernos que la desaparición de esas circunstancias coadyuve al fin de la soberanía. Detrás de tantas teorizaciones sobre la soberanía, detrás de tantos tratados y manuales voluminosos que tratan al estado como un ser que tiene vida y al que se debe cuidar²⁵, están los hechos, a veces crudos: un tipo de armamento —armas de pólvora y ejércitos permanentes²⁶— hizo posible la soberanía, y otro la arruinó. Ningún estado medio puede hoy garantizar la inviolabilidad de su territorio; ninguno dispone de la tecnología necesaria para librar él solo una guerra moderna. Ya la primera guerra mundial fue una guerra de bloques, no de estados; incluso lo fue la española de 1936-39 a pesar de su carácter civil. A la guerra del Golfo de 1991 poco le faltó para ser una guerra imperial clásica: el «emperador» llamó a los «reyes» que acudieron a

²² No queremos decir que el estatismo y la soberanía sean ideologías en el mismo sentido que el marxismo o el fascismo, por ejemplo.

²³ Al menos no es de origen católico. Cfr. Ayuso, 35: «Así, la ilimitación del poder soberano [es] esencialmente anticristiana...». El propósito de transferir a esa potestad política humana el carácter absoluto de la divina aparece deliberado en Hobbes. La soberanía fue más aceptada en el protestantismo —pero no en todas las confesiones—; el mismo HOBBS era creyente sincero. También resultó reforzada por el principio *cuius regio, eius religio*, quizá pragmático pero poco edificante desde el punto de vista de la libertad.

²⁴ Venimos así al absurdo de que «estado», por «soberano», chocaría con «estado de Derecho». La paradoja es aparente; se deshace sólo con emplear *Rule of Law* (nada fácil de traducir) o alguna expresión equivalente como «imperio del Derecho» (tampoco muy afortunada) en vez del consagrado pero torpe «estado de Derecho».

²⁵ Cfr., por ejemplo, F. MEINECKE, *La Idea de la Razón de Estado en la Edad Moderna*, Madrid, 1959.

²⁶ «Éstos son mis poderes», dijo un gobernante español de principios del siglo XVI mostrando sus cañones a quienes le preguntaban cuáles eran sus poderes para actuar como lo hacía.

formar un ejército aliado en el que no hubo igualdad entre las partes. Al finalizar, Bush pidió a sus aliados una contribución económica, como los emperadores tenían que pedir dinero para sufragar las guerras. Hasta el observador más desavisado pudo percibir el escaso carácter estatal de aquella contienda. En el futuro, poca duda hay de que las nuevas guerras no serán, normalmente, guerras entre estados²⁷.

Pero los factores de crisis de la soberanía no sólo son bélicos: en la misma dirección apuntan los derechos humanos, los problemas medioambientales y la idea de una justicia internacional. Además de las razones aludidas, en parte fácticas, hay que destacar que en realidad la soberanía nunca ha sido universal ni siquiera en teoría: sólo se ha dado allí donde hubo estados verdaderos y plenos, con todos sus atributos, esto es, casi sólo en Europa continental, y aún Alemania e Italia no se constituyeron en estados hasta hace poco más de un siglo. Europa exportó el estado soberano a Hispanoamérica: el discurso formal de la soberanía prendió allí pronto y oficialmente gozó de buena salud hasta nuestros días. Pero cabe preguntarnos qué significaba eso realmente, en algunos países que no controlaban sus poderes fácticos internos, ni su moneda, ni su deuda, ni sus exportaciones, ni, a veces, la totalidad de su territorio, ni su política exterior. No es soberano quien no puede asegurar razonablemente su independencia *ad extra* ni su monopolio del poder *ad intra*.

En el campo teórico, la soberanía no fue recibida en la cultura anglosajona aunque HOBBS fuera inglés, como tampoco la codificación triunfó en Inglaterra aunque BENTHAM fuera inglés. Para los ingleses y americanos el verdadero estado, el estado en sentido fuerte, fue un descubrimiento de este siglo. Eran *stateless-societies*, sociedades sin estado, cuyo principal rasgo era más significativo por ser negativo: no pensar en el estado, no crear asignaturas de *Staatslehre*, no hacer teorías sobre la soberanía.

²⁷ Jiri DIENSTBIER (enviado especial de las Naciones Unidas para los derechos humanos en la antigua Yugoslavia) declaró en los Cursos de Verano de El Escorial de 1998 que la guerra del futuro no será una guerra entre estados, sino enfrentamientos entre «los desesperanzados, peligrosos porque no tienen nada que perder», con el mundo más desarrollado. Es interesante notar que, según él, tanto para estos conflictos como para otros que hoy nos afectan, «hay que buscar nuevos mecanismos jurídicos internacionales, acordes con la nueva época de la globalización», pues el Derecho Internacional vigente está basado en una época ya pasada, en la que los protagonistas eran los estados soberanos (fuente: prensa diaria de aquellos días). Las guerras del Golfo y de los Balcanes, aunque no se libran entre desesperanzados y opulentos, tampoco son tradicionales guerras de estados.

Comparar la campaña de la OTAN contra Serbia con las Cruzadas se ha convertido ya en lugar común.

Se me replicará que precisamente la soberanía del Parlamento es un dogma del Derecho constitucional inglés desde BLACKSTONE y, sobre todo, desde DICEY²⁸. Pero Inglaterra no es el país para llevar las teorías al extremo²⁹. Vista desde una perspectiva de verdadera soberanía, la del Parlamento de Westminster parece una suprema potestad legislativa que debe ejercerse conforme a Derecho. Bastarán dos argumentos por vía de ejemplo: primero, la ley, una vez que sale del Parlamento queda enteramente en manos de los jueces, que la interpretarán como les parezca. Por eso se decía que el Derecho inglés está realmente *in the breasts of the judges* («en el pecho de los jueces»). Segundo: la soberanía del Parlamento británico es un principio del Derecho inglés, pero no, en cambio, del escocés. Difícilmente puede ser potestad absoluta e ilimitada la que no es aceptada en uno de los territorios sometidos al mismo titular de la soberanía. Además, si se llevara al extremo, la soberanía del Parlamento haría inviable el *Rule of Law*, orgullo del mismo DICEY, y *los Englishmen birthrights*, pues, efectivamente, «constitución» y «soberanía» son conceptos contradictorios, a pesar de los forzados matrimonios de conveniencia desde ROUSSEAU y 1789. ¿Cómo podría un soberano, si realmente lo es, admitir que debe sujetarse al Derecho y que los ciudadanos tienen derechos innatos inviolables? No fue casualidad que en los países de la soberanía y la teoría del estado, los derechos fueran concebidos como autolimitaciones del estado y no como derechos por nacimiento.

4. EL CONCEPTO DE SOBERANÍA EN UN MUNDO GLOBALIZADO: ¿INSTRUMENTO O ESTORBO?

Son tales los cambios que sería imposible que la soberanía no los acusara: de Bodino al siglo XXI, de la imprenta a Internet, de las armas de pólvora a la guerra electrónica, de la modernidad a la post-

²⁸ En su clásico *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885) dijo que la Constitución inglesa se basaba en dos claves, la soberanía del Parlamento y el *Rule of Law*. Pero nunca hizo una teoría de la soberanía —menos aun del estado— comparable a la continental. En la práctica, él mismo admitía limitaciones a la soberanía parlamentaria y razonaba con argumentos poco científicistas y más bien de sentido común.

²⁹ Esta pequeñez —«Inglaterra no es el país para llevar las teorías al extremo»— es importante: para que haya estado soberano el pensamiento jurídico y político ha de ser legalista, teórico, sistemático y con pretensiones científicas; no podrá ser un Derecho judicialista, histórico, empírico, basado en la analogía o el sentido común.

modernidad, de la física clásica a la de la relatividad (y las posteriores), de la economía mercantilista de las monarquías nacionales a la economía mundializada incontrolable por los estados, algunos menos poderosos que una multinacional petrolera. Pero no será la primera vez que vivimos en un mundo globalizado: antes de la soberanía, el mundo —aquel mundo— ya estaba muy globalizado. La soberanía troceó Europa dividiéndola en estados independientes, haciendo así nacer el Derecho internacional. Los procesos de independencia y descolonización generalizaron luego el modelo, troceando toda la superficie del Planeta: es lógico, entonces, que el ímpetu de la globalización atropelle las fronteras de los estados soberanos. En el Viejo Continente se ve cómo la construcción europea no podría avanzar mucho si los estados miembros continuaran siendo soberanos³⁰, pues se basa en la cesión de sus soberanías, aunque sea una cesión parcial, condicionada y con posible marcha atrás.

Es importante notar que el conjunto de las circunstancias mencionadas convertirían la soberanía en materia para la historia más tarde o más temprano, con o sin Unión Europea, NAFTA o MERCOSUR. ¿Qué control puede hoy ejercer sobre su propia economía un estado medio? ¿Puede escaparse al gobierno indirecto de los Siete Grandes, de las multinacionales, de los propietarios de la tecnología, de las burocracias internacionales?³¹ Los agentes económicos no se paran a consultar la ortodoxia de los manuales clásicos ni las constituciones de los estados.

¿Qué queda de la soberanía en este nuestro mundo menos monista, más policéntrico, rico en geometrías variables? Si nos referimos a la soberanía en su sentido estricto, como poder absoluto e ilimitado, poco perderíamos con su desaparición incluso formal. Así, D'ORS, en su citado *La posesión del espacio* prescinde abiertamente del concepto de soberanía y defiende en su lugar el uso de «preferencias posesorias territoriales» relativas que expresarían el derecho no abso-

³⁰ Suponiendo que realmente lo fueran antes, lo que no era cierto en todos los casos; pero eso retrotraería el origen de la crisis de la soberanía varios decenios más. En cuanto a la cesión parcial de la soberanía, se trata sólo de una forma de expresarse, pues la soberanía no puede cederse ni parcialmente si ha de seguir siendo soberanía en sentido propio. Como dijo en una ocasión el profesor C. MARSHALL (Queen's College, Oxford) al autor de esta ponencia, «*sovereignty is like chastity: once lost, lost for ever*».

³¹ Cfr., por ejemplo, STRANGE, *The Retreat of the State. The Diffusion of Power in the World Economy*, Cambridge, 1996. Y la mayor parte de los estados soberanos del mundo no son medios, sino pequeños o débiles.

luto de cada pueblo a su suelo. Las relaciones entre los entes territoriales de distintos niveles se regirían por el principio de subsidiariedad y por criterios de necesidad y suficiencia, para evitar incurrir en *overs-tretching*³². D'ORS traza en ese libro un paralelismo entre la propiedad entendida como dominio personal exclusivo y absoluto sobre un terreno y la soberanía entendida como "dominio" estatal exclusivo y absoluto sobre un territorio. Así como la propiedad está hoy en crisis³³ lo está también la soberanía: hay que superar el «concepto establecido del "dominio" como derecho subjetivo absoluto, y, en relación con él, de la soberanía estatal como criterio para la distribución de la Tierra»³⁴.

Otros siguen defendiendo la soberanía con ciertas adaptaciones, como hace, últimamente, Raia PROKHOVNIK³⁵. Esta autora considera que la soberanía debe desprenderse de su tradicional concepción que llama «liberal»³⁶, caracterizada por el racionalismo, el monopolio el territorialismo y el absolutismo, y asumir ciertas características nuevas, como las que siguen: El estado se concibe como foco de identidades y no como definidor de una identidad única exclusivista; se admiten múltiples poderes, se insiste en la visión del estado como mediador en los procesos de gobierno superiores e inferiores a él; se abandona la separación tajante entre las dimensiones interna y externa de la soberanía³⁷, y la territorialidad deja de ser un rasgo definitorio para ser sólo una condición del estado³⁸.

³² Ampliar innecesariamente la posesión espacial del estado o grupo político de que se trate; *cfr.* pág. 44.

³³ La «aproximación de posesión y propiedad favorece mi opinión —dice este autor— de que el llamado "derecho de propiedad" no es más que una preferencia sobre cosas determinadas judicialmente protegidas, como, después de todo, es la posesión» (p. 23).

³⁴ D'ORS, A.: *La posesión del espacio, op. cit.*, pág. 76.

³⁵ PROKHOVNIK defiende su postura con bibliografía abundante y reciente; *cfr.* «The state...». Conecta la soberanía tradicional con el hombre kantiano individualista y moralmente autónomo; por eso la postmodernidad amenazaría a ambos (págs. 68-72). (Aclaremos que su enfoque es politológico, no jurídico).

³⁶ La soberanía no es un concepto liberal aunque haya existido una versión liberal del estatismo. PROKHOVNIK, al mismo tiempo que propone una nueva visión de la soberanía, critica la que llama «soberanía liberal», que considera inviable. Detecta en ella cinco fallos: la problemática distinción *de iure /de facto*, la imposibilidad de un poder soberano libre de toda influencia exterior o superior, el intratable problema de las intervenciones militares, la globalización, y, quinto y último, la territorialidad como rasgo esencial de la soberanía («The state...», págs. 76-79).

³⁷ «The state...», pág. 72.

³⁸ «The state...», pág. 79.

El problema que plantea la nueva soberanía tal como la entienden PROKHOVNIK y otros, generalmente politólogos más que juristas, es que algunos, entre los que me cuento, nunca llamarían «soberanía» a un concepto que admite una pluralidad de potestades relacionadas no jerárquicamente entre sí³⁹ y que considera como un principio positivo la difusión de las funciones de gobierno⁴⁰.

Los juristas, que tanto hemos contribuido a presentar la soberanía como un concepto científico indiscutible y universal⁴¹, deberíamos considerar la posibilidad de enseñar Derecho constitucional como si realmente ya no existiera, como si los estados, aunque su nombre y su maquinaria continúen durante siglos, fuesen a durar poco como verdaderos estados con todos sus atributos. En cambio, la respuesta no tiene que ser la misma si nos referimos a la soberanía como titularidad originaria de la potestad en una comunidad política. Por globalizado que esté el mundo, por integrada que esté la Unión Europea, siempre tendrá sentido una cláusula constitucional que diga que la soberanía originaria en Alemania, o Baviera, o Galicia, reside en el pueblo alemán (o bávaro, o gallego) o algo semejante, aunque, claro está, ello no implica que ni ese pueblo o nación, ni su estado (si es que tiene uno) estén en condiciones de ejercer un poder absoluto.

En este panorama, que a algunos le puede parecer tan duro y desprotegido como «el zorro libre en el gallinero libre», ¿qué suerte van a correr las comunidades políticas medias y pequeñas —pequeños

³⁹ Cfr. «The state...», pág. 75.

⁴⁰ Le llama *central-state incapacity* (pág. 79). En otro lugar se apoya en BADER («Citizenship and Exclusion», *Political Theory* 23 (1995), 212), quien sostiene que hay que concebir la soberanía como un manojo de poderes que pueden ser divididos, delegados y limitados; ver «The state...», págs. 72-73 y n. 7. KRATOCHWIL, otro de los autores citados por PROKHOVNIK, también conecta soberanía y *dominium* («Sovereignty as *Dominium*» en LYONS y MASTANDUNO (eds.), *Beyond Westphalia?*, Baltimore, 1995).

⁴¹ De todas las formas políticas, ninguna como el estado ha sido objeto de tanta teorización, a veces glorificación abierta, que llegó a convertirlo en un ser digno de universal respeto y servicio. Incluso segregó una cultura jurídico-política propia, la más desarrollada que se haya conocido, en la cual el papel de juristas y académicos fue decisivo. El contraste se percibe mejor si lo comparamos con Roma, Inglaterra y los Estados Unidos, que también se beneficiaron de amplias glorificaciones pero de otra índole, y más pobres en el terreno teórico. Así se generó un rico y elaborado sistema de Derecho público estatista, dotado de notable superioridad teórica sobre los Derechos públicos anglófonos y de un halo de racionalidad, modernidad y superioridad ética que entre nosotros todavía rodea todo lo que suene a estatal.

estados, naciones o regiones— dejadas a la intemperie, privadas de la protección, mucha o poca, que les brindaba la soberanía?

En primer lugar, está por ver que el mundo post-estatal o no-estatal tenga necesariamente que ser más crudo que el estatal. Históricamente no fue así. La España de los Austrias incorporaba la diversidad interna, mientras que a la España [posterior, actual] le molesta. Cuando el imperio austro-húngaro dejó paso al estado —a los diversos estados que resultaron de su fragmentación— las cosas se pusieron más duras, con consecuencias que todavía se pueden ver en la antigua Yugoslavia. En general, la experiencia muestra que los estados soberanos, con su pretensión de monismo y homogeneidad interna, han sido poco condescendientes con las comunidades políticas menores y a veces llegaron a borrarlas del mapa por la asimilación forzada o la violencia. Como mínimo, siempre han estado incómodas y disminuidas, como sabemos por experiencia los naturales de alguna de ellas.

Cabe suponer que la globalización no se producirá en bloque ni en un único escenario total, sino por sectores de actividad económicos, comerciales o medio-ambientales, y por grandes organizaciones continentales o subcontinentales como MERCOSUR o la Unión Europea. Sería ilusorio pensar que dentro de ellas fueran a darse unas relaciones de perfecta justicia e igualdad, pues eso no ocurría ni en el seno del más unitario de los estados tradicionales. De esta manera, adherirse a una de esas grandes organizaciones supra-estatales encabezadas por algún socio de notable peso específico, como los Estados Unidos o Alemania, puede tener muchos aspectos positivos y puede ser la única salida realista, pero también se parece a fundar una sociedad gastronómica con un león, y justo en el momento en que ya no quedará ni la protección formal de la soberanía. ¿Qué hacer, entonces?

Lo primero, cambiar nuestra mentalidad. Las disputas por la independencia y la soberanía que pueden verse en tantos sitios, incluyendo alguno tan inesperado como Puerto Rico, ya no son lógicas, al menos en los términos anteriores. La disyuntiva «o estado independiente o nada» está a punto de perder su sentido porque independiente de verdad, en estos momentos, ya no lo es España, como tampoco Portugal, Grecia, Italia u Holanda, y quizá tampoco Alemania. La paradoja de que la propia Alemania, con toda su hegemonía, pueda no ser independiente en el sentido de Francia o Prusia en el siglo pasado, nos dice mucho sobre cómo son los nuevos escenarios: un estado puede llegar a ser uno de los más importantes del mundo, perdiendo independencia en el sentido literal de la palabra. Si esto es así, sería una

prueba de que la integración continental no es necesariamente un típico mal negocio en el que sólo uno puede ganar y sólo a costa del otro. Podría ser así, y sin duda que algo tendremos que perder —véase la experiencia española en Europa— pero también algo que ganar. Y puede ser que perdiendo soberanía, a la postre se pueda ganar: ganar influencia, riqueza o incluso poderes efectivos. Una Alemania aislada sería hoy menos poderosa, aunque fuera más independiente por no tener que sujetarse a la legislación europea. Los nacionalismos insolidarios, sean estatales o infra estatales, deben cambiar de actitud porque tienen más que ganar.

Lo primero, decirnos, sería adaptar nuestra mentalidad para poder nadar en estas aguas. Deberíamos dar más importancia a lo material que a lo formal, no concentrar nuestros esfuerzos en mantener intocado el constitucionalismo estatista y codificado⁴² introducirnos en la mentalidad del pacto, el pluralismo y las geometrías variables, en lugar del monismo de la soberanía, y admitir la difuminación de la distinción entre lo internacional y lo doméstico. Tendremos que admitir que puedan coexistir varios niveles de constitucionalidad, varias constituciones sistemas jurídicos, poderes, gobiernos y tribunales accionando sobre un mismo territorio y unas mismas personas y, lo que es peor, no siempre según una clara distribución de competencias. Si somos realistas no podemos ignorar que los nuevos poderes centrales, como el de Bruselas, tenderán a crecer con o sin listas de asignación de competencias al estilo de los federalismos. Quizá valga más un buen principio, como el de subsidiariedad o el de no-centralización, que las listas más refinadas⁴³.

⁴² Me refiero al constitucionalismo formalista. La constitución, planteada en sentido material —evitar la concentración del poder, conseguir su sumisión al Derecho, garantizar unos derechos y libertades—, es tan importante hoy como siempre, y si está en crisis no es por lo mismo que la soberanía. Como ese planteamiento es bastante universal, para adaptarse a los nuevos tiempos sólo necesita desprenderse de las adherencias estatistas y codificadoras del constitucionalismo continental de los dos últimos siglos.

⁴³ Pero los principios tienen que estar vivos en la conciencia jurídica. En cuanto al de subsidiariedad, es cierto que su actual redacción en el artículo 3B (ahora 5) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea lo desactiva. Pero eso no es un defecto del principio sino del Tratado: «En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario».

Lo segundo, los pequeños o débiles tenemos que protegernos, si bien no a base de aislarnos. Para ello existen algunas posibilidades, de las cuales cabe sugerir las que siguen.

La primera, establecer núcleos duros, materias reservadas o terrenos exentos en los que no puedan entrar los nuevos poderes centrales y en los que, al revés que las típicas cláusulas de supremacía federales, el Derecho general no prime sobre el del estado miembro. Puede ese núcleo duro no ser muy importante —por ejemplo, una manera de elaborar la cerveza— o puede serlo —por ejemplo, los derechos fundamentales—, pero lo esencial es que exista. Esto, en cierto modo, ocurre ya con los derechos y algunos otros aspectos nucleares de la Constitución alemana, que no ceden ante el Derecho comunitario europeo⁴⁴. Y puesto que nos adherimos a estas grandes organizaciones en virtud de un contrato, podremos «blindar» algunas áreas exentas que siempre retendremos en nuestra esfera de competencia por la simple razón de no haberlas entregado nunca. Si Escocia conserva hasta hoy su sistema educativo y su Derecho es por habérselos reservado cuando pactó su unión con Inglaterra para formar la Gran Bretaña en 1707; si Navarra conserva su Derecho privado hasta hoy es por su fuero propio, no por concesión del poder central español. También hay que pactar la posibilidad de no sumarse a todas las posibles ampliaciones de las competencias centrales, así como dejar puertas abiertas para retirarse de algunas de las políticas generales de la nueva unión.

⁴⁴ Estos ejemplos no deben tomarse a la letra. Según la Ley Fundamental de Bonn, los derechos humanos, así como el federalismo, son núcleos duros, de manera que en esos puntos esa Constitución no es reformable bajo ningún concepto (*cf.* sus arts. 79.3, 1 y 20); por tanto, tampoco el Derecho comunitario europeo puede lícitamente modificarla. La Ley bávara de la Pureza de la cerveza (siglo XVI) no es núcleo duro de la Constitución alemana ni de la bávara. Hace unos años, en un litigio ante el Tribunal de Luxemburgo, fue considerada contraria al art. 30 (28 en la actual numeración) de dicho Tratado, que prohíbe «entre los estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente». Lo importante es que Alemania, o España, se reserven alguna materia frente a las nuevas uniones europea o norteamericana y que Baviera, o Galicia, se reserven también algunas materias frente a los dos niveles de gobierno que puedan tener por encima. Respecto de la Constitución española también es posible argumentar que contiene núcleos duros aunque no lo diga expresamente. Estarían formados por todo aquello que la propia Constitución considera superior o anterior a sí misma: la unidad de España (art. 2), la Autonomía de la nacionalidades y regiones (art. 2 y disposición transitoria 2.^a) los derechos históricos de los territorios forales (disposición adicional 1.^a) la dignidad de la persona y sus derechos inviolables (art. 10.1). Además, puede argumentarse que el propio concepto de constitucionalismo implica algún mínimo inviolable en todo caso.

En segundo lugar, la pérdida de independencia, que en mayor o menor grado será inevitable, puede compensarse con una mayor participación en la toma de las decisiones generales, esto es, algo así como potenciar las posibilidades que nos ofrezca el federalismo cooperativo, si constatamos que el dual ya no es posible. Así hace Alemania: no sólo la Federación alemana, sino incluso sus *Länder*, participan, en cierta medida, en el núcleo mismo de la gobernación europea. También es interesante, aunque el caso sea diferente, el ejemplo de Irlanda: pequeña, poco poblada y periférica, al ceder soberanía para participar en la Unión Europea ha alcanzado un *status* en el concierto de las naciones europeas sin duda mayor que el que tenía cuando era legalmente soberana e independiente, pero reducida *de facto* a apéndice del Reino Unido.

Por último: en este nuevo paisaje el pacto va a ser más importante que en el tradicional panorama de estados soberanos. Éstos, dentro de sus territorios, no tenían nada que pactar: no se basaban en el contrato, ni en la libertad de negociar y pertenecer o no a ellos, sino en la necesidad y en la obligación (los contratos sociales hobbesiano y rousseauiano, aunque fueran contratos, no disminuían el monismo estatista). En nuestros días, en un futuro tan cercano que ya es presente, aunque el pez grande siga siendo más poderoso que el chico, la manera normal de formar estas grandes organizaciones supra-estatales será por medio de contratos, pactos o tratados. Esto abrirá la puerta a la mentalidad pactista, tan diferente de la estatista. Hay otra palabra para designarla, aunque poco afortunada en castellano: el «consociacionalismo»⁴⁵. Dentro de una asociación generada por ese procedimiento, las consecuencias que se extraen del carácter pacticio siempre beneficiarán a los más débiles. En el Senado norteamericano, si se pone de acuerdo un grupo de senadores que representan sólo al 16 por ciento de la población de los Estados Unidos, son capaces de bloquear una ley.

Una consecuencia es que los nuevos poderes centrales no estarán legitimados para actuar más allá de donde les autorice el pacto: como sus potestades no serán originarias sino derivadas no podrán ir más allá de los términos pactados. No deberán actuar *ultra vires* so

⁴⁵ Cfr., entre otros, LIJPHART, «Consociational Democracy», *World Politics* XXVI (1969), 207-225, y «Consociation and Federation», *Canadian Journal of Political Science* XXH (1979), 499-515; así como CHRYSSOCHOOU, «Democracy and Symbiosis», *West European Politics* 17, 4 (1994), que no es muy bueno pero tiene bibliografía.

pena de incurrir en exceso de poder, ni podrán alegar competencia sobre la competencia, pues es incompatible con la idea de potestad derivada y destinada a fines concretos, inherente a la condición pacticia. La experiencia en la Unión Europea es que hasta ahora sus órganos de gobierno han actuado como si tuvieran una competencia originaria general y expansiva, a lo cual se ha enfrentado el Tribunal Constitucional alemán, aunque ya un poco tarde y sin sacar todas las consecuencias⁴⁶.

Otra segunda consecuencia es que el pacto generará una responsabilidad mayor: las instituciones de gobierno surgidas de un pacto son poderes delegados y, como tales, deben ser responsables ante los delegantes (tampoco este aspecto es satisfactorio hasta ahora en la Unión Europea). De esta manera se paliaría el riesgo de que unas élites tecnocráticas transnacionales que carecen de toda legitimación democrática y no responden ante nadie, impongan su cultura desarraigada y sus frías políticas sobre los gobiernos nacionales democráticamente elegidos, por mucho que estos dejen que desear en representatividad, legitimidad o eficacia.

5. CONCLUSIÓN

Huelga decir que frente a problemas tan generales como éstos no hay soluciones perfectas. Aunque se siguiesen las pautas que aquí estoy sugiriendo, u otras, continuaríamos teniendo grandes problemas, de los cuales el más importante, que engloba a los demás, es la eterna tendencia al crecimiento de los poderes centrales en todas las experiencias federales o similares; a menos que sean tan débiles que no funcionen, como la Confederación norteamericana⁴⁷. En teoría no es tan difícil evi-

⁴⁶ En conjunto, puede decirse que los altos tribunales de los estados miembros han consentido el ritmo de la integración europea y sus sucesivos pasos; al menos, no lo han combatido. Es cierto que el Tribunal alemán es el que más ha hecho frente a Bruselas y a Luxemburgo por medio de sentencias famosas como *Solange I* (1974) y la de Maastricht (1993), pero, haciendo una valoración global, puede decirse que ni siquiera el Tribunal alemán ha intentado seriamente en ningún momento detener el proceso para hacerlo discurrir sobre otras bases, e incluso aceptó desde el principio los planteamientos básicos del Derecho comunitario europeo en varias de sus sentencias.

⁴⁷ En principio, no tenía por qué haber sido inviable pero tuvo la poca fortuna de librar una dura guerra siendo recién nacida. Sin capacidad tributaria propia ni posibilidad de recaudar de los miembros *velis nolis*, mal se puede hacer la guerra.

tar el centralismo, recurriendo a repartos de competencias bien diseñados y, sobre todo, como decíamos, a principios como el de subsidiariedad. En la práctica, por razones diversas, el crecimiento de los poderes centrales es cuestión de tiempo, incluso aunque nos esforcemos seriamente por impedirlo; incluso aunque la cultura política carezca del gusto europeo por la uniformidad y la racionalidad, como carecen la canadiense y la norteamericana. Por bien diseñadas que estén las listas de competencias, los casos dudosos —y casi no hay materia importante en que no quepa duda de si es competencia central o del estado miembro— acaban siendo sentenciados no por la literalidad de las listas sino por algún expansivo principio, como las cláusulas norteamericanas de supremacía y comercio. Frente a estos eficaces principios, el joven principio de subsidiariedad, poco definido, sospechoso de desmejorar los resultados prácticos y un tanto romántico tiene que esforzarse mucho para penetrar en la mentalidad de los jueces supremos⁴⁸.

Relacionados con este gran problema existen otros: cómo mantener el debido equilibrio entre los distintos sistemas jurídicos y constituciones en juego (a veces hasta tres, como en el ejemplo de los *Länder* alemanes), y cómo articular las competencias y resolver los inevitables conflictos de una forma que preserve los derechos de las comunidades políticas más pequeñas o débiles, aunque se resienta la eficiencia. Será el precio que paguemos por la libertad y el autogobierno.

Pero la más grave objeción es que todas estas propuestas, como son de naturaleza jurídica e institucional, pueden resultar poco efectivas frente a los poderosos actores económicos modernos, los cambios en la tecnología de la guerra o de las comunicaciones. El reproche es fundado, pero ¿qué otras posibilidades hay? Volver a esculpir la soberanía en palabras marmóreas tampoco serviría de mucho contra esas fuerzas fácticas tan difícilmente controlables por algo tan modesto como el Derecho constitucional. Como dice MACCORMICK, tendremos que admitir que no todos los problemas tendrán una solución jurídica⁴⁹.

⁴⁸ El principio de subsidiariedad resulta joven, indefinido y romántico porque nos falta una cultura de la subsidiariedad. Aparte de que su idea dista de ser joven, en sí mismo nada se opone a formularlo de una manera precisa y operativa. Considérese, por ejemplo, la cuestión: «¿Quién apreciará cuándo la ineficacia de los entes menores se vuelve intolerable, y decidirá, en consecuencia, avocar los asuntos al ente mayor?» Una respuesta conforme con ese principio sería: los restantes entes menores afectados por ese mal gobierno», y no el ente mayor.

⁴⁹ Es una de las consecuencias del pluralismo; *cfr.* MACCORMICK, «La sentencia...», pág. 29.

¿Es, entonces, el concepto de soberanía un estorbo en nuestros días? En su acepción propia, sí.

Pero bajo una de las acepciones, precisamente la impropia —titularidad originaria de la potestad, que designa la legitimidad y no la summa potestas—, puede ser útil. Como decíamos antes, una cláusula constitucional como «la soberanía reside en el pueblo español», u otra semejante⁵⁰, no va a dar a ese pueblo ningún efectivo poder absoluto, ni quizás tampoco relativo, pero puede obligar a los órganos de gobierno del nuevo poder central a actuar conforme a la exigencia de legitimidad que de ahí se derive. Así, todas las potestades que se ejerzan en el territorio español (en ese ejemplo) deberán ser justificables en virtud de alguna aprobación, siquiera remota e indirecta, del titular de la soberanía española o de sus representantes, responsables ante el mismo. De la misma manera, los cambios importantes en la «constitución»⁵¹ de la nueva organización supra-estatal han de ser aprobados, siquiera indirectamente, por los titulares de la soberanía. Y éstos no

Él dice que no todos los problemas jurídicos encontrarán una solución jurídica, mientras que nosotros nos estamos refiriendo sobre todo a problemas políticos y económicos. Por ejemplo, no hay duda de que el crecimiento de los poderes federales, en muchos casos, no se ha debido a razones estrictamente jurídicas, por lo que tampoco se podía esperar que el Derecho lo frenase.

⁵⁰ En el constitucionalismo hispanoamericano abundan los ejemplos. La Constitución de los Estados Unidos mexicanos dice que «la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo...» (art. 39) y que «el pueblo mexicano ejerce su soberanía por medio de los poderes» de la Unión y de los estados miembros (art. 41). La Constitución argentina también consagra la soberanía popular (art. 37) y la peruana dice que la República del Perú es «democrática, social, independiente y soberana» (art. 43) y que es «deber primordial» del estado peruano «defender la soberanía nacional» (art. 44).

⁵¹ De momento ninguna de estas organizaciones supra-estatales tiene una verdadera constitución. La Unión Europea tiene fragmentos de constitucionalidad, materiales más que formales, que ya permiten hablar de una «Constitución» de la Unión Europea por analogía y en sentido material. Los Tratados fundacionales serían lo más aproximado a la constitución formal en un estado tradicional. Que las otras zonas de libre comercio o integración tengan, por ahora, menos dimensión constitucional no debe hacernos pensar que estamos ante un problema exclusivamente europeo. Comenzarán a tener problemas de naturaleza constitucional en cuanto haya regulaciones o sentencias que primen sobre las constituciones de los miembros, o cuando un ciudadano pueda alegar frente a un estado (el propio u otro) un derecho, aunque sea de contenido tan poco constitucional como adquirir libremente un automóvil en el estado vecino, o cuando los jueces nacionales queden vinculados por ese nuevo Derecho más que por sus propias constituciones.

son los órganos de gobierno europeos sino los pueblos de los estados miembros, «dueños de los Tratados».

Y sí el soberano y «dueño» del Tratado de la Unión Europea no es el gobierno de las Comunidades sino el pueblo español, o el portugués, o el italiano, las instituciones europeas no serán sino delegadas de los titulares de la soberanía, y deberían ser responsables, siquiera indirectamente, ante los mismos. Esta línea argumental vuelve, así, a reforzar la lógica pacticia y contractual. En la práctica, en los conflictos que se están dando en el seno de la Unión Europea en nuestros días, cuando se habla de soberanía es, en muchos casos, desde este enfoque: titularidad sobre materias discutidas, conflictos con las constituciones de los miembros, extensión de las potestades de Bruselas, posibilidad de retirarse, legitimidad de las decisiones comunitarias... Cada vez es más raro discutir sobre la soberanía como poder absoluto e ilimitado, aunque ese fuera su significado genuino.

* * *

En resumen, la soberanía terminaría languideciendo con o sin procesos formales de globalización porque devendría planta sin tierra. Véase el proceso de paz en el Ulster: aspira a poner fin a la violencia sobrepasando las soberanías allí implicadas.

La soberanía ha envenenado también los conflictos nacionalistas, forzando a las pequeñas naciones a adoptar una postura absolutista de enfrentamiento tan frontal como la del estado soberano que les niega o menoscaba sus derechos. Los pequeños nacionalismos periféricos que se enfrentan a los estados soberanos tienen escasas posibilidades de éxito a menos que adopten una postura igualmente estatista, de lo cual abundan los ejemplos. Algunos nacionalismos no estatales se radicalizan y acaban luchando por el anacronismo de un estado soberano en menor escala, porque su oponente, según el monismo de la teoría de la soberanía, no tiene por qué ceder, mientras pueda evitarlo. Así fue radicalizándose la postura cubana frente a España a lo largo del siglo XIX, hasta terminar en guerra, mientras que los nacionalismos escocés y galés se mantuvieron más «blandos». Dentro de España, el nacionalismo gallego, «blando» y más basado en la cultura y la autoidentificación que en la reivindicación política dura, impresiona mucho menos a Madrid que el nacionalismo vasco, tan absolutista como el español que tiene ante él⁵².

⁵² Los nacionalismos españoles no asumieron una actitud absolutista, estatista, hasta bien entrado el siglo XX. En estos momentos hay indicios de que el nacionalismo vasco, el más «absolutista», podía estar abandonándola.

Por otro lado, la globalización no es del todo nueva. El mundo estuvo globalizado bajo el Imperio Romano y después con la Cristianidad medieval, en la cual jugó un notable papel el Camino de Santiago, en el que se escriben estas líneas. Aquel mundo globalizado fue al mismo tiempo localista. La dinámica de la globalización es diferente de la estatal: en vez de monismo, pluralismo; en vez de universalismo *versus* localismo, ambos; y en vez de independencia *versus* dependencia, interdependencia, pues hasta los poderosos necesitan de los demás y no pueden imponerse por la fuerza siempre ni en todo en un universo complejo e internamente heterogéneo.

Y, en fin, la razón profunda de la incompatibilidad entre soberanía y globalización está en la superación de los territorios cerrados y autosuficientes: cuanto mayor el espacio y menos claras las fronteras, más imposibilidad de un poder absoluto.

* * *

Después de todos estos cambios, después de la soberanía, ¿sobrevivirá España como estado? Puede decirse que no; el estado español actual es una especie de gran agencia mediadora de gran importancia y que puede durar mucho, pero ya no reúne los atributos de un estado, llámese como se llame.

¿Sobrevivirá España como nación? Es difícil dar una respuesta; depende de varios factores. Cabe la posibilidad de que la España estatista no sobreviva.

Depende de su flexibilidad para constituirse en «nación de naciones» y, asumido todo pluralismo territorial interno, jugar su papel en el nuevo panorama global (pero el pluralismo territorial le repugnaba; ¿aprenderá, al menos, a hacer de la necesidad virtud?).

Depende de su capacidad para soltar el lastre estatista y reencontrarse con la España pre-estatal (pero hoy no hay más España que la estatista; la otra no sobrevivió a la refundación del estado español en la modernidad, en los siglos XIX y XX).

Depende de su capacidad para cultivar una vieja y nueva clase de relación con América (si reniega de América o la concibe sólo como un mercado, reniega en parte de sí misma: demasiado, quizás, para quien ya ha abandonado bastantes de sus señas de identidad).

Depende de su capacidad para integrar en su seno auténticas comunidades políticas menores y, respetándolas, ser en la Unión Europea algo más que una porción de mercado común, pues Europa está demostrando ser un potente corrosivo de lo que queda de España

(pero hay que reconocer que, en parte, es por la actitud de la propia España). En efecto, por razones misteriosas (o no tan misteriosas), la Unión Europea parece como si disolviese en especial a algunos de sus miembros, como Bélgica, España o Italia, pero no a otros, como Alemania, Francia o Portugal.

Antes de concluir: se notará que hemos llegado hasta aquí sin reparar en que esa pregunta está mal formulada, pues «España como estado» es una frase clara, mientras que «España como nación» no lo es tanto. Quizá sea un signo general de estos tiempos, pero lo cierto es que esa frase cada vez significa algo menos definido, menos relevante, con menos aristas, con consecuencias menos tajantes. Pero cuanto menos signifique, cuanto menos diferencias implique en la práctica, menos importancia tendrá saber cuál sea el concreto desenlace de esa cuestión mal formulada. Y el hecho mismo de que en un asunto de este género lleguemos a una conclusión como ésta, ya dice bastante al observador perspicaz sobre el estado de España como nación.