FUNDAMENTOS

CUADERNOS MONOGRÁFICOS DE TEORÍA DEL ESTADO, DERECHO PÚBLICO E HISTORIA CONSTITUCIONAL

1/1998

SOBERANÍA Y CONSTITUCION

Coordinador: Ramón Punset

Junta General del Principado de Asturias

PRIMERA PARTE

1. José María García Marín	LA DOCTRINA DE LA SOBERANÍA DEL MONARCA (1250-1700)	4
2. Joaquín Varela Suanzes	LA SOBERANÍA EN LA DOCTRINA BRITÁNICA (de Bracton a Dicey)	57
3. Ramón Máiz	LOS DOS CUERPOS DEL SOBERANO : EL PROBLEMA DE LA SOBERANÍA NACIONAL Y LA SOBERANÍA POPULAR EN LA REVOLUCIÓN FRANCESA	121
4.Dieter Wyduckel	LA SOBERANÍA EN LA HISTORIA DE LA DOGMÁTICA ALEMANA	146
5. José Antonio González Casanova	LA CUESTIÓN DE LA SOBERANÍA EN LA HISTORIA DEL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL	218

SEGUNDA PARTE

6.Ramón Punset	EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL HAY SOBERANO(reflexiones para una teoría jurídica de la soberanía nacional)	246
7.Juan Luis Requejo Pagés	EL PODER CONSTITUYENTE CONSTITUÍDO. LA LIMITACIÓN DEL SOBERANO	269
8. Francisco J. Bastida Freijedo	LA SOBERANÍA BORROSA. LA DEMOCRACIA	285
9. Juan José Solozábal Echavarría	EL PROBLEMA DE LA SOBERANÍA EN EL ESTADO AUTONÓMICO	345
10.Benito Aláez Corral	SOBERANÍA CONSTITUCIONAL E INTEGRACIÓN EUROPEA	375

PRIMERA PARTE

LA DOCTRINA DE LA SOBERANIA DEL MONARCA (1250-1700)

José Mª. García Marín

I. Normativismo bajomedieval y su reflejo en la concepción del poder. II. Oficio de rey y jurisdicción. El "atractivo"de la creación normativa. III. La visión cristocéntrica del poder: el teocratismo político. IV. Tiempos nuevos: aires de cambio. V. Problemas viejos: forcejeos por un protagonismo.VI. Postmedievalismo doctrinal. Los precursores de la doctrina de la soberanía. VI. Soberanía y razón de estado según Bodin. VII. Preeminencia real y sus razones en la publicística y la realidad españolas.

I. Normativismo bajomedieval y su reflejo en la concepción del poder.

Es de sobra conocido que la Baja Edad Media, pero sobre todo la Edad Moderna contemplan una extraordinaria ampliación de las tareas que corresponden al titular del poder político, al monarca o, si se quiere, por la íntima relación que con él tiene, a la organización política estructurada, más o menos definidamente, bajo la forma de Estado. Se trata de una serie de competencias que afectan a las más diversas materias: legislativa, gubernativa, hacendística, y sobre todo militar y jurisdiccional. El rey altomedieval puede decirse que limitaba el campo de su actuación a dos funciones básicas: la administración de justicia y el mando militar, una y otra, sin embargo, no poco diluidas en medio de una organización política marcadamente feudal y vasallática que condicionaba seriamente el ejercicio del poder regio(1).

De lo que no se dudaba desde los primeros siglos medios era de que la monarquía era la forma de gobierno más adecuada. El fecundo pensamiento de San Agustín (354-430) había prestado al medievo los fundamentos teóricos de base cristiana que inspirarían la doctrina del gobierno de las comunidades humanas. En realidad esa *ordinatio ad unum* que preside el pensamiento medieval, en cuya virtud la pluralidad ha de subordinarse a la unidad en el gobierno de las sociedades humanas, como un reflejo fiel de la unidad del gobierno divino, tiene su origen en la obra agustiniana (*De civitate Dei)*(2).

Durante la Baja Edad Media y fundamentalmente por obra de la recepción del Derecho romano justinianeo, se va a operar un cambio sustancial en el panorama político anterior. A partir de entonces (mediados del siglo XIII) las cosas ya no volvieron a ser igual. El nuevo príncipe no será en el futuro meramente el garante del orden establecido, una especie de *primum inter pares*, que se debatía un tanto espasmódicamente entre anhelos de supremacía y dependencia fáctica de los poderes señoriales y ciudadanos. Algunos como Juan II de Castilla, aprovecharán esta feliz circunstancia para transformarse incluso en intérpretes de sí mismos, de su propio protagonismo frente a los intentos del reino de conservar una parcela de su poder legislativo. Ahora se les ofrece a los reyes la gran oportunidad de transformarse en protagonistas e impulsores de los acontecimientos políticos. Aspirarán a controlar e incluso a transformar la sociedad de la que, por obra del nuevo Derecho, se han constituído en rectores(3). Y el instrumento básico del que se van a servir será la ley, o mejor "su" ley. El rey bajomedieval -y desde luego el del Renacimiento y el Barroco- es fundamentalmente un legislador y también un juez(4). Son fácilmente apreciables los cambios que en este período se producen en los ámbitos militar, hacendístico, jurisdiccional y especialmente normativo(5). Es el signo de los nuevos tiempos. Un

nuevo momento histórico que no constituye patrimonio exclusivo de uno o de varios príncipes. Por el contrario, de él encontramos manifestaciones incuestionables a todo lo ancho de Europa desde Sicilia (1230) hasta Dinamarca (1241), desde la propia instancia papal (1234) hasta Castilla (c. 1256), desde Aragón (1274) hasta Noruega (1274-1276)(6).

En la maduración y materialización de esas competencias asignadas al rey desde el siglo XIII, como cabeza de la comunidad política, como instancia suprema de poder y de jurisdicción, tendrán que decir no poco la propia ley, ley regia por añadidura y la cada vez más nutrida y especializada doctrina política surgida de las primeras Universidades(7). Doctrina política he dicho, pero también doctrina eclesiástica. Entre una y otra se establecerán, prácticamente desde siempre, unas relaciones estrechas, casi íntimas, configuradoras de una entente fructífera para los poderes espiritual y mundano que conocerá largos siglos de vida activa(8).

Significativamente será la ley -insisto, ley regia- y a su lado una doctrina jurídica y política que comienza a ser cada vez más abundante en tanto avanza la Baja Edad Media, la que proclamará abiertamente el origen divino del poder regio(9). Puede decirse que desde mediados del siglo XIII, en Castilla, el título de rey se configura como un título de "oficio público", el más encumbrado de todos y que supone para su detentador la obligación inexcusable de atender a una serie de obligaciones bien definidas por la tradición y por la propia ley. En efecto, así lo encontramos recogido en el *Código de las Siete Partidas* del rey Alfonso X el Sabio y así nos lo representan en sus escritos los autores políticos castellanos de los siglos XVI y XVII, muchos de ellos incardinados en la fértil corriente de pensamiento de la Segunda Escolástica salmantina(10).

Los fundamentos de lo que luego se llamará centralización, absolutismo, e incluso soberanía, están, pues, ahí, en la legislación regia bajomedieval, especialmente la castellana(11). Será esta tradición legislativa la que durante los siglos XVI y XVII iniciará, con infructuoso resultado, el asalto a la constitución pactista y federal, propia de una monarquía limitada, de los territorios de la Corona de Aragón. Se trataba, en definitiva, de imponer en ellos un sistema político absolutista y centralizador que uniformizase todos los territorios peninsulares bajo la impronta del Derecho de Castilla. Los esfuerzos realizados en este sentido desde los tiempos del Rey Católico hasta el último de los Austrias, no dieron el resultado apetecido. La asignatura pendiente de la unidad peninsular corrió pareja a similares designios de la corte madrileña por reducir las diferencias entre Castilla y otros estados europeos integrados en la Monarquía(12). Pero, como es también sabido, este proceso de homogeneización peninsular sólo podrá llevarse a cabo a principios del siglo XVIII.

Frente al inmovilismo que parecía presidir todos los aspectos de la vida altomedieval, la Baja Edad Media presenta, en cambio, una imagen de evolutividad y de dinamismo que, desde luego, tuvo sus reflejos en los ámbitos político, legislativo y gubernativo(13). Por ejemplo -y esta elección no es en modo alguno casual- en lo relativo al sistema de la función pública, esta creatividad se va a traducir en un primer esbozo de lo que se denominará por los modernos tratadistas "Monarquía administrativa". Se trata de una monarquía impulsada directamente por el rey y accionada por funcionarios, por letrados o togados; hombres dotados de una determinada preparación técnica, esencialmente jurídica, pero también práctica, con un

concepto racional del ejercicio de sus funciones y que estarán llamados a desempeñar un papel relevante al servicio del estado, o lo que es igual, de su rey que es quien los nombra, quien les hace depositarios de una parte de su jurisdicción ordinaria y suprema y quien los paga(14).

Para nosotros este fenómeno adquiere una importancia trascendental, desde el momento en que por vez primera se sientan las bases de unas estructuras organizativas cuyo principal agente propulsor es el oficial público pagado por el rey, servidor suyo y unido a él por estrechos lazos basados en la fidelidad y en la confianza(15). Pues bien, serán estos oficiales juristas, estos letrados, doctores o no en derecho civil o en ambos derechos, los que materializarán en la práctica los primeros balbuceos de la soberanía. Ellos serán los que sentarán las bases teóricas de la misma y los que la llevarán a la práctica diaria del gobierno. Su promotor, el príncipe, empieza a concebir la maquinaria de gobierno y su soporte humano, los ministros u oficiales públicos, como un aparato de dominación en el que cifra el logro de sus objetivos en cuanto poder político que en el interior tiende al absolutismo y de cara al exterior tratará más adelante de patentizar la nueva idea de soberanía(16).

II. Oficio de rey y jurisdicción. El "atractivo" de la creación normativa.

La literatura jurídica bajomedieval suele identificar dos términos que, a simple vista, pueden parecer diferentes. Me refiero a los conceptos de oficio (para nuestro caso oficio real, aunque lo que se dirá es predicable de cualquier otro de carácter subordinado) y de jurisdicción. No obstante, conviene precisar que esta concepción no es unánime entre los autores de este período.

Descendientes lejanos de la magistraturas romanas y, por lo que se refiere al contenido de su función, hijos directos del Derecho romano justinianeo, los distintos oficios públicos bajomedievales, rey incluido, también llevan implícita en mayor o menor medida la jurisdicción. La cuestión estriba en delimitar cuál de los dos elementos componentes de ese todo, oficio y jurisdicción, es el definitorio. O si tratándose de componentes distintos alguno ha de tener prevalencia sobre el otro. En esto la doctrina comentarista bajomedieval no parece ponerse de acuerdo. En cambio sí lo está a la hora de definir la jurisdicción (*iurisdictio*): "potestas legitima, de publico introducta, cum necesitate iurisdicendi et aequitate statuendi"(17).

A la pregunta de si oficio y jurisdicción son o no una misma cosa, Bártolo de Sassoferrato (primera mitad del siglo XIV) se manifiesta afirmativamente. Su elucubración se halla recorrida por un escolasticismo que, por evidente, no deja de sorprender por su contundencia. Alega a este respecto que sólo es juez el que detenta oficio de este nombre y que juez sólo se es cuando se posee la jurisdicción. A simple vista tal argumento semeja conducir a una reducción al absurdo. Pero no lo es. Para él el vocablo juez alude a una persona, en concreto aquella que ostenta el cargo u oficio de ese nombre. En cambio el término jurisdicción viene siempre referido al oficio en sí, no a la persona que eventualmente lo detente. Por tanto oficio y jurisdicción son una misma cosa con independencia de la persona que en un momento determinado administre el cargo. Por su parte Baldo de Ubaldi, discípulo del anterior, entiende que la jurisdicción nace del oficio no siendo otra cosa que una cualidad del mismo. En cambio Cino de Pistoia, contemporáneo del primero opina lo contrario: la jurisdicción es la potestad de

persona pública competente, mientras que el oficio no es otra cosa que el ejercicio de esa potestad. En este misma línea interpretativa Paulo de Castro entiende que una cosa es el oficio y otra la jurisdicción: el oficio es el continente, la jurisdicción el contenido "y así pertenece la jurisdicción al oficio como el alma al cuerpo"(18). Lo importante de toda esta doctrina comentarista es que sus postulados continuarán vigentes durante los siglos XVI y XVII, influyendo decisivamente en la moderna noción que en el Renacimiento y en el Barroco se tiene por los doctrinarios políticos tanto del oficio de rey, ahora identificado con el estado, como de aquellas personas en quienes aquél delega una parte de su autoridad o su jurisdicción(19).

A estas alturas de nuestra exposición resulta inevitable dar respuesta a una pregunta que se hace ineludible. Cuando para este período hablamos de jurisdicción ¿a qué aludimos, a actividad judicial en sentido estricto o a jurisdicción como equivalente a capacidad normativa?. O por el contrario ¿aludía el vocablo *iurisdictio* simultánea e indistintamente a uno y otro concepto?. Esto parece ser lo más cierto ya que, como se ha repetido con frecuencia, casi toda la actividad desplegada por el rey durante la Edad Media y, en su nombre, por "sus" oficiales, se englobaba dentro del genérico concepto de justicia. Ya hemos dicho que el rey medieval era fundamentalmente un rey justiciero, un juez, aunque a partir del siglo XIII esa potestad que implicaba la suprema *iurisdictio* abarcase también la capacidad legislativa(20). Innecesario, pues, insistir en que localizar la fuente originaria de la jurisdicción equivalía a hacerlo también del derecho y del poder político. En suma, se trataba de identificar la sede primera de la soberanía.

El Derecho romano clásico redescubierto en los siglos medios a través de la obra de Justiniano recogía el principio ulpianeo de que lo que place al príncipe tiene valor de ley. Esta atribución al rey de la suprema jurisdicción e imperio era fruto de una transferencia de ambos en el príncipe por parte de la comunidad. A partir de la mencionada *translatio iurisdictionis* aquél quedaba facultado para ejercer el mando y dictar normas(21). ¿Quiere esto decir que el poder originario residía en la comunidad?. La respuesta ha de ser necesariamente matizada. Como toda doctrina, o más aún como cualquier teoría perteneciente al complejo campo del pensamiento político, ésta a que me vengo refiriendo conoció un dilatado proceso de gestación y desarrollo en el que están presentes vacilaciones y hasta retrocesos, pasos en falso y enmiendas que a la postre se transforman en radicales. En la determinación de la sede originaria de la *iurisdictio* habían contendido durante largo tiempo dos tendencias abiertamente contrapuestas. Una, la "ascendente" situaba ese origen en la propia comunidad que, voluntariamente, transfería el poder al príncipe quien, de esta forma, se transformaba en representante de la misma. Es la tesis que encontramos aplicada en Roma hasta el siglo IV. La otra, la "descendente", profundamente influenciada por el cristianismo, afirmaba categóricamente que el origen de todo poder está en Dios. Esta concepción es la propia de la Europa cristiana medieval. La doctrina del vicariato está íntimamente unida a esta concepción teocrática o cristocéntrica, puesto que el rey, según la misma, no es otra cosa que un representante suyo en la tierra que, en su nombre, ejerce la *summa potestas*. Es conocido que el propio Justiniano había hecho de esa doctrina el eje de toda su obra jurídica. Sólo a fines de la Edad Media y merced a complejas razones de la más diversa naturaleza que están en los inicios de lo que se ha venido llamando la modernidad, se advierte un retorno a la vieja noción ascendente sobre el origen del poder político(22).

En el fondo la contradicción entre ambas formas de concebir la soberanía, la del derecho divino y la popular, fue durante largo tiempo más aparente que real. Era lógico,

puesto que la Europa cristiana era concebida como un *corpus*, como una *universitas christiana* más que como un sistema político. Más que de súbditos cabría hablar de comunidad de creyentes. Las fronteras espiritual y temporal permanecían en extremo difusas. Desde esta óptica es fácil entender que se sostuviese -aunque no faltase la disputa- la supremacía del papa(23). Hay que esperar a fines del siglo XVI o mediados del XVII para que, en virtud de una secularización paulatina de la política, nos encontremos con la consolidación del llamado estado moderno, ya sea en la forma de sacralización de la realeza a través de la implantación de una monarquía verdaderamente absoluta, o el supuesto contrario de la consolidación del principio de la soberanía popular(24).

III. La visión cristocéntrica del poder: el teocratismo político.

El Derecho romano justinianeo redescubierto en Bolonia en el siglo XII e interpretado por los comentaristas de los siglos XIII y XIV tenia una fuerza atractiva que no podía pasar desapercibida a las distintas instancias de poder que, recelosas entre sí, confluían en la Europa medieval. Papas, emperadores y reyes encontraron en él los principios básicos que sustentaban el ejercicio de una potestad normativa que podía ser ejercida -al menos en principio- sin límites. El problema era quién había de ejercerla sin contrastes y sin sombras, como una *summa potestas* reconocida por todos(25).

Como he escrito en otra ocasión, es evidente que algunos de los principios insertos en el Derecho romano que ahora se recibía, completados e interpretados extensivamente por la glosa y sobre todo por el comentario, aunque referidos originariamente al emperador (no se olvide que en el Código de Justiniano 1,14,12,3 se consignaba que *leges condere soli imperatori concessum est*), habrían de favorecer las expectativas políticas de los reyes, especialmente interesados en potenciar su discutido poder frente al reino. La conocida afirmación de Ulpiano *quod pricipi placuit legis habet vigorem* y aquella otra que, como complemento de la anterior, consideraba a los reyes desligados del cumplimiento de las leyes (*Princeps a legibus solutus est*), ambas insertas en el Digesto justinianeo, constituirán el cimiento legal sobre el que se proyectará una copiosa doctrina defensora del absolutismo regio(26). Debo insistir en que durante la Edad Media sólo puede hablarse de formación del absolutismo. Los conceptos clave, como veremos, son poder superior, suprema jurisdicción, capacidad de crear leyes, etc., todos ellos referidos a la persona de un príncipe (emperador o rey). La aclaración no es casual ya que la idea de estado queda difuminada y solapada tras la persona de quien ejerce el poder, con el que llega a confundirse en un largo proceso que discurre ininterrumpidamente hasta fines del Antiguo Régimen. Por otra parte, aunque pueda hablarse de estado, la idea de soberanía le es absolutamente ajena, entre otras cosas porque ese estado se mantendrá durante largo tiempo supeditado a la ética cristiana y a la aplicación de un Derecho entendido como valor trascendente(27).

La doble supeditación aludida tendrá su corolario doctrinal en la ficción jurídica del rey como *persona mixta*, es decir, dotado de la doble naturaleza de "señor" y de "ministro de la justicia", es decir, servidor de ella. El período bajomedieval contempla la irrupción de un iuscentrismo político que, apoyado firmemente en la base del Derecho romano, desplaza en parte el cristocentrismo anterior. Es un nuevo modelo de *persona mixta* más jurídico, más real en cuanto había perdido parte de su carga teológica. Su primera menifestación se halla en las *Constituciones Sicilianas o Liber Augustalis* del

emperador y rey de Sicilia Federico II(28). Era lógico que así sucediera. Los reyes de fines de la Edad Media aspirarán a ser independientes en el sentido más completo de la palabra: independientes del papa, del emperador, de otros reyes con los que pronto establecen una relación de rivalidad. Independientes incluso ante su propio pueblo. De este modo, aún sin saber con certeza cúal era el verdadero alcance de sus aspiraciones, estaban construyendo para el futuro una de las ideas clave de la historia del pensamiento político: la noción de soberanía. Por eso, cuando algunos papas y especialmente el incansable Gregorio VII mostraron amenazadoramente a los díscolos y ambiciosos príncipes seculares y al propio emperador cuáles eran sus poderes, echando mano para ello de los Libros Sagrados, aquéllos no tuvieron más remedio que replegarse un tanto consternados y heridos en su orgullo. Es entonces cuando se refugian en el Derecho de Roma, el viejo Derecho imperial al que ahora habrían de despojar de buena parte de la carga teocrática que no sirviera específicamente a sus intereses.

Aquella doctrina, algunos de cuyos representantes gozaban de una autoridad incontrastada incluso en los siglos XVI y XVII, daba por sentado que el *condere legem*, es decir, la facultad de dictar leyes reconocida al emperador (o a los reyes), una vez operada la *translatio iurisdictionis* del pueblo en su persona, tenía carácter general, o lo que es lo mismo obligaba a todos los súbditos que habitasen en el territorio sobre el que espacialmente se proyectase su jurisdicción suprema(29). En Castilla las Partidas de Alfonso X recogían puntualmente el citado principio de hacer recaer exclusivamente en el príncipe el ejercicio de la máxima jurisdicción(30). Cualquiera otro que ejerciese de alguna forma algún tipo de jurisdicción en el reino -es el caso de los oficiales, magistrados y ministros públicos- siempre se entendía que lo era en su nombre, es decir, subordinada y derivativamente y desde luego nunca comportaba el ejercicio de la alta jurisdicción(31). Si, como veremos seguidamente, el oficio de rey se atribuía por la gracia de Dios, los oficios públicos inferiores tendrán su origen en la gracia del rey, en la merced real(32).

¿Quiere lo anterior decir que el Derecho territorial castellano acogía sin reservas los principios de la tesis ascendente del gobierno, tal como a primera vista parece mostrar la tesis de la *translatio iurisdictionis*?. Exactamente sucede lo contrario. En Partidas II,1,5 se proclama abiertamente que "Vicarios de Dios son los reyes..."(33). Con esta fórmula Alfonso X no sólo se anticipa a los doctrinarios franceses(34), sino que consuma el suficiente alejamiento del pueblo como para que su *jurisdictio* no quede comprometida para lo sucesivo. Lo que sucede es que en Castilla se adopta, a partir de este rey, una solución que puede calificarse ecléctica o de un cierto compromiso. Era lógico, puesto que demostrar que Dios le había delegado directa y formalmente la *summa potestas* era, como veremos, ciertamente complicado. O tal vez Alfonso X se siente en una posición de mayor fuerza que otros reyes europeos de su tiempo, e incluso que el propio emperador, como advierte severamente en Partidas II,1,8. Lo cierto es que admitiendo la solución teocrática, se considera que el poder originario pasa primero de Dios a la comunidad y despues de ésta al príncipe quien en adelante lo transmitirá a sus descendientes. En lo sucesivo ya no será necesario el beneplácito de los súbditos para que sus sucesores accedan al trono. Queda, pues, instaurado legalmente el sistema hereditario en Castilla. El sistema electivo propio de la concepción ascendente del poder había dado pruebas históricamente de ser poco operativo. Primero, porque implicaba la previa sujeción del rey al pueblo. Después, porque tradicionalmente había estado unido a desórdenes, cuando no a graves discordias civiles(35).

Operada la *translatio* ya la comunidad no podrá reclamar a los reyes esa potestad suprema(36). Sobre ésto último -salvo contadas y sonoras excepciones- harán hincapié los tratadistas políticos castellanos de la Edad Moderna, entre otras cosas porque admitir la posibilidad de una restitución jurisdiccional, equivalía a dejar desactivado el núcleo de la teoría de la *plenitudo potestatis* y, por lo mismo, de la soberanía(37).

Era lógico, puesto que toda la obra legislativa alfonsina y, sobre todo las Partidas, está transida de teocratismo. También lo están todas las fuentes de conocimiento, jurídicas o no, de este período que quieran consultarse. Desde mediados del siglo XIII hasta fines del XV y salvo excepciones que no hacen otra cosa que desentonar del conjunto, el teocratismo apuntado se ha instalado en los textos oficiales y en los literarios. La expresión "majestad real" como algo propio del oficio de rey, la encontramos en los cronistas, los documentos, los escritores políticos, las Cortes castellanas y de la Corona de Aragón, etc.(38). Lo mismo sucede en el resto de Europa(39). Si el rey es tal, lo es "por la gracia de Dios" y si puede dictar leyes es justamente en función del carácter sacral de su realeza y de su condición de vicario de Dios(40). De esta manera los primeros pasos, normativos y doctrinales, para la consolidación del proceso que había de conducir a la monarquía absoluta, estaban dados(41).

En Inglaterra la ficción legal que suponía en los siglos XVI y XVII la teoría de los Dos Cuerpos del Rey, cuerpo natural y cuerpo político, contaba con un claro antecedente altomedieval: la doctrina que entendía que el príncipe era una *persona mixta*(42), un ser que aunaba en sí dos capacidades distintas, una de naturaleza temporal y otra espiritual. Una de las fuentes más tempranas donde se recoge la doctrina cristocéntrica de la realeza anglonormanda es el "Anónimo Normando", que fue escrito en torno al 1100. Es significativo y aleccionador al mismo tiempo que el citado autor encuentre uno de los fundamentos más sólidos de su teoría en los concilios toledanos. En concreto subyugaba al anónimo y lejano teórico del pensamiento político, la idea de que los reyes visigodos mantuviesen su peculiar relación simbiótica con la Iglesia y que se traducía, entre otras cosas, en la facultad de convocar y presidir los concilios(43). Y sobre todo reparaba en un hecho de singular trascendencia para él: el derecho visigodo distinguía claramente entre la persona del rey y el oficio real(44). Utilizando fuentes de diversa naturaleza y procedencia el Normando alumbró la idea de que el rey era la *imago Christi*, no la imagen de Dios (*imago Dei*). Este desliz intelectual o esta traición del subconsciente propiciada por la honradez en sus convicciones o por sus excesivos escrúpulos, determinó que su teoría no alcanzase demasiado predicamento, ni a medio ni a largo plazo. Parece lógico que así sucediera, ya que las aspiraciones de los príncipes seculares eran en extremo elevadas a la hora de fundamentar el origen de su poder(45).

En 1453 Juan II de Castilla con ocasión de las circunstancias que determinaron la pérdida del favor regio por don Alvaro de Luna y ante la necesidad de restablecer una justicia que él entendía había de corresponderle a él, hace saber la obligación por parte de todos de mantener el "respecto é consideracion al logar que de Dios tengo en la tierra para administrar é exercer aquella..."(46). Y los Reyes Católicos en las Cortes de Madrigal de 1476, en una intervención verdaderamente significativa afirman: "Y como el (Dios) hizo sus vicarios a los rreyes en la tierra e les dio gran poder en lo temporal, cierto es que mayor seruicio auerá de aquestos e mas le son obligados que aquellos a quien menor poder dio. Y esta tal obligaçion quiere que le sea pagada en la

administracion de la iustiçia, pues para esta les prestó el poder. E para la execuçion della les hizo rreyes e por ella rreynan"(47).

Tanto en un caso como, muy especialmente, en el otro de los expuestos, hay algo en lo que conviene llamar la atención. Se trata de la estrecha vinculación existente entre el oficio de rey y la recta administración de la justicia. Entiéndase este último concepto en una acepción amplia y trascendente interpretada como derivación de la justicia divina, a la que había que añadir su correlato más directo y tangible representado por el bien común(48). El teocratismo implícito en el oficio de rey no significa que éste pueda actuar arbitrariamente. Por el contrario, el ejercicio de la potestad suprema está severamente condicionado por el logro de un ideal de justicia. Sirvan, pues, estos dos como ejemplos, entre otros muchos que podrían alegarse, del carácter omnímodo que la administración de justicia tenía en este período y la prevalencia que su ejercicio suponía respecto de otras actividades propias del oficio real. El rey seguía siendo fundamentalmente un justiciero y para el recto cumplimiento de su actividad jurisdiccional había recibido de Dios el poder supremo. Ahí está, pues, la vinculación apuntada entre la teoría del vicariato y el ejercicio del poder regio.

Obsérvese que en la época medieval la actividad del gobernante está profundamente influída por condicionamientos morales y religiosos, más que políticos en el sentido que la modernidad imprime a este vocablo. El rey medieval desempeña un oficio, palabra que tomada del Derecho romano postclásico es revestida de tintes éticos y trascendentes por obra del Derecho canónico a partir del siglo XII(49). Es por ello que el oficio (*officium*) de gobernante es calificado por las fuentes normativas y doctrinales como divino, en la medida en que su titular queda obligado a plasmar a través de él la voluntad de Dios utilizando la vía del Derecho. Teocratismo y iuscentrismo aparecen, pues, estrechamente imbricados(50). Juan de Salisbury en su *Policraticus* (1159) ensayaría la difícil solución de conciliar un monarca dotado de poder absoluto (*legibus solutus*) con su total subordinación al *Derecho* (*legibus alligatus*)(51). Puede decirse que esta idea trascendente del destino del poder temporal es común a los distintos reinos europeos. En realidad es el vínculo que los hermana y que, en buena medida, transforma a la Europa cristiana medieval en una unidad. La unidad de los paises de Europa occidental se fundamenta, pues, en la común aceptación por los poderes temporales de esa noción trascendente del poder. Esto es lo que más la diferencia de la Europa moderna.

Que ésta sea la tónica general no quiere decir que no se den algunas excepciones que resaltan por su estridencia. Como escribió en su día Meinecke "el emperador Carlos IV en Alemania y el rey Luis XI en Francia dieron el ejemplo de una política hacia el interior racionalizada y desprovista de escrúpulos. Y el mismo mundo eclesiástico preparaba el espíritu de un nuevo arte político con sus transformaciones internas, con la progresiva identificación del Papado con intereses políticos seculares..."(52). Nos está hablando de los inicios de una nueva ciencia, de la ciencia política que, surgida al amparo y como consecuencia de las transformaciones de los estados nacionales, comienzan a sustituir los viejos conceptos medievales del *corpus christianum* por otros que hablan de política e incluso de razón de estado(53). Aún así, como tendremos ocasión de comprobar, el proceso habrá de ser lento y no conocerá de un progreso uniforme.

IV. Tiempos nuevos: aires de cambio.

La anterior afirmación tiene su razón de ser y está plenamente justificada por los hechos. Hasta el punto de que a fines del siglo XV la propia Iglesia había dado suficientes pruebas de necesitar su propia renovación. Una renovación que había de

acometerse en el sentido de purificar y fortalecer la vida religiosa desembarazándola del lastre materialista que arrastraba desde hacía tiempo y devolviéndola a su sencillez primitiva(54). Caso contrario, de seguir así las cosas poco ejemplo podía dar a unos poderes temporales que tan estrechamente habían ligado su suerte a los fines promovidos por la Iglesia de Roma. Los ecos de las encendidas admoniciones de Savonarola en las postrimerías del siglo, habían sido callados por la hoguera. No así sucedería con Lutero quien años más tarde en su escrito de 1520 dirigido a los cristianos alemanes, alerta contra los excesos de la Iglesia de Roma y niega que en las actuales circunstancias pueda ésta alegar ningún tipo de superioridad sobre el poder temporal. Es más, llega a aconsejar en estos casos la desobediencia a la jerarquía eclesiástica(55).

Innecesario explicar que los términos en que Lutero se expresa y seguirá expresándose durante el resto de su vida, resonaron en la común conciencia europea con la contundencia de un mazazo. Por vez primera se abría una brecha, que a la postre sería infranqueable para una porción importante de Europa o de los cristianos europeos, en la secular unión entre religión y política. Al confinar a la Iglesia a una función puramente espiritual Lutero determinó la escisión entre dos esferas o reinos (*die zwei Reiche*), el espiritual o eclesiástico que afectaba a las almas de los individuos y el temporal que tenía que ver con la vida terrena del hombre. Lo curioso del caso es que la escisión apuntada al final condujo a un predominio del poder estatal sobre el eclesiástico, no demasiado lejano del viejo cesaropapismo imperial que parecía superado(56). Quizás el ejemplo más significativo venga representado por Enrique VIII de Inglaterra quien en una sorprendente decisión -que, sin embargo, contaba con un antecedente francés- culminó la escalada de enaltecimiento del poder temporal incorporando la Iglesia Anglicana al *corpus politicum* de Inglaterra del cual él era la cabeza. Ignorando la venerable teoría que conciliaba el estado con la Iglesia en un *corpus mysticum*, se limitó a relanzar el proceso de secularización reduciendo a la Iglesia a un mero cuerpo político e incorporándolo al otro cuerpo político del que era la cabeza monárquica, al reino de Inglaterra(57).

Es lo cierto, sin embargo, que la nueva teología que trajo consigo la Reforma arrumbó como algo inservible los restos de la doctrina agustiniana y medieval fundada en la dualidad comunicativa entre las dos ciudades, la celestial y la terrena y, con ella, del principio *nulla potestas nisi a Deo* aplicable tanto a papas como príncipes seculares. La autonomía dela religión arrastró consigo la autonomía de la política, una política que pronto habría de ser la propia de un estado moderno(58). Puede decirse que a partir de Lutero el viejo modelo medieval de la soberanía limitada, deja paso al *divine right of kings* que, como principio político, alcanzará su punto de madurez en el siglo XVII. Es el momento en que se afirman las grandes monarquías europeas (Inglaterra, Francia, España) generadoras de estados nacionales de carácter territorial en cuya ascendente evolución nada podían aportar los viejos conceptos medievales de origen paulino y agustiniano.

Muchas cosas estaban cambiando, pues, a principios del siglo XVI en el terreno de las relaciones entre religión y política. No sin traumas, desde luego. En 1527 los paises católicos europeos aún asistirían estupefactos a otro sonado acontecimiento. Me refiero al saco de Roma por las tropas del emperador Carlos V. Quiero referirme a ello

brevemente por lo que de sorprendente e ilustrativo tuvo, desde el momento en que el hecho se produjo por parte de quien en ese momento era considerado campeón de la Cristiandad, rector de un imperio de cristianos, brazo armado de la Iglesia dentro del universalismo utópico -de resonantes ecos medievales- propio de la *Respublica Christiana*. Dejando a un lado las circunstancias que rodearon el acontecimiento, lo cierto es que el emperador no era del todo ajeno a la idea de hacer una severa advertencia a un papa que, desde hacía tiempo y según su óptica, venía comprometiendo seriamente el futuro de la Cristiandad(59).

Aunque los documentos a que voy a referirme no hubieran salido de la mano del propio emperador, desde luego sí reflejaban un determinado estado de opinión ante la actitud de la Iglesia y, en concreto de Clemente VII, precisamente entre personas especialmente allegadas al César. Esos individuos y en especial el secretario Alfonso de Valdés formaban parte del estrecho círculo de sus colaboradores. La circunstancia de que tales impresiones sobre los hechos ocurridos tengan mucho que ver con el grupo de los erasmistas próximos a Carlos V, no resta importancia al hecho en sí. Ni Valdés estaba sólo a la hora de compartir y airear tales ideas, ni el mismo Carlos V estaba totalmente al margen de lo ocurrido, aunque los hechos se hubieran precipitado y escapado de control. De hecho el emperador había acusado al papa de haber "traicionado su misión". En carta a Carlos V desde Italia de fecha 25 de mayo de 1527 el agente imperial Lope de Soria escribe: "Si le parece que la Iglesia de Dios no está como debe y que la grandeza que tiene de estado temporal le da atrevimiento para solevar pueblos y convocar príncipes para hacer guerras, pienso que sin pecado puedo acordar a Vuestra Majestad que no lo sería reformarla..."(60).

El 8 de junio Bartolomeo Gattinara le hace saber que todos esperan sus órdenes, concretamente "saber cómo quiere Vuestra Majestad que se gobierne la ciudad de Roma, *y si en esta ciudad ha de haber alguna especie de sede apostólica o no*". Y por si cabe alguna duda sobre el verdadero sentido de sus palabras agrega: "No dejaré de mencionar la opinión de ciertos criados de Vuestra Majestad que dicen que no se debería suprimir del todo la sede apostólica de Roma, porque en ese caso el Rey de Francia creará un patriarca en su reino y negará obediencia a dicha sede apostólica, y otro tanto harán el Rey de Inglaterra y los demás príncipes cristianos. *Los dichos criados de Vuestra Majestad opinan que habrá que mantener la dicha sede apostólica en tal estado de sumisión, que Vuestra Majestad pueda siempre disponer de ella y darle órdenes*"(61). Sobran comentarios. El hecho era que el propio Carlos V se sentía perplejo ante el alcance de los hechos: Roma había sido saqueada y el papa estaba en sus manos. De la interpretación que a los acontecimientos dieran los príncipes cristianos dependía el éxito o el fracaso de su política imperial como rector de un imperio de cristianos. La ocasión, desde luego, no tenía precedentes y el emperador se sintió obligado a adoptar una solución que puede calificarse de conservadora entre las diversas opciones posibles(62).

Pero ¿cuál era el parecer del erasmista Alfonso de Valdés?. No resulta supérfluo anticipar que el secretario imperial no disfrutaba de las dosis de moderación, cuando no de ambigüedad que tradicionalmente se ha atribuído a su maestro(63). Decidido a presentar la versión española de *los acontecimientos, no vaciló en su Diálogo de las cosas ocurridas en Roma* cargar las culpas a un papa que había sido quien rompió la paz, un vicario de Cristo que hace la guerra en un momento en que el peligro otomano, que era un riesgo para toda la Cristiandad, era más inminente que nunca. Dado que el contencioso sólo tenía dos partes, el papa y el emperador, el secretario imperial tomó

inmediata y decididamente partido por este último. Así, juzga con el mayor rigor los derechos y deberes del pontífice respecto a la política europea, llega a cuestionar incluso la significación del papado calificando al titular de la sede de jefe de estado más que de rector espiritual de la comunidad de creyentes. Y sentencia ásperamente: "...los Sumos Pontífices... más libremente podrían entender en las cosas espirituales si no se ocupasen de las temporales...". Finalmente decide descubrir el juego: Clemente VII más que vicario de Dios es un príncipe italiano más. El es quien ha iniciado las hostilidades y lo ha hecho porque su verdadero propósito era expulsar al emperador de sus dominios italianos(64). Desde su punto de vista, expuesto de manera apasionada pero clara a través de los dos personajes imaginarios que, a través de su pluma, dan vida al Diálogo (Lactancio y el Arcediano), el enfrentamiento entre Carlos V y Clemente VII es una pugna entre la cabeza visible del poder temporal en una república de cristianos, colocado en una situación coyuntural y única para reformar una Iglesia corrupta, y el vicario de Cristo demasiado ocupado en cuestiones temporales que para nada benefician al futuro de una Iglesia que él, como discípulo de Erasmo, considera debe ser reformada.

Por lo que se refiere a la doctrina política, desde mediados del siglo XV y aunque subsistan no pocos resíduos medievales reacios a desaparecer, la idea de poder se concretiza en lo material, se seculariza como también se seculariza el Derecho. La anterior unidad, aunque sólo fuera como idea aglutinante, se rompe para dejar paso a unos estados nacionales que entienden el poder como instrumento para el logro de unos fines concretos y particulares, con frecuencia opuestos entre sí(65).

Fines, en suma, que en muchos casos sólo son factibles por la vía de la confrontación. El caso de Italia es paradigmático. También lo es el de Francia, aunque de otra forma. No es casualidad que sea en Italia donde surgan los primeros teóricos de un pensamiento filosófico-político nacido precisamente como reacción ante la paralizante realidad de un país de glorioso pasado y ahora dividido en pequeños estados independientes. Como dirá un autor "en esta empresa (los reyes) son celosamente apoyados por los juristas de la corona, educados en las leyes, que utilizando el Derecho romano crean un concepto de soberanía estrictamente jurídico y a partir de doctrinas de la Antigüedad tardía sustituyen la idea medieval del Derecho, de carácter moral y religioso, por el moderno Derecho Natural"(66).

El tema del origen del poder y, consecuentemente, el de crear leyes es algo que, lógicamente, preocupará a una doctrina jurídica medieval profundamente comprometida con la política de su tiempo. Preocupará a ellos de la misma manera que en la Castilla de los siglos XIV y XV preocupará a los sucesores del rey Sabio(67). Un par de ejemplos podrán servirnos de referencia. El infante don Juan Manuel, nieto de Fernando III, en el *Libro de los Estados* refiriéndose a "qué estado es el del Papa", nos dice: "...el Papa ha poder complido en todo lo spiritual, así como Nuestro Señor Jesucristo lo dió a sant Pedro que dejó por su vicario... Otrosí ha muy grant poder en lo temporal; mas cuál ó cuánto es este poder, porque yo só de Castiella, et los reys de Castiella et sus reinos son mas sin ninguna subjección que otra tierra del mundo..."(68). En 1306 y con ocasión de pleito entre don Diego López de Haro y Fernando IV, ante la intención de aquél de apelar al papa, los consejeros juristas del rey dictaminaron que "Don Diego non podía facer esta apelación... porque el Rey e todos los sus reinos de Castilla é de León son esentos en la iglesia de Roma, que non han nin deven aver ninguna juridición por ningund agravamiento que el Rey ficiese... que non podía apelar dél para el Papa ni para ante otro ninguno, é que esta esencion guardaron siempre todos los Reyes onde él

venía..."(69). En 1333 tiene lugar la unción y coronación de Alfonso XI. El cronista nos describe con minuciosidad la solemne ceremonia. Nos quedamos con un dato bastante revelador que éste procura dejar en claro: "...et ungió el Arzobispo al Rey en la espalda derecha con olio bendicho... Et desque el Rey fué ungido, tornaron al altar... el Rey subió al altar solo, et tomó la su corona, que era de oro con piedras de muy grand prescio, et pusola en la cabeza: et tomó la otra corona, et pusola à la reina..."(70).

La concepción teocrática o descendente del poder es a fin de cuentas un artificio desarrollado por los juristas medievales, con el auxilio de la patrística y las fuentes bíblicas, para explicar la razón de ser del poder de mando y de jurisdicción que, residiendo en el príncipe, se ha de extender legítimamente sobre los súbditos. Se busca, pues, la legitimidad en su más alta instancia. Pero no es del lado del derecho civil donde surge con mayor fundamento este posicionamiento doctrinal. En otra sede he escrito que esta forma "hacia abajo" de la adquisición del poder de gobernar la toma el derecho secular del ejemplo vivo que le ofrece la consolidación de la misma doctrina que se produce en el ámbito del derecho canónico, donde el poder papal se había configurado como la más pura manifestación de la concepción teocrática o descendente del poder(71).

Es fácil de entender, puesto que la Iglesia había sido la verdadera continuadora del Imperio romano, la única que había demostrado ser capaz de sustituirle, porque su lenguaje y el mensaje que proponía tenían de por sí un carácter supranacional. La Iglesia había logrado hermanar espiritual y culturalmente lo que la caída del Imperio romano había deshermanado políticamente, aunque los inestimables restos del Imperio (la lengua, el Derecho) estuviesen ahí, a la vista de todos para ser reutilizados en la construcción de una nueva unidad.

Creo conveniente recordar que durante la Edad Media la filosofía cristocéntrica del poder, cuyo origen paulino y agustiniano se condensaba en el *principio nulla potestas nisi a Deo*, envolvía e inspiraba tanto a la teoría ascendente como a la descendente del origen del poder político poder, cuyo origen paulino y agustiniano se condensaba en el. Quiere ésto decir que tanto en un caso como en otro la voluntad de Dios estaba en la base de la autoridad del soberano. Más directamente en la tesis teocrática que en la ascendente, pero en ambas actuaba como la verdadera razón legitimadora del poder. Es por ello que durante todo el medievo no se puede hablar de absolutismo político en sentido estricto, el absolutismo contenido en la idea de la *plenitudo potestatis* es más doctrinal que efectivo. De ahí que la monarquía europea medieval sea siempre y en todo caso una monarquía preeminencial o, si se quiere, limitada(72). Limitada por la ley divina, por la ley natural y hasta por el derecho consuetudinario de origen popular que, como veremos, siempre es anterior al derecho regio.

En cambio, durante el siglo XVII, cuando la Modernidad ha calado ya en lo profundo del ser europeo, entre ambas teorías se producirá una disociación en tono creciente hasta hacerse radical, abrupta. Se llega así a una situación que bastante poco tiene que ver con la mentalidad típica del mundo medieval. En la concepción descendente se operará un cambio cualitativo de gran envergadura, desde el momento en que la idea del origen divino del poder, al secularizarse y desprenderse de las enquistadas adherencias medievales, será utilizada por algunos monarcas para fortalecer su propia posición personal ante el reino y frente a otros estados nacionales. El caso más

típico es el de Luís XIV de Francia quien al realzar hasta un nivel inusual su figura como monarca absoluto, se hará reconocer por sus súbditos como rey-Dios. Es la apoteosis del absolutismo monárquico, la teoría de la soberanía del estado (o del rey) llevada a su más alta cota tras la crisis de las guerras de religión. En el lado opuesto, Inglaterra acometerá un proceso de laicización de la vieja tesis ascendente hasta depositar a todos los efectos el poder originario en la comunidad (*commonwealth*). Esta última será a partir de 1688, con la *Glorious Revolution* la única soberana y el monarca, en principio muy a su pesar, se constituirá en un delegado o representante suyo. Nos encontramos ante la primera formulación europea de una monarquía constitucional(73).

Lo que sí ocasiona más quebraderos de cabeza a la jurisprudencia bajomedieval es conciliar el principio de la *plenitudo potestatis* del príncipe con aquel otro que proclamaba que éste había de considerarse a *legibus solutus*, es decir, que el rey no sólo está capacitado para dictar normas generales, sino que también se encuentra por encima de ellas, tal como recogía el Derecho romano. La íntima compenetración de los gobiernos europeos medievales con la cosmología cristiana imponía un principio de respeto del propio rey a las leyes que habían sido dadas, incluso por él mismo. El rey ha de actuar conforme a Derecho, entre otras razones porque las leyes humanas han de acomodarse a las divinas de las que son fiel reflejo y si éstas son de obligado cumplimiento, de la misma manera deben serlo aquellas(74). En España ese principio tenía una larga tradición, puesto que ya era reconocido desde los tiempos de la monarquía visigoda(75). La tensión entre ambas concepciones a que acabo de hacer alusión se advierte claramente en las Partidas, donde al mismo tiempo que se reconoce que el rey debe guardar las leyes, también se hace la advertencia de que nadie puede obligarle a hacerlo(76). Evidentemente al afirmar ésto en "sus" Partidas, Alfonso X tiene el pensamiento puesto en otro sitio.

No olvidemos que el derecho que el rey castellano bajomedieval "crea" es, en realidad, un derecho nuevo, o para entendernos mejor, un derecho viejo pero nuevo en Castilla. Un ordenamiento jurídico en gran parte venido desde fuera, asumido por él porque le interesa ya que reafirma su posición ante el reino, y que consiguientemente él hace suyo. No así el reino, que desde el primer momento muestra su hostilidad contra él. Sin embargo, al lado de este nuevo derecho preexiste un derecho antiguo, propiamente castellano, de origen altomedieval, de formación consuetudinaria y judicial, es decir, eminentemente popular que el rey no puede soslayar porque los estamentos se lo impiden, ya que lo consideran propio. Para Iglesia Ferreirós es ese derecho tradicional el que el rey ha de respetar. Según este autor, descartado que la fórmula *quod omnes tangit ab omnibus debet approbari* implique la vigencia en los siglos medios de un principio verdaderamente democrático, lo que queda es una lucha por la titularidad de la creación jurídica entre ambas partes, rey y reino. "No se trata de substituir al rey en la tarea de crear el derecho -dirá el citado autor-, no se trata de discutir la *summa potestas* del rey; se pretende, sin embargo, poner límites al ejercicio por parte del rey de esa *summa potestas*, vinculándolo al derecho del pasado, en último término manifestación del ordenamiento divino"(77). Así es como el autor interpreta en el caso castellano la aparente contradicción a que antes se hacía referencia. Una contradicción que fuera de España estaba suscitando no pocas controversias entre los juristas apegados al *mos italicus*, con dudosas posibilidades de clarificación en beneficio de un rey legislador y *supra iuris*(78).

V. Problemas viejos: forcejeos por un protagonismo.

Los textos que he citado más arriba y algunos otros que aparecen dispersos por la Compilación justinianea, fueron objeto de una interpretación por parte de los juristas que en buena medida flexionaba su sentido originario, hipertrofiando a veces las facultades imperiales. Esto se explica porque tanto glosadores como comentaristas, especialmente estos últimos, situados en un primer plano de la vida política de su tiempo, se habían alineado muchos de ellos del lado del emperador, favoreciendo así la difusión de su consideración como *dominus totius mundi*. Lo mismo sucedió respecto del papa, dando con ello lugar a la formación de dos tendencias contrapuestas, la pontificia y la imperial, que pugnaban entre sí a la hora de atribuir a uno u otro la primacía universal(79).

Sin embargo, queda claro que el emperador, lo mismo que el rey *teocráticos*, van a encontrar doctrinalmente mayores dificultades para demostrar su condición de vicarios de Dios. Aunque su esfuerzo por justificar una supremacía universal se produce antes en el tiempo, ellos no podían demostrar formalmente, como sí podían hacerlo los sucesores de Pedro, que había existido en su favor una delegación expresa por parte de Dios(80).

El problema no era, desde luego, nuevo ya que se remonta a los primeros tiempos de la Iglesia. El cesaropapismo inaugurado con Constantino (306-337), que suponía, además de que el emperador pudiera legislar en materias eclesiásticas, la obediencia de la Iglesia al Estado, persistió como una inquietante herencia, primero en las dos partes del Imperio y, más tarde, en la mitad oriental, en Bizancio. Hay que esperar a los tiempos del papa León I (440-461), para encontrar una reacción enérgica por parte de la Iglesia. Como era de esperar, esa reacción iba a descansar en el principio de que la teoría monárquica de la Iglesia encuentra su origen nada menos que en la directa designación por parte de Cristo de San Pedro como su sucesor y que de éste pasaba a sus continuadores al frente de la Iglesia. Lo cual suponía, ni más ni menos que reconocer la supremacía jurisdiccional de la Iglesia de Roma en todo el orbe cristiano(81).

El no reconocimiento de este principio por parte de los emperadores de Oriente sólo traería conflictos entre ambas potestades. Conflictos que se arrastrarían durante siglos. Era lógico, puesto que estaba en juego nada menos que la idea de dominio universal cuyos fundamentos encontraban los emperadores en el propio Derecho de Roma. Frente a la primacía papal, Constantinopla opuso la doctrina del carácter sacerdotal de los emperadores, que les facultaba para gobernar el Imperio de los cristianos no sólo en materia temporal, sino también espiritual. El mismo Justiniano (527-565), bajo cuya mano se realizó la gran obra del *Corpus iuris*, según hemos visto, justificaba la doble vertiente, temporal y espiritual, de su condición de *basileus* en el principio del origen divino del poder imperial.

Y sería precisamente ese principio el que dió el argumento básico a los papas para proclamar su supremacía: el emperador sólo podía serlo si era ungido por el papa, única autoridad verdaderamente universal, ya que su poder derivaba directamente de Dios a través de San Pedro, primer papa. Esta legitimidad de origen nunca podían probarla los emperadores, por mucho que se proclamaran a sí mismos vicarios de Dios en la tierra, de conformidad con la teoría teocrática o descendente del poder que la doctrina jurídica, de inspiración romanista, había elaborado cuidadosamente a favor de sus pretensiones(82) .

El papa Gregorio VII (1073-1085) personificaría los momentos más duros del enfrentamiento entre ambas potestades en lucha por lograr el *dominium totius mundi*, la primacía incontrastada en el gobierno de un imperio de cristianos. Su *Dictatus papae* (1075) proclamará no sólo que el papa es el legislador supremo, sino que además está facultado para deponer reyes y emperadores(83). Sin duda el alcance de la proclamación gregoriana fue enorme. Lo fue para el emperador y también lo sería para los reyes. Unos reyes que, siglo y medio más tarde, inentarán delimitar el ámbito de su poder tanto frente a la instancia papal como la imperial, construyendo su propia *summa potestas*, su *plenitudo potestatis* más tarde identificada como soberanía.

En los siglos XIV y XV y tras diversas vicisitudes, la suerte de aquella doctrina pontificia frente a los reyes-sacerdotes y al *principatus* de los emperadores, entró en crisis y con ella la autoridad del papado. La posición de fuerza en que los nuevos emperadores y los reyes de Francia e Inglaterra se encontraron, unido a las graves consecuencias del gran cisma, provocaron un claro retroceso en los logros obtenidos por Gregorio VII y que habían sido precipitados por sus antecesores(84). Los nuevos aparatos estatales, accionados por poderes seculares ansiosos de glorificar su imagen y servidos, a su vez, por una doctrina secular incondicional, encontraron no sólo en el Derecho romano y en el canónico, sino en la teología y la doctrina eclesiástica el material prestado que necesitaban para elaborar una doctrina propia del estado. Se trataba ya de un estado territorial, protonacional e independiente de cualquier otro poder, al que los juristas al servicio de los reyes calificarán sin titubeos de *Corpus Reipublicae mysticum* en una clara apropiación de conceptos elaborados con tenacidad por la doctrina eclesiástica(85). Como sabemos, más tarde Enrique VIII de Inglaterra se encargaría de hacer pedazos la secular ficción del cuerpo místico, para sustitirla por la nueva doctrina política en la que el rey fuera la cabeza de los cuerpos político y espiritual(86).

El auge de la doctrina conciliarista en el primer tercio del siglo XV vino a suponer nada menos que la puesta en entredicho de la supremacía papal en el propio seno de la Iglesia, en beneficio de una *plenitudo potestatis conciliar*. Ahora eran los padres conciliares quienes se consideraban destinatarios de la suprema potestad otorgada por Dios. No por mucho tiempo, ya que dos décadas más tarde el papa Eugenio IV consumará la victoria del papado sobre el movimiento conciliar. Al fin, esto supuso la implantación de una "monarquía absoluta" dentro de la Iglesia y "el inicio del mundo moderno" que "preparó el camino a Lutero y Maquiavelo en la doctrina del estado, y a Ignacio de Loyola en la Iglesia"(87).

Una polémica similar a la habida entre emperadores y papas, se va a plantear en la Baja Edad Media entre emperadores y reyes. Los juristas sostenedores de la tesis de la primacía imperial había elaborado, sobre la base del Derecho romano justinianeo y de los Derechos canónico y feudal, un *ius commune* destinado a tener aplicación en el nuevo Imperio medieval, sucesor del romano. La nueva fórmula arbitrada por los juristas de los siglos XIII y XIV presuponía la difusión por Europa de la nueva unidad jurídica, es decir, del *unum ius* propio del *unum imperium*.

Pues bien, de aquí surgirá precisamente la contraposición entre ese derecho de vocación unitaria que es el Derecho común y los distintos derechos particulares propios de cada territorio o reino situado en el solar del Sacro Imperio Romano Germánico (*iura*

propria, iura singularia o municipalia), formados en cada estado con anterioridad a la recepción de aquél.

La mencionada contraposición surgirá justamente de la resistencia de los distintos reyes y príncipes a admitir una superioridad imperial y, por tanto, la vigencia de un Derecho considerado por algunos juristas como prevalente respecto de sus derechos particulares. El incipiente nacionalismo de algunos reinos europeos se sentía con ello seriamente amenazado. Con estas premisas los juristas al servicio de los reyes contribuyeron con sus elucubraciones doctrinales a superar el antagonismo así planteado. Y lo hicieron sobre la base de, por un lado, aproximar la imagen política de los reyes a la del emperador, atribuyéndoles así la misma *plenitudo potestatis* de aquél. Por otro, logrando romper la sujeción que los comentaristas defensores de la supremacía imperial habían establecido entre los reinos particulares y el Imperio, a través de la formulación de independencia de aquéllos respecto de éste (*exemptio imperii*). Ambas medidas presuponían conjuntamente la privación de virtualidad práctica al principio imperialista inserto en el Código de Justiniano, de que sólo el emperador está facultado para dictar leyes (*leges condere soli imperatori concessum est*)(88).

Será a comienzos del siglo XIII cuando, por obra de los juristas contrarios al emperador -y por tanto al servicio de los reyes-, se acuñará y difundirá por Europa un principio destinado a colocar a los reyes y príncipes en un plano de igualdad respecto de aquél. La nueva fórmula, expresada en los términos *rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*, venía a significar inequívocamente que el poder del rey en su reino es igual al del emperador en el imperio y que, por lo tanto, ningún monarca reconoce poder superior alguno en lo temporal. El artificio doctrinal parecía haber dado resultado. Tal independencia respecto del emperador fue fundamentada de distinto modo por parte de las diversas monarquías europeas, en base a argumentos que, a la postre, desembocaban en la plena asunción de los principios emanados de la anterior fórmula. En el caso de Francia, la decretal *Per Venerabilem* del papa Inocencio III proclamaba claramente la *exemptio ab Imperio* del rey francés. El caso de España, sin embargo presenta peculiaridades que interesa destacar(89).

En los reinos ibéricos no se hizo necesaria la instrumental incorporación de la teoría de la *plenitudo potestatis*, justificativa de un nacionalismo que liberase a sus reyes de la supremacía imperial, sencillamente porque ya el reino visigodo había logrado su propia *exemptio ab imperio*, de la que eran herederos directos los reinos surgidos al amparo de la Reconquista. Pero la oposición a un Derecho común, de fuerte inspiración romana, en cuanto Derecho de un Imperio cuya supremacía (*principatus*) se rechaza, no impedirá que, precisamente como consecuencia del proceso de equiparación entre el rey y el emperador ("imperialización"), los reyes acepten ese Derecho que inicialmente debería haber servido sólo a los fines del emperador. Y es que la atracción que tal Derecho ejercía sobre reyes y príncipes era grande, no sólo por su calidad técnica, sino también porque permitía a aquéllos atribuirse una potestas legem condendi, una capacidad de crear leyes hasta entonces desconocida. En suma, se rechaza la superioridad del emperador, pero se admite sin reservas el Derecho imperial(90).

VI. Postmedievalismo doctrinal. Los precursores de la doctrina de la soberanía.

La doctrina política cuyos puntos más significativos han sido someramente expuestos, recibe un nuevo impulso en el último tercio del siglo XV. Esto se produce

esencialmente por obra de una serie de autores que, aunque en principio tratan de armonizar los postulados medievales con una nueva filosofía más laica y pragmática, después tenderán a prescindir de muchos de los condicionamientos trascendentalistas que tanto habían influído en la formulación de la idea de poder desde el siglo XIII. Su difusión, especialmente en Francia, se produce a principios del siglo XVI. La teoría de la plenitud del poder, correlativa a aquella otra que proclamaba la capacidad del príncipe del Renacimiento para crear leyes, tenían como uno de sus principales objetivos desvincular al rey del reino, alejarlo de él para situarlo en un plano de superioridad. Un plano en el que la toma de decisiones de gobierno no se encontrara interferida por instancias de inferior rango. Puede decirse que el príncipe del Renacimiento se proclamará ante todos como un monarca cristiano, nacional, antifeudal y legítimo.

Aunque en un principio pueda parecer algo obvio, creo oportuno recordar que la soberanía era, en realidad, el punto de llegada de un largo y áspero camino que rey y juristas cortesanos habían recorrido para lograr la deseada *plenitudo potestatis* de aquél a todos los efectos y como una realidad incuestionable. Si nos paramos a considerarlo serenamente, esta última, como su equivalente la *summa potestas*, no eran, desde mediados del XIII y hasta la segunda mitad del XV, más que meras elucubraciones doctrinales que encandilaban los ojos y encendían el espíritu de unos reyes fuertemente condicionados en el ejercicio de su poder. Se trataba, en suma, de verdaderos artificios teóricos creados por una doctrina apegada al Derecho romano y firmemente alineada junto al rey que durante bastante tiempo pleiteó por materializarlos e imponerlos. Sabemos que las construcciones teóricas tienen históricamente un gran valor en el discurrir de los estados y, en muchos casos, como medio de justificar teóricamente hechos ya consumados. En sí mismas no tienen otro valor que el de las propias palabras que encierran. Su verdadera significación está en realidad subordinada a los hechos, es decir, sólo se legitiman, o mejor, alcanzan su plenitud por los resultados. La doctrina de la soberanía del monarca sólo fue un valor seguro en la medida en que sus postulados se vieron realizados en determinados casos (Francia, España, Inglaterra) en los inicios de la Modernidad, con la aparición de los primeros estados territoriales(91).

Había, pues, que vencer obstáculos reales, no imaginarios. Estos obstáculos eran en el interior de las organizaciones políticas los estamentos (nobleza, alto clero, ciudades) a los que las circunstancias altomedievales había dotado de un poder efectivo casi siempre a costa de y frente al príncipe. Cara al exterior suponía la no dependencia de poderes ajenos, ya fuera el poder papal o imperial e incluso de otras monarquías que, de igual manera, habían luchado o seguían luchando por desembarazarse de uno u otro. El instrumento teórico, el aporte doctrinal, correrá de cuenta de los juristas "a cargo del rey", de los "políticos", entre los cuales y el príncipe se establecerá una línea de comunicación directa y permanente, una entente fructífera en virtud de la cual los intereses de uno y otro tenderán a confundirse. En esta atmósfera de entendimiento una cosa quedará clara: ya no es útil la vieja fórmula paulina de "rey por la gracia de Dios" o "por voluntad de la república". Su aplicación sólo había generado tensiones y obstáculos en el camino iniciado hacía dos siglos de fortalecimiento del poder de los reyes, a su independencia y a su indivisibilidad. El teocratismo se entiende ahora de otra manera: como directa encarnación de Dios en el cuerpo del príncipe. En el largo navegar por las disquisiciones filosófico-políticas, los tratadistas, ahora fundamentalmente juristas, fondean en un puerto seguro, el que de aquí en adelante será conocido como "soberanía absoluta"(92).

Habrá también unos instrumentos prácticos a través de los cuales la idea de poder y de mando efectivo se corporeizará en la práctica. Estos vendrán constituídos por los oficiales públicos, los ministros "del rey", bien formados profesionalmente, servidores suyos que, como ejecutores de su voluntad llevarán a la acción sus proyectos centralizadores y dirigistas. Junto a ellos, la aparición de los primeros síntomas de un ejército profesionalizado y más o menos permanente, representará ante otras formaciones políticas coetáneas la imagen exterior del rey absoluto, del monarca autoritario y soberano, aquél que no reconoce superior ni dentro ni fuera de sus fronteras(93). Este ejército será el responsable no sólo de lo que hoy se llamaría la "seguridad del estado" -un estado que, no lo olvidemos, se identifica ahora plenamente con la persona del monarca- sino también el brazo ejecutor de una política que, para el mayor servicio del monarca absoluto, tiende además a ser expansionista.

Ya en el último tercio del siglo XV Egidio Colonna había publicado una obra, el *De regimine principum libri tres* que conoció una edición latina en Francia en 1473 y otra en francés de 1517 con el nuevo título de *Le Miroire Exemplaire et très Fructueuse*. Otro italiano, Francesco Patrizi, publicará su *De Institutione Rei publicae libri novem* en 1465-1471, traducida al francés en 1520 como *Le livre de François Patrice de l'institution et administration de la chose publique*. Del mismo autor es otro libro titulado *De regno et regis institutione* de 1481-1484, sólo publicada en Francia en 1577 con título diferente (*Les Ecrits du règne ou domination d'un seul, dicte Monarchie et de l'Institution d'un bon Roy*)(94).

Puede decirse que estos dos tratadistas italianos, aunque impregnado su pensamiento por la filosofía medieval, inauguran el tratamiento profundo de la filosofía política de forma acorde con los nuevos tiempos. Ellos, entre algunos más, serán los que sienten las bases de un nuevo modo de entender la imagen del príncipe postmedieval: él es quien crea la ley, quien está por encima de la misma, quien debe gobernar con realismo, pero también el que está obligado, como juez supremo, a gobernar con justicia para no caer en la tiranía(95). La limitación que impone el origen divino del poder, al que no se renuncia, quedará compensada ahora por la *potestas* efectiva que este origen atribuirá a su persona, gracias a una más refinada elaboración doctrinal. Como vemos, en ellos aún no se ha producido la ruptura con el pensamiento medieval al que hemos venido aludiendo. Algo parecido sucede también con el francés Guillaume Budé (1467-1540) quien en su *Institución du prince*, publicada por vez primera en 1547, al insistir en el carácter absoluto del poder real, vincula tanto la legitimidad de origen como la de ejercicio con Dios. Por ello cuando afirma que los súbditos deben una obediencia ilimitada a su rey, se preocupa de dejar constancia de que ello es precisamente porque su poder deriva de Dios directamente(96). Ni que decir tiene que el pensamiento de Budé seguía siendo tributario del Derecho romano y que sus ojos estaban puestos fijamente en la monarquía francesa encarnada modélicamente en Francisco I.

El problema ético del oficio gubernativo que tanto parece preocupar a algunos teóricos, especialmente los teólogos moralistas salmantinos del siglo XVI, se planteará justamente cuando la ética comienza a dar muestras de ser ignorada en su ejercicio, lo cual no deja de ser lógico. Esto se producirá desde fines del siglo XV en forma de debate doctrinal a partir de que Maquiavelo formulara sus posicionamientos sobre el tema(97). Hasta entonces este tipo de confrontación no había sido necesaria. El florentino consumó en *Il Principe* (1513) y también en sus *Discorsi* (1513-1520) la secularización de la teoría del Derecho y del Estado, la separación entre una forma de

gobernar inspirada en el trascendentalismo medieval y otra más directa y positiva, más realista y orientada a lograr resultados. Su planteamiento de la cuestión de gobierno atendía primordialmente al beneficio material de un Estado ahora nacional, independiente, fuerte, soberano y personificado en el príncipe. Desde este momento un buen príncipe no tenía por qué ser un príncipe bueno. El príncipe bueno, es decir, adornado de todas las calidades éticas podía ser un mal gobernante si no era capaz de hacer prevalecer la razón de estado. Para Maquiavelo el príncipe ha de ser ante todo un buen gobernante, no importa que como persona pueda ser incluso radicalmente malo(98).

En esto se diferencia radicalmente el florentino del holandés Erasmo (*Institutio principis christiani*, 1516) y del inglés Tomás Moro (*Utopía*, 1516). Frente a Maquiavelo Erasmo busca un estado basado en un pacifismo cristiano y humanístico en el que la moral cristiana presida la vida individual y colectiva. Si Maquiavelo era un rompedor, un disidente, Erasmo se sitúa en el lado opuesto, él era, con los matices que se quieran, no un continuista, pero sí un pensador moderado en sus planteamientos, incluso se ha dicho de él que la ambigüedad era la característica más acusada de su filosofía. Es así que su pensamiento filosófico-político puede ser incardinado plenamente en el humanismo político. Moro, por su parte, desde una óptica humanístico-cristiana desplegará una verdadera crítica social, insistiendo en la búsqueda de un estado del bienestar en el que la política antes que racionalizada ha de ser moralizada, frenando el egoismo de los poderosos y promoviendo la justicia social(99).

Los dos planteamientos, como vemos, son esencialmente distintos respecto del filósofo y publicista florentino. Pero no serán los únicos. Las tesis de Maquiavelo continuarán provocando cualquier cosa menos indiferencia y frialdad en el futuro para un nutrido sector de la doctrina política europea y española señaladamente. En realidad el radicalismo ideológico de Maquiavelo está en relación directa con el alto grado de malestar que le producía la situación política de la Italia que le había tocado vivir. Su problema se agravaba porque, en realidad, era un encendido patriota. Es significativo que el maquiavelismo haya representado un papel más bien secundario en Francia y, desde luego, poco más que mera anécdota en España. La explicación a este hecho se halla seguramente en que uno y otro país representaban lo que el florentino hubiese deseado para el suyo. La lectura de sus escritos hace crecer la impresión de que el buen gobernante es más un superhéroe que un ser de carne y hueso. Todo lo que su visión pesimista de la sociedad humana no veía en los súbditos, quería atribuírselo a un príncipe modélico. Si el individuo es desorden, malignidad, ambición, la política ha de ser todo lo contrario: orden, previsión y cálculo(100). Tal vez esa imposible trasposición de lo imaginario al plano de lo real resultaría ser el mejor antídoto para los males de Italia. Alimenta esa sospecha la chocante manipulación que hace de la religión católica y de la moral, en definitiva, de todo aquello que había configurado una ética política tan propia de los ideales medievales.

El problema de la tesis maquiaveliana en su conjunto está en el carácter abiertamente rupturista que la preside. En un momento en que una nueva era del pensamiento -político o no- comienza a abrirse en Europa con la cadencia con que, históricamente, todas las nuevas ideas se van imponiendo sobre las antiguas, el pensamiento de Maquiavelo golpea las conciencias de todos como un machete. O de casi todos, si tenemos en cuenta la brillante excepción de Fernando el Católico(101). El uso descaradamente instrumental que hace de la religión(102) habría de resultar

demasiado fuerte incluso para la mentalidad de los hombres del Renacimiento. Una cosa es cuestionarse principios largamente vigentes y hasta ahora sólidamente anclados en la conciencia colectiva y otra muy distinta es rechazarlos de plano, o lo que es peor, manipularlos al antojo. Resulta difícil sustraerse a la sospecha de que Maquiavelo parece no saber qué hacer con la religión católica. Su imponente realidad intercepta tozudamente el discurso lógico de sus planteamientos sin que acierte a determinar a qué carta quedar. Da la impresión de que como no sabe qué hacer con ella, la manipula desconcertado y exasperado la sitúa en uno y otro lugar del cuadro lógico que ha elaborado paciente, genialmente, hasta que al final decide usarla como un comodín, utilitaristamente, pretendiendo ignorar o buscando que los demás ignoren su contenido ético y trascendente que discurre inevitable por encima de hombres y de reyes.

Nadie sostiene hoy con suficiente fundamento que el 1500 supusiera, desde cualquier ángulo que se examine, borrón y cuenta nueva respecto de lo medieval(103). Entre las orillas de uno y otro período histórico discurre toda una corriente de pensamiento que es más integradora que rupturista. Son más los puentes que unen que los vacíos que separan. En el campo de las ideas políticas no se produce, desde luego, ninguna excepción que suscite la alarma o el desconcierto(104). No es, desde luego, ninguna novedad, al fin y al cabo lo mismo sucede con cada período histórico que queramos someter a examen en cualquiera de sus múltiples aspectos. Sin embargo, cuán distante se nos representa el pensamiento maquiaveliano, por ejemplo, respecto de Rodrigo Sánchez de Arévalo (¿-1470), castellano de claro linaje, culto, inteligente y, como alto dignatario eclesiástico, ejercitado en cargos de alta responsabilidad de su tiempo, cuando en su reputada *Suma de la política*, escrita sólo medio siglo antes que *Il Principe*, nos manifiesta convencido: "...en qualquier fecho que nos venga, debemos bien considerar si es onesto o torpe; despues, entre las cosas onestas, devemos examinar qual es la más onesta, y de las cosas útiles, qual es la más útil. Otrosí devemos escutir y deliberar sobre el combate y conflicto de amas cosas, útil y onesto. En este examen y deliberación siempre lo onesto devemos anteponer a lo provechoso, ca non puede ser útil si no es onesto, y de aquí verná... lo que es onor de Dios a lo que es provechoso temporal"(105).

En la primera mitad del siglo XVI confluyen en Inglaterra distintos tratadistas en cuyas obras se aprecia claramente la tendencia monárquica hacia un absolutismo no meramente doctrinal. Común a todos ellos es la aceptación de la idea de que la obediencia de los súbditos hacia su rey no es otra cosa que una exigencia natural. "El rey no está, en este mundo, sometido a la ley, y puede a su gusto hacer el bien o el mal, y no dará cuenta más que a Dios", dirá William Tindale (*The obedience of a Christian Man*, 1528). "El rey representa la imagen de Dios sobre la tierra", expresará Stephen Gardiner (*De vera oboedientia*, 1535)(106).

Entre 1510 y 1540 y tomando como objetivo la monarquía francesa, se escriben tres obras representativas del nuevo rumbo adoptado por el pensamiento político postmedieval y que se incardinan plenamente en el origen de lo que denominamos doctrina de la soberanía. Las tres, al estar fuertemente influenciadas por la filosofía cristiana de tradición medieval, se sitúan en una posición abiertamente disconforme con las tesis de Maquiavelo. Se trata de la *Insignia Peculiaria* de Jean Ferrault (1509-1510), el *Catalogus gloriae mundi* de Barthélemy de Chasseneux (1529) y el *Regalium Franciae* de Charles de Grassaille (1538). Para Sciacca estas obras, con independencia de la similitud de su contenido o tal vez por eso mismo, tienen dos puntos en común que

ahora nos interesa resaltar. Por un lado muestran que la *potestas erga omnes* del soberano francés era aún fuertemente tributaria del pensamiento medieval, lo que no nos sorprende. Por otra, que el mismo concepto, entendido como "superioridad", "majestad", no sujeción a las leyes, etc., tan comunes a la literatura comentarista medieval, se entienden por los tres autores como algo que corresponde al rey de Francia por vía de privilegio, es decir, como algo excepcional y no como un atributo propio y connatural a la monarquía francesa(107).

Para Ferrault el fundamento jurídico del mencionado privilegio se halla en la superior voluntad de Dios, quien opera la *translatio iurisdictionis* al rey francés a través del pueblo(108). En Chasseneux la idea de dignidad, de honor o de poder adquiere una forma piramidal, de forma que partiendo de Dios se extiende a las dignidades eclesiásticas, al rey, a los oficios públicos y a los súbditos. Fuertemente influenciado por la filosofía cristiana sitúa el origen del poder político en la necesidad de promover la justicia en una sociedad convulsionada por las consecuencias del pecado original. De ahí que la justicia, que el autor entiende al modo medieval, constituya la principal tarea del oficio de rey. Como función complementaria de ésta y, por tanto, en un plano subordinado se encuentra la potestad legislativa que, no se olvide, la posee el rey de Francia como un privilegio. Uno y otro matiz son los que sitúan a nuestro autor en una posición aún lejana del supremo *conditor legum* a que harán referencia autores posteriores(109).

Un poco más próxima a los teóricos políticos del absolutismo resulta la tesis de Grassaille. Para él el poder del rey de Francia es originario no sólo respecto del emperador, sino también del papa. Su independencia de éste se manifiesta en que ni es consagrado por él ni le debe juramento de fidelidad, como es el caso del emperador. Repite, sin embargo, el carácter privilegiado, es decir, no propio, de la *potestas regia* pero considerándola como una delegación divina. El rey lo es por la gracia de Dios, pero en virtud de un privilegio muy especial y codiciado. En este punto su concepción del derecho divino del rey francés se aleja un tanto de la tradicional interpretación escolástica, desde el momento en que no considera necesaria la *translatio iurisdictionis* del pueblo. Aunque en este autor vemos superada tanto la tesis de la necesaria delegación del pueblo, como aquella más antigua que consideraba que el origen del poder político estaba en el pecado original y, por lo tanto, en la maldad intrínseca de la naturaleza humana, no es factible incardinar a Grassaille entre los verdaderos teóricos del absolutismo defensores del derecho divino de los reyes(110). El hecho de que considere su poder incluso superior al del emperador por recibir el reino por herencia y no por elección, en nada adelanta la tesis consignada casi tres siglos antes por Alfonso X de Castilla en las Partidas, como ya vimos. Sí resulta novedosa su consideración de la *potestas legem condendi* como prerrogativa exclusiva de la corona y de la ley en sí como expresión de la voluntad del soberano, cuya única limitación se encuentra en el parlamento de París, máximo custodio de las que este autor (como sus predecesores) considera leyes fundamentales del reino(111). El camino hacía la doctrina bodiniana está con este autor, pues, mucho más cerca.

VII. Soberanía y razón de estado según Bodin.

Situada entre un medievalismo claudicante y los destellos de una Modernidad ya instalada en las conciencias y en el pensamiento de los doctrinarios políticos, la tesis bodiniana de la soberanía del estado personificado en el monarca absoluto con poder de

crear leyes y desligado de su cumplimiento, en realidad no será otra cosa que un absolutismo de transición. El paso previo e inmediato al verdadero absolutismo. El príncipe de Bodín siempre estará condicionado en su quehacer por la voluntad de Dios y la materialización positiva de ésta, la ley divina y su derivación directa el derecho natural. Aún así su tesis es revolucionaria en una importante medida, desde el momento en que defiende y razona la tesis del rey *a legibus solutus* y capacitado para legislar sin otras restricciones que las que imponga su conciencia(112). De alguna forma, pues, la filosofía cristiana medieval construida sobre el sólido pilar de la *nulla potestas nisi a Deo*, sigue pesando sobre su pensamiento. Seguramente a su pesar, ya que como representante cualificado del partido de *les politiques* uno de sus objetivos esenciales fue desvincular el poder del estado de la influencia de la religión(113).

Aún así los pasos fundamentales para la doctrina del absolutismo político y la construcción del principio de la soberanía están dados. El lenguaje del derecho, Derecho romano por más señas, había estado íntimamente imbricado con el lenguaje de la Biblia, de la patrística y de los textos religiosos. Algunos pasajes de la obra de San Agustín habían sido incluso determinantes. En gran medida eso pasará a la Historia a partir de mediados del siglo XVI. Al menos pertenecerá al pasado el método que había sido utilizado por la doctrina filosófico-política medieval en la interpretación, de forma interconexa, de tales textos. El poder político moderno -escribirá Terni- nace "a través del largo trabajo de la formación de las grandes monarquías territoriales y del *estado moderno*, de la gradual mutación de la concepción cristiano-medieval de la soberanía: una autoridad de origen y naturaleza exclusivamente divina, que responde a las instancias teológicas de la fórmula paulina *nulla potestas nisi a Deo*, cuya existencia terrena se justifica en función de los designios superiores de la universal y omnipresente *civitas Dei* agustiniana. La nueva soberanía es sin embargo la de un estado sustancialmente secularizado, más allá de la decisiva configuración del *divine right of kings* de los monarcas de los siglos XVI y XVII, y se legitima por lo tanto no sólo sobre una investidura *gratia Dei*, sino también y sobre todo sobre el derecho natural de los súbditos"(114).

Bodin era un historiador y un jurista y desde su doble perspectiva ha de verse su obra. No sólo La République (1576), sino también su *Methodus ad facilem historiarum cognitionem* (1556) responden a este punto de partida de la formación de un autor del que, por la fecundidad de su pensamiento y la influencia que ejerció en la posterior publicística europea, existe una bibliografía amplísima. Desde su doble condición de técnico en Derecho y de historiador intentará penetrar en las razones profundas que le permitan conocer la realidad compleja de la Francia de su tiempo y con arreglo a ello elaborar una doctrina coherente, compacta. En suma, Bodin es el producto típico de las grandes transformaciones de todo orden que se producen en la Francia de la segunda mitad del XVI(115). Sobre todo su obra es la consecuencia filosófico-política de la necesidad de dotar a la Francia salida de las guerras de religión de un estado nuevo, un "Estado moderno", con entidad específica y propia, fundamentado en el absolutismo monárquico, único e indivisible, es decir, no compartido por nadie, capaz de restituir a Francia el prestigio perdido(116).

Consciente de las ventajas que podía proporcionar un régimen democrático para la vida de los estados, al no verse afectado su curso por las normales contingencias de la vida de una sola persona, tratará de demostrar las particulares ventajas de un régimen monárquico(117). El tema de la posible inseguridad que podría acarrear para Francia la

muerte del rey queda, a su juicio, compensado por el normal funcionamiento de la maquinaria burocrática cuya estabilidad en el tiempo asegura la buena marcha del reino(118). Por otra parte, la existencia en Francia de una constitución tradicional no escrita (*Lois du royaume* a diferencia de las *lois du prince*) actúa como un antídoto contra posibles situaciones de grave convulsión social y política. Sobre todo las "leyes fundamentales del reino" que la componen y que desde la Edad Media están sometidas a la guarda del parlamento de París, constituyen un freno eficaz frente al ejercicio arbitrario e ilimitado de la autoridad real(119). El respeto a esa constitución de origen consuetudinario es lo que hace que el estado francés de la Edad Media quede configurado, al menos en aspectos puntuales que afectan fundamentalmente a la integridad del reino o a las leyes de sucesión o devolución de la corona, como una monarquía absoluta sometida, sin embargo, a ciertas leyes fundamentales. Las leyes fundamentales, pues, son superiores a la autoridad real.

Respecto a la posible contradicción de principios que pueda darse entre la prevalencia indiscutible -que Bodin sostiene sin ambages- de la ley divina y natural con los eventuales recursos a una razón de estado que de por sí reclama la adopción de soluciones basadas en el pragmatismo, el pensador francés adopta una posición claramente antimaquiaveliana. Para él "la lógica de la razón de estado no equivale por sí misma a la pura ley de la fuerza" sino más bien a la búsqueda, a través de la equidad natural o de lo que denomina la "iustice harmonique", del interés común(120). Como ha escrito Meinecke "La idea del moderno Estado de Derecho se abrió camino en él con enorme fuerza y claridad, logrando combinar magistralmente las necesidades del poder con las exigencias del Derecho. Sin embargo, la vinculación ética y jurídica del Estado sólo la logró por medio de exigencias ideales que no podían, por principio, cerrar todos los caminos al maquiavelismo"(121).

Para el autor de Angers el punto de partida del poder político reside en el estado, este último y su personificación el príncipe, es quien detenta de forma incompartida la soberanía. No obstante, que la *puissance souveraine* resida y se identifique con el poder estatal, no quiere decir que Bodin no esté pensando que el verdadero titular de la soberanía es el rey, rey de Francia, por supuesto. Hablamos de una soberanía cuyo principal objetivo es mantener a los franceses en la unidad. Y un matíz importante: frente a ese "estado" entendido como soberanía, el "gobierno", que para Bodin constituye el ejercicio práctico del poder(122). Punto en extremo relevante, porque a partir de ahora queda aislado conceptualmente el concepto de oficio público administrativo, elemento clave en una Monarquía administrativa como la francesa(123). Algunos años más tarde Loyseau, en su célebre *Traité des offices* (1610) pondrá de relieve el esencial papel que los funcionarios públicos tendrán en la práctica diaria del gobierno. Ellos serán los brazos ejecutores del verdadero y único titular de una soberanía que, según nos indica, abarca el gobierno, la justicia y las finanzas, a las que calificará ilustrativamente como *les trois fleurons de la couronne*(124).

El rey bodiniano es el vicario de Dios en la tierra y quien le perjudica hace afrenta a Dios. Si de éste procede el soberano, de ambos proviene la soberanía. Una soberanía que no reconoce superior en lo temporal, pero que está limitada por la ley de Dios. Aquí puede verse con mayor claridad cómo el concepto de soberanía al modo bodiniano tiene connotaciones éticas y religiosas. En efecto, el rey más que una persona es una entidad mística, diríase que un concepto trascendente corporeizado cuya majestad más que apoyarse en consideraciones jurídicas, tiene su origen en la filosofía

cristiana. Desde esta perspectiva, como delegado de Dios y como factor aglutinante entre los franceses, está obligado a perseguir el bien público, la libertad natural, la propiedad de los bienes y la unidad religiosa dentro del estado(125).

La más importante de las prerrogativas del monarca es la de dictar leyes. Esto ha de entenderse en un sentido muy amplio, ya que "no significa sólo producir leyes o edictos sino también abolir leyes precedentes, además de modificar las normas del secular derecho consuetudinario". Para ello no necesita el consentimiento de los súbditos, sólo actuar con justa causa, cosa que queda a la libre apreciación del rey. Mientras tanto a los súbditos sólo les queda hacer una cosa: obedecer, ya que el poder de su rey no es sino la emanación del poder de Dios, o dicho de forma más clara, él mismo es una especie de Dios en la tierra(126). De esta forma Bodin consagra sobre bases doctrinales firmes y para el futuro el carácter sacral de la realeza en Francia y su posición ontológicamente superior a la de cualquier hombre. El paso siguiente, salvando la excepción intermedia representada por algunos sostenedores del principio de la "monarquía moderada"(caso de Claude de Seyssel (*La Grand Monarchie de France*, 1519)(127), sin apenas repercusión en la práctica, vendrá constituído por autores que, como Guillaume Barclay, escocés de nacimiento y francés de adopción (*De regno et regali potestate*..., París 1600), Cardin Le Bret (*De la souveraineté du Roi*, 1632), o Jacobo VI de Escocia y I de Inglaterra (*The Trew Law of free Monarchies*, 1598, *Basilokon Doron*, 1599), defiendan como modelo político capaz de mantener el orden en el reino en cualquier circunstancia, un gobierno absoluto y autoritario. Un gobierno en que el rey, como titular de un derecho divino, sólo responda ante Dios, ostente un poder sacral, los súbditos le deban una obediencia religiosa y no esté sometido a ley positiva alguna, ni siquiera las que procedan del Parlamento(128).

VIII. La preeminencia real y sus razones en la publicística y la realidad españolas.

Aludía al principio a la vigencia en España y más concretamente en Castilla de la concepción teocrática o descendente del poder, si bien atemperada por la aplicación del principio de la *translatio iurisdictionis* que, en alguna medida, permitía dotar a la constitución política de aquella de un cierto carácter pactista. Sin duda esta naturaleza pactista del poder y el gobierno, no sólo duró poco en Castilla desde el punto de vista de la práctica política, sino que además nunca adquirió la importancia que tuvo en los territorios de la Corona de Aragón(129). Como sabemos, las bases de esta doctrina del poder quedaron establecidas en el Derecho medieval y especialmente en las Partidas de Alfonso X el Sabio. El nexo que, desde el punto de vista de la doctrina política, enlazará la doctrina medieval del poder con la moderna, vendrá constituído por una serie de escritores tardomedievales o, si se quiere, premodernos del siglo XV. En todos ellos el término "soberanía" será utilizado prematuramente con una clara intencionalidad voluntarista y de orden eminentemente político(130). El Derecho y los autores políticos de los siglos XVI y XVII no hacen otra cosa que ratificar con mayor o menor contundencia, actualizándolo, lo establecido a mediados del siglo XIII por el código alfonsino(131) . Era lógico, puesto que la Monarquía Hispánica se fundamentaría, para bien o para mal, en el Derecho y la filosofía política de Castilla.

Veamos en los propios autores de los siglos XVI y XVII qué es lo que piensan a propósito del origen del poder, quién, a su juicio, es el titular (originario o no) de la jurisdicción suprema y, en consecuencia a quién corresponde la potestad normativa y el consiguiente ejercicio de la soberanía(132). Los textos que recojo ahora podrían ser

mucho más numerosos. Incluso no sería difícil hallar contradicciones, a veces chocantes, en los mismos autores. Rehuyendo de una exhaustividad innecesaria, citaré algunas opiniones de cualificados representantes del pensamiento político castellano.

Un genuino representante de la filosofía política apegada a la concepción teocrática o descendente del poder, que sitúa el origen del mismo primero en Dios, despues en la comunidad y de ésta al príncpe, es Bernardino de Mendoza, quien en tono grandilocuente se dirige a los reyes en estos términos: "...soys superiores a los hombres; *mas por causa de los hombres*; y soys no sólo señores y árbitros de las cosas, pero también tutores y administradores... *Dios y los hombres han puesto la República en vuestro seno*"(133).

Arias Montano nos dice: "El Príncipe para gouernar bien téngase por tutor y no señor de sus vassallos, y de su Reyno: y piense que ha de dar cuenta de la administración"(134). Visión teocrática, sí, pero con severas limitaciones a un rey que en todo caso ha de responder de sus actos ante el reino. La traslación de la jurisdicción suprema no constituye al príncipe en soberano *per se*. Plantea, pues, una soberanía limitada o, si se quiere, una potestad preeminencial, bastante lejos de la tesis bodiniana.

Pedro de Rivadeneira dirá: "Ante todas las cosas, entienda (el príncipe) que las honras y riquezas que posee son más de la república que no propias suyas, y que no las debe repartir por su antojo y afición... porque, como el príncipe y su república, *el rey y el reino hacen un cuerpo*; todo el servicio que se hace al Rey, como señor y cabeza del reino, redunda en pro del mismo reino, y todo el bien del reino, como de su cuerpo, es del Rey, y él le debe tener por propio y pagarle con los bienes del mismo reino, *cuya administración el Rey soberano del cielo le encomendó*"(135). Una posición cristocéntrica, bastante similar a la anterior, pero que a diferencia de aquella pone mucho mayor énfasis en la aproximación del rey al reino, hasta el punto de estimar que ambos constituyen un solo cuerpo político. Lejos, pues, de la concepción bodiniana anteriormente descrita.

Eugenio Narbona: "El Rey es para el Reyno, no el Reyno para el Rey"(136). Tan escueta como ilustrativa aseveración, tan próxima a la del anterior autor, aparecerá en otro lugar menos cargada de severidad a la hora de juzgar el oficio de rey en una relación de compromiso con el reino. Veamos: "Grande, ilustre y casi divino oficio es el de los Reyes... Y género de divinidad es por cierto ser voluntad de tantas voluntades, siendo la suya por la que todos se gobiernan, *sin discutir si es razón o no lo que se manda*"(137). Desvinculación nada solapada de la voluntad del reino, configuradora de una *summa potestas* más próxima al modo bodiniano. Se podría muy bien colegir que aparta, por elevación, al rey de la comunidad de los súbditos, creando una instancia superior. No hay una precisa indicación de que el origen del poder supremo resida en Dios. En base a una supuesta delegación por parte de la comunidad, el príncipe encarnaría al estado y ambos ejercerían de forma indivisible, inobjetable y sin contrapesos la soberanía.

El tacitista Baltasar Alamos de Barrientos se expresa de una forma muy poco comprometida, cuando escribe que "Hay tanta trabazón y dependencia entre el Príncipe y su República, que no le puede acontecer a uno dellos cosa que el daño o prouecho della no toque al otro; siendo el Príncipe el alma y la República el cuerpo"(138). El

planteamiento de Rivadeneira le queda, pues, bastante próximo, a pesar de que, como tacitista, se presente como un seguidor disimulado de Maquiavelo.

Otro tacitista, Juan Alfonso de Lancina escribe: "...quando encarga el Soberano un orden preciso, el oficio del Magistrado es obedecerlo, no disputarlo; estos son arcanos de la Soberanía, donde la obediencia es ciega"(139). La indivisibilidad de la soberanía regia es para él indiscutible y, siéndolo para los ministros públicos, con mayor motivo ha de serlo para los súbditos. El teocratismo que revela esta sentencia eleva un muro infranqueable entre un rey que es soberano y un reino que ha de limitarse a seguir sus pasos.

No mucho más expresivo, aunque pueda parecer lo contrario, es Salvador de Mallea: "El príncipe ha de ser tan absoluto en su gouierno, que ha de tener a raya hasta sus mismos pensamientos"(140). A pesar de ello, al afirmar ésto está pensando en la incomunicabilidad existente entre rey y reino y, en consecuencia, en la preeminencia en la que los designios regios se hallan, muy por fuera del alcance de los súbditos.

Diego de Saavedra Fajardo señala que aunque en un principio el pueblo constituyó al rey en la potestad suprema, sin embargo, "no tanto se despojó de ella que, si bien se la dió suprema en el gobierno y disposición de las cosas, no quedase en el cuerpo universal de la república otra mayor autoridad, *aunque suspensa en su ejercicio, para oponerse al príncipe tirano o que declinase de la verdadera religión, y reducille o deponelle*"(141). Reconoce la traslación de la jurisdicción suprema de la comunidad al rey, pero asegurando para aquella la posibilidad de deponerle cuando actuase contra la religión Católica, en cuyo caso más que rey se trataría de un tirano.

Diego Tobar y Valderrama: "...en la traslación que hizo el pueblo del imperio y potestad suprema en la *persona soberana del Príncipe*... por la propia naturaleza del contrato, *no le quedó al pueblo propiedad alguna*... ni le quedó esperanza de tiempo en que recaer en la potestad suprema, *ni derecho alguno de vindicar ni juzgar las acciones de su Príncipe, por falta de aquella jurisdicción, que para siempre renunció en el mismo*... En consecuencia... *la potestad suprema no reconoce otro superior que a Dios y a la razón*... De lo qual se infiere que el Príncipe soberano, en quanto persona pública *quedó desobligado de reconocimiento alguno a preceptos y ordenaciones positivas ciuiles... mas no por eso quedó libre ni absuelto de la ley divina*..."(142). Admitiendo la traslación jurisdiccional consagra de forma clara el desgajamiento de la potestad suprema, que pasa definitivamente al rey, el cual aunque queda desligado de las leyes civiles no lo está de las divinas. Si eliminamos el requisito de la transferencia inicial, aquí Bodin se nos aparece mucho más cerca.

Parece claro que la doctrina política castellana considera -matices aparte- que el príncipe recibe íntegro el poder que la comunidad le ha entregado, lo que le faculta para, subrogado en el lugar de ésta, actuar en el ejercicio de unos poderes que ahora le pertenecen(143). Sin embargo, el planteamiento anterior no escapa a ciertos condicionamientos que afectan a la naturaleza y contenido mismos del poder regio. El contemporáneo Tomás Sanchez se encargará de recordárnoslos. A su juicio los poderes del rey no pueden considerarse de absoluto dominio, como sí sucede en el caso de la república. Y ello por una razón de peso: ésta los tiene *propter se ipsam*, en tanto que el rey los detenta sólo *propter rempublicam*(144).

Maravall andaba acertado cuando ponía de relieve el "dualismo aparentemente contradictorio" que se produce al reconocerse simultáneamente el derecho divino de los reyes y el derecho divino de los pueblos, al par que, junto a las doctrinas que tratan de explicar el origen divino del poder de los reyes, aparecen otras en las que se les atribuye un origen humano, secularizando con ello la imagen del rey y relacionándola con la comunidad civil a la que sirve y con cuyo acuerdo actúa. Según este autor, la doctrina contractualista del poder "se estima como razón legitimadora del poder en el siglo XV y gran parte del XVI y, como reminiscencia doctrinal, más o menos inoperante, se mantiene durante el XVII y en las teorías del despotismo dieciochesco"(145).

Cremos que la organización política a la que llamamos Monarquía Católica puede ser calificada, respetando matices, de estado(146). Los matices a que me refiero están, desde luego, conectados tanto con las dimensiones que adquirió el Imperio como con el carácter multicéntrico y multinacional que revistió su contenido territorial (147). Durante la Edad Moderna en España, como sucede en otros paises europeos, se produce una sintomática confusión entre ese estado, considerado ya como organización en sí misma, y el monarca. Hablo de un monarca en cuyas manos las circunstancias históricas y la influencia ideológica, han depositado un conjunto de poderes teóricos configuradores de un absolutismo político más real y efectivo que el que mostraba el doctrinarismo político medieval, al que ya nos hemos referido(148). En el plano práctico y de cara al exterior, la soberanía de los reyes españoles desde luego durante el siglo XVI, pero también, aunque en menor medida, durante la primera mitad del siglo XVII, había adquirido caracteres tales que se ha podido hablar con fundamento del "impresionante y alarmante poderío mundial de España"(149). De que "Felipe II era responsable de una porción desmedidamente grande de la superficie de la tierra"(150). Que "La España de los Habsburgo era, en el siglo XVI, indiscutiblemente el más poderoso estado del occidente de Europa"(151). Ello sin perjuicio de que la misma idea latía ya en los propios tratadistas políticos contemporáneos, ya fueran españoles o extranjeros(152).

Sería poco coherente no conectar estas afirmaciones con el reconocimiento de un alto nivel de eficacia gubernativa. No sólo predicable del poder central de la Monarquía, sino también del enjambre de indivíduos que en distintos niveles y regiones, siguiendo los dictados de Madrid, hicieron posible en todos los rincones del inmenso imperio la materialización de una realidad que a muchos se nos aparece como fruto de una racionalización temprana, típicamente moderna y estatal(153). El carácter plurinacional y pluriconstitucional de la Monarquía española, determinó que fuera el propio rey quien personificara la unidad del conjunto, a través de una potenciación extraordinaria de su figura(154). Pero también hay que tener en cuenta a los agentes del rey, a los numerosos ministros y magistrados. Puede decirse de todos ellos que su quehacer aparece sujeto a un principio de legalidad, en el sentido de que las líneas fundamentales de su actividad se encuentran normativizadas, es decir, recogidas estatutariamente desde mediados del siglo XIII. Con independencia de que la base de esa regulación jurídica se encuentre en la propia voluntad del soberano(155).

El monopolio que el centro de poder de la Monarquía Católica ejercerá sobre la máquina burocrática a nivel territorial o local, no es tanto un acierto del príncipe, como un logro de los propios oficiales y ministros públicos. Estos últimos sabrán darse a conocer y mostrar ante todos, y desde luego ante el propio monarca, los beneficios derivados de buscar su alianza(156).

De su condición de letrados derivó precisamente su fuerza como grupo y su influencia política en el seno de las ciudades. Al mismo tiempo, sus conocimientos jurídicos les acercaron al poder transformándolos en elemento indispensable para el funcionamiento de la organización estatal. Los dos grandes sectores de la actividad del poder, ejercidos con pretensiones monopolistas por el soberano, la legislación y la administración de justicia, fueron "ocupados" por los oficiales togados. Desde ahí ejercieron una suerte de dictadura que, al par de sujetarlos estrechamente al poder soberano, los alejó de una sociedad por principio desconocedora de los arcanos de la técnica jurídica y de sus trascendentales consecuencias. Su actividad en interés del príncipe presentó en todo momento un tono de colaboración pragmática e interesada que, además -y hemos de insistir en ello- propició el contraste, a veces abrupto, con los fines a los que por principio estaban llamados a servir, es decir, las aspiraciones e intereses de la comunidad(157).

Puede decirse que el rey español postmedieval ostenta un poder incontrastado, independiente del emperador y del papa y, en medida apreciable, alejado de los intereses del reino. Más difícil, en cambio, es que pueda hablarse con suficiente fundamento de monarquía absoluta(158) . En realidad, entre los distintos poderes que, en el corazón de la Monarquía, disputaban entre sí el protagonismo de la vida política española del momento (realeza, Iglesia, aristocracia y representantes de las ciudades en Cortes) no parecían existir elementos de acción comunes que definieran una política concertada de actuación. Aunque los textos normativos vigentes (por ejemplo Partidas II,1,1: "segund natura, el Señorío non quiere compañero nin lo ha menester") y en general la doctrina política castellana de estos siglos, como hemos visto, se empeñan denodadamente en considerar al príncipe como titular de una jurisdicción suprema, irrevocable e indivisible, la realidad fue que los hechos, una vez más, circularon por caminos diferentes de la teoría(159) .

Inmersa en los postulados postmedievales de la doctrina teocrática del poder, la Monarquía española del Renacimiento y el Barroco no había logrado desembarazarse de los designios y objetivos de la alta aristocracia. Por otra parte, la pretendida desvinculación con respecto a la Iglesia, no va a pasar de ser una formulación doctrinal bastante vacía de contenido. Aunque los principios formulados por Bodin no aparezcan recogidos fielmente por la iuspublicística castellana, la realidad fue todavía más restrictiva que la teoría filosófica y política. En el fondo del panorama político castellano y español, lo que en realidad late es una convulsa situación en la que las distintas instancias de poder se acomodan a un estado de cosas en el que lo que realmente prima es una lucha sorda por obtener cada una su propio interés(160).

En alguna ocasión he escrito que el nuevo *statu quo* se delinea de acuerdo con perfiles un tanto fluctuantes, con arreglo a los cuales los diferentes poderes existentes en el seno de la Monarquía van buscando su propio acomodo en distintas parcelas de poder fáctico. La propia monarquía contribuirá a esa situación. De un lado haciendo suya una parte de los intereses de los grupos privilegiados, con cuya influencia y poder efectivo necesitaba contar. De otro, apoyando y sirviéndose al mismo tiempo de las formulaciones doctrinales de una Iglesia cuyos postulados constituían la más firme garantía de uniformidad y estabilidad políticas(161).

Hace años me refería a que la noción de soberanía, difundida pronto y entendida al modo bodiniano, representaba, en no pocas de sus vertientes, una amenaza real para

una aristocracia que nunca había abandonado -ni consta que entonces pretendiera hacerlo- los viejos resabios de orden feudal. De ahí la dialéctica contraposición de intereses entre los titulares de señoríos jurisdiccionales y la vigilante actitud del monarca por impedir excesivos traspasos de competencia en materia gubernamental y jurisdiccional. En todo momento la nobleza consideró jurídicamente válidos e inderogables sus privilegios. Por su parte, la monarquía no dejó nunca de reconocerlos con tal de que, manteniendo siempre propicios a sus titulares, no sobrepasaran la más alta jurisdicción del rey, su *mayoría*, ejemplificada en esa *dirección superior o eminencia en el gobierno* tantas veces esgrimida por los teóricos, sea ante los altos cargos burocráticos o los propios señores. Consciente de sus limitaciones, puede decirse que, en última instancia, la realeza jugó como pudo y jugó bien su papel como defensora de una preeminencia, que requería tanto del oportuno freno a las ambiciones nobiliarias, como de mantener pragmáticamente su colaboración en tanto que verdaderos sostenes de su poder. De ahí el juego de intereses, a veces contrapuestos y a veces convergentes, entre ambas instancias de poder social y político. Si la participación de los Grandes en la actividad gubernativa, sea de forma directa o indirecta, era una realidad incuestionable desde la Edad Media, la monarquía del Renacimiento y también la del Barroco supo en todo momento manejar los hilos conductores del *Mando*, entendido como poder efectivo y práctica de gobierno, de modo que, contando con aquellos, buscara las diversas maneras de controlar sus ambiciones y de impedir que se perpetuara una situación que los hiciera indispensables colaboradores, es decir, copartícipes del Poder de manera estable(162).

Por otra parte, el examen de la extensa doctrina política o político-moral de este período, a poco que se profundice en ella, delata no una separación entre Iglesia y Estado o, lo que es lo mismo, Iglesia-Monarquía, sino por el contrario, una situación de entente, en la que cada parte colabora en la formación del conjunto, definiendo unas posiciones en buena medida coincidentes. Los documentos, por su parte, no hacen otra cosa que confirmar esa sospecha. A la vista de lo mucho que sobre el tema se ha publicado en los últimos años, no es ninguna novedad admitir que la aparición y consolidación del Santo Oficio, precisamente como tribunal de la corona, en gran medida al margen de la Santa Sede, constituye un factor de primer orden para entender y valorar el proceso de "estatalización" de la Iglesia que entonces se opera en España(163).

Asi pues, puede afirmarse sin mayores vacilaciones que uno de los frutos de ese entendimiento entre Iglesia y monarquía -y tal vez el más relevante- fue el instituto de la Inquisición, cuya incierta naturaleza, a caballo entre lo teológico y pontificio, por una parte, y lo político por otra, hizo del mismo uno de los instrumentos más eficaces para la consolidación del poder absoluto. Así se explica lo prematuro de su aplicación en América, su pronto traslado a Sicilia y los numerosos intentos de implantarla en Nápoles y Milán(164). No es nada difícil rastrear entre la doctrina jurídica y política de este período apelaciones elogiosas hacia la Inquisición. Sin embargo, voy a limitarme a citar el caso de uno de los juristas más representativos de este período y, sin duda el más conocido por los historiadores juristas de hoy. Me refiero a Castillo de Bobadilla. En un texto al que he tenido ocasión de referirme en otra ocasión y con una finalidad parecida a la de ahora, nos dice en un tono de franca complacencia: "gracias a Dios que con este tan santo oficio florece España entre todas las provincias del mundo en la Christiana Fè y religion"(165).

¿Y qué decir de las Cortes castellanas como organismos más o menos representativos del reino?. ¿Constituyeron realmente un freno al poder del monarca?. Quien se asoma a los Cuadernos de Cortes castellanos de la Baja Edad Media, fácilmente percibirá el calor de unas diatribas que, en aquel momento, tenían suficiente razón de ser. Sin embargo, en la Edad Moderna, desde el momento en que la doctrina secular se vuelca unánimemente en la tarea de potenciar la imagen del rey, se revela exitoso el nuevo talante adoptado por la Iglesia y se produce la temprana irrupción de los elementos típicos de una poderosa y eficaz monarquía administrativa que, en el caso español, servía con éxito los intereses de un poder central esparcidos por cuatro continentes, no mucho contrapeso pudieron suponer(166).
¿Y la iuspublicística española?. ¿Qué peso tuvo la fértil doctrina política y teológico-moral castellana en la determinación del alcance del poder regio?. Como es sabido las controversias doctrinales no suelen surgir de la nada. Siempre tienen una razón de ser que suele coincidir con determinados acontecimientos cuya irrupción, o bien las origina, o bien son éstos últimos su consecuencia. El clima de confrontación religiosa en que se hallaba inmersa Europa había de ser ambiente propicio para la aparición de doctrinas que, desde ángulos opuestos, analizasen el sempiterno problema de la confluencia de lo temporal con lo espiritual y trascendente en el uso del poder. No en vano muchas cosas habían cambiado en este punto desde comienzos del XVI. Y evidentemente una de las cosas que habían cambiado era, también, el papel que España, o la Monarquía Católica estaba desempeñando como protagonista de la vida política europea. Ambas cosas, el tenso clima religioso y la emergencia española como estado nacional de primer rango, habían de estimular una doctrina acorde con la importancia de los hechos.

Es indudable que los teóricos políticos influirán no poco en la *praxis* gubernamental de los siglos XVI y XVII. Situados en una posición de privilegio en el seno de una sociedad que se resistía -y segirá resistiéndose durante largo tiempo- a abandonar viejas ataduras feudales, su pensamiento contribuirá de manera decisiva a elaborar una teoría del poder en parte acorde y en parte diferente a la de otros estados nacionales europeos. Condenadas por la Iglesia las obras de Maquiavelo en 1599, el maquiavelismo político-doctrinal no encontró eco ni hueco en la España de la Contrarreforma. Sí germinó, en cambio, una forma bastante edulcorada de maquiavelismo. Se trata de los representantes del empirismo o pragmatismo político, especialmente interesados en dar a la política un tratamiento más racional. Son los llamados "tacitistas", es decir, aquellos autores que aún oponiéndose al absolutismo tiránico, de manera más o menos abierta defienden la razón de estado como una forma de imponer el realismo político que los nuevos tiempos requerían.

Desde luego que las formas de manifestarse en la práctica esa razón de estado era muy variada. Sin embargo, y puesto que después voy a conceder más espacio a los representantes de la corriente "oficialista", no quiero dejar pasar esta vez la oportunidad de citar un caso que me es muy familiar y al que hasta ahora no he tenido oportunidad de referirme. Se trata del consejo que a su príncipe da Mateo López Bravo, a propósito del otorgamiento de cargos públicos. Con una elegancia de estilo unida a un tono distendido y directo al tratar problemas nucleares, tan diferentes a la mayoría de sus contemporáneos, hace saber al destinatario de sus consejos: "preocúpate de buscar la mediocridad, hasta donde lo soporta la razón de Estado, ya que, cuando el poder se halla en manos de uno solo, conviene que haya -como muy bien sabes- algunos señores"(167). En esta corta frase está encerrada toda una teoría realista de algo tan fundamental como era la selección de oficiales y ministros. Da por sentadas dos cosas:

que la mediocridad es lo que abunda y que tampoco se puede prescindir para los puestos de los señores, aunque no sean los más hábiles. Como éstos no pueden eliminarse, hay que dar entrada a gobernantes mediocres, pero eso sí, siempre que ello no ponga en peligro la razón de estado.

Al lado de aquellos, o frente a aquellos y en posición antagónica en lo que se refiere a los puntos de partida, se situarán los "eticistas" o moralistas propugnadores de una doctrina tradicional reforzada por la Contrarreforma(168).

Lo importante del caso es que como telón de fondo de toda la diatriba figurará por mucho tiempo el pensamiento político de Maquiavelo. Lo atrevido de su posicionamiento ante la religión y la moral- impensable incluso en su época- a las que había otorgado un papel meramente instrumental respecto de la política(169), constituirá el centro de gravedad sobre el que girará un áspero debate doctrinal que, por encima de fronteras nacionales y de confesiones religiosas, enfrentará a partidarios y a críticos. Al consumar la separación de hecho entre religión y política, Maquiavelo había roto con siglos de conjunción o de simple connivencia -en todo caso fructífera, por necesaria- entre dos esferas de actuación que, en el fondo, responden a la dualidad intrínseca del hombre como ser social. El principio de la "razón de estado", como consecuencia lógica y última de esa dicotomía trazada por el pensador florentino, será en el futuro el polo de atracción de quienes se ocupen de analizar el alcance del poder de los reyes y el valor que en el ejercicio de ese poder habrán de darle a una religión o a cualquier religión. Los maquiavelistas aceptarán la doctrina del florentino con todas sus consecuencias. Los antimaquiavelistas, entre los que destacarán por su número y el ardor de sus ataques los españoles, tratarán de refutar esa teoría volviendo del revés los argumentos de aquél. De lo que se trataba era de reconducir la tan vituperada razón de estado de Maquiavelo a los cauces de la religión Católica, transformar en algo útil para una monarquía católica un concepto que había sido pensado al margen de toda religión o conectado, eventual y utilitariamente, con cualquier religión. Pero es lo cierto que en el futuro estos últimos "no podrán prescindir ya de la noción de *razón de estado*, si bien... sometiéndola a los preceptos de la moral cristiana"(170).

La singularidad española respecto a otros estados nacionales europeos radica en su fuerte compromiso con una religión, la Católica. El universalismo utópico de la *Respublica Christiana* carolina deja paso a la más prágmática, aunque no menos cristiana concepción felipina del imperio español, más acorde con los nuevos tiempos, más agresiva y precisa en sus objetivos finales(171). Si Carlos V nos proporciona durante su largo mandato numerosas declaraciones, públicas y privadas, en este sentido refrendadas por una práctica política nuclearmente transida de catolicidad, no es muy diferente la actitud mantenida por sus descendientes Habsburgos. El pragmatismo y autoritarismo de Felipe II, apreciable en su diario quehacer, está íntimamente unido a una concepción mesiánica de su misión como rey. Recién llegado al poder y conociendo el peligro que suponía la guerra en los Paises Bajos, la más costosa y cruenta de sus guerras, llegó a afirmar que "perdiéndose la religión (católica) ya perdería mys estados" y alertaba a sus consejeros sobre la necesidad de perseguir los intereses de Dios "que es lo que principalmente yo pretendo"(172). El arraigo de esta convicción felipista, de la que serían herederos sus sucesores, explica que casi con las mismas palabras un siglo más tarde el jesuita Andrés Mendo discurra del siguiente modo: "La fe verdadera conserva el estado de los reinos y ayuda a su gobierno político"(173). En tiempos de Felipe IV, tal vez empujado por uno de esos momentos de euforia que tan sagazmente describiera Marañón, Olivares llegó a sentenciar: "Dios es español y combate con

nuestra nación en estos días"(174). Difícil resulta imaginar mayor mesianismo político ni mayor confianza en el destino trascendente de un país al que, como fruto tardío del peculiar Renacimiento español, aún se consideraba elegido por Dios para defender su Iglesia.

Pero no hay que olvidar que tras las declaraciones y los actos oficiales siempre hubo, o al menos los hubo desde los inicios del siglo XVI a mediados del XVII, toda una literatura prohispánica decidida a potenciar el predominio español con la mira puesta en el logro de una Catolicidad universal. No me referiré al caso de los consejeros personales del monarca y, especialmente del emperador. El fogoso fraile calabrés Tomasso Campanella, uno de los más vehementes utópicos de este período se mostró casi hasta el final de su vida como un ferviente prohispánico que participaba de una visión teocrática y espiritual del gobierno político. Sus postulados iban enderezados hacia la creación de un gobierno universal que él consideraba había de ser liderado por España aunque sometido tanto en lo espiritual como en lo territorial al papado. Para él la Monarquía Universal Española era la única, en su opinión, capaz de acabar con las estériles individualidades políticas europeas tan perjudiciales para el sostenimiento de la religión Católica. Alertaba en sus escritos (*De Monarchia Hispanica*, 1600-1601) contra los engañosos mensajes de una razón de estado que, a su juicio, conducía fatalmente a la tiranía(175). Similar, aunque más moderado en sus planteamientos era el pensamiento de Giovanni Botero quien también ponía su confianza en la última monarquía universal (*Discorso dell'eccelenza della monarchia*, 1607)(176).

Dentro de los moralistas y sostenedores de una ideología profundamente recorrida por la ética del Catolicismo, José Laínez identificará libertad de conciencia con libertad de pecar(177). Pedro de Rivadeneira (1527-1611) considerará a los denominados "políticos", y a sus epígonos es decir, a los seguidores más o menos encubiertos de Maquiavelo, como la peor amenaza para la religión y la libertad de los pueblos, sencillamente porque "apartan la razón de Estado de la ley de Dios"(178). Y en un párrafo donde se condensa buena parte de su pensamiento político, sentenciará: "Y porque ninguno piense que yo desecho toda la razón de estado (como si no hubiese ninguna), y las reglas de prudencia con que, despues de Dios, se fundan, acrecientan, y conservan sus estados. Pero que esta razón de estado no es una sola, sino dos: una falsa y aparente, otra sólida y verdadera; una engañosa y diabólica, otra cierta y divina; una que del estado hace religión, otra que de la religión hace estado..."(179). Lo mismo sucederá con Blazquez Mayoralgo que criticará a quienes, maquiavélicamente, sostienen que "el príncipe debe fingir la religión y no ser religioso", por la simple razón de que éstos piensan que "no sabe reinar quien no sabe disimular"(180). Todos ellos tienen de común su preocupación por la laicización de la vida política que amenazaba con dar al traste con todo el enorme edificio político-teológico de la Monarquía.

El radicalismo religioso dará paso a la intolerancia como fruto natural e inevitable, intolerancia de la que uno de sus máximos representantes es el jesuita Juan de Mariana (1536-1624), quien con prolijidad de argumentos rechazará el reconocimiento de la libertad religiosa, de tal modo que el príncipe que admite la tolerancia en este punto, debe ser depuesto e incluso muerto(181). En el fondo de su posición doctrinal late con fuerza la vieja idea de que la potestad eclesiástica prevalece sobre la potestad temporal. Su *De rege et regis institutione* (1599) contiene la más severa admonición contra el principio ya divulgado en algunos paises europeos, y sobre todo en Francia, de que el príncipe está desligado del cumplimiento de las leyes.

Mariana niega ésto y, además somete la autoridad del rey no sólo a la de Dios, sino incluso a la opinión de los ciudadanos. Esta singularidad de su pensamiento, que comparte con algunos de los miembros de la Segunda Escolástica salmantina, se basa en la idea de que el poder de los reyes procede de la comunidad en virtud de una traslación operada en su favor por los súbditos. Como representante cualificado de aquellos que, del lado católico, se oponían abiertamente a considerar al rey como titular de un poder autoritario y absoluto, y defensor, por tanto, del derecho de resistencia, será incluído dentro del grupo de los "monarcómacos"(182).

Como fácilmente se advierte, con planteamientos tales como los de los mencionados españoles, quedan sentadas sólidamente las bases para la configuración de un estado unitario, compacto y sin fisuras ideológicas o religiosas que puedan perjudicar el centralismo político y la imagen del monarca como titular de un poder ejercido sin contrastes. ¿Y qué decir del pujante iusnaturalismo castellano, ensalzado hasta la saciedad por algunos y criticado tímidamente por los menos?. No es éste el lugar para abordar con detenimiento este debatido tema. Sin desmentir el coraje moral de algunos de sus miembros, parece abrirse paso la idea de que, en su conjunto, estos eminentes profesores y tratadistas tuvieron algo menos de revolucionarios de lo que con frecuencia se nos ha mostrado(183). Esta idea se impone por sí misma cuando se observa con aire crítico el parecer de algunos de los integrantes de la escuela respecto al origen del poder, la concepción que tienen de la ley, la versión que nos dan de la *exemptio imperii*, el pacto de sumisión política que algunos defienden, etc. Correlativamente se abre paso la idea de que algunos de ellos fueron más conservadores de lo que se ha sostenido y más proximos en su filosofía política al poder constituído(184). Si la defensa de la fé católica era la principal preocupación de los reyes, como hemos visto, allí estaban ellos para disipar las dudas que plantease -y se presentó constantemente- el veloz expansionismo español por extensos y distantes territorios: el problema de la guerra justa, la libertad de los mares, los derechos de los indígenas, etc. Puede decirse que ellos trazaron las líneas maestras de orden jurídico, moral y espiritual que sirvieran, tanto para justificar e incluso consolidar los logros alcanzados, como para, en su caso, tranquilizar las conciencias de los reyes de la Casa de Austria.

Tanto quienes mantienen una actitud ortodoxa que vincula estrechamente religión (Católica) y política, como la de los denominados "políticos", fundamentan su pensamiento en unos planteamientos doctrinales, no por más divergentes, menos pragmáticos en cualquier caso. Quiero decir con ello que frente a la razón de estado de unos, se yergue desafiante la razón de estado de los otros. Si bien este término se propugna, con razón, respecto de quienes toman a Maquiavelo como modelo de actitud política, ello no quiere decir que respecto de los que engrosan la línea oficialista no quepa atribuirles su propia razón de estado, precisamente aquella que considera estrechamente unidos moral y estado, religión y política. Que esto fue así durante largo tiempo, lo demuestra la contextura político-religiosa que adoptó la Monarquía Católica, precisamente en unos momentos en que la misma ostentó la supremacía de hecho frente a otras formaciones políticas europeas contemporáneas, donde, por cierto, la razón de estado de Maquiavelo encontró mayor eco(185).

En este sentido, las siguientes palabras de Pedro de Rivadeneira nos parecen ciertamente ilustrativas en relación con lo que venimos diciendo: "...la diferencia que hay entre los políticos y nosotros es, que ellos quieren que los príncipes tengan cuenta con la religión de sus súbditos, cualquiera que sea, falsa o verdadera; nosotros queremos

que conozcan que la religión católica es sola la verdadera, y que a ella sola favorezcan"(186). La expresividad del razonamiento hace innecesaria la obligación de explicar su contenido. Sobre todo cuando Maquiavelo en sus *Discorsi* (I, 12) había aconsejado a los príncipes que, para conservar en orden el reino o la república, deberían impulsar cualquier religión, fuese verdadera o falsa.

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

(1) David Torres Sanz, La administración central castellana en la Baja Edad Media, Valladolid 1982, pág. 13.

(2) Cfr. por todos Luís García de Valdeavellano, Curso de Historia de las instituciones españolas. Desde los orígenes al final de la Edad Media, Madrid 1970, pág. 423. Incluso a mediados del siglo XV encontramos a Rodrigo Sánchez de Arévalo, Suma de la política, en B.A.E., tomo CXVI, I, Madrid 1959, pág. 283, recogiendo la teoría agustiniana de la *ordinatio ad unum*, según la cual el modelo de la monarquía divina había de servir a los príncipes: "todo regimiento humano deve ser conforme a la *monarchia divina* y esta es regida por un Dios, rey e príncipe potentissimo, regidor y governador de todas las cosas, del cual *principado divino* todos los otros humanos regimientos deven tomar exemplo".

(3) Cfr. A. Marongiu, Un momento típico de la monarquía medieval: el rey juez, en "Anuario de Historia del Derecho Español", XXIII, Madrid 1953, págs. 702 y ss. También Benjamín Gonzalez Alonso, Poder regio, cortes y régimen político en la Castilla bajomedieval (1252-1474), separata de la obra "Las Cortes de Castilla y León en la Edad Media", Valladolid 1988, págs. 206 y ss.

(4) José Antonio Maravall, Estudios de Historia del pensamiento español, Madrid 1967, pág. 131.

(5) David Torres Sanz, La administración central castellana, págs. 16-17.

(6) La bibliografía sobre este punto es enorme. Cfr. por todos Andrea Romano, Constitutiones Regni Siciliae, Messina 1991. Wolfgang Wagner, Las Constituciones del emperador Federico II de Sicilia y la legislación de Alfonso X el Sabio, en "España y Europa. Un pasado jurídico común", Murcia 1986, pág. 63. También Ditlev Tamm, Un paralelo nórdico de la obra alfonsina: la legislación del rey Valdemar II de Dinamarca, en "España y Europa...", págs. 81 y ss.

(7) Cfr. José Antonio Maravall, Del régimen feudal al régimen corporativo en el pensamiento de Alfonso X, en "Estudios de Historia del pensamiento español", Madrid 1967, pág. 99.

(8) E.H. Kantorowicz, Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología política medieval, Madrid 1985, pág. 188: "Las infinitas interrelaciones entre la Iglesia y el Estado, activas en todos los siglos de la Edad Media, produjeron híbridos en ambos campos. Los préstamos mutuos y los intercambios de insignias, símbolos políticos,

prerrogativas y derechos honorarios, se han venido realizando incesantemente entre los dirigentes espirituales y seculares de la sociedad cristiana".

(9) Fuero real, I, 2. Espéculo, II,1,5 y IV,7,29 Partidas, II, 1, 5 y 6.

(10) Ver Jesús Lalinde, Una ideología para un sistema (La simbiosis histórica entre el iusnaturalismo
castellano y la Monarquía Universal) en "Quaderni Fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno", 8/1979, págs. 61-156.

(11) Benjamín González Alonso, Poder regio, págs. 206-207 llega a afirmar que la política iniciada en Castilla por Alfonso X es del todo original, pudiéndose calificar sus proyectos de verdaderamente revolucionarios. Así su ideal unificador, sus esfuerzos por fortalecer la monarquía, el movimiento renovador de la cultura que impulsa desde el poder, etc. Mª Paz Alonso Romero, La monarquía castellana y su proyección institucional (1230-1350), en "Historia de España Menéndez Pidal", tomo XIII-I, Madrid 1990, pág. 511.

(12) Aunque la bibliografía existente sobre el particular es extensa, me voy a limitar a J.H. Elliott, La España imperial, 1469-1716, Barcelona 1976, donde pueden encontrarse numerosas referencias al tema.

(13) Sobre esta idea dinámica que desde Alfonso X se imprimió a la gobernación de Castilla, ver en general todo el trabajo de David Torres Sanz, Teoría y práctica de la acción de gobierno en el mundo medieval castellano-leonés, en "Historia. Instituciones. Documentos", nº 12, Sevilla 1986.

(14) José Mª García Marín, El Oficio público, págs. 76 y ss. y 244 y ss.

(15) José Mª García Marín, El Oficio público, págs. 76 y ss.

(16) Para todo lo dicho cfr. José Mª García Marín, Monarquía Católica en Italia. Burocracia imperial y privilegios constitucionales, Madrid 1992, págs. 34 y ss. Ver P. Koschaker, Europa y el Derecho romano, Madrid 1955, págs. 263-265 y 303.

(17) José Mª García Marín, El Oficio público en Castilla durante la Baja Edad Media, 2ª ed. Madrid 1987, pág. 35.

(18) José Mª García Marín, El Oficio público, pág. 36.

(19) José Mª García Marín, El Oficio público, págs. 36 y ss.

(20) Alfonso García Gallo, Cuestiones y problemas de la Historia de la administración española, en "Actas del I Symposium de Historia de la Administración", IEA., Madrid 1970, pág. 52.

(21) Cfr. Jesús Vallejo, Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350), Madrid 1992, pág. 163.

(22) Walter Ullmann, Principios de gobierno y política en la Edad Media, Madrid 1971, págs. 23-28. También págs. 144-145. Del mismo autor Il pensiero politico del medioevo, utlizo ed. italiana Roma-Bari, 1984.

(23) Cfr. Helmut Quaritsch, Staat und Souveränität, Frankfurt, 1970, pág. 51, donde viene a resumir la cuestión, para la época medieval, en estos términos: Europa es la Iglesia y como la Iglesia tiene su centro en Roma, Europa depende de Roma. En consecuencia la plenitudo potestatis es del Papa como cabeza de la Iglesia.

(24) Massimo Terni, La pianta della sovranità. Teologia e politica tra medioevo ed età moderna, Roma-Bari, 1995, pág. 26.

(25) Cfr. Bartolomé Clavero, Derecho común, en "Temas de Historia del Derecho", Sevilla 1977, págs. 43 y ss.

(26) Enrique Gacto, Juan Antonio Alejandre y José Mª García Marín, El Derecho histórico de los pueblos de España, 4ª ed. Madrid 1987, pág. 292.

(27) riedrich Meinecke, La idea de la razón de estado en la Edad Moderna, Madrid 1983, pág. 29. P. Koschaker, Europa y el Derecho romano, pág. 262. También págs. 87 a 90.

(28) E.H. Kantorowicz, Los dos cuerpos del rey, págs. 101-102 y 107.

(29) Jesús Vallejo, Ruda equidad, pág. 209-214.

(30) Son diversos los pasajes en los que se reconoce taxativamente ésto. Por ejemplo en II,1,2 o en III,4,18 y en Espéculo I,1,3. Respecto a la obligatoriedad general de tales normas regias: Partidas I,1,15. Cfr. David Torres Sanz, La administración central castellana, págs. 17-18.

(31) José Mª García Marín, El Oficio público, págs. 36 y ss.

(32) José Mª García Marín, El Oficio público, págs. 20-22.

(33) En II,1,2 el propio Alfonso X tiene la precaución de enumerar, casi exhaustivamente, cúales son las competencias concretas que corresponden a su plenitudo potestatis. Curiosamente, la primera que alega es la competencia para dar, derogar y enmendar leyes y fueros.

(34) José Antonio Maravall, Del régimen feudal al régimen corporativo, pág. 109.

(35) Cfr. Claudio Sánchez Albornoz, La sucesión al trono en los Reinos de León y Castilla, en "Estudios
sobre las instituciones medievales españolas", México 1965, págs. 639-704.

(36) Cfr. Joaquín Gimeno Casalduero, La imagen del monarca en la Castilla del siglo XIV, Madrid 1972, págs. 24 y ss.

(37) Que la voluntad del príncipe está en el origen de la ley queda claro, por ejemplo, en Alfonso de Castro, De potestate legis poenalis, utilizo la ed. Madrid 1773 de su Opera omnia, tomo II, lib. I, cap. I, págs. 239-240: "Lex esta recta voluntas ejus, qui vicem populi gerit... Non est enim lex opus solius intellectus sed neccessarium est, ut ipsi intellectui accedat voluntas, jubendo aut prohibendo in quod ab intellectu praecognitum est... Non enim id quod princeps novit, aut bene intellexit, sed quod principi placuit legis habet vigorem. Praeterea hoc apertissime constare potest ex ipsis legis effectibus, qui... sunt imperare, vetare, permittere, punire. Nullus enim horum effectuum convenit intellectui: sed omnes... sunt proprii voluntatis effectus". Ley es, pues, sólo lo que le place al príncipe. Su voluntad queda desligada de cualquier interferencia de la comunidad. No es ley lo que aquél conoce por medio de su entendimiento, sino lo que establece, a través de un acto de su voluntad. Ninguno de los contenidos propios de la ley (ordenar, prohibir, permitir, castigar) son consecuencia de un acto cognoscitivo o intelectivo, sino un efecto derivado de la manifestación expresa de su voluntad.

(38) Cfr. José Antonio Maravall, Estado moderno y mentalidad social, tomo I, Madrid 1972, pág. 255-257. Este autor, pág. 261, ha deslindado sagazmente dos formas en que el teocratismo se manifiesta, no sólo en este perídodo sino, más aún, en los siglos XVI y XVII. Uno que enlaza con el origen del poder, que es la forma que con mayor frecuencia nos muestran las fuentes. Otra que viene referida a la naturaleza divinal del derecho a reinar de los reyes. Es en ésta donde tendrá su origen el llamado "derecho divino de los reyes".

(39) José Antonio Maravall, Estado moderno, págs. 257-258.

(40) Partidas, 2,1,5: "Que cosa es Rey. Vicarios de Dios son los Reyes, cada uno en su reyno, puestos sobre las gentes, para mantenerlas en justicia, e en verdad quanto en lo temporal, bien assi como el Emperador en su Imperio...". Respecto a su contraste con el poder del emperador, II,1,8: "...Sabida cosa es, que todos aquellos poderes... que los Emperadores han... que essos mismos han los Reyes en sus Reynos, e mayores..."

(41) Cfr. Francesco Calasso, I glossatori e la dottrina della sovranità, Milán 1951, págs. 47 y ss.

(42) E.H. Kantorowicz, Los dos cuerpos del rey, págs. 53-56.

(43) E.H. Kantorowicz, Los dos cuerpos del rey, pág. 61. Como ha señalado Enrique Gacto, mientras la legislación del rey visigodo se ocupaba de cuestiones relativas a Derecho privado, penal y procesal, la procedente de las reuniones conciliares se ocupaba tanto de cuestiones del Estado como de la Iglesia. "Estas leyes generales y fundamentales del reino, normalmente tras su confirmación en la asamblea conciliar se insertan entre los demás cánones... Así sucedería con la ley recesvindiana sobre los bienes privados del rey y el patrimonio de la Corona (Liber, II,1,5), que serviría de base al canon 10 del Concilio VIII, o con la de Chindasvinto sobre reos de alta traición y desertores (Liber, II,1,6), que inspiraría el canon 1 del Concilio VII". Otro caso, esta vez inverso, sería el de la ley de Recesvinto (Liber II,1,7) que castigaba a quienes maldecían al rey y que procedía del canon 5 del Concilio V. Otro ejemplo paradigmático de la entente existente entre la corona y la Iglesia en la España visigoda, viene constituído por los casi literales contenidos de Concilio IV de Toledo (633), canon 75 y Liber Iudiciorum (654), tit. preliminar, 9, del que se ofrece traducción: "Que nadie de entre

nosotros arrebate con soberbia el trono. Que nadie excite las discordias entre los pueblos. Que nadie prepare la muerte de los reyes, sino que, muerto pacíficamente el rey, la nobleza de todo el pueblo, en unión de los obispos que recibieron poder de atar y desatar y por cuya bendición y unción se confirma a los príncipes, juntos todos y unánimes, queriéndolo Dios, constituyan al sucesor del reino para que...no se origine ninguna división de la patria..." En Enrique Gacto Fernández, Juan Antonio Alejandre García y José Mª García Marín, El Derecho histórico, págs. 118-120.

(44) E.H. Kantorowicz, Los dos cuerpos del rey, pág. 67. Probablemente la fecha que el autor refiere no sea la de 635, sino 653. Cfr. José Orlandis, Historia de España. La España visigótica, Madrid 1977, págs. 170-173. La ley a que alude Kantorowicz aparece recogida en las Decretales pseudoisidorianas. "En esta ley -nos dice el autor- el rey visigodo insistía en que el honor era debido no a la persona del rey, sino al poder real; no a la mediocridad personal del rey, sino al honor de su grandeza: los derechos y no la persona hacen a un rey".

(45) E.H. Kantorowicz, Los dos cuerpos del rey, págs. 68-69. Un ejemplo elocuente nos lo presenta el propio autor en págs. 70 y ss., cuando al hablar del frontispicio de los Evangelios de Aquisgrán nos dice que tanto la frase imperator ad celum erectus (proveniente, por cierto de la Colección canónica conocida como Collectio canonum, o también Hispana, del 633-636, cuya autoría pertenece a San Isidoro de Sevilla), como la imagen del emperador, a la que acompaña, con igual maiestas que Cristo, suponen una deificación del mismo inusual hasta el momento.

(46) Memorias de Don Enrique IV de Castilla, tomo II, Madrid 1835-1913, nº XXV, año 1453, pág. 44. Menos contundente, aunque sí influenciado por la mentalidad política de su tiempo -era un monárquico convencido tanto en el plano de la potestad eclesiástica como temporal- se muestra el obispo Rodrigo Sánchez de Arévalo, Suma de la Política, B.A.E. CXVI, Madrid 1959, pág. 303: "Ca todas las leyes escriptas, así de gentiles como de cathólicos, dizen que pues el rey es una imagen de Dios en la tierra, toda criatura le deve abaxar la cabeça. Onde en tanto grado amonestan a esta obediencia y reverencia, que reputan ser crimen de sacrilegio juzgar o reprehender lo qu'el príncipe faze. Ca dizen que en la
tierra no ay quien le diga "¿por qué fazes ésto?".

(47) Cortes de los Antiguos Reinos de León y de Castilla, tomo IV, Madrid 1882, encabezamiento, pág. 1.

(48) Ver para ésto David Torres Sanz, Teoría y práctica de la acción de gobierno en el mundo medieval castellano-leonés, en "Historia. Instituciones. Documentos , nº 12, Sevilla 1986, pág. 18.

(49) José Mª García Marín, El Oficio público, pág. 22. Cfr. F.H. Hinsley, Sovereignty, London 1966, pág. 54.

(50) Cfr. E.H. Kantorowicz, Los dos cuerpos del rey, pág. 93 y 95: "Esta tipología -nos dirá- cubría, de hecho, dos aspectos del oficio real, uno ontológico y otro funcional, y ambos se reflejaban en los títulos honoríficos con los que tan a menudo se ensalzaba al gobernante medieval: Imagen de Cristo y Vicario de Cristo". No obstante, en pág. 99 advierte que el paso de la Alta a la Baja Edad Media supuso un cambio paulatino de la

"monarquía litúrgica" a la "monarquía por derecho divino". Ver F.H. Hinsley, Sovereignty, págs. 55-67.

(51) E.H. Kantorowicz, Los dos cuerpos del rey, págs. 99-100 y 109.

(52) Friedrich Meinecke, Idea de la razón de estado, pág. 29

(53) Helmut Quaritsch, Staat und Souveränität, págs. 72-73. Los nacionalismos bajomedievales constituyen ahora el principal problema de la Iglesia. Su lógica consecuencia, el papal-cäsaristischen, estará en el origen del final de la vieja universitas christiana acariciada por los papas y vista con cierta complacencia por los príncipes seculares.

(54) Es curioso que en la época del Renacimiento el pensamiento en general, con toda la carga de Modernidad que lleva consigo, en realidad aparece como ensimismado, detenido en la contemplación de un pasado clásico que considera insuperable y digno, él sólo, de ser imitado. Incluso los grandes movimientos religiosos, como la Reforma, en realidad el "cambio" que proponen no es otra cosa que una vuelta al pasado, en este caso a la pureza de la fe evangélica. Cfr. sobre ésto las hermosas reflexiones, llenas de contenido de Federico Chabod, Historia de la idea de Europa, Madrid 1992, págs. 50-51. Hacía tiempo que la Iglesia necesitaba una renovación. Ante las dudas, las tibiezas y vacilaciones del afamado Erasmo (que tanto excitaban a Lutero) para los católicos, y sobre todo los españoles, el rey a la cabeza, lo que el reformador alemán necesitaba era un hombre tan capaz como él de romper, dentro de la ortodoxia católica, la inercia que había desviado el curso normal de la Iglesia desde hacía varios siglos. Un hombre realista, un católico de acción que supliese, o mejor, conjugase las disquisiciones teóricas y las enriquecedoras controversias evangélicas, con la energía restauradora o contrarreformista que la Iglesia de Roma necesitaba. Lo que jamás se atrevió a hacer el mesurado humanista holandés, lo haría el enérgico hidalgo gipuzcoano. Cfr. Ricardo García Villoslada, Loyola y Erasmo, Madrid 1965.

(55) Cfr. Salvo Mastellone, Storia del pensiero, págs. 37-40.

(56) Antonio Truyol y Serra, Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado, II, Madrid 1975, págs. 36-37.

(57) E.H. Kantorowicz, Los dos cuerpos del rey, págs. 220-221. Cfr. Massimo Terni, La pianta della sovranità, págs. 106-121.

(58) Massimo Terni, La pianta della sovranità, pág. 81.

(59) Cfr. sobre tan tratado tema Manuel Fernández Alvarez, Carlos V. Un hombre para Europa, Madrid 1976, págs. 76-78. Del mismo autor Política mundial de Carlos V y Felipe II, Madrid 1966, pág. 83. También José Mª Jover Zamora, Carlos V y los españoles, Madrid 1963, pág. 215. El universalismo carolino, de firme implantación en el plano religioso, había servido o se había pretendido que sirviera de elemento de cohesión, no sólo de los disímiles elementos de la Monarquía Hispánica, sino incluso de toda Europa. Cfr. Ettore A. Albertoni, Impero e Spagna nel pensiero politico italiano, en "Il pensiero politico. Rivista di Storia delle Idee Politiche e Sociali", anno XXII, nº 1, Firenze 1989, pág. 25.

(60) Marcel Bataillon, Erasmo y España, México 1950, pág. 364.

(61) Marcel Bataillon, Erasmo y España, págs. 364-365.

(62) Escribe Bataillon, Erasmo y España, pág. 367: "...varios días después escribió Carlos de su puño y
letra al Papa expresándole firmemente su deseo de paz universal y de reforma. Invitaba a Clemente VII a convocar un Concilio para destruir las herejías, reducir a los infieles y restaurar la Santa Iglesia. Le daba su real palabra de no tolerar que se planteara en este Concilio la cuestión de la deposición o suspensión del Papa. No era comprometerse demasiado con el prisionero del castillo de Sant'Angelo".

(63) Johan Huizinga, Erasmo, Barcelona 1989, págs. 250-251.

(64) Marcel Bataillon, Erasmo y España, págs. 368-371.

(65) Al entender de Federico Chabod, Historia de la idea de Europa, pág. 47, durante los siglos XVI y XVII, la existencia en Europa de estados independientes no eclipsa totalmente la idea de corps politique, en el que los estados miembros participan, como siempre había sucedido, de unos principios comunes a todos.

(66) Gerhard Ritter, El problema ético del poder, Madrid 1972, pág. 27.

(67) Ver Joaquín Gimeno Casalduero, La imagen del monarca, págs. 45 y ss. donde reconoce idéntica fuerza en la asunción del teocratismo en los Castigos e documentos de Sancho IV, el Libro de los cien capítulos de fines del siglo XIII o en la obra de Don Juan Manuel.

(68) Don Juan Manuel, Libro de los Estados, cap. XXXVI, en B.A.E., LI, Madrid 1952, pág. 357. Aunque un tanto enigmáticamente agrega: "...por ende non sé yo mucho desto; mas los que son del imperio ó a los que esto tañe, ellos se lo vean; ca nos non habemos que adobar en esto nin nos queremos meter en lo que non habemos de librar". El mismo Don Juan Manuel en el Libro de los Castigos, dirigido, como se sabe, a su hijo Fernando, deja constancia no sólo del carácter vicarial del rey, sino de lo que entiende por rey y por tirano: "Fijo Don Fernando:... Vos debedes saber que los reyes en la tierra son à semejanza de Dios, et creed por cierto, que segund los merecimientos del pueblo... dales Dios buenos reyes... Et cuando el pueblo yerra contra Dios, et non le sirven como deben, dales Dios Reyes torticeros, et crueles, et cobdiciosos...". En B.A.E., LI, cap. IV, pág. 268. Sobre el tema de la tiranía en Castilla y el derecho de los súbditos, ver las interesantes págs. de Joaquín Gimeno Casalduero, La imagen del monarca, págs. 95 y ss.

(69) Crónica de Don Fernando IV, en "Crónica de los Reyes de Castilla", tomo LXVI, I, Madrid 1953, pág. 139.

(70) Crónica de Don Alfonso XI, en B.A.E., tomo LXVI, I, Madrid 1953, pág. 235. Cfr. Joaquín Gimeno Casalduero, Imagen del monarca, pág. 60. También Walter Ullmann, Principios, pág. 145.

(71) José Mª García Marín, El Oficio público, pág. 19.

(72) Cfr. Massimo Terni, La pianta della sovranità, Roma-Bari 1995, pág. 12 y 13.

(73) Massimo Terni, La pianta della sovranità, pág. 14. Como vemos las soluciones dadas en Francia y
en Inglaterra en el siglo XVII son divergentes. No debe sorprender, ya que el pensamiento político-filosófico de la Europa continental no había desarrollado aún una forma política asociada a instituciones parlamentarias. En Francia, como en España, por citar a los otros dos grandes estados territoriales del momento, habían sabido elaborar -sobre todo aquella- una teoría del Estado de carácter abstracto, es decir, entendido como una organización en sí misma. También había llegado a asociar e incluso identificar a ese estado con la persona del rey, pero nunca llegó a desplegar toda una doctrina que entendiera al rey como "corporación unipersonal", tal como se desprendía de la doctrina de los Dos Cuerpos del Rey. Ver E.H. Kantorowicz, Los dos cuerpos del rey, pág. 31. Sobre la importancia que el estamento de los juristas alcanzó en la Inglaterra de la primera mitad del siglo XVII, al combatir las prerrogativas absolutistas del rey esgrimiendo la bandera de la supremacy of law, ver P. Koschaker, Europa y el Derecho romano, págs. 261-262.

(74) Jesús Vallejo, Ruda equidad, págs. 341-342 y 362-363, 366 y 371372.

(75) Así quedó firmemente establecido en el Liber Iudiciorum (654), II, 2, 1. Así lo defendió en términos inequívocos, con su imponente autoridad no sólo en el siglo VII sino en siglos posteriores, San Isidoro de Sevilla y así lo reflejan los cánones de algunos Concilios toledanos, especialmente el canon 9 del Concilio XVI. Cfr. por todos Luís García de Valdeavellano, Curso de Historia de las Instituciones españolas, Madrid
1970, pág. 192.

(76) Partidas, II,1,15. Cfr. Aquilino Iglesia Ferreirós, La creación del Derecho. Una historia del Derecho español, vol. II, Barcelona 1988, págs. 249-250.

(77) Aquilino Iglesia Ferreirós, La creación del derecho, págs. 250-251.

(78) Jesús Vallejo, Ruda equidad, pág. 343 y 359.

(79) Enrique Gacto Fernández, Juan Antonio Alejandre García, José Mª García Marín, El Derecho histórico, pág. 300. Cfr. P. Koschaker, Europa y el Derecho romano, págs. 77 y ss.

(80) Walter Ullmann, Principios, págs. 51-53.

(81) Enrique Gallego Blanco, Relaciones entre la Iglesia y el Estado en la Edad Media, Madrid 1973, pág. 18.

(82) Walter Ullmann, Principios de gobierno y política, págs. 145 y ss. Cfr. P. Koschaker, Europa y el Derecho romano, págs. 80-81.

(83) Enrique Gallego Blanco, Relaciones entre la Iglesia y el Estado, pág. 37. Bartolomé Clavero, Derecho común, pág. 53-56. P. Koschaker, Europa y el Derecho romano, págs. 80-83. La idea que Gregorio VII tenía de cuáles habían de ser las relaciones entre Iglesia y Estado, aparecen, si cabe, más claras aunque no más

contundentes en su Carta a Hermann Obispo de Metz. Cfr. Jean Touchard, Historia de las ideas políticas, Madrid 1972, pág. 128.

(84) Enrique Gallego Blanco, Relaciones entre la Iglesia y el Estado, págs. 37 y ss. Cfr. E.H. Kantorowicz, Los dos cuerpos del rey, págs. 200 y ss. Sin duda los principales adversarios con que contó la Iglesia en el siglo XIV fueron Marsilio de Padua (?-1342) y Guillermo de Ockam (1270-1347) quienes, con sólo diferencia de matices, llegan a atribuir toda potestad, incluso espiritual, al estado. Ver Jean Touchard, Historia de las ideas políticas, págs. 164-169.

(85) E.H. Kantorowicz, Los dos cuerpos del rey, pág. 201. La idea de corpus mysticum que la Iglesia había elaborado para explicar la relación de Cristo con su Iglesia, fue apropiada por los juristas laicos para explicar la relación existente entre el rey y el estado. Este nuevo concepto lo encontraremos aplicado tanto en reinos gobernados "políticamente" como Inglaterra, como en los que lo són "monárquicamente", como es el caso de Francia. Ver págs. 212-215.

(86) La doctrina del "cuerpo místico" aparece con fuerza, empero, en los tiempos del emperador, contemporéneo por cierto de Enrique VIII Tudor. Aunque los ejemplos pueden multiplicarse, me voy a remitir a uno. Fray Prudencio de Sandolval, Historia de la vida y hechos del Emperador Carlos V, en B.A.E., tomo LXXX, Madrid 1955, pág. 226, recoge un pasaje del cronista Ayora, contemporáneo de Carlos V donde se dice: "Y el rey, asimismo, los debe oir y acoger e remediar (a sus súbditos) con sus propias entrañas y miembros unidos consigo mismo como con cabeza. De lo qual redunda un cuerpo místico, figurado del que Cristo y su Iglesia facen". Cfr. Salvador de Madariaga, Carlos V, Barcelona 1995, págs. 79-100. Sobre la dualidad que en la persona y comportamiento de Carlos V se advierte de rey medieval a veces y a veces moderno, o si se quiere postmedieval, ver pág. 79. En pág. 87 discurre con todo sentido: "La diferencia entre ambos monarcas no era, pues, mera querella personal; procedía de un desfase histórico: Francisco I vivía en el hoy para el mañana; Carlos V en el ayer para el pasado mañana. Francisco I estaba creando a Francia; Carlos soñaba en el imperio medieval y vislumbraba ya los Estados Unidos de Europa".

(87) Massimo Terni, La pianta della sovranità, págs. 68-73. Cfr. Enrique Gallego Blanco, Relaciones, págs. 60-61. Ver también A. Black, The Conciliar Movement, en "The Cambridge History of Medieval Political Thought, 350-1450", Cambridge 1988, págs. 577-582.

(88) Enrique Gacto Fernández, Juan Antonio Alejandre García, José Mª García Marín, El Derecho histórico, pág. 301.

(89) Ibidem.

(90) Ibidem, pág. 302.

(91) Inglaterra con Enrique VIII y Francia con Francisco I inician el proceso moderno de estatalización con la creación de monarquías nacionales y fuertemente centralizadas. Ellos reconstruyen a la medida de sus reinos la fragmentada potestas medieval en una unidad propia, pujante y agresiva, capaz de enfrentarse con éxito a los intentos simultáneos del papa y el emperador por imponer un trasnochado poder universal y

teocrático. No así sucede en Italia y Alemania donde la oposición papal e imperial, con el teocratismo como estandarte ideológico, propiciará la formación de principados autónomos contrarios por esencia a la unidad, el nacionalismo y las amplias construcciones territoriales propias de aquellos estados modernos. Ver Massimo Terni, La pianta della sovranità, págs. 76 y ss.

(92) Ver Massimo Terni, La pianta della sovranità, págs. 77 y ss.

(93) Ver J.H. Elliott, España y su mundo (1500-1700), Madrid 1990, págs. 36 y ss. José Mª García Marín, Monarquía Católica, págs. 17 y ss., donde se puede encontrar bibliografía sobre el particular.
(94) Enzo Sciacca, Ferrault, Chasseneux e Grassaille. Alle origine della teoria della sovranità nel pensiero politico moderno, en "Studi in onore di Cesare Sanfilippo", vol. 6, Milano 1985, pág. 699. Cfr. del mismo autor Le redice teoriche dell'assolutismo nel pensiero politico francese del primo Cinquecento (1498-1519), Milano 1975, págs. 69-86.

(95) Enzo Sciacca, Ferrault, págs. 699-700.

(96) Salvo Mastellone, Storia del pensiero politico europeo dal XV al XVIII secolo, Torino 1989, págs. 15-16.

(97) Cfr. Mario D'Addio, Machiavelli e antimachiavelli, en "Il pensiero politico. Rivista di Storia delle Idee Politiche e Sociali", año II, nº 3, Firenze 1969, págs. 329-336. Luigi Firpo, Le origini dell'anti-machiavellismo, Ibidem, págs. 337-367. En realidad todo el nº de esta revista está dedicado al pensador florentino.

(98) La bibliografía sobre Maquiavelo es extraordinariamente amplia. Sin el menor afán de exhaustividad, me remito a Gerhard Ritter, El problema ético, pág. 29. Antonio Truyol y Serra, Historia de la filosofía del derecho y del Estado, II, Madrid 1975, págs. 10 y ss. Salvo Mastellone, Storia del pensiero, págs. 20-24. Sobre la esencia de la razón de estado en la Edad Moderna, ver el ya clásico estudio de Friedrich Meinecke, Idea de la razón de estado, a modo de introducción págs. 3 y 5. Escribe Meinecke, pág. 31 que aunque la Antigüedad conoció y sufrió la razón de estado, en la Edad Moderna el cristianismo dogmático prestó al concepto un valor realmente trágico. "Es por eso -dirá-, una necesidad histórica, que el hombre con quien comienza en el Occidente moderno la historia de la razón de Estado y del que ha recibido su nombre el maquiavelismo, fuera un pagano que no conocía el miedo del infierno, y que pudo, de esta suerte, dedicarse con serenidad clásica a reflexionar sobre la esencia de la razón de Estado".

(99) Gerhard Ritter, El problema, págs. 31-33. Salvo Mastellone, Storia del pensiero, págs. 25-36. También Pierre Mesnard, Il pensiero politico rinascimentale, trad. italiana, Bari 1963, donde pueden encontrarse consideraciones de interés sobre el tema. Antonio Truyol y Serra, Historia, págs. 9 y ss. Sobre Erasmo puede consultarse la ya clásica obra de Johan Huizinga, Erasmo, Barcelona 1989, con la apasionada introducción de Lucien Febvre.

(100) Mario D'Addio, Machiaveli e antimachiaveli, págs. 330-332. También Francisco Javier Conde, El saber político en Maquiavelo, Madrid 1976, págs. 96-97. Leo Strauss, Meditación sobre Maquiavelo, Madrid 1964, págs. 74 y ss.

(101) Siempre me ha sorprendido por su agudeza y el pragmatismo que destila, una de las muchas frases que Maquiavelo dedica (Discorsi I, 27) a su admirado Fernando el Católico, al que poco menos que consideraba maestro en el arte de la simulación y del que elogia sin reservas el uso instrumental que hace de la religión en su permanente búsqueda de la razón de estado: "Cierto príncipe de nuestros días, al que no es bueno nombrar -dirá-, no predica nunca sino la paz y la fe y es el más grande enemigo de la una y de la otra, y tanto la una como la otra, si las hubiera observado, le habrían quitado en muchas ocasiones su reputación o su estado". En muchos casos Maquiavelo se nos muestra como un enigma y así puede seguir siéndolo por mucho tiempo. Ni asomo de titubeos en sus planteamientos doctrinales, paradigma de atrevimiento en su época. Da la impresión de que sus escritos no parecen transpirar ni transmitir esa angustia que, osmóticamente o por simpatía, circula por lo común entre el verdadero creador y sus anonadados lectores y seguidores. Hablo de una angustia familiar al intelectual, que nace de la duda lógica, de la vacilación en la aplicación de un método o el hallazgo de unas soluciones revolucionarias. Es algo que parece atribular a todo pensador que intenta sujetar, flexionar conforme a unas coordenadas no por atrevidas menos lógicas, previas y precisas el perenne discurrir de algo vivo como es un cuerpo social y político. En el caso del florentino, un ente a veces convulso y siempre en movimiento, como es el caso de la Italia de principios del quinientos, en realidad la principal preocupación de Maquiavelo.

(102) Por ejemplo en los Discorsi, I,12. Esclarecedor es el trabajo de Luigi Firpo, Le origini dell'antimaquiavellismo, en "Il pensiero politico...", anno ii, nº 3, Firenze 1969, págs. 336-367. Lo mismo puede decirse de Salvo Mastellone, Aspetti dell'antimaquiavellismo in Francia: Gentillet et Languet, Ibidem, págs. 376-415.

(103) Cfr. por ejemplo Federico Chabod, Historia de la idea, pág. 53.

(104) Me he referido a ello en En torno a la naturaleza del poder real en la monarquía de los Austrias, en "Historia. Instituciones. Documentos", nº 11, Sevilla 1984, pág. 116.

(105) Rodrigo Sanchez de Arévalo, Suma de la política, cit. pág. 291.

(106) Jean Touchard, Historia de las ideas políticas, pág. 200.

(107) Enzo Sciacca, Ferrault, Chasseneux e Grassaille, pág. 710.

(108) Enzo Sciacca, Ferrault, Chasseneux e Grassaille, págs. 712-715.

(109) Enzo Sciacca, Ferraul, Chasseneux e Grassaille, págs. 716-736. Tambien Vicenzo Piano Mortari, Potere regio e consuetudine redatta nella Francia del Cinquecento, en "Quaderni fiorentini per la historia del pensiero politico moderno , I (1972), págs. 131 y ss. Del mismo autor Ordinamenti politici e diritto nel secolo XVI, en "Diritto e potere nella storia europea", I, Florencia 1982, pág. 476.

(110) Enzo Sciacca, Ferraul, Chasseneux e Grassaille, págs. 716 y ss.

(111) Enzo Sciacca, Ferrault, Chasseneux e Grassaille, págs. 742 y ss. E.H. Kantorowicz, Los dos cuerpos del rey, págs. 212-213 anota cómo desde principios del siglo XV encontramos en los doctrinarios franceses recogida la idea del estado como

"cuerpo político y místico". Su fundamento se halla en el reconocimiento expreso de la existencia de antiguas costumbres configuradoras de una verdadera constitución no escrita que regía por encima, incluso, de la voluntad de los reyes.

(112) Massimo Terni, La pianta della sovranità, págs. 13 y 19. Cfr. Friedrich Meinecke, Idea de la razón de estado, pág. 64.

(113) Friedrich Meinecke, Idea de la razón de estado, pág. 59.

(114) Massimo Terni, La pianta della sovranità, pág. 7. Ver también pág. 25.

(115) Cesare Vasoli, Il metodo ne "La République", en "Il pensiero politico. Rivista di Storia delle Idee Politiche e Sociali", año XIV, nº 1, Firenze 1981, págs. 3, 4, 8 y 12. Alberto Tenenti, Teoria della sovranità e ragion di stato, ibidem, págs. 36-37 anota que circunstancias semejantes a las que se producirían en la Inglaterra de mediados del XVII, se estaban produciendo en la Francia de la segunda mitad del XVI. Su situación de bienestar anterior había sufrido un cambio apreciable. En él confluían tendencias contrapuestas representadas por la católica España y la Inglaterra protestante. Sobre el carácter "científico" de la doctrina contenida en la République, y el paso que supuso desde una filosofía política a una ciencia política en sentido estricto, cfr. Salvo Mastellone, Bodin e la "Science politique", en "Il pensiero politico...", cit., págs. 52-53.

(116) Friedrich Meinecke, Idea de la razón de estado, págs. 59-61. Alberto Tenenti, Teoria della sovranità, págs. 36-37. Ver las sugerentes págs. de Antonio Marongiu, Bodin, lo Stato e gli "stati", en "Il pensiero politico...", anno XIV, nº 1, Firenze 1981, págs. 78-92.

(117) Sobre la tipología de las formas de estado y de gobierno en La République, tratan los libros II y VI esencialmente. Aunque la bibliografía sobre el asunto es numerosa cfr. Donatella Marocco Stuardi, La teoria delle forme di stato e di governo nella "République" di Jean Bodin, en "Il pensiero politico...", anno XI, nº 3, Firenze 1978, págs. 321-344. Ver las reflexiones a propósito del tema en Margherita Isnardi Parente, Jean Bodin su tirannide e signoria nella "République", en "Il pensiero politico...", anno XIV, nº 1, Firenze 1981, págs. 61-77.

(118) Incluso en algún momento de su obra llegará a afirmar que si la soberanía es cosa del rey, el poder efectivo corresponde a los oficiales públicos. Cfr. Salvo Mastellone, Bodin e la "science politique", pág. 59. Del mismo autor hay interesantes consideraciones sobre el papel de la burocracia para lograr un estado "bien administrado", tanto en el aspecto civil como en el económico, ya que ellos son los verdaderos ejecutores de las normas emanadas del príncipe, en La naissance de l'état administratif, en "Théorie et pratique politiques à la Renaissance", París 1977, págs. 471-481 y en Storia ideologia d'Europa da Savonarola a Adam Smith, Firenze 1979, pág. 120. Es lógico que ésto sea así habida cuenta del carácter complejo que el estado moderno adopta, así como la imposibilidad de que el príncipe pueda acudir a todos los negocios. De ahí que los órganos judiciales y administrativos adquieran un relevante papel. Cfr. Vittor Ivo Comparato, Bodin, Bolonia 1981. También Sulla teoria della funzione pubblica nella "République" di Jean Bodin, en "Il pensiero politico....", anno XIV, nº 1, Firenze 1981, págs. 93-112.

(119) Joseph Hudault, Histoire des institutions de la France. Ancien Régime, Révolution, Empire, París 1994, págs. 99-121. Hay un supuesto de particular interés en que el parlamento de París declara contraire aux lois fondamentales la decisión de un rey por atentar contra el principio fundamental de la inalienabilidad de los dominios de la corona. Se trata de Francisco I, quien tras la derrota de Pavia (1525) y siendo prisionero del emperador, abandona en manos de Carlos V la Borgoña en cumplimiento del Tratado de Madrid de 1526. Un arrêt de 10 de diciembre de 1527 dictado por el parlamento de París declara nula esta cláusula del Tratado. P. Koschaker, Europa y el Derecho romano, págs. 250 y 262 ha hecho una breve pero clarificadora historia del parlamento de París, cuya sede permanente y organización en la capital data del siglo XIII, celebrando sus sesiones anualmente desde 1308. Sus reparos (remontrances) contra disposiciones reales puso en incómoda situación a reyes tan absolutos como Luís XIV y Luís XV.

(120) Alberto Tenenti, Teoria della sovranità, págs. 37-40. El mismo Bodin critica en el cap. IV del Lib. VI de la République la contradicción en la que incurre Maquiavelo, quien tras elogiar el estado popular como mejor forma de gobierno, más tarde estima que para que Italia recupere el lugar que le corresponde entre los paises europeos, lo mejor es que sea gobernada por un príncipe dotado de poderes ilimitados, un verdadero tirano: cfr. Salvo Mastellone, Bodin e la "science politique", pág. 56. Sobre lo que Bodin entiende por justicia armónica, ver ibidem, pág. 58. En el mismo vol. de "Il pensiero politico...", ver Donatella Marocco Stuardi, La teoria della Giustizia armonia nella "République", págs. 134 y ss.

(121) Friedrich Meinecke, Idea de la razón de Estado, pág. 65.

(122) Salvo Mastellone, Storia del pensiero politico, pág. 48. Aunque el concepto de soberanía aparece por vez primera en su Methodus, es en la République donde recibe el tratamiento adecuado.

(123) Ver Salvo Mastellone, Venalità e machiavelismo in Francia, 1572-1610, Firenze 1972, donde se hallan abundantes consideraciones sobre los funcionarios públicos como agentes activos del poder centralizador de la monarquía del Renacimiento. Del mismo autor Bodin e la "science politique", cit. pág. 55 donde afirma que el estado para Bodin en cuanto poder administrativo debe gobernar sobre el plano jurídico, pero también sobre el económico. Sin olvidar a Roland Mousnier, La venalité des officiers sous Enry IV e Louis XIII, París 1971.

(124) Charles Loyseau, Traité des offices, París 161o, Livre I, Chap. I, nº 118-120. Cfr. Salvo Mastellone, Il trattato di Ch. Loyseau "Du Doroit des Offices", en "L'Educazione Giuridica. IV. Il pubblico funzionario: modelli storici e comparativi". Tomo II, L'età moderna, Perugia 1981, págs. 17-26.

(125) Alberto Tenenti, Teoria della sovranità, págs. 43-44. Salvo Mastellone, Storia del pensiero, pág. 48 y 49.

(126) Alberto Tenenti, Teoria della sovranità, pág. 46. Salvo Mastellone, Storia del pensiero, pág. 49: "La monarquía regia o legítima es aquella en la que los súbditos odebecen a las leyes del rey y el rey a las leyes de la naturaleza, quedando a los súbditos la libertad natural y la propiedad de sus bienes".

(127) Jean Touchard, Historia de las ideas políticas, págs. 201-202.

(128) Salvo Mastellone, Storia del pensiero, págs. 55-59.

(129) Cfr. Enrique Gacto Fernández, Juan Antonio Alejandre García y José Mª García Marín, El Derecho histórico, págs. 423 y ss. Cfr. Varios autores, El pactismo en la Historia de España, Madrid 1980.

(130) Cfr. José Antonio Maravall, Estado moderno, I, págs. 273-274.

(131) Sobre la teoría de la traslación de la jurisdicción suprema de Dios a la comunidad y de ésta al príncipe en algunos representantes de la Segunda Escolástica (Vitoria, Soto, Molina o Suárez), ver Francisco Murillo Ferrol, Saavedra Fajardo y la política del Barroco, Madrid 1989, págs. 94-95.

(132) A todos ellos me he referido expresamente en La Burocracia castellana, págs. 27 y ss.

(133) Bernardino de Mendoza, Los seis libros de los políticos o doctrina civil de Justo Lipsio, que sirven para el gobierno del Reyno o Principado, Madrid 1604, "Introducción".

(134) Benito Arias Montano, Aforismo sacados de la historia de Cayo C. Tácito para conservación y aumento de las monarquías, Barcelona 1609, nº 19, pág. 4.

(135) Pedro de Rivadeneira, Tratado de la religión y virtudes que debe tener el príncipe cristiano, B.A.E. LX, Madrid 1952, pág. 458.

(136) Eugenio Narbona, Doctrina política y civil escrita en aphorismos, Madrid 1621, aforismo nº 44, pág. 60.

(137) Eugenio Narbona, Doctrina política, págs. 1 y 2.

(138) Baltasar Alamos de Barrientos, Tácito español ilustrado con aforismos, Madrid 1614. Annales, I, aforismo 289, pág. 39.

(139) Juan Alfonso de Lancina, Comentarios políticos a Cayo Cornelio Tácito, Madrid 1687, pág. 43, nº 1 y 2.

(140) Salvador de Mallea, Rey pacífico y gobierno de rey católico..., Gánova 1646, pág. 58.

(141) Diego de Saavedra Fajardo, Introducciones a la política y razón de Estado del rey católico don Fernando, Madrid 1631, II, IV, pág. 430. En Idea de un príncipe político cristiano, Amberes 1655, págs. 381-382 el mismo autor despliega esta sugestiva teoría respecto a la relación rey-ministros: "Conveniente es -dice- que los tenga... tan sugetos y modestos, que no aya resolución que la atribuyan a su consejo, sino al Príncipe. Asístanle al trabajo, no al poder. Tenga ministros, no compañeros del Imperio. Sepan que puede mandar sin ellos, pero no ellos sin él... Si todo lo confiere el Príncipe, más

será consultor que Príncipe. La dominación se disuelve quando la suma de las cosas no se reduze a uno".

(142) Diego Tobar y Valderrama, Instituciones políticas, Alcalá 1644, II, II, págs. 113 y 115.

(143) Esta es, por ejemplo, la posición de Francisco de Vitoria, en quien vemos recogida la doctrina del absolutismo político de manera indubitada. Cfr. José Antonio Maravall, Estado moderno, I, pág. 262.

(144) Tomás Sanchez, Consilia seu opuscula moralia, Lugduni 1681, II, II, 35, nº 5.

(145) José Antonio Maravall, Estado moderno, I, pág. 289 y ss.

(146) Interesantes reflexiones sobre el particular pueden verse en Bartolomé Clavero, Institución política y Derecho: acerca del concepto historiográfico de "Estado moderno", en "Revista de Estudios Políticos" (Nueva Epoca), nº 19, enero-febrero 1981, Madrid 1981, págs. 43 y ss. En pág. 52 escribe: "El concepto de Estado sigue en ella (la Edad Moderna) faltando; falta su constancia en la 'mentalidad' de la época y falta, sobre todo, su presencia contrastada en las instituciones del momento". J.H. Elliott, Poder y propaganda en la España de Felipe IV, en "España y su mundo, 1500-1700", Madrid 1990, págs. 212- 213 tras reflexionar que el carácter multiterritorial de la Monarquía constituyó una dificultad añadida para potenciar la idea de poder central y, por tanto de estado, concluye que la idea de estado como entidad abstracta se dió en España con menos fuerza, por ejemplo, que en la Francia de Richelieu. De todas formas autores políticos que emplearon el término Estado en un sentido que nos sugiere algo más que un rango social o una simple referencia a territorio, sí que existieron. Brevemente quiero referirme a Mateo López Bravo, De rege et regendi institutione, concretamente la segunda edición Madrid 1627 traducida por Henry Mechoulán, Mateo López Bravo. Un socialista español del siglo XVII, Madrid 1977. Es curioso que en los dos primeros libros no utilice el término "Estado" y sí en el tercero, que añadió en la ed. de 1627, encontrándonos en los anteriores con el común vocablo "república" (págs. 151, 156, 176, 181, 182, 183, 193, 196...). Cuando se refiere a "Estado" con significado de "estamento", lo hace de manera muy clara (pág. 198). El autor explica ésto en su interesante Introducción. Estado como poder político lo encontramos muchas veces: 251, 268, 279, 288, 294, 300, 301, 311, 318, 335, 336, 338...

(147) J.H. Elliott, España y su Imperio en los siglos XVI y XVII, en "España y su mundo", cit., pág. 34: "...la adquisición de un imperio supone un enorme reto para las autoridades de la metrópoli. Estudiando la historia de la España de los Habsburgo es muy fácil olvidar los problemas sin precedentes y el heróico esfuerzo que implica dotar de gobierno efectivo un imperio global". Ver mi Monarquía Católica en Italia, voces "centralización-autonomismo", "constitución política y nacionalismo", estado moderno", págs. 409-410. También me he referido a ello con insistencia en España, Italia, cit.

(148) Cfr. José Mª García Marín, En torno a la naturaleza del poder real, cit. Jaime Vicéns Vives, Estructura administrativa estatal, siglos XVI-XVII, en "Coyuntura económica y reformismo burgés", Barcelona 1971, págs. 101 y ss. De todas formas, el principio de que el rey está desligado del cumplimiento de las leyes, no siempre quedó

claramente formulado por la literatura jurídica y política de estos siglos. Hay un caso al que me quiero referir. Se trata de Jerónimo Castillo de Bobadilla, Política para Corregidores y Señores de vasallos, Madrid 1597, II, X, nº 52, pág. 432-433. Aunque admite que el rey está a legibus solutus, sin embargo considera que "no hay cosa que mas incite y anime a los populares para guardar las leyes, que verlas guardar al Principe, y assi es, que injustamente se manda, lo que quien lo manda no lo observa, pues si es bueno lo que se manda, ¿porque ha de dexar de serlo para quien lo manda?". Partiendo de la base de que príncipe es un animal racional, político y mortal, el que esté desligado de las leyes y "tenga debaxo de sus pies las costumbres", no quiere decir que esté "disuelto del dictamen de la razon". Conclusión: será este dictamen de la razón el que sirva de autolimitación al monarca a la hora de alejarse de sus súbditos incumpliendo unas leyes que él dió para bien de todos. El tono moralizante que adopta aparece aquí más enraizado con la tradición medieval que con el modernismo filosófico-político.

(149) J.H. Elliott, La Europa dividida (1559-1598), Madrid 1973, pág. 303. Referencias al peso específico de España en Europa y el mundo, pueden encontrarse en José Mª García Marín, España, Italia y el peso del Imperio, cit.

(150) William S. Maltby, El Gran Duque de Alba, Madrid 1985, pág. 362.

(151) Geoffrey Parker, España, sus enemigos y la revuelta de los Pises Bajos (1559-1648), en "España y los Paises Bajos, 1559-1659", Madrid 1986, pág. 20.

(152) La lista de autores de este período que tuvieron clara conciencia de este hecho es larga. Como simple recordatorio de unos pocos, me remito a mi España, Italia y el peso del Imperio, cit.

(153) Cfr. José Mª García Marín, Monarquía Católica, págs. 16, 17, 20, 24, 55, 56, 64, 65, 205, 239, 240, 251, 338, 339. J.H. Elliott, España y su imperio en los siglos XVI y XVII, en "España y su mundo", cit. págs. 34-39.

(154) J.H. Elliott, Poder y propaganda, pág. 210.

(155) José Mª García Marín, Monarquía Católica en Italia, pág. 27.

(156) Cfr. Rafaele Ajello, Arcana Iuris. Diritto e politica nel Settecento italiano, Napoli 1978, págs. 39, 40, 63. Salvo Mastellone, Bodin e la scienza politica dei 'gens de loi', en "Diritto e potere nella storia europea", I, Firenze 1982, págs. 451-461. José Mª García Marín, El dilema ciencia-experiencia en la selección del oficial público en la España de los Austrias, en "Revista de Administración Pública", 103, enero-abril 1984, págs. 185 y ss. Sobre el tema cfr. Renata Pilati, Officia Principis. Politica e amministrazione a Napoli nel Cinquecento, Napoli 1994.

(157) En José Mª García Marín, La ideologia della città nelle sue élites di governo. Spagna e Italia nei secoli XVI-XVII, en "Archivio Storico per le Province Napoletane", Napoli 1993, pág. 107.

(158) Cfr. Benjamín González Alonso, Jerónimo Castillo de Bobadilla y la "Política para Corregidores y Señores de vasallos" (1597), en "Sobre el Estado y la administración de la Corona de Castilla en el Antiguo Régimen", Madrid 1981, págs.

100-101. Sobre la existencia de un constitucionalismo histórico en España durante todo el período del Antiguo Régimen, ver el sugerente trabajo de Santos Coronas González, Las Leyes Fundamentales del Antiguo Régimen (Notas sobre la Constitución histórica española), en "Anuario de Historia del Derecho Español , tomo LV, Madrid 1995, págs. 127-218. En él habla de la presencia secular en España de un "difuso constitucionalismo histórico" constituído por unas eventuales leyes fundamentales de la monarquía, cuya finalidad era la de atemperar el poder absoluto del monarca.

(159) José Mª García Marín, En torno a la naturaleza del poder real, págs. 14 y ss. También Inquisición y poder absoluto (siglos XVI-XVII), en "Revista de la Inquisición", nº 1, Madrid 1991, pág. 106.

(160) José Mª García Marín, Inquisición, pág. 106.

(161) José Mª García Marín, Inquisición, pág. 107.

(162) Ibidem, págs. 19-20. Cfr. Salustiano de Dios, El Consejo real de Castilla (1385-1522), Madrid
1982, págs. 482-485. Del mismo autor Gracia, merced y patronazgo real. La Cámara de Castilla entre 1474-1530, Madrid 1993. Aunque el tema del sentido que, a su juicio, debe darse al absolutismo en este período aparece a todo lo largo del libro, me remito a págs. 415 y ss.

(163) José Mª García Marín, Inquisición y poder absoluto, págs. 108-109. Ver Jesus Lalinde, Una ideología para un sistema (la simbiosis entre el iusnaturalismo castellano y la Monarquía Universal), separata del vol. "Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 8/1979, Milán 1980, págs. 89-90 especialmente, donde argumenta que "a cambio del apoyo político de los Austrias, la escuela (de Salamanca) demanda el apoyo religioso de éstos a la religión católica". Sagázmente comenta J.H. Elliott, Poder y propaganda, pág. 209 que "Iglesia y rey eran los dos únicos elementos comunes en la dispar y fragmentada monarquía española, y la uniformidad religiosa, que el rey, la Iglesia y la Inquisición se encargaban de hacer observar, era garantía para un continuado orden y estabilidad políticos".

(164) José Mª García Marín, España, Italia, págs. 19-23, donde se cita bibliografía sobre el tema. También Monarquía Católica, págs. 39, 88, 113, 214, 136, 254, 255, 263. 278, 279, 290, 293, 344 y 347.

(165) Jerónimo Castillo de Bobadilla, Política para Corregidores y señores de vasallos, Madrid 1597, II, XVII, nº 201, pág. 731.

(166) Ver Salustiano de Dios, Las Cortes de Castilla y León y la administración central, en "Las Cortes de Castilla y León en la Edad Media", Valladolid 1988, págs. 257 y ss. En concreto ver págs. 316-317, donde aporta su particular e interesante visión de este organismo que ya había iniciado su declive como fuerza política. Respecto a la Edad Moderna, del mismo autor La evolución de las Cortes de Castilla durante los siglos XVI y XVII, en "Hispania. Entre Derechos propios y Derechos nacionales". Atti dell'incontro di studio Firenze-Lucca 25, 26, 27 di maggio 1989, Tomo II, págs. 593-755. Voy a reproducir algo de lo que el autor dice en pág. 754: "...las Cortes dieron de sí bastante más juego... pese a todas las presiones. Con disgusto de la Corte y de las ciudades, que

no acababan de ver cumplidas las expectativas que de las Cortes se hacían unos y otros. Tanto como para que de común acuerdo, por tácito que fuera, decidieran poner fin a su vida activa entre 1665 y 1667". El mismo autor ha estudiado El funcionamiento interno de las Cortes de Castilla durante los siglos XVI y XVII. Las ordenanzas de votar. Primera y segunda parte. En "Revista de las Cortes Generales", nº 24 y 25, tercer cuatrimestre de 1991 y primer cuatrimestre de 1992, págs. 186-274 y 134-215 respectivamente. Cfr. Benjamín González Alonso, Poder regio, Cortes y régimen político en la Castilla bajomedieval (1252-1474), sep. de la obra "Las Cortes de Castilla y León en la Edad Media", Valladolid 1988. Recientemente Felipe Ruíz Martín, Las oligarquías urbanas de Castilla y Felipe II, en "Revueltas y alzamientos en la España de Felipe II", Valladolid 1992, págs. 126 y ss. ha estudiado el impacto financiero del fracaso de la Armada contra Inglaterra sobre las oligarquías urbanas de Castilla. Independientemente de que los procuradores se habían comprometido a pagar al rey un servicio de 8.000.000 para atender a las necesidades de "la empresa de Inglaterra", ahora, en las Cortes de Castilla de 1596, se enfrentan a otro servicio de "millones" solicitado por Felipe II. Aunque simbólico por su cuantía, en "voto consultivo" acceden a la solicitud, pero "con una lista desorbitada de demandas inauditas que Felipe II, al conocerlas formalmente, considera atentatorias a su dignidad. Son veintidós esas condiciones, cuyo análisis denota en la intención de los que las han urdido... un secesionismo a ultranza, incompatible con la universalidad que preside como bloque a la Monarquía Hispánica" (págs. 130-131). Los oligarcas de las ciudades, erigiéndose en verdaderos representantes del reino una vez que en 1538-1539 la aristocracia había sido eliminada por el emperador, se permiten incluso determinar exactamente a qué partidas habían de destinarse los nuevos y exiguos recursos otorgados (págs. 132-134). Era una situación inédita en tiempos del autoritario Felipe II. Dos lecciones se derivan de esta actitud de los procuradores de las 18 ciudades con voto en Cortes. Una, que al menos en esta ocasión en que sus intereses económicos estaban en peligro, lograron imponer un freno al autoritarismo regio. Segunda, que el reino de Castilla, aristocracia al margen, parecía no estar demasiado solidarizada con los costosos proyectos europeos de la Monarquía Católica. Cfr. En la misma línea, Francisco Javier Guillamón Alvarez y otros, La Corona y los representantes del reino de Murcia (1590-1640): necesidad, negociación, beneficio, Murcia 1995, pág. 36 y 38.

(167) Mateo López Bravo, Del Rey y de la raçon de governar, trad. de la ed. de 1627 por Henry Mechoulán, Mateo López Bravo, pág. 294.

(168) José Mª García Marín, Inquisición y poder absoluto, pág. 117. Cfr. Enrique Tierno Galván, El Tacitismo en las doctrinas políticas del Siglo de Oro español, Murcia 1948, donde describe un cierto paralelismo entre el florentino, Baltasar Alamos de Barrientos y Fadrique Furió Ceriol. Según Henry Mechoulan, Mateo López Bravo. Un socialista español del siglo XVII, Madrid 1977, pág. 26, también habría que incardinar en la corriente tacitista a Mateo López Bravo. Cfr. Salvo Mastellone, Storia del pensiero, pág. 55: "La posibilidad de afrontar los problemas del propio tiempo imitando la autoridad de un gran escritor clásico, fue ofrecida por Giusto Lipsio, que preparó una edición de las obras de Tácito (1576), y en los Politicorum sive civilis doctrinae libri VI, Amsterdam 1589, adaptó Tácito a la temática política de fines del Quinientos: los daños de un movimiento revolucionario podían ser más graves que aquellos causados por el mal gobierno de un tirano, era aconsejable actuar con prudencia y confiar en la Providencia". Antonio Truyol y Serra, Historia de la Filosofía del Derecho, págs. 85-87. Cfr. Francisco Murillo Ferrol, Saavedra Fajardo y la Política del Barroco, Madrid

1989, págs. 127 y ss. Sobre la escasa influencia de Tácito en Maquiavelo Kenneth Charles Schellhase, Tacitus in the political thougth of Machiavelli, en "Il pensiero politico...", anno IV, nº 3, Firenze 1971, págs. 381 y ss.

(169) Gerhard Ritter, El problema, pág. 87 explica que para Maquiavelo el cristianismo lo que hizo fue debilitar a Europa, adoctrinando a los cristianos en el sufrimiento y apartándolos de la verdadera virtù. Pero como no puede rechachazarlo, lo acepta como freno contra la anarquía.

(170) Antonio Truyol y Serra, Historia de la Filosofía del Derecho, pág. 87. En pág. 88 refiriéndose a Giovanni Botero y a su obra Della ragion di Stato, Venecia 1589, señala que "contribuyó poderosamente a la difusión del término razón de estado, integrándolo en el contexto de lo que cabe calificar de realismo cristiano". La primera ed. española de esta obra se debe a A. de Herrera, Madrid 1593.

(171) Cfr. para este debatido punto Jaime Vicens Vives, Imperio y administración en tiempos de Carlos V, en "Charles-Quint et son temps", París 1959, en concreto pág. 20.

(172) Geoffrey Parker, Felipe II y el legado de Cristóbal Colón, en "La política de Felipe II", Valladolid 1996, pág. 91.

(173) Andrés Mendo, Príncipe perfecto y ministros ajustados. Documentos políticos y morales, Salamanca 1657, pág. 203.

(174) Geoffrey Parker, Felipe II y el legado de Cristóbal Colón, pág. 91.

(175) Anthony Padgen, El imperialismo español y la imaginación política, Barcelona 1991, pág. 79 y 82-84. En 1607 se dirigía a los príncipes italianos en estos términos: "Digo que es imposible resistir a esta monarquía, y todos los que se oponen a ella caerán y padecerán, en particular las repúblicas como las de los Paises Bajos, Suiza y Venecia". Ver pág. 86. Salvo Mastellone, Storia del pensiero, págs. 78-80. Cfr. en general Luis Díez del Corral, La Monarquía Hispánica en el pensamiento político europeo. De Maquiavelo a Humboldt, Madrid 1976. En 1636 un Campanella abatido por los años y la enfermedad, aún alumbrará escritos en los que su decidido empeño antiespañol se mezcla con intuitivas apreciaciones sobre el poderío de España. Todos los datos apuntan hacia la superioridad francesa, se aprecian brotes de conjura contra la Monarquía por doquier, incluso la hipocresía religiosa que denuncia en la política española del momento anuncia cambios en el favor divino. Pero, metahistórico en sus planteamientos, visceral y elocuente hasta el fin, aún echará mano de su vieja tesis de la "anomalía cósmica" para concluir que aunque los elementos más diversos son favorables al predominio francés, "España impera sobre casi toda la redondez del orbe terrestre", cosa que Francia no alcanza a aspirar. En definitiva, la supremacía española sobre la francesa tiene el carácter de "prodigiosa y paradójica". Cfr. el interesante trabajo de Luigi Firpo, Idee politiche di Tomasso Campanella nel 1636, en "Il Pensiero politico...", anno XIX, nº 2, Firenze 1986, págs. 201-202.

(176) Anthony Padgen, El imperialismo español, págs. 83, 84 y 91.

(177) Cfr. José A. Fernández Santamaría, Razón de Estado y política en el pensamiento español del Barroco, Madrid 1986, pág. 45.

(178) Pedro de Rivadeneira, Tratado de la religión y virtudes que debe tener el príncipe cristiano. Contra lo que Nicolás Maquiavelo y los políticos de este tiempo enseñan, Madrid 1595. Utilizo la ed. de la B.A.E., LX, Madrid 1952, págs. 452-455. Semejante
es la posición de Fray Juan Márquez, El gobernador christiano, deducido de las vidas de
Moisés y Josué, príncipes del pueblo de Dios, Madrid 1640.

(179) Pedro de Rivadaneira, Tratado de la religión, pág. 456.

(180) J. Blazquez Mayoralgo, Perfecta razón de Estado deducida de los hechos del rey Don Fernando
el Católico..., México 1646, págs. 452-453.

(181) José A. Fernández Santamaría, Razón de Estado, págs. 67 y ss. El radicalismo de Mariana encontrará una oposición abierta en importantes tratadistas próximos o vinculados a la Reforma. Tal es el caso, que quisiera destacar, de Alberico Gentili (1552-1608). Jurista, vinculado al calvinismo, mostrará al final sus preferencias por la ideología absolutista en su más alto grado, puesta la vista en la Inglaterra que años atrás le acogiera. Decidido partidario de la tolerancia, este filósofo jurista mostrará en sus escritos la más absoluta oposición al uso de la fuerza en materia religiosa. Para él la tolerancia era el mejor medio para combatir los desórdenes políticos, eso sí, siempre que su aplicación no constituyese obstáculo para el logro de la razón de estado. Dicho en otras palabras, la tolerancia religiosa debería aplicarse siempre que no pusiese en peligro la constitución política protectora de la seguridad del estado. Diego Panizza, Le idee politice di Alberico Gentili, en "Il Pensiero politico...", anno IX, nº 1, Firenze 1976, págs. 20-56.

(182) Salvo Mastellone, Storia del pensiero, pág. 54. Contra los "monarcómacos" y en defensa del poder absoluto del soberano, cuyo origen es divino, sin condicionamiento alguno por parte de los súbditos, sin sometimiento a las leyes positivas, escribió el escocés Guillaume Barclay un De regno et regali potestate adversus Buchananum, Brutum et reliquos monarchomanos libri VI, (París 1600). Antonio Truyol y Serra, Historia de la Filosofía, págs. 82 y 124. Sobre el sentido y el contenido que Mariana dió a la teoría del tiranicidio, cfr. pág. 125.

(183) Cfr. Jesús Lalinde, Una ideología para un sistema, pág. 90.

(184) Cfr. Jesús Lalinde, Una ideología para un sistema, ver en su totalidad. Para los puntos aludidos cfr. págs. 98-113.

(185) José Mª García Marín, Inquisición, pág. 119.

(186) Pedro de Rivadeneira, Tratado de la religión, págs. 458-459.

LA SOBERANIA EN LA DOCTRINA BRITANICA
(DE BRACTON A DICEY)

Joaquín Varela Suanzes

Introducción I. De la Baja Edad Media a la revolución de 1688. 1. Bracton y Fortescue. 2. La formulación de la soberanía del Parlamento bajo los Tudores. 3. Absolutismo y constitucionalismo bajo los Estuardos. 4. Rule of law y soberanía del Parlamento en la legislación revolucionaria. II. La soberanía en el "Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil", de John Locke. 1. El Gobierno por consentimiento de los gobernados. 2. La división de poderes. 3. La supremacía del poder legislativo y sus límites. 4. La soberanía del pueblo. III. De Hume a Paley. 1. David Hume crítico de Locke: el Parlamento, no el pueblo, es soberano. 2. La vacilante actitud de William Blackstone. 3. El restablecimiento de las tesis humeanas en la obra de William Paley. IV. De Bentham a Dicey. 1.Jeremy Bentham y la soberanía del cuerpo electoral. 2. John Austin y la Cámara de los Comunes como "trustee" del electorado. 3. A. V. Dicey y la distinción entre "soberanía jurídica" y "soberanía política".

Introducción.

Al titular este artículo "la soberanía en la doctrina británica" en vez de "la doctrina británica de la soberanía" se ha querido subrayar que en él no se va examinar sólo la doctrina de la soberanía del Parlamento, genuinamente británica, sino también la soberanía del pueblo, que es común a toda la teoría jurídica y política occidental. En realidad, en la contraposición entre ambas doctrinas de la soberanía se centran las páginas siguientes, en las que también se aborda el nexo entre el Parlamento y los jueces o, dicho de otra manera, entre la ley y su control judicial.

Para ello se van a analizar nada menos que seis siglos de reflexión doctrinal, divididos en cuatro etapas: la primera de ellas se extiende desde la Baja Edad Media hasta la revolución de 1688; la segunda se centra en un solo autor, John Locke, y en un solo libro, "El Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil", cuya importancia para el asunto que aquí se ventila fue decisiva; la tercera se ocupa de la obra de tres autores del siglo XVIII: Hume, Blackstone y Paley; y, en fin, la cuarta y última comienza con el análisis de la doctrina de Bentham, un autor a caballo entre el setecientos y el ochocientos, continúa con la de Austin y termina con la de Dicey.

La reflexión británica sobre la soberanía no siempre se ciñó al ordenamiento jurídico vigente. A veces se llevó a cabo al margen o incluso en contra de él, como ocurre con Locke y sobre todo con Bentham. En cualquier caso, lo que interesará aquí no es examinar de qué forma el ordenamiento jurídico británico fue regulando la soberanía, sino tan sólo cómo la doctrina ha entendido esta facultad, a quién se la ha atribuido y con qué condiciones. Las referencias al ordenamiento jurídico o a las instituciones que éste ha ido vertebrando serán, pues, las imprescindibles para entender cabalmente la reflexión doctrinal sobre la soberanía.

I. De la Baja Edad Media a la revolución de 1688.

1. Bracton y Fortescue.

La doctrina inglesa de la soberanía del Parlamento surge a finales del siglo XVI, cuando se atribuye a aquella institución, y no al Monarca por separado, como ocurría en la Europa continental, la suprema e ilimitada- al menos ante el derecho positivo- capacidad de aprobar leyes, que es la característica principal de la soberanía, como puso

de relieve el creador de este concepto, Jean Bodin, según luego se verá.

Ahora bien, siendo esto así, resulta no menos cierto que la doctrina de la soberanía del Parlamento tiene unos claros antecedentes medievales, pues fue en la Edad Media en donde se afirmó la supremacía de este órgano en la creación jurídica, aunque no se llegase a sostener todavía el carácter ilimitado de esta creación.

La doctrina de la supremacía del Parlamento está, a su vez, íntimamente unida a la idea medieval de la supremacía de la ley *(rule of law*), en virtud de la cual todos los poderes públicos, incluído el Rey, debían someterse al derecho, aunque en esta época lo público y lo privado no se distinguían con nitidez, como es bien sabido.

La sumisión del Rey a la ley es proclamada por Henry de Bracton en *De Legibus et Consuetudinibus Angliae,* que se redacta posiblemente entre 1272 y 1277(1) y al que McIllwain considera "el libro medieval más importante de derecho y constitucionalismo inglés, cuando no de cualqier nación europea"(2).

En este libro Bracton establece una tajante separación entre *el gubernaculum y la jurisdictio*, esto es, entre la esfera del poder o del mando, en manos del Monarca, y la esfera de la administración de justicia, de la que el Monarca formaba parte, pero a la que estaba, a su vez, sometido(3). Bracton reconoce al Rey de Inglaterra una absoluta libertad para aprobar y modificar las normas jurídicas necesarias para ejercer el *Gubernaculum*, que recibían el nombre de *leges, constitutiones y assisae*, pero, en cambio, limita la potestad jurídica del Rey en lo que concierne a la *lex terrae* que sólo podía ser aprobada (o simplemente confirmada) y derogada por el Rey cuando contase con el consentimiento de los magnates del reino, reunidos en la Curia Regis. Un órgano que además de ejercer funciones legislativas y ejecutivas actuaba como el supremo Tribunal de Justicia del reino(4).

Este derecho pactado entre el Rey y su Curia se componía, en muy pequeña parte, de normas escritas. Así ocurría, por ejemplo, con la Carta Magna de 1215, que fue el texto jurídico más relevante en la Baja Edad Media inglesa y con el que comienza el "statute law" inglés, según Maitland recuerda(5). Se trataba de un contrato feudal, en virtud del cual el Rey Juan Sin Tierra se había comprometido a respetar los privilegios de los "hombres libres", es decir, de los nobles y prelados, obligándose a recabar su consentimiento para imponer tributos, a respetar sus propiedades y a cumplir fielmente un conjunto de garantías procesales(6).

Pero el derecho emanado del rey y sus barones se componía primordialmente de costumbres no escritas, algunas muy antiguas, que el rey y su Curia más que aprobar se limitaban a confirmar. A este derecho consuetudinario o common law se refiere primordialmente Bracton cuando señala, en uno de los párrafos más conocidos e importantes de su libro, que era el derecho quien hacía al rey y no a la inversa: *Ipse autem rex non debet esse sub homine sed sub deo et sub lege, quia lex facit regem*(7).

Al sostener la subordinación del Rey al derecho, entendido éste sobre todo como costumbre, Bracton formulaba un principio común a toda Europa, que se mantuvo en pie durante toda la Edad Media, pese a la recepción del Derecho Romano en la Europa continental a partir del siglo XII, una recepción muchísimo menos relevante en Inglaterra que en el continente. "Frente a la tesis romana de que la ley y el Derecho son creación de una voluntad legisladora que actúa consciente y deliberadamente, ya sea voluntad de un gobernante particular o de una determinada comunidad, la doctrina medieval- escribe Passerin D'Entrèves- parte de una concepción que es la exacta antítesis de aquélla. El Derecho no trae su existencia de un acto creador de la voluntad, sino que se concibe como un aspecto de la vida colectiva, como costumbre; el acto

legislativo no es manifestación de una voluntad normativa, sino simple redacción o plasmación escrita de cuanto ya vive como Derecho en el uso y costumbre de sus hombres"(8).

Sin embargo, sería tan erróneo reducir el derecho medieval- el inglés o el continental- al derecho consuetudinario como reducir el derecho de nuestros días al derecho escrito. No sólo porque el Rey inglés, como ya se ha dicho, podía dictar normas de carácter escrito, sino también porque este mismo carácter tenían algunas normas que el Rey aprobaba con la aquiescencia de su Curia. Pocas normas, sin duda, pero tan importantes como la *Carta Magna*. Del derecho aprobado por el Rey y su Curia nacerían, así, tanto el llamado *statute law* como el *common law*.

Pese a ello, es preciso convenir con Passerin D'Entrèves en que tanto en Inglaterra como en la Europa continental el derecho por antonomasia en la Edad Media era el derecho consuetudinario, cuyo acatamiento debía jurar el Rey antes de acceder al Trono. La *Coronation Oath* era el nombre que se daba en Inglaterra a este solemne juramento. La identificación del derecho con la costumbre en lugar de con la ley escrita resulta, además, de particular importancia para comprender cabalmente el papel del monarca como juez más que como legislador, esto es, como titular de una función más próxima a la *iurisdictio* que a la *legislatio*, a la de descubridor y aplicador del derecho viejo que a la de creador del derecho nuevo(9).

No cabe duda de que el *rule of law* se perfeccionó en Inglaterra con el nacimiento del Parlamento, que suele fecharse en 1265- tres años antes de la muerte de Bracton-, cuando Simón de Monfort convocó la Curia Regis de una forma insólita al requerir la presencia de los representantes de las ciudades, que hasta entonces no formaban parte de ella. Durante la segunda mitad del siglo XIV el Parlamento se dividió en dos Cámaras, que deliberaban por separado: la de los Lores, en la que se sentaban los prelados y los nobles, y la de los Comunes, en la que se reunían los representantes de las ciudades. A lo largo de este siglo, además, tras una lenta diferenciación institucional iniciada en tiempos de la *Curia Regis*, consigue separarse del Parlamento el Consejo del Rey o *Concilium Regis*, que habría de tener una gran importancia durante los reinados de los Tudores y los Estuardos, según se verá más adelante(10).

En dos obras escritas entre 1470 y 1476, *De Laudibus Legum Angliae y The Governance of England*- en las que se aprecia el notable influjo de las ideas que Santo Tomás de Aquino había expuesto en *"De Regimine Principum"*, una de las cumbres del pensamiento político medieval-, Sir John Fortescue sostuvo que mientras Inglaterra era un *dominium politicum regale*, Francia, su secular enemiga, era un simple *dominiun regale*. ¿¿Qué quería expresar el pensador político inglés más importante del siglo XV con esta distinción? Pues sencillamente que en Inglaterra, a diferencia de Francia, el Monarca estaba sometido al derecho que él mismo aprobaba con las dos Cámaras del Parlamento, cuyo consentimiento era también necesario para establecer impuestos(11). McIllwain recuerda a este respecto que los términos politicum y regale tenían para Fortescue un significado parejo a los de gubernaculum y jurisdictio empleados antes por Bracton(12).

De esta manera, Fortescue establecía un inextricable ligamen entre el *rule of law* y la supremacía legislativa del Parlamento, sobre la que descansaba la llamada monarquía dualista estamental, basada en el binomio Rey/Reino, representado este último por la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes.

Ciertamente, la monarquía dualista estamental tenía su equivalente en los demás países de la Europa occidental, como Francia y España. Incluso en este último país las Cortes de Castilla y León surgieron casi un siglo antes que el Parlamento inglés(13). Ahora bien, mientra en la Francia y España de los siglos XVI y XVII la soberanía se

imputaría al rey, en Inglaterra se atribuyó al Parlamento, esto es, a la suma o agregado del Rey, los Lores y los Comunes. Tal diferencia en la fundamentación doctrinal de la Monarquía tenía su correlato en el ámbito institucional: mientras en España apenas se convocaron las Cortes durante esos siglos y en Francia los Estados Generales dejaron de convocarse en 1614, las Cámaras de los Lores y de los Comunes siguieron manteniendo su presencia política durante esa época, a pesar del indudable reforzamiento del poder regio durante la época de los Tudores y Estuardos.

2. La formulación de la soberanía del Parlamento bajo los Tudores.

Con la entronización de los Tudores, en 1485, se desarrolló en Inglaterra un proceso centralizador de la Monarquía, similar al que por esas fechas se llevaba a cabo en España, Portugal y Francia. Al igual que en estas Naciones, el principal impulsor de este proceso fue el Monarca, cuyos poderes se reforzaron en detrimento del reino, es decir, de los poderes de las dos Cámaras que lo representaban: los Lores y los Comunes. El Monarca pretendió y en parte consiguió imponer su derecho, que llevaba ahora el nombre de "Ordenanzas"(*Ordinances*) y "Proclamaciones" (*Proclamations*), no sólo al margen e incluso en contra de los *statutes*- esto es, de las leyes aprobadas por el Parlamento y sancionadas por el Monarca a través de la *royal assent*- sino también de las normas de *common law*. Un derecho este último que había actuado asimismo como elemento centralizador del reino, al sobreponerse a la mera costumbre jurídica local.

Para llevar a cabo la dirección política del Estado, el Rey se valió de su Consejo, que durante el reinado de Eduardo III, el primer Rey de la dinastía Tudor, pasó a llamarse Consejo Privado (*Privy Council*). El Monarca nombraba de forma libérrima a los miembros de este Consejo, heredero del *Concilium Regis* y antecesor del Gabinete. Aparte de asesorar al Monarca y de administrar justicia, el Consejo Privado creaba derecho en nombre del Rey, expidiendo "Ordenanzas" y "Proclamaciones", cuyo contenido era muy variado, al extenderse a todas las ramas de la Administración, llegando a formar un cuerpo de derecho administrativo ante litteram. El Statute of Proclamations, aprobado en 1539, durante el reinado de Enrique VIII, ampliaba de forma tan considerable el alcance de estas "Proclamaciones" que equiparaba su rango al de las leyes aprobadas por el Parlamento. Este *Statute*, no obstante, se derogó en 1547, durante el primer año del reinado de Eduardo VI(14). En realidad, no era fácil determinar la naturaleza jurídica de las "Proclamaciones" ni su lugar en el sistema de fuentes. Se reconocía generalmente que eran inferiores a las leyes aprobadas por el Parlamento y al *common law*, pero algunos autores mantuvieron que el Rey podía suspender o incluso dispensar la aplicación de las leyes, al menos en algunas circunstancias. Más adelante se tendrá ocasión de comprobarlo.

Uno de los comités del Consejo Privado era la temible Cámara Estrellada (*Star Chamber*), que asesoraba al Rey y ejercía funciones jurisdiccionales. Sus resoluciones intentaron también imponerse a los Jueces de *common law*. Además de la Cámara Estrellada- que no se aboliría hasta 1641- del Consejo Privado dependían otros órganos jurisdiccionales, que actuaban de acuerdo con el Derecho Romano, como el "Tribunal de Petición" *(Court of Request*), los Tribunales de la Chancillería y del Almirantazgo (*Courts of Chancery and Admiralty*), y la *High Commission*, que era un tribunal eclesiástico. Todos ellos disminuían la importancia de los Tribunales de *common law* e impedían su expansión(15).

Téngase presente, asimismo, que a partir de Enrique VIII los Monarcas ingleses, además de Reyes de Inglaterra, se convirtieron en jefes de la nueva Iglesia Anglicana, cuya ruptura con la Iglesia Católica Romana fue el último acto de una larga

secuencia de conflictos religiosos entre la Corona y el Papado, que se habían iniciado tras la Reforma luterana(16).

Ahora bien, no se olvide que fue el Parlamento quien legalizó la ruptura con Roma de la Iglesia de Inglaterra y el que puso a Enrique VIII al frente de ésta, contra el parecer de Thomas More, ejecutado por ello en 1535. De esta manera, el Parlamento inglés se desligaba del derecho canónico y proclamaba su soberanía, no sólo su mera supremacía legislativa.

En realidad, pese al considerable reforzamiento del poder regio durante el siglo XVI, la soberanía del Parlamento se consideró un principio consustancial a la Constitución inglesa. Acaso el más relevante de todos. Así lo sostuvo Sir Thomas Smith en *De Republica Anglorum*. Una clara y concisa obra que se publicó en 1583, seis años después de la muerte de su autor, y que contiene la más importante descripción del sistema inglés de gobierno durante la era Tudor. Para Smith, el Parlamento, compuesto por el Rey y las dos Cámaras, "representa y tiene el poder de todo el reino, de la cabeza y del cuerpo". En el Parlamento, añadía Smith, adelantando la moderna idea individualista, no organicista, de representación parlamentaria, "están presentes todos los ingleses, ya sea personalmente o por representación", de forma que "el consentimiento del Parlamento equivale al consentimiento de cada hombre"(17). En el Parlamento, así entendido, residía "el más alto y absoluto poder del reino de Inglaterra", al cual estaban vinculados desde el Rey hasta el más humilde de sus súbditos. "El Parlamento- concluía Smith- abroga viejas leyes, las hace nuevas, da órdenes para cosas pasadas y venideras, cambia derechos y propiedades de los hombres, establece formas de religión, altera pesos y medidas, da normas de sucesión a la Corona, define derechos dudosos cuando falta la ley, concede subsidios, tallas, tasas e impuestos; da libérrimo perdón y absoluciones, rehabilita en sangre y en nombre, y como tribunal supremo condena o absuelve..."(18).

También Richard Hooker, en el libro Octavo de su más importante obra, *Of the Lawes of Ecclesiastical Politie*, probablemente escrita en la última década del siglo XVI, insistiría en que en el Parlamento inglés se encontraba "la médula del gobierno dentro de este reino". El Parlamento, a su entender, era una "corporación que representaba a todo el reino", pues estaba compuesto por "el Rey y por todos sus súbditos", ya que éstos, como ya había sostenido Smith, se entendían allí presentes "bien en persona o a través de representantes"(19). Para Hooker, asimismo, el poder de hacer las leyes, que era la principal nota del "poder público", como había dicho Bodino, "debía pertenecer al conjunto y no a una parte del cuerpo político", esto es, al Parlamento y no al Rey o a cada una de las Cámaras por separado(20).

Es preciso tener en cuenta que tanto para Smith como para Hooker- e incluso antes para Fortescue-, la soberanía del Parlamento era inseparable de la doctrina del "Estado mixto", que Platón y Aristóteles habían difundido en la antigüedad y que Santo Tomás de Aquino había recogido en "De Regimine Principum"(21). Ahora bien, estos autores identificaron el Estado o gobierno mixto con la subordinación del Rey al Parlamento en su conjunto y, por tanto, con un gobierno limitado por el derecho, esto es, con el *rule of law*(22). A principios del siglo XVII, en cambio, como se dirá más adelante, la idea del Estado mixto se identificará sobre todo con el ayuntamiento del Monarca, la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes, en el que se plasmaba la unión de las tres formas "rectas" de gobierno descritas por Platón y Aristóteles: la Monarquía, la aristocracia y la democracia. Una unión sólo comparable a la que había caracterizado a la Constitución de la Roma republicana, tan elogiada por Polibio en el libro VI de su "Historia de Roma" y por Cicerón en los dos primeros libros de *"De re publica"*.

En cualquier caso, lo que ahora interesa subrayar es que la defensa de la soberanía del Parlamento distinguía sobremanera a la doctrina inglesa del siglo XVI de la del continente, en la que el poder público se imputaba exclusivamente al Monarca, a quien se iba considerando no tanto un órgano sujeto a la ley cuanto creador de ella. A estas tesis absolutistas prestaron un servicio inestimable algunos principios procedentes del Derecho Romano, como los de *princeps legibus solutus est; quod principi placuit, legis habet vigorem; rex est animata lex;* o del Derecho Canónico, como el de *Summa Sedes a nemine iudicatur*.

Basándose en estos principios, Jean Bodin había acuñado en *Les Six Livres de la Republique* (una obra publicada en 1576) el concepto de soberanía, cuya nota más característica era la suprema creación de derecho(23). Bodino, como es bien sabido, atribuyó la soberanía al Monarca y criticó sin contemplaciones, como antes había hecho Maquiavelo y después haría Hobbes, la teoría del "estado mixto", al ser nota característica del poder soberano la unidad y la indivisibilidad del poder(24). Pero en Inglaterra, en donde el influjo del Derecho Romano fue menor que en el continente (no así en Escocia)(25), el supremo poder del Estado se siguió imputando al Parlamento.

No es- repárese bien- que se negase el concepto de soberanía, lo que hubiese sido tanto como negar la realidad misma del Estado moderno, sino que en vez de imputarse al Monarca, como en el continente, prefirió imputarse a un órgano complejo: el Rey con su Parlamento(26).

3. Absolutismo y constitucionalismo bajo los Estuardos.

Los Estuardo, más todavía que los Tudores, pretendieron acabar con los límites institucionales y normativos de la Monarquía, siguiendo el ejemplo de los Borbones franceses y de los Hasburgos españoles. Para decirlo con más exactitud, si los Tudores habían pretendido suprimir *de facto* la antigua Constitución inglesa, los Estuardos quisieron hacerlo *de iure*, impugnando algunos de sus principios basilares. El propio Jacobo I, el primer Rey de esta dinastía, defendió la soberanía del Monarca y el orígen divino de su poder en un escrito, *The Trew Law of Free Monarchies*, en el que llegó a sostener unas premisas ajenas por completo a la tradición constitucional inglesa. " La Monarquía- sostuvo este Rey intelectual en un discurso ante el Parlamento, el 21 de Marzo de 1610- es la cosa más sublime de la tierra, pues los reyes no son sólo lugartenientes de Dios en la tierra, sentándose sobre el Trono de Dios, sino que incluso Dios mismo llama dioses a los reyes..."(27).

En apoyo de las pretensiones de Jacobo I, Francis Bacon sostuvo que la autoridad del Monarca era superior a la de las otras dos partes que componían el Parlamento, los Lores y los Comunes, y que, por consiguiente, el Monarca podía dispensar el cumplimiento de las leyes dadas por el Parlamento de consuno con el Rey así como suspender su ejecución e incluso dictar Ordenanzas por encima de ellas. Bacon, enfrentándose al otro antagonista institucional del absolutismo regio, añadía que los jueces no tenían por función crear derecho, como sostenía el Juez Coke, sino tan sólo interpretarlo: *ius dicere* y no *ius dare*(28).

A estas tesis absolutistas respondieron tanto los Comunes como los Jueces de common law. Los primeros sostuvieron que el supremo poder del Estado no estaba en manos sólo del Rey, sino en las del Parlamento en su conjunto. "En 1628, como más tarde en 1641 y en 1642- escribe a este respecto John A. Pocock-, el objetivo de la Cámara de los Comunes no era limitar los poderes del soberano, sino exigir que el soberano mismo restableciese esos poderes en términos legales. El Rey era un auténtico Rey- pensaban los parlamentarios- cuando obraba en Parlamento con pleno respeto del

derecho"(29).

Por su parte, los Jueces de *common law* defendieron la supremacía de este derecho consuetudinario no sólo sobre el derecho de prerrogativa regia sino incluso sobre los *statutes* aprobados por el Parlamento, como sostuvo el Chief Justice Edward Coke en 1610, con motivo del *Bonham's Case*: "resulta de nuestros textos -argumentaba Coke- que en muchos casos el *common law* controlará las leyes del Parlamento y algunas veces las declarará totalmente nulas, porque cuando una ley del Parlamento es contraria al derecho y a la razón, o incompatible, o imposible de ejecutar, el common law la controlará y procederá a declarar su nulidad"(30). Coke se mostraba, así, partidario de un control judicial de la legislación del Parlamento, cuya necesidad se llegaría a plantear años más tarde en América con el objeto de asegurar la supremacía de las leyes aprobadas por el Parlamento británico sobre las normas de origen colonial, lo que suponía un indudable antecedente de la *judicial review* que se establecería en los Estados Unidos a partir de la Constitución de 1787(31). Como recuerda G. P. Gooch, para Coke- principal inspirador de la Petition of Rights, de 1628, en la que se defendía el viejo principio de que sólo el Parlamento podía aprobar impuestos-, el Parlamento tenía el deber de declarar y de defender el derecho, pero no el de hacerlo(32).

Para defender sus argumentos, los jueces de *common law*- aunque no sólo ellos- recurrieron a una idea de extraordinaria importancia: la de la " Constitución antigua". A este respecto, el citado Pocock, el más relevante estudioso de esta idea, señala que "según la doctrina de la «Constitución antigua» o de las «Leyes fundamentales», el derecho inglés, lejos de derivarse de los actos de cualquier soberano (o sucesión de soberanos), procedía de remotísimos antecedentes. La soberanía no era otra cosa que la autoridad final que declaraba cual era la ley preexistente"(33).

Glenn Burgess insiste también en el papel de primer orden que jugó la idea de la " Constitución antigua" en el debate político inglés del siglo XVII, pero matiza la tesis central sustentada por Pocock al insistir en que esta " Constitución antigua" no se defendió sólo apelando a su "antigüedad" y a su fundamento primordialmente consuetudinario, como haría Sir Edward Coke, sino también a su conformidad con un "sistema racional"(34).

En cualquier caso, es preciso añadir que a lo largo del siglo XVII los Jueces de *common law* se vieron obligados a aceptar, no sin renuencia, la supremacía de los *statutes* aprobados por el Parlamento, a cambio de que éste reconociese la importancia del derecho consuetudinario en el sistema de fuentes -sólo sujeto a las leyes del Parlamento- y el papel esencial de los Jueces en el Estado de Derecho. En realidad, la alianza entre el Parlamento (particularmente los Comunes) y los Jueces de *common law* resultó capital para el triunfo del constitucionalismo sobre el absolutismo. Una alianza que facilitó el reconocimiento de que, a la postre, el Parlamento era la más alta instancia judicial del Reino.

Poco antes de que estallase la guerra civil, exactamente el 27 de Mayo de 1642, volvió a defenderse con vigor la tesis de la soberanía del Parlamento como parte esencial del derecho constitucional inglés. Ese día los Lores y los Comunes declararon, en oposición ahora a Carlos I, que el Parlamento era el Consejo constitucionalmente autorizado para "preservar la paz pública y la seguridad del Reino"(35) .

En Junio de 1642, las dos Cámaras del Parlamento decidieron remitir a Carlos I un documento, conocido como *Nineteen Propositions*, en el que se recordaba que el Parlamento era el "más alto y supremo consejo" del rey, a quien correspondía resolver "los grandes negocios del reino" y nombrar los altos cargos del Estado(36) .

En respuesta a este documento- que de forma tan vigorosa resaltaba la soberanía del Parlamento- los más próximos consejeros del Rey aprobaron otro, en el mismo año de 1642, en el que se defendía la vieja doctrina del Estado mixto de forma muy novedosa y trascendental para la posterior historia de la teoría constitucional inglesa. J. G. A. Pocock recuerda, a este respecto, que "ya se había hablado en el pasado de monarquía mixta, en el sentido de una mixtura de monarquía y ley o de un equilibrio entre la primacía del monarca y la supremacía de la ley". Ahora bien, continúa Pocock, "lo que proponían los consejeros de Carlos I en su *Answer to the Nineteen Propositions* era una cosa bien distinta. Se trata de una mixtura entre la monarquía y las otras formas de gobierno: monarquía en la persona del rey, aristocracia en la de los Lores y democracia en la de los Comunes. Cada una de estas partes debía ejercer una clase distinta de poder: el rey debería decidir; los Lores, aconsejar; y los Comunes, asentir. Cada uno de estos tres poderes disponía de una "virtud" específica, destinada indefectiblemente a degenerar cuando se aflojase la vigilancia de los otros dos. El equilibrio de la Constitución consistiría en una distribución de poderes con el objeto de asegurar a cada uno de ellos la posibilidad de prevenir la corrupción de los otros dos"(37) .

De una manera mucho más filósofica y, por tanto, menos ligada a la lucha política y constitucional del momento, las pretensiones absolutistas de Carlos I frente a los partidarios del Parlamento y de los Jueces de *common law* tuvieron en Sir Robert Filmer y en Thomas Hobbes dos incondicionales valedores. En el *Patriarcha*, una obra escrita probablemente entre 1631 y 1642, aunque se publicase por vez primera en 1680, Filmer defendió las tesis absolutistas bajo la indudable influencia de Bodino, cuyos "Seis Libros de la República" se habían traducido al inglés en 1606. Filmer, no obstante, se basó en una endeble concepción patriarcalista, ajena al jurista francés, pero bastante extendida a comienzos del siglo XVII. Al patriarcalismo se habían acogido, por ejemplo, Adrian Saravia- un autor de origen flamenco que había extraído sus tesis de las Sagradas Escrituras, en particular del Génesis-, John Buckeridge, Lancelot Andrewes y Thomas Jackson. Filmer dirigió su doctrina patriarcalista sobre todo contra dos pensadores católicos, el Cardenal Belarmino y el jesuista Suárez, partidarios ambos del origen popular del poder regio, como lo era también el protestante escocés George Buchanan(38) . En *The Anarchy of a Limited or Mixed Monarchy*, publicado en 1648, Filmer rebatirá, como antes había hecho Bodino, la teoría del Estado mixto, tan estrechamente unida, como se ha visto, a la doctrina de la soberanía del Parlamento(39).

Si de Filmer pasamos a Hobbes, lo que significa dar un salto de la mediocridad al genio, es preciso recordar que en *Elements of Law* (cuyo manuscrito circuló en 1640, pocos meses antes de convocarse el Parlamento Largo) y en *De Cive* (escrita en Francia y publicada en latín en 1642), Hobbes había adelantado ya buena parte de sus ideas más relevantes. Su obra más acabada fue, no obstante, *Leviathan*, que vio la luz en 1651, dos años después de la ejecución de Carlos I. Aquí defendía Hobbes la soberanía regia a partir de una extraordinaria y abstracta doctrina contractualista, inspirada en Grocio y basada en las nociones del estado de naturaleza y del pacto social, lo que le permitió llevar hasta las últimas consecuencias las tesis que de forma no del todo coherente había defendido Bodino. Un autor todavía aferrado a las ideas escolásticas del pacto de sujeción y de las *leges imperii* o leyes fundamentales del reino, así como a la subordinación del derecho positivo al derecho natural y al derecho divino. Tesis estas últimas sustentadas también por Smith y Hooker. Con Hobbes, en rigor, se derrumbaba la filosofía política aristotélico-tomista y en su lugar nacía la moderna teoría del Estado. Una teoría que permitía depurar por completo el concepto de soberanía, liberándolo de las ataduras a las que de modo irremisible conducía la teoría escolástica del poder. Para

el gran filósofo inglés, en efecto, el soberano no estaba sujeto a las leyes fundamentales, pues su soberanía no nacía de un pacto o contrato bilateral celebrado entre el Rey y el pueblo, sino de un pacto social que habían llevado a cabo los individuos en el estado de naturaleza, esto es, en un estadio prejurídico. El derecho positivo, por tanto, no era anterior al Estado (como había sustentado todo el pensamiento medieval e incluso el propio Bodino al reconocer la sujeción del soberano a las leyes fundamentales), sino creación de éste. Cierto que Hobbes seguía reconociendo la supremacía del Derecho Natural sobre el derecho positivo, pero no lo es menos que rompía el nexo entre el Derecho Natural y el Derecho Divino al sostener un concepto puramente inmanente, no trascendente, del derecho Natural, tomado de Grocio. Un derecho pensable, como este último autor había dicho, aunque Dios no existiese. Hobbes, en realidad, redujo el Derecho Natural a meros dictados de la razón, que convenía seguir, pero a los que negaba su naturaleza jurídica, al carecer de coacción humana en caso de que se infringiesen, como sostiene en el *Leviathan*(40). De esta forma, el Derecho Natural podía reducirse a una sola máxima: es una exigencia de Derecho Natural acatar el derecho positivo(41). En rigor, Hobbes transciende el iusnaturalismo y sienta las bases del positivismo jurídico, que más tarde desarrollaría Hume(42).

Pero las tesis de Hobbes disgustaron tanto a lo partidarios del Monarca como a los del Parlamento: a los primeros, por su racionalismo individualista y protodemocrático; a los segundos, porque desembocaban en la defensa del absolutismo monárquico, aunque en realidad esta última conclusión era puramente circunstancial y no afectaba al núcleo de su razonamiento: la articulación de un poder público soberano que representase a toda la sociedad, concebida de una manera atomista. Por supuesto, Hobbes no dejó de criticar la doctrina del "estado mixto", al entender, como antes habían hecho Bodino y Filmer, que destruía la noción misma de soberanía(43).

Tras la restauración de la Monarquía, en 1660, que cancela el régimen republicano instaurado por Cromwell, los conservadores e incluso "reaccionarios" defensores de la antigua Constitución inglesa volvieron a defender la supremacía de las leyes sobre las "Proclamaciones" regias, del mismo modo que los privilegios de las dos Cámaras del Parlamento frente a las pretensiones de la Corona, encarnada ahora en la persona de Carlos II, primero, y en la de Jacobo II, después. Estas tesis- en cuya defensa destacó Algernon Sidney, ejecutado por ello en la Torre de Londres(44)-, se plasmaron en un importantísimo documento: el *Bill of Rights* de 13 de Febrero de 1689, en donde se encuentra el fundamento jurídico- político de la "gloriosa" revolución de 1688(45).

4. Rule of law y soberanía del Parlamento en la legislación revolucionaria.

En este Bill de Derechos- que se denominó de este modo tradicional para superar los recelos *tories* hacia toda idea de contrato social- se recogían las aspiraciones que los Comunes y, en parte, los Jueces de common law habían sustentado a lo largo de todo el siglo en su lucha por limitar los poderes del Monarca. Unas aspiraciones que Locke sistematizaría en su "Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil", como se verá más adelante. Muy en especial, en este *Bill* se consagraban los dos principios más relevantes del derecho público inglés: el imperio del Derecho (rule of law) y la soberanía del Parlamento. Dos principios que, a juicio de los revolucionarios de 1688, habían sido hollados por Jacobo II, "con la ayuda de malos consejeros, jueces y ministros", lo que había obligado a las dos Cámaras del Parlamento a hacerle abdicar(46).

En virtud de ambos principios, "los Lores espirituales y temporales y los

Comunes... constituyendo la plena y libre representación de esta nación" y con el objeto de "defender y asegurar los antiguos derechos y libertades" de los ingleses, sometían a Guillermo y a Maria, así como a los futuros reyes de Inglaterra, a un conjunto de restricciones. La primera y principal de ellas era la de acatar las leyes aprobadas por el Parlamento, prohibiéndoles expresamente suspender o dispensar su aplicación- como había tratado de hacer Jacobo II, en 1687 y 1688, con las *Declarations of Indulgence*-, así como aprobar impuestos sin consentimiento del Parlamento, como habían conseguido llevar a cabo Jacobo I y Carlos I, con el reconocimiento de la *Court of Exchequer*, en el *Bate's Case* (1606) y en el *Case of Ship- Money* (1637), respectivamente. El consentimiento del Parlamento se consideraba también necesario para reclutar o mantener un ejército dentro de las fronteras del reino en tiempos de paz. Esta importante Declaración reconocía, asimismo, el derecho de los súbditos a elevar peticiones al Rey así como el de portar armas para su defensa. Por último, este documento disponía que las elecciones al Parlamento debían ser libres, que la libertad de expresión dentro del Parlamento no podía ser controlada por ningún Tribunal que no fuese el propio Parlamento, que no se debían exigir fianzas exageradas ni imponerse multas excesivas ni aplicarse castigos crueles o desacostumbrados, que los Jurados debían elegirse convenientemente y, en fin, que las multas y confiscaciones de la propiedad, para ser legales, deberían ordenarse mediante sentencia judicial.

Dos leyes posteriores, aprobadas durante el reinado de Guillermo III, completaban y, en algún extremo, ratificaban lo dispuesto en la Declaración de Derechos de 1689. Se trataba de la *Triennial Act* de 1694, en virtud de la cual se obligaba al Rey a convocar el Parlamento al menos una vez cada tres años(47), y de la Ley de Establecimiento, aprobada el 12 de Junio de 1701 con el propósito fundamental de "asegurar la sucesión de la Corona dentro de la línea protestante... y para eliminar todas las dudas y disputas que por este motivo pudieran surgir..."(48). Esta ley, además de exigir que en lo sucesivo el heredero de la Corona debía estar en comunión con la Iglesia de Inglaterra, prohibía "solicitar el perdón del Gran Sello de Inglaterra en el *impeachment* planteado por los Comunes". Por último, pero no ciertamente lo menos importante, la Ley de Establecimiento ratificaba el *rule of law* con estas palabras:"... las leyes de Inglaterra son un derecho adquirido por su pueblo por nacimiento y todos los reyes y reinas que ocupen el trono de este reino deben conducir su gobierno con arreglo a lo dispuesto en dichas leyes y todos sus ministros y funcionarios deben conducirse de igual manera".

II. La soberanía en el "Segundo Tratado sobre el Govierno Civil", de John Locke

1. El Gobierno por consentimiento de los gobernados.

Como es bien sabido, el principal teórico de la revolución de 1688 fue John Locke, autor de un libro clave en el desarrollo del pensamiento constitucional inglés y, en realidad, del occcidental: *An Essay concerning the True Original Extent and End of Civil Government*, que vió la luz en 1690, aunque su autor lo había redactado bastantes años antes de que estallara la revolución de 1688, como ha demostrado Peter Laslett(49).

En esta obra, Locke hizo suyas algunas tesis que Hobbes había sustentado anteriormente, de manera muy particular en el *Leviathan*, como las del estado de naturaleza y del pacto social. Ahora bien, Hobbes había recurrido a ambas nociones sin contradecir sus supuestos iusracionalistas. A Hobbes no le había importado la existencia

histórica del estado de naturaleza y del pacto social, sino su valor instrumental: eran hipótesis necesarias para pensar racionalmente el Estado como un ente artificial y, por tanto, perecedero, carente de historia y distinto sustancialmente de los organismos animales(50). La celebración del pacto social conducía inexorablemente, a su juicio, a que los individuos hasta entonces en estado de Naturaleza cediesen sus derechos al soberano, esto es, al Estado, con el objeto de garantizar la paz externa y la seguridad interna y, por tanto, la existencia misma de una sociedad compuesta exclusivamente de individuos iguales y egoístas. Un Estado concebido como *persona ficta*, en el que el Monarca debía ejercer todos los poderes, sin que el pueblo pudiese deponerle.

En cambio, los supuestos iusnaturalistas de Locke, y en particular las nociones del estado de naturaleza y del pacto social, deudoras de la filosofía racionalista de su siglo (Descartes, Hobbes, Spinoza, Leibnitz) contradecían palmariamente sus presupuestos gnoseológicos, sobre todo su crítica de las ideas innatas. Una crítica sobre la que se había extendido en *An Essay concerning Human Understanding*. Locke publicó esta obra en 1690, aunque la hubiese escrito también con anterioridad, y en ella hacía suya la filosofía empirista que Francis Bacon había expuesto en el *Novum Organum* y que Newton desarrollaría en el campo de la Física(51). Pero lo que de veras importaba a Locke en su ensayo sobre el Gobierno Civil era justificar una nueva Monarquía, la constitucional o "moderada", como él la denomina(52), utilizando una expresión de claro sabor tomista, basada en el consentimiento del pueblo(53). Un tipo de monarquía que vertebraría la revolución de 1688 y en la que podía verse- aunque, como se dirá, ésta no fuese la interpretación más extendida-, si no el fin de un ahistórico estado de Naturaleza, sí, al menos, la renovación de un no menos supuesto pacto social de los ingleses, tras la disolución del Estado a consecuencia de la política absolutista llevada a cabo por Jacobo II.

Por otro lado, las consecuencias que extrajo Locke de las tesis del estado de Naturaleza y del pacto social eran ciertamente muy distintas a las que había extraído Hobbes. A juicio de éste, la celebración del pacto social por parte de los individuos que vivían en estado de Naturaleza implicaba necesariamente ceder todos sus derechos al soberano, esto es, según Hobbes, al Monarca. Locke, en cambio, de una forma menos consistente, entiende que tras el pacto social los individuos seguían conservando sus "derechos naturales", al residir en el conjunto de ellos- en la comunidad o pueblo- la soberanía. El Estado resultante del pacto social, cuyo órgano supremo era el poder legislativo, tenía precisamente la finalidad básica de conservar esos "derechos naturales" a la vida, a la propiedad y a la seguridad personal, cuya protección era, a su juicio, el fin básico del pacto social y, por consiguiente, del abandono del estado de naturaleza(54). De este modo, Locke sustentaba una teoría del Estado tan utilitaria como la de Hobbes, pero a tenor de la cual el poder público en su conjunto se basaba en el consentimiento de los gobernados, de suyo revocable(55).

Pero lo que ahora conviene subrayar es que Locke afirma tanto la supremacía del poder legislativo como la soberanía del pueblo. Una doble afirmación en la que se halla, a juicio de Pollock, el punto más débil e insatisfactorio de su teoría política(56). Pero antes de examinar este asunto, clave para este trabajo, es preciso exponer brevemente su doctrina de la división de poderes.

2. La división de poderes.

En su penetrante estudio *Constitutionalism and the Separation of Powers*, M. J. C. Vile ha puesto de relieve que la guerra civil inglesa supuso un hito muy importante en la historia de la doctrina de la división de poderes. Hasta esa fecha, lo más frecuente

era limitarse a distinguir el poder legislativo del ejecutivo, como había hecho Marsilio de Padua, por ejemplo. Durante la guerra civil empezó a ser habitual añadir un tercer poder, el judicial, al que ya habían hecho referencia Buchanan y Hooker bastantes años antes y al que se referirán algunos publicistas a mediados del siglo XVII, como George Lawson o Philip Hunton(57).

Al explicar el origen de los poderes en el estado de Naturaleza, Locke parece admitir, en principio, tan sólo dos: el legislativo y el ejecutivo. Mientras el antecedente del primero se encontraba en la facultad que todos los hombres tenían, conforme al Derecho Natural, para hacer lo que estimase conveniente para su propia salvaguardia y para la de los demás, el del segundo se hallaba en la facultad de castigar los atropellos cometidos contra el Derecho Natural(58). Ahora bien, cuando defiende la necesidad de salir del estado de Naturaleza para proteger eficazmente los derechos naturales, Locke añade a estos dos poderes un tercero: el judicial. Locke, en efecto, recuerda que la protección de los derechos naturales exigía, en primer lugar, "una ley establecida, aceptada, conocida y firme que sirva por común consenso de norma de lo justo y de lo injusto y de medida común para que puedan resolverse por ella todas las disputas que surjan entre los hombres"; en segundo lugar, "un juez reconocido e imparcial, con autoridad para resolver todas las diferencias, de acuerdo con la ley establecida"; en tercer lugar, "un poder suficiente que respalde y sostenga la sentencia cuando esta es justa y que la ejecute debidamente"(59).

Sin embargo, Locke- que utiliza el vocablo *"power"* tanto para designar una función como un órgano, por lo que a veces no es fácil interpretar sus planteamientos- abandona más adelante, y de forma ya definitiva, esta clasificación tripartita de los órganos o funciones del Estado, sustituyéndola por una nueva, a tenor de la cual distingue la función legislativa, la ejecutiva y la federativa, sin mencionar para nada la jurisdiccional. Tal omisión no significaba que minusvalorase la importancia de la jurisdicción en el seno del Estado constitucional. Al contrario, como subraya Vile, para Locke "la principal función del Estado es esencialmente la jurisdiccional... El Estado era, por consiguiente, el juez que faltaba en el estado de Naturaleza"(60).

¿Por qué razón, pues, el pensador inglés no menciona la jurisdicción como una función autónoma ni la Judicatura como un órgano o poder distinto del ejecutivo y del legislativo? Para responder a esta pregunta es preciso tener en cuenta que en Inglaterra no había una nítida distinción orgánica entre el poder judicial y el legislativo ni una clara distinción entre la función legislativa y la jurisdiccional. Si la Cámara de los Lores era- y sigue siéndolo todavía- el supremo Tribunal del reino, los Jueces creaban derecho a la vez que lo aplicaban, pues sus sentencias se convertían en precedentes que les vinculaban en el futuro a la hora de resolver casos análogos(61).

En cualquier caso, el propósito fundamental de Locke consistía en atribuir a dos órganos distintos el poder legislativo y el poder ejecutivo, sin perjuicio de los mecanismos de relación que establecía entre ambos órganos, a los que luego se aludirá. Locke, en efecto, sostiene que tanto en las "monarquías moderadas" como en todos los demás "gobiernos bien constituidos", el poder legislativo y el ejecutivo "se encuentran en distintas manos"(62). Previamente había dejado bien claro que "en las comunidades políticas bien ordenadas y en las que se tiene en cuenta como es debido el bien de la totalidad de quienes la forman", el poder legislativo "suele ponerse en manos de varias personas... debidamente reunidas", esto es, en una Asamblea(63), a diferencia de lo que ocurre con el poder ejecutivo, que, al ser un poder "permanente", ejercido sin interrupción, suele atribuirse a una sóla persona(64).

Esta atribución de los dos poderes básicos del Estado a dos órganos distintos distinguía a las "monarquías moderadas" y a los demás "gobiernos bien constituidos" de

las "monarquías absolutas", en donde "el príncipe reúne en sí mismo" ambos poderes, por lo que "no existe juez ni manera de apelar a alguien capaz de decidir con justicia e imparcialidad así como con autoridad para sentenciar, ni que pueda remediar y compensar cualquier atropello o daño que ese príncipe haya causado por sí mismo o por orden suya"(65).

Ahora bien, al pronunciarse a favor de atribuir a distintas manos los poderes legislativo y ejecutivo, Locke no pretendía sólo, aunque sí primordialmente, denunciar la monarquía absoluta, en la que el Rey ejercía ambos poderes, sino también el sistema asambleario de gobierno, basado en el monopolio de aquellos dos poderes por parte de una Asamblea. A este respecto, Locke tenía sin duda muy presente la experiencia histórica del Parlamento Largo(1640 a 1649), "verdadero punto de viraje en la historia política de las razas de lengua inglesa"(66). En esa experiencia pensaba sin duda Locke cuando señalaba que no era "conveniente, pues sería una tentación demasiado fuerte para la debilidad humana, que tiene tendencia a aferrarse al poder, confiar la tarea de ejecutar las leyes a las mismas personas que tienen la misión de hacerlas". El pensador inglés añadía que si el legislativo y el ejecutivo estuviesen en unas mismas manos se corría el grave riesgo de que las leyes no se obedeciesen y de que se redactasen y aplicasen de acuerdo con "intereses particulares" y no con los intereses de toda la comunidad, lo que sería contrario "a la finalidad de la sociedad y del gobierno"(67).

Si el poder legislativo consistía en la facultad de aprobar leyes, el ejecutivo, a juicio de Locke, comprendía dos esferas: la ejecutiva propiamente dicha y la federativa, cuya distinción supone la más importante aportación de Locke a la doctrina de las funciones del Estado(68). Ambas esferas solían y debían atribuirse al mismo órgano, que en Inglaterra no era otro que el Monarca. "Estos dos poderes- escribe- el ejecutivo y el federativo, son en sí mismos realmente distintos; sin embargo, a pesar de que uno de ellos abarca la ejecución de las leyes de la sociedad en el interior de la misma y a todos cuantos la integran, y el otro tiene a su cargo la seguridad y los intereses de la población en el exterior, con respecto a quienes pueden serles útiles o perjudicarle, ocurre que casi siempre suelen encontrarse reunidos"(69).

Pero además de ejercer el poder ejecutivo y el federativo, el Monarca podía participar en la elaboración de las leyes. En algunas comunidades políticas, escribe a este respecto Locke, pensando sin duda en el *royal assent*, "el ejecutivo está delegado en una sola persona que participa también en el poder legislativo"(70). Locke considera, asimismo, que era inherente al Monarca la facultad de convocar y disolver la Asamblea(71), pues, volviendo a tener bien presente al Parlamento Largo, estima que "las reuniones constantes o frecuentes de los legisladores y la larga duración de sus Asambleas inútiles, resultan por fuerza gravosas para el pueblo, suscitando a la larga inconvenientes más peligrosos que los que se trataba de evitar"(72).

Esta relevante posición constitucional, merced a la cual colaboraba en la aprobación de las leyes a la vez que ordenaba y dirigía su ejecución, permitía incluso afirmar que en el Monarca descansaba el "poder supremo" del Estado. "No porque ostente todo el poder supremo, que es el de hacer las leyes, sino porque en él reside el supremo poder de ejecutarlas, del que derivan sus poderes todos los magistrados inferiores, ... no habiendo tampoco ningún (órgano) legislativo superior a él, ya que ninguna ley puede hacerse sin su consentimiento..."(73).

Ahora bien, si no era conveniente que el Monarca se circunscribiese a ejecutar las leyes, tampoco el Parlamento debía ceñirse a aprobarlas, sino que debía controlar también su ejecución, como ocurría en la Inglaterra de su tiempo a través del *impeachment*. Un procedimiento establecido para exigir la responsabilidad penal de los

miembros del ejecutivo- excepto la del Monarca, irresponsable jurídica y políticamente- ante las dos Cámaras del Parlamento. "... Una vez que el poder legislativo ha encomendado a otros poderes la ejecución de las leyes hechas por él, conserva siempre el derecho de retirar esos poderes si encuentra razón para ello e igualmente el de castigar cualquier prevaricación"(74).

Locke, en definitiva, es tan partidario de atribuir a dos órganos distintos el ejercicio de los poderes legislativo y ejecutivo como de repartir entre aquéllos el ejercicio de éstos. Dicho con otras palabras: el pensador inglés se muestra a favor no sólo de la división de poderes, sino también de la doctrina del equilibrio constitucional *(balanced constitution)*.

Aunque estas dos doctrinas solían venir acompañadas de la vieja doctrina del Estado mixto- y así seguiría ocurriendo después de Locke, según se tendrá ocasión de ver más adelante-, no puede, en cambio, considerarse al pensador inglés un partidario de esta última. Passerin D´Entreves observa a este respecto que Locke no pretendió dividir la soberanía, sino su ejercicio, bajo la supremacía del poder legislativo, aunque la distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía, intuida por Bodino, no se formulase hasta la Revolución francesa(75). M. J. C. Vile, por su parte, señala que Locke no hizo demasiado hincapié en la teoría del Estado mixto, sino que prefirió centrar sus análisis en las relaciones entre la Legislatura y el ejecutivo, sin apenas referirse a la Cámara de los Lores(76).

En realidad, Locke sólo menciona de pasada las "formas mixtas de gobierno" en el capítulo X del libro que ahora se examina, dedicado a las diversas formas de la *Commonwealth*(77), mientras que sólo alude a la Cámara de los Lores en el último capítulo, el XIX, y aun así de forma indirecta: "supongamos- escribe Locke- que el poder legislativo se haya otorgado a tres personas distintas de manera simultánea: primero, una sola persona hereditaria que ostenta de forma permanente el poder ejecutivo supremo y, con este poder, el de convocar a las otras dos dentro de períodos fijos; segundo, una asamblea constituida por la nobleza hereditaria; tercero, una asamblea de representantes elegidos, *pro tempore*, por el pueblo"(78).

Al fin y al cabo, conviene no perder de vista que en este libro Locke no trata de analizar la Constitución inglesa en particular, sino la de un Estado libre en general, aunque resulta evidente que no puede olvidarse de su país natal, al que se refiere de forma constante, aunque casi siempre sin mencionarlo.

3. La supremacía del poder legislativo y sus límites.

Ahora bien, si para conservar la libertad era preciso que los poderes ejecutivo y legislativo estuviesen en distintas manos, este último debía ser, para Locke, el supremo poder del Estado, pues "quien puede imponer leyes a otro, por fuerza ha de ser superior a él"(79). La supremacía del poder legislativo convertía al Estado, incluso cuando a su frente estuviese un rey hereditario, en un gobierno con consentimiento de los gobernados, requisito imprescindible para afirmar su propia legitimidad(80).

Al atribuir al legislativo- del que podía formar parte el Rey, en los términos que se han señalado- la supremacía en el seno del Estado, el pensador inglés no hacía otra cosa que acogerse, bajo unos nuevos supuestos contractualistas y utilitarios, a la ya vieja doctrina inglesa de la soberanía del Parlamento, formulada por Fortescue, Thomas Smith y Richard Hooker. Un autor este último a quien Locke cita repetidas veces en su Ensayo(81). Y como la supremacía del poder legislativo llevaba consigo la supremacía de la ley en el conjunto de las fuentes del derecho- veremos ahora mismo qué clase de ley-, Locke no dejaba de sumarse también a la otra gran doctrina constitucional

sustentada en Inglaterra desde los tiempos de Bracton: el *rule of law*.

No obstante, la supremacía del poder legislativo no implicaba para Locke que la Asamblea debiese absorber al poder ejecutivo, ni siquiera que pusiese en entredicho la autonomía orgánica y funcional de éste, como había intentado el Parlamento Largo durante el reinado de Carlos I. "Locke- escribe Vile- aclara una y otra vez que nigun órgano del Estado es omnipotente, que el legislativo y el ejecutivo tienen un *status* autónomo... Por supremacía del poder legislativo Locke no quiere decir que el ejecutivo se convierta en un recadero, subordinado por completo al legislativo en el *ejercicio de sus propias funciones*. Por el contrario, el poder de la Asamblea legislativa está circunscrito al ejercicio de sus propias funciones"(82).

Por otro lado, que el poder legislativo fuese el órgano supremo del Estado, no quería decir que fuese un órgano ilimitado, ni mucho menos arbitrario. Su función, como la del Estado en su conjunto, debía limitarse a asegurar "los derechos naturales", que era el principal objetivo del pacto social que lo había creado, como se ha señalado ya. Desde este punto de vista, puede afirmarse que, ímplicitamente al menos, Locke venía a reconocer que el pacto o contrato social se erigía en un primer límite del poder legislativo. Así lo entiende Nicola Matteucci cuando recuerda que para Locke el poder legislativo estaba limitado "por aquella «primera y fundamental ley positiva» que lo instituye, esto es, por el contrato social, el cual se presenta, así, como un verdadero poder constituyente, superior al poder legislativo; la base teórica para una distinción jerárquica entre normas constitucionales y normas legislativas está ímplicitamente puesta"(83).

Pero, además, en el importante capítulo XI de su ensayo sobre el Gobierno Civil Locke reconoce expresamente otros límites al poder legislativo, impuestos en este caso por la "sociedad", por la "ley divina" y por el "derecho natural". Así, en efecto, dicho poder no podía atribuirse, como había hecho el Parlamento Largo durante la Guerra Civil, "la facultad de gobernar por decretos improvisados y arbitrarios, sino que estaba obligado a dispensar la justicia y a señalar los derechos de los súbditos mediante leyes fijas y promulgadas, aplicadas por jueces señalados y conocidos". Las leyes aprobadas por el poder legislativo tenían que ser, además, generales e "idénticas para el rico y para el pobre, para el favorito que está en la Corte y para el labrador que empuña el arado", sin otra finalidad que "el bien del pueblo". Al poder legislativo no le estaba permitido tampoco establecer impuestos sin el consentimiento del pueblo, expresado directamente o por medio de sus representantes. Por último, al poder legislativo le estaba vedado transferir la facultad de hacer leyes a ninguna otra persona, pues sólo a él se la había delegado el pueblo(84).

Pollock sostiene que al reconocer tales límites, Locke se sumaba a una concepción de la soberanía de honda raigambre entre los estudiantes del *common law* desde comienzos del siglo XVII, a tenor de la cual se aceptaba que la *"justicia natural"* o el *"common right"* imponían unos límites que incluso el Rey en Parlamento no podía traspasar; lo que quería decir que los Jueces debían inaplicar una ley del Parlamento que fuese manifiestamente contraria a la "justicia natural" y quiza si intentase subvertir los fundamentos de la Constitucion, por ejemplo, si pretendiese abolir la Monarquía o la Cámara de los Comunes(85).

Lo que resulta indudable, como recuerda J. W. Gough, es que si bien Locke reconoció la "supremacía" del Parlamento, "con ella no se refería a su soberanía, en el sentido hobbesiano del término"(86).

4. La soberanía del pueblo.

Pero además de los límites a los que estaba sujeto el poder legislativo, es preciso no perder de vista, como ya se ha adelantado, que para Locke por encima de este poder estaba el poder soberano del pueblo. "A pesar de que en una comunidad política sólida y bien constituida, que actúa de acuerdo con su propia naturaleza, es decir, para la salvaguardia de la comunidad, no puede existir sino un poder supremo único, el legislativo, al que todos los demás se encuentran y deben estar subordinados, como tal poder legislativo es únicamente un poder al que se ha dado el encargo de obrar para la consecución de determinadas finalidades, le queda siempre al pueblo el poder supremo de apartar o cambiar los legisladores, si considera que actúan de una manera contraria a la misión que se les ha encomendado... De este modo, la comunidad conserva perpetuamente el poder supremo de sustraerse a las tentativas y maquinaciones de cualquier persona..."(87).

En coherencia con estas tesis, Locke sostuvo que la violación de los límites a los que estaba sometido el poder legislativo justificaba el derecho de resistencia del pueblo. Un derecho que Hobbes había rechazado expresamente con anterioridad y sobre el que Locke se extiende en los dos últimos capítulos de la obra que ahora se glosa, titulados "de la tiranía " y "de la disolución del gobierno". A juicio de Locke, el pueblo, actuando con justa causa, tenía derecho no sólo a reemplazar a sus gobernantes, sino a cambiar la misma forma de Estado, entendiendo por pueblo no el Parlamento, ni siquera la Cámara de los Comunes, sino la comunidad política como entidad distinta y separada(88).

Aunque con anterioridad Marsilio de Padua y los monárcomacos habían defendido ya la soberanía del pueblo, Maclean(89) y sobre todo Franklin(90) han mostrado que en este punto el más relevante influjo sobre Locke lo ejerció la doctrina que George Lawson había expuesto en *Politica Sacra et Civilis*. En esta obra- escrita en 1657, aunque no se publicó hasta 1660, en vísperas del retorno de Carlos II, reeditándose en 1689- Lawson había conseguido conciliar la doctrina del estado mixto con la de la soberanía popular, hasta entonces consideradas incompatibles(91). Para Lawson, el conflicto entre el Rey y el Parlamento tras la guerra civil comenzada en 1642, había provocado una completa disolución del Estado y la retroversión del poder al pueblo, único sujeto legitimado para constituir una nueva autoridad. La soberanía, pues, no residía en las dos Cámaras del Parlamento, sino en el pueblo(92).

Aunque esta concepción no se tuvo en cuenta durante la época de Jacobo II, por parecer demasiado radical, Locke la retomó al redactar su "Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil", siendo el único escritor político de relieve en hacerlo. Locke leyó la obra de Lawson en torno a 1679, justo cuando estaba preparando su réplica a Filmer. "No sólo la teoría del derecho de resistencia-escribe Franklin-, sino incluso la estructura básica del Segundo Tratado se corresponde con la doctrina de Lawson sobre la soberanía"(93).

Para Locke, la tesis de Lawson sobre la disolución del Estado y la recuperación de la soberanía por el pueblo era la única válida para resolver el problema del derecho de resistencia en el marco no sólo de una constitución mixta, sino de cualquier tipo de Constitución(94). La mayor parte de sus correligionarios *Whigs* no aceptó, sin embargo, las tesis de Locke sobre este asunto. Aquéllos, en efecto, fieles a la doctrina de la soberanía del Parlamento, querían conciliar el derecho de resistencia contra el tirano (Jacobo II) con el respeto a la independencia del Rey frente al Parlamento e incluso con la supremacía del Monarca dentro de la Contitución. Así lo sostuvo, entre otros publicistas *whigs*, Gilbert Burnest en *An Enquiry into Measures of Submission*, un panfleto publicado en Holanda, en 1687, con el beneplácito de Guillermo de

Orange(95). El principal objetivo de los Whigs era entronizar a este Monarca como Rey de Inglaterra, no en nombre del pueblo, sino de su propio derecho, preservando la continuidad dinástica. Al fin y al cabo la esposa de Guillermo, María, era hija de Jacobo II, y a ella habría de pasar el título de Reina tras la muerte de su marido(96).

En definitiva, pues, al aceptar la soberanía del pueblo, Locke no sólo se separó de las tesis absolutistas de Filmer y Hobbes, por otro lado tan distintas, sino también de la clásica formulación inglesa de la soberanía del Parlamento (del Rey y de las dos Cámaras colegislativas), sustentada por Smith y por Hooker, antes que él, y por Hume y por Blackstone, después de él, como se verá de inmediato.

III. De Hume a Paley.

1. David Hume crítico de Locke: el Parlamento, no el pueblo, es soberano.

Desde la publicación del "Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil", de Locke, hasta el "Tratado de la Naturaleza Humana", de Hume, esto es, desde 1690 hasta 1739, el debate político y constitucional no fue demasiado brillante en la Gran Bretaña.

Sus más relevantes protagonistas fueron Robert Walpole, el todopoderoso Primer Ministro "*whig*" de Jorge I y Jorge II, en el poder desde 1721 hasta 1742, y Lord Bolingbroke, el más agudo publicista *tory* de la primera mitad del siglo XVIII(97). Este debate, sin embargo, no se centró en la soberanía ni, más en particular, en si ésta residía en el pueblo o en el Parlamento- disyuntiva que la *Septennial Act* de 1716 resolvió de forma clara en el plano del derecho positivo(98)- sino en las relaciones entre el Rey y sus Ministros con las dos Cámaras del Parlamento.

Sobre este punto ambos publicistas se mantuvieron fieles a la doctrina lockeana de la división de poderes y del "equilibrio constitucional", aunque Bolingbroke insistiese también en el carácter "mixto" de la monarquía británica, cosa que Locke no había hecho, como se sabe. La cuestión que separaba radicalmente a Walpole y a Bolingbroke residía en el alcance de la "influencia" del ejecutivo- del Rey y de sus Ministros- sobre las dos Cámaras del Parlamento. Una "influencia" que muchas veces no era otra cosa que pura corrupción. Mientras Walpole, defensor interesado del incipiente sistema parlamentario de gobierno, consideraba necesario esta "influencia", para lo cual era preciso que los Ministros pudiesen ser miembros de una de las dos Cámaras del Parlamento, Bolingbroke entendía que tal "influencia" ponía en entredicho la separación de poderes y que destruía las bases de la Constitución británica y del sistema de gobierno monárquico-constitucional que la revolución de 1688 había vertebrado(99).

A diferencia de Walpole y de Bolingbroke, David Hume, que no era un político sino un gran filósofo, sí se enfrentó al siempre abstruso problema de la soberanía, desmontando con extraordinaria lucidez y coherencia la doctrina iusnaturalista de la soberanía del pueblo y revitalizando la vieja concepción de la soberanía del Parlamento(100).

Las tesis de Hume sobre la soberanía eran muy originales. Divergían de las que sustentaban los dos grandes partidos ingleses, el *tory* y el *whig* o, como él gustaba a veces escribir, siguiendo a Bolingbroke, el "partido del país" y el "partido de la Corte"(101). Hume, en efecto, discrepa radicalmente de la tesis *tory* del derecho divino de los reyes y de la obediencia pasiva, pero a la vez rechaza la fundamentación contractual del Estado, que en su versión lockeana, aunque un tanto suavizada, era consustancial a la ideología política *whig*. Se trataba, a juicio de Hume, de refutar "los

sistemas políticos especulativos propuestos en este país, tanto el religioso de un partido como el filosófico del otro"(102) . Pese a esta equidistancia, Hume dedica mucha más atención a la tesis *whig* que a la *tory*, al estar ésta, a diferencia de aquélla, en franco descrédito, como el propio Hume reconoce(103).

La enorme aportación de Hume consistió en criticar la metafísica del estado de naturaleza, del pacto social y de los derechos naturales, sustentada por el iusnaturalismo racionalista, tan en boga en su siglo, sin dejar por ello de construir una auténtica teoría del Estado, individualista y utilitaria, cuya articulación era imposible desde los esquemas conceptuales, organicistas y moralizantes, de la filosofía política tradicional, esto es, aristotélico-tomista.

La teoría humeana del Estado era, en realidad, tan individualista y tan utilitaria como la de Hobbes, el otro gran filósofo británico. Sin embargo, no hundía sus raíces, como la de éste, en un método inductivo y racionalista y, por tanto, apriorístico, sino en otro deductivo y empírico, basado en la observación y en la experiencia, en el que cobraba una gran relevancia las lecciones suministradas por la historia. Un método el de Hume de gran precisión, enormemente sugestivo e influyente(104).

Al elaborar su filosofía política de acuerdo con la experiencia y la observación, Hume critica abiertamente las verdades evidentes por sí mismas y, en general, todo axioma indemostrable empíricamente, comenzando por la idea misma de un Derecho Natural, esto es, de unas leyes válidas en todo tiempo y lugar, establecedoras de una moralidad eterna e inmutable, ya se concibiesen como emanación de la divinidad o, como Grocio había afirmado, *etiamsi daremus Deum non esse.*

Por eso, si Hobbes había destruido el viejo Derecho Natural trascendente, basado sobre todo en la filosofía jurídico-política elaborada por Aristóteles y cristianizada o despaganizada por Santo Tomás, cuya más brillante actualización se encontraba entonces en la obra de Francisco Suárez, Hume liquidó el nuevo Derecho Natural racionalista, inmanente, de cuña protestante(105), al tiempo que asestó un tremendo golpe a la Etica y a la religión naturales o racionales en sus *Dialogues Concerning Natural Religion y en su The Natural History of Religion*(106).

Hume contribuyó, así, de forma decisiva a reconstruir el pensamiento político y la Teoría del Estado(107), aunque su aportación a la teoría constitucional en sentido estricto reviste menos interés y es deudora en gran medida de Locke y de Bolingbroke.

A juicio de Hume, la sociabilidad era consustancial a la naturaleza humana, según ponían de manifiesto la observación y la experiencia(108). Pero afirmar que la sociedad era de origen natural no significaba negar que el artificio o la convención jugasen un papel fundamental en la creación de las instituciones sociales más relevantes, como la propiedad. Bien al contrario, Hume sostiene que estas instituciones no tenían un origen natural, sino que eran consecuencia de "convenciones"(109), esto es, de acuerdos que los individuos aceptaban tácitamente, conscientes de que redundaban en su común interés. Con el transcurso del tiempo, estas convenciones se convertían en auténticas reglas reguladoras de la conducta humana. Dentro de ellas, Hume destaca las "reglas de justicia", destinadas a proteger la propiedad y, en rigor, los mecanismos básicos de lo que hoy llamamos economía de mercado. En el "Tratado sobre la Naturaleza Humana"- su primer y más relevante libro- el pensador escocés recuerda que las tres principales reglas de justicia eran la "estabilidad de la posesión", la "transferencia por consentimiento" y el "cumplimiento de las promesas"(110).

Ahora bien, las convenciones no habían creado solamente las instituciones sociales y económicas más relevantes, como la propiedad y el mercado, sino también las políticas, como el propio Estado. Este, en efecto, tenía un origen artificial o

convencional. Su creación- al igual que el derecho positivo que con él nacía- se había hecho necesaria a medida que la sociedad se había ido haciendo más compleja. "La criatura humana- escribe- a medida que progresa, se ve impelida a establecer la sociedad política, a fin de administrar justicia, sin la cual no puede haber paz, seguridad ni relaciones mutuas"(111).

Hume concilia, así, el carácter artificial del Estado, afirmado enérgicamente por Hobbes y por todo el iusnaturalismo racionalista después de él, y la sociabilidad natural del hombre, que el pensamiento aristotélico-tomista había defendido para sustentar la "naturalidad" del poder público.

Pero que el Estado, en contra de lo que sostenía el iusnaturalismo tradicional, tuviese un origen convencional, no significaba que fuese fruto de un consentimiento expreso, plasmado en un pacto o contrato social, como defendía el iusnaturalismo racionalista y, en particular, Locke, que es el autor con el que Hume polemiza en este asunto, ni mucho menos que dicho consentimiento fuese el fundamento de ese Estado(112). En realidad, la existencia del pacto social no estaba probada "por la historia ni por la experiencia en época o país alguno". Antes al contrario, "casi todos los gobiernos que hoy existen o desde los que quedan recuerdo en la historia, fueron originalmente fundados sobre la usurpación o la conquista, cuando no sobre ambas, sin ninguna pretensión de libre consentimiento o sujección por parte del pueblo"(113).

Hume no niega que el consentimiento expreso y activo del pueblo, recogido en un pacto o contrato social, pudiese considerarse "una justa causa del Estado". Es más, no duda en señalar que "donde se da es sin duda la mejor y más sagrada. Lo que afirmo- agrega- es que se da muy rara vez, y casi nunca plenamente; y, en consecuencia, hay que admitir también otros fundamentos para el Estado...(pues) la razón, la historia y la experiencia nos muestran que las sociedades políticas han tenido un origen mucho menos preciso y regular"(114).

Pero Hume no sólo rechaza al contrato social por razones históricas (al fin y al cabo las menos relevantes para la argumentación contractualista, sobre todo para Hobbes e incluso para Locke), sino sobre todo por razones filosóficas. Si dicho pacto o contrato no podía considerarse la causa creadora o fundante del Estado- como se comprobaba fácilmente contrastando dicha teoría con la observación de la realidad histórica-, Hume señala que incluso allí donde tal pacto o contrato social hubiese existido alguna vez, el criterio para legitimar el Estado no se hallaba en este pacto o contrato (o en el consentimiento expreso del pueblo que tal pacto o contrato plasmaban), sino en la utilidad del propio Estado para satisfacer el interés de los súbditos. A su juicio, en efecto, los pactos celebrados por los padres no podían encadenar a sus descendientes, a no ser que éstos los aceptasen implícitamente al seguir considerándolos útiles. Por eso, el deber de obediencia al Estado no había que buscarlo en el consentimiento expreso de cada individuo, recogido en un supuesto contrato o pacto social, solemne y escrito, sino en la convicción, nacida del mero sentido común, de que sin el Estado "no podría subsistir la sociedad"(115).

En realidad, el consentimiento del pueblo, más que activo y expresamente recogido de forma solemne en un pacto o contrato social, la mayor parte de las veces era tácito y pasivo, trastocándose en la "lealtad" y "fidelidad" de los súbditos al Estado- no necesariamente encarnado en un Monarca-, por el hecho de haber nacido bajo su dominio o haber pasado a depender de él por las vicisitudes de la historia. "La obediencia y la sujeción llegan a ser tan familiares que la mayoría de los hombres no

indagan su origen o causa"(116). La legitimidad del Estado, pues, se afianzaba con el paso de los años, lo que permitía acomodar las instituciones políticas a la "opinión pública" de cada momento(117). Incluso el tiempo llegaba a legitimar lo que en principio había sido considerado alguna vez ilegítimo. Ya en el "Tratado sobre la Naturaleza Humana" había establecido que eran el "tiempo y la costumbre los que confieren autoridad a todas las formas de gobierno y a todas las sucesiones de los príncipes, haciendo que el poder, que se fundaba al principio solamente en la injusticia y la violencia, llegue a ser con el tiempo legal y obligatorio"(118). Whelan recuerda a este respecto que para Hume la *long possession* o, lo que venía a ser lo mismo, la *prescription*, sobre ser un importante principio para establecer la propiedad, como la doctrina jurídica venía afirmando desde hacía mucho tiempo, era en la práctica el más importante criterio para legitimar el Estado, cualquiera que hubiese sido el origen de éste. Tesis que nadie había afirmado hasta entonces con tanta claridad- aunque Grocio y Vattel le hubiesen desbrozado el camino- y que Burke recogería más tarde para formular su doctrina del *"prescriptive government*" o de la *"precriptive constitution"*(119).

Desde estas premisas, Hume examina la vieja cuestión del derecho de resistencia, parte esencial del debate jurídico- político sobre la soberanía, como ya sabemos. Para Hume no se trataba de justificar este derecho cuando se vulnerasen los límites jurídicos establecidos solemnemente por la comunidad en el contrato político, como se argumentaba desde el iusnaturalismo tradicional, o cuando se quebrantasen los "derechos naturales", como había hecho Locke, sino pura y sencillamente cuando el Estado- una forma concreta del mismo- dejase de ser útil y beneficioso para los individuos. Una tesis que ya había adelantado en el "Tratado sobre la Naturaleza Humana" cuando sostiene que al ser el Estado "una simple invención humana" en beneficio de la sociedad, la obligación de obedecer sus órdenes cesaba en la medida en que cesan sus beneficios, como sucede cuando se ejerce "una enorme tiranía y opresión". Supuesto en el que era lícito "alzarse incluso en armas contra el supremo poder"(120). En su ensayo *Of Passive Obedience* volverá a formular estas tesis. Aquí, tras alabar la irresponsabilidad del Rey en la Gran Bretaña(recogida en los expresivos principios *"King can do no wrong y King can not act alone"*, a cuyo través se había articulado el refrendo de los actos regios o conter-signature), afirmaba que dicha irresponsabilidad no debía identificarse con la absoluta impunidad del Monarca. Antes al contrario, cuando éste "protege a sus ministros, persevera en la injusticia y usurpa todos los poderes de la comunidad", estaba plenamente justificado recurrir al derecho de resistencia para defender la Constitución, aunque "las leyes no se refieren expresamente a este caso porque el remedio no está a su alcance dentro del curso normal de las cosas, ni pueden establecer un magistrado con autoridad suficiente para castigar las extralimitaciones del príncipe. Pero como un derecho sin sanción sería un absurdo- añade Hume-, el remedio es en este caso el extraordinario de la resistencia, cuando las cosas llegan a tal extremo que sólo mediante ella puede ser defendida la constitución". Un remedio que se había utilizado para deponer a Carlos I y a Jacobo II, aunque, a su juicio, no debía venir acompañado nunca, como había ocurrido en el caso de Carlos I, del tiranicidio, "justamente suprimido hoy por el derecho de gentes y universalmente condenado como método infame y ruin"(121).

Descartada la argumentación iusnaturalista de la soberanía popular, Hume prefiere abordar el problema de la titularidad de la soberanía en el marco del ordenamiento jurídico británico, no en abstracto, adhiriéndose a la clásica tesis de la soberanía del Parlamento. Ahora bien, Hume no se limitó a repetir las clásicas tesis de

Thomas Smith y Richard Hooker, liberándolas del añadido lockeano de la soberanía popular, sino que introdujo un matiz muy importante al subrayar la primacía de los Comunes sobre los Lores y desde luego sobre el Monarca. Una primacía que justifica al considerar que a través de la Cámara Baja se expresaba *periódicamente la opinión pública, como señala en su relevante ensayo* On the Independency of Parliament(122), publicado en 1741, durante el reinando de Jorge II y al final del largo mandato de Robert Walpole como Primer Ministro.

Hume- que en lo que concierne a las relaciones entre la Corona y las dos Cámaras del Parlamento aceptó los esquemas de la monarquía mixta y equilibrada, a su juicio la mejor forma de gobierno posible, aunque estuviese más cerca de las tesis de Walpole que de las de Bolingbroke(123)- sostiene en este escrito que el peso de la Corona residía "en el poder ejecutivo", pero reconoce que dicho poder se hallaba entonces "completamente subordinado al legislativo", pues su ejercicio requería "un gasto inmenso" y los Comunes habían hecho suyo "el derecho exclusivo de conceder créditos". El pensador escocés añade que "la parte de poder que concede nuestra Constitución a la Cámara de los Comunes es tan grande que le permite imperar de modo absoluto sobre los demás órganos del gobierno". A este respecto, considera que el poder legislativo del rey era "un contrapeso insuficiente". Así, en efecto- teniendo en cuenta, sin duda, que desde el rechazo de la reina Ana I a la *Scotish Militia Act*, en 1707, no se había negado nunca la sanción regia a una ley aprobada por las dos Cámaras del Parlamento- señala que " aunque el Monarca tiene el derecho de veto en la elaboración de las leyes, en la práctica se le concede tan poca importancia que cuando ambas Cámaras las aprueban se tiene la seguridad de que las leyes se promulgarán, pues la aprobación real es poco más que un formulismo". Por otro lado, si bien era cierto que "la Cámara de los Lores" constituía " un poderoso apoyo para la Corona, dado que sus miembros son, a su vez, sostenidos por ella", tanto la "experiencia" como la "razón" mostraban que los Lores no tenían "fuerza ni autoridad suficientes para mantenerse sin tal apoyo"(124).

Tal estado de cosas no significaba, sin embargo, que la Constitución inglesa dejase de ser una "Constitución equilibrada", por cuanto si bien era verdad que la Corona dependía de los Comunes, no lo era menos que los Comunes dependían de la "influencia" que la Corona ejercía sobre ellos, ya fuese directamente o a través de los Ministros. "La Corona tiene tantos cargos a su disposición- escribe Hume- que mientras cuente con el apoyo de la parte honesta y desinteresada de la Cámara, dominará siempre sus resoluciones, al menos en la medida suficiente para librar de peligros a la constitución tradicional". Por ello, Hume sostiene que la "influencia" regia resultaba imprescindible para mantener el carácter mixto y equilibrado de esta Constitución. Una tesis que había venido defendiendo Walpole desde 1721 contra todos los que, como Bolinbroke, le acusaban de monopolizar el poder y destruir las bases de la Constitución. "Podemos dar a esta influencia- escribe Hume- el nombre que se nos antoje; calificarla incluso de *corrupción y vasallaje*; pero es en cierto grado y especie inseparable de la propia naturaleza de la constitución y necesaria para la conservación de nuestro gobierno mixto. Por ello- concluye Hume, citando a Bolingbroke-, en vez de afirmar de modo inflexible que la dependencia del Parlamento es, en cualquier grado, una infracción de las libertades británicas, el "partido del país" debería haber hecho ciertas concesiones a sus adversarios y limitarse a examinar cúal es el grado más conveniente de esa dependencia, más allá del cual se hace peligrosa para la libertad"(125).

En cualquier caso, conviene insistir, para terminar, que a Hume más que interesarle quién era soberano, le preocupaba *cómo* se ejercía la soberanía. Era éste un punto de partida coherente no sólo con su liberalismo, sino también con sus presupuestos filosóficos más profundos y, desde luego, con su teoría del origen y legitimidad del Estado. Supuesto el Estado, lo que le importaba realmente era defender la forma de gobierno más adecuada- o, si se prefiere, más útil- para vertebrar el rule of law o, para decirlo con sus palabras, *"a government of laws, not of men"*(126), con el objeto de asegurar de manera constante y ordenada el ejercicio de la libertad. Su atención no se centra, pues, en la doctrina de la soberanía, sino en la teoría del Estado de derecho. Un Estado basado tanto en el principio de legalidad- esto es, en "el sometimiento a leyes generales y uniformes, previamente conocidas por los diversos órganos y por todos sus súbditos"(127)- como en la división de poderes y, muy particularmente, en la independencia de los jueces, pues Hume, coincidiendo en este punto con Locke, entiende que "toda la vasta máquina de nuestro gobierno no tiene en última instancia otro objetivo que administrar justicia"(128).

2. La vacilante actitud de William Blackstone.

A partir de un conjunto de conferencias dictadas en Oxford, en los años cincuenta, William Blackstone fue publicando los *"Commentaries on the Laws of England"* entre 1765 y 1769(129). En esta obra- cuyo éxito fue enorme, no sólo entre los los juristas, sino incluso entre el público culto de la época(130)- Blackstone trazó una panorámica completa del ordenamiento jurídico inglés. Algo que sólo Bracton se había atrevido a hacer antes que él, como F. W. Maitland recuerda(131).

Importa subrayar que Blackstone era un jurista muy bien dotado para la exégesis y exposición de las normas, y nadie como él hizo ambas cosas en la Inglaterra de su siglo, pese a ser éste el siglo jurídico por antonomasia en aquél país, pero carecía de talento para la construcción teórica o dogmática, como se pone de relieve cuando reflexiona sobre la soberanía.

Blackstone coincide con Hume al criticar el dualismo lockeano entre supremacía del Parlamento y soberanía popular, pero no supo salir de él, a diferencia de lo que había ocurrido con el pensador escocés. Si Hume había basado su doctrina de la soberanía del Parlamento en una coherente y penetrante crítica del iusnaturalismo, tanto del tradicional como sobre todo del racionalista de cuña lockeana, Blackstone pretendió defender la soberanía del Parlamento sin romper con el iusnaturalismo, sobre todo con el tradicional, al que en realidad sigue aferrado.

El jurista inglés, en efecto, tras negar la existencia del estado de naturaleza, " una noción demasiado tosca para ser tomada en serio"(132), menciona repetidas veces el "contrato original" suscrito entre el pueblo y el Rey desde unas premisas más cercanas a la noción tomista del *pactum subectionis* que al de un verdadero pacto social defendido por el iusnaturalismo racionalista y, muy en particular, por Locke.

A juicio de Blackstone, la revolución de 1688 habia actualizado y, en realidad, positivizado este contrato para que cesasen las disputas en torno a su contenido e incluso en torno a su propia existencia. Este contrato subsistía y a su través el pueblo inglés había impuesto al Monarca un conjunto de deberes, siendo el primero y principal de ellos el de "gobernar a su pueblo de acuerdo con la ley"(133). Un deber que el jurista inglés, sin duda influído ahora por Montesquieu, consideraba consustancial "a la Constitución de nuestros ancestros germánicos del continente"(134). En realidad, añade

Blackstone, "la limitación de la autoridad regia fue un principio esencial de todos los sistemas góticos de gobierno establecidos en Europa, aunque fuese poco a poco eliminado por la violencia y la trapacería en la mayor parte de los reinos del continente"(135).

El deber de gobernar al pueblo de acuerdo con la ley se establecía en el *common law* y se reafirmaba solemnemente en el juramento de la coronación. El jurista inglés añade que este deber- que tenía su correlato en la lealtad de los súbditos al Rey- se había afirmado repetidas veces desde los tiempos de Bracton, quien había insistido- recuerda Blackstone- en que era la ley quien hacía al rey y no a la inversa, además de distinguir con mucha claridad, como Fortescue, entre una "monarquía absoluta o despótica", establecida por conquista o violencia, y una "monarquía civil o política", como la inglesa, basada en el consentimiento de los gobernados(136).

Blackstone vuelve a referirse al "contrato original" y a defender, siempre ímplicitamente, el derecho de resistencia y la reasunción de la soberanía por el pueblo cuando señala que si "un futuro príncipe" se empeñase en subvertir la Constitución rompiendo el "contrato original entre el rey y el pueblo", las "futuras generaciones", haciendo uso de "los inherentes, aunque latentes, poderes de la sociedad, que ninguna época, Constitución o contrato pueden destruir o disminuir", estarían legitimadas para hacer abdicar al Rey, como había ocurrido en 1688 con Jacobo II(137). Poco más adelante justifica "el extraordinario recurso a los primeros principios", cuando "los contratos de sociedad están en peligro de disolución" y se establece un estado de "violencia, fraude u opresión", lo que semeja ser una cauta y elíptica defensa del derecho de resistencia frente al poder tiránico o, según sus palabras, al que actuase al margen del derecho establecido(138).

Sin embargo, Blackstone deja a un lado estos resabios iusnaturalistas- ciertamente tradicionales- y la velada alusión a la soberanía popular cuando comenta el pasaje del "Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil" en el que Locke sostenía la permanencia de la soberanía en el pueblo tras el pacto social y, por tanto, su capacidad para derrocar al Parlamento cuando éste actuase de forma contraria a la confianza que el pueblo había depositado en él. La opinión de Blackstone no deja lugar a dudas: a su juicio, la conclusión que extrae "M. Locke", podía aceptarse "en teoría", pero nunca en "la práctica", puesto que no existía ningún procedimiento jurídico para llevarla a cabo de acuerdo con el ordenamiento vigente. "Esta devolución del poder al pueblo- añade el profesor de Oxford- implica la disolución general de la forma de gobierno establecida por ese mismo pueblo...Por consiguiente- concluye- mientras se mantenga la presente Constitución inglesa, podemos afirmar que el poder del Parlamento es absoluto y sin control alguno"(139).

En realidad, Blackstone muestra expresamente su discrepancia con la interpretación lockeana de la revolución de 1688. A su juicio, la Convención que había estado al frente de esta revolución- que, sin duda, había inaugurado una "nueva era"- se había mostrado a favor de deponer a Jacobo II por haber subvertido la Constitución, pero sin aceptar en modo alguno que la "desviada conducta" del Rey acarrease "una total disolución del Estado, como "Mr. Locke" había sustentado, coincidiendo en este punto con "las extremistas y visionarias teorías de algunos republicanos". Blackstone añadía que si los argumentos de Locke hubiesen triunfado "la sociedad se hubiese reducido a casi un estado de naturaleza; las distinciones debidas al honor, al rango, a la profesión y a la propiedad hubiesen desaparecido; el poder soberano se hubiese aniquilado y con él todo el derecho positivo; lo que hubiera supuesto dejar en las manos

del pueblo la libertad de erigir a *new system of state upon a new foundation of polity*"(140).

¿ ¿Cúal era, pues, de acuerdo con la Constitución inglesa, la función del pueblo? Blackstone no duda en responder: "elegir a sus representantes", esto es, a los miembros de la Cámara de los Comunes(141). Una "rama" del poder legislativo en la que- como un siglo y medio antes habían sostenido Smith y Hooker- se hallaba representado "el conjunto del cuerpo social"(142), de tal forma que los miembros de esta Cámara, "aunque elegidos por un determinado distrito, representaban al conjunto del reino", sin que estuviesen sujetos a los mandatos de sus electores, a quienes ni siquiera debían "consultar o tomar consejo, a menos que considerasen prudente hacerlo"(143) . Es preciso tener en cuenta que Blackstone define al Estado (*state*, aunque en otras ocasiones utiliza el término de *government*) como " un cuerpo colectivo, compuesto de una multitud de individuos, unidos para su seguridad y conveniencia, con el objeto de actuar juntos como un sólo hombre... para lo que era preciso obrar a través de una voluntad uniforme.."(144), que no era otra que la del Parlamento.

En pocas palabras: Blackstone se muestra, a veces, partidario de la soberanía del pueblo y, por consiguiente, de su derecho de resistencia al tirano, mientras que otras, las más, sostiene la subordinación del pueblo a las decisiones del Parlamento soberano. Esta actitud- que merecería las críticas de algunos publicistas de los recién creados Estados Unidos de América, como James Wilson(145)- era ciertamente muy endeble desde un punto de vista intelectual o, si se prefiere, filosófico. Pero Blackstone no era un filósofo. Ni siquiera un filosofo del derecho. Era un jurista. Una jurista al que los problemas del origen y legitimidad del poder, de la soberanía y del derecho de resistencia, le resultaban embarazosos, comprometidos. No se atreve a eludirlos, pero no sabe tampoco enfrentarse a ellos de forma cómoda ni desde luego convincente. Su vacilante postura puede resumirse así: el pueblo ostenta la soberanía originariamente, la sigue conservando después de cada actualización del contrato con el Rey y, por tanto, después del arreglo de 1688, de forma que el pueblo puede hacer valer su poder ante el Rey y obligarle a abdicar cuando éste incumpla el contrato, como ocurrió en la Gloriosa revolución. Ahora bien, viene a decir Blackstone, tras haber transcurrido casi un siglo desde aquella fecha gozando el pueblo inglés de sus libertades, lo que importa ahora, y sobremanera a un jurista que se ocupa de explicar el ordenamiento positivo existente, no es perderse en disputas filosóficas sobre el origen del poder y sobre el derecho de resistencia, que las "futuras generaciones" juzgarán como estimen oportuno, sino recordar que hic et nunc el soberano, el único soberano, el verdadero soberano, es el Parlamento. Partir de este dato es genuino derecho constitucional, lo demás es filosofía jurídica o, lo que es peor, demagogia e incitación a la anarquía, a la subversión del orden existente, del que tan orgullosos están los ingleses y que tanta envidia suscita entre las demás naciones del continente europeo, que han sido incapaces de conservar su herencia "germánica" o "gótica", ese "espíritu de libertad" consustancial a esta herencia, permitiendo que los Reyes dominasen a los pueblos.

Ahora bien, ¿ ¿qué era el Parlamento y quien lo componía? Blackstone responde diciendo que era una *corporation*, un *politic* o *agregate body*, compuesto por el Monarca, los Lores y los Comunes(146). A este respecto, es preciso tener en cuenta que la postura que adopta Blackstone sobre la organización de los poderes se caracteriza por su fidelidad a la doctrina del Estado mixto, aunque- como antes había ocurrido con Hume y Bolingbroke- con el añadido de las concepciones lockeanas del "equilibrio

constitucional" y de la división de poderes, filtrada esta última, eso sí, por el tamiz de Montesquieu, lo que le llevó a reconocer un poder judicial independiente(147).

De acuerdo con tales premisas, Blackstone señala que en la Constitución británica se combinaban las tres formas puras de gobierno, la monarquía, la aristocracia y la democracia, que se encarnaban en el Rey, la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes, respectivamente, esto es, en las tres partes de ese "cuerpo político" o "corporación" llamada Parlamento británico, en quien residía la soberanía. Blackstone añade que "si el supremo poder residiese en una de las tres partes por separado, se estaría expuesto a los inconvenientes de una Monarquía absoluta, de la aristocracia o de la democracia", sin que tampoco fuese aconsejable que "el supremo poder residiese en dos de estas tres partes". Si, por ejemplo, residiese en el Rey y en la Cámara de los Lores " nuestras leyes podrían estar bien hechas y ejecutadas, pero no tendrían siempre como norte el bien del pueblo"; si residiese en el Rey y los Comunes," se necesitaría esa circunspección y cautela que sólo la sabiduría de los Pares otorgan"; en fin, si el supremo poder residiese en las dos Cámaras del Parlamento con la exclusión del rey, "se estaría tentado de abolir la realeza o de debilitar e incluso de destruir totalmente la fuerza del poder ejecutivo"(148).

Era, pues, en el Parlamento, como corporación o cuerpo agregado del Rey, Lores y Comunes, en donde residía en Inglaterra "el supremo y absoluto poder del Estado" y, por consiguiente, el poder legislativo(149), puesto que la facultad más relevante de la soberanía era, precisamente, la de crear leyes, hasta el punto de que "soberanía y poder legislativo son ciertamente términos sinónimos; uno no puede subsistir sin el otro"(150). La creación de leyes, al ser realmente soberana, no podía "estar limitada ni por razón de la materia ni de las personas". El Parlamento, añade, "tiene autoridad incontrolable y soberana en hacer, confirmar, ampliar, restringir, derogar, cancelar, revivir e interpretar las leyes o el derecho referente a materias de cualquier género, sean eclesiásticas o temporales, civiles, militares, marítimas o criminales. Siendo así, el lugar donde el poder absoluto y despótico que en todos los gobiernos debe residir en algún punto está establecido en estos reinos en el Parlamento"(151). En virtud de su soberanía, el Parlamento podía "regular o establecer de nuevo la sucesión de esta Corona, como se hizo en el reinado de Enrique VIII y Guillermo III", o bien "alterar la religión establecida en el país, como se hizo en varias ocasiones durante los reinados del Rey Enrique VIII y de sus tres hijos", o, en fin, " cambiar y establecer de nuevo incluso la Constitución de este reino y del Parlamento mismo, como hizo el Acta de la Unión(se refiere a la Ley de Unión con Escocia, aprobada en 1707) y las diversas leyes que regularon las elecciones cada tres o siete años. (El Parlamento) puede, en suma, hacer todo lo que no es imposible naturalmente; y por ello algunos, con una expresión quizá demasiado audaz, no han tenido escrúpulos en hablar de la omnipotencia del Parlamento"(152).

La soberanía del Parlamento, pues, se ponía de manifiesto ante todo en la aprobación de la ley. Norma en la que, a su vez, se reflejaba "la más alta autoridad que este reino reconoce sobre la tierra". Cuando una ley era aprobada debidamente- esto es, con el consentimiento de sus tres partes componentes, el Rey, los Lores y los Comunes- obligaba a todos los habitantes del país y de sus dominios, incluido el Rey mismo, "sin que pudiera ser alterada, adicionada, dispensada, suspendida o rechazada más que con las mismas formalidades y por la misma autoridad que la aprobó..."(153).

Ahora bien, al concebir de esta manera tan absoluta e ilimitada la soberanía del Parlamento, Blackstone volvía a incurrir en una nueva y no menos importante

contradicción. En este caso respecto de lo que había sostenido en la sección segunda de la "Introducción" a los "Comentarios", titulada *"Of the Nature of Laws in General"*. Aquí, en efecto, el jurista inglés había reconocido la existencia de un "derecho natural", inspirado en el derecho divino, que debía servir de parámetro al derecho positivo, de forma que éste no podía en modo alguno contradecirlo. "El derecho Natural- escribe Blackstone-dictado por Dios mismo, es, por supuesto, superior a cualquier otro derecho. Vincula y obliga a todos los países y en todos los tiempos: ninguna ley humana es válida si lo contradice; y la validez, fuerza y autoridad de las leyes humanas deriva, directa o indirectamente, del derecho natural(154). Tesis que resulta por completo irreconciliable con su rotunda afirmación de la soberanía del Parlamento.

Digamos ahora que esta concepción iusnaturalista, de corte tradicional, no impidió a Blackstone apelar a los "derechos naturales" del hombre, reivindicados por el iusnaturalismo racionalista, tan en boga en su época. Blackstone, mezclando premisas procedentes de una y otra corriente iusnaturalista, entiende que los derechos naturales de las personas se derivaban de "una inmutable ley natural"(155) y, siguiendo a Locke, sostiene que el fin más importante de la sociedad organizada en Estado era la protección de esos derechos(156), que él, de acuerdo nuevamente con Locke, reduce a tres: el derecho a la seguridad personal, a la libertad personal y a la propiedad privada(157).

Tal punto de partida explica que el jurista inglés examinase la organización constitucional del Estado en el marco de un Libro, el Primero de sus "Comentarios", consagrado a "los derechos de las personas", cuyo primer capítulo se titulaba: "de los absolutos derechos de los individuos".

Las reflexiones de Blackstone sobre la Teoría General del Derecho carecían, pues, no sólo de originalidad, sino, lo que es siempre muchísimo más grave, de rigor. Ernest Barker ha llegado a decir que no eran más que "una confusa mezcolanza de Locke y Montesquieu con escritores de la escuela del Derecho Natural, como Puffendorff y Burlamaqui... cuyo principal mérito fue el negativo de haber contribuido a crear, a modo de reacción, la escuela analítica del derecho, representada por Bentham y Austin"(158). Este mismo autor, refiriéndose a la frontal oposición entre las tesis que sostiene Blackstone en la "Introducción"(supremacía del Derecho Natural) y en el Libro Primero (soberanía del Parlamento), recuerda que el lector de los "Comentarios" "podía optar, a su gusto, por su doctrina de la soberanía, que Jorge III y el Parlamento británico enarbolaron contra la causa de los colonos americanos, o por su doctrina del Derecho Natural y de los derechos naturales a la vida, la libertad y la felicidad, a la que recurrió Jefferson contra la Gran Bretaña en la Declaración de Independencia(de los Estados Unidos)"(159).

Blackstone, desde luego, se sentía mucho más cómodo reflexionando sobre el Derecho desde la historia que desde la filosofía, desde lo concreto que desde lo abstracto. Por eso, en sus "Comentarios" procura transformar el debate sobre los derechos naturales de los hombres en una exposición sobre los derechos históricos de los ingleses(160). El propio Blackstone recuerda expresamente que "a los absolutos derechos de los ingleses... se les suele habitualmente llamar sus libertades". Unas libertades que, estando "fundadas en la naturaleza y en la razón", eran, a la vez, "consustanciales a nuestra forma de gobierno"(161), siendo reconocidas tanto por diversos *statutes* aprobados por el Parlamento, desde la *Carta Magna* a la Ley de Establecimiento, como por el *common law*(162). Dos tipos de normas jurídicas sobre cuya naturaleza y relación se extiende en la sección III de la Introducción, titulada *Of the laws of England*.

Blackstone, por descontado, reconoce la mayor importancia cuantitativa que en el ordenamiento inglés de su época tenía el *common law*, al que define en una ocasión como "esa antigua coleción de máximas y costumbres no escritas"(163) y cuya fuente más significativa eran los repertorios de decisiones judiciales. Los jueces, observa Blackstone, son "los depositarios del derecho, los óraculos vivientes que deben decidir en todos los casos de duda y que estan obligados por juramento a resolver de acuerdo con el derecho del país. Su conocimiento de ese derecho procede de la experiencia y del estudio... y por estar habituados durante muchos años a conocer las decisiones judiciales de sus predecesores"(164). Precisamente, el mecanismo que permitía la continuidad y la autoridad del *common law* era el precedente. Cierto que el juez a veces estaba obligado a revisarlo, pero "incluso en tales casos los jueces no pretenden hacer una nueva ley, sino liberar a la vieja de su incorrecta interpretación", esto es, las nuevas decisiones judiciales se limitaban a poner de relieve que la norma original no era "mal derecho", sino simplemente "no-derecho"(165). Como sugiere Stanley Katz, Blackstone concibe, así, al juez como un "*law- finder*" más bien que como un "*law-maker*"(166).

Ahora bien, el que reconozca la mayor importancia cuantitiva del *common law* sobre el derecho del Parlamento no le lleva a sostener la primacía de aquel sobre éste, como había hecho Edward Coke- a quien en otras ocasiones sigue- en el célebre y ya mencionado caso *Bonham*, de 1610. Por el contrario, Blackstone sostiene que "cuando el *common law* y un *statute* difieren, el primero cede su lugar al segundo", pero, a no ser que la contradicción fuese insubsanable, se debía tratar de mantener la validez de ambas normas: de la nueva, emanada directamente del Parlamento, y de la antigua, aceptada tácitamente por éste(167).

Blackstone señala, por otro lado, que ningún *statute* podía ser considerado irreformable por el Parlamento, puesto que éste, "siendo en realidad el poder soberano, siempre es igual en poder y autoridad absoluta", de modo que no podía estar vinculado a las leyes aprobadas por él mismo o por otros Parlamentos anteriores(168).

Desde estas premisas, pues, no era posible aceptar la posibilidad de que los jueces controlasen y anulasen la legislación del Parlamento cuando ésta vulnerase el derecho natural, el *common law* u otro *statute*. A juicio de Blackstone, tampoco tenía respaldo constitucional alguno afirmar que una ley contraria a la razón era inválida. "Si el Parlamento decide que se haga una cosa no razonable- escribe-, no conozco poder alguno en la Constitución que esté revestido con la autoridad para controlarlo"(169). En lo que concierne concretamente a los jueces, Blackstone añade que si se admitiese la libertad del juez para rechazar una ley del Parlamento contraria a la razón, "se pondría al poder judicial por encima del poder legislativo, lo que, a su entender, "subvertiría cualquier forma de gobierno"(170).

No obstante, Blackstone suaviza estas afirmaciones al sostener que cuando la ejecución de las leyes aprobadas por el Parlamento "resulta imposible" o cuando "de ellas se derivan consecuencias absurdas y contrarias a la *common reason*", los jueces, partiendo de la base de que tales efectos y consecuencias no fueron previstas por el Parlamento, "tienen libertad para interpretar dichas leyes de acuerdo con la Equidad y solamente *quoad hoc* inaplicarlas"(171). El jurista inglés agrega que en Inglaterra existían, asimismo, unos Tribunales de Equidad, competentes sólo en materias relativas a la propiedad, sin que en ningún caso pudiesen pronunciarse sobre asuntos de carácter penal, sometidos a un estricto principio de legalidad(172). Sin duda, la Equidad- compuesta de reglas éticas o de conciencia- era necesaria, a juicio de Blackstone, para moderar el rigor de las normas jurídicas o para adecuarlas a las circunstancias de tiempo

y lugar, como ya había advertido Grocio, a quien cita, pero agrega que era preciso ser muy cauteloso en el recurso a la equidad para no "destruir la ley"(173). Y añade: "el derecho sin equidad, aunque duro y desagradable, resulta mucho más deseable para el bien común que la equidad sin derecho, que puede convertir a cada juez en un legislador e introducir mucha confusión"(174).

Pero junto a las insalvables contradicciones que se perciben en Blackstone cuando afirma a veces la soberanía del pueblo, aunque de forma ímplicita, y otras la soberanía del Parlamento, así como cuando sostiene la absoluta libertad de éste para aprobar las leyes y, a la vez, la primacía del Derecho Natural, es preciso añadir que este autor en ocasiones se refiere al Monarca como soberano. Conviene tener en cuenta que en los "Comentarios"- muy particularmente en los capítulos VII y VIII del Libro Primero(175)- se encuentra el mejor resumen del estatuto jurídico del monarca inglés desde los tiempos de Bracton. En estos capítulos Blackstone examina la posición del Monarca, a la sazón Jorge III, de acuerdo con el derecho aprobado por el Parlamento y con el *common law*. Un derecho este último interpretado y actualizado por los jueces, que el Parlamento no había derogado, y mediante el cual se habían ido delimitando buena parte de las competencias regias, precisamente aquellas conocidas con el nombre de "prerrogativa", sobre las que el propio Blackstone se extiende, haciendo gala de una gran maestría para mezclar el rigor jurídico con el histórico(176).

Blackstone muestra cómo en virtud de los poderes de prerrogativa, el Monarca disfrutaba de un conjunto de poderes residuales o remanentes- que más tarde se llamarían de reserva- que el Parlamento había consentido en mantener. Estos poderes no eran sólo, desde un punto de vista funcional, de carácter ejecutivo- aún siendo éstos los más importantes-, sino también de carácter legislativo, pues era anexa a la prerrogativa regia la sanción y, por tanto, el veto o la facultad de rechazar aquellas propuestas del Parlamento(177).

Para Blackstone, en realidad, el Rey de Inglaterra seguía siendo "no sólo el jefe, sino el único Magistrado de la Nación", al que todos los demás órganos del Estado debían subordinarse. "En cierto modo- añade- como ocurrió bajo la gran revolución del Estado romano, todos los poderes de la antigua *Commonwealth* se han concentrado en el nuevo Emperador..."(178). En relación al Parlamento, el monarca era *"caput, principium, et finis"*, pues, aparte de participar en la elaboración de las leyes mediante su sanción, a él correspondía convocar y disolver las dos Cámaras(179).

Se trataba de una concepción del poder regio que- como recordaría A. V. Dicey- , pese a chocar con la realidad constitucional, era común a todos los juristas de entonces, que tenían la costumbre de utilizar viejos términos para designar las nuevas instituciones(180).

¿ ¿A qué se debía este divorcio entre la concepción blackstoniana del poder regio y la realidad consitucional? Pues al olvido de las convenciones constitucionales. El profesor inglés, en efecto, al abordar la posición del rey se centra sólo en su posición jurídica, delimitada tanto por el derecho parlamentario como por el *common law*, pero no tiene en cuenta, en cambio, la posición política del rey, regulada por las convenciones constitucionales que se habían ido afianzando desde la revolución de 1688.

Este punto de partida explica que Blackstone hable de la participación del Monarca en la elaboración de las leyes aprobadas por las dos Cámaras del Parlamento, sin añadir que no se había interpuesto el veto regio desde que la Reina Ana lo hiciese en

1701, como ya se ha dicho, y que, por tanto, la participación del Monarca en la función legislativa se había convertido en una mera formalidad, como había dicho Hume en su ensayo sobre la independencia del Parlamento. Pero, sobre todo, este punto de partida explica que no se refiera para nada al Gabinete a lo largo de los cuatro tomos de su obra, ni a los mecanismos para exigir la responsabilidad política de éste ante las dos Cámaras del Parlamento. Unos mecanismos muy distintos del *impeachment* o procedimiento para exigir la responsabilidad penal, al que sí hace referencia Blackstone(181).

3. El restablecimiento de las tesis humeanas en la obra de William Paley.

En 1785 vio la luz una obra notable: *"The Principles of Moral and Political Philosophy"*. Su autor era William Paley, un sacerdote anglicano, nacido en 1743, y a la sazón Archidiácono de Carlisle(182). Paley redactó sus "Principios" a partir de las conferencias que había pronunciado en la Universidad de Cambridge, en cuyo *Christ's College* se había graduado en 1763 y del que más tarde llegaría a ser *tutor* y *fellow*(183).

En esta obra, especialmente en su libro VI, titulado *Elementos de conocimiento político*, Paley repasa los aspectos más destacados de la teoría política y constitucional del siglo XVIII. En este repaso, aunque sea extremadamente parco al citar las fuentes en que se inspira, queda patente la huella de Hume, visible sobre todo cuando se enfrenta al problema del origen de la sociedad y del Estado, que a su juicio se hallaba en la autoridad patriarcal o en la imposición militar(184), nunca en un contrato social, como habían sustentado tantos autores, a la cabeza de los cuales era preciso mencionar al "venerable Locke"(185) . Ya se considerase dicho contrato como un "hecho" o como una "ficción"(186), esto es, ya se afirmarse su existencia histórica o se aceptase tan sólo como mera hipótesis, la idea del contrato social, sobre ser falsa, resultaba innecesaria para dar cuenta del origen y naturaleza de la sociedad y del poder público(187). Las conclusiones que se extraían de la idea del contrato social eran, además, peligrosas, como acontecía con el reconocimiento de una legislación fundamental establecida por una Asamblea o Convención popular, superior al Parlamento legalmente constituido, en la que se recogían unos derechos supuestamente "inherentes", "inalienables" y "permanentes", cuya violación legitimaba el derecho a la rebelión contra la autoridad del Estado(188).

En pocas palabras, además de rechazar la noción de pacto social por razones intelectuales, Paley desconfiaba de ella por su proclividad a la revolución- o, aunque el publicista inglés no lo expresase con estas palabras, por venir asociada a la vieja distinción lockeana entre "soberanía del pueblo" y "supremacía del Parlamento"-, como se había puesto de manifiesto durante las recién emancipadas colonias inglesas de América, una experiencia que Paley tiene bien presente al redactar los "Principios", y como ocurriría pocos años después en Francia.

Como alternativa a esta doctrina iusracionalista, Paley, siguiendo de nuevo a Hume, defiende la doctrina de la soberanía del Parlamento y recuerda que en Inglaterra ninguna ley aprobada por éste podía ser inconstitucional, puesto que en ese país los términos "constitucional" e "inconstitucional" no significaban otra cosa que "legal" e "ilegal"(189). Algo ciertamente encomiable, a su juicio, pues permitía que las leyes políticamente más relevantes, como las relativas a "la familia del príncipe, al orden sucesorio, a la prerrogativa de la Corona, a la forma y estructura del legislativo, junto con sus respectivos poderes, así como a su organización, duración y mutua dependencia

de sus partes", aunque merecedoras de un trato deferente, fuesen modificadas por el Parlamento de la misma forma que las demás leyes, cuando la conveniencia o utilidad lo requiriese(190).

Estas leyes, y otras no menos importantes, como las relativas a la organización y funcionamiento de la Administración de Justicia, formaban la Constitución británica, "cabeza, sección o título del código de Derecho Público", cuyas fuentes eran, además de las leyes o *statutes* aprobadas por el Parlamento, las decisiones de los Tribunales y los usos inmemoriales(191). Esta Constitución articulaba un "estado mixto" o, lo que venía a ser lo mismo, una "monarquía limitada", en la que se combinaban tres clases de gobierno: la monarquía, la aristocracia y la república, representadas cada una de ellas por el Rey, la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes, respectivamente. La bondad de esta forma mixta de gobierno consistía en unir las ventajas de las tres formas simples, excluyendo sus inconvenientes.

Unas ventajas y unos inconvenientes que Paley analiza más adelante de forma minuciosa, trazando una brillante síntesis de la doctrina de la Constitución mixta y equilibrada(la más penetrante de todo su siglo, a juicio de M. J. C. Vile(192)), aunque por aquel entonces esta doctrina poco tuviese que ver con la realidad constitucional, dado el notable desarrollo que había alcanzado ya el sistema parlamentario de gobierno- del que Paley es consciente(193)-, sobre todo después de la dimisión de Lord North, en 1782.

IV. De Bentham a Dicey.

1. Jeremy Bentham y la soberanía del cuerpo electoral.

Entre el último tercio del siglo XVIII y el primer tercio del XIX va dándose a conocer la obra de Jeremy Bentham. Una de las más singulares e influyentes de su época. Su primer libro fue *A Fragment on Government*. Lo publicó en 1776, cuando Bentham tenía sólo veintiocho años, y en él se adelantaban buena parte de las ideas claves de la filosofía utilitaria, que defendería a lo largo de toda su dilatada vida. Este libro era una especie de ajuste de cuentas con William Blackstone- su viejo maestro de Oxford, a cuyas clases de derecho había asistido en 1763(194)- y, al que dedicaría también otro libro, *A Comment on the Commentaries*, que permanecería inédito hasta 1928(195). Su obsesión con la obra de Blackstone- tan influyente y a la vez, a juicio de Bentham, tan plagada de conformismo, tópicos y contradicciones- duró toda su vida. Hasta el punto que muy al final de ella estaba dándole vueltas a un libro, que nunca llegó a concluir, titulado *"A Familiar Views of Blackstone: or say Blackstone Familiarized"*(196).

Bentham encabezó su *A Fragment on Government* con una frase extraída del "Espíritu de las Leyes", de Montesquieu(concretamente del cap. XV del Libro XXX), que en la pluma del joven pensador inglés se convertía en una ácida referencia a los "Comentarios" de Blackstone:" *rien ne recule plus le progrès des connaissances qu'un mauvais ouvrage d'un auteur celèbre: parce qu'avant d'instruire, il faut commencer par d'étromper"*.

Lo que menos soportaba Bentham era el autocomplaciente análisis que Blackstone había hecho del ordenamiento jurídico inglés, que tan bien resumía la frase, repetida por el autor de los "Comentarios": "todo es como debe ser". Bentham le reprocha a su antiguo maestro el no haber sabido distinguir entre dogmática jurídica y política legislativa o, según su propia terminología, entre jurisprudencia expositiva y

jurisprudencia crítica, lo que le había llevado a confundir lo que el derecho es y lo que debía ser. Esto último era, en realidad, lo que preocupaba a Bentham y lo que seguiría preocupándole en adelante, pues nunca pretendió exponer el ordenamiento vigente, sino reformarlo en profundidad. El inglés y cualquier otro ordenamiento que no se ajustara a las ideas utilitarias. Dicho con sus propias palabras: Bentham no fue un *expositor* del Derecho, como Blackstone, sino un censor. "... Al primero corresponde explicarnos- señalaba Bentham en el Prefacio a *A Fragment of Government*- lo que la ley es; al segundo, indicarnos lo que él cree que la ley debe ser. Por eso, el *expositor* se ocupa, principalmente, de determinar o inquirir los hechos; el *censor*, de discutir las razones... El ser del Derecho es enteramente diferente en los diversos países, mientras que lo que *debe ser* es muy semejante. Por eso, el *expositor* es siempre ciudadano de uno u otro país en particular, en tanto que el *censor* es o debe ser ciudadano del mundo..."(197).

En esta su primera obra, el joven Bentham estaba de acuerdo en que en la Gran Bretaña la soberanía residía en el Parlamento e incluso que allí debía seguir residiendo. Su opinión, pues, no era muy distinta por ahora de la que había sustentado antes David Hume, al que tanto debe la filosofía utilitaria de Bentham, o incluso de la que mantenía por esas mismas fechas Edmund Burke. Un autor que había defendido, además, el carácter puramente representativo del mandato de los miembros de la Cámara de los Comunes en su célebre *"Bristol Adress"*, de 1774, con unos argumentos expuestos con gran brillantez, pero no enteramente originales, pues ya estaban in nuce en las obras de Smith y Hooker y de forma explícita en los "Comentarios" del propio Blackstone(198).

En punto a la soberanía, Bentham coincide incluso con Blackstone al señalar el peligro que supondría para el Parlamento admitir que sus actos y sus leyes pudiesen ser anuladas por los jueces: "dése a los jueces el poder de anular sus actos (del Parlamento) y se transferirá el poder supremo de la asamblea en cuya elección el pueblo ha tenido, al menos, *alguna* participación, a un grupo de hombres en cuya elección no ha participado en absoluto"(199).

Lo que, en cambio, no toleraba Bentham era el ambiguo y contradictorio retorno de su viejo y denostado maestro a las tesis contractualistas. En realidad, "la preocupación dominante en el "Fragmento sobre el Gobierno" es la de rechazar los tópicos fundamentales que servía de base a la doctrina *whig*, y de modo especial la ficción del contrato originario"(200). Bentham, en efecto, refiriéndose al autor de los "Comentarios" escribe: "... en cuanto al contrato originario, alternativamente defendido y ridiculizado por nuestro autor, quizá valga la pena dedicarle algunas páginas para llegar a una noción precisa acerca de su utilidad y realidad. El hecho de que en tiempos anteriores, y aún hoy, se haya llamado la atención sobre el mismo lo hace merecedor de que lo tomemos en consideración. Por mi parte, siempre creí, hasta que tuve conocimiento de la referencia de nuestro autor, que dicha quimera había sido, en realidad, demolida por Hume. Creo que no se oye hablar tanto del contrato como antes. Las indiscutibles prerrogativas de la humanidad no necesitan apoyarse sobre los movedizos fundamentos de una ficción"(201).

El publicista inglés se burlaba también en esta obra de la laudatoria y ya anticuada interpretación que Blackstone había hecho de la Monarquía británica como monarquía mixta y equilibrada, basada en la independencia del Rey, de los Lores y de los Comunes. Una interpretación que Edmund Burke había puesto en solfa de forma muy incisiva en *Thoughts on the Cause of the Present Discontents*, un opúsculo que había visto la luz en 1770(202). Bentham ponía de manifiesto, como antes había hecho Burke, que el Rey y las dos Cámaras del Parlamento, lejos de ser tres órganos o partes "enteramente independientes", como Blackstone había afirmado- en parte, alejándose de lo dicho por Hume-, estaban extrechamente conectados entre sí: "... Quienes consideren

la influencia que el Rey y muchos Lores ejercen sobre la elección de los miembros de la Cámara de los Comunes, el poder que el Rey tiene para disolver, con una simple advertencia, dicha Cámara; quienes consideren la influencia que el Rey tiene sobre ambas Cámaras, mediante la concesión de dignidades y cargos y la destitución de los mismos; quienes consideren que el Rey, por otra parte, depende para su diario sustento de ambas Cámaras, pero, sobre todo, de los Comunes (por no mencionar otras muchas circunstancias que podrían apuntarse), podrán juzgar de la verosimilitud de las opiniones de nuestro autor (esto es, de Blackstone) cuando tan rotundamente formula tal aserción"(203).

En un breve opúsculo escrito en 1795 con el título de *Anarchical Fallacies*, que sólo alcanzó gran difusión en Inglaterra y en la Europa continental después de que lo tradujese Etienne Dumont al francés en 1816(204), Bentham, dirigiéndose ahora a los revolucionarios franceses, criticó de nuevo las doctrinas de la soberanía popular(o más exactamente de la soberanía nacional) y de la división de poderes, que Tom Paine- "el más conspicuo representante inglés de las doctrinas de los revolucionarios franceses"(205)- había defendido en su muy influyente libro *"Rights of Man"*, que vio la luz en 1791(206). Paine- que en 1776 había dado a la imprenta una obra muy crítica con el sistema constitucional británico, titulada *Common Sense*(207)- sostenía ahora, en abierta polémica con las "Reflexiones sobre la Revolución Francesa", de Burke, que para garantizar los derechos "naturales" del hombre era preciso vertebrar un Estado Constitucional inspirado en la soberanía popular o nacional y en una rígida división de poderes, como habían hecho los americanos en la Constitución de 1787 y los franceses en la Declaración de Derechos de 1789 y en la Constitución de 1791. De ahi su rechazo a una Constitución como la británica, basada en los derechos históricos de los ingleses, no en los derechos "naturales" y racionales del hombre; en la soberanía del Parlamento, del que formaban parte un Rey hereditario y unos Lores aristócraticos, no en la soberanía del pueblo o de la nación, a quien pertenecía "en todo momento" el "derecho inherente e inderogable de abolir cualquier forma de gobierno que considere inconveniente, y establecer la que convenga a sus intereses, su agrado y su felicidad"(208); una Constitución, en fin, cuyo sistema mixto de gobierno era "un todo imperfecto", cuyas partes discordantes sólo podían fusionarse "mediante la corrupción"(209).

Desde luego, Bentham detestaba tanto como Paine el historicismo romántico de Burke y su doctrina de la *"prescriptive constitution"*, basada en el precedente, en el prejuicio, en la continuidad histórica, pero al igual que Burke, e incluso todavía más que él, detestaba el iusnaturalismo racionalista de Paine, tan influido por Rousseau. Sus tesis sobre la soberanía y sobre la organización de los poderes del Estado eran, por eso, muy distintas a las de Paine y lo seguirían siendo incluso cuando Benhtam abrazó el ideal democrático, como se verá dentro de poco.

En lo que concierne a la doctrina de la soberanía, glosando el artículo tercero de la célebre Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Constituyente francesa el 26 de Agosto de 1789, en el que se proclamaba que "la soberanía reside esencialmente en la Nación y que, por consiguiente, ninguna corporación ni individuo podían ejercer otra autoridad que no se derive expresamente de ella", Bentham sostuvo que, al menos con carácter general, como hacía este artículo, era insostenible afirmar que " la autoridad que no se fundase en una elección popular, en un mandato expreso de la nación, era una autoridad usurpadora, contraria al derecho natural y, por tanto, nula", pues ello supondría considerar usurpadores y nulos a todos

los gobiernos existentes, excepto "algunas repúblicas democráticas". La máxima que contenía este artículo era, pues, "un instrumento de revolución"(210). Una interpretación sin duda incorrecta, pues los mismos que aprobaron este artículo no dejaron de vertebrar una Monarquía hereditaria.

En lo tocante a la doctrina de la división de poderes, Bentham afirmó que en un Estado debía existir un poder soberano, de tal forma que más que de división de poderes era preferible hablar de división de funciones. Así, al comentar el artículo 16 de la mencionada Declaración de Derechos, Bentham señalaba que la separación de poderes, que este artículo consagraba como principio esencial de toda Constitución, era "una idea confusa sacada de una antigua máxima política: *divide et impera*... Los poderes separados e independientes no forman en modo alguno un conjunto. Un Estado así constituido no podría mantenerse. Si es necesario un poder supremo al cual todas las ramas de la Administración estén subordinadas, habrá distinción en las funciones, pero no habrá división del poder, pues un poder que no se ejerce más que según las reglas trazadas por un superior, no es un poder separado, es una rama de ese poder superior, y tal como él se lo ha dado, lo puede también recuperar; tal como le ha determinado la forma de su ejercicio, puede también modificar esa forma a su gusto"(211).

Pero a esta primera etapa de Bentham, caracterizada por un positivismo conservador, reformista y antirevolucionario, sucede una segunda, que se caracteriza por un positivismo democrático, que se plasma sobre todo en el *"Constitutional Code"*(212), en donde sus tesis sobre la soberanía, aunque no sobre la división de poderes, cambian de forma sustancial. En el *"Constitucional Code"*- su obra magna, a juicio de muchos estudiosos del filósofo inglés(213), cada vez más interesados en ella(214)- Bentham, ya en la recta final de su vida, se apartó, en efecto, de la doctrina tradicional de la soberanía del Parlamento, mostrándose partidario de la soberanía popular, aunque sin abandonar sus premisas positivistas, que tanto le alejaban del también demócrata, pero iusnaturalista, Paine.

El proceso de gestación del "Código Constitucional" resultó harto complicado. Comenzó a redactarlo en 1822, cuando Bentham tenía casi 74 años. Diez años después, la muerte le sorprendió sin acabarlo, aunque en 1830 apareció un primer volumen, el único que vio la luz durante la vida de su autor, con el título *"Constitutional Code; for the use of All Nations and All Governments professing Liberal Opinions"*(215). Bentham sostiene el principio de soberanía popular al comienzo mismo del "Código Constitucional"(216), aunque desde unos supuestos puramente positivistas y utilitarios, que le llevan, a la postre, a sustituir la noción, siempre abstracta, de "pueblo" por la mucho más concreta de *"Constitutive Authority"*, compuesta por los ciudadanos a los que el ordenamiento confería el derecho electoral activo, esto es, todos los varones mayores de 21 años capaces de leer(217). En el pueblo, así entendido, residía la soberanía, no sólo la titularidad de la misma, sino también buena parte de su ejercicio, pues a él correspondía, por ejemplo, elegir a la Asamblea Legislativa(218).

Razonando de este modo, Bentham distingue entre soberanía popular y supremacía del Parlamento, entre *"Constitutive Authority"* y "*Legislature*". El Parlamento, debía ser un órgano "omnicompetente", pero no "omnipotente" y, por tanto, debía estar sometido, no a "límites", pero sí a diversos "controles"(219). A este respecto, defiende la revocación del Parlamento a iniciativa de la cuarta parte de los electores, quienes también podían destituir a los miembros del ejecutivo y del judicial y exigirles su responsabilidad a través de la *Legislation Penal Judicatory*(220).

En el *"Constitucional Code"*, en cambio, Bentham se mantiene fiel a su antigua crítica a la doctrina de la divisón de poderes, a la que califica de "absurda" e insiste en la necesidad de sustituir la idea de "división " por la de "dependencia" de los diversas poderes del Estado al órgano elegido por el pueblo, aunque en una línea mucho más próxima a la de un sistema asambleario de gobierno que a la de un sistema parlamentario. En realidad, después del electorado, el Parlamento se configura como el órgano central del Estado en el modelo que sustenta Bentham en esta obra. Todos los demás órganos, y primordialmente el ejecutivo, debían estar subordinados a aquél.

El Parlamento, en efecto, debía designar a un "Primer Ministro", que en cualquier caso no debía ser llamado Presidente, como en el caso de los Estados Unidos, a pesar de representar este país el modelo constitucional al que el publicistas inglés se sentía más próximo. Ahora bien, el Primer Ministro no era miembro del Parlamento y no tenía siquiera acceso a él, salvo invitación expresa, de tal forma que se comunicaba con el Parlamento por escrito, debiendo informar exhaustivamente sobre toda la actividad de gobierno. El Primer Ministro, en cambio, podía ser destituido por el Parlamento, aunque Bentham no mencione explícitamente ni la moción de censura ni el voto de confianza. Asimismo, podía ser revocado por el pueblo, esto es, por los electores. El principal cometido que Bentham confería al Primer Ministro era el de ejecutar las órdenes del Parlamento, así como el de nombrar y separar a los Ministros y dirigir la Administración civil y militar(221). Los Ministros, por su parte, tenían voz, pero no voto en el Parlamento, pudiendo ser destituidos por éste y por el pueblo, además de por el Primer Ministro(222).

Las tesis que defendía Bentham en el "Código Constitucional" estaban, pues, muy alejadas de la realidad constitucional inglesa, tanto de la que existía entonces como de la que se iría vertebrando en el futuro, pero no cayeron en saco roto. Al contrario, su influjo sería muy grande en buena parte de la crítica democrática sustentada por la izquierda británica a lo largo de los últimos ciento cincuenta años.

2. John Austin y la Cámara de los Comunes como *"trustee"* del electorado.

Una de las reflexiones más profundas sobre la soberanía en la historia del pensamiento británico es la que lleva a cabo John Austin en un libro que se publica por vez primera en 1832, es decir, en el mismo año en que se aprueba la decisiva Reform Act, que tanto influiría en el avance del Cabinet System e incluso de la democracia en la Gran Bretaña. Este libro se titulaba "*The province of Jurisprudence Determined*" y en él se recogían una serie de conferencias que Austin había venido pronunciando desde 1829 en la recien creada Universidad de Londres(223). La influencia de Hobbes y Bentham se percibe con nitidez a lo largo de sus páginas. Austin, por supuesto, se separó del autor del *Leviathan* en algunos puntos esenciales, como, por ejemplo, en todo lo relativo al origen del poder, pero no tuvo reparo alguno en confesar que no conocía otro escritor posterior, "excepto nuestro gran contemporáneo Jeremy Bentham", que hubiese formulado tantas verdades en lo relativo a la estructura del Estado y a las más importanes categorías jurídicas(224) . El influjo de Bentham sobre Austin fue asimismo muy notable, sobre todo en el plano de la filosofía jurídica, pues en el plano político los puntos de vista de Austin eran más conservadores(225).

En esta obra Austin aborda, con un extraordinario rigor y con un estilo muy claro y preciso, algunos problemas esenciales para comprender el sistema británico de

gobierno desde un punto de vista jurídico. Ciertamente, las conferencias de Austin no formaban un Curso de Derecho Constitucional, sino de "Jurisprudencia", como su título indica, esto es, de Teoría General del Derecho(226) . Por ello, solo de pasada examina lo que en alguna ocasión llama muy significativamente"el intrincado y enmarañado sistema conocido como Constitución británica"(227). Lo que no impide que las reflexiones del gran jurista inglés resulten muy interesantes para captar mejor la doctrina británica de la soberanía.

Austin, siguiendo a Bentham, entiende que el fin de toda organización política, fuese cual fuese su forma de gobierno, debía ser la de conseguir el mayor avance posible de la felicidad humana(228). Desde este punto de vista, el Estado, como había dicho Locke, debía legitimarse en el "consentimiento" de los gobernados y solo el pueblo podía considerarse la fuente legítima del poder público(229). Ahora bien, ello no significaba aceptar la teoría contractualista a la hora de explicar el fundamento del Estado y su fundación histórica. Es más: la hipótesis del pacto social le parece innecesaria y perjudicial(230). A su entender- coincidente con el de Hume y Bentham- no era posible hablar de contrato antes de la existencia del derecho ni, por tanto, del Estado, además de que resultaba imposible explicar históricamente la existencia de un contrato social(231) . La Constitución de cada Estado y, por tanto, la forma de gobierno con que éste se configuraba, eran, en realidad, el fruto de varias generaciones y no el resultado de un contrato original(232).

Una de las formas de gobierno más peculiares era la conocida con el nombre de "Monarquía limitada". Una forma de gobierno que no podía calificarse de monárquica, sino de aristocrática, pues no era uno el que ejercía el poder, sino varios. El Rey en una Monarquía limitada compartía la soberanía con otros: con el Parlamento, por ejemplo. En rigor, el término "Monarquía limitada" encerraba una contradicción en los términos, pues si era Monarquía no podía ser limitada y si era limitada no podía ser Monarquía. Allí donde el Rey no era soberano carecía de sentido hablar de Monarquía. Por tanto, la susodicha "Monarquía limitada" debía considerarse un tipo de gobierno aristocrático, pero no monárquico, como Hobbes había dejado claro en el *Leviathan*, su obra maestra(233).

Precisamente, la forma de gobierno existente en Inglaterra era la "Monarquía limitada". Allí el Rey compartía el poder con la Cámaras de los Lores y de los Comunes. Las tres partes juntas formaban el Parlamento, en donde residía la soberanía(234). Aunque, en realidad, para Austin no era la Cámara de los Comunes, sino el cuerpo electoral que se encargaba de elegirla periódicamente, el órgano en quien residía la soberanía, junto al Rey y a la Cámara de los Lores. Esto es, Austin señala que el Rey y los Lores junto a la Cámara de los Comunes formaban un " cuerpo tripartito que era soberano o supremo". "Pero - añade- hablando con mayor exactitud, los miembros de la Cámara de los Comunes son meros depositarios (*trustees*) del cuerpo electoral que los eligió y, por consiguiente, la soberanía reside siempre en el Rey y los Lores junto al cuerpo electoral que elige la Cámara de los Comunes"(235).

Austin se muestra muy crítico con la doctrina de la división de poderes, sobre todo con la distinción entre los poderes legislativo y ejecutivo, tal como la habían sustentado los tratadistas ingleses, particularmente Blackstone. Para Austin, distinguir entre la facultad de establecer leyes u otras normas jurídicas y la facultad de ejecutarlas, resultaba siempre muy impreciso, entre otras cosas porque lo que se entendía por función ejecutiva (en la que Austin incluía no sólo la administrativa, sino también la

judicial) implicaba o podía implicar el ejercicio de funciones legislativas. En realidad, Austin pensaba, como ya era habitual en su época, que la doctrina de la división de poderes sustentada por Blackstone y por otros célebres publicistas del siglo XVIII era "tan evidentemente falsa que su examen no duraba ni un minuto". Para probar su falsedad, Austin no menciona, como era sólito desde Burke y Bentham, la estrecha conexión entre el Gabinete y los Comunes, en la que por esos años insistían Lord Russell y J. J. Park(236), sino que prefiere acudir a otros ejemplos menos trillados. Así, el gran jurista inglés señala que muchas de las leyes elaboradas por el Parlamento británico eran "subsidiarias", esto es, estaban pensadas para la correcta ejecución de otras, lo cual significaba que cuando el Parlamento británico las elaboraba no estaba, en rigor, legislando, sino llevando a cabo una función ejecutiva, lo mismo que cuando los Tribunales de Justicia para aplicar el derecho expedían reglas de procedimiento en sus Sentencias y Autos, esto es, mediante mandatos expedidos para casos particulares por la Judicatura(237). Austin observa también que en la Gran Bretaña la función judicial era ejercida directamente por el Parlamento cuando aprobaba un *Act of Attainder* con el objeto de castigar una conducta ex post facto, esto es, sin una previa tipificación legal(238). Por último, resultaba evidente para Austin que el Rey no sólo ejercía funciones ejecutivas, sino también otras de carácter legislativo, por ejemplo cuando, como Capitán General, redactaba normas jurídicas relativas a la organización militar. Del mismo modo que la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes llevaban a cabo funciones de carácter judicial y, por tanto, ejecutivo o administrativo, cuando la primera, en las causas civiles, se convertía en el definitivo Tribunal de Apelación y la segunda se pronunciaba sobre la validez o invalidez de la elección de sus miembros(239).

Austin concluía afirmando que la forma más precisa de encarar la organización de los poderes del Estado consistía en distinguir entre poderes "supremos" y "subordinados". Los primeros eran los que ejercía por sí mismo el soberano, que en Inglaterra no era otro que el Rey, la Cámara de los Lores y el cuerpo electoral encargado de elegir a los Comunes; los segundos, eran los que ejercían las autoridades delegadas que actuaban en su nombre, como ocurría con los Tribunales de Justicia o incluso con el Rey, la Cámara de los Comunes y la de los Lores, cuando estos tres órganos no obraban como parte del cuerpo soberano, esto es, del Parlamento, sino como miembros independientes de éste(240).

Austin distingue entre normas jurídicas y convenciones, de acuerdo con un concepto puramente positivista del derecho, heredado de Hobbes y Bentham, equivalente al mandato del soberano, quien podía establecer directamente las normas jurídicas(como ocurría en Inglaterra con las leyes) o a través de una autoridad subordinada(como ocurría en este país con el derecho judicial), o bien permitiendo la creación jurídica a los particulares, como acontecía en el campo del derecho privado(241). Las normas jurídicas sólo eran tales cuando podían ser alegadas ante los Tribunales y aplicadas por éstos. De ahí que las costumbres o convenciones no fuesen normas jurídicas, sino "reglas de conducta" en las que se expresaban principios políticos, éticos y morales(242). Unas "reglas de conducta" enormemente importantes en el Derecho público inglés:" ... en la medida en que el derecho público concierna al soberano, es claro que gran parte de este derecho no es propiamente derecho, sino simplemente moralidad positiva o máximas éticas"(243). Así ocurría con las reglas que determinaban "la Constitución del Estado" o que fijaban los fines y procedimientos de los poderes públicos. Unas reglas, no jurídicas en sentido estricto, cuyo conocimiento era "absolutamente necesario" para conocer las normas jurídicas propiamente dichas, ya

fuesen de origen parlamentario (*statute- laws*) o ya procediesen de los Jueces (*judiciary law*)(244). En realidad, en Inglaterra el derecho "no podía entenderse sin un conocimiento de la Constitución del Parlamento y de las diferentes reglas (rules) por las cuales el cuerpo soberano legisla, aunque es manifiesto que gran parte de las reglas que determinan la Constitución del Parlamento así como de aquellas otras que éste sigue al legislar, son tan sólo derecho impuesto por la opinión de la comunidad o meras máximas éticas que el Parlamento observa espontáneamente"(245), esto es, o simples costumbres o convenciones, a las que Austin niega su naturaleza jurídica propiamente dicha al no ser exigidas por los Tribunales, o bien simples "reglas de corrección constitucional".

Sostenía Austin que era una contradicción en los términos hablar de "limites de la soberanía". El soberano no podía estar sometido a limites jurídicos(246). Ciertamente, en toda "sociedad políticamente independiente", esto es, en todo Estado, existen máximas que el soberano habitualmente observa en sus relaciones con la sociedad, pero tales máximas no son derecho, propiamente hablando, esto es, legalidad positiva, sino moralidad positiva; no forman parte del ordenamiento jurídico, sino del ordenamiento constitucional(247). Contra el soberano, pues, ya sea el Monarca o el Parlamento, no es posible establecer unos limites "legales", sino solo "constitucionales"(248).

De este modo, Austin establecía la capital distinción(más bien contraposición), en el seno del derecho público inglés- sobre todo para el estudio de la Monarquía parlamentaria- entre "legalidad" y "constitucionalidad", esto es, entre las normas jurídicas, creadas por el Parlamento o por los Jueces, y las convenciones constitucionales. De tal suerte que una ley podía, a su juicio, ser "inconstitucional", pero no ser por ello "ilegal"(249) . Si, por ejemplo, " una ley del Parlamento británico atribuyese la soberanía al Rey o a éste y a la Cámara Alta o a la Cámara Baja, alteraría esencialmente la estructura de nuestro Estado actual y podría, por consiguiente, ser considerada con propiedad una ley inconstitucional... Pero llamarle ilegal sería absurdo, pues en la actualidad el Parlamento es el soberano en el Reino Unido y, por tanto, es el autor, directa o indirectamente, de todo el derecho positivo, correspondiéndole a él en exclusiva establecer lo que es justo e injusto jurídicamente"(250).

Pero aunque no era posible establecer límites jurídicos, sino sólo morales (dicho de otra forma: límites constitucionales, pero no legales) al soberano, es decir, al Parlamento, de acuerdo con la Constitución inglesa, ello no implicaba que tomados por separado los miembros del Parlamento, ya fuese la Cámara de los Lores, los Comunes o el Rey, dejasen de estar sujetos al derecho, además de a la "moralidad positiva". En lo que concierne al Rey, el derecho inglés consagraba la irresponsabilidad jurídica y política del Monarca, pero ello no era óbice para que, tomado separadamente, estuviese obligado jurídica y políticamente, esto es, de acuerdo con la ley y con la Constitución, a cumplir y acatar las leyes aprobadas por el Parlamento en su conjunto, aunque el ordenamiento no podía prever sanción alguna en el caso de que no lo hiciera(251).

En un interesante estudio, Sara Austin confiesa que el libro de su marido no tuvo demasiada resonancia(252), a diferencia de lo que había ocurrido con las conferencias en las que se había basado (que no se publicarían completas hasta 1861, junto a un Curso que impartíra John Austin en el *Inner Temple*, en 1834(253)). Recientemente, sin embargo, Wilfrid E. Rumble ha mostrado que en la Gran Bretaña algunas revistas jurídicas y otras de carácter más general de inmediato se hicieron eco

del libro de Austin que se acaba de comentar, tanto en la primera edición de 1833 como en la segunda de 1861(254) , mientras que, en cambio, sus clases no habían tenido demasiado éxito(255).

Lo que está fuera de duda es que las reflexiones de Austin en *The province of Jurisprudence determined* alcanzarían un enorme influjo en el pensamiento jurídico y político anglosajón desde, cuando menos, la segunda mitad del pasado siglo. El eco de estas reflexiones- algo más que el eco, en realidad- se percibe, por ejemplo, en las *Considerations on Representative Government*, que en 1861 escribió John Stuart Mill(256), pero su influjo fue especialmente importante en la obra de Albert Venn Dicey, el más destacado iuspublicista británico del siglo XIX, del que se hablará a continuación.

3. A. V. Dicey y la distinción entre "soberanía jurídica" y "soberanía política".

Dicey es sobre todo el autor de un libro que tendría una enorme repercusión en la doctrina del siglo XX: *Introduction to the study of the law of the Constitution*, cuya primera edición es de 1885(257). En este libro se aprecia no sólo el decisivo impacto de John Austin, sino también el de Bentham y, en último término, el de Hobbes, quien con toda justicia puede considerarse el precursor del positivismo jurídico moderno, sin démerito del papel estelar de Hume y Kant. Este marcado ascendiente intelectual, sin embargo, no fue óbice para que Dicey sostuviese unas tesis muy distintas a las que habían sustentado Hobbes, Bentham e incluso Austin en lo tocante al sujeto de imputación de la soberanía.

En rigor, puede decirse que la postura de Dicey consistía en liberar a las tesis de Blackstone sobre la soberanía del Parlamento de todas sus contradicciones, con la ayuda del método positivista, y en adaptarlas a la realidad jurídica de la segunda mitad del siglo XIX. A resultas de ello, Dicey formula una teoría de la soberanía, no original, pero sí coherente, clara, precisa y actualizada; expuesta, además, con una gran brillantez. Cualidades que explican su éxito posterior.

Con una firmeza hasta entonces desconocida, Dicey sostuvo que en la Gran Bretaña- o en Inglaterra, como él prefiere decir(258)- no había otro soberano que el Parlamento. Una institución que, a su juicio, era preciso entender como el ayuntamiento de tres corporaciones (*bodies*): la Reina, la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes(259). Así entendido, la soberania del Parlamento- y no su mera supremacía- era, desde un punto de vista jurídico, "la característica dominante" de las "instituciones políticas" británicas(260).

El principio de soberanía del Parlamento significaba ante todo que en éste residía "el derecho de hacer o deshacer cualquier clase de ley" y que, por consiguiente, ninguna persona o corporación estaba autorizada por el Derecho de Inglaterra "para anular o derogar la legislación del Parlamento"(261). Ahora bien, como para Dicey, fiel al positivismo, sólo podía hablarse de normas jurídicas cuando éstas fuesen "aplicables forzosamente por los Tribunales de justicia"(262), el principio de soberanía del Parlamento implicaba que estos Tribunales "debían acatar *cualquier Act of Parliament*, o una parte de ella, que consistiese en aprobar una nueva ley o en derogar una anterior de forma parcial o total"(263).

Formulado en sentido negativo, del principio de soberanía del Parlamento (cuyos antecedentes legales y doctrinales trata de rastrear en la obra que ahora se glosa(264)), Dicey extrae cuatro grandes premisas. La primera de ellas era ésta: ni la Reina ni la Cámara de los Lores ni la Cámara de los Comunes podían por separado considerarse soberanos en el derecho constitucional inglés. Sólo una norma aprobada conjuntamente por estas tres corporaciones podía ser considera ley y, por tanto, ser obedecida como tal por los demás poderes públicos y, en especial, por los Tribunales(265) . En particular, Dicey sostiene que la Reina no podía apelar a su prerrogativa para suspender o derogar una ley aprobada por el Parlamento, mientras que el Parlamento sí estaba facultado para disminuir mediante ley los poderes de prerrogativa regia. Cuestiones ambas que en el pasado habían dado lugar a muchas disputas, pero que habían dejado de tener interés(266).

En segundo lugar, Dicey sostiene que el pueblo (pese a lo que había dicho Locke) o, mejor, el cuerpo electoral (como había preferido decir Bentham), no era en absoluto soberano en la Gran Bretaña. "El único derecho que tienen los electores bajo la Constitución inglesa- señala Dicey- es el de elegir a los miembros del Parlamento. Los electores carecen de derecho alguno para iniciar, sancionar y rechazar la legislación del Parlamento. Ningún Tribunal considerará, ni por un momento, el argumento de que una ley es inválida por oponerse a la opinión del electorado, que sólo puede expresarse jurídicamente a través del Parlamento y nada más que a través de él"(267).

En este punto difiere también de Austin, quien, a juicio de Dicey, no había reparado en que una cosa era la "soberanía jurídica" y otra bien distinta la "soberanía política". La primera no correspondía en la Gran Bretaña más que a la Reina junto a los Cámaras del Parlamento. La segunda, al menos en el siglo XIX, la ejercía el pueblo o, con mayor precisión jurídica, la parte de éste capacitada por el ordenamiento para formar parte del electorado. Políticamente podía decirse que el pueblo, o el electorado, era soberano en la Gran Bretaña, por cuanto su voluntad era a la postre la que hacía suya la Reina en Parlamento. Una Reina cuyos poderes habían mermado de forma considerable a resultas del avance del *Cabinet System*, como Walter Bagehot- exagerando un tanto esta merma- había puesto de relieve en un libro muy sagaz y ameno, publicado dos décadas antes de que viese la luz el libro de Dicey que ahora se examina y destinado también a ejercer un enorme influjo(268). Pero jurídicamente la voluntad del electorado no podía ser alegada en absoluto ante los Tribunales de Justicia, al menos mientras el Parlamento no hiciese suya esta voluntad. " Es verdad- señalaba Dicey- que el sentido político de la palabra "soberanía" es tan importante como su sentido jurídico o incluso más. Pero los dos sentidos, aunque estrechamente conectados, son esencialmente distintos y en alguna parte de su obra Austin los ha confundido... ningún juez inglés estaría de acuerdo en considerar al Parlamento, en un sentido jurídico, como un "*trustee*" de los electores"(269).

En tercer lugar, Dicey sostiene, con no menos contundencia, que no existía contradicción alguna entre la creación judicial del derecho y la soberanía del Parlamento. Sin duda, los jueces en Inglaterra además de aplicar el derecho lo creaban, al conformar sus sentencias un repertorio de precedentes a los que debían atenerse para resolver los casos similares que se planteasen con posterioridad. Ahora bien, de acuerdo una vez más con Hobbes, Bentham y Austin, y abiertamente en contra de Coke e incluso de Locke, Dicey sostiene que el *case law* estaba sobordinado siempre a la legislación del Parlamento(270). Una tesis que le lleva a sostener que las leyes del Parlamento, aprobadas con las formalidades exigidas, no podían ser declaradas inválidas

por los Tribunales cuando éstos considerasen que eran opuestas a los "principios morales" o al "derecho internacional"(271). Tal tesis, sin embargo, no implicaba, en modo alguno, desconocer la importancia del *case law*, a través de cual no sólo se actualizaba el *common law*, sino que también se interpretaba el *statute-law*, esto es, el derecho aprobado por el Parlamento. Un derecho este último al que estaban sometidos tanto el poder ejecutivo como los ciudadanos, sin que hubiese lugar alguno para un *"droit administratif*"ni para una jurisdicción contencioso-administrativa. Todo ello de acuerdo con el *rule of law*, el otro gran principio del derecho constitucional inglés, a cuya relación con la soberanía del Parlamento dedica Dicey todo un capítulo(272).

En cuarto y último lugar, Dicey afirma que el Parlamento tampoco podía limitar a los Parlamentos posteriores, de modo que ninguna ley podía considerarse irreformable(273). Por el contrario, la doctrina de la supremacía legislativa del Parlamento era *"the very keystone of the law of the constitution"*(274).

Esta premisa le lleva a plantear, de forma muy aguda y brillante, la conexión entre la soberanía del Parlamento y lo que su colega y amigo Lord Bryce había llamado la "flexibilidad" de la Constitución británica o, dicho de otra manera, entre la soberanía del Parlamento y la inexistencia de un texto constitucional "rígido" y superior a la ley, que sí existía, en cambio, en los Estados Unidos de América. Un país en el que la supremacía de la Constitución sobre la ley se había construido a partir de las tesis lockeanas de la soberanía del pueblo (cuya máxima expresión normativa era la Constitución, fruto de su poder constituyente), mientras que el consiguiente control de constitucionalidad de la ley a través de la *judicial review*, aparte de ser una exigencia del principio federal, hundía sus raíces doctrinales en la tradición judicialista que los jueces de *common law*, con Coke a la cabeza, habían enarbolado contra el absolutismo de los Estuardos y que el propio Locke había hecho suyo en su "Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil"(275).

En virtud de su soberanía, señala Dicey, repitiendo lo que Blackstone y Paley habían dicho antes, el Parlamento de Inglaterra podía modificar cualquier ley con independencia de su importancia política, sin que fuese necesario observar ningún procedimiento especial. En realidad, no había en Inglaterra distinción jurídica alguna entre ley constitucional y ley ordinaria. Consecuencia de todo ello: ninguna autoridad tenía en Inglaterra el derecho de anular una ley del Parlamento alegando su inconstitucionalidad(276). "En Inglaterra- concluye Dicey- tenemos leyes que pueden llamarse fundamentales o constitucionales en la medida en que regulan importantes cuestiones (como, por ejemplo, la sucesión de la Corona o los términos de la unión con Escocia), sobre las que descansan nuestras instituciones, pero no existe una ley suprema o una ley que sirva para verificar la validez de las otras leyes... El primer dogma fundamental del derecho constitucional inglés es la absoluta soberanía legislativa o el despotismo del Rey en Parlamento"(277).

Como se ha adelantado, las observaciones de Dicey sobre la soberanía han ejercido una enorme influencia en el siglo XX(278) , cuya doctrina siguió considerando a la soberanía del Parlamento-no a la del pueblo- como "la característica dominante de la Constitución británica" (Sir Ivor Jennings)(279) , "la norma de reconocimiento" del sistema jurídico británico(H. L. Hart)(280) , o, en fin, "la norma básica o *Grundnorm*" de ese sistema (Geoffrey Marshall)(281).

Ahora bien, aunque la doctrina de Dicey sobre la soberanía representa todavía hoy, en el umbral del siglo XXI, un punto de partida inexcusable, como reconoce Colin

R. Mumro(282), no es menos cierto que los más destacados iuspublicistas de nuestra centuria han sido muy críticos con las consecuencias que Dicey extrajo de su doctrina de la soberanía. De ahí que se haya hablado de una "nueva perspectiva" de la soberanía del Parlamento, a la que se acogen, entre otros muchos, Sir Ivor Jennings, E. C. S. Wade y G. Marshall(283).

Este último, por ejemplo, apartándose del rígido criterio de Dicey, sostiene que sería conforme con el derecho británico que en el futuro el Parlamento se autolimitase mediante un *Bill of Rights*- por el que, dicho sea de paso, clama la doctrina británica durante los últimos veinte años- aprobado con unas mayorías muy cualificadas o a través de un referendum, de manera que los Tribunales de Justicia considerasen inválida- por incurrir en *ultra vires*- cualquier ley posterior que contradijese este *Bill of Rights*, a no ser que esta ley se aprobase con idéntica mayoría o que fuese refrendada por el cuerpo electoral(284).

Por otro lado, no cabe duda de que durante la presente centuria el principio de soberanía del Parlamento tuvo que enfrentarse a nuevos y muy difíciles retos. Sobre todo a tres: en primer lugar, al que planteó la aprobación del Estatuto de Westminster, en 1937, que obligó a reconsiderar las relaciones entre el Parlamento británico y la *Commonwealth*(285); en segundo lugar, al que provocó la adhesión del Reino Unido a la Comunidad Económica Europea, en 1972, que puso sobre el tapete las no menos problemáticas relaciones entre la soberanía del Parlamento británico y la primacía del derecho comunitario europeo(286); en tercer lugar, al que acarreó la aprobación, en 1997, de los plebiscitos autonómicos en Escocia y Gales, que ha obligado y obligará en el próximo futuro a redefinir el papel del Parlamento de Westminster y sus relaciones con las dos nuevas Asambleas legislativas(287).

Tales retos han obligado a replantearse en profundidad la validez de la soberanía del Parlamento en la Gran Bretaña actual(288), en donde el debate sobre la soberanía ha cobrado una gran importancia política y un gran interés académico, como quizá en otra ocasión sea preciso poner de relieve.

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

(1) De forma póstuma, pues Bracton había muerto en 1268. Cfr. Samuel E. Thorne, Introduction a la edición bilingüe latina /inglesa On the Laws and Customs of England, traducida, con revisiones y notas por el propio Thorne y publicada en asociación con la Selden Society, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1968, 4 Vol. Vol, I. p. XL. La edición de Thorne está basada en la latina de George E. Woodbine Bracton, De Legibus et Consuetudinibus Angliae, New Haven; Yale University Press, London: Humphrey Mildford, Oxford University Press (OUP), 1915, 4 vol.

(2) Charles Howard McIllwain, Constitucionalismo antiguo y moderno, Centro de Estudios Constitucionales (CEC), Madrid, 1991, p. 91.

(3) Cfr. McIllwain, op. cit. pp. 101 a 109.

(4) Cfr. F. W. Mailtand, The Constitutional History of England (1908), editado por H. A. L. Fisher, Cambridge University Press, (CUP), 1968, pp. 54-92; Walter Ullmann,

Principios de Gobierno y Política en la Edad Media, Revista de Occidente, Madrid, 1971, pp. 174-176 y McIllwain, op. cit. pp. 106-107.

(5) Cfr. F. W. Mailtand, The Constitutional History of England (1908), op. cit. p. 15.

(6) "La característica sustancial de la Carta Magna era su carácter de pacto celebrado entre el rey y los barones, fortalecido por el juramento de aquél. Se trataba de un pacto que sólo podía concebirse dentro del esquema feudal...". Walter Ullmann, op. cit. p. 170. "La Carta Magna- añade este autor- selló la suerte futura de la Monarquía inglesa", ibidem, p. 173.

(7) On the Laws and Customs of England, edición bilingüe citada de Samuel E. Thorne, vol. II, p. 33. Su traducción al inglés es la siguiente: *the king must not be under man but under God and under the Law, because law makes the King".*

(8) Alessandro Passerin D'Entrèves, La Noción del Estado, Centro de Estudios Univesitarios, Madrid, 1970, p. 103. Sobre la idea medieval del Derecho, vid. asimismo la clásica obra de Otto Von Gierke, Die publicistischen Lehren des Mittelalters (1881), a la que se remite expresamente el propio Passerin. Esta obra se ha traducido recientemente al español con el título, no muy exacto, Teorías políticas de la Edad Media, "Estudio Preliminar" de Benigno Pendás, "Introducción" de F. W. Maitland, traducción de Piedad García-Escudero, Centro de Estudios Constitucionales (CEC), Madrid, 1995. Un comentario a esta obra en Joaquín Varela Suanzes, Política y Derecho en la Edad Media, en "Revista Española de Derecho Constitucional", nº 49, Enero-Abril, Madrid, 1997, pp. 335-351. Vid, asimismo, Ernest. H. Kantorowicz, Los Dos Cuerpos del Rey. Un estudio de Teología Política Medieval, Alianza Universidad, 1985, pp. 114 y ss.

(9) Sobre el concepto medieval del derecho, vid. además de las obras citadas, el vol. I de la clásica obra de R. W. y A. J. Carlyle, A History of Medieval Political Theory in the West, Blackwood and sons, Edimburgo, 1903 o, más accesible y resumido, el libro de A. J. Carlyle La libertad política. Historia de su concepto en la Edad Media y los tiempos modernos, FCE, México, Madrid, Buenos Aires, pp. 23 y ss.

(10) Sobre el nacimiento de estos tres órganos- la *Curia Regi*s, el Parlamento y el *Concilium Regis*- vid., por todos, lo dicho por Maitland en The Constitutional History of England, op. cit. pp. 54-105.

(11) Cfr. Sir John Fortescue (1395-1477), De Laudibus Legum Angliae, escrito alrededor de 1470 y traducido con el título A Praise of the Laws of England, caps. IX y XVIII. Cfr, asimismo, The Governance of England, escrito entre 1471 y 1476, caps. I a III. Ambas obras en la muy reciente y accesible edición de Shelley Lockwood, Sir John Fortescue, On the Laws and Governance of England, Cambridge Texts in the history of political Thought, Cambridge University Press (CUP), 1997.

(12) Cfr. MacIllwain, op. cit. p. 111.

(13) Sir Ernest Barker recuerda el valor ejemplar que tuvieron las Cortes: "quienquiera que intente conocer los orígenes de la institución parlamentaria en Europa, no debería

olvidar la temprana contribución de España y tener bien presente que los precedentes españoles han sido reconocidos por algunos historiadores como uno de los factores que contribuyeron al crecimiento del Parlamento inglés durante el siglo XIII", The Parliamentary System of Government, en Essays of Government, OUP, 1965, p. 59. Sobre los orígenes de los diversos parlamentos en Europa, vid. las Actas del Congreso celebrado sobre este particular en la ciudad de León, en Septiembre de 1988, y publicadas en 1990 por las Cortes de Castilla y León, con el título Las Cortes de Castilla y León. 1188-1988, Valladolid, 2 vol.

(14) Cfr. O. Hood Phillips, Constitutional and Administrative Law, Sweets and Maxwell, Londres, 7ª edic., 1987, p. 42. Este Manual, aunque centrado en el derecho actual, contiene una interesante exposición histórica sobre la soberanía del Parlamento en las pp. 40-58.

(15) Sobre el desarrollo institucional durante los Tudores, cfr. G. R. Elton, The Tudor Constitution. Documents and Comentary, CUP, 2ª edición, 1986, passim.

(16) Además de Reyes de Inglaterra y jefes de la Iglesia Anglicana, los Tudores eran también Reyes de Gales, como lo habían sido sus antecesores desde el *Statutum Walliae* de 1284, aunque la unión con la Corona de Inglaterra se produjo a todos los efectos con la *Act of union* de 1533.

(17) Geoffrey Marshall y Graeme C. Moodie sostienen incluso que en estos párrafos Smith venía a identificar el Parlamento con la representación de la nación. Cfr. Some Problems of the Constitution, Hutchinson University Librarie, London, 5ª edic. 1971, p. 15.

(18) Sir Thomas Smith, De Republica Anglorum. A Discourse on the Commonwealth of England, Libro II, cap. I. Se ha consultado la edición de L. Alston, con un Prefacio de F. W. Maitland, CUP, 1906, pp. 48-49.

(19) Richard Hooker, Of the Lawes of Ecclesiastical Politie, Libro VIII, cap. 6. Se ha consultado la edición de Arthur Stephen Mcgrade, CUP, 1989, p. 192. La fecha en la que Hooker escribió este libro VIII es muy discutida. Raymond Aaron Houk, en la p. VII de su Introducción a Hooker´s Eclcesiasical Polity. Book VIII (Columbia University Press, Nueva York, 1931), sostiene que este libro estaba acabado en 1593. Afirmación que repite en la
p. 91 de sus "Historical References". Pero en su Introducción, Mcgrade, sin atreverse a fijar una fecha exacta, se limita a decir que Hooker debió dejar este Libro VIII tan sólo esbozado y que no se publicó por primera vez hasta 1648, bastantes años después de la muerte de su autor. Cfr. ibidem, p. XIV.

(20) Of the Lawes of EcclesiasticalPolitie, Libro VIII, cap. 6. Una reciente y clara exposición del pensamiento constitucional de Hooker en Howell A. Lloyd, Constitucionalism, en The Cambridge History of Political Thought. 1450-1700, editado por J. H. Burns, CUP, 1991, pp. 279-283. Vid, asimismo, Paulette Carrive, Richard Hooker, Théologie et Politique, en La Pensée Politique Anglaise de Hooker a Hume, Presses Universitaires de France, París, 1994, pp. 3-31. Otros autores menos relevantes durante la Inglaterra isabelina, como Merbury, Hayword y Craig, defendieron también la soberanía del Parlamento, como recuerda J. W. Allen en A History of Political

Thought in the Sixteenth Century, Londres, 1941, pp. 247 y ss.

(21) Cfr. Platón, Las Leyes, libro III; se ha manejado la edición bilingüe del IEP, Madrid, 1960, traducción, notas y estudio preliminar de José Manuel Pabón y Manuel Fernández Galiano, 2 vol; Aristóteles, Política, libros III, cap. 6 -8, IV, cap. 4-12 y VI; se ha manejado la edición bilingüe del CEC, Madrid, 1983, traducción de Julián Marías y María Araujo, introducción de Julián Marías; Santo Tomás de Aquino, De Regimine Principum, libro I, cap. VI; se ha manejado la versión latina de Marietti, Turín, reimpresión de 1971. De esta última obra puede verse la versión española editada por Tecnos con el título La Monarquía, Madrid, 3ª edic. 1995, Estudio Preliminar, traducción y notas de Laureano Robles y Angel Chueca.

(22) Cfr. Sir John Fortescue, The Governance of England, op. cit. caps. 2 y 3.; Sir Thomas Smith, De Republica Anglorum, op. cit. Libro I, cap. 6 y Libro II, cap. 1; Richard Hooker, Of the Lawes of Ecclesiastical Politie, op. cit., Libro VIII, caps. 3 a 6.

(23) Para Bodino, en efecto, *" la première marque du prince souverain c'est la puissance de donner loi à tous en général et a à chacun en particulier, qui est incommunicable aux sujets...sous cette même puissance de donner et casser la loi sont compris tous les autres droits et marques de souveraineté... comme décerner la guerre ou faire la paix; connaître en dernier ressort des jugements de tous magistrats; instituer et destituer les plus grands officiers; imposer ou exempter les sujets de charges et subsides; octroyer grâces et dispenses contre la rigueur des lois; hausser o baisser le titre, valeur et pied des monnais..."* Jean Bodin, Les Six Livres de la Republique, Libro I, Capít. 11. Se ha consultado la cuidada edición de Fayard, Corpus des Oevres de Philosophie en Langue Française, Fayard, París, 1986, seis vol.

(24) Cfr. Jean Bodin, Les Six Livres de la Republique, edic. cit., Libro II, caps. I a VII.

(25) Sobre ello se extiende W. Ullmann en Principios de gobierno y Política en la Edad Media, Alianza Universidad, 1985, pp. 171 y ss. y 207 y ss.

(26) Como observa García Pelayo, "... mientras en la mayoría de los países continentales la concentración (de poder) tuvo lugar en manos del monarca, en Inglaterra se verificó en el Parlamento. La variación es primordialmente de titular, pero no de calidad de poder: al igual que el monarca continental, el Parlamento se hizo supremo, no ligado al Derecho anterior, sino superior a él; de la misma manera que en el continente se conservaron, a veces, formalmente las Cortes o los Estados Generales, pero quedando subordinados al monarca, de la misma manera, pero al revés, en Inglaterra el monarca quedó finalmente subordinado al Parlamento, hasta el punto de poderse definir la prerrogativa como el remanente de poder que el Parlamento ha dejado al Rey... Queda, pues, claro que en Inglaterra se produce el mismo fenómeno de concentración de poder que en los Estados continentales; es decir, el fenómeno de la soberanía, si bien es otro el sujeto real de ella", Manuel García Pelayo, Derecho Constitucional Comparado, Alianza Universidad, Madrid, 1984, pp. 250-251.

(27) Apud. J. P. Kenyon, The Stuart Constitution. 1603-1688. Documents and Commentary, CUP, 2ª edición, 1986, p. 11.

(28) Cfr. G. P. Gooch, Political Thought in England: from Bacon to Halifax, OUP,

Londres, 1955, reimpreso por AMS Press, Nueva York, 1977, pp. 13-22. Sobre el debate político y constitucional inglés durante los Estuardo, vid. también J. W. Allen, English political Thought, 1603-1660, Londres, 1983. 2 Vol, así como el reciente estudio de Conal Condren, The Language of Politics in Seventeenth Century England, St. Martin's Press, New York, 1994.

(29) John A. Pocock, La ricostruzione di un impero. Sovranità britannica e federalismo americano, Piero Lacaita Editore, Manduria, Bari, Roma, 1996, p. 16.

(30) Apud, Mauro Capelletti, Alcuni precedenti storici del controllo giudiziario delle leggi, en Giuseppe Maranini (ed.), La Giustizia Costituzionale, Vallecchi Editori, Florencia, p. 23.

(31) Cfr. Edward S. Corwin, The "Higher Law" background of American Constitutional law, II, "Harvard Law Review", nº 3 (1929), pp. 366-380 (de este autor vid. asismismo la primera parte de este artículo en el nº 2 de la misma Revista (1928); Mauro Capelletti, Alcuni precedenti storici del controllo giudiziario delle leggi, op. cit. pp. 22 a 26; Roberto Blanco Valdés, El valor de la Constitución, Alianza Universidad, Madrid, 1994, pp. 119-120. Sobre este libro, vid. mi extenso comentario Constitución y ley en los orígenes del Estado Liberal, Revista Española de Derecho Constitucional, nª 45, 1995, pp. 347-365.

(32) G. P. Gooch, Political Thought in England, op. cit. p. 44. Vid., en general, pp. 41-49. Como resume García Pelayo, "la doctrina de Coke representa la tesis reaccionaria del Derecho histórico frente a la tesis progresiva del Rey, y más tarde del partido parlamentario; es decir, la de que el Derecho responde a un plan racionalizado. Era contraria a concretar la soberanía en una institución cualquiera que no fueran los jueces...". Derecho Constitucional Comparado, op. cit., p. 262. O. Hood Phillips recuerda, no obstante, que las tesis que sostuvo Coke en el *Bonham´s Case*- en un *obiter dicta*, por cierto- eran contrarias a las que sustenta en sus *Institutes*; y añade: como *Law Officer*, Coke defendía la prerrogativa regia, como Juez la supremacía del *Common Law* (que él equipara con la razón) y como parlamentario la soberanía del Parlamento. Constitutional and Administrative Law, op. cit., p. 48.

(33) Ibidem, p. 17. Vid. Estas tesis las expuso este mismo autor en un libro anterior, de gran interés, The Ancient Constitution and the Feudal Law, Cambridge , 1957, reeditado en 1987.

(34) Cfr. Glenn Burgess, The Politics of the Ancient Constitution: An Introduction to English Political Thought, 1600-1642, Macmillan, London, 1992, caps. 1 y 2.

(35) Apud, C. H. Macilwain, The High Court of Parliament and its Supremacy, 1912, p. 390. Por su parte, Prynne, en Sovereign Power of Parliaments and Kindgdoms, publicado en 1643, intentó mostrar que las bases de la Constitución descansaban en el Parlamento y no en la persona del Rey. Apud, Geoffrey Marshall, Parliamentary Sovereignity and the Commonwealth, OUP, 1957, p. 48.

(36) Su texto puede verse en The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1625-1660, seleccionados y editados por Samuel Rawson Gardiner, 3ª edición revisada, OUP, reimpresión de 1968, 249-254.

(37) J. G. A. Pocock, La ricostruzione di un impero... op. cit. pp. 24 y 25, así como el comentario que en este mismo libro hace de este pasaje Cesare Pinelli en pp. 117-8, en donde recuerda el influjo de esta concepción del gobierno o monarquía mixta en Blackstone. Acerca del debate sobre la soberanía y la monarquía nixta, vid. asimismo, Corinne C. Weston y Janelle R. Greenberg, Subjects and Sovereigns. The Great Debate over Sovereignty in Stuart England, Cambridge, 1981; Michael J. Meedle, Dangerous Positions: Mixed Government, Estates, and the Answer to the XIX Propositions, Alabama, 1985. M. J. C. Vile entiende, a diferencia de Pocock, que la concepción del Estado inglés como mixtura de monarquía, aristocracia y democracia, encarnadas por el Rey, los Lores y los Comunes, ya estaba presente en Fortescue y Smith, cfr. M. J. C. Vile, Constitutionalism and the Separation of Powers, OUP, Oxford, 1967 p. 37.

(38) Cfr. Johann P. Sommerville, Introduction a Filmer, Patriarca and other writings, CUP, Oxford, 1991, pp. XV-XVIII XXXII a XXXIV. El título completo de esta obra era Patriarcha. The naturall power of Kinges defended against the Unnatural Liberty of the People.

(39) Este escrito puede verse en la obra citada anteriormente, pp. 131-171.

(40) Cfr.Thomas Hobbes, Leviathan or The Matter, Forme and Power Of A Common-Wealth Ecclesiasticall and Civil, Londres, 1651. Primera Parte, cap. XV in fine. Se ha consultado la edición de Penguins Books, Londres 1984, con una Introducción de C.B. Mapherson.

(41) Cfr. ibidem, Primera parte, Libro 1º, cap. XXVI.

(42) Cfr. los dos artículos de Norberto Bobbio, Legge naturale e legge civile nella filosofia politica de Hobbes y Hobbes e il giusnaturismo, ambos en su libro Da Hobbes a Marx, Morano editore, 2ª edición, 1971, pp. 11 a 74. M. Cattaneo, en su libro Il positivismo giuridico inglese. Hobbes, Bentham, Austin (Milán, 1962), considera a Hobbes "el primer representante del positivismo inglés", p. 46.

(43) Cfr. Thomas Hobbes, Leviathan, op. cit., Segunda parte, capítulo XXIX. Además de las tres citadas, es preciso tener en cuenta una cuarta obra de Hobbes: A Dialogue Between a Philosopher and a Student of the Common Law of England, compuesta alrededor de 1666 y en donde se critican algunas doctrinas que Edward Coke había sustentado durante los reinados de Jacobo I y Carlos I sobre el papel del Common Law en el sistema jurídico inglés. Se ha consultado la versión española de Miguel Angel Rodilla, Tecnos, Madrid, 1992.

(44) Sobre el pensamiento político de Sidney, en particular el que expone en Discourses concerning Government, vid. G. P. Gooch, Political Thougt in England. Bacon to Halifax, op. cit. pp. 126-132. Vid., asimismo, Paulette Carrive, La vie et la pensée politique d'Algernon Sidney, en La Pensée Politique Anglaise de Hooker a Hume, op. cit. pp. 248-268.

(45) Conviene no olvidar, sin embargo, que junto al restablecimiento de la soberanía del parlamento, los revolucionarios de 1688 pretendieron garantizar la unidad del Estado y de la Iglesia anglicana. Tanto para lo primero como para lo segundo, Jacobo II era un

obstáculo, pues sus veleidades absolutistas era tan claras como sus simpatías por el catolicismo. En estos dos paradigmas de la revolución de 1688, el constitucional y el eclesiástico, insiste J. G. A. Pocock en La ricostruzione di un impero...op. cit., pp. 39 a 44.

(46) El texto de la Declaración de Derechos de 13 de Febrero de 1689 puede verse en W. C. Costin y J. Steven Watson, The Law and Working of the Constitution. Documents, Adam and Charles Black, Londres, 2ª edic. 1961, 2 vol. 1660-1914, vol. 1, pp. 67-74.

(47) El texto de esta ley en ibidem, vol. I, pp. 79-80.

(48) El texto de esta ley, en ibidem, vol. I, pp. 92-96.

(49) Cfr. Peter Laslett, The English Revolution and Locke´s Two Treatises of Government, publicado inicialmente en la Cambridge Historical Journal, vol. 12, nº 1, pp. 40-55 y reproducido en la obra colectiva John Locke. Critical Assessments, edited by Richard Ashcraft, Routledge, Londres y Nueva York, 1991, Vol. I, pp. 32-50, por donde se ha consultado aquí. Vid, también el reciente artículo de J. R. Milton, Dating Locke's Second Treatise, en History of Political Thought, Vol. XVI, nº 3, Otoño, 1995, pp. 356-7.

(50) C. B. Macpherson recuerda que cuando Hobbes describe el estado de Naturaleza está pensando en la sociedad civil inorganizada políticamente, esto es, en la sociedad burguesa sin Estado, Teoría política del individualismo posesivo, Fontanella, Barcelona, 1970, pp. 28 y ss.

(51) Sobre la gnoseología que Locke expone en An Essay concerning Human Understanding, vid. J. L. Mackie, Problems from Locke, Clarendon Press, Oxford, 1976. Vid, asimismo, los trabajos de Shadia B. Drury, Douglas Odegard y Sterling P. Lamprecht en los Vol. II y IV de John Locke, Critical Assessments, edited by Richard Ashcraft, Routledge, Londres y Nueva York, 1991. George Sabine sintetiza la incongruencia de Locke al señalar que:" su filosofía política como un todo presenta la anomalía de una teoría del pensamiento empírica por lo general, junto con una teoría de las ciencias y un procedimiento de la ciencia política racionalistas", Historia de la Teoría Politica, FCE, México-Madrid-Buenos Aires, 1981, p. 391.

(52) An Essay concerning the True Original Extent and End of Civil Government, cap. XIV, parágrafo 159. Se ha consultado la edición de Everyman's Library, John Locke, Two Treatises of Government, Londres, 1986, con una Introducción de W. S. Carpenter.

(53) Sobre la idea del Gobierno por consentimiento de los gobernados, clave en la filosofía política lockeana, vid, Jules Steinberg, Locke, Rousseau and the Idea of Consent. An Inquiry into the Liberal-Democratic Theory of Political Obligation, Greenwood Press, Westport, Connecticut, London, England, 1940, cap. 3 "Locke and the idea of consent", pp. 53-79.

(54) "... A pesar de disponer de tales derechos (naturales) en el estado de Naturaleza, es muy inseguro en ese estado el disfrute de los mismos, encontrándose expuesto

constantemente a ser atropellado por otros hombres...La finalidad básica y principal que buscan los hombres al reunirse en Estado o comunidades, sometiéndose a un gobierno, es la de salvaguardar sus bienes; esa salvaguardia es muy incompleta en el estado de naturaleza". Ibidem, cap. IX, parágrafos 123 y 124.

(55) An Essay concerning the True Original Extent and End of Civil Government, ed. cit. caps. I, II, y VII a XIV. Sobre las relaciones entre Hobbes y Locke, vid. el cap. 7 de la conocida obra de John Dunn The Political Thought of John Locke. An Historical Account of the Argument of the "Two Treatises of Government", CUP, 1969, pp. 77 y ss.

(56) Cfr. Sir Frederick Pollock, Locke's Theory of the State, en John Locke, Critical Assessments, op. cit. vol. III, p. 8.

(57) Cfr. M. J. C. Vile, Constitutionalism and the Separation of Powers, OUP, Oxford, 1967, caps. segundo y tercero, pp. 55 a 57.

(58) An Essay concerning the True Original Extent and End of Civil Government, ed. cit. cap. IX, parágrafos 128, 129 y 130.

(59) Ibidem, cap. IX, parágrafos 124, 125 y 126. A esta clasificación tripartita se refiere ya en los parágrafos 87 y 88.

(60) M. J. C. Vile, Constitutionalism..., op. cit. p. 59.

(61) Nicola Matteucci, al exponer la doctrina lockeana de la división de poderes, recuerda que desde la Edad Media en Inglaterra "la instancia judicial estaba representada por el Rey- con los jueces que dependían de él- y por el Parlamento, que era el Tribunal Supremo", Organizzacione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno, UTET, Turín, 1988, p. 104.

(62) An Essay concerning the True Original Extent and End of Civil Government, ed. cit. cap. XIV, parágrafo 159.

(63) Ibidem, cap. XII, parágrafo 143.

(64) Cfr. ibidem, cap. XII, parágrafo 144.

(65) Ibidem, capítulo VII, parágrafos 90 y 91.

(66) George Macaulay Trevelyan, Historia Política de Inglaterra, Fondo de Cultura Económica, México, 2ª edic. 1984, p. 284. El Parlamento Largo, añade este historiador-excelente, pero de un nacionalismo a veces insufrible-" no sólo impidió a la monarquía inglesa convertirse en un absolutismo del tipo que entonces se generalizaba en Europa, sino que hizo un gran experimento en el gobierno directo del país y del imperio mediante la Cámara de los Comunes", ibidem.

(67) Cap. XII, parágrafo 143.

(68) Lo recuerda M. J. C. Vile en el libro ya citado, p. 60. Sobre la doctrina lockeana de

la división de poderes, vid. en general, pp. 58 a 67.

(69) An Essay concerning the True Original Extent and End of Civil Government, ed. cit, cap. XII, parágrafo 147.

(70) Ibidem, cap. XIII, parágrafo 151. Vid, también, el parágrafo 152.

(71) Ibidem, cap. XIII, parágrafo 154.

(72) Ibidem, cap. XIII, parágrafo 156.

(73) Ibidem, cap. XIII, parágrafo 151. Téngase presente, además, que en el cap. XIV de la obra que ahora se glosa Locke otorga al monarca constitucional unos amplios poderes de prerrogativa, como el de "tomar las medidas oportunas mientras no pueda reunirse el órgano legislativo", parágrafo 159. Sobre este extremo, vid. M. J. C. Vile, op. cit. p. 65.

(74) Ibidem, cap. XIII, parágrafo 143.

(75) Cfr. Alessandro Passerin D'Entreves, La Noción del Estado, Centro de Estudios Universitarios, Madrid, 1970, p. 138 y en general todo el cap. séptimo de la segunda parte, "Estado mixto y división de poder".

(76) Cfr. Constitutionalism...op. cit. p. 64.

(77) Cfr. An Essay concerning the True Original Extent and End of Civil Government, ed. cit, parágrafo 132.

(78) Ibidem, parágrafo 213.

(79) Ibidem, cap. XIII, parágrafo 150. Locke añade: "como la forma de gobierno depende de que se coloque el poder supremo, que es el legislativo, en unas u otras manos, la forma de gobierno del Estado dependerá de la manera como se otorgue el poder de hacer las leyes, porque es imposible concebir que un poder inferior dé ordenes a otro superior". Ibidem, cap. X, parágrafo 132.

(80) Cfr. ibidem, caps. XI, XII y XIII.

(81) Ya en el cap. II, Locke se refiere al "juicioso Hooker", cuyo libro, aquí comentado, On the Lawes of Ecclesiastical Politie, cita elogiosamente en los parágrafos 5 y 15 de este capítulo, así como a lo largo del capítulo XI, titulado "Del alcance del poder legislativo".

(82) Cfr. M. J. C. Vile, Constitutionalism... op. cit. pp. 62-64, subrayados del autor.

(83) Nicola Matteucci, op. cit. pp. 102-3.

(84) An Essay concerning the True Original Extent and End of Civil Government, ed. cit. cap. XI, parágrafos 134 a 142, especialmente este último, que es un resumen de los demás.

(85) Sir Frederick Pollock, Locke's Theory of the State, op. cit. p. 9.

(86) J. W. Gough, Fundamental Law in English Constitutional History, OUP, 1955, reprint by Fred B. Rothman and Co. Littleton, Colorado, 1985, p. 167.

(87) An Essay concerning the True Original Extent and End of Civil Government, ed. cit, cap. XIII, parágrafo 149. J. W. Gough observa que en los límites al poder legislativo reconocidos por Locke se percibe el influjo de doctrinas muy antiguas, como la máxima *salus populi*. Fundamental Law... op. cit. p. 168. Sobre esta máxima, Locke dirá: "... *salus populi, suprema lex* es una regla tan justa y tan fundamental, que quien la sigue con sinceridad no puede equivocarse de un modo peligroso". An Essay concerning the True Original Extent and End of Civil Government, ed. cit. cap. XIII, parágrafo 158.

(88) Sobre la doctrina lockeana del derecho de resistencia, vid. Julian H. Franklin, John Locke and the Theory of Sovereignity. Mixed Monarchy and the Right of Resistence in the Political Thought of the English Revolution, CUP, Cambridge, 1981, pp. 91-97. Vid, asimismo, el cap. 3 del libro de Ruth W. Grant, John Locke's Liberalism, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1987.

(89) Cfr. A. H. Maclean, George Lawson and John Locke, en "Cambridge Historical Journal", IX, nº 1, 1947, pp. 68-77, reproducido en el libro, ya citado, John Locke. Critical Assessments, Vol. I, pp. 110-119.

(90) John Locke and the Theory of Sovereignity... op. cit. passim.

(91) Franklin recuerda, en efecto, que mientras la doctrina de la soberanía popular sustentada por los monarcómacos durante el siglo XVI era incompatible tanto con la doctrina de la monarquía limitada como con la monarquía mixta- cuyos perfiles, por otra parte, no estaban del todo claros para los tratadistas de la época, según Pocock puso de relieve, como se ha visto-, los teóricos constitucionales del siglo XVI y de principios del XVII entendían que el principio de soberanía popular era incompatible con la parcial independencia que el rey debía gozar en una monarquía mixta o limitada.

(92) Cfr. Julian H. Franklin, John Locke and the Theory of Sovereignity, op. cit. pp. IX, 53, 87 y 88.

(93) Ibidem, p. 89.

(94) Cfr. ibidem, pp. IX-X.

(95) Cfr. ibidem, pp. 98-99.

(96) Cfr. ibidem, p. 100.

(97) Sobre la vida política y constitucional durante esta época, vid. Basil Williams, The Whig Supremacy, 1714-1760, Oxford History of England, 2ª edición revisada por C. H. Stuart, OUP, 1962; R. R. Walcott Jr. English Party Politics in The Early Eigteenth Century, CUP, 1965; J. H. Plumb, The Growth of political Stability in England, 1675-1725, Londres, 1967; W. A. Speck, Tory and Whig. The Struggle in the Constituencies: 1701-1715, Londres, 1970; E. Neville Williams, The Eighteenth-Century Constitution.

1688-1815, CUP, 1977; L. Colley, In Defiance of Oligarchy: The Tory Party (1714-1760), CUP, 1982; G. Suart de Krey, A fractured Society: The politics of London in the first age of party: 1688-1715, OUP, 1985; Jeremy Black, Robert Walpole and the Nature of Politics in Early Eighteenth Century England, Macmillan, Londres, 1990.

(98) Esta ley estableció que el mandato de los Comunes duraría siete años- y no tres, como había establecido la *Triennial Act*, de 1694-, a menos que el Monarca disolviese antes la Cámara. Con la *Septennial Act* se pretendía retrasar en cuatro años unas elecciones que, de convocarse en el plazo legalmente establecido entonces, podrían ganar los partidarios de los Estuardos o, como decía la ley, *"the Popish Faction*". Esta ley, al afectar a la propia Cámara de los Comunes que la aprobaba, venía a reconocer de forma indisputable que la soberanía residía en el Parlamento, esto es, en el Rey, los Lores y los Comunes, y no- como defendieron sus detractores- en el pueblo, que, al fin y al cabo, había elegido a los Comunes para un mandato de tres años y no de siete. El texto de esta ley en W. C. Costin y J. Steven Watson, The Law and Working of the Constitution, op. cit. vol. I, pp. 126-7. Un jugoso comentario en A. V. Dicey. Cfr. An Introduction...op. cit. pp. 44-48.

(99) Sobre el duelo político y constitucional entre Walpole y Bolingbroke, vid. M. J. C. Vile, Constitutionalism and the Separation of Powers, op. cit. pp. 69-75; J. H. Plumb, Sir Robert Walpole. Vol. 1. The Making of a Stateman, Londres, 1956 y vol. 2. The King´s Minister, 1961; H. T. Dickinson, Bolingbroke, Constable, Londres, 1970; Isaac Kramnick, Bolingbroke and his Circle. The Politics of Nostalgia in the Age of Walpole, Cornell University Press, Ithaca and London, 1992.

(100) Un reciente aproximación a la teoría del Estado y al pensamiento constitucional de David Hume, en Joaquín Varela Suanzes, Estado y Monarquía en Hume, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 22, Madrid, 1995, pp. 59-90.

(101) Cfr. por ejemplo, Of the Parties of Great Britain, en el vol. 3, pp. 133-144, de David Hume, The Philosophical Works, edición de Thomas Hill Green y Thomas Hodge Grose, 4 vol, Londres, 1882-1886, reimpresa por Scientia Verlag Aalen, 1964. Salvo indicación expresa, por esta edición se harán en adelante todas las citas de Hume, señalándose volumen y página. La mayoría de las obras que se citan aquí son breves ensayos agrupados bajo el título de Essays, Moral and Political, publicados entre 1741 y 1742, o de Political Discourses, que vieron la luz en 1752. Una selección de ambas obras se publicó entre 1753 y 1754 con el título de Essays and Treatises on several subjects, y en 1758 bajo el de Essays Moral, Political and Literary. En esta selección se incluían también tres ensayos, Of Natural Character, Of the Original Contract y Of Passive Obedience- estos dos últimos de gran relevancia para el asunto que se trata ahora-, que se habían publicado en 1748 de forma independiente.

(102) Of passive obedience, vol. 3, pp. 460-1.

(103) " ... el simple nombre de rey merece escaso respeto; y hablar de un rey como representante de Dios en la tierra o darle cualquiera de aquellos rimbombantes títulos que antes deslumbraban a las gentes, provocaría la risa", Whether the British Government inclines more to Absolute Monarchy, or to a Republic. Vol. 3, p. 125.

(104) Sobre el influjo de Hume en el pensamiento británico de su siglo, vid. la clasica

obra de Leslie Stephen, History of English Thought in the Eighteenh Century, Londres, 1881, vol. 1, pp. 309 y ss. y vol. 2. pp. 179 y ss.

(105) Sobre ello insiste F. A. Hayek en The Legal and political philosophy of David Hume, Vol. III de las Collected Works of F. A. Hayek, The University of Chicago Press, Chicago, 1991, pp. 101-118, en donde destaca una faceta de Hume poco conocida: la de jurista o, más exactamente, la de teórico del Derecho.

(106) Dos libros que pueden verse en los vol. 2 y 4, respectivamente, de la obra citada en la nota 101, David Hume, The Philosophical Works.

(107) En este aspecto insiste David Miller en Philosophy and ideology in Hume´s political thought, Clarendon Press, Oxford, 1981, p. 2.

(108) "El hombre- escribe en su importante ensayo Of the origin of Government-, nacido en el seno de una familia, ha de mantener la vida social por necesidad, inclinación natural y hábito", vol. 3, p. 113.

(109) Sobre la idea humeana de convención, un concepto clave en su teoría política, vid. André-Louis Leroy, David Hume, Presses Universitaires de France, París, 1953, cap. XVI, reimpresión de Arno Press, Nueva York, 1979, pp. 225-240.

(110) Cfr. cap. III, parte II, Libro III del "Treatise of Human Nature", intitulado Of the rules, which determine property, Vol. II, pp. 273 y ss. Sobre las "reglas de justicia", otro concepto fundamental en su teoría del Derecho y del Estado, vid. José Martínez de Pisón, Justicia y Orden Político en Hume, CEC, Madrid, 1992, pp. 280-295.

(111) Of the origin of Government, vol. 3, p. 113.

(112) Sobre las reflexiones de estos dos autores acerca del contrato social se extiende Ernest Barker en The theory of the social contract in Locke, Rousseau and Hume, en Essays on Government, OUP, 1965, pp. 86-119.

(113) Of the Original Contract, vol. 3, pp. 447 y 450

(114) Of the Original Contract, vol. 3, pp. 447 y 450

(115) Ibidem, vol.3, pp. 455-6.

(116) Of the original Contract, vol. 3, p. 455.

(117) Cfr. Of the origin of Government, vol. 2, pp. 300-304 y Of The First Principles of Government, vol. 3, pp. 109-117. La palabra Government no debe traducirse por "Gobierno"- como tantas veces se hace-, sino por "Estado".

(118) A Treatise of Human Nature, vol. 2, p. 328.

(119) Cfr. Frederick G. Whelan, Time, Revolution and Prescriptive Right in Hume´s Theory of Government, en Utilitas, vol. 7, nº 1, Mayo, 1995, pp. 98-107.

(120) Treatise of Human Nature, vol. 2, Libro III, parte II, cap. X, p. 325.

(121) Of Passive Obedience, vol. 3, pp. 462-3.

(122) Cfr. vol. 3, p. 120.

(123) Sobre estos asuntos, vid. mi trabajo, citado anteriormente, Estado y Monarquía en Hume, pp. 80-90.

(124) On the Independency of Parliament, vol. 3, p. 120.

(125) Ibidem, pp. 120-121. En nota añade Hume: " con esta "influencia de la Corona", que hallo justificada, me refiero sólo a la nacida de los cargos y honores que el monarca puede conceder. En cuanto a la práctica del *soborno* privado, puede ser equiparado a la práctica de utilizar espías, escasamente justificable en un buen ministro e infame en uno malo...".

(126) Of Civil Liberty, vol 3, p. 161. El derecho, para Hume, era "fuente de toda seguridad y felicidad", como dirá en su ensayo Of The Rise and Progress of the Arts and Sciences, Vol. 3. p. 185.

(127) On the Independence of Parliament, vol. 3, p. 116.

(128) Of the origin of Government, vol. 2, pp. 300.

(129) Se ha consultado la edición de 1814, en 4 volúmenes, corregida por el propio autor, Londres, printed at the revived Apollo Press. Todas las citas de Blackstone se harán por el volumen primero de esta edición, advirtiéndose si se trata de la Introducción o del Libro primero. En el primer caso se citará la sección y en el segundo el capítulo y la página.

(130) Además de las ocho ediciones que vieron la luz en vida del autor, David Lieberman recuerda que entre 1783 y 1849 los "Comentarios" fueron editados otras quince veces. A mediados del siglo XIX, la obra fue profundamente revisada por H. J. Stephen y a partir de esta revisión siguió siendo publicada a lo largo del siglo XX. Cfr. David Lieberman, The Province of Legislation determined. Legal theory in eighteenth-century Britain, CUP, 1989, pp. 31-2. Vid, también, Sir William Holdsworth, Some Makers of English Law, CUP, 1938, pp. 238 y ss y p. 266.

(131) Cfr. Editorial Introduction al Bracton's Note Book, 3 vol. Londres 1887, apud D. Lieberrman, op cit.. p. 31.

(132) Cfr. Commentaries, Introducción, II, p. 67. En igual sentido, pp. 64 y 68.

(133) Ibidem, l. I, cap. VII. p. 246.

(134) Ibidem, l. I. cap. VI, p. 242. Sobre la decisiva influencia de Montesquieu en Blackstone, vid. F. T. H. Fletcher, Montesquieu and English Politics (1750-1800), 1939, reeditado por Edward Arnold and Co. Londres, sin fecha, especialmente pp. 107- 151.

(135) Ibidem, l. 1. cap. VI, p. 247.

(136) Ibidem, l. I, cap. VI, pp. 242-4.

(137) Ibidem, l. I. Cap. VII, p. 253.

(138) Ibidem, l. I. cap. VII, p. 258-9. Sobre el derecho de resistencia en Blackstone, vid. E. Barker, op. cit. p. 146.

(139) Ibidem, l. I, c. II, p. 174.

(140) Ibidem, l. 1, cap. III, p. 223. Comentando este párrafo, Stanley Katz escribe: "Blackstone es optimista, como correspondía a un historiador *Whig*, pero, como político conservador y realista, era consciente de que una generalizada aceptación del derecho a la revolución(aunque atractivo en principio) podría suponer una continua invitación a la anarquía. Con el objeto de minimizar el derecho a la revolución, Blackstone debía justificar la confianza en las instituciones de gobierno existentes", Stanley W. Katz, Introduction al Libro Primero de los Commentaries on the Law of England, de William Blackstone, A Facsimile of the first edition of 1765-1769, The University of Chicago Press, 1979, Vol. 1, pp. X-XI.

(141) Commentaries, l. I, cap. II, p. 182.

(142) Ibidem, l. 1. cap. II. p. 171.

(143) Ibidem, l. 1, cap. II, p. 172.

(144) Ibidem, Introducción, II, p. 72.

(145) Cfr. John V. Jezierski, Parliament or People: James Wilson and Blackstone on the nature and location of Sovereignty, en Journal of the History of Ideas, XXXII, 1971, pp. 96-106.

(146) Commentaries, l. I. c. II. pp. 166 y 173.

(147) Cfr. los siete primeros capítulos del libro primero de sus "Comentarios", especialmente, pp. 142-144, 160 a 168 y 252. Vid, asimismo, M. J. C. Vile, Constitutionalism and the Separation of Powers, op. cit. pp. 102-105.

(148) Commentaries, Introducción, II, p. 71. Vid, asimismo, pp. 69- 72 y l. I, cap.II, pp. 166-167.

(149) Ibidem, l. I, c. II. p. 160.

(150) Ibidem, Introducción, II, p. 67. Blackstone añade que era un requisito esencial para poder hablar de ley el que fuese elaborada por el soberano, esto es, por el poder legislativo, (ibidem, p. 67). En las pp. 69 y 72 insiste en identificar la soberanía con la facultad de crear leyes.

(151) Ibidem, l. I, cap. II. p. 173.

(152) Ibidem, l. I, c.II, p. 173. Ver tambien p. 198.

(153) Ibidem, l. 1. cap. II, p. 198.

(154) Cfr. Ibidem, Introducción, II, p. 62.

(155) Ibidem, l.1. cap. I. p. 139.

(156) Ibidem

(157) Ibidem, l. I, cap. I, p. 144.

(158) Cfr. Sir Ernest Barker, Blackstone on the British Constitution, en Essays On Government, OUP, 2ª edición, 1965, p. 129. Vid, también, pp. 135 y 136 nota 2. Sobre el iusnaturalismo de Blackstone, vid. asimismo, Michael Lobban, Blackstone and the Science of Law, en The Historical Journal, 30, 2, 1987, p. 312, y D. Lieberman, op. cit. pp. 37-38.

(159) Sir Ernest Barker, Blackstone on the British Constitution, op. cit. p. 136.

(160) Sobre ello se extiende D. Lieberman, op. cit. pp. 40-49.

(161) Ibidem, l. 1º. cap. I, p. 142.

(162) Durante el siglo XVII se había pretendido ya equiparar la *Carta Magna* con las declaraciones de derechos aprobadas durante esa centuria, a pesar de que aquélla se había limitado a garantizar los privilegios de los estamentos, mientras éstas proclamaban los derechos y libertades de todos los ingleses, con independencia de su extracción social y en un contexto constitucional muy distinto del de la Edad Media. En estas extrapolaciones históricas no sólo seguiría incurriendo Blackstone, como se ve, sino también buena parte de la historiografía posterior, representada por Hallam, Stubbs, Gneist, Glasson y Boutmy. Contra estas extrapolaciones reaccionarían Petit-Dutaillis, Pollard, Pollock, Jolliffe y, sobre todo, Maitland. Cfr. Manuel García Pelayo, Derecho Constitucional Comparado, Alianza Universidad, Madrid, 1984, pp. 249-250.

(163) Commentaries, Introducción, I. p. 39.

(164) Commentaries, Introducción, III, pp. 86-7.

(165) Cfr. ibidem, p. 87.

(166) Stanley W. Katz, op. cit., p. VII.

(167) Commentaries, Introducción, III, pp. 105-6.

(168) Ibidem, p. 106.

(169) Ibidem, Introducción, III, p. 107.

(170) Ibidem, p. 107. Sobre estos extremos, vid, asimismo, D. Lieberman, op. cit. pp. 53-55.

(171) Ibidem, p. 107.

(172) Cfr. ibidem, p. 108. Roland Séroussi, en su estudio recientemente traduccido al español, Introducción al Derecho Inglés y Norteamericano (Ariel, Barcelona, 1998), recuerda que hasta el último tercio del siglo XIX se mantuvieron en Inglaterra los Tribunales de Equidad (Courts of Equity). "Los litigantes que no estaban de acuerdo con las decisiones de los jueces acudían al rey en busca de amparo o justicia. El Rey, a través del *Lord Chancellor*, clérigo en quien residía la conciencia de la Corona, ejercía la justicia por medio de la Equidad. La Equidad, basada en el Derecho Natural más que en la letra estricta de la ley, la administrataba el *Lord Chancellor* con los recursos de Equidad (*equitable remedies*), aplicando libremente principios de conciencia", p. 14, nota 2. Vid, también, pp. 15-17.

(173) Ibidem, Introducción, II, p. 81.

(174) Ibidem, p. 81. Sobre el concepto y alcance de la equidad en Blackstone, vid. D. Lieberman, op. cit. pp. 71-87.

(175) Pp. 250 a 344.

(176) Cfr. l. I. c. VII, pp. 247-8 y 259-260.

(177) Sobre el Royal Assent, cfr. ibidem, l. 1, cap. II, pp. 196-197.

(178) Ibidem, l. 1, c. c. VII, p. 258.

(179) Ibidem, l. 1, cap. II, p. 166.

(180) Cfr. Introduction to the study of the Law of the Constitution, op. cit. p. 7. Sobre este asunto, vid. E. Barker, op. cit., pp. 144 a 146.

(181) Cfr. Libro 1, p. 252. Es muy significativo que en el capítulo IX del Libro Primero de los "Comentarios", titulado Of subordinate Magistrates, Blackstone no examina los poderes y deberes de his Majesty's great officcers of state, como el Ministro de Hacienda (Lord Treasure), al no ser " objeto de nuestras leyes"(p. 344), mientras que en ese mismo capítulo se detiene a examinar otros cargos de la administración pública, sin duda muchísimo menos relevantes desde un punto de vista constitucional, como los Sheriffs, los Coroners, los Justices of peace, los Constables o los Surveyors...(345 y ss).

(182) The Principles of Moral and Political Philosophy, by William Paley, M. A. Archdeacon of Carlisle, London, Printed for R. Faulder, New Bond Street, MDCCLXXXV.

(183) Una biografía y una recopilación de las obras de W. Paley en The works of William Paley... with a life by Alexander Chalmers, 1819, 5 vols. Nueva edición de Edmund Paley, 1830, 6 vol. Una biografía mucho más reciente en Martin Lowther

Clarke, Paley: evidences for the man, 1974. Sobre Paley, vid. también L. Stephen, op. cit. vol. 1, pp. 407 y ss. y vol. 2. pp. 124 y ss.

(184) Principles... op. cit. p. 399

(185) ibidem, p. 414.

(186) Ibidem, p. 417

(187) Ibidem, pp. 414-6.

(188) Ibidem, pp. 417-422.

(189) Ibidem, pp. 462 y 464.

(190) Op. cit., p. 427.

(191) Ibidem, p. 463.

(192) Cfr. Constitutionalism and the Separation of Powers, op. cit., p. 106.

(193) Cfr. los puntos de vista de Paley sobre estos asuntos en The Principles of Moral and Political Philosophy, op. cit., pp. 465 a 500.

(194) Téngase presente que el título completo de este libro era el siguiente: "A Fragment on Government, being An Examination of what is delivered, On the subject of Government in General in the Introduction to Sir William Blackstone's Commentaries with a Preface in which is given a Critique on the Work at large".

(195) A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government, edición de J. H. Burns y H. L. Hart, The Athlone Press, 1975.

(196) Cfr. J. H Burns, Bentham and Blackstone: A Lifetime's Dialectic, en "Utilitas", OUP, vol. I, nº1, Mayo, 1989, pp. 22. Vid., también, Ian Doolittle, Jeremy Bentham and Blackstone's Lectures, en "The Bentham Newsletter", nº 6, Mayo, 1982, p. 23.

(197) A Fragment of Goverment, CUP, 1988, con una Introduction de Ross Harrison, Prefacio, parágrafo 13. Sobre estos extremos, vid. J. H. Burns, Bentham and Blackstone: A Lifetime's Dialectic, op. cit. p. 24.

(198) El *Bristol Adress* puede verse en The Writings and Speeches of Edmund Burke, editados por Paul Langford, OUP, 1981, vol. III.

(199) A Fragment of Government, cap. IV, parágrafo 32. Subrayado de Bentham.

(200) Julián Larios Ramos, Introducción a Fragmento sobre el Gobierno, Aguilar, 1973, p. XVI.

(201) A Fragment on Government, cap. I, parágrafo 36.

(202) Thoughts on the Cause of the Present Discontents, en The Writings and Speeches of Edmund Burke, op. cit. vol. II, pp. 241-323. Sobre las ideas constitucionales que sostiene aquí Burke vid. Michel Ganzin, La Pensée Politique de Edmund Burke, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1972, cap. II, pp. 47-72. Sobre el contexto político de esta obra, vid. J. Brewer, Party Ideology and Popular Politics at the Accession of Georges III, CUP, 1976, pp. 39-138.

(203) A Fragment on Government, op. cit. Cap. III, parágrafo 6.

(204) Sophismes Anarchiques. Examen Critique de Diverses Déclaraations de Droits de l'Homme et du Citoyen, en Jeremy Bentham, Oeuvres en 4 Tomes, traduits pour P. E. L. Dumont et B. Laroche, Reimpression de L'edition de 1829, Bruxelles, Scientia Verlag Aalen, 1969, t. I, pp. 546-576. La primera edición inglesa de esta obra apareció en 1824, con el ya mencionado título de Anarchical Fallacies, pero dentro de un libro más extenso titulado The Book of Fallacies: from unfinished papers of Jeremy Bentham, by a friend, Peregrine Bingham, Hunt, Londres, 1824.

(205) Leslie Stephen, History of English Thought in the Eighteenth Century (1902), Thoemmes Antiquarian Books, Bristol, 1991, II, p. 260. Una visión reciente sobre el pensamiento de Paine en Gregory Claeys, Thomas Paine. Social and Political Thought, Unwin Hyman, Boston, 1989; en particular, pp. 63 y ss. Vid., asimismo el breve estudio de Mark Philip, Paine, OUP, 1989, passim.

(206) Se ha consultado la edición de Penguin Books, Londres, 1984, con una Introducción de Eric Foner.

(207) Esta obra puede verse en Thomas Paine, Political Writings, CUP, 1989, edición e Introducción a cargo de Bruce Kuklic, pp. 1-38.

(208) Rights of Man, ed. cit. p. 143.

(209) Ibidem, p. 141.

(210) Sophismes Anarchiques..., ed. cit., vol. I, pp. 556-7.

(211) Ibidem, t. I, p. 564. Como recuerdan F. Rose y B.Pendás, Bentham había sustentado estas tesis sobre la división de poderes en dos escritos anteriores, False Principle Division of Power y en British Parliamentary Reform, publicados ambos en 1790, en donde señalaba que la principal garantía de la libertad no radicaba en la división del poder público, sino en el control (the accountability) de los gobernantes por los gobernados. Cfr. Frederick Rosen, The origin of liberal utilitarianism: Jeremy Bentham and liberty, en Victorian Liberalism. Nineteenh-century political thought and practice, Routledge, Londres y Nueva York, 1990, pp. 63-4 y Benigno Pendas García, J. Bentham: Política y Derecho en los Orígenes del Estado Constitucional, CEC, Madrid, 1988, pp. 281-288.

(212) Sobre estas dos etapas, vid. J. R. Dindwiddy, "Bentham's Transition to Political Radicalism, 1809-1810", en "Journal of the History of Ideas", nº XXXVI, pp. 683-700; J. H. Burns, "Jeremy Bentham: From radical Enlightenment to Philosophic Radicalism",

en "The Bentham Newsletter", nº 8, Junio de 1984, pp. 4-13; Vid, asimismo, Lea Campos Boralevi, Un Riformatore tra due Rivoluzioni: Jeremy Bentham, en Modelli nella storia del pensiero politico, Saggi a cura di V. I. Comparato, Leo S. Olschki, 1989, vol. II, pp. 117-142.

(213) Como Stephen Conway, por ejemplo. Vid. Bentham and the nineteenth century revolution in government, en Victorian Liberalism, op. cit. pag. 76.

(214) El mejor trabajo sobre el Código Constitucional es el de Frederick Rosen, Jeremy Bentham and Representative Democracy. A Study of the Constitutional Code, Oxford, 1983, passim. Resulta, asimismo, de interés el capítulo quinto del libro, ya citado, de Benigno Pendás García, J. Bentham: Política y Derecho en los orígenes del Estado Constitucional; así como el artículo de Josep Mª Colomer Teoría de la democracia en el utilitarismo (en torno al pensamiento político de Bentham), REP, nº 57, 1987.

(215) Sobre la larga elaboración de esta obra, vid. la Editorial Introduction al Vol. I. del Constitutional Code, editado por F. Rosen y J.H. Burns en The Collected Works of Jeremy Bentham, OUP, 1991, pp. XI- XLV.

(216) Cfr. Constitutional Code, op. cit. p. 25.

(217) Cfr., ibidem, cap. V, pp. 29 y ss. De esta forma, modificaba en un sentido mucho más democrático las tesis que había sustentado en Principles of Legislation (1802), en Plan of Parliamentary Reform (escrita en 1809, aunque publicada en 1817) y en Radicalism not dangerous (1820).

(218) Cfr. capítulos IV y V, pp. 26 a 29.

(219) Ibidem, cap. VI, pp. 41 y 42. Pendás recuerda a este respecto, que en una obra anterior, Of Laws in General , Bentham viene a distinguir entre el poder constituyente y los poderes constituidos cuando habla del *"originative power"*, ejercido por el pueblo, y del *"efficient power"*, ostentado por los gobernantes elegidos. Cfr. op. cit. p. 287. Bentham reitera la subordinación del Parlamento al soberano, esto es, al pueblo o cuerpo electoral, en el cap. VII, sección 11, p. 145.

(220) Cfr. ibidem, cap. IV, p. 26; Cap. V, pp. 31-2, y cap. VI, pag. 111. Pendás observa que "Bentham rechaza la *judicial review* de la legislación inconstitucional, porque entra en conflicto con el principio de la omnicompetencia del legislador; por tanto, habrá de ser el pueblo quien proceda a la remoción y, si es preciso, promueva la sanción penal para los miembros del legislativo que aprueben *anti- constitutional offences"*, op. cit. p. 286.

(221) Cfr. Constitutional Code, op. cit. cap. VIII.

(222) Cfr. ibidem, cap. IX.

(223) A este título general, se añadía la siguiente aclaración: *" being the first part of a series of lectures on Jurisprudence or the philosophy of positive law"*. Se ha utilizado aquí la reimpresión de 1970, Burt Franklin, Nueva York, 3 volúmenes, con un bello y agudo Prefacio de su esposa, Sara Austin, a la segunda edición de esta obra, que vio la

luz en 1861, y que se contiene en las páginas I a XXXVI del primer volumen.

(224) Cfr. The province of Jurisprudence Determined, ed. cit. vol I. pp. 249 a 251. vid., en general, pp. 248 a 253, en donde se encuentra una matizada e inteligente defensa de la obra de Hobbes.

(225) Sobre las relaciones entre Bentham y Austin, en las que la esposa de éste tuvo mucho que ver, vid. Joseph Hamburger, Troubled Lifes: John and Sarah Austin, University of Toronto Press, Toronto, 1985. Vid, asimismo, A. D. E. Lewis, John Austin(1790-1859), Pupil of Bentham, en "The Bentham Newsletter , Marzo, 1979, nº2, pp. 18-29.

(226) Sobre el término *"jurisprudence"* en la ciencia jurídica inglesa y en el propio Austin, vid. Gustav Radbruch, Der Geist des englischen Rechts, 1958; traducción italiana, Lo Spiritto del Diritto Inglese, Giuffrè, Milán, 1962, pags. 49-50.

(227) Vol. I. pag. 133. En otra ocasión confiesa que no le concierne examinar" los respectivos méritos y deméritos de las diversas formas de gobierno . Ibidem, Vol. I. pag. 247.

(228) Cfr. I, p. 264.

(229) Cfr. ibidem, vol. pp. 271-2.

(230) Cfr. ibidem, vol. I. p. 284. Vid. en general, las pp. 264 a 316.

(231) Cfr. ibidem, vol. I. pp. 284, 293, 296 y 303.

(232) Ibidem, vol. I, p. 304.

(233) Ibidem, vol, I, pp. 195-197.

(234) Ibidem, vol. I. p. 201,

(235) Ibidem, vol, I, pp. 203-4.

(236) Cfr. Joaquín Varela Suanzes, La Monarquía en la teoría constitucional británica durante el primer tercio del siglo XIX, en "Revista de Estudios Políticos", nº96, Abril-Junio, 1977, pp. 9-41. Idem, Estudio Preliminar a Los Dogmas de la Constitución, de John James Park, Akalitsmo, 1998 (en prensa).

(237) Ibidem, vol. I. pp. 207-8.

(238) Ibidem, vol. I, p. 208.

(239) Ibidem, p. 209.

(240) Ibidem, vol. I. p. 210.

(241) Cfr, ibidem, vol. I, pp. 1 a 25, 118-121 y 169-170. Austin hace suyas aquí las

palabras de Hobbes: *"the legislator is he, not by whose authority the law was first made, but by whose authority it continues to be a law"*. Ibidem, pp. 169-170.

(242) *"Strictly speaking, customs, or writings and opinions of lawyers are Law in so far as they have been recognized by judicial decisions, and no further. As we already shewn, there can be no law without a judicial sanction, and until a custom has been adopted as Law by Courts of Justice, it is always uncertain whether it will be sustained by that sanction or not"*. Ibidem, vol. II, p. 236.

(243) Ibidem, vol. II, p. 436.

(244) Ibidem, vol. II, p. 436. Vid. En las pp. 321 A 378, Austin se extiende sobre las diferencias entre las leyes creadas por el Parlamento y las creadas por los Jueces, sosteniendo unas opiniones distintas de Bentham en lo que concierne a estas últimas y al inevitable asunto de la codificación.

(245) Ibidem, vol. II, p. 437.

(246) Ibidem, vol. I. p. 225. Naturalmente, para Austin la soberanía no era un concepto fáctico, sociológico, sino puramente jurídico y, por tanto, formal. Cosa que parece no comprender- o, al menos, no compartir- Sir William R. Anson cuando critica la insistencia de Austin en el carácter únitario e indivisible de la soberanía. Cfr. The Law and Custom of the Constitution, OUP, 1922, vol. 1.,pp. 1-4.

(247) Cfr. Ibidem, vol. I. pags. 226-229.

(248) Ibidem, vol. I. pags. 230-231 y 236-238.

(249) Ibidem, vol.I, pags. 228-231

(250) Ibidem, vol. I. pags. 231-2

(251) Cfr. vol. I, pags. 2237-240 y 263.

(252) Cfr. ibidem, pags. XIV- XV.

(253) Estas conferencias y este Curso se recogen en los volúmenes II y III de la obra citada, con el título, que figuraba en la primera edición de 1861, "Lectures on Jurisprudence, being the sequel to "The Province of Jurisprudence Determined", to which are added Notes and Fragments now first published form the original Manuscripts".

(254) Wilfird E. Rumble, Nineteenth-Century Perceptions of John Austin: Utilitarianism and the Reviews of The Province of Jurisprudence Determined, en Utilitas. A Journal of Utilitarian Studies, vol. 3, nº 2, Noviembre, 1991, págs. 199-216.

(255) Wilfrid E. Rumble, Austin in the Classroom: Why were his Courses on Jurisprudence Unpopular?, en The Journal of Legal History, vol. 17, April, 1996, nº 1, pp. 17-40.

(256) Es preciso tener en cuenta que J. S. Mill se inició en el estudio del Derecho de la mano de Austin durante el invierno de 1821-1822, como confiesa en su Autobiografía, en donde traza una penetrante semblanza de Austin, llena de cariño y admiración. Cfr. Autobiografía, Alianza Editorial, Madrid, 1986, pp. 83 y 91-93.

(257) Se ha consultado aquí la décima edición, MacMillan, Londres, 1959, con una Introducción de E. C. S. Wade, pp.XIX a CXCVIII.

(258) E. C. S. Wade y G. G. Phillips recuerdan que en tiempos de Dicey era usual hablar de Inglaterra como sinónimo de la Gran Bretaña o del Reino Unido. Cfr. E. C. S. Wade y A. W. Bradeley, Constitutional and Administrative Law, Longman, 11ª edic., Londres, 1993, p. 69.

(259) Cfr. op. cit. p. 39.

(260) Ibidem, p. 39.

(261) Ibidem, pp. 39-40.

(262) Ibidem, p. 40.

(263) Ibidem, p. 40

(264) Cfr. ibidem, pp. 41-50, aunque se olvide de los jurisprudenciales, como le reprocha Geoffrey Marshall. Cfr. Parliamentary Sovereignity and the Commonwealth, op. cit. p. 27.

(265) Cfr. pp. 50 a 58.

(266) Cfr. ibidem, pp. 63-4.

(267) Ibidem, p. 59.

(268) Walter Bagehot, The English Constitution(1867). Se ha consultado la edición de Fontana Press, con una Introducción de Richard Crossman, Londres, 1993, passim. Sobre la infravaloración que Walter Bagehot hizo del papel que la Reina Victoria desempeñó en la actividad política- que comenzó a conocerse de veras cuando se tuvo acceso a su correspondencia personal, vid.;Harold Lasky, Parliamentary Government in England, Londres, 1938, pp. 397-8; Sir Ivor Jennings, The Cabinet System, CUP, 3ª edición, 1961, p. 353; J. H. Hanham, The Nineteenth Century Constitution. 1815-1914. Documents and Commentary, CUP, 1969, p. 24; David Lindsay Keir, The Constitucional History of Great Britain Since 1485, Adams and Charles Black, 9ª edición, Londres, 1965, p. 493.

(269) Cfr. ibidem. pp. 74-75. Vid, en general, la impugnación de Austin, en pp. 71-85. Para Sir Ivor Jennings la "soberanía jurídica" a la que se refiere Dicey no es soberanía en absoluto. "Se trata- añade- de un mero concepto jurídico, una forma de expresión que utilizan los juristas para referirse a las relaciones entre el Parlamento y los Tribunales de Justicia". The Law and the Constitution, University of London Press, 5ª edic., 1959, pp. 149. Una crítica, jurídicamente infundada, de las tesis de Dicey en Ibidem, pp. 144-176.

(270) Ibidem, p. 60.

(271) Ibidem, p. 62.

(272) El XIII y último de la Segunda parte, pp. 406-414.

(273) Cfr. ibidem, pp. 64-70.

(274) Ibidem, p. 70

(275) Sobre estos extremos, vid. Joaquín Varela Suanzes, Constitución y Ley en los orígenes del Estado Liberal, en "Revista Española de Derecho Constitucional", nº 45, Sept- Dic., 1995, pp. 347-365.

(276) Cfr. ibidem, pp. 87-91. La referencia de Dicey a Bryce en p. 91. Sobre la conexión- no circunscrita a la Gran Bretaña, sino válida para la mayor parte de la Europa constitucional del XIX- entre soberanía del Parlamento, flexibilidad constitucional e imposibilidad de articular un control del constitucionalidad de las leyes, me extiendo en Sobre la rigidez constitucional, en Alessandro Pace/ Joaquín Varela, La rigidez de las constituciones escritas, "Cuadernos y Debates" nº 58, CEC, Madrid, pp. 81-114.

(277) Ibidem, p. 145.

(278) Sobre este influjo, que desde luego no se limitó a la doctrina de la soberanía del Parlamento, vid. la larga Introduction de E. C. S. Wade a la décima edición de Introduction to the study of the law of the Constitution, MacMillan, Londres, 1959, pp. XIX a CXCVIII. Vid. asimismo, el reciente estudio de Jonh F. Mceldowney, Dicey in historical perspective. A Review essay, en Patrick Mcauslan y John F. Mceldowney, Law, Legitimacy and the Constitution, Sweets and Maxwell, Londres, 1995. pp. 39-61, así como el número de Invierno de 1985 que la revista Public Law dedica a Dicey and the Constitution. Vid, asimismo, Julia Stapleton, Dicey and his Legacy, en "History of Political Thought", vol. XVI, nº 2, Verano de 1995, pp. 234-256.

(279) Sir Ivor Jennings, The Law and the Constitution, University of London Press, 5ª edic. 1959, p. 144.

(280) H. L. Hart, The Concept of Law, OUP, 2ª edic. 1994, pp. 149-150.

(281) Geoffrey Marshall, Parliamentary Sovereignity and the Commonwealth, OUP, 1957, p. 1. Por citar tan sólo a un autor más, pues la lista sería muy larga, O. Hood Phillips señala también que " la más importante característica del derecho constitucional británico es la supremacía legislativa(a veces llamada "soberanía") del Parlamento del Reino Unido". Constitutional and Administrative Law, Sweet and Maxwell, Londres, 7ª edic. 1987, p. 25.

(282) Colin R. Mumro, Studies in Constitututional Law, Butterworths, Londres, 1987, p. 82. Este autor, no obstante, se separa de la doctrina de la soberanía sustentada por Dicey en puntos muy relevantes. Cfr. pp. 83-108.

(283) Lo recuerda Geoffrey Marshall en Constitutional Theory, OUP, 1980, p. 43.

(284) Cfr. Geoffrey Marshall, Constitutional Theory, op. cit. p. 42. Vid., asimismo, Sidney Kentridge, Parliamentary Supremacy and the Judiciary Under a Bill of Rights: some lessons from the Commonwealth, en "Public Law", Spring, 1997, pp. 96-112.

(285) Sobre este asunto, vid. la monografía, ya citada, de Geoffrey Marshall, Parliamentary Sovereignity and the Commonwealth, OUP, 1957, passim.

(286) Sobre este particular, vid. Lawrence Collins, European Commnunity Law in the United Kingdom, Butterwords, Londres, 1990, pp. 22-23. De esta cuestión, como es lógico, se ocupan todos los Manuales británicos de Constitutional and Administrative Law, como, por ejemplo, el de O. Hood Phillips, Sweets and Maxwell, 7ª edic. Londres, 1987; pp. 71-82; el de E. C. S. Wade y A. W. Bradley, Longman, Londres y Nueva York, 11 ª edic. 1993, pp. 86-7; o, en fin, el de Stanley de Smith y Rodney Brazier, Penguin Books, 7ª edic. Londres, 1994, pp. 84-89. Vid. asimismo, A. W. Bradley, The Sovereignty of Parliament in Perpetuity ?, en Jeffrey Jowell y Dawn Oliver, The Changing Constitution, OUP, 3ª edic. 1994, pp. 90-98; H. W. R. Wade, Sovereignity: Revolution or Evolution?, en "The Law Qarterly Review", vol. 112; octubre, 1996, Londres, pp. 568-575; John Eekelaar, The death of Parliamentary Sovereignity. A Comment, en "The Law Qarterly Review", vol. 113; April, 1997, Londres, pp. 185-187.

(287) En lo que concierne a Escocia, vid. Scotland's Parliament. Fundamentals for a new Scotland Act, en "The Constitutional Unit", Faculty of Law, University College, London, 1997.

(288) Cfr. Sir Stephen Sedley, The Sound of Silence: Constitutional Law without a Constitution, en "The Law Qarterly Review", vol. 110; April, 1994, Londres, pp. 270-291; A. W. Bradley, The Sovereignty of Parliament in Perpetuity ?, op. cit. pp. 79- 107; Colin Turpin, British Government and the Constitution, Butterwords, 3ª edic. Londres, 1995, pp. 20-36; Geoffrey Marshall, Parliamentary sovereignity: the new horizons, en "Public Law", Spring, 1997, pp. 1-5.

LOS DOS CUERPOS DEL SOBERANO: EL PROBLEMA DE LA SOBERANIA NACIONAL Y LA SOBERANÍA POPULAR EN LA REVOLUCION FRANCESA

Ramón Máiz

I. La univocidad imposible: genealogía e historia conceptual de la soberanía. II. Pueblo o nación: el canon del presente en términos de su pasado. III. Ficticio figura veritatis: el enigma de la soberanía nacional. IV. La República de la virtud y soberanía moral del pueblo. V. Conclusión: la soberanía como "monstruo político".

"No son los hechos los que conmueven a los hombres, sino las palabras sobre esos hechos"
Epicteto

"La tradición de todas las generaciones muertas pesa como una losa sobre el cerebro de los vivos"
Karl Marx

I.-La univocidad imposible: Genealogía e Historia conceptual de la Soberanía.

La proverbial oscuridad del debate teórico sobre la soberanía resulta, en buena medida, deudora de los límites intrínsecos a las perspectivas tradicionales desde las que se ha abordado el problema- la "historia de las ideas" y la "historia constitucional"- y reclama un más depurado análisis desde las aportaciones de la *New History* y la *Begriffgeschichte*.

Para esta última corriente historiográfica, los conceptos son indicadores, precipitados semánticos de determinados contextos sociales y políticos, pero constituyen, asimismo, factores internos de la propia realidad y de su transformación. Si la lucha semántica por la definición de posiciones políticas integra una dimensión clave, a través de tales definiciones, del establecimiento o la destrucción de un orden social, los conceptos no solo "expresan" sino que, propiamente, delimitan el horizonte posible de una época.

Koselleck ha subrayado el hecho capital de que desde la Revolución Francesa los conceptos ya no sirven solamente para concebir los hechos de uno u otro modo, sino que se proyectan hacia el futuro. El contenido experimental de muchos conceptos, su espacio de experiencia (*Erfahrungsraum*), se vería, así, crecientemente desbordado por sus pretensiones de realización futura, por su horizonte de expectativas (*Erwartungsraum*).

De todo ello se deriva, desde luego, la exigencia de investigar los conflictos políticos del pasado en el seno del ámbito conceptual de la época y la autocomprensión de los usos del lenguaje propia de los actores del momento. Pero, asimismo, la no menos perentoria de traducir los significados pasados de los términos a nuestra comprensión presente, estableciendo el significado "para nosotros" desde la fijación de significados pretéritos. La historia conceptual atiende a la zona de convergencia en la que el pasado, a la par que sus conceptos propios, afecta a los conceptos actuales y deslinda, de esta suerte, lo que hay de común y diferente en el tiempo y en la lucha misma por la significación. Desde el "giro lingüístico" (*linguistic turn*) Skinner

postula una reconsideración desde el pasado de nuestras ideas y conceptos actuales, que cuestione los prejuicios presentes, en lugar "del placer habitual y cuidadosamente amañado del reconocimiento". A su vez, y desde el giro hermenéutico (*Wende zur Sprachlichkeit*) Koselleck subraya que "una palabra se convierte en concepto si la totalidad de un contexto de experiencia y significado sociopolítico, en el que se usa y para el que se usa cada palabra, pasa a formar parte globalmente de esa única palabra"(1). Un concepto reúne la pluralidad de la experiencia histórica y la esquiva multiplicidad superpuesta de relaciones teóricas y prácticas de un contexto, que sólo se vuelve experimentable mediante el concepto mismo. La historia conceptual, por lo tanto, no solo critica la retroproyección al pasado de los conceptos deudores del contexto presente(2), sino que atiende, además a "lo que se ha ido poniendo en el concepto", no siempre bajo el mismo término, en el curso de la historia.

En lo que respecta al concepto de soberanía popular, por ejemplo, sin comparar los campos semánticos de conceptos contrarios o paralelos- soberanía del monarca, soberanía nacional-, sin atender a los solapamientos, a la fijación provisional de sentido en la cadena epocal de significación de términos que devienen auténticos "significantes flotantes", no podrá proporcionarse una descripción plausible de su valor qua concepto respecto a las posiciones de las diferentes actores políticos de la Révolution o, si se prefiere, de las diversas revoluciones presentes en el constante dérapage de la Revolución Francesa(3).

En pocas nociones como la de soberanía se patentiza con tanta nitidez, en efecto, la polivocidad connatural a los conceptos políticos, así como el hecho notorio de que los significados poseen vigencia lingüística más allá del fenómeno particular que lo ha generado y a su vez ha contribuido a forjar; de que, en fin, el tempo de los conceptos no es el tempo de las estructuras sociales y políticas.

En las páginas que siguen nos ocuparemos de un momento, breve pero especialmente denso y pródigo en significado, de la biografía semántico-conceptual de la noción de soberanía, intentando clarificar el alcance de la distinción entre soberanía nacional y soberanía popular en los debates de la Revolución francesa, inscribiéndola en el seno de las varias representaciones o teorías de la democracia que se enfrentaban en aquella coyuntura. Pero también, con una óptica modestamente genealógica(4), contextualizándola en el más vasto repertorio de prácticas políticas y discursivas revolucionarias que desbordan el horizonte de los conceptos jurídico-públicos.

En este orden de cosas, el desarrollo de nuestro argumento abordará, en lo esencial, tres problemas sustantivos:

1) El relieve teórico y práctico de la atribución revolucionaria de la titularidad de la soberanía ora a la nación (souveraineté nationale), ora al pueblo (souveraineté du peuple).

2) El vario alcance de la distinción entre la titularidad de la soberanía y su ejercicio y, en especial, hasta que punto y de qué forma las modalidades de ejercicio de la soberanía afectan a la titularidad proclamada de la misma.

3) La relación de continuidad/descontinuidad entre la soberanía nacional o popular, postuladas durante la Revolución francesa, y la soberanía tradicional del monarca- como ideal normativo, más que descriptivo de la realidad histórica- a través del concepto mismo de soberanía.

La línea argumental que pretendemos desarrollar sigue, así, un itinerario diferente al más sólito en el análisis de este problema: la cuestión de la titularidad de la soberanía se autovacía, reenviándonos al de su ejercicio en el que, por así decirlo, "reside su verdad", y éste, a su vez remite al concepto de soberanía que constituye la clave de bóveda lógica de la entera problemática.

Analizaremos, en primero lugar, la "soberanía nacional" en la época de la Asamblea Nacional (1789-1791), y la profunda elaboración de Sieyes frente los Monárquicos y la Montaña; para pasar a continuación a la figura de la "soberanía popular", predicada por los jacobinos en la segunda y tercera fase de la Revolución (1792-1794), y la drástica reformulación de la misma por Condorcet. Todo ello nos conducirá, por último, a recuperar asimismo de un incomprensible olvido la lúcida crítica del abate de Fréjus al concepto de soberanía tout court.

II.- Pueblo o Nación: el canon del presente en términos de su pasado.

Puesto que el análisis del concepto de soberanía no se limita al mero estudio del pasado, sino que constituye en buena medida una historia del presente en términos de su pasado, el punto de partida del análisis de la titularidad de la soberanía en la Revolución Francesa debe ubicarse, por fuerza, en la interpretación canónica de la misma proporcionada por Carré de Malberg y que, a través de sus discípulos, gozaría de singular fortuna y pasaría a ser la dominante entre los iuspublicistas franceses contemporáneos y sus epígonos en otros países(5).

Por más que se trate de una distinción bien conocida, quizás no resulte del todo baladí recordar que la distinción entre soberanía nacional y popular formulada por el profesor de Estrasburgo, no se agota en deducir muy diferentes efectos jurídico-políticos según se residencie la soberanía en el pueblo o la nación. Así, la soberanía popular implicaría un concepto de pueblo como conjunto de los ciudadanos de la generación presente, todos y cada uno de ellos (sufragio universal) dotados de un derecho a votar (y a abstenerse), considerados los representantes como meros mandatarios, transmisores de la voluntad preexistente de sus electores. Por el contrario, la soberanía nacional descansaría en un concepto abstracto de nación que, falto de voluntad expresa, requiere la mediación de órganos e instituciones que generen una voluntad previa inexistente, siendo uno de ellos el electorado, que cumple de esta suerte únicamente una función especifica, y deviniendo, a su vez, los representantes, con entera independencia, de la nación entera y no de sus electores concretos(6).

Ahora bien, tras esta distinción tan bien conocida, subyacería otra, siempre según Carré, que afecta al estatuto teórico de la noción misma de soberanía. En efecto, mientras que en el concepto de soberanía del pueblo, "soberanía" designa el órgano supremo en el Estado, en el concepto de soberanía de la nación se refiere al nudo poder de la institución estatal, equiparándose por tanto con la "soberanía del Estado", siendo la nación, a la postre, la otra cara del Estado(7). La heterogeneidad de planos en que, de este modo, se sitúan la soberanía nacional y la popular permite una lectura más flexible que la mutua exclusión realizada en la Contribution, y que, de hecho, realizará más tarde Carré en La Loi expression de la volonté générale. El Pueblo será a tenor de esta nueva versión el órgano supremo y, en este sentido, soberano (Soberanía I) del Estado/Nación, titular, a su vez, este último, del poder político en la modernidad (Soberanía II)(8).

En la conocida tesis de Carré, sería de la mano, en ocasiones "derriére le rideau", de Sieyes y en la Asamblea Nacional que aprobaría la Constitucion de 1791, donde se explicitaría la concepción de "soberanía nacional"; y en el discurso de Robespierre y el jacobinismo, cristalizado en la Constitución de 1793, donde se recogería el concepto, y sus antedichas implicaciones, de "soberanía popular".

Esta posición clásica recibiría, sin embargo, un célebre, rotundo mentís por parte de Guillaume Bacot, quien defendería la existencia de un único concepto revolucionario de soberanía, desde 1789 a 1794, bajo la distinción, meramente terminológica y

huérfana de significado conceptual profundo, de "soberanía nacional" y "soberanía del pueblo". La concepción revolucionaria de la soberanía, en virtud de su naturaleza a la vez colectiva y concreta, designando el conjunto indiviso de los ciudadanos presentes que participan activamente en la vida política, se diferenciaría, ora de la soberanía nacional, de carácter colectivo pero abstracto, ora de la soberanía popular, concreta pero fragmentada(9).

Las únicas diferencias entre la soberanía nacional y la popular no se referirían, según Bacot, a la titularidad, siempre en manos de la colectividad de los ciudadanos activos, sino a las modalidades de ejercicio de la soberanía. Y aún así de modo muy relativo, toda vez que tales diferencias consistirían, básicamente, en que en la primera modalidad primarían los procedimientos representativos y la reducción censitaria del derecho de voto, mientras que en la segunda ganarían peso las instituciones de democracia semidirecta y se ampliaría el derecho de sufragio. En cualquier, caso ambas se diferenciarían, a su vez, de la teoría postulada por Rousseau en Du Contrat social, no en lo que a la titularidad de la soberanía atañe, sino en otros aspectos como la indelegabilidad de la misma y, consecuentemente, en la indisimulada preferencia por la democracia directa en la citada obra del ginebrino.

La informada crítica de Bacot deja, empero, irresueltos algunos temas capitales de la distinción entre soberanía nacional y popular y, atendiendo en exceso al campo semántico-conceptual delineado en las constituciones del 91 y del 93, yerra en lo que a la índole de ambas titularidades de la soberanía (y sus efectos jurídico-políticos) se refiere. Trataremos de mostrar en lo que sigue que, si bien resulta inaceptable la radical dicotomía de Carré, resulta igualmente insostenible la dilución de las diferencias terminológicas -"pueblo" o "nación"- en la pretendida unidad conceptual de una "teoría revolucionaria de la soberanía". Y ello por dos motivos capitales: 1) la diferencia de sujeto de la titularidad retiene una relativa significación en las consecuencias que se le derivan; 2) la subyacente unidad de ambas ha de procurarse en un nexo común, que se ubica en una construcción teórica de la titularidad que las vacía igualmente de contenido concreto y las dota de una abstracción que faculta, a su vez, muy diferentes formas de representacion en su ejercicio. De hecho, no es que la titularidad sea idéntica (toda vez que "colectiva y concreta") y las diferencias afecten "sólo" a las modalidades del ejercicio, como sostiene Bacot, sino que estas últimas, constituyen un factor explicativo decisivo, pues revelan, "hacia arriba" podríamos decir, una concepción del sujeto de la titularidad en la que- ora pueblo, ora nación- ambos se difuminan. Como quiera que la política revolucionaria a partir de 1789, pese a las celebradas protestas de "liberté" y "egalité", se concibe en buena medida como una peculiar "representación" absoluta, que dota a los representantes del pueblo o la nación de amplios poderes, no ya para expresar, ni tan solo para interpretar, sino para, estrictamente, crear y producir la voluntad general, el concepto de pueblo o nación se vacía de sustantividad en lo que se refiere a la universalidad de los ciudadanos, para alumbrar sendos términos retóricos.

Pueblo y nacion no se parecen, como veremos, en razón de su concreción, como sostiene con entusiasmo Bacot y rehuye con espanto Carré, esto es, porque designen a los ciudadanos que participan políticamente, sino precisamente por todo lo contrario, por su patente abstracción, que remite sus "verdaderos" intereses, su "voluntad real", incluso su "unidad", a la acción desde arriba de sus "representantes" políticos, los cuales, jerárquicamente constitutivos de la propia realidad unitaria e indivisible del pueblo o la nación, devienen auténticos soberanos. Hay un punto en el que Carré se aproxima a esta posición de la que, sin embargo, se guarda de extraer todas las consecuencias: "los diputados reunidos no son los representantes, sino los autores de la voluntad nacional: son el órgano de formación de una voluntad, que no comienza a

existir, que no nace sino por medio de ellos"(10).

El problema del párrafo antedicho radica, en efecto, en la injustificada reducción que lleva a predicar solamente de los diputados el hecho notorio de que la voluntad real del pueblo o de la nación la producen sus representantes. En efecto, el paradigma dominante de la revolución francesa contempla una ininterrumpida sucesión, habría que añadir hobbesiana(11), de representantes que producen de arriba hacia abajo una voluntad del pueblo o nación que en modo alguno se entiende preexistente a su intervención, como su punto de partida "representable", sino como su producto final y heterónomo: La Asamblea nacional, las secciones, el partido Jacobino, La Convención, Los Comités revolucionarios, etc.

La historiografía contemporánea de la Revolución francesa, ajena a la hagiográfica versión jacobina dominante durante mucho tiempo(12), muestra concluyentemente que, desde un comienzo, ni el pueblo ni la nación existen, en puridad, con autonomía, fuera de sus representantes. Y de ahí que el representante colectivo se torne, a la postre, en soberano: pues no se trata tanto de que la nación o el pueblo posean una titularidad que otros ejercen en su nombre; sino más bien de que el representante soberano engendra al titular mismo, le otorga su esencia, produce su voluntad y lo vacía así de contenido político propio. Toda distancia entre gobernantes y goberandos queda progresivamente abolida a manos de una subyacente identificación, mediante la que la unidad y consistencia del pueblo o la nación le viene otorgada por sus representantes. De este modo, en definitiva, la soberanía se traslada imperceptiblemente, del sujeto colectivo universal a los gobernantes particulares(13).

Deben precisarse, sin embargo, dos extremos respecto a este argumento. En primer lugar, la relativa continuidad entre 1791 y 1793 que, a diferencia de Bacot, aquí se postula, y según la cual en ambos casos opera una semejante lógica de identificación y sus consecuencias de vaciamiento del significante de la titularidad de la soberanía, no debe radicalizarse hasta el extremo de impedirnos dar cuenta de las muy notorias diferencias existentes entre el modelo 1791 y el de 1793.

En segundo lugar, sostenemos que este discurso subyacente constituye el paradigma dominante que terminará finalmente por imponerse en el curso de la Revolución. Pero no es, en absoluto, el modelo único: Sieyes reelabora sin cesar, en sus escritos éditos e inéditos, una posición radicalmente diferente tanto de la de 1791 como de la 1793; Condorcet, por su parte, razona infatigable hasta su muerte desde una posición fatalmente crítica con el jacobinismo.

El curso de los acontecimientos sería, empero, inequívoco. Cierto que, en el curso de las intervenciones iniciales de los jacobinos, Robespierre incluido, antes de su acceso al poder, apunta una temática parcialmente diferente, de crítica de la representacion absoluta y de la alienacion de la soberanía, una lógica del sufragio universal y la democracia republicana. Cristalizada parcialmente en la Constitución de
1793 promovería, en lo sucesivo, un renuente equívoco en muchos iuspublicistas y teóricos de la democracia hasta nuestro días. Pero la concepción dominante- y para dar cuenta de ella resulta preciso ir mas allá de los textos constitucionales respectivos, a la batalla política y discursiva por la hegemonía en el seno de la Revolución- revela un discurso de la identificación, de la construcción política del pueblo o la nación desde arriba, desde el Estado. Una lógica de la identidad que podemos denominar continental europea, la cual -por oposición a la lógica americana de la diferencia y la pluralidad, de la sociedad frente al Estado, de la superioridad formal de la Constitución sobre la ley, del federalismo etc.- procediendo de una longeva tradición francesa, más allá de Bodin y Loyseau, encuentra en el más añejo y, a la vez, contemporáneo concepto francés de la souveraineté su mas alta expresión(14).

III. - Fictio figura veritatis: el enigma de la Soberanía nacional.

Veamos, en primer lugar la cuestión de la "souveraineté de la Nation" en 1791. Conocidas son, al respecto, las tesis de Carré de que la nación constituye para el Comité de Constitución un "ente sintético y abstracto", una "universalidad ideal", una "colectividad indivisible y perpetua", "independiente de los nacionales" y "formada por la sucesión ininterrumpida de generaciones presentes y futuras"(15). Recordemos, sin embargo, que para Bacot nación significa, por el contrario, "el conjunto de ciudadanos que pueden efectivamente participar en el ejercicio del poder público", esto es "los ciudadanos activos"(16).

En nuestra opinión, sin embargo, la Asamblea Nacional configura un debate caracterizado por una tensión entre posiciones muy diversas que, en lo que atañe a la idea de nación, van desde la abstracción a la concreción ubicándose a lo largo de un continuo. Seria vana cualquier pretensión de extraer una teoría aquilatada y coherente en este tema pero, en cualquier caso, la perspectiva finalmente preponderante y visible en el texto constitucional, sin por ello devenir la otra cara del Estado como quiere Carré, configura una concepción abstracta de la nación, en los términos que ahora precisaremos. En efecto, no puede en rigor negarse que, defendida sobre todo por Mounier, Lally-Tollendal, Clermont-Tonnerre, y otros, además de estos llamados "Monárquicos, se reitera una concepción de la nación eterna, esencial, perenne, una "France éternelle" que engloba a las pasadas, presentes y futuras generaciones. Un "Corpus Morale et politicum" que cambia, asume nuevas formas, pero en su esencia nunca muere: Universitas non moritur(17). Es la nación como titular abstracto de soberanía, cual persona ficta que trasciende el cuerpo físico, presente y perecedero del pueblo y se revela tan sólo en la voz de sus cualificados representantes, monarca incluido. Los Archivos Parlamentarios proporcionan elocuentes testimonios de ello. Así, Mounier, por ejemplo, afirma el 12 de agosto de 1789: "No ejerciendo por si misma la nación su poder, y no debiendo ejercerlo, no puede existir otra voluntad que la de las personas a las que ha hecho sus depositarias . Así, la voluntad de la nación francesa se formará por el concurso de las voluntades de su Rey y sus representantes". Y Lally-Tollendal lo reitera: "la soberanía sólo reside en el todo reunido allí donde veo a los representantes de veinticinco millones de hombres, veo el todo en el que reside la plenitud de la soberanía"(18).

El sentido último de este concepto de soberanía nacional no es otro que el de designar el lugar de residencia de la summa potestas, a la par que postular el mismo principio de legitimación para la estructura compuesta del poder legislativo. Esto es, considerar al Monarca como parte esencial, irradicable de la nación francesa, bien que ahora, y frente a la monarquía tradicional, no como el representante por excelencia de la misma, "el alma soberana de la nación", dotado de plenitudo potestatis, sino como uno de sus representantes y sometido a la Constitución. El art. 2 de la Constitución de 1791 refleja con nitidez esta idea: "la nación, de la que emanan todos los poderes, no puede ejercerlos sino por delegación. La Nación francesa es representativa: los representantes son el Cuerpo legislativo y el rey".

La posición de la mayoría del Comité de Constitución permitía cohonestar dos líneas argumentales; a saber: considerar que el rasgo distintivo de la soberanía, tal y como se afirmaba clásicamente en la tradición francesa desde Bodin, es la ley; y que, a su vez, el poder legislativo debe articularse como un órgano compuesto, integrado por Rey y Asamblea, a partir del necesario concurso de un monarca colegislador dotado de veto suspensivo ("itératif"). De este modo, como Troper ha demostrado de modo concluyente frente a Carré, en la Constititucion de 1791 la función legislativa no

pertenece exclusivamente el "cuerpo legislativo" sino que se encuentra compartida entre éste y el Rey(19).

La presencia de sanción sustantiva y no como mero acto debido, requisito formal integrador de la eficacia de la ley, sitúa la voluntad "representativa" de la nación en manos del monarca como elemento indispensable del poder legislativo. La soberanía nacional de 1791 condiciona y prefigura, de este modo, una específica articulación de los poderes constituidos y muy especialmente en lo que a la representación atañe; a saber: la nación no resulta "representada" sólo por el Parlamento, legitimado por su elección por los ciudadanos y por su función deliberante de las opiniones de aquellos, sino por el Parlamento y el Rey, conjuntamente. Esto no solo posee consecuencias en lo que respecta al mantenimiento del rey con poderes efectivos- colegislador y titular del poder ejecutivo -sino a la índole de la representación parlamentaria misma. Permite, en efecto, de modo capital, desvincular representación, elección y pueblo considerado, este último, como la universalidad de los ciudadanos. De este modo se posibilita un electorado concebido como función y no derecho; una reducción censitaria del derechop de sufragio; una independencia absoluta del representante frente a los representados;
una relativización de la institución parlamentaria etc. No es este el lugar para dar cuenta el modelo de representación de la Constitución de 1791, del que ya nos hemos ocupado en otro lugar(20). Pero sí debemos resaltar que el concepto de "soberanía nacional" de 1791, posee muy problemáticas consecuencias para el Estado que en ella se diseñaba, como pondrá de manifiesto el abate Sieyes, tanto en lo que atañe a su vertiente de Estado democrático cuanto de Estado constitucional.

En lo que a este último atañe, un ulterior y sutil desplazamiento, que no debe pasar desapercibido, se desliza en el argumento; a saber: la identificación de la nación con sus representantes, la atribución indirecta de la soberanía a la Asamblea Nacional, que de mera voz de la voluntad nacional deviene la voluntad de la nación misma. El comité de Constitución introduce así un principio en el seno de la Revolución francesa del que el jacobinismo extraerá, más tarde, toda su negativa potencialidad; a saber: una singular representación semiótica(21) en la que, por medio de una larvada sinécdoque, la parte- la Asamblea- se toma a si misma por el todo- el pueblo francés-. La autoatribución por la Asamblea del poder constituyente originario de la Nación y la ausencia de sometimiento a referendum popular del texto constitucional así lo atestiguan. Esto otorga a la expresión: "tout député est representant de la nation entiére", reiterada una y otra vez en el debate de la Asamblea Nacional, un alcance muy diverso, como veremos, para el Comité de Constitución y para Sieyes, quien separará en sus intervenciones y escritos, progresivamente con mas nitidez, soberanía y representación. La denuncia de esta inicial suplantación como intolerable "usurpación" vertebrará, como veremos, el inicial discurso de la "soberanía popular" de los jacobinos.

Muy otro es, en efecto, el concepto de nación de Sieyes, no exento sin embargo de oscilaciones polisémicas- nación/pueblo- que han promovido interpretaciones harto deturpadas de su pensamiento, distorsionado reiteradamente en la iuspublicística al equipararlo erróneamente con el modelo de 1791. La lectura no solo de los mas conocidos escritos de 1789 del abate, sino de sus numerosos si bien olvidados textos publicados con posterioridad, de las intervenciones parlamentarias y aún de sus manuscritos inéditos de la época, revelan la complejísima y matizada posición del pensador más profundo, conjuntamente con Condorcet, de la Revolución francesa(22).

Si en un primer momento, ¿Qué es el Tercer estado?, Sieyes emplea "nación" y "pueblo" como sinónimos, posteriormente, sin embargo, procederá a su diferenciación, reservando en lo sucesivo, con algunas ocasionales fisuras, el término "nación" para

designar al titular de la soberanía y por tanto del poder constituyente, y el de "pueblo" para designar uno de los dos polos nacidos de la aparición del Estado constitucional, gobernantes y gobernados, esto es, los ciudadanos como receptores de los beneficios del "Establecimiento público" y supervisores de su actuación: "Le peuple, ce sont les gouvernés; la volonté constituante, c'est la nation entiére, avant toute distinction entre les gouvernans et les gouvernés, avant toute Constitution"(23).

En efecto, inicialmente, para el abate de Fréjus, pueblo y nación deben entenderse "sinónimos"(24) como consecuencia necesaria de la abolición de los órdenes y los privilegios y la consiguiente igualdad ante la ley que los vuelve coextensivos. En este orden de cosas, el abate subraya que, irreductible en su dimensión empírica, la Nación constituye un agregado espontáneo de individuos, una colectividad humana concreta: "l'assemblage des individus", "une chose vivante", "corps social" etc. formada por el conjunto, nada "abstracto" ni "sintético", de los franceses de carne y hueso: "¿Dónde buscaremos la nación?. Allí donde se encuentra, a saber: en las cuarenta mil parroquias que abarcan todo el territorio, esto es, todos los habitantes y tributarios de la cosa pública; en ellos reside, sin duda la nación"(25).

Debe atenderse a dos pasos decisivos, nada evidentes sin embargo, del argumento del abate. Por un lado la nación, como unidad espontánea de una multitud de individuos precede a la formación del Estado, se ubica en el "estado de naturaleza". Por otro, la comunidad nacional se agrupa mediante el común interés económico de los productores de valor que la integran.

"Nación" denota, en este sentido, la colectividad real, el conjunto histórico-concreto de los franceses que trabajan y comercian, y que deciden dotarse de un Estado para garantizar su libertad y sus derechos. Por eso, desde un punto de vista lógico, la nación soberana precede al Estado, cuya creación es el fundamental acto de soberanía: "la Nación existe antes que todo, ella es el origen de todo. Con anterioridad a ella no existe sino el derecho Natural una nación no sale jamás del estado de naturaleza"(26). En una tal perspectiva, la tesis de que la "nación se forma por el solo derecho natural", al tiempo que rompe la naturalidad de la teoría tradicional de societas civilis sive politica, fundamenta el carácter previo al derecho positivo de la nación: "la nation est tout ce qu'elle peut être par cela seul qu'elle est"(27).

Ahora bien, habida cuenta que para Sieyes el "estado de naturaleza" se reformula sobre una base económica que tiene por eje, a diferencia de los fisiócratas, "el trabajo como fundamento de la sociedad", la nación como colectivadad, "tout social", "corps social" etc. estará integrada por todos aquellos que "soportan los trabajos que sostienen a la sociedad"(28). Y el Estado ha de guardar coherencia con este fundamento inesquivable: "los sistemas políticos de la actualidad se hallan exclusivamente fundamentados sobre el trabajo"(29). Esto posee capitalísimas consecuencias para la integración del concepto de nación, pues la Nación francesa en cuanto "tout social" no se halla compuesta, sin embargo, por todos los franceses. En efecto, la nación es una "agrupación de productores", entre los que deben incluirse desde los comerciantes e industriales, pasando por los campesinos, los funcionarios públicos, los políticos, hasta los "servicios domésticos de menor estima". En suma: la Nación es, de hecho, el tercer Estado, y éste "una nación completa". Pero al mismo tiempo, y por las mismas razones antedichas, la nobleza no forma parte de la Nación habida cuenta de su flagrante ajenidad al "trabajo general", la secular faineantisse de lo que Sieyes da en llamar su "industria particular"; a saber: "la mendicidad y la intriga"(30).

El común interés de desarrollar libremente su trabajo, de salvaguardar libertad y propiedad, de realizar y extender, en definitiva, sus derechos, está en la base de la "voluntad común" nacional que trasciende la mera suma de intereses individuales.

Voluntad común que alumbra el engagement que, a su vez, propicia el pacto para dotarse de un Estado político que no suprima o reduzca, sino que consolide y garantice jurídicamente los derechos, que se encuentran en precario en el estado de naturaleza.

Ahora bien, la nación, unificada en el estado de naturaleza por el común interés que procede de la similar condición de trabajadores, de productores de valor de sus miembros, en modo alguno se ve precisada, en razón de esta "voluntad común", a alienar en el Estado todos sus derechos y deberes, de tal suerte que éste se convierta en un poder ilimitado. Por el contrario, la nación mediante la "mise en forme" de sus derechos, se manifiesta, como "todo volitivo y actuante, a través del "torrente revolucionario" del poder constituyente que alumbra el Estado como Estado constitucional: "Sería ridiculo suponer a la nación vinculada ella misma por formalidad alguna o por la Constitución si le hubiera sido preciso, para ser una Nación, una forma de ser positiva, jamás habría llegado a serlo. La Nación se forma mediante el solo Derecho natural. El Estado, al contrario, no puede pertenecer sino al derecho positivo"(31).

La Nación, "la generalidad de los ciudadanos", deviene así titular de soberanía en cuanto conjunto de individuos unificados por el interés compartido de proteger sus derechos y la consiguiente voluntad originaria de dotarse de un Estado. Ahora bien, esta soberanía previa al Estado, se agota, según Sieyes, y se consume íntegramente en la voz del poder constituyente. Si el Estado nace como Estado constitucional, "il n'est rien sans ses formes constitutives", la Nación es soberana sólo hasta el momento mismo en que se pronuncia el poder constituyente, permaneciendo en el estadio prepositivo de naturaleza: "ce ne point la nation que l'on constitue mais son établissement politique". Ahora bien, y ello es fuente de general confusión con base cierta en las propias oscilaciones terminológicas de Sieyes, el Establecimiento público una vez constituido, incide de modo inevitable sobre la nación, sobre el conjunto de individuos que han devenido en ciudadanos, esto es, sobre "el pueblo", mediante la derogación de los privilegios, la creación del derecho positivo como derecho igual, la implantación del nuevo sistema educativo, la organización administrativa y territorial de Francia, el desarrollo de un patriotismo "cívico" etc.. Esta adunation politique tiende a reforzar desde el Estado la unicidad, la centralización territorial y homogeneidad de la nación como "une nation une"; esto es: "un cuerpo de asociados viviendo bajo una ley común y representados por la misma legislatura"(32). Se trata aquí de un segundo concepto de nación en Sieyes, un concepto derivado, performativo, y no originario como el primeramente comentado, resultado de la acción nacionalizadora del Estado. Un concepto para el que el abate prefiere, casi siempre, el término de "pueblo": "El punto de partida de este movimiento político, en un país libre, no puede ser sino la Nación.
A su vez, el punto de llegada es el pueblo recogiendo los beneficios de la ley"(33).

Pero estamos ante un concepto que, operando bajo los términos de "Nación" o "pueblo", se halla dotado de un estatuto teórico político, y no social como el que caracteriza a su primer concepto de nación. Un concepto que retiene, sin embargo, un similar nivel de concreción que el de la nación en el estado de naturaleza, como conjunto concreto de los ciudadanos franceses, bien que igualados ahora por la ley tras la supresión de los privilegios, protegidos en sus derechos por el "establecimiento público" y organizados en Asambleas primarias como verdadero fundamento del "edificio representativo de base democrática". Por eso, cuando Sieyes al hilo de los sucesos revolucionarios, postula que la nación, una vez ejercida su soberanía mediante el poder constituyente, deviene un "lieu vide", retiene sin embargo una suerte de poder de reserva como eventual "resistencia a la opresión". Así, la latencia de la nación, el ejercicio excepcional de su soberanía en caso de violación despótica de los fines del

Estado, no se hará ya de forma tumultuosa o torrencial, sino a partir de los órganos constituidos denominados "Asambleas primarias" y que, en Sieyes asumen una funcionalidad mas amplia, deliberativa y controladora, que la puramente electoral del modelo 1791. En modo alguno, pues, nos hallamos ante un concepto jurídico abstracto de Nación que designaría supuestamente el otro nombre del Estado, tal y como pretende clásicamente Carré: "L'Etat n'est que la nation elle-même juridiquement organisée"(34). Para Sieyes, por el contrario, la nación juridicamente organizada es el pueblo y, en tanto que constitucionalmente limitada, no soberana.

Esto resulta capital para entender que, por una parte, el modelo de Sieyes, mediante este segundo concepto derivado de Nación, prolongue la igualación formal ante la ley frente al privilegio en centralización política territorial del Estado en procura del mantenimiento de "une nation une", "un tout social" etc. Nación y pueblo constituyen una colectividad indivisible de individuos agrupados por un interés común, antes y después de dotarse de "establecimiento público", por lo que: "Francia no puede ser un conjunto de pequeñas naciones, que se gobernarían separadamente como democracias. Por el contrario Francia no es, en absoluto, una colección de Estados, sino un todo único, compuesto de partes integrantes"(35).

Pero, por otra parte, la adunation politique postulada por el abate en modo alguno se ajusta al modelo hobbesiano del pueblo como "el material que compone el edificio del Estado", sino que el poder político surgido de la Revolución, en cuanto Estado constitucional, tiene como único objetivo la realización jurídica de la libertad:
"¿Por qué todos los diseñadores de gobiernos poseen una involuntaria tendencia a tratar monásticamente al pueblo?. Por la sencilla razón de que se trata de unificar e integrar al pueblo en lugar de adunarlo, habida cuenta que lo consideran mero material para el edificio político, careciendo para ellos de importancia la libertad individual"(36).

Solamente a la luz de este doble concepto, concreto, de nación y pueblo, resulta plausible que Sieyes postule, simultáneamente, una nación originaria, titular de la soberanía, que se traduce en el torrente revolucionario, legibus solutus, del poder constituyente: "La nación que ejerce el poder constituyente debe encontrarse, en el ejercicio de esta función, libre de todo constreñimiento y de toda forma "(37); y, a la vez, un pueblo que, bajo el Estado, pierde toda soberanía, que no capacidad democrática, ante el imperio de la Constitución, que veta cualquier poder sin límites:
"Si la constitución separa los poderes y cada uno de ellos se limita a su cometido especial estricto, no pudiendo desbordarlo sin incurrir en usurpación o crimen, ¿dónde situar la gigantesca idea de soberanía?(38).

La soberanía permanece, sin embargo, latente, con las cualificaciones antevistas, salvo quiebra despótica del establecimiento público, pues integra el fundamento teórico y no el origen histórico del Estado, que remite al poder constituyente de la nación y se autovacía en el nacimiento del Estado constitucional, con el exclusivo fin de garantizar los derechos de los ciudadanos.

Estos argumentos resultan desatendidos reiteradamente por la iuspublicística francesa de Carré a Bacot y constituye, sin embargo, uno de los ejes de la diferencia específica de la teoría de Sieyes; a saber: la titularidad de la soberanía originaria corresponde a la nación y su ejercicio al poder constituyente, nunca a los poderes constituidos, limitados y regulados por la Constitución.
De esta suerte se atiende por el abate, en primer lugar, a una necesidad crecientemente percibida por los sectores moderados- monárquicos, pero también girondinos- frente al creciente protagonismo jacobino, "clore la révolution", esto es, terminar e institucionalizar el proceso revolucionario mediante el Estado Constitucional, evitando la revolución permanente de la mano de una voluntad omnipotente y cotidiana de la

nación ajena a cualquier forma y garantía jurídica: "mieux vaux un frein qu'une insurrection permanente"(39).

Pero, además, Sieyes introduce otros dos argumentos adicionales de no escaso relieve. En primer lugar, el objeto de la asociación política ha de ser limitado, restringido a los intereses colectivos y ajeno a los intereses privados de los individuos: "la chose commune n'est pas le tout". La invasión de la esfera de la privacidad, la existencia de poderes ilimitados por parte del Estado, implicaría la puesta en precario de los derechos individuales a cuyo servicio debe estar el establecimiento público. Este desbordamiento daría lugar a lo que Sieyes califica de "poder monacal" propio de una "Re-totale" y no de la "Re-publique", del Estado fundamentado y limitado por la Constitución. En segundo lugar, ello permite a Sieyes resolver el problema del control del Estado, de que éste atienda a los fines para los que fue creado y no derive en tiranía. A estos efectos, y solo en casos de flagrante violación de los fines del Estado, la nación devenida "lieu vide", "lieu magique" bajo el Estado constitucional puede, sin embargo, "ressaisir" el ejercicio de la soberanía, reapropiándose del poder constituyente originario de segundo orden, a iniciativa en esta ocasión de los órganos de democracia de base: las Asambleas primarias y mediante procedimientos mayoritarios, en aras de justificada resistencia a la opresión. Al propio tiempo, sin embargo, la constitución debe establecer un poder constituyente instituido que, estableciendo un procedimiento de reforma constitucional viable, frene al insurrección permanente o la interpretación discrecional por sedicentes representantes del pueblo de la existencia de ruptura del pacto fundador del Estado.

Este concepto de "soberanía nacional" de Sieyes que se expresa en el poder Constituyente que fundamenta y limita el poder del Estado como Estado constitucional posee, además, capitalisimas consecuencias para la vertiente democrática del mismo. En efecto, en la senda de Locke, y frente al modelo hobbesiano, la entrada en el "Estado social" no se realiza a cualquier precio bajo la amenaza del bellum omnia contra omnes, sino para asegurar institucionalmente la libertad de los individuos y mediante un específico vínculo de confianza entre gobernantes y gobernados(40). Ello se traducirá, en el abate, en una concepción democrática de la representación, radicalmente alejada de la postulada por el modelo 1791. Recordemos: estrecho vínculo entre representación y elección ("sans election point de réprésentation"); el electorado concebido como un derecho ("se faire representer sans aliener leur droits"); el sufragio tendencialmente universal sin requisitos censitarios ("ataché non a la proprieté mais à la personne"); en la postulación, en fin, de un sistema ("à la base démocratique et l'édifice représentatif") a partir de las Asambleas primarias que, más allá del solo cometido electoral ("réprésentation sans aliénation"), desarrollarían una compleja función participativa y deliberativa ("pour raffraichir les représentants d'esprit democratique"), con posibilidad de "revocación" y "radiación" de los representantes ("il faut que le deputé soit dans la main du peuple")(41).

Las diferencias entre el complejo concepto de nación de Sieyes, su correlato de titularidad y ejercicio de la soberanía y las consecuencias que de él se derivan, por una parte, y el de la Constituyente, deudor en este extremo de los postulados de los Monárquicos, por otra, saldrían a luz en ocasiones varias como, por ejemplo, el debate sobre la sanción de la Constitución de 1791. Como quiera que la Asamblea Nacional no fuera en su día elegida como asamblea constituyente, debería someter a aprobación del pueblo el texto constitucional para disponer así de la legitimidad que otorga la voluntad expresa de la nación soberana originaria en uso de su poder constituyente. No se hizo así, contra la opinión de Sieyes, quien se oponía a que la Asamblea ejerciera el poder constituyente y reclamaría la convocatoria de una Convención especialmente elegida al

efecto y que se evitara la confusión entre "legislatures et conventions nationales". El apodado "constituant en chambre", trataba así de evitar no solo la suplantación de la titularidad de la soberanía nacional de la mano de su poder constituyente, sino la estructuración de un poder legislativo compuesto por el parlamento y el Rey como "colegisladores". La ulterior inexistencia de la votación directa del pueblo constituyó, sin embargo, una quiebra decisiva de la legitimidad de la Constitución de 1791, que sería debidamente capitalizada por los jacobinos: el principio de la soberanía nacional recogido en la constitución permitía derogar, interpretada desde la soberanía del pueblo, y al margen del complejo procedimiento de reforma establecido en la misma, una constitución que infringía, por su irregular nacimiento, sus propios principios declarativos(42).

IV.- La República de la virtud y la soberanía moral del pueblo.

El concepto de "soberanía popular" sería clásicamente considerado por Carré como el contramodelo de la soberanía nacional, una soberanía que a fuer de concreta frente la abstracción de la nación, fragmentaba su titularidad entre todos y cada uno de los ciudadanos de la generación presente, lo que se traducía tanto en el sufragio universal como en el mandato imperativo de los representantes. Conocida resulta también la posición de Bacot que atribuye a 1793 el mismo concepto "revolucionario" de soberanía colectiva, cuyo titular son todos los ciudadanos activos y cuya única diferencia con 1791 sería el mayor número de ciudadanos que, llamados a participar, devienen miembros del soberano(43).

Es preciso sin embargo atender, siquiera sea brevemente, tanto a la suerte del concepto "pueblo", cuanto a la atribución de la titularidad de la soberanía al mismo al hilo de los debates revolucionarios, pues el panorama resultante se muestra bien distinto del que muestran estos clásicos por doquier reiterados.

En efecto, el concepto jacobino de "pueblo" constituye un concepto tan abstracto como la concepción de "nación" que, frente a Sieyes, fijaría el Comité de Constitución en 1791. Y ello en sus dos versiones fundamentales. En un principio, desde la oposición (1789-1792), por pueblo entenderán los jacobinos las secciones, las sociedades, finalmente, el partido jacobino mismo; esto es, los sectores más movilizados del pueblo, la vanguardia consciente de los verdaderos intereses de las masas "sanscoulottes", a la que la representación moderada habría privado de protagonismo y usurpado su poder revolucionario al institucionalizar la revolución. En un segundo momento, desde el Gobierno Revolucionario y el Terror (1793-1794), el pueblo deviene un sujeto colectivo metafísico, en el que el individuo, devenido mera "fracción del soberano" resulta por entero absorbido, un ser en potencia al que hay que actualizar, encarnar en su unidad desde arriba, mediante una suerte de representación hobbesiana, o mejor aún hegeliana, esto es, unificado como pueblo por el soberano mediante "la subjetividad como decisión última de la voluntad".

En los debates de la Constituyente de 1791 comienza a elaborarse, desde la oposición jacobina y sus aledaños, un discurso que critica la transferencia de soberanía del pueblo a los representantes y que, frente a la independencia de éstos para interpretar la voluntad de la nación, considera que la elección misma es un acto de soberanía que reclama, en consecuencia, un control permanente sobre los diputados. Como diría, a la sazón, Pétion de Villeneuve: "la nation se trouve à la merci de ceux qui doivent la obéir; elle est obligée de se soumettre aveuglement à leur ordres"(44).

Será, sin duda, en las intervenciones de Robespierre en la Asamblea donde se proceda a la más radical crítica de la "soberanía nacional", en nombre de la "soberanía

del pueblo". Frente al criterio mayoritario- cristalizado en el art. 1 del Titulo III de la Constitución del 91: "La soberanía pertenece a la nación; ninguna sección del pueblo, ni ningún individuo, puede atribuirse su ejercicio"- Robespierre, al socaire de la movilización jacobina de las secciones parisinas, defenderá, por una parte, que si la nación se halla compuesta por las secciones, todo individuo es miembro del soberano y no debe alienar su soberanía; y por otra, que las secciones mismas pueden ejercer fraccionalmente la soberanía: "¿No es cierto que los diputados elegidos por un distrito son diputados de la nación entera? ¿No resulta de este hecho incontestable que las secciones ejercen, en aquello que les concierne particularmente, un acto de soberanía?"(45) .

La posición defendida por Robespierre en el debate de Agosto de 1791, apoyándose en la previa traslación realizada por el Comité de Constitución de la sobernía de la nación a la soberanía de la Asamblea Nacional, devenida ilegítimamente poder constituyente, se articula sobre una doble argumentación: de un lado critica la alienación de la soberanía del pueblo a favor de los representantes (inalienabilidad); en segundo lugar, defiende la soberanía popular retóricamente indivisible pero residenciada para su ejercicio en las secciones electorales(46).

La teoría de la soberanía popular procede a consolidar, de este modo, la presencia de un soberano dentro del Estado Constitucional, el "pueblo", y a atribuir el ejercicio activo de la soberanía en la política cotidiana a las secciones electorales en las que aquél se encuentra dividido. La teoría de Sieyes situaba la titularidad de la soberanía en la nación socialmente definida y el ejercicio de la soberanía en el solo poder constituyente, desapareciendo nación y soberanía tras la emergencia del Estado Constitucional, permaneciendo como posibilidad excepcional latente. En sus antípodas, la teoría de la soberanía popular de los jacobinos, llevando hasta sus últimas consecuencias la irregular apropiación, institucionalmente ilegítima, de la soberanía nacional operada por la Asamblea Nacional, ubicará en el pueblo la titularidad, y en sus secciones electorales, el ejercicio de la soberanía. De esta manera las secciones dispondrán de un poder político no reglado, jurídicamente ilimitado- en el doble sentido: no solo ajeno a cualquier forma y procedimiento normado, sino con capacidad de apropiación de cualquier competencia- en cuanto portadoras de la soberanía
inalienable del pueblo, referido inicialmente asimismo bajo el término de nación: "on en peux pas dire qu'il y ait un droit que la nation n'a point"(47).

En el discurso de Robespierre Des maux et ressources de l'État, se diseña un doble campo de equivalentes sobre dos arquetipos antitéticos: el "pueblo" se contrapone a sus representantes, la voluntad general de aquél a la particular de estos últimos, la soberanía inalienable a la soberanía usurpada, el amor a la patria, en fin, a la corrupción generalizada: "la fuente de todos nuestros males está en la independencia absoluta en la que se han situado los representantes e expensas de la nación, sin haberla consultado. Han reconocido la soberanía de la nación y la han destruido. No eran, según propia confesión, sino los representantes del pueblo, y se han convertido en soberanos"(48). Pero, como Lucien Jaume(49) ha puesto de relieve, otro argumento comienza a aparecer en las intervenciones de Robespierre, al hilo de la denuncia de la independencia de los representantes: el discurso de la voluntad inmediata del pueblo se mezcla con el discurso de los "verdaderos intereses" del mismo, de tal suerte que la soberanía política cotidiana del pueblo se dobla, progresivamente, con la pretendida soberanía moral de aquél. En el discurso jacobino desde la oposición, el pueblo se configura como el ámbito de lo prístino, de la naturaleza impoluta, el lugar por excelencia de la virtud, mientras los representantes constituyen el mundo del artificio, la intriga, la corrupción. Será en el discurso Sur le respect dû aux lois et aux autorités

constituées cuando el Incorruptible establezca la centralidad política de la virtud que, desde el fondo auténtico del pueblo, se erige en juez supremo de la ley: "Suscribo la voluntad del número mas grande, pero no respeto sino la justicia y la verdad"(50).

Los jacobinos, a partir de entonces, se autocomprenderán, en un primer momento, como los únicos representantes del pueblo en el ejercicio de su "soberanía popular", y así, durante la Convención, mientras los otros clubs y organizaciones son considerados "sociedades particulares", únicamente los jacobinos constituyen la Société Général , expresión universal del pueblo francés. La crítica de la representación de 1791 dará paso, tras el breve paréntesis de la "democracia directa", a otra suerte más radical y absoluta de "representación" popular, por la que la minoría más virtuosa del mismo expresa la verdad del pueblo. De ahí lo engañoso que resulta abordar los conceptos de
"soberanía popular" y "pueblo" de los jacobinos, desde la óptica de su discurso de la oposición o desde el marginal texto de la Constitución de 1793 que, carente de interés y apenas discutida, jamás entrará en vigor.
Por el contrario la teoría y la práctica de la depuración virtuosa de los enemigos de la revolución- "federalistas" y "aristócratas"-, comenzando por las propias filas y continuando con los girondinos, hará de la Montaña la verdadera representación cualitativa de la virtud del pueblo. Y cuando la Gironde gane las elecciones a buena parte de las Asambleas primarias, el discurso de la virtud, de la mano de la verdadera representación del pueblo, permitirá invertir los términos: las secciones, de portadoras por excelencia de la soberanía popular, pasarán a ser ahora un estorbo, o incluso su mayor enemigo; y así, como quiera que "una mayoría corrompida pudiera haber corrompido a la opinión pública", resulta perentorio para los jacobinos recuperar el pueblo "uno e indivisible". El corolario no se hace esperar: "una sección del pueblo no posee el derecho de privar a la nación entera de un representante que ella estima"(51).

A partir de Junio de 1793, bajo "El Terror" y el "Gobierno Revolucionario", el pueblo dejará ser invocado desde el principio de la "soberanía popular", para devenir objeto de una identificación total con el Representante que, desde arriba, le confiere no ya su unidad, sino su propia existencia: "Il faut, por ainsi dire, recréer le peuple qu'on veut rendre à la liberté"(52). Por ello, la Convención a través del Comité de Salud Pública se autoconsidera soberana, legibus solutus, incluso de sus propias normas, atenta a la supuesta voluntad del pueblo: así, por ejemplo, suspende la aplicación de la Constitución del Año I que ha sido ratificada en referendum; pone en pie el Tribunal revolucionario que prescinde de toda garantía procesal; radicaliza la depuración de la mano de la detención arbitraria y la guillotina; procede a la represión sangrienta de los motines y revueltas etc.(53).

El lema de "unidad e indivisbilidad de la república" desde septiembre de 1792, alcanzará con el Terror su más aquilatada expresión como fusión de Representante y soberano, catalizada pola sola vía de la adhesión incondicional al jacobinismo: "Qu'on place la Terreur a l'ordre du jour! C'est le seul moyen de donner l'eveil au peuple et de le forcer à se sauver lui-même"(54).

Finalmente, esto no será suficiente: los jacobinos abandonarán todo el contenido inicialmente atribuido a la soberanía popular, para autocomprenderse como "minoría virtuosa" en la que reside la voluntad del pueblo- "la vertu fut toujours en minorité sur la terre" había afirmado Robespierre(55)- como el pueblo auténtico, no corrompido por ideas federalistas, consciente de sus verdaderos intereses, y ejerce su "soberanía moral", que más allá de cualquier mediación institucional, procedimiento o garantía, refleja la
transparencia ética del pueblo. Se trata de una dinámica de la identificación, de ablación de lo heterogéneo del seno del pueblo mediante la "fusión" como único horizonte político. Lucien Jaume lo ha sintetizado de forma inmejorable: "Esta soberanía moral no

pasa por mandato electoral alguno, sino por la postulación de una comunidad de naturaleza, de una igualdad y una identidad éticas"(56).

Pues bien, si Sieyes constituía el contrapunto del concepto de "soberanía nacional" del Comité de Constitución de 1791, a partir de 1792, y ante el silencio progresivo del abate sumido en el terror(57), Condorcet se erigirá, con fatal desenlace, en la voz crítica de la peculiar "soberanía del pueblo" postulada por los jacobinos, asumiendo, como aquél, el término dominante en la coyuntura, para proceder asimismo a su más profunda redefinición conceptual.

Reviste extraordinario interés constatar como Condorcet, en intervenciones diversas en la Legislativa en 1792 , así como en su "exposición de motivos" de la Constitucion girondina, el 15 de Febrero de 1793, aceptando el principio "inalienable" de la soberanía del pueblo- "droit qu'il tient de la nature, et qu'aucune loi legitime en peut lui ravir"- procede, empero, a una articulación del mismo notoriamente alejada de la jacobina.

Ante todo, la soberanía es considerada estrictamente indivisible pues: "pertenece al pueblo, es decir la universalidad de los ciudadanos que ocupan un territorio y no puede pertenecer más que a él". De este modo y frente a lo argüido por Robespierre: "una sección cualquiera del pueblo no puede sino expresar una mera opinión", sin pretender detentar y ejercer, en modo alguno, un impensable fragmento de soberanía. A diferencia del jacobinismo Condorcet vincula indisolublemente soberanía y mayoría, por un lado; y, a su vez, contra la pretendida "volonté toute-puissante" del "pueblo", opondría el criterio de mayoría y limitación procedimental, en la construcción de la voluntad política, como único camino hacia una "decisión razonable". Razón frente a voluntad que caracteriza el entero itinerario de la teoría política de Condorcet, quien contrapone en todo momento la argumentación frente a "sentimiento" y la "pasión" revolucionaria, las instituciones y las reglas precisas de decisión y sus efectos frente al espontaneismo y la vanguardia iluminada. La politica en suma, en su más alta expresión democrática, frente al giro religioso que denuncia sin cesar en el jacobinismo: la degradación antiilustrada de la teoría en "catecismo politico", el irracional vocabulario del "corazón", "la virtud" y el "Ser Supremo"; en definitiva: "C'est que la Révolution française est une religion, et que Robespierre y fait une secte: c'est un prêtre qui a des devotes"(58).

Una decisiva convergencia con Sieyes se manifiesta en esta posición; a saber: el rechazo de la inmediatez y la transparencia de la voluntad popular -la "volontée simultanée" de Saint-Just-, la representación fagocitada por la soberanía moral del pueblo. Por el contrario uno y otro postulan la naturaleza derivada de la voluntad política, como complejo resultado de la mediación institucional, de los procedimientos democráticos y las reglas de decisión por mayoría, pero también como resultado de la deliberación que cualifica, a la luz de la razón pública, las preferencias iniciales del pueblo. Sieyes lo expresaría en cáusticos comentarios hacia la euforia participativa jacobina: "Un pueblo, se dice, para ser libre "no tiene más que quererlo"... ¿qué sentido dais a esta expresión? ¿no tiene sino que hacer algo que ha estado mil trescientos años sin poder realizar? "querer" no resulta en modo alguno suficiente; han sido precisas circunstancias muy difíciles de reunir, arduas combinaciones, esfuerzos y peligros sin cuento tanto para adormecer el despotismo, como para hacer "querer" al pueblo"(59).

Resulta de todo punto preciso insistir en este extremo, pues constituye uno de los errores más extendidos en la interpretación teórica de la Revolución francesa. Lo que diferencia a Sieyes y Condorcet respecto al modelo jacobino no es que aquéllos interpreten la representación como una fiel expresión de los intereses previos del

pueblo. Por el contrario para estos autores, como para los jacobinos y los miembros de la Asamblea Nacional los intereses se producen políticamente en el seno de las instituciones y/o la movilización revolucionaria. Ahora bien, para las perspectivas dominantes, las preferencias políticas se imponen autoritariamente desde arriba, ora como los supremos intereses de la Nación trascendente (1789-1791), ora como los auténticos intereses del pueblo en la voz de la minoría virtuosa (1792-1794). Por el contrario, para el abate y el filósofo la voluntad del pueblo se genera desde abajo, a través de procedimientos institucionales reglados de participación, representación y deliberación, en el seno de un Estado constitucional democrático, en las que el espacio público se enriquece para la ciudadanía mediante la instrucción pública, la discusión, la prensa libre, la pluralidad de opiniones y la cultura cívica ("civisme"). Los intereses políticos son, pues, el punto de llegada, abierto e indeterminado, del proceso de político, no su dato fosilizado de partida: "il faut fomer en commun une volonté comune"(60).

Pero ello conduce a Condorcet, no al ejercicio de la soberanía en la política ordinaria, imposible, como ha quedado de manifiesto, en el seno del Estado Constitucional, que no tolera poder ilimitado alguno, sino a la organización de los poderes constituidos, a la división de poderes y a la relación gobernantes/ gobernados, a la articulación entre representación y participación, a la deliberación en las Asambleas primarias etc...(61).

En consecuencia, la soberanía cuya titularidad corresponde al "peuple entier", según Condorcet, compete en su ejercicio, a despecho de lo argüido por algunos "sofistas ignorantes o pérfidos", al poder constituyente y en modo alguno a los poderes constituidos. Pero además, las leyes, en cuanto emanación del poder constituido, se encuentran sometidas jerárquicamente a la Constitución: "los representantes del pueblo le hablarán no en el lenguaje de la ley, pues esta nada ha dicho al respecto, y aquella que regula el ejercicio del poder soberano, se encuentra más allá de los límites de sus poderes". De este modo, ni la elección ni la revocación de un representante, ni el normal funcionamiento de los poderes constituidos como el Parlamento, las Asambleas primarias o los Ayuntamientos pueden entenderse actos parciales de soberanía, tal y como asumía el argumento jacobino que invocaba el Ayuntamiento de Paris para exigir el derrocamiento del Monarca(62).

El pueblo, según Condorcet retiene un poder constituyente en latencia que, en caso de desviación de los poderes del Estado, puede reapropiarse, reformando la Constitución: pero debe hacerlo expresamente, mediante una Asamblea Constituyente y reglas de decisión mayoritarias que expresen la voluntad general. Si una sección modifica o pretende revocar la organización constitucional de poderes, o actúa sin respeto a las leyes propiciando el espontaneísmo y la vulneración de los procedimientos, ello implicaría, a la postre, según el filósofo, la intolerable imposición de una minoría sobre la mayoría: "En fin, toda vez que el derecho de soberanía pertenece a todas las secciones del pueblo consideradas colectivamente y les pertenece con la más entera igualdad, resulta de ello que ninguna de aquéllas tiene el derecho ni de recoger, ni de expresar, ni de constatar la expresión de la voluntad nacional"(63).

El argumento, debe subrayarse una vez más, es doble. Por un lado la deposición del Monarca requiere una modificación constitucional y por lo tanto es patrimonio de la soberanía popular, expresándose mayoritariamente como poder constituyente. Ahora bien, como quiera que la Constitución de 1791 regulaba un sistema extraordinariamente dificultado de reforma, Condorcet lamenta tal circunstancia, propiciadora de una doble alternativa, igualmente desaconsejable, o la rigidez de una Constitución en contra del sentir mayoritario de la opinión pública, o la insurrección que, invocando la soberanía inmediata del pueblo, predicaban a la sazón los jacobinos.

Por otro lado, el argumento apunta además a que la mayoría ha de requerirse formalmente y con garantías en las Asambleas primarias mismas, en las que los jacobinos disuadían mediante amenazas la asistencia de los sectores más moderados, de tal suerte que, finalmente, como reconocería el propio Michelet, el pueblo, amedrentado, desaparecería de la escena política precisamente de la mano de quienes reivindicaban hasta la saciedad la "soberanía popular": "le peuple en 1793 est rentré chez lui"(64).

Resulta en extremo significativo de la posición de Condorcet el Rapport de exposición de motivos defendido por el autor en la Convention Nationale el 15 de Febrero de 1793. En efecto, si algo atestigua la mencionada exposición, posteriormente cristalizado en el proyecto girondino de Constitución, es la restricción radical a la que se somete el concepto de soberanía pese a que Condorcet emplea en todo momento el término en aquella coyuntura dominante de "soberanía del pueblo", impuesto por el jacobinismo.

El Rapport fija tres casos únicos que constituyen "el medio de conservar el disfrute del derecho de soberanía, el cual, incluso con una Constitución representativa, puede ser útil recodar a los ciudadanos su existencia y realidad"(65).

El ejercicio "inmediato" del derecho de soberanía se reserva fundamentalmente, sin embargo, para el poder constituyente; en primer lugar, para la reforma de la Constitución y, en segundo lugar, para el referéndum de la misma por parte del pueblo una vez aprobada por la Convención. Condorcet añade, adicionalmente, otra variedad de ejercicio del derecho de la soberanía que se inscribe en el seno de los poderes constituidos: la posibilidad de reclamación frente a las leyes. Sin embargo, el estatuto postulado para las dos primeras y la tercera es bien distinto. Mientras en este último caso, el ejercicio inmediato tiene como misión "recordar a los ciudadanos la existencia y realidad " de la soberanía del pueblo, en los otros dos el pueblo ejercita "sa souveraineté toute entière"(66).

La confirmación de que Condorcet mantiene en lo sustancial el ejercicio de la soberanía del pueblo en lo que atañe al poder constituyente, y no propugna como erróneamente se ha señalado, una síntesis de "representación y ejercicio inmediato de la soberanía"(67), se encuentra en la explícita desconsideración de la elección como un acto de soberanía, lo que constituía el eje de la "soberanía popular" en el inicial discurso jacobino y su inevitable corolario: su enemiga fundacional a la idea misma de Estado constitucional.

Además, el ejercicio de soberanía, ora meramente como "rappelle", o bien "toute entiere", ha realizarse según Condorcet de forma instituida, respetando en todos los casos los procedimientos establecidos. La diferencia frente a la teoría jacobina de la soberanía del pueblo no puede resultar más patente: "Si el pueblo desea, en sus Asambleas separadas, ejercer su derecho de soberanía, o incluso la función de elección, la razón exige que se someta rigurosamente a las formas establecidas con anterioridad. En efecto, cada asamblea no es soberana: la soberanía no puede pertenecer sino a la universalidad del pueblo, y este derecho será violado si una fracción cualquiera de ese mismo pueblo no actúa en el ejercicio de una función común, siguiendo una forma absolutamente semejante a la que han seguido las otras"(68).

Estas "formas establecidas" no son otras que la Constitución misma que, al fundamentar y limitar todos los órganos del Estado, a resultas del ejercicio de la voluntad inmediata del pueblo a manos del poder constituyente, vuelve imposible la existencia de soberano alguno, pueblo incluido, en el seno de éste y la política ordinaria, en la que solo es posible la voluntad mediada de aquél: "Si una Constitución ya aceptada por el pueblo regula las formas a las cuales estas asambleas estarán sujetas,

cada porción del pueblo no obedecerá entonces sino a la voluntad de la mayoría inmediata del mismo pueblo, autoridad que debe ser asimismo soberana tanto sobre cada porción separada como sobre un solo individuo"(69).

Ello se prolonga, además, en el diferente estatuto que reviste en Condorcet el ciudadano en el seno del pueblo como soberano colectivo pues, a diferencia del discurso jacobino, éste no resulta absorbido en la totalidad como mera "fracción del soberano", alienado en la voluntad general, sino que retiene todos sus derechos y garantías individuales. Solo en términos de una ciudadanía libre y jurídicamente asegurada en sus derechos, se puede dar cuenta de unas Asambleas primarias concebidas, por el filósofo, no como instrumento de las vanguardias organizadas, sino como ámbitos plurales de deliberación en los que poder "discuter libremente": "En estas funciones generales el individuo ciudadano no pertenece en absoluto a la Asamblea de la que es miembro, sino al pueblo del que forma parte. La mayoría de la asamblea en la que vota no posee sobre él ningún otro poder que el que le sea conferido por la ley"(70).

Una tal concepción de titularidad de la soberanía en el pueblo y su ejercicio como poder constituyente se refleja, finalmente, en las diferencias existentes entre el texto del Proyecto de Constitución Girondina de 1793 y la Constitución Jacobina de 24 de Junio de 1793. En efecto, mientras que en el proyecto de Condorcet la soberanía popular se presenta como principio fundamentador de la Constitución, pero no se introduce en la organización de los poderes constituidos, en el texto jacobino se postula explícitamente la "souverainté du peuple" en ejercicio de poderes constituidos como la elección de os diputados, de los funcionarios y de los jueces, o el propio poder legislativo, considerados todos ello otras tantas delegaciones del ejercicio ordinario de la soberanía(71).

IV.- Conclusión: la soberanía como "monstruo político".

De lo antevisto se desprende que, a despecho de la interpretación canónica hasta la fecha en la iuspublicística de inspiración francesa y la historiografía jacobina de la Revolución francesa, en las intervenciones de Sieyes y Condorcet se perfila una teoría de la soberanía colectiva, de la "nación" en el primero, del "pueblo" en el segundo, que se construye teóricamente en radical ajenidad tanto al modelo de "soberanía nacional" de 1791, cuanto al modelo jacobino de "soberanía popular", finalmente triunfante en la Revolución francesa. A diferencia de Montesquieu, ambos pensadores rechazarían elegir entre la República virtuosa o el sistema inglés(72), inaugurando el inacabado trayecto de la construcción del Estado constitucional democrático.

La "soberanía nacional" de 1791 posibilita la subrepticia pervivencia del principio de "los dos cuerpos del rey"; a saber: una nación presente y mortal, y una nación trascendente e imperecedera que incorpora las generaciones pasadas, presentes y futuras, conjuntamente con las tradiciones de la "France eternelle", ante todo la Monarquía, y, reformándolas, trata de salvarlas de su liquidación revolucionaria. La abstracción de la Nación, faculta, por una parte, el traslado de la titularidad de la soberanía a la Asamblea nacional, que incorpora en ella misma al pueblo y a la nación metahistórica en el ejercicio del poder constituyente; por otra, en lo que se refiere a los poderes constituidos, se traduce en la desvinculación de elección y representación, justificando al monarca como colegislador, la restricción del derecho de sufragio mediante fórmulas censitarias y una concepción en extremo restrictiva de la ciudadanía.

El jacobinismo, a su vez, construye su concepto de soberanía trasladando acríticamente el imaginario tradicional -que no la más limitada y clientelar realidad

político-histórica de la Monarquía "absoluta"- de la plenitudo postestatis del Rey al pueblo. Pero al reemplazar al Monarca por el pueblo, queda intacta la presencia de un soberano activo en el seno del Estado que, mediante la elección/revocación, el ejercicio del poder legislativo o la insurrección detenta un poder jurídicamente ilimitado, en rigor, legibus solutus. Ello supone, empero, pese a la aprobación retórica de la Constitución de 1793, la negación del Estado constitucional mismo. Pero asimismo implica un vaciamiento antidemocrático de la voluntad popular de la mano de una pretendida "soberanía moral del pueblo" que, mediante una autoritaria representación absoluta, en la que el representante constituye e incorpora al representado, liquida los derechos y las garantías, a la par que cualquier atisbo de participación democrática de la ciudadanía.

Sin embargo, la posición que, con variantes, defienden Sieyes y Condorcet, procede, por el contrario, a la radical desconstrucción del heredado imaginario de la soberanía monárquica. Ante todo, postula que el pueblo, considerado como universalidad de los ciudadanos, es titular del poder constituyente y, en segundo lugar, el poder del Estado engendrado por aquél debe estar por completo al servicio de los derechos de los ciudadanos, siendo su sola justificación atender a la realización jurídica de la libertad. Pero, asimismo, esta teoría de la soberanía implica que con el ejercicio del poder constituyente el pueblo agota, en lo esencial, su soberanía, la cual pasa a un estado latente, como fundamento del Estado. Dedúcese de ello que, dentro del Estado constitucional democrático, no ha lugar para soberano alguno. Este concepto de soberanía se traduce, por ende, en la necesaria relación de confianza entre gobernantes y gobernados, expresada en diversas formas de control de los representantes, en el sufragio universal y el electorado derecho, en la síntesis, en fin, de representación, participación y deliberación democráticas de la ciudadanía.

Será, sin embargo, en los escritos de Sieyes a partir de 1793 donde el argumento, expoleado por la experiencia de "La Terreur", alcance sus conclusiones últimas en el tema que aquí nos ha ocupado; a saber: la crítica radical del concepto mismo de soberanía como "un monstre politique". Así, en un memorándum inédito, escrito a finales de 1794, el abate reitera que la "división de poderes más necesaria" es la postulada por él mismo, desde 1789, entre Poder constituyente y poderes constituidos:
"El Establecimiento público que debe su creación a la voluntad nacional, recibe asimismo de ésta su organización. En efecto, los poderes públicos deben ser divididos, limitados y organizados; en una palabra constituidos, para cumplir su destino. Si un cuerpo pudiera constituirse por si mismo o reformar su Constitución, pronto cambiaría de naturaleza, lo invadiría todo y devoraría a sus propias criaturas"(73) .

La Nación, sin embargo, ha de mantener en sus manos la titularidad y el ejercicio del poder constituyente, y no sólo como mero recuerdo del pasado, pues no se deben confundir à la Rousseau los fundamentos teóricos del Estado con sus orígenes históricos(74), sino como poder latente y actualizable de modo excepcional en caso de quiebra despótica del Estado: "Una Nación que delega su poder constituyente se expone a perder la libertad y a cambiar de Estado casi en sus comienzos. Por el contrario aquella debe reservarse el ejercicio del Poder Constituyente en sus Asambleas primarias, sin que ello obste a que pueda confiar, a delegados especiales el cuidado de presentar los proyectos de reforma que la experiencia y el tiempo han vuelto necesarios"(75).

La experiencia del "poder monacal" del jacobinismo, la transformación de la República en "Re-totale"(76), aúnan en el argumento de Sieyes, su teoría del poder constituyente con la prístina tesis liberal, asimismo antiroussoniana, de que "la chose publique n'est pas le tout", pues "elle est faite pour l'individu et non l'individu pour la

chose publiquepara, finalmente, desembocar en la crítica sin concesiones de la propia idea de soberanía: "Osemos decirlo, en fin: ¿Qué es la soberanía?. ¿Entregan los asociados todo cuanto les pertenece en manos de la comunidad y se hacen representar para la totalidad de sus fuerzas y de su medios?. En modo alguno. Así pues, la soberanía, entendida como un poder supremo que dominaría y abarcaría todo, no existe"(77).

El propio Sieyes proporciona, por último, una explicación de la presencia avasalladora del concepto de soberanía en el pensamiento político francés de la época, como resultado de la pesada herencia de la monarquía francesa: "Cuando una asociación política se forma no se ponen en común todos los derechos que cada individuo posee en sociedad Muy al contrario, de hecho no se pone en común, bajo el nombre del poder público o político, sino solamente aquel mínimo imprescindible y estrictamente necesario para mantener a cada uno en sus derechos y sus deberes. Tal porción de poder público desdice las ideas exageradas con las que se ha gustado revestir lo que se llama soberanía. Y reparad en que estoy refiriéndome a la soberanía popular, pues si alguna resulta admisible es, sin duda ésta. Esta palabra se ha presentado tan colosal ante la imaginación porque la mente de los franceses, saturada aún de supersticiones monárquicas, ha dado en dotarla de toda la pomposa herencia de atributos y poderes absolutos que han hecho brillar las soberanías usurpadas. Todo parece indicar que, de la mano de una suerte de orgullo patriótico, se hubiera convenido en decir que si la soberanía de los grandes reyes fue en su momento tan poderosa y terrible, la soberanía de un gran pueblo no debería quedarle a la zaga"(78).

En definitiva, por vez primera en la historia de la teoría política y constitucional y por decirlo en términos de Kriele "la democracia supone un Estado constitucional en el cual no hay ningún soberano". Ahora bien, si en el Estado constitucional el pueblo no es soberano, no "ejerce" ("ausübt") la soberanía, el concepto de soberanía popular, a partir de entonces deberá significar nada más, pero también nada menos, que el poder del Estado "emana" ("asgeht") del pueblo y debe estar a su servicio, bajo su control y abierto a la participación y deliberación democrática de la universalidad de los ciudadanos(79).

Desechada, sin embargo, por Jacobinos y thermidorianos la teoría del Estado constitucional democrático sin soberano, la obra de Sieyes y Condorcet se perderá en la tergiversación y el olvido de las generaciones futuras, para dejar paso a una "teoría francesa de la soberanía" en la que, desde el postulado de la "ley como expresión de la voluntad general", se ubicará, tanto desde el punto de vista de su fundamento como de su formación, a la ley ordinaria y a la Constitución en un mismo plano, ambas como expresión de la voluntad nacional. La ley ordinaria, como ejercicio, en fin, de la soberanía nacional que "appartient au peuple" y negación última del Estado constitucional: "Ce qui caractérise la confection de la loi, c'est qu'elle est faite en vertu d'un pouvoir autonome dont on en trouve plus de trace dans la Constitution"(80).

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

(1) Skinner, Q. "La idea de libertad negativa" en R. Rorty et alia La Filosofía en la Historia Paidóas, Barcelona,1990 p.238. Koselleck, R. Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichlicher Zeiten. Suhrkamp: Frankfurt, 1979 p. 87.

(2) Böckenförde, E.W. Die deutsche Verfasungsgeschichchliche Forschung im 19. Jahrhundert Berlin, 1961 p. 23

(3) La expresión "dérapage", en F. Furet y D. Richet La Révolution française Paris, 1965 pp. 125 y ss., hace referencia a que frente al intento de "los representantes de la nación" de terminar la Révolución, el 21 de junio de 1790 con la huida del Rey, comienza, en rigor, una segunda revolución de la mano del jacobinismo

(4) Bartelson, J. A Genealogy of sovereignity Cambridge, CUP, 1995 pp. 53 y ss. Villacañas, J.L. y Oncina, F. han llamado lúcidamente la atención sobre la convergencia con el Nietzsche de la Genealogía de la moral de la historia conceptual y la genealogía. Para ambas "los conceptos filosóficos son interpretables como conceptos político-sociales y los sistemas filosóficos como ensayos de organización de la sociedad" en Historia y hermenéutica Paidós Barcelona, 1997 p. 32

(5) Carré de Malberg, R. Contribution a la Théorie Générale de L´État Sirey: Paris, 1922 especialmente T. I. pp. 73 y ss y T. II, pp. 152 y ss.; Roels, J. La notion de réprésentation chez les révolutionnaires français APAE XXXVII 1965 pp 153 y ss..

(6) Carré op. Cit. P. 152 y ss.

(7) "il y a identité entre la Nation et l'Etat, en ce sens que celui-ci en peut être que la personalisation juridique de cela" Carré Contribution cit. T. II p 13

(8) Carre La loi expression de la volonté générale Siey, Paris, 1931

(9) G. Bacot Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre la souveraineté du peuple et souveraineté nationale Paris, CNRS 1985. Para Bacot el concepto de "soberanía nacional", con las connotaciones que le atribuye Carré, no aparecerá hasta la Monarquía de Julio y bajo el influjo del pensamiento reaccionario op. Cit p. 137 y ss

(10) Carre Contribution cit. p. 231

(11) Para Hobbes, "en el Representante los individuos están a la vez presentes (lo instituyen) y ausentes (los reemplaza)". L. Jaume Hobbes et L'État représentatif moderne,PUF Paris, 1986 p. 184. Vid. Asimismo Lesay, F. Souverainteé et legitimité chez Hobbes Paris, Puf, 1991 pp. 78 y ss.

(12) Furet, Penser la Révolution française Gallimard, Paris, 1978; vid. por todos el volumen compilado por Baker, K. The French Revolution and the creation of modern political culture vol. I Oxford: Pergamon, 1986 y los otros vols. de la serie. Furet, F. (comp.) L'ereditá de la Rivoluzione francese Bari, 1989

(13) "Statt Volkssouveränität Parlamentssouveränität" Kriele, M. Einführung in die Staatslehre Opladen 1975 p. 261

(14) M. David La souveraineté du peuple PUF, Paris, 1996 ; vid. asimismo la voz "Staat und Souveränität" del Geschichtliche Grundbegriffe de Brunner, Conze y Kosseleck (eds.), Klett-Cotta, vol VI pp . 98 y ss. Quaritsch, H. Souveranität Berlin, 1986

(15) Carre op. Cit. pp. 125, 231, 251 y 332

(16) Bacot op. Cit. pp. 59 y 92

(17) Kantorowicz, E.H. Los dos cuerpos del Rey Alianza, Madrid, 1985(1957) pp. 294 y ss

(18) La intervención de Mounier "Considérations sur le Gouvernement et principalement sur celui qui convient a la France, soumises a l'Assemblée Nationale" en Archives Parlementaires vol. VIII, pp 407 y ss. y la de Lally-Tollendal en los Archives Parlementaires vol. VIII 204

(19) Troper , M. La séparation de pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française LDGJ, Paris, 1973

(20) Máiz, R. "Las teorías de la democracia en la Revolución francesa" Política y Sociedad 6/7, 1990 pp. 65-84 y "Estado constitucional y gobierno reprersentativo en E. J. Sieyes" en REP, 1991, Nº 72 pp. 45-89

(21) Tomamos la expresión de Ackerman, B. We The People. Vol. I Foundations Harvard, 1991 pp. 145 y ss. y "Neo-federalism?" en Elster, J. y Slagstad, R. (eds.) Constitutionalism and Democracy CUP, 1995 pp. 78 y ss.

(22) Vid. E.J. Sieyes El Tercer estado y otros escritos de 1789, edición, traducción y notas de R. Máiz, Espasa Calpe, Madrid, 1991 y Escritos y discursos de la revolución, edición, traducción y notas de R. Máiz, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990

(23) Manuscrito de Sieyes, Archives Nationales AN 284 AP4 D5, transcripción de C. Clavreul.

(24) Sieyes "Discurso y moción del 15 de Junio de 1789" en Escritos y Discursos cit. P. 44

(25) Sieyes ¿Qué es el Tercer Estado? Edic.. cit. p. 189

(26) Sieyes id. p. 213

(27) Idem id. p. 213

(28) Sieyes idem p.165

(29) id p. 187

(30) id p. 199

(31) id. p. 212-213

(32) id. p. 151

(33) "Opinión de Sieyes sobre varios artículos de los títulos IV y V del Proyecto de Constitución" en Sieyes Escritos y Discursos cit. p. 255

(34) Carré Contribution cit. T. II p. 187º

(35) "Opinión del abate Sieyes sobre la cuestion del veto real", en la sesión del 7 de Septiembre de 1789, en Escritos y Discursos cit. pp. 115-116

(36) Sieyes "Bases et but de la societé: respet de la liberté individuel" Manuscrito inédito ; Archivos Nacionales, AN 284, Ap 5, 1 , transcripción de C. Clavreul

(37) Sieyes "Proemio a la Constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y el ciudadano" 1789, en Escritos y Discursos cit. p. 100

(38) Sieyes "Fundamentos del Estado", 1794 en Escritos y Discursos cit. P. 244

(39) Sieyes manuscrito AN 285, Ap 6,3

(40) A Colette Clavreul se debe, sin duda, el mérito de iniciar la recuperación de la obra de Sieyes de la manipulación y el olvido, sacando a la luz numerosos textos desconocidos hasta la fecha y sustantivando la novedad de su teoría constitucional. Para esta investigadora, el concepto de "representación" del abate enraíza en el pensamiento de Locke y su noción de "trust". L'influence de la théorie d'Enmmanuel Sieyes sur les origines de la réprésentation en droit public Thése pour le Doctorat d'Etat, Paris, Sorbonne, 1982 (inédita).

(41) Vid. R. Máiz "Estado cosntitucional y gobierno representativo en E. J. Sieyes" cit.

(42) Problema que no se escapó a la teoría del estado alemana clásica: Redslob, R. Die Staatstheorien der frazösischen nationalversammlung von 1789, München, 1922; pp. 112 y ss.

(43) Carre Contribution cit. Pp. 142 y ss y Bacot op. cit. Pp. 19 y ss.

(44) Pétion discurso de 7 de sept. De 1789 Archives Parlementaires vol. VIII pp. 581-584

(45) Robespierre, discurso del 10 de Agosto de 1791 Archives Parlementaires vol. XXIX pp. 345 y ss

(46) L. Jaume Le discours jacobin et la démocratie Paris, Fayard,pp. 295 y ss.

(47) Robespierre discurso del 10 de agosto de 1791 cit.

(48) Robespierre Des Maux et ressources de l'État en Oeuvres IV Paris, 1939 pp. 317-334

(49) Jaume op. Cit. pp 331 y ss

(50) Robespierre Sur le respet dû aux lois ar aux autorités constituées en Oeuvres IV, 144 y ss.

(51) id p 149

(52) Billaud Varenne "Sur la théorie du Gouvernement démocratique" Archives parlementaires t. LXXXIX pp. 94-100

(53) Furet , F. La Révolution Paris, 1989 pp. 113 et ss. Norman Hampson Prelude to Terror London, 1987, p. 145 y ss

(54) Jaume op. Cit. P 119

(55) Robespierre A. P. Vol. LVI p. 224

(56) Jaume op. Cit. p. 131

(57) Sieyes, de hecho, no volvería a intervenir públicamente tras el cierre por orden gubernativa del *Journal d'Instruction sociale* hasta sus discursos de Thermidor. Preguntado por sus actividades durante el Terror, se limitaría a responder: "J'ai vécu". En esta época , sin embargo completaría su teoría constitucional, y en especial el diseño de un "Jury constitutionnaire" para tutelar la superioridad normativa de la Constitución. Cfr. la biografía de Bredin, D. Sieyes. La clé de la Révolution française Paris, 1989 pp. 276 y ss.

(58) cit. En Badinter, E y R.Condorcet: un intellectuel en politique Paris, 1989, p. 503

(59) Sieyes "Notes concernant la Constitution de l'An XIII" AN AP 251, 2

(60) Sieyes "Ideas sobre los medios de actuación de que podrán disponer los representantes de Francia en 1789" en El Tercer estado y otros escritos cit. p. 45

(61) Máiz, R. "Teorías " cit. Pp 78 y ss

(62) Condorcet "Rapport contenant l'exposition des principes et des motifs du plan du Comité sur le nouveau pacte social" Archives Parlementaires vol. L p. 649

(63) Condorcet "Projet d'adresse au peuple français sur l'exercice du droit de souveraineté". Archives Parlementaires vol. XLVII p. 616

(64) Michelet Histoire de la Révolution Française, Vol II, IX, Paris, 1979 p. 127. El mismo autor muestra su sorpresa por la reducción de la ciudadanía activa a manos de la minoría virtuosa del jacobinismo: " Oú sont les grandes foules de 1789; les millions d'hommes qui entourérent en 1790 l'autel des fédérations?" op. cit Vol II p. 231

(65) Condorcet "Rapport sur une pétition de la commune de Paris tendant a la décheance du roi" Archives Parlementaires vol. LVIII p. 585

(66) id p. 586

(67) Jaume op. Cit. p. 315

(68) Condorcet "Rapport" cit. p. 586

(69) id.586

(70) id p. 586

(71) Vid. Deslandres, M. Histoire constitutionnelle de la France Vol I. pp, 70 y ss

(72) Pasquino, P- "Il concetto di rappresentanza e i fondamenti del diritto pubblico della rivoluzione" en Furet l'hereditá cit. Pp. 318 y ss.

(73) Sieyes "Fundamentos del Estado" en Escritos y Discursos de la revolución cit. p. 241

(74) Cfr. la autobiografía del abate Notice sur la vie de Sieyes Paris, 1795 p. 24

(75) Sieyes "Fundamentos del Estado" en Escritos y discursos cit. P. 241

(76) "Opinión de Sieyes " cit. P. 258

(77) Id p. 244

(78) Id pp 258-259

(79) Kriele, M. op. cit. pp. 224 y ss.

(80) Carré de Malberg, R. Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés Paris, Sirey, 1933.

LA SOBERANIA EN LA HISTORIA DE LA DOGMATICA ALEMANA

(Prof. Dr. Dieter Wyduckel)

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

I. Presupuestos teórico-conceptuales e institucionales.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Poder soberano y Estado premoderno.

a) La diferenciación de la estatalidad premoderna.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Fundamentos jurídicos y de teoría del Estado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) El fundamento pacticio del poder soberano.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A las pretensiones centralistas de los liberales preconstitucionalistas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Klüber se refiere aquí a la diferenciación conceptual entre Estado federal y Confederación de Estados a principios del siglo XIX, que llevada a la práctica repercutía en el concepto de soberanía y exigía una solución en uno u otro sentido. El propio Klüber era consciente de que esto era quizás demasiado esquemático, cuando reconocía a la Confederación una voluntad total, veía a la Asamblea Federal como el órgano permanente de expresión de su voluntad y actuación, y le reconocía, además, influencia en los asuntos internos de los Estados confederados aunque sólo fuera bajo el pretexto de cumplir un fin confederal(153). Sin embargo, esta cuestión no encontraba una explicación jurídica paralela en la discusión jurídico-estatal. El interés jurídico- estatal de la época se centraba más en los Estados federados gobernados monárquicamente; lleva también sobre esta base a los fundamentos de un derecho del Estado alemán colectivo, pero permite relegar un específico análisis del derecho estatal desde el punto de vista de la relación entre la Confederación y los Estados, en buena medida porque no se confiaba políticamente en la Confederación a consecuencia de su capacidad para influir en cada uno de los Estados y se era escéptico frente a ella en todo lo demás. La cuestión o bien se resuelve de acuerdo con la concepción de Klüber o bien, aunque la Federación Alemana siga siendo calificada como una Confederación de Estados, se comtempla cada vez más como un Estado Federal, en atención a su intervención en los asuntos internos urgentes de éstos(154).

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

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

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

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

1. La soberanía como soberanía estatal.

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

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

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

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

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

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

atención de la perspectiva jurídica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VII. Estado, nación y soberanía: nuevos desarrollos.

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

Tras el final de la guerra y del régimen nacional-socialista, existía consenso en que Alemania continuaba siendo un Estado a pesar de la ocupación y, por tanto, no había desaparecido. El Tribunal Constitucional Federal también hizo suya desde sus primeras decisiones esta concepción(282). El nacimiento de la República Federal no se presenta, pues, jurídicamente como una refundación de un Estado, sino como el proceso de reorganización de la estatalidad. No obstante, hasta la finalización del régimen de ocupación, no le sería reconocido el "pleno poder de un Estado soberano" en el Tratado de Alemania con las tres potencias occidentales que entró en vigor en 1955 (art. 1.2.)(283). Por ello, no sin fundamento, se ha hablado de una recuperación de la soberanía en el proceso de la integración occidental(284). Igualmente, algunos derechos, sobre todo cuestiones relativas al estacionamiento de tropas, así como relativas a Berlín y a Alemania como un todo, permanecieron sustraídos a la República Federal con base en disposiciones internacionales convencionales.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. La soberanía exterior y la unidad europea

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

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

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

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

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

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

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

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

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

(7) Bártolo, In primam Digesti veteris partia Comentaria, Basilea, 1589, Lib. II, Tit. I, 1.1, Nº 3, pág. 157, así como ibidem, 1.3, Nº 1 ss., pág. 163 ss. Al respecto, Pietro Costa, Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433), Milano, 1969, pág. 161 ss. (169), así como Wyduckel, Princeps Legibus Solutus, ob. cit., pág. 66 ss.

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

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

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

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

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

(13) Véase, ante todo, Hostiensis, In tertium Decretalium librum Commentaria, Venecia, 1581, Reimpresión Turín 1965, Tit. XXXV, cap. 6, Nº 30, pág. 134. Además, Wyduckel, Princeps Legibus Solutus, ob. cit., pág. 100, y -reticente en relación con el carácter absoluto de la *potestas*- Pennington, The Prince and the Law, ob. cit., pág. 64 ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(51) Pruckmann, Paragraphi soluta potestas, tractatus regalibus, Leipzig, 1592, citado aquí por la edición Opera politico-juridica bina, Francfort del M., 1672, Cfr. T. 1, Cap. II, Nº 20 ss.; Cap. III, Nº 1 ss. Sobre ello, Thomas Klein, Recht und Staat im Urteil mitteldeutscher Juristen des späten 16 Jahrhunderts, en: "Festschrift für Walter Schlesinger", editado por H. Beumann, Colonia, 1973, T. 1, pág. 427 ss, 463 ss.

(52) Francfort, 1591 y 1594.

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

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

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

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

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

(58) Véase sobre esto el volumen de las jornadas Politische Theorie des Johannes Althusius, coordinado por Karl-Wilhelm Dahm, Werner Krawietz y DieterWyduckel, Berlín, 1989, ("Rechtstheorie", suplemento nº 7).

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

(60) Altusio, Politica methodice digesta, citado aquí confome a la tercera edición, Herborn, 1614, reimpresión Aalen, 1981, Cap. IX, Nº 21. Cfr. también la traducción

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

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

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

(63) Altusio, Politica..., ob. cit., Cap. XIX, Nº 6 ss., pág. 12 ss.

(64) Cfr. Ernst Reibstein, Johannes Althusius als Fortsetzer der Schule von Salamanca, Karlsruhe, 1955, así como Marino, Introducción a la traducción española de la Politica de Altusio, ob. cit., pág. XV ss.
(65) Altusio, Politica..., ob. cit., Cap. XXXIX, Nº 1 ss. (8).

(66) Altusio, Politica..., ob. cit., Cap. XIX, Nº 49.

(67) Altusio, Politica..., ob. cit., Cap. IX, Nº. 16.

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

(69) Altusio, Politica..., ob. cit., Cap. XIX, Nº 49.

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

(71) Sobre los principios federales de Altusio, véase con adicionales puntos de vista, Konsens und Konsoziation in der politischen Theorie des frühen Föderalismus, coordinado por Giussepe Duso, Werner Krawietz, Dieter Wyduckel, Berlín, 1997 ("Rechtstheorie", suplemento nº 16). Más general, Bernd Grzeszick, Vom Reich zur Bundesstaatidee. Zur Herausbildung der Föderalismusidee als Element des modernen deutschen Staatsrechts, Berlín, 1996, pág. 42 ss., así como Corrado Malandrino, Federalismo. Storia, idee, modelli, Roma, 1998, pág. 25 ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(99) Cfr. su tesis de Helmstedt: De statu regionum Germaniae et regimine principum summae Imperri reipublicae aemulo (1661). Basada en la edición facilitada por Ahasver Fritsch en: Exercitationes juris publici, pars III, Rudolstadt, 1670, Nº 1, pág. 1.

(100) Hugo, ob. cit., cap. II, Nº 9, pág. 19. Cfr. también Willoweit: Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt , ob. cit., pág. 147 y ss., con argumentos adicionales.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(111) Wolff, Jus gentium methodo scientifica pertractatum, Halle, 1749,
Prolegomenam, § 25, pág. 18: "Jus gentium positivum dicitur, quod a voluntate gentium ortum trahit". Respecto a la diferenciación entre derecho internacional positivo y natural véase § 26, pág. 18 y ss.
(112) Cfr. Johann Jakob Schmauss, Corpus juris gentium academicum, Leipzig, 1730, y Georg Friedrich vom Martens, Recueil des principaux traités, Gotinga, 1791-1801, 7 volumenes con suplementos.

(113) Cfr. Wolff, Institutiones juris naturae et gentium, Halle, 1750, editado por M. Thomann, Hildesheim, 1969, § 1091 y ss., pág. 682 y ss.
(114) Moser, Grund-Sätze des jetzt üblichen Europäischen Völcker-Rechts in Friedens-Zeiten, Hanau, 1750, Prólogo, nº 1, Bl. 3r.

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

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

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

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

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

(120) Cfr. Horst Ehmke, Karl von Rotteck, der "politische Professor", en: Idem, "Politik der praktischen Vernunft", Francfort del M., 1969, pág. 13 y ss. (30).
(121) Rotteck, Art. "Constitution", en: Staatslexikon, t. 3 (ob. cit., nota al pie nº 119), pág. 519 y ss. (525).

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

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

(124) Welcker, ibidem.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(139) Welcker, ibidem, pág. 166.

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

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

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

(143) Véase más arriba en III.2

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

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

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

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

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

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

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

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

(152) Cfr. Klüber, Öffentliches Recht des Deutschen Bundes und der Bundessaaten, 4ª edición, Francfort del M., 1849, reimpresión Kronberg/Ts, 1975, § 6, pág. 9; § 104, pág. 117; § 558, pág. 833 y ss.
(153) Klüber, ibidem, § 116 y sig., pág. 132 y ss.; § 215, pág. 285 y ss.
(154) Respecto a la primera postura, véase Heinrich Albet Zachariä, Deutsches Staats- und Bundesrecht, 2ª edición, 2ª parte, Gotinga, 1854, § 244, pág. 160 y ss., y para la segunda Heinrich Zoepfl, Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrecht, 5ª edición, 1ª

parte, Leipzig, 1863, § 112, pág. 279 y ss.
(155) Welcker, Art. Bund, Bundesverfassung, en: "Staats-Lexikon", ob. cit., pág. 708 y ss. (714).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(169) Gerber, ibidem.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(181) Ibidem, pág. 67 ss.

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

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

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

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

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

(187) Ibidem, pág. 73

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(199) Jellinek, ibidem, pág. 474 ss.

(200) Jellinek, ibidem, pág. 435.

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

(202) Jellinek, ibidem, pág. 476, 481.

(203) Jellinek, ibidem, pág. 475. Véase también, Idem, Die Lehre von den Staatenverbindungen, Reimpresión de la edición de Viena, 1882, con prólogo de W. Pauly, Goldbach, 1996, pág. 22 ss.

(204) Jellinek, ibidem, pág. 481 ss.

(205) Jellinek, ibidem, pág. 479. Sobre la teoría de Triepel, véase Völkerrecht und Landesrecht, Leipzig, 1899, reimpresión de 1958, pág. 76 ss.

(206) Jellinek, ibidem, pág. 337, 364 ss.

(207) Jellinek, ibidem, pág. 358.

(208) "Político" significa, pues, "estatal", como el propio Jellinek, ibidem, pág. 180, remarca expresamente.

(209) Jellinek, ibidem, pág. 482.

(210) Jellinek, ibidem, pág. 96.

(211) Jellinek, ibidem, pág. 98.

(212) Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte (inicalmente publicada en 1892), 2ª edición, Tubinga, 1905, reimpresión de Darmstadt, 1963, pág. 86 ss.; Idem, Allgemeine Staatslehre, ob. cit., pág. 230 ss.

(213) Jellinek, Allgemeine Staatslehre, ob. cit., pág. 230 ss.

(214) Así, ya en sus Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2ª edición, Tübingen, 1923, Reimpresión, Aalen, 1960, prólogo a la segunda edición, pág. XVI ss., desarrollado más tarde en la Reine Rechtslehre (1934), citada aquí por la 2ª edición, Viena, 1960, reimpresión, Aalen, 1992, pág. 289 ss.

(215) Cfr. Friedrich, Geschichte der Staatswissenschaft, ob. cit., pág. 322 ss.

(216) Inadecuadamente, pues, Friedrich, ibidem, pág. 322 ss.

(217) Cfr. Stefan Korioth, Erschütterungen des staatsrechtlichen Positivismus im ausgehenden Kaiserreich, en: "Archiv des öffentlichen Rechts", 117 (1992), pág. 212 ss., quien sitúa el cambio, en mi opinión demasiado tarde, al fecharlo en la época subsiguiente al tránsito de un siglo a otro. El positivismo jurídico-estatal ya había sido metodológicamente polémico en sus inicios, como lo demuestra la controversia entre Laband y Gierke -por lo demás sin consecuencias-. Cfr. mi Ius Publicum, ob. cit., pág. 293 ss.

(218) Cfr. Heller, Die Krisis der Staatsrechtslehre (1926), en: Idem, "Gesammelte Schriften", t. II, Leiden, 1971, pág. 3 ss., así como Die Souveränität (1927), ibidem, pág. 31 ss. (34).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(241) Ibidem, pág. 202.

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

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

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

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

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

(247) Ibidem, pág.

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

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

(250) Ibidem, pág. 3.

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

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

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

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

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

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

(257) Véase también arriba II.2.

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

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

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

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

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

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

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

(265) Véase sobre esto también Hebeisen, Souveränität, ob. cit., págs. 361 y 380.

(266) Cfr. Werner Frotscher/Bodo Pieroth, Verfassungsgeschichte, Munich, 1997, pág. 261 ss., marg. 481 y ss.; Hans Boldt, Deutsche Vergassungsgeschichte, t. 2, Munich, 1990, pág. 230 ss.

(267) Cfr. Horst Dreier, Der Ort der Souveränität, en: "Parlamentarische Souveränität und technische Entwicklung", coordinado por Jochen Hofmann, Berlín, 1986, pág. 11 ss (35).

(268) Cfr. Rainer Wahl, Der Vorrang der Verfassung, en "Der Staat", 20 (1981), pág. 485 ss.

(269) Cfr. Richard Thoma, Grundbegriffe und Grundsätze, en Gerhard Anschütz/R. Thoma, "Handbuch des Deutschen Staatsrechts", t. I, Tubinga, 1930, pág. 186 ss (194 ss.); también Wahl, ob. cit., pág. 491 ss.

(270) Cfr. Thoma, Grundbegriffe, ob. cit., pág. 144; Gerhard Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, reimpresión de la 14ª edición, Berlín, 1933, Aalen, 1987, art. 13, pág. 108, art. 70, pág. 370 ss., art. 109, pág. 528 ss. Sobre la discusión y el análisis jurídico, véase también Christoph Gusy, Richterliches Prüfungsrecht, Berlín, 1985, pág. 91 ss.

(271) Cfr. Christoph Gusy, Weimar - die wehrlose Republik? Verfassungsschutzrecht und Verfassungsschutz in der Weimarer Republik, Berlín, 1985, pág. 91 ss.

(272) Cfr. Gusy, Weimar, ob. cit., pág. 47 ss.

(273) Cfr. Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, en: "Süddeutsche Juristen-Zeitung", 1946, pág. 105 ss., ahora en la recopilación de sus escritos, t. 3, 1990, pág. 83 ss.

(274) Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, ob. cit., Introducción, pág. 5.

(275) Cfr. Hans-Dieter Rath, Positivismus und Demokratie. Richard Thoma 1874-1957, Berlín, 1981, pág. 63 ss. (70), quien señala que desde la perspectiva de Thoma la tarea del científico del derecho sólo puede consistir en reflexionar sobre la vinculación fundamental de la voluntad del legislador a la decisión legislativa, para desarrollarla y aclararla jurídico-sistemáticamente, pero no en valorarla ni medirla con arreglo a parámetros materiales.

(276) Schmitt, Der Hütter der Verfassung, 1931, pág. 137 ss., 158 ss.; en contrario, véase Kelsen, Wer soll Hütter der Verfassung sein?, en: "Die Justiz", 1930/31, pág. 576 ss. Véase también, del mismo autor, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, en: "Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer", (VVDStRL), 5, 1929, pág. 30 ss. (53 ss.).

(277) Cfr. también Werner Heun, Der staatsrechtliche Positivismus in der Weimarer

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(297) BVerfGE 36, 1 (17).

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

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

(300) Cfr. Georg Teyssen, Deutschlandstheorien auf der Grundlage der Ostvertragpolitik, Francfort del M., 1987.

(301) BVerfGE 36, 1 (16).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(320) Cfr. Martin Kriele, Einführung in die Staatslehre, 5ª edición, Opladen, 1994, pág. 121 ss.

(321) Cfr. Reinhold Zippelius, Allgemeine Staatslehre, 12 ª edición, Munich, 1994, § 9 III 2, pág. 59.

(322) Cfr. Randelzhofer, Staatsgewalt und Souveränitat, ob. cit., § 15, pág. 700, marg. 24.

(323) Cfr. Knut Ipsen/Volker Epping, Völkerrecht, 3ª edición, Munich, 1990, § 2, pág. 36, marg. 67.

(324) Cfr. Olivier Beaud, Föderalismus und Souveränität, en: "Der Staat", 35, 1996, pág. 45 ss.

(325) Como, por ejemplo, la propuesta para Suiza. Cfr. Fleiner-Gerster, Allgemeine Statslehre, ob. cit., pág. 183 ss (190).

(326) Cfr. Kimminich, Der Bundesstaat, ob. cit., § 26, pág. 1124 ss, marg. 20 ss.

(327) Especialmente por parte de Altusio, que había desarrollado su concepto de soberanía en confrontación con Bodino. Véase, más arriba, III. 1 b.

(328) Cfr. Ernst-Wolgang Böckenförde, Die verfassunggebende Gewalt des Volkes. Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts, en: "Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht", Francfort del. M., 1991, pág. 90 ss.

(329) Cfr. Ludger Kühnhardt, Stufen der Souveränität. Staatsverständnis und Selbestimmung in der "Dritten Welt", Bonn, 1992.

(330) Cfr. Otwin Massing, Souveränität -ein unverzichtbarer Anachronismus?, en: "Abschied vom Staat Rückkehr zun Staat?", coordinado por Rüdiger Voigt, Baden-Baden, 1993, pág. 51 ss.

(331) Cfr. más arriba, V. 3.

(332) Cfr. Ipsen/Epping, Völkerrecht, ob. cit., 21 2, pág. 36, marg. 66.

(333)Resulta cuando menos dudoso que se pueda presuponer en esta cuestión "un andamiaje incontrovertido" como hace Werner von Simson en Die Souveränität im rechtlichen Verständnis der Gegenwart, Berlín, 1965, pág. 264.

(334) A propósito de una intervención problemática cfr. Knut Ipsen/Horst Fischer, Völkerrecht, ob. cit., § 57, pág. 72 ss.; Randelzhofer, Staatsgewalt und Souveränität, ob. cit., § 15, pág. 703, marg. 32.

(335) Una categoría limítrofe no se entiende aquí en el sentido schmittiano como concepto limítrofe en referencia al estado de excepción (Politische Theologie, ob. cit., pag.11), sino, más aún un concepto delimitador general.

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

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

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

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

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

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

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

LA CUESTIÓN DE LA SOBERANÍA EN LA HISTORIA DEL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL

José Antonio González Casanova

I. La Constitución otorgada en Bayona (1808). II. La Constitución de Cádiz (1812). III. El Estatuto Real (1834). IV. La Constitución de 1837. V. La Constitución de 1845. VI. La Constitución de 1869. VII. El proyecto republicano federal de 1873. VIII. La Constitución de 1876. IX. Los proyectos de reforma de la Constitución de 1876. X. La Constitución de 1931. XI. De la dictadura soberana (1938) a la soberanía democrática (1978). XII. Conclusión.

> Ningún otro concepto ha ofrecido tanta cobertura teorética
> a postulados enormemente prácticos como el de soberanía
> Hans Kelsen

Los españoles inauguraron su Historia contemporánea con tres *soberanías* a falta de una: la del monarca invasor José Napoleón, la de las Cortes de Cádiz y la del ejército popular y guerrillero contra el francés. Cada una de ellas expresa un *hecho* político y polémico que, a su vez, provoca una teoría legitimante, no sólo del poder ejercido por sus protagonistas, sino de su fundamento radical y sus excepcionales cualidades, cuasidivinas. La palabra "soberanía" tendrá un sentido multívoco por el usual desplazamiento de uno a otro de los sujetos que la reivindican como propia: el Rey, las Cortes y el Pueblo. Pero ninguno olvidará que, ante todo, se trata de un fenómeno *fáctico* cubierto por una *ficción* ideológica de muy fecundos y hasta bizantinos argumentos.

Las tres *soberanías* citadas han sido fuentes remotas del Derecho, de las cuales descendieron por la Historia futura sendos ríos constituyentes del Estado, si bien la *popular* pareció a menudo orillarlo, desbordarlo e incluso destruirlo. Llegados conjuntos a la amplia desembocadura de la Constitución vigente, se comprueba que de Bayona a la Zarzuela el Rey ha perdido el adjetivo substantivado de *soberano*; que de las Cortes de Cádiz a las Generales de ahora la soberanía de *la Nación* se ha trasmutado en Estado de Derecho; y que el poder popular *rebelde* (o de lucha continua), tantas veces señor territorial de gran parte de la soberanía efectiva (guerras de independencia o carlistas, insurrecciones urbanas o campesinas...), es hoy residencia de aquélla y que de él (y sólo de él) emanan ya los poderes que el Estado español tiene sometidos a su ordenamiento jurídico. ¿Habrá dejado de ser la soberanía una cuestión?. ¿Se puede decir que es ya, por pasada, una cuestión histórica?.

En otro estudio, antiguo pero afín a éste, definí la idea de soberanía como clave del constitucionalismo español (1) (sin duda una obviedad aplicable no sólo a España), cuya única virtud fue centrar la atención estudiantil de entonces en la pugna democratizadora frente al *principio monárquico* como ideología autoritaria y pseudo liberal. Muchos autores han hecho hincapié en esta cuestión, que, por lógica, también se halla implícita en cuantos han historiado nuestro constitucionalismo (2).

En la actualidad parece de mayor interés ver la cuestión de la soberanía no como *clave o quid,* sino *en clave de*, en relación con el proceso de juridización constitucional de España: de auto-constitución de ésta (art. 1 CE 1978) en "Estado social y democrático de Derecho", con el cual parece resuelta tan añeja cuestión hasta el

punto de que incluso podría considerarse -al menos desde la Teoría del Estado- que el concepto mismo de *soberanía* ha perdido su sentido (3). Afirmar esto obliga a recorrer desde el comienzo el hilo que sostiene a lo largo de 170 años el símbolo polémico más invocado y el arma arrojadiza más hiriente para dar fe de que, en efecto, concluyeron la polémica y sus heridas (4).

El texto de las constituciones aporta datos muy válidos para saber cual es la concepción auténtica, la expresión fiel y el alcance efectivo de la soberanía proclamada, tanto desde su dimensión originante-posesoria (en quien reside su titularidad formal y qué se puede hacer legítimamente en su virtud) como desde la ejerciente y funcional.

A estos efectos significantes el texto lo forman no sólo las declaraciones de los preámbulos y las fórmulas promulgatorias, sino la regulación de los poderes regios o del Jefe del Estado, la de los derechos políticos subjetivos, la supremacía de la Constitución respecto al ordenamiento jurídico y su confirmación constituyente mediante un procedimiento extraordinario de reforma (5).
Será, pues, el análisis del constitucionalismo histórico (por fuerza resumido en aras de la extensión impuesta) el que nos permitirá trazar el hilo conductor que, al margen de las clasificaciones existentes, (6) explica la evolución del concepto de soberanía desde su origen político-polémico a su final jurídico y pacífico.

I. La Constitución otorgada en Bayona (1808).

Napoleón garantizó a los estamentos "colaboracionistas", fiel a su modelo de cartas otorgadas, "una constitución que concilie la santa autoridad del Soberano con las libertades y privilegios del pueblo". La fórmula promulgatoria proclama a José I Rey de las Españas y de las Indias tan sólo *por la gracia de Dios,* y el citado monarca *decreta* la constitución como "ley fundamental de nuestros estados" y "base del *pacto* que une a nuestros pueblos con nos y a nos con nuestros pueblos". En el artículo IV se establece la fórmula legitimante del Rey en el futuro: "por la gracia de Dios y por la Constitución del Estado". La monarquía queda, pues, vinculada, si bien no hay otro soberano ni poder constituyente que el monarca.

En coherencia con el híbrido arcaísmo absolutista-estamental no se alude a la soberanía de la Nación de la primera revolución francesa. No hay acto constituyente del Estado (7). Nula separación de poderes ni declaración de derechos, aún cuando se reconozcan algunos personales, haya un principio de legalidad penal y se ordene formar códigos. La novedad constitucional consiste en que el pacto medievalizante inaugura, junto al jovellanismo de los realistas gaditanos, la extensa tradición decimonónica del liberalismo moderado.

II. La Constitución de Cádiz (1812).

Los debates constituyentes fueron un curso intensivo sobre la noción de soberanía (8). Los realistas negaron la de la Nación por cuanto ésta (concebida como su Historia) trasladó en tiempo inmemorial su ejercicio al Monarca mediante acto plasmado en unas Leyes Fundamentales que eran inmutables por constituir el fundamento mismo del Reino. Al estar desde siempre constituida mediante la constitución histórica, no podía haber en puridad poder constituyente alguno ni Cortes que decretasen una Constitución. Tan sólo cabía la *reforma* de las viejas leyes. Se

acepta que la soberanía resida *originaria* o *radicalmente* (el tiempo ancestral) en la Nación o Reino, pero jamás *esencialmente* (en todo tiempo actual) como dirá la Constitución en su artículo 3. Con Jovellanos habría que hablar no de "soberanía", sino de *supremacía* de la Nación, consistente en una "soberanía residual" que le permite legislar en Cortes con el Rey, obligarle al cumplimiento del *pacto* e incluso a resistirle si lo incumple. En todo caso la Nación -es decir, las Cortes- puede reasumir la totalidad de tal "co-soberanía" en ausencia obligada del monarca, pero únicamente mientras dure esta última.

Los liberales parten de este mismo principio realista (!por realismo!) y justifican con él, por el contrario, el poder constituyente de la Nación soberana. No serían ideas *abstractas* y *extranjeras* (Hobbes, Rousseau) sobre "contratos sociales", sino la voluntad de restablecer las viejas Leyes Fundamentales y el derecho de la Nación a renovarlas lo que mueve a diputados como Muñoz Torrero a mantener el principio revolucionario francés de que el derecho de una Nación a establecer su legislación fundamental y a determinar libremente su forma de gobierno es un *hecho*
repetido en la Historia de España (9) al que obliga, además, la invasión napoleónica y la constitución de Bayona: actos ambos en los que no intervino el consentimiento
nacional. La libertad e independencia del Estado (la soberanía *ad extra*) es causa del ejercicio constituyente de la soberanía *ad intra*.

Tal ejercicio provocó una primera confusión entre la soberanía nacional y la de las Cortes Constituyentes. Pese a su escasa representatividad, debida a la circunstancia bélica, el Decreto que dictan el 24 de septiembre de 1810 mantiene que "los Diputados que representan a la Nación española se declaran legítimamente constituidos en Cortes Generales y extraordinarias y *que reside en ellas la soberanía nacional"* (subrayado mío) (10). Esta confusión se despejará al debatirse el procedimiento de reforma constitucional y dará ocasión a liberales como Toreno y Muñoz Torrero a aplicar la corrección que los constituyentes franceses de 1791 hicieran a un Sieyès excesivamente rousseauniano en este punto. La soberanía nacional, que es una, indivisible, perpetua e inalienable, no se enajena cuando se delega. La titularidad es esencial, pero su ejercicio es preciso delegarlo en unos representantes de la Nación, que son las Cortes; no soberanas, sino representativas. Así lo dirá el artículo 27: "Las Cortes son la reunión de todos los diputados que representan la Nación nombrados por los ciudadanos".

De esta delegación se deduce, frente a la supuesta soberanía del Rey, que no va a ser éste el soberano, ni siquiera en el sentido jovellanista de que el monarca limita el ejercicio de la suya al compartir el poder legislativo de las Cortes por ser *también él* representante de la Nación o Reino. Para los liberales, la Monarquía ya no es la forma del Estado (aunque lo contradiga el propio título de la "Constitución Política de la Monarquía Española"), sino una forma de gobierno: "El Gobierno de la Nación Española es una Monarquía *moderada* hereditaria" (s.m.) (art. 14) (11).

El trasvase histórico de la soberanía regia a la Nación se confirma al excluir al Rey de la reforma constitucional como lo había sido del poder constituyente y no sólo por ausencia. Ya que se aceptaba su poder legislativo ordinario, la ley de reforma no podía depender de un posible veto del monarca aunque fuese meramente suspensivo. Por otra parte, la soberanía nacional constituyente sólo podía ejercerse -una vez constituido el Estado- por un órgano de éste de la misma naturaleza que el que había

aprobado la Constitución; apareciendo así de nuevo el poder soberano: en forma de *poder constituyente constituido.*

Al no existir cláusulas de intangibilidad ni límites materiales en la reforma, ésta quedaba abierta, incluso para abolir la figura del Rey o bien para introducir algo que a los liberales les resultaba peligrosamente más democrático que liberal: la garantía de los derechos políticos de los ciudadanos. Sin embargo, el pueblo, por mucho que algunos lo equiparasen a la Nación (12), estaba aún muy lejos de esa cota mínima de su soberanía. La Constitución tan sólo prometía, en defensa de los intereses propietarios, "conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad *civil*, la *propiedad* y los demás derechos *legítimos*" (s.m.). Pero tal legitimidad no le será reconocida a toda la población hasta la Constitución de 1869.

III. El Estatuto Real (1834).

Su título completo excluye toda consideración formal de un texto con rango constitucional: "Estatuto Real para la convocación de las Cortes Generales del Reino", pero, más allá del debate académico sobre su naturaleza (13), otorga una buena pista sobre la cuestión de la soberanía. Si Fernando VII recuperó su soberanía regia y la ejerció hasta la muerte, su viuda, la Reina Regente por minoría de edad de su hija Isabel, realizó con la convocatoria de Cortes toda una *creación* de las mismas (poder constituyente), pues éstas no se convocaban tras su interrupción en virtud de la abolida Constitución de 1812, sino que eran reinstauradas en cuanto antiguo órgano de colaboración de la Corona en aplicación de un derecho histórico de la realeza (14). Las nuevas Cortes carecían de iniciativa legislativa y sólo deliberarían sobre aquello que la Reina les sometiese a examen.

En la exposición de motivos que el Consejo de Ministros presentó a la Reina Gobernadora se habla de "restaurar nuestras antiguas leyes fundamentales", a las que se debe "restituir su fuerza y vigor". Se habla también de un "estamento de próceres" como *guarda permanente* de dichas leyes, "interpuesto entre el Trono y los pueblos", designados casi todos ellos por el monarca, al que complementaría otro de "*elegidos por la Nación* para que de esta suerte sean sus legítimos *Procuradores*" (s.m.). La palabra "Nación" sin adjetivos prolonga así en el tiempo la capacidad de que fue dotada por los constituyentes gaditanos de no representar más que un electorado restringido y sus intereses civiles. Así, la exposición de motivos citada recomendaba "no considerar los derechos *políticos* como derivados de *principios abstractos* y sujetos a vanas teorías, sino como *medios prácticos* de asegurar la posesión tranquila de los derechos *civiles*" (s.m.) (15).

IV. La Constitución de 1837.

Considerada por la doctrina reciente como un texto transaccional entre liberales moderados y progresistas, fue, a mi ver, una transición matizada pero decisiva entre la Constitución del 12 de los realistas y la línea de supremacía regia iniciada en Bayona y confirmada por el Estatuto real (16). La fórmula de promulgación, aunque afirma la autoría constituyente de las Cortes, que decretan y sancionan el nuevo texto porque "ha sido la voluntad de la Nación revisar en uso de su soberanía la constitución política promulgada en Cádiz", incluye este contrario inciso: "y Nos de conformidad aceptado", que transforma la soberanía nacional delegada en un *pacto* (premonitorio del

doctrinarismo posterior) entre las Cortes nacionales (el Reino) y el monarca, pues si éste fuera un mero órgano constitucional no podría nunca "aceptar" la Constitución, sino tan sólo "jurar guardarla y hacerla guardar". No todos los representantes de la Nación conocían, tal vez, que en el proyecto Istúriz de reforma del Estatuto Real ya se había advertido que "el Rey es la autoridad suprema del Estado" (art. 29) pero, en todo caso, en el Real Decreto de convocatoria electoral se hablaba de unas futuras Cortes "en las que ha de procederse a la revisión del Estatuto Real *de acuerdo con la autoridad del Trono"* (s.m.).

La Constitución de 1837, surgida de unas constituyentes convocadas al margen de lo previsto en el título X de la de 1812 pese a la restablecida vigencia de ésta, entierra el principio de soberanía nacional, proclamado retóricamente en su preámbulo, por cuanto sus expresiones más cabales son eliminadas con la reforma del texto gaditano. A mayor abundamiento, el de 1837 no contiene referencia alguna a su valor jurídico ni a su supremacía, la cual se niega por su evidente condición de ley ordinaria (las Cortes con el Rey) y por no preverse procedimiento agravado de reforma. No incluye más que una brevísima tabla de derechos referidos a la libertad de imprenta, a las peticiones y a la seguridad personal (remitidos a una futura regulación legal como forma de definir los mismos) y, en fin, otorga al Monarca el *veto absoluto* en el proceso legislativo.

Por todo ello resulta penoso resumir el falso debate sobre la soberanía en las constituyentes de 1837. Un progresista, Olózaga, redefine la soberanía nacional como principio de oposición al poder de un individuo que usurpase el poder del pueblo, pero, por eso mismo, considera imposible, *como hecho,* en la práctica, el establecido veto absoluto del monarca, ya que éste nunca podría negarse a la voluntad popular, llamada ahora "opinión pública". Ahora bien, al suponer que el veto regio ha de apoyarse en ésta última, se le reconoce al rey *de hecho* una representación de la Nación que, a su vez, otorga a aquél el carácter de voluntad general frente a su representación parlamentaria (17).

La oposición progresista y demócrata denunció la incoherencia entre el texto que acabará aprobándose y la proclamación del preámbulo, ya sea con base en la ausencia del derecho al sufragio universal, (18) ya sea porque no existe procedimiento de reforma ; existencia que Olózaga consideraba, ingeniosamente, como aún más contraria a la soberanía nacional por imponérsela a la futura voluntad de la Nación (19).

V. La Constitución de 1845.

Cuanto se defendió y se atacó en el debate de 1837 sobre la soberanía de la Nación y la reforma constitucional se hizo realidad política y normativa en la revisión de 1845, que dio lugar a un nuevo texto abiertamente contrario al principio de soberanía nacional (20) sustituido por el imaginado pacto Rey-Reino que consagra la efectiva condición soberana del monarca.

Si, según el dogma liberal, el poder constituyente se identifica con la nación soberana, ésta última, según el Dictamen de la Comisión de reforma del texto de 1837, "no reside sino en la potestad constituida, ni esta es otra en nuestra España sino las Cortes con el Rey". De ahí que la fórmula promulgatoria haga decir a Isabel II que "siendo nuestra voluntad y la de las Cortes del Reino regularizar y poner en consonancia

las necesidades actuales del Estado y los antiguos fueros y libertades de estos Reinos (...) hemos venido, *en unión y de acuerdo* con las Cortes actualmente reunidas..." (s.m.). Por otra parte, en la Exposición de Motivos del proyecto gubernamental de reforma se confirma el positivismo de 1837 dentro de esa línea filosófica que Tomás y Valiente calificaba de "realista, historicista y pesimista". Se rechazan una vez más los principios calificados de "abstractos" (el mayor de todos, la soberanía nacional); se declaran como argumentos legitimadores los *hechos* (históricos, sociales, políticos) mientras que los derechos son puestos en entredicho (21); la Constitución reduce su valor jurídico a esquema normativo de la organización del aparato estatal y dentro del mismo se asegura la supremacía fáctica del Gobierno, arropado con el manto del monarca.

Es, sin duda, el poder ejecutivo el único soberano, por supremo, *en* el Estado, apoyándose formalmente en algunos de los poderes o prerrogativas regias, entre los cuales el veto absoluto y la facultad ilimitada de designar senadores (art. 14) podía formar un frente común ante el Congreso, ya que, como reconoce el Dictamen de la Comisión de reforma, "sólo así puede (el Rey) contrarrestar por su flaqueza a las Asambleas populares, tan llenas, después de las discordias civiles, de soberbia y de pujanza" (22).

La aparente incoherencia entre el dogma de la soberanía nacional y su negación constitucional no lo es tanto en función de esa filosofía ya citada del positivismo; no el jurídico, que es su consecuencia última, sino el que, basado en el utilitarismo del primer Bentham y en el factualismo parahegeliano que confunde cínica e ingenuamente la realidad triunfante con "lo que Dios manda", concede legitimidad única a los *hechos* favorables y deslegitima los considerados como perjudiciales.

Inspiradores o exégetas del espíritu constitucional de 1845 fueron liberales preclaros como Alcalá Galiano, Donoso Cortés, Francisco Pacheco y Bravo Murillo. Para todos ellos, lúcida pero interesadamente, la soberanía nacional es, de hecho, una *ficción* que, sin embargo, resulta peligrosa por cuanto su engaño no impide servirle de máscara amenazante al pueblo rebelde y revolucionario. Balmes dirá, por su parte, que "el sentido racional que debiera haberse dado a la palabra "soberanía nacional" es el de "dominio en el orden político de lo que domina en la sociedad", lo cual quiere decir, para Galiano, que "la soberanía que debe estar reconocida en las constituciones es la que está en *ejercicio constante* rigiendo como poder supremo el Estado (s.m.) (23).

Para Donoso toda cuestión de gobierno se traduce en cuestión de soberanía, la cual "por su importancia eclipsa y absorbe a todas las demás". Ya que la soberanía *de derecho* corresponde tan sólo a Dios, *la de hecho*, en cuanto social, no puede ser más que limitada. Tanto la monarquía absoluta como la democracia son soberanías tiránicas y reaccionarias, que si en la primera es idolatría, en la segunda es ateísmo. Sólo pueden ser legítimos soberanos, por tanto, los *efectivos* detentadores del poder, quienes hacen las leyes y, como dirá Pacheco, los artículos en los que, sin necesidad de preámbulos proclamadores, las constituciones adscriben el poder legislativo, es decir, el Rey y las Cortes, que se supone actúan siempre o casi siempre guiados por la soberanía de la *razón* y de la *inteligencia*; virtudes innatas de las clases mesocráticas ilustradas capaces de defender sus intereses propietarios.

La consecuencia que extraen tanto Donoso como Pacheco es la necesidad de la reforma constitucional por ley ordinaria de Cortes para impedir las revoluciones

sociales. De no hacerse así, ambos consideran legítima la *dictadura soberana constituyente* (como más tarde invocarán tanto Cánovas como el general Franco), que recoge la soberanía perdida como un bien mostrenco para salvar los intereses en peligro (24). De momento, la monarquía "constitucional" o "limitada" es el poder supremo, soberano, del Estado y en el Estado. La monarquía, dirá Pacheco, "conserva todo el poder menos lo que ha perdido, menos lo que se le ha quitado, para entregarlo, para conferirlo a otras instituciones" (25).

Lo más innovador, para la época, en el pensamiento de Pacheco es la identificación entre Monarquía y Estado como soberanos. La soberanía de la Nación, "como principio de acción y como principio de garantía, de uno u otro modo, es insostenible". "Arma y grito de guerra en su tiempo, no lo es legítimo y aceptable cuando no se trata de pelear, cuando no se trata de destruir, cuando se piensa verdaderamente en echar bases sólidas para construcciones duraderas".

Pacheco justifica la soberanía en las *leyes del Estado* dictadas por el poder constituido, cuya legitimidad surge de la inteligencia de las mismas, no del derecho divino o de la soberanía del pueblo. De ese modo inaugura la posterior visión autoritaria que, al confundir el Estado con el Monarca y a éste con el poder constituyente constituido, despotenciará el significado de las asambleas "representativas" e incluso podrá retóricamente volver a reconocer la soberanía nacional sin peligro, dada la pérdida de valor del concepto.

Bravo Murillo, autor en 1852 de un proyecto autoritario de reforma de la Constitución de 1845, culmina esta crítica liberal a la soberanía de la Nación (que él llama "popular") por ser "quimérica en la práctica, irrealizable". La supremacía que en el Estado ostenta el Rey le otorga por eso mismo la condición de soberano, cosa que no ocurre con el Presidente de una República por carecer de suficientes poderes, ejercerlos breve tiempo y deber su cargo a la elección. Es tal *hecho* vigente en España su propia legitimidad y la justificación de su soberanía (26).

VI. La Constitución de 1869.

Las insurrecciones populares de 1854-55, apoyadas por militares progresistas, provocaron unas Cortes constituyentes que, si bien fueron disueltas por la reacción autoritaria de los moderados sin concluir sus debates, dejaron proyectado un texto, antecedente directo del de 1869, en el que la cuestión de la soberanía vuelve a los principios de 1812 y extrae de ellos toda su potencialidad liberal, que había quedado reducida, como hemos visto, en favor de la soberanía monárquica.

El artículo primero recoge la proclamación gaditana de que en la Nación reside *esencialmente* la soberanía y la completa con la importante puntualización de que de ella emanan *todos* los poderes públicos, es decir, el Rey incluido. Aunque éste, junto con las Cortes, tiene la facultad de iniciar la reforma constitucional (art.87), serían unas nuevas Cortes constituyentes las que la decretarían (art.89), con lo cual se instaura la supremacía jurídica de la Constitución y se recupera el poder de establecerla por parte de la Nación representada.

El artículo 92 establecía que integraban la Constitución y se consideraban, a efectos de su reforma, artículos constitucionales las bases de las leyes orgánicas sobre

materia electoral, relaciones entre Congreso y Senado, Consejo de Estado, gobierno y administración provincial y municipal, Tribunales, Imprenta y Milicia Nacional, por lo que se reconducía el funcionamiento mismo del Estado como ordenamiento institucional a la decisión constituyente de la Nación.

La tabla de derechos siguió siendo, como en 1837, un breve reconocimiento de los de libertad y seguridad personales, más el de expresión escrita, cuya regulación se remite a leyes posteriores, pero en el debate constituyente surgieron peticiones de constitucionalizar los derechos de reunión, asociación, enseñanza y sufragio universal por parte de los diputados demócratas (27).

El Real Decreto de 2 de septiembre de 1856, que disolvió a unas Cortes autoras de tan radical retorno a las fuentes del liberalismo, consideró importante mostrar su rechazo a la obra realizada declarando que había estado "demostrada la falsedad de la doctrina que atribuye a las Cortes constituyentes un poder omnímodo". Reconocimiento implícito de que, por primera vez en España, unas Cortes así expresaban -como siempre sospecharon sus detractores- la soberanía popular al amparo de la nacional. Fue la "Gloriosa Revolución" de 1868 la encargada de aproximar aún más esos dos conceptos, los cuales un sexenio después, volverán, confundidos, al ostracismo por un largo período histórico para no separarse nunca más en las dos coyunturas democratizadoras de 1931 y 1977-1978.

En la revolución confluyeron varias ideologías, colindantes entre sí dentro de un arco de extremos irreconciliables: los monárquicos progresistas, los demócratas, los republicanos y los federales. Tan sólo les unía (!y ya era mucho!) el mito de la soberanía nacional-popular expresado a través del sufragio universal (28) que condujo a un debate constituyente centrado en dos modelos inestrenados en España: la Monarquía democrática y la República (unitaria o federal). Si la primera aparece como contradictoria al unir dos principios históricamente opuestos, la segunda resucitó el viejo fantasma del "comunismo proletario", ya exorcizado por Donoso, o invocó otro nuevo: la quiebra de la unidad nacional.

Los republicanos se consideraban más coherentes con la libertad de elección de la forma democrática de gobierno (una vez abolida la dinastía) que los monárquicos, y éstos argumentaban que una monarquía electa y constitucional (no sólo "limitada") equivale a una república, sin los inconvenientes de inestabilidad, desintegración y subversión que, para ellos, conllevaba tal forma. Esta discusión sobre la forma de gobierno condujo directamente a la cuestión de la soberanía, pero de modo más complejo que en el pasado, pues, una vez derrotado el principio monárquico quedaba por ver si la institución conservaba algún sentido al imponerse la soberanía popular a través del principio democrático. Son interesantes las filigranas argumentales de quienes quisieron reconducir este segundo principio al primero, jugando incluso con la otra cuestión paralela en importancia como fue la de los derechos políticos, concebidos a la vez como base y límite del principio democrático.

Montero Ríos resolvió con claridad el primer problema: "Toda forma que reconozca y sancione los derechos individuales y que descanse sobre la soberanía popular (cuya fuente fecundante es el sufragio universal) es democrática"; por tanto, "salvando el principio de la soberanía nacional, la idea democrática no exige que la forma de gobierno que tome por base se presente con el carácter *unipersonal* o con el

carácter *republicano*" (s.m.) (29). Otros diputados monárquicos insistirán en que la Monarquía, *sin ser electiva*, será *elegida* para substituir a la incorregible dinastía anterior. Se confirmaría así de raíz que es la soberanía popular constituyente la que reduce al monarca a mero órgano del Estado y con los poderes que constitucionalmente se le asigne (G. Rodríguez, Cirilo Álvarez, Víctor Balaguer, Olózaga). Se habla de una Monarquía "hija de la soberanía nacional" y ésta última se equipara a "popular" y, debido al sufragio universal, a la soberanía de "la totalidad de los españoles sin distinción de clases" (Ulloa) o a "todas y a cada una de las personas que constituyen la Nación y que viven dentro de la Nación" (Romero Girón).

Los republicanos, por contra, consideran que "la soberanía del pueblo es incompatible con un poder irresponsable, inviolable y hereditario" (Pi i Margall), ya que un poder heredado y permanente supone despojar a las generaciones futuras de soberanía (La Rosa) y, en todo caso, sólo una monarquía "republicana", es decir, no hereditaria, sería aceptable, pues la herencia implica una delegación perpetua de la soberanía popular equivalente a su abdicación (Gil Berges). Este argumento fue rechazado por Ríos Rosas apelando al viejo principio de los moderados de que toda soberanía es limitada en cuanto se constituye el Estado, pero la limitación de la cual habla es tan original como nuevas sus causas y poco tiene que ver con el doctrinarismo anterior.

Para el diputado monárquico, la soberanía del Estado y de sus órganos (confundiendo el uno con los otros) tiene un límite material en "la afirmación y la inviolabilidad de los derechos individuales" y otro, formal, por la prohibición de hacer o de modificar la Constitución "si no es por un procedimiento preestablecido". Rosas considera que admitir en la Constitución el derecho a heredar la Corona es un acto de autolimitación material de la soberanía, por tratarse tal herencia de un derecho inseparable del de *propiedad*, pero también un acto de limitación formal porque es "delegar indefinidamente en una familia una porción del poder social con la misma autoridad con que prohíbe indefinidamente a la legislatura el ejercicio en cierta esfera (la reforma constitucional) de aquélla porción del poder que a la misma legislatura le delega". Ambos actos tendrían como causa los principios de conveniencia y de estabilidad (30).

El ingenioso sofisma transmuta el antiguo doctrinarismo de la "soberanía compartida" en el nuevo y aún más reaccionario que, bajo la toga tribunicia de un Estado de base popular, asigna a la persona del monarca la propiedad de la institución que lo corona, en cuya cumbre -por encima de la soberanía de la Nación-Estado- se instala a perpetuidad por delegación indefinida de la soberanía popular. Prosigue aquí, al socaire del nuevo concepto en alza que es "el Estado", la confusión, muy en la línea de Pacheco y de la incipiente doctrina alemana, entre la persona estatal y la persona que, aún declarada órgano del mismo, personifica a éste y a su soberanía. De forma sutil pero efectiva y ante la oleada revolucionaria de la nueva sociedad industrial, la Monarquía española se encastillará en la fortaleza de un Estado legitimado por la proclamada soberanía popular y el sufragio universal (31). Siete años más tarde, Cánovas del Castillo extraerá del argumento de Ríos Rosas las inevitables consecuencias.

VII. El proyecto republicano federal de 1873.

La abdicación del monarca "electo" Amadeo I fue considerada por las Cortes, surgidas de los comicios de agosto de 1872 con amplia mayoría de demócratas radicales y republicanos federales, como una recuperación de la soberanía nacional (32). Proclamada la República como forma de gobierno por una llamada "Asamblea Nacional" que reunía a diputados y senadores, ésta, en redacción de Salmerón, Figueras y Pi i Margall, "reasume todos los poderes". Convocadas elecciones constituyentes, las nuevas Cortes, de abrumadora mayoría republicano-federal, debatieron un proyecto de Constitución en un clima general de insurrección popular, carlista y cantonalista, hasta que fueron disueltas, sin concluir su función, por el golpe de fuerza del general Pavía.

El artículo 42 del proyecto rezaba así: "La soberanía reside en todos los ciudadanos y se ejerce en representación suya por los organismos políticos de la República constituida por medio del sufragio universal". Tales organismos eran el Municipio, el Estado regional y el Estado federal o Nación (art. 43). Este precepto declaraba a continuación que "la soberanía de cada organismo reconoce como límites los derechos de la personalidad humana"; derechos estos proclamados en el Título preliminar como "naturales", anteriores y superiores a toda legislación positiva; todos ellos asegurados en la República "frente a todo poder que los cohibiese y toda ley que los mermase". El proyecto contemplaba el procedimiento de reforma constitucional y la existencia de un Tribunal Supremo Federal, inspirado en el norteamericano, el cual, según el artículo 77, velaría por la constitucionalidad de las leyes.

Aunque el texto constitucional debe más a Castelar que a Pi y Margall, la novedad indudable de una soberanía que reside en todos los ciudadanos y no en la nación o el Pueblo como ficciones abstractas propias del liberalismo democrático, responde al pensamiento del autor de *La Reacción y la Revolución,* cuyo mérito principal estriba en el intento teórico de elaborar, a partir de los derechos individuales y de los grupos humanos territoriales, una concepción del Estado sin acudir al concepto de soberanía como *fictio iuris,* sino al de *competencia* (poder autónomo), sólo limitada por otras competencias similares, de contenido funcional diverso y coordinadas entre sí (33).

El Estado federal del proyecto responde a un esquema organizador de competencias, reguladas jurídicamente, basado no en el contrato social rousseauniano ni en el pacto doctrinario, sino en el *foedus* o alianza entre iguales. Al afirmar que todos los ciudadanos son soberanos y que cada organismo del Estado (no órgano) es soberano también, sin más límite que los derechos de la persona, se apunta claramente a lo que más tarde se llamará soberanía del Derecho, entendido éste no como mero ordenamiento jurídico positivo, sino como la entraña misma de la soberanía popular efectiva: la garantía de los derechos civiles y políticos de todos y de cada uno de los ciudadanos.

En el proyecto de 1873 se substituye asimismo la noción de soberanía que identifica ésta con la *supremacía* en el Estado, típica del principio monárquico. Aunque asigna al Presidente de la República "personificar el poder supremo y la suprema dignidad de la Nación" (art. 82, 11º), ésta última es, según el art. 43, el Estado Federal y tal personificación no es representativa, sino una de las competencias o funciones presidenciales, y no la primera de ellas, sino la última de una lista que se abre con la fórmula: "Al Presidente de la República Federal compete:...".

La principal competencia del Presidente se halla en el artículo 81, a la cabeza del Título XI, que lleva el rótulo "Del Poder de relación o sea Presidencial". Consiste justamente en el cumplimiento de lo que prevé el art. 45 cuando incluye junto a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial en que se divide el Poder de la Federación, el "Poder de relación entre estos Poderes". El poder supremo de la Nación es el Estado Federal o Federación. La supremacía en ese poder supremo consiste en coordinar, aliar, "federar" competencias autónomas de los órganos constitucionales para lograr el fin de todo Estado verdadero: la unidad en la libertad.

VIII. La Constitución de 1876.

Las Cortes que aprobaron su texto no fueron constituyentes. Se limitaron a discutir el proyecto gubernamental de Cánovas, del que éste excluyó debatir los títulos dedicados a la Corona. En la convocatoria electoral se daba por establecida una "verdadera constitución íntima, fundamental", formada por el Rey y las Cortes, y se declaraba finalidad de las elecciones "restablecer y fundar definitivamente en España el régimen monárquico-representativo".

La fórmula promulgatoria será la de 1845: "en unión y de acuerdo con las Cortes", pero el Rey ya no lo es por la gracia de Dios y la Constitución, sino "por la gracia de Dios Rey Constitucional de España". Afirmación esta que apenas oculta el retorno a la monarquía del Antiguo Régimen, pues "constitucional" en este caso no significa otra cosa que *originado por la Historia* o constitución interna de España. Providencia divina y estirpe dinástica son los títulos "constitucionales" de un monarca cuyo *status* es indiscutible en las Cortes y que nada les debe (34).

Desde tales supuestos, la cuestión de la soberanía ya ni se plantea, como tampoco la de un inexistente poder de constituir. Al fin y al cabo, el sufragio expresa para Cánovas una voluntad accidental y de detalle si la soberanía nacional es la de una Nación-Historia representada por el Monarca y ejercida por éste y su Gobierno. Las Cortes no son tan representativas de la Nación como éste último.

La oposición que hacen en el debate Ulloa o Balaguer al recordar la compatibilidad de la soberanía nacional con el principio monárquico, esgrimida en las constituyentes de 1869, o la ofrecida por Alzugaray y Posada Herrera al distinguir entre la soberanía originaria del Rey y la de ejercicio compartido de las Cortes fueron inútiles argumentaciones doctrinarias frente al *hecho* superior de un Monarca de derecho natural-histórico, al que debe someterse el *hecho* actual de una nación cuya soberanía sólo la legitima dicho sometimiento. En la Constitución de 1876 el concepto de soberanía nacional ha perdido ya todo su sentido. Será un concepto vacío que cualquiera, liberal o autócrata, podrá utilizar sin temor (35).

En coherencia con los supuestos constitucionales del canovismo, los derechos reconocidos en el texto de 1876 vuelven a ser libertades concedidas y no garantizadas que la ley se encarga de definir y regular (incluido el sufragio, que ni siquiera figura en el título I). La Constitución carece de supremacía; es una ley ordinaria que puede ser derogada tácitamente por ley posterior; carece de procedimiento expreso de reforma y, en definitiva, dependerá su suerte de unos parlamentos futuros, durante años creados por los gobiernos de su Majestad (36).

IX. Los proyectos de reforma de la Constitución de 1876.

El evidente divorcio entre la España oficial y la real (Ortega *dixit*) al que condujo el Estado de la Restauración, cada vez más distante de una Nación a la que no representaba, (37) obligó a plantearse la reforma constitucional de modo tan radical que resurge la cuestión de la soberanía nacional-popular frente al principio canovista de la Monarquía como poder soberano. A esta radicalidad contribuyó, sin duda, el reto continuado de los conflictos sociales(38) y la presión creciente de un amplio movimiento reformista, nutrido en gran parte por las reivindicaciones regionalistas(39).

Los intentos parlamentarios de reforma mediante ley ordinaria (Salmerón, Azcárate, Moret, Álvarez) culminaron en 1917 con la "rebelión" de diputados liberales, reformistas y regionalistas, encabezados por el catalán Cambó, cuya pretensión era, en frase de éste último, *"consagrar la soberanía popular representada por el Parlamento"*(40). En las bases de reforma figuraba, dentro del epígrafe titulado "soberanía popular y separación de poderes" una significativa declaración que fundía las de las constituciones de 1812 y 1869: "la soberanía reside esencialmente en el pueblo, del cual emanan todos los poderes", sustituyéndose, como vemos, "nación" por "pueblo". Pero además, el concepto de soberanía adoptará una versión relativamente inédita (pues se hallaba ya en el proyecto federal de 1873) y no menos conflictiva que la nacional-popular: la *soberanía regional* (41).

Pese a que resultaba evidente que "soberanía regional" significaba ejercicio de *competencias* legislativas y ejecutivas en régimen de autonomía dentro del territorio de la región, la idea federalista (soberanía = competencia) chocaba con la exaltación estatalista (aparato centralizado del Estado) que confundía soberanía estatal con el monopolio de su ejercicio *en* el Estado-institución (42). Al debatirse en el Congreso un futuro Estatuto de autonomía para Cataluña, el catalanismo político no renunció a la palabra "soberanía" y dio pie a la justificación estatalista en términos de nacionalismo español, mientras que la izquierda parlamentaria, en la tradición federalista,rechazaba el debate por ocultar el verdadero problema: la ausencia de libertades democráticas (43).

Los embates democráticos y autonomistas provocaron que los proyectos de reforma constitucional del Directorio civil del Dictador Primo de Rivera (1929) reforzarán aún más la idea de soberanía como atributo del Estado. Según el texto de la Asamblea Nacional consultiva creada por el General, "España es una nación constituida en Estado políticamente unitario" (art. 1); "El Estado ejerce la soberanía como órgano permanente representativo de la Nación" (art.4); "La soberanía es indivisible. El Estado no podrá bajo ninguna forma cederla, compartirla ni delegarla total o parcialmente" (art.5). El Rey ha de "mantener la unidad y soberanía del Estado" (art.43) y tiene, junto con su Gobierno, la iniciativa exclusiva de las leyes constitucionales, incluida la de reforma (arts. 62 y 104 en relación con el art. 47 del proyecto de Ley Orgánica del Consejo del Reino).

La reforma emprendida por la Dictadura culmina, pues, la concepción canovista de la soberanía que identifica la nacional con la de un Estado sometido al principio monárquico (44) . El Rey lo personifica; posee el poder de constituirlo; su Gobierno ejerce en exclusiva la soberanía (unidad de poder y coordinación de funciones), la cual no puede ser compartida, cedida o delegada en otras entidades (claramente las regiones). Entendida así, la soberanía estatal abrirá paso tanto al futuro concepto de "caudillaje",

elaborado con ciertas apoyaturas retóricas del fascismo, como a la Monarquía "limitada" del tardofranquismo (Ley Orgánica del Estado de 1967) (45).

X. La Constitución de 1931.

El Gobierno Provisional que proclamó la II República el 14 de abril de 1931 se sometió a sí mismo a un estatuto jurídico, materialmente constitucional (Decreto de 15 de abril) y de eficacia inmediata, que, entre otras disposiciones, reconocía el gobierno autónomo de Cataluña y declaraba "recibir sus poderes de la voluntad nacional" como "el origen democrático de su poder" (las elecciones municipales del día 12). Si no formulaba una carta de derechos era por corresponder esto "a la función soberana y creadora de la Asamblea Constituyente", "órgano supremo y directo de la voluntad nacional".

Como en 1812, este apriorismo de considerar las Cortes constituyentes órgano supremo y *directo* de la voluntad de la Nación dotado de *soberanía creadora* explica el desconcertante texto promulgatorio de la Constitución. Es el Presidente de la Asamblea quien en nombre de ésta declara que las Cortes "en uso de la soberanía de que están investidas" decretan y sancionan la misma. En el debate ya había dicho Ortega y Gasset que "siendo las Cortes el órgano, la fuente, por donde mana la soberanía nacional, todo Poder, en su raíz, está subordinado a ellas". Con todo, parece claro que el término "investidas" se ha de interpretar no como posesión, sino como delegación representativa (46) .
El artículo primero del texto declara que "la República constituye un Estado integral, compatible con la autonomía de los Municipios y las Regiones" y que "los poderes de todos sus órganos emanan del pueblo" (47). Ambas declaraciones recogen medio siglo después el espíritu democrático-republicano-federal del sexenio revolucionario pero con singulares matizaciones respecto a la cuestión de la soberanía.

La polémica de 1918-19 sobre la compatibilidad de la soberanía del Estado con la de las regiones se salda mediante la fórmula "Estado integral" (tal vez debiera haber dicho "integrador"), intermedio entre el unitario y el federal y sin referencia alguna a la soberanía (compartida, cedida o delegada) sino -en la línea doctrinal de Pi i Margall y el austriaco Preuss- a la de *competencias* legislativas y de gobierno dentro de un ordenamiento jurídico común (48).

La definitiva sustitución, de modo expreso, del concepto liberal clásico de soberanía de la Nación por el de Pueblo como titular originario del poder del Estado y de sus órganos llega a excluir del texto constitucional el término mismo de soberanía (49). Jiménez Asúa justificó el cambio y el silencio por ser el vocablo "*pueblo*" palabra más clara y más certera que la de "nación", la cual "todavía en cuanto a su definición está en el crisol" (50). Pero esto parece una concesión al catalanismo cuando, en realidad, se trató de "racionalizar", según el verbo popularizado por Mirkine- Guetzevich, una idea implícita durante el pasado siglo tanto en los liberales demócratas como en los liberales reaccionarios cuando para unos y otros la soberanía nacional era, respectivamente, máscara del poder monárquico o del poder popular.

Consecuente con sus principios, el texto republicano aumenta la tabla de derechos personales, públicos y económico-sociales. Establece cierto control de constitucionalidad de las leyes y el recurso de amparo de los derechos mediante un

Tribunal de Garantías Constitucionales. Prevé un procedimiento agravado de reforma de la Constitución. Reconoce e integra estatutos regionales de autonomía política. Los ciudadanos participan en la elección del Presidente de la República; en la reforma constitucional al elegir la Asamblea Constituyente; en el poder legislativo, mediante el referéndum solicitado por el 15% del cuerpo electoral y el plebiscito en la aprobación de los Estatutos de autonomía, o en la renuncia de las provincias a seguir en dicho régimen en caso de haberse instaurado en la región correspondiente; y, en fin, en el poder judicial a través de la institución del jurado.

La Constitución de 1931 es el primer texto jurídico fundamental, precedente del actual en vigor, que, al recoger la esencia del de 1812 y los principales rasgos del de 1869, inaugura una brevísima tradición democrática, interrumpida durante cuarenta años, pero recuperada desde hace veinte.

X. De la dictadura soberana (1938) a la soberanía democrática (1978).

El largo paréntesis inconstitucional del régimen franquista se merece su breve inclusión en este estudio por su proclamación retórica de la soberanía nacional como cimera del secular trayecto liberal moderado. Bartolomé Clavero ha escrito con razón que "no tuvo que subvertirse todo el ordenamiento establecido mediante Constituciones para la fundación de un régimen nada constitucional". Si hubo un imperio de la ley sin legitimidad representativa y una función judicial desvinculada de los derechos individuales, la lex obligaba a un *ius* no comprometedor y, por tanto, los textos no eran *normas* (51).

La destrucción violenta de la II República creó un nuevo "Estado" personal con poder constituyente vitalicio, que reunía los requisitos esenciales, enunciados por Carl Schmitt, de la llamada por él *dictadura soberana*(52).

En ejercicio de su facultad constituyente vitalicia, el general Franco dictó en 1967 la Ley Orgánica del Estado que declaraba *suprema institución* de la comunidad nacional *este* último, al cual incumbía el *ejercicio de la soberanía* (art.1). El Jefe del Estado era el *supremo representante de la Nación,* personificaba la soberanía nacional, ejercía el poder supremo político y administrativo, sancionaba y promulgaba las leyes (art.6) y dirigía la gobernación del Reino (art. 13, I). Se proclamaba la soberanía nacional como una e indivisible y no susceptible de delegación ni cesión (art.2, I) (53).

La misma instauraba, como sucesora de la dictadura soberana, una *monarquía limitada,* similar fundamentalmente a la de Cánovas y Primo de Rivera, en la cual la soberanía tiene como titular, textual, a la Nación y, de hecho, al Estado, sin que pueda asignársele al monarca sucesor, como afirmaba en un libro influyente M. Herrero de Miñón(54).

La Ley para la Reforma Política de 4 de enero de 1977 supuso la abrogación implícita del orden institucional precedente por su intención básica de reconocer la *virtualidad* de un poder constituyente, legitimado en la devolución al pueblo español de la soberanía secuestrada, con la posibilidad de establecer un sistema constitucional fundamentado en la democracia. Ésta, según el art. 1.1 del texto "se basa en la supremacía de la Ley, expresión de la voluntad soberana del pueblo" (55) . Por tanto, la LRP abrió paso a un posible poder constituyente y creó la juridicidad de éste. El

resultado de las elecciones del 15 de junio de 1977 supuso la derrota de los partidarios de *reformar* las Leyes Fundamentales franquistas y la victoria de quienes exigieron su revisión total, efecto éste derivado del procedimiento de reforma de aquéllas(56).

En el Preámbulo de la Constitución de 1978, la Nación española, *en uso de su soberanía*, proclama su voluntad de garantizar la convivencia democrática *dentro de la Constitución* y consolidar un *Estado de Derecho* que asegure el *imperio de la ley* como expresión de la *voluntad popular*. El artículo 1.2 establece que "la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado".

El debate constituyente se centró en dos cuestiones teóricas distintas, que resultaron conexas por razones políticas. Lo que parecía bizantinismo semántico-académico fue, como en 1918 y 1931, la lid entre dos conceptos de nación y de pueblo tan equívocos como el de soberanía. Por un lado se discutió la contradictoria coexistencia de la popular con la nacional y, por otro, si ésta última era aplicable a un Estado plurinacional y la primera, a un conjunto de pueblos originariamente soberanos que iban a ceder parte de su soberanía para constituir el Estado común pluriétnico. Como coda al conflicto, el nacionalismo periférico en su sector radical se mostró republicano y consideró la monarquía incompatible, como en 1869, con la soberanía popular.

En el anteproyecto primitivo de la ponencia constituyente, el precepto se limitaba a decir que "Los poderes del Estado de todos los órganos emanan del pueblo español, en el que reside la soberanía", pero después se incorporó el adjetivo "nacional", el cual, así como el de "español", pidieron los nacionalistas radicales vascos y catalanes que se suprimiesen por negar la pluralidad de naciones o pueblos que concurrían en el proceso constituyente. La enmienda "in voce" de los socialistas de Cataluña, apoyada por toda la izquierda y que daba satisfacción a los radicales, fue rechazada por esta última razón(57). La soberanía *nacional* del pueblo *español* fue el exorcismo que la derecha monárquica y antifederalista impuso para asegurar un Estado soberano "ad intra" frente a las posibles reivindicaciones futuras de las nacionalidades reconocidas en el artículo 2(58).

Más allá de la incorrección técnica y del temor a los nacionalismos irredentos no cabe duda, gracias a la interpretación doctrinal y jurisprudencial imperante y al propio contenido normativo del texto de 1978, de que no sólo se reinstaura en nuestro país el reconocimiento del origen popular de la soberanía hecho en 1931, sino que se consagra el ejercicio democrático de ésta de acuerdo con una Constitución prescriptiva, de aplicación directa, con supremacía asegurada por un Tribunal Constitucional y un procedimiento agravado de reforma sin cláusulas intangibles para la revisión, la cual depende en última instancia del electorado(59). Como argumentaba la propuesta socialista catalana, "la soberanía nacional es tan sólo un concepto jurídico y se refiere a la Nación en cuanto Estado o conjunto de ciudadanos unidos por obligaciones jurídicas, y es evidente que es una soberanía concebida como indivisible, inalienable y atribuible a todo el pueblo español; pero una soberanía que es atribuible a todo el pueblo español es, técnicamente, soberanía del pueblo español y no soberanía nacional"(60).

XI. Conclusión.

De los textos constitucionales examinados se deduce un proceso de lógica conceptual en el que la historia de la política, por un lado, impone a la semántica una retórica que va reduciendo la fuerza simbólica del substantivo "soberanía" y de su epíteto "nacional" y, por otro, consecuente con lo anterior, acaba destacando, en virtud del progreso democratizador, el núcleo originario y latente del concepto: el pueblo soberano. Éste, a su vez, con su hegemonía final frente a la soberanía personal-oligárquica del principio monárquico pierde el contenido político pre-jurídico para constituirse en fundamento normativo del Estado, es decir, en el Estado mismo como plena realización de su idea. Democratización y juridización de la política coinciden en disolver la concepción secular de la "soberanía" como poder absoluto y supremo y sustituirla por un nuevo concepto, filosóficamente opuesto: la *competencia autónoma integrada en un sistema reglado de relaciones.*

Del poder-substancia hobbesiano como *cosa* se ha evolucionado hasta el poder lockeano de mera relación. La norma adquiere legitimidad por su condición de *regla* relacionante o relativa, y ésta, porque la ha establecido el mismo sujeto plural de la relación. La idea de soberanía ha pasado de lo absoluto a lo relativo; de lo omnímodo a lo limitado; de lo supremo a lo equiordenado; del mandato imperante y perpetuo al mandato facultante y temporal (encargo y no carga).

La falacia de la "soberanía nacional" residió en que su origen nuclear, el pueblo soberano substituyente del monarca, se abstrajo so pretexto de su vocación juridizante, creadora de un Estado complejo frente a la simple Monarquía. Por eso pudo ser reconocida como ficción no sólo por los tribunos de la plebe sino por la guardia pretoriana de la realeza, la cual, sin embargo, por temor a aquel núcleo latente y amenazante de la soberanía fáctica de la población, derivó hacia el antiguo absolutismo "limitado" disfrazado de "Estado". Fortalecido su poder represor tras un siglo y escindida del todo la nación real del Estado oficial, fue éste el sujeto, retórico y práctico, de la soberanía. En aquellas sociedades, como la española, en que la práctica estatal fue harto menor que su retórica, la monarquía subsistió, personal y oligárquica y el soberano siguió siendo, como en el pre-liberalismo, el rey o el caudillo militar. El arcaísmo de esta situación, incompatible con la resolución de los conflictos sociales, condujo a la definitiva instauración del sistema participativo popular de relaciones políticas reguladas y al retorno revolucionario al núcleo originario de la soberanía nacional como símbolo de la libertad personal y de los derechos propios de la dignidad humana efectivamente garantizados.

De 1808 a 1978, la historia del constitucionalismo español despliega ese proceso revolucionario de retorno al origen y bien pudiera expresarse plásticamente, a partir de la cuestión central de la soberanía, por una línea curva y cerrada (en espiral cronológica y política) con dos puntos, prematuros y frustrados, de cierre: 1873 y 1931. Pero ya se sabe que sólo a la tercera va la vencida.

El concepto y el sentido de la "soberanía" tuvieron en ambas fechas sus momentos críticos, como hemos podido comprobar. La idea, alternativa y superadora, de *autonomía competente integrada* significa algo más que una distribución territorial de poder estatal soberano o un exorcismo frente a pretenciosas soberanías nacional-populares rivalizantes. En el proyecto federalista y en el autonomismo de la 2ª República y de la Monarquía republicana actual se expresan la agonía y la muerte del concepto de soberanía por perder su sentido al ritmo mismo de la democratización y la

juridificación de la política. ¿Habrá perdido, pues, su sentido también el "pueblo soberano", pírrico vencedor en su lucha final?. La respuesta es que si todo Derecho es *fictio iuris*, no toda ficción es mendaz si expresa la capacidad humana de *simbolizar*, es decir, de imaginar un nexo entre la idea o ideal de un referente absoluto y una realidad referida a él, necesariamente relativa y limitada. Dicho nexo es la tensión trascendente hacia valores puros realizables (libertad, igualdad, solidaridad, justicia...) que impulsa la permanente rehumanización de los individuos. La función instrumental y garante del Derecho es su función *simbólica*. La democracia hace del Derecho la forma simbólica del universo político. El símbolo, como referente absoluto, impide justamente que el derecho positivo y el Estado se confundan con él como postula cierto positivismo formalista, heredero del principio monárquico y ajeno al verdadero sentir kelseniano. Pero menos aún se confunde con la soberanía popular, en cuanto la democracia es en sí misma un régimen simbólico por antonomasia al ser en la práctica política siempre deficitario: mientras haya un solo individuo sin libertad, sin igualdad, sin justicia, o sea sin soberanía(61).

No es cierto, por tanto, que la soberanía como atributo divinizado haya cambiado históricamente tan sólo de sujeto: del monarca al pueblo. La democracia niega tanto el absolutismo monarquizante que conduce a la ficción mendaz de la abstracta soberanía nacional y a la opresora soberanía del derecho estatal como a la sacralización de mayorías ciegas y tiránicas. El Estado de Derecho democrático, relativo y limitado, se plasma en una constitucionalización perpetuamente abierta, en una creación de conflictos y acuerdos entre mayorías y minorías que responden al origen más noble de la imaginación bodiniana: la tolerancia convivente y pluralista que destierra cada día la guerra civil.

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

(1) "El Derecho constitucional y las instituciones políticas en España", Apéndice a mi traducción de A. Hauriou, Derecho Constitucional e Instituciones políticas, Barcelona, 1971, pp. 866 y ss. El presente trabajo resume parte de un libro futuro y debe su material bibliográfico al tenaz esfuerzo inteligente de Mª Teresa Massas, bibliotecaria del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya.

(2) Entre otros, Kägi, Bäumlin, Denninger. Vid. especialmente Hesse, Gründzuge der Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Karlsruhe, 1978; Kriele, Introducción a la Teoría del Estado, Buenos Aires, 1980; Aragón Reyes, Constitución y Democracia, Madrid, 1989; Schneider, Democracia y Constitución, Madrid, 1991; Varela Suanzes, "Algunas reflexiones sobre la soberanía popular en la Constitución española" y Bastida Freijedo, "Elecciones y Estado democrático de Derecho", ambos en Estudios de derecho público en Homenaje a Ignacio de Otto, Oviedo, 1993. Para la historia constitucional española, los conocidos trabajos de los profesores Sánchez Agesta, Esteban, Tomás Vilarroya, Solé y Aja, Clavero y Tomás y Valiente. Se ha fijado en la cuestión de la soberanía como clave de la historia constitucional, Pérez Tremps, "La Ley para la Reforma Política" en Revista de la Facultad de Derecho (Universidad Complutense) nº 54, 1978, p. 127.

(3) González Posada habló ya de la "desmaterialización" de la soberanía. De *poder de mando* habría pasado a ser *competencia reglada* por el Derecho. Cfr. Hacia un nuevo Derecho político, Madrid, 1931, pp. 178 y ss. Recientemente, Varela Suanzes considera asimismo que la historia del concepto de soberanía es la historia de una *despersonalización*. Cfr. Rey, Corona y Monarquía en los orígenes del constitucionalismo español: 1808-1814, en R.E.P. nº 55, 1987, p. 143.

(4) B. Clavero descalifica muchas historias constitucionales, a su juicio, lastradas de un exceso de ideología. Cfr. Manual de Historia constitucional de España, Madrid, 1989. Por su parte, Tomás y Valiente toma con todo valor partido por las que considera constituciones democráticas y critica ciertas neutralidades valorativas como ideología encubierta. Su dicotomía clasificatoria, basada en el principio democrático, no parece, con todo, carente de objetividad. Cfr. "Notas para una nueva historia del constitucionalismo español", en Sistema nº 17-18, 1977, pp. 71-88 y "La Constitución de 1978 y la historia del constitucionalismo español", en Códigos y Constituciones 1808-1978, Madrid, 1989, pp. 125-151.

(5) Vid. Varela Suanzes, "Algunas reflexiones..." op. cit. p.73 y P. de Vega, La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente, Madrid, 1985, pp. 63-64.

(6) Las usuales clasificaciones por bloques o basadas en algún elemento específico o formal no dejan de ser, pese a su corrección, insuficientes para tratar la cuestión de la soberanía. Incluso las que contraponen los principios monárquico y democrático como criterio hacen, por fuerza, del segundo una excepción o exageran en algún caso su realidad, debido precisamente al formalismo de las declaraciones textuales. Un factor de confusión es justo el propio concepto de soberanía nacional, como espero demostrar en este trabajo. Vid. el comentario de Pérez Prendes sobre la persistencia real del Antiguo Régimen hasta 1931 en "Continuidad y discontinuidad en la Constitución de 1876", Revista de Derecho Político, nº8, 1981, pp. 21-32.

(7) En la fórmula promulgatoria se dice: "habiendo oído a la Junta Nacional congregada en Bayona...". Sobre el texto vid. Sanz Cid, La Constitución de Bayona, Madrid, 1922. Clavero, en su obra citada, demuestra lo injustificado del desdén, más patriótico que científico, de nuestros historiadores y constitucionalistas por el "estatuto" napoleónico. Para la época, Mercader Riba, José Bonaparte, Rey de España 1808-1813, II. Estructura del Estado español bonapartista, Madrid, 1983.

(8) La Constitución de 1812 y sus debates cuenta, como es notorio, con una bibliografía abundantísima. Cabe señalar dentro de ella, por la excepcionalidad de su tratamiento jurídico y el interés mostrado por la cuestión de la soberanía, el estudio de J. Varela Suanzes, La teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico, Madrid, 1983, al que sigo en este apartado.

(9) Entre los liberales se idealizará el supuesto poder de las Cortes medievales o del Reino frente al monarca (Martínez Marina). Los reyes, en realidad, actuaban "de proprio motuo é poderio real absoluto" y prohibían atentar contra su "soberanía e preeminencia real", como ha descrito Bermejo Cabrero, Orígenes medievales en la idea de soberanía, R.E.P. nº 200-201, 1975, pp. 283-290 y Máximas, principios y símbolos políticos, Madrid, 1986.

(10) Como recordará Fernando VII a su retorno, la Junta Central había convocado a Cortes el 29 de enero de aquel año *tan sólo* "para dar firmeza y estabilidad a la constitución" y "verificar las grandes y saludables reformas".

(11) Joaquín Varela afina el concepto de "monarquía moderada" y niega que lo proclamado sea equivalente a la "monarquía limitada" de los realistas, ya que el principio de soberanía nacional impuso al Rey como simple órgano del Estado, cuyas funciones no sólo limitó sino que reguló; por lo que "moderada" significa "constitucional"; algo tan opuesto a la monarquía absoluta como a la limitada. Cfr. Rey, Corona y Monarquía..., op.cit. pp. 186-187.

(12) Ramón Salas, en sus Lecciones de Derecho público constitucional, edición de Bermejo Cabrero, Madrid, 1982, abunda en tal equiparación: "la soberanía del pueblo que hace la ley"; "el bien de toda la nación"; "el bien general del pueblo; "el poder o la autoridad no es más que una, residente en el pueblo". Por su parte, Fernando VII califica el régimen constitucional como "gobierno popular con un Jefe" y clama de que "en todo se aceptó el democratismo, con lo cual se lisonjeaba al pueblo". Al jurar la Constitución en 1820 declara hacerlo "siendo la voluntad general del pueblo".

(13) Vid. el libro ya clásico de J. Tomás Villarroya, El sistema político del Estatuto Real (1834-1836), Madrid, 1968. Para el proceso histórico protagonizado por las "clases medias" hasta la crisis final de la Monarquía decimonónica, el tomo VIII de la Historia de España dirigida por Tuñón de Lara, Revolución burguesa, oligarquía y constitucionalismo, Barcelona, 1981, y Pérez-Prendes, "Sobre constituciones y revoluciones burguesas", en Revista de Derecho Político nº 20, pp. 7-14.

(14) Sobre la potestad real de convocar Cortes vid. B. González Alonso, "Poder regio, Cortes y régimen político en la Castilla bajomedieval (1252-1474); Sarasa, "Las Cortes de Aragón en la Edad Media" y J. Salcedo Izu, "Las Cortes de Navarra en la Edad Media", todos en Las Cortes de Castilla y León en la Edad Media, II, Valladolid, 1988.

(15) Vid. sobre ésto Tomás y Valiente, Manual mén de la obra ya citada de Orodea, se muestra unánime en no aceptar otra soberanía qde Historia del Derecho español, 3ª ed., Madrid, 1981, pp. 436-464; B. Clavero, Evolución histórica del constitucionalismo español, Madrid, 1984, pp. 52 y ss. y G. Maestro, "Los derechos públicos subjetivos en la Historia del constitucionalismo español", en Revista de Derecho Político nº 41, 1996, pp. 147 y ss. y 168-175.

(16) Sobre la importancia de esta cuestión vid. Varela Suanzes, "La Constitución española de 1837: una constitución transaccional", en Revista de Derecho Político nº 20, 1983-84, pp. 96-97; Colomer Viadel, El sistema político de la Constitución española de 1837, Madrid, 1989, pp. 605-615 y Fernández Segado, "Pragmatismo jurídico y concertación política: dos ideas clave en la obra de los constituyentes de 1837", en Revista de Derecho Político nº 20, citado, pp. 33-65.

(17) En el Dictamen de la Comisión de Constitución se dice: "es en extremo improbable que en un gobierno constitucional se resista el rey a sancionar una ley que la Nación desee; que aún dado este caso, tiene la opinión pública medios casi irresistibles de triunfar legalmente".

(18) Esta fue la posición de los diputados demócratas Gorosarri, García Blanco, Montoya y Venegas. Vid. D. Mateo del Peral, "Liberalismo y democracia en España. Algunos testimonios anteriores a 1840" en Estudios de Ciencia Política y Sociología, Madrid, 1972, pp. 495-529.

(19) El progresista Caballero se preguntará: "¿de qué sirve decir que se reconoce, así como de paso, ese principio, si la Constitución del Estado queda sujeta en un todo a los trámites de las leyes comunes, es decir, que no podrá alterar con sólo el concurso de la Nación, sino mediante la sanción del Rey?; la Nación, entonces (...) no será ya soberana, sino que partirá la soberanía con el Rey, que en el veto absoluto se hace dueño de ambas partes" (DS nº 145, 17 de marzo de 1837, p. 2203). Para el progresista Joaquín Mª López, con la simple mención de la soberanía nacional en el preámbulo toda la Constitución "quedaba impregnada" de dicho principio, aunque en su Curso político-constitucional considera cualquier soberanía como "ficción" (Edición Elorza, Madrid, 1987, pp. 35-36). En el comentario constitucional de Orodea, Elementos de Derecho Político Constitucional aplicados a la Constitución Política de la Monarquía española de 1837, Madrid, 1843, p.23, se afirma que el Preámbulo "sólo declara un dogma político de verdad eterna; en un artículo este principio sería un precepto impracticable, muerto y de imposible aplicación ordinaria". La opinión de Olózaga en DS nº 201, 1837, p. 3486.

(20) En el Dictamen abundan expresiones como éstas: "Las Cortes con el Rey son la fuente de las cosas legítimas" y "tienen la autoridad necesaria para reformar la ley política del Estado"; "la sociedad no puede estar bien regida y gobernada cuando los pueblos están gobernados y regidos por Corporaciones populares". Sobre la cuestión vid. Medina Muñoz, "La reforma constitucional de 1845", R.E.P. nº 203, 1975, pp. 75 y ss. El rechazo a la soberanía nacional lo expresó claramente el diputado Perpiñá: "No creo se figure nadie que voy a abogar por el principio de la soberanía nacional, ni sé tampoco como nadie puede hablar ya de él, porque indudablemente debe quedar absolutamente abolido en esta reforma" (DS, 1844, p.413).

(21) En el proyecto del Gobierno se afirma que "lejos de acudir a principios abstractos, más o menos vagos, respecto del origen de las Constituciones, nuestros Secretarios de Despacho han juzgado preferible anunciar un hecho: que en la Constitución que va a regir a España están de acuerdo la Corona y las Cortes". Sobre la libertad de imprenta considera que "este no es punto que pertenezca propiamente a la Constitución, en la que se establece la organización política del Estado".

(22) Vid. sobre esta posición de la Corona y, en general, a lo largo de toda la Historia constitucional el importante estudio de A. Menéndez Rexach, La Jefatura del Estado en el Derecho Público español, Madrid, 1979.

(23) Este realismo le permite a Alcalá Galiano desautorizar a los defensores de la nación soberana con cínica razón: " ¿A qué viene hablar de soberanía nacional donde para una porción del pueblo el no tener parte en el ejercicio de ella es una exclusión, una afrenta?" en Lecciones de Derecho Político, Madrid, 1843, edición de 1984, p.54. La cita de Balmes en "El Pensamiento de la Nación" nº 18, de 5 de junio de 1844.

(24) "Dios ha concedido la soberanía a aquél a quien ha dado la inteligencia de esa nueva situación y a quien ha inspirado voluntad y dado poder para ordenarla (...). Dios, señores, Dios mismo es quien ha escrito en las leyes eternas del Universo semejantes

títulos de la Soberanía" (F. Pacheco, Lecciones de Derecho Político, Madrid, edición de 1984 (con estudio de Tomás y Valiente), pág.69. Para Donoso vid. sus Lecciones de Derecho Político, Madrid, edición de 1984 con estudio de Álvarez Junco, quien destaca el "materialismo histórico" de los ideólogos reaccionarios. Sobre estos autores, Garrorena, El Ateneo de Madrid y la teoría de la Monarquía liberal 1836-1847, Madrid, 1974 y Varela Suanzes "Tres cursos de Derecho Político en la primera mitad del siglo XIX: "Las *Lecciones* de Donoso Cortés, Alcalá Galiano y Pacheco", en Revista de las Cortes Generales nº 8, 1986, pp. 95-131.

(25) F. Pacheco, op. cit., p.91.

(26) El pensamiento de Bravo Murillo en sus Opúsculos (1863-1873), edición de J.L. Comellas, Madrid, 1972. La doctrina de la época, aue la del monarca "moderado", que representa a la Nación junto con las Cortes. Si bien no se niega el *origen* popular de la soberanía, se rechaza de hecho y de derecho la voluntad de la población como soberana. Así, E. Jaumeandreu, Curso elemental de Derecho Público, Barcelona, 1836, pp. 204-206; J. Campuzano, Significado propio de las voces constitucionales, Madrid, 1840, pp. 4-5; Rodríguez de Cepeda, Elementos de Derecho Público español, Valencia, 1842, p.3 y ss.; J.M. de Los Ríos, Derecho Político General Español y Europeo, Madrid, 1845, t.I, pp. 93-98; A. de la Cuadra, Principios de Derecho Político, Madrid, 1853, lección VIII, pp. 43 y ss.; A. Esperon, Derecho Político-Constitucional español, Madrid, 1854, pp. XIV-XV; y el curioso libro en clave de humor de Rico y Amat, Diccionario de los políticos o verdadero sentido de las voces y frases más usuales entre los mismos, Madrid, 1855, donde se define al "Pueblo Soberano" como "soberanamente tonto" (p.295) y a la "Soberanía Nacional" como "reunión de reyes sin cetro ni corona" que "recibirían muy gustosos y satisfechos el título de Majestad a pesar de ser monarcas populares" (p.305).

(27) Cfr. las intervenciones de J. Ordax Avecilla, Orense y Rivero en D. Mateo del Peral, op. cit., pp. 505-521.

(28) Las primeras proclamas de las Juntas revolucionarias así lo manifiestan: "El pueblo, en uso de su soberanía, podrá constituirse como lo juzgue conveniente, buscando para ello en el sufragio universal todas las garantías que a la conquista de sus libertades y al goce de sus derechos crea necesario" (Juan Prim, 18 de septiembre); "el sufragio universal echa los cimientos de nuestra regeneración social y política" (Manifiesto de "la España con honra" del día 19); "consagración del sufragio universal y libre como fundamento de la legitimidad de todos los poderes y única verdadera expresión de la voluntad nacional" (Junta de Sevilla), Vid. V. Bozal, Juntas revolucionarias, manifiestos y proclamas de 1868, Madrid, 1968.

(29) Esta intervención y las demás que se citen han sido tomadas de la antología de Antonio Mª Calero, Monarquía y democracia en las Cortes de 1869 (Discursos parlamentarios), Madrid, 1987. Puede consultarse también F.Cuéllar y J.Borrell, Antología de las Cortes Constituyentes de 1869 y 1870, Madrid, 1913.

(30) Principios que Ríos Rosas vincula al ideal de la nueva burguesía cuando increpa a los republicanos: "¿Es que quereis destruir la propiedad?. Pues entonces hace más falta que nunca la monarquía, el rey hereditario, el rey siempre homogéneo (sic) de los propietarios, porque la propiedad es el fundamento de toda sociedad libre y de toda

sociedad civilizada". Por otro lado, Ríos preludia al Cánovas de la Restauración cuando afirma que la Monarquía hereditaria "representa la soberanía nacional, no de una generación que pasa, sino de las generaciones de *veinte siglos*. Y así representa la *perpetuidad del Estado* y la eternidad de la patria" (s.m.).

(31) Lo que sin duda fue una conquista jurídica de la soberanía popular insurrecta es el reconocimiento constitucional de unos derechos "ilegislables", llamados por primera vez "fundamentales", exentos de disposiciones legales preventivas (art.22) y sin *numerus clausus*. Sin embargo, a la brevedad temporal de la conquista ha de sumarse la esclavitud, que persistirá hasta la I República; la ilegalización del movimiento obrero y la exclusión de las mujeres del sufragio universal. En la suspensión de garantías de los derechos, éstos carecían de suficiente protección; no existía control de constitucionalidad de las leyes y no se contempló la institución del referendum, pese a la propuesta de F.Garrido, el cual consideraba corolario del principio de soberanía nacional "la reserva del pueblo para ratificar las leyes aprobadas por las Cortes". Vid. sobre todo ello G. Maestro, op. cit., pp. 188 y ss; Romero Moreno, Proceso y derechos fundamentales en la España del siglo XIX, Madrid, 1985, pp. 223, 237 y ss., 248-252, 257-8 y 280-1; Tomas y Valiente, "Los derechos fundamentales en la Historia del constitucionalismo español", en Códigos y Constituciones, op. cit., pp. 167-171; Pérez Luño, Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, Madrid, 1984, pp. 240 y ss.

(32) El Presidente del Congreso, Rivero, declaró que la renuncia a la Corona de España "devuelve a las Cortes españolas la integridad de la soberanía y de la autoridad". En la misma sesión se acordó que aquéllas ejerciesen ésta última "unidos ambos Cuerpos colegisladores y representando la soberanía nacional" (DS nº 108, 11 de febrero de 1873, p. 3201). El mensaje de la Asamblea Nacional a Amadeo de Saboya se inicia con esta autoidentificación: "Las Cortes soberanas de la Nación española...".

(33) El "hombre soberano" de Pi no es la "soberanía fraccionada" de Rousseau. Más cerca de Proudhon y Ahrens, se trata de un "self-government" genérico que también se halla en Laski, Preuss y en el krausismo español, ligado, más que a la "nación", a la "sociedad", pluralista y orgánica. Giner de los Ríos había escrito en 1872 "no es sólo en la nación, sino en toda persona de derecho, individual o social, de cualquier género y grado que sea, en quien reside y ha de reconocerse aquel atributo", "La soberanía política", recogido en Ensayos, edición de López-Morillas, Madrid, 1969. Sobre el federalismo de Pi y Margall sigue siendo básico el estudio pionero de G. Trujillo, El federalismo español, Madrid, 1967, que ahonda y resume muy bien su pensamiento y su influencia en el proyecto de 1873. Vid. especialmente pp. 183-198.

(34) "La monarquía constitucional definitivamente establecida en España desde hace tiempo no necesita, no depende ni puede depender directa ni indirectamente, del voto de estas Cortes, sino que estas Cortes dependen en su existencia del uso de su prerrogativa constitucional. Todo cuanto sois, incluso vuestra inviolabilidad, toda está aquí *bajo el derecho y la prerrogativa de convocatoria del soberano* (s.m.), Cánovas en DS nº 38, de 8 de abril de 1876, p.723. Menéndez Rexach destaca como la fórmula del Real Decreto de formación del Gobierno por Alfonso XII "usando de las prerrogativas que como rey constitucional me competen" expresa el principio monárquico impuesto por vía de ruptura (op. cit., pp. 288-289).

(35) Quien primero lo hizo fue el liberal Colmeiro al considerar la Constitución de 1876 la misma que la de 1869 pero "regenerada" porque "todos los poderes emanan de la nación en virtud de su soberanía", Elementos de Derecho Político y Administrativo de España, Madrid, 1877, p.128. Sobre el contexto del canovismo y su ideología, junto al clásico libro de Díez del Corral, El liberalismo doctrinario, Madrid, 1946, vid. R. Sánchez Ferrin, La Restauración y su constitución política, Valencia, 1984; Álvarez Conde "El pensamiento político canovista", en R.E.P. nº 213-214, 1977, pp. 233-295; La España de la Restauración, Madrid, 1985, dirigido por Tuñón de Lara.

(36) "La Constitución no es entre nosotros sino una ley como otra cualquiera, que puede interpretarse y aún modificarse por otra ley, porque ninguno más que los atributos de las leyes ordinarias tiene la que hoy es Constitución del Estado", Cánovas, Discurso de 7 de marzo de 1888, DS, t.IV, 1887-8, p. 1659.

(37) "En España, la participación del pueblo en la soberanía no llegó nunca a establecerse eficazmente, actuando, en cambio, la de la Corona de un modo constante y eficaz" J.M. Pedregal, La prerrogativa regia y la reforma constitucional, Madrid, 1919, citado por García Canales "La prerrogativa regia en el reinado de Alfonso XIII: interpretaciones constitucionales", en R.E.P. nº55, 1987, p.345.

(38) "Los conflictos sociales entre capitalismo y trabajo asalariado rebasan actualmente todos los artificios y ficciones de nuestro derecho público. La nueva realidad social y política no es la de las oligarquías que crearon nuestros parlamentarios... Es más bien la oposición de la masa social y sobre todo la del proletariado al sistema oligárquico que ha convertido el sufragio y a las formas representativas del Gobierno de opinión en ficciones burlescas", Sánchez de Toca, La crisis de nuestro parlamentarismo, Madrid, 1914, p.32.

(39) De la extensión del movimiento reformador da cuenta la abundancia de literatura constitucionalista durante el primer cuarto del siglo XX: J.M. Sempere, "La reforma constitucional", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, t. 110, 1907; Cemborain, La reforma constitucional española, Madrid, 1907; la "Carta Pragmática" del fundador del Partido Reformista, Melquiades Álvarez, 1918; A.Salvador, La prerrogativa regia y la reforma constitucional, Madrid, 1919; En 1889 ya había publicado González Posada, en el número de noviembre de "España Moderna", su trabajo "Como se puede reformar la Constitución de 1876".

(40) Citada por Pabón, Cambó, vol. I, Barcelona, 1952, p.562.

(41) La Asamblea de Parlamentarios rebeldes exigía la reforma constitucional para que "pueda darse plena satisfacción a las aspiraciones autonomistas que se manifiestan en algunas regiones españolas", pero en el punto 3º de la declaración no se habla de "autonomía", sino de "obtener para los poderes regionales la soberanía para regir su vida interior en todo o en parte de las materias no reservadas a la soberanía exclusiva del Estado español". Sobre la crisis de 1917 y los proyectos reformistas y autonomistas vid. Lacomba, La crisis española de 1917, Madrid, 1970; Artola, Partidos y programas políticos 1908-1936, t. II, Madrid, 1975; González Casanova, Federalismo y autonomía. Cataluña y el Estado español, Barcelona, 1979, pp.109-206 y La crisis de la Restauración, Madrid, 1986, dirigido por Tuñón de Lara.

(42) La doctrina alemana de la época (Gerber, Laband, Jellinek) así como la italiana (Orlando) y, en un sentido más liberal, la francesa (Carré de Malberg) había llegado a establecer el dogma de la soberanía del Estado como culminación del proceso de organización social y del correspondiente nacionalismo defensivo y expansivo (fase imperialista del capitalismo, consagrada por el reparto de África entre las potencias europeas en Berlín, 1885). En España, los mejores constitucionalistas comparten plenamente dicho dogma. Vid. Santamaría de Paredes, Curso de Derecho Político, Madrid, 1887, pp.166-7; González Posada, Ciencia Política, Barcelona, s.f., p.91 y Tratado de Derecho político, I, vol. 2, 2ª ed., Madrid, 1915, pp.84 y ss.

(43) "El problema de Cataluña no es un problema de descentralización, sino un problema de soberanía" (Cambó, DS nº 113, 28-1-1919); Alcalá Zamora esgrime el "propósito inalterable de seguir constituyendo un solo Estado nacional, con soberanía exclusiva, una en la esencia, plena en los atributos, íntegra en su contenido, libérrima en el ejercicio, inapelable en las decisiones" (DS nº 5, 10-12-1918). Besteiro terciará: "Todas las discusiones giran acerca de definiciones, de conceptos viejos de Estado y de soberanía (...) y cuando se va a acabar de hablar orgullosa y guerreramente de las soberanías nacionales (...) aquí se viene a discutir si la soberanía corresponde a Cataluña o si la soberanía corresponde al Estado. La libertad nos corresponde a todos y la soberanía a ninguno" (DS nº 107, 12-12-1918). El reformista Pedregal matizaría el concepto debatido al hablar de la autonomía política como soberanía "de una región en lo interior de su propia vida" (DS nº 113, 28-1-1919).

(44) Como mínimo la supremacía soberana del Rey en el Estado y su personalización son aceptadas por toda la doctrina española durante la Restauración, ya se trate del "teologismo" tradicionalista (moderantismo donosiano) o del krausismo. Vid. para el primero, amén del Derecho Político y Administrativo de Ignacio M. de Ferrán, Barcelona, 1873, pp.38-40; Serrano, Estudios sobre el régimen constitucional y su aplicación en España, Madrid, 1876, p.88; Cuesta, Elementos de Derecho Político, Salamanca, 1877. pp. 280 y ss.; Vico y Bravo, Estudios elementales de Derecho Político y Administrativo, Granada, 1879, pp.25 y ss.; Mellado, Tratado elemental de Derecho Político, Madrid, 1891, p.334; E.Gil y Robles, Tratado de Derecho Político según los principios de la filosofía y el derecho cristianos, Salamanca, 1899, ed. de 1961, II, pp.464 y ss. Para el iuspublicismo krausista vid. G. de Azcárate, El self-government y la monarquía doctrinaria, Madrid, 1877, pp.64 y ss.; M. Moya, Conflictos entre los poderes del Estado, Madrid, 1879, pp.144 y ss.; Reus y Bahamonde, Teoría orgánica del Estado, Madrid, 1880, p.218; Santamaría de Paredes, op.cit., pp. 383 y ss.; González Posada, Tratado de Derecho Político, t.I, vol.2, 2ª ed., Madrid, 1915, pp. 88 y 216. Ecléctico e influído por Jellinek, Elorrieta, Tratado elemental de Derecho Político comparado, Madrid, 1916, p.220.

(45) Sobre el reformismo durante la Dictadura y la crisis final de la Monarquía, vid. García Gallego, El régimen constitucional, la soberanía de la nación y el estatuto del porvenir, Vic, 1928; González Posada, Tratado de Derecho Político, op. cit. 4ª ed., Madrid 1928, p.138 y La reforma constitucional, Madrid, 1931; Roig Ibáñez, La Constitución que necesita España, Madrid, 1929; Vázquez Campo, Hacia la reforma constitucional española, Madrid, 1929; F. Villanueva, El momento constitucional, Madrid, 1929 y García Canales, El problema constitucional en la Dictadura de Primo de Rivera, Madrid, 1980.

(46) Jiménez de Asúa puntualizaría al presentar el Proyecto que "la soberanía que vincula a la voluntad nacional no se transmite a las Cortes, se delega". Alcalá Zamora acusó más tarde a los partidos de izquierda de que "quisieron para completar la omnipotencia parlamentaria (...) vincular en ellas la ficción de soberanía; oponerle dique, restarle eficacia al verdadero soberano que es el país". Los defectos de la Constitución de 1931, Madrid, 1936, p.158. de la ed. de 1981.

(47) El "pueblo" es el español. Para referirse al de las posibles regiones autónomas se utiliza el eufemismo técnico de "censo electoral" (art. 12) o "electores inscritos en el censo de la provincia" (art. 22).

(48) Sobre el sentido jurídico de la compatibilidad entre la soberanía estatal y la autonomía regional escribieron S. Royo, El Estado integral, Revista de Derecho Público nº 45, 1935; González Posada, La nouvelle Constitution espagnole, Paris, 1932; E. Llorens, La autonomía en la integración política, Madrid, 1932. Sobre el origen del concepto "estado integral", Tomás y Valiente, que lo atribuye a Smend, "El Estado integral: nacimiento y virtualidad de una fórmula poco estudiada" en La II República española. El primer bienio, dirigido por Tuñón de Lara, Madrid, 1987, pp. 379-395.

(49) Araquistain lo tacharía de "cadavérico, agusanado e infeccioso". Para Pérez Serrano la Constitución descarta lo que él llama soluciones "arcaicas", incluida "la soberanía nacional cuando se expone ésta en un sentido orgánico y mítico para huir de la soberanía netamente popular" (La Constitución española de 9 de diciembre de 1931, Madrid, 1932, p.60). En relación con ello, del mismo autor, El concepto clásico de soberanía y su revisión actual, Madrid, 1933; Ruíz del Castillo, Valore e limiti della concezione formale della sovranitá, en Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, fasc. II, 1932, p.165. Posada destaca que la Constitución "no emplea la expresión consagrada por nuestro derecho constitucional como bandera plantada frente a las pretensiones de la Monarquía", La nouvelle..., op. cit., p.125.

(50) DS, II, 1931, p.644.

(51) Cfr. Manual de Historia constitucional..., op. cit. p.234.

(52) Destrucción de la constitución jurídica vigente con el objetivo inmediato de eliminar a un adversario que no acepta la nueva dominación, considerada legítima por su protagonista, el cual ve en Dios la fuente de su poder y cuya soberanía no dimana del pueblo. C. Schmitt, La Dictadura, Madrid, 1968, pp. 176 y ss. Las alusiones de Donoso, Pacheco y Cánovas al dictador soberano se realizaron en el Decreto de la Junta de Defensa Nacional rebelde de 29-9-1936. En su virtud, el general Franco "asumirá todos los poderes del nuevo Estado". Las "leyes" por él dictadas en 1938 y 1939 le otorgaron "la suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general" sobre "la estructura orgánica del Estado" y "el ordenamiento jurídico del país". Tales atribuciones, según la Disposición Transitoria 1ª, II de la Ley Orgánica del Estado de 1967, "subsistirán y mantendrán su vigencia hasta que se produzcan las previsiones sucesorias".

(53) El carácter de dictadura soberana del general Franco ha sido reconocido unánimamente por la doctrina de la época y posterior. Vid. Conde, "Espejo del caudillaje", 1941, en Escritos y fragmentos políticos, I, Madrid, 1974, pp.376 y ss.; Mammucari, Il Caudillo di Spagna e la sua successione, Roma, 1955, p.34.; Sánchez

Agesta, Curso de Derecho constitucional comparado, Madrid, 1963, p.485; Fernández Carvajal, La Constitución española, Madrid, 1969, pp. 20 y ss.; Fraile Clivillés, Introducción al Derecho constitucional español, Madrid, 1975, pp.374 y ss.; Zafra, Régimen político de España, Pamplona, 1973, p.195; Ferrando Badía, El régimen de Franco, Madrid, 1984, p.64; de Esteban y otros, Desarrollo político y constitución española, Barcelona, 1973, p.553 y Morodo, La transición política, Madrid, 1984, p.51, donde la soberanía es calificada de "dictadura constituyente personal"; Álvarez Conde, Curso de derecho constitucional, I, Madrid, 1992, p.79.

(54) El principio monárquico (Un estudio sobre la soberanía del rey en las Leyes Fundamentales), Madrid, 1972. Esta tesis provocó un interesante debate protagonizado por de Esteban y otros, op. cit., Linde Paniagua y Herrero Lera "Titularidad y ejercicio de la soberanía en la elaboración y reforma de las Leyes Fundamentales", en Revista de Administración Pública nº 85, 1978, pp. 29-71 y González Navarro, "Plena soberanía e integridad territorial como objeto de tratado internacional", en Revista de Derecho Administrativo y Fiscal nº 40, 1975 pp.18-19, en el que ha terciado críticamente Menéndez Rexach, La Jefatura del Estado..., op. cit. pp.332-339.

(55) Para Hernández Gil, Presidente de las Cortes Constituyentes, tal declaración derogaba tácitamente toda disposición contraria a la misma y, por tanto, lo coherente en derecho era someter lo residual de ellas no derogado a los principios derogadores, es decir, elaborar una Constitución. Cfr. El cambio político español y la Constitución, Barcelona, 1982, p.141 y ss. Para González Navarro, en sentido contrario, la soberanía popular ya estaba reconocida (como nacional) en las Leyes Fundamentales anteriores y las Cortes establecidas en la última no serían legalmente constituyentes, sino para reformar las mismas. La nueva Ley Fundamental para la Reforma Política, Madrid, 1977, pp.75 y ss. y 379-80. Sánchez Agesta, por su parte, considera a las Cortes que lleven a cabo la reforma "los nuevos poderes constituyentes", "La nueva ley fundamental para la reforma política", en Revista de Derecho Público nº 66, 1977 p.10.

(56) Según Hernández Gil, la iniciativa constituyente, aunque recibiera el impulso de los demócratas, partió de un órgano del viejo ordenamiento. Sería, pues un "poder constituyente derivativo" o el que se atiene a una regulación heterónoma, op. cit., pp. 469 y ss., Sobre la naturaleza jurídica de la LRP de 1977, vid. además de los trabajos ya citados, Lucas Verdú, La 8ª Ley Fundamental. Crítica jurídico-política de la reforma Suárez, Madrid, 1976; García Oviedo, "De la 8ª Ley Fundamental del Reino a la nueva ordenación constitucional española", en Revista de Derecho Público nº 68-69, 1977, pp. 643-666 y Pérez Tremps, op. cit. en la nota (2) de este trabajo.

(57) Barrera, *de Esquerra Republicana de Catalunya*, pretendía "restituir lo esencial de su soberanía a cada una de las naciones" del Estado español, aunque aceptaba "*compartirla*" aún "*parcial*", si era "*nuestra*" y no concedida, sino "*reconocida*". Los vascos Letamendía y Arzallus hablaron de "soberanías originarias de los pueblos que cedían parte de ellas para conformar "esa estructura superior" del Estado. La fórmula de Morodo (Grupo Mixto) precisaba el ejercicio de los poderes estatales "conforme a la Constitución", eludiendo así el origen de la soberanía, pero no fue aceptada. Carro, de Alianza Popular, reconoció lo convincente de la enmienda socialista catalana (basada en que los términos "nacional" y "español" eran redundancias, prescindibles, de la soberanía popular, amén de tener un sentido jurídico-estatal y no social-histórico), pero

justificó el rechazo de toda la derecha por coincidir formalmente con la de Barrera, Vid. Constitución española. Trabajos parlamentarios, I, Madrid, 1980, pp.731 y 758-768.

(58) Pese a ser la soberanía nacional residenciada en el pueblo un concepto "técnicamente incorrecto" (Martín Toval, Peces Barba) y una "decimonónica expresión ... que pertenece a un período predemocrático" (Benet), cuya inclusión fue calificada de *confusión tautológica* por el profesor Ollero en el Senado, el mismo aceptó su motivación "político-patriótica". Para los demócratas monárquicos servía, además, como coartada a un Rey compatible con la soberanía popular. El Profesor Sánchez Agesta lo expresó así: "porque no se trata de definir soberanía del pueblo o de los pueblos, sino una soberanía de la Nación", la cual, como en el primer liberalismo, si ahora pertenecía al pueblo era "por oposición en este caso al Rey, a un estamento privilegiado". Cfr. Trabajos parlamentarios, op. cit., p. 2986.

(59) La participación popular en el ejercicio de los poderes del Estado ha sido descrita por Piqueras Bautista, "Soberanía popular, intervención popular y democracia en la Constitución española" en Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución, vol. II, Madrid, 1988, pp.1319-1330. En el mismo volumen vid. las aportaciones de L. de la Peña, Balaguer y Abad al tema de la soberanía según el artículo 1.2 CE. Las sentencias 6/1981 y 10/1983 del Tribunal Constitucional han señalado que el principio de legitimidad democrática que enuncia dicho artículo es la base de nuestra ordenación jurídico-política. Las STC nº 4 y nº 25 de 1981 distinguen claramente la autonomía política de la soberanía.

(60) Cfr. Trabajos Parlamentarios, op.cit. p.764. Para Lucas Verdú el adjetivo "nacional" da sentido solidario al pueblo, no como conjunto de individuos (*uti singuli*), sino *uti soci* (Comentarios a la Constitución española de 1978), Madrid, 1996. p.133. Varela Suanzes integra ambas soberanías a través de la del Estado representativo según una concepción liberal de la popular o democrática de la nacional (op. cit. en nota (2) de este trabajo, pp.50 y ss.). Bastida Freijedo ha destacado la necesaria conexión que existe entre el origen popular de los poderes estatales y la participación del pueblo en su ejercicio; cuestión clave para considerar la soberanía nacional del artículo 1.2 CE compatible con dicha titularidad (op. cit. en la misma nota (2), pp.89 y ss.). En fin, para la doctrina más general ambos conceptos han quedado jurídica e históricamente fundidos en la Constitución. Así Torres del Moral, Principios de Derecho Constitucional español, Madrid, 1985, pp.60-61; Fernández Segado, El sistema constitucional español, Madrid, 1992, p.109; Pérez Royo, Curso de derecho constitucional, Madrid, 1994, pp. 153-155.

(61) Debo la confirmación de este antiguo pensar mío al sugerente artículo de Hans Lindahl, "El pueblo soberano: el régimen simbólico del poder político en la democracia", R.E.P., nº 94, octubre-diciembre 1996, pp. 47-72, con valiosas referencias a la obra de Claude Lefort (Essais sur le politique. IXe- XXe siècles), Paris, 1986 y L'invention démocratique, Paris, 1981) y de Hans Kelsen. Estas últimas, consultables en Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tubinga, 1928 y Esencia y valor de la democracia, 2ª ed., Barcelona, 1977, con nota preliminar de mi querido discípulo y maestro Ignacio de Otto.

SEGUNDA PARTE

EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL HAY SOBERANO (REFLEXIONES PARA UNA TEORIA JURIDICA DE LA SOBERANIA NACIONAL)

Ramón Punset

I. Soberanía y Constitución. II. Los caracteres de la soberanía como summa potestas. III. Atribución de la soberanía a un ente unitario y abstracto: la nación. IV. Soberanía nacional y fundamento de los poderes del Estado. V. Contenido de la soberanía nacional y estructura del ordenamiento jurídico. VI. Consideraciones finales sobre la naturaleza y funciones de la soberanía nacional.

I. Soberanía y Constitución.

Toda Constitución refleja una determinada idea de la titularidad de la soberanía, incluso si no se refiere a ella. Tal idea se deduce, en efecto, de la misma estructura constitucional, esto es, de la organización de la potestad de creación y aplicación del Derecho en el interior del ordenamiento estatal.

Sin duda, resulta incorrecto atribuir la soberanía a un órgano del Estado o a un "sujeto" (el pueblo, la nación) distinto del propio Estado, el cual sólo merece ese nombre --el de Estado-- precisamente en cuanto entidad de imputación de los actos de un ordenamiento jurídico territorial soberano. Ahora bien, el que la soberanía únicamente pueda corresponder al Estado, o al ordenamiento estatal, en cuanto sistema normativo de validez *a se*, no permite al jurista ignorar o menospreciar como inexactas o de valor meramente político las proclamaciones constitucionales relativas a la pertenencia, *en el Estado*, del poder soberano. Si, según hace el art. 1.2 de nuestra actual Constitución, ese poder, definido como "soberanía nacional", se reconoce (en realidad se atribuye) al "pueblo español", semejante reconocimiento no podrá despacharse, de manera desdeñosa, como una manifestación de *metaphysica gallica*.Y ello aunque la condición de soberano (de quien, además, carece de subjetividad al margen del Derecho) no resulte originaria, sino fruto de una heteroatribución. Con independencia, pues, de estas quiebras lógicas --que, de otra parte, cabe soslayar desidentificando los conceptos de "soberanía nacional" y *summa potestas*--, sobre el estudioso pesa el deber de proporcionar al precepto que declara la titularidad de la soberanía aquella interpretación que posibilite el despliegue de su máxima eficacia. Así lo exige la supremacía de la Constitución en la que dicho precepto se integra.

¿No cabe apreciar, por tanto, incompatibilidad entre soberanía y Constitución, como tan a menudo se sostiene?

Afirma Kriele que en el Estado constitucional ningún órgano dispone de la potestad indivisible, incondicionada e ilimitada de crear Derecho. La existencia de tal órgano y la de ese tipo estatal resultan mutuamente excluyentes. Dentro del Estado constitucional, por tanto, no hay soberano(1). Lo mismo opina, en el ámbito doctrinal español, I. De Otto, el cual destaca además el carácter perturbador de la atribución de la soberanía a la colectividad y la necesaria (aunque contradictoria, ciertamente) reducción del potencial de ésta si se quiere conciliar con la "soberanía" de la Constitución(2). Para De Otto, en efecto, que acoge y reitera la célebre formulación de Kriele, en el Estado diseñado por la Constitución de 1978 no hay soberano porque la proclamación de su art. 9.1 hace imposible calificar de tal a cualquier poder público. "El concepto de soberanía, motor de la construcción del Estado constitucional y fundamento de la supremacía de la

propia Constitución, tiene que ponerse enteramente a un lado cuando se trata de examinar el propio orden constitucional existente, porque la noción misma de Constitución como norma suprema es incompatible de manera radical con el reconocimiento de una soberanía. Si la Constitución es norma que se impone a cualquier poder, que sujeta a normas toda la creación de derecho, allí donde hay Constitución no puede haber ningún soberano ni ninguna soberanía que no sea la de la Constitución misma, pues la idea de que una norma jurídica reconoce y regula un poder *legibus solutus*, un poder absoluto, es en sí misma contradictoria. Allí donde esto ocurre, no hay en rigor Constitución alguna: en el Estado constitucional no hay soberano"(3).

Sin embargo, la rotunda conclusión de De Otto se enfrenta, al menos, con la realidad de nuestro derecho constitucional. No sólo la Constitución proclama la soberanía del pueblo español (art. 1.2), sino que la hace plenamente compatible con la sujeción constitucional de ciudadanos y poderes públicos (art. 9.1). En suma, es la Constitución misma la que, al contener los dos preceptos citados --ambos, claro está, de idéntico rango--, requiere su interpretación concorde, de modo que no puede caber
duda alguna acerca de la obligada armonización entre titularidad popular de la soberanía y supremacía constitucional.

Esto sentado, y en un plano más teórico, creo que en nada contribuye a clarificar la cuestión planteada (por el contrario, la ensombrece) la mención de la soberanía de la Constitución. Desde luego, allí donde la Constitución tiene valor jurídico ha de considerarse como la norma suprema del ordenamiento, mas es la validez de éste en su conjunto, y no la de su ley fundamental, lo único que permite otorgar o negar el calificativo de soberano. Un ordenamiento puede ser soberano y a pesar de ello la Constitución no resultar, total o parcialmente, una norma originaria, al ser el producto de la revisión o reforma de otra Constitución anterior. Naturalmente, nada se opone a que la Constitución derivada de la operación revisora o reformadora vea reconocida, en su caso, su *supremacía en el ordenamiento*, cosa perfectamente cohonestable con la soberanía de éste. En fin, la carencia de normatividad de la Constitución no conllevaría la inexistencia de la soberanía ordenamental.

Pero si la soberanía únicamente se puede predicar del ordenamiento, ¿cómo dotar de significado a la proclamación constitucional relativa a la titularidad de la misma por el pueblo? A mi juicio, y frente a lo sostenido por los autores citados, cabe mantener la tesis de que en el *Estado constitucional hay soberano*. Y no sólo porque la Constitución, como ocurre con la nuestra, así lo declare, sino porque --según al principio dijimos y luego se explicará-- tal se desprende de la estructura constitucional de ese tipo de Estado. No obstante, esta tesis resulta indisociable de la distinción entre soberanía estatal y soberanía nacional. Soberanía en el Estado y soberanía del Estado no han de ser tomados, pues, como conceptos idénticos (ni siquiera como expresiones en las que el vocablo "soberanía" posee igual significado, difiriendo simplemente en el
ámbito de proyección de sus efectos), ya que de otro modo la contradicción entre ambos únicamente podría superarse mediante el anonadamiento del primero, que es lo que viene a proponer al jurista riguroso (de atender sólo a los pasajes transcritos, no obstante) Ignacio De Otto.

Debemos tratar de perfilar adecuadamente, por tanto, los contornos de aquella distinción, para lo cual comenzaré por referirme, con toda brevedad, al común acervo de ideas sobre el origen de la soberanía y la positividad del Derecho moderno.

II. Los caracteres de la soberanía como summa potestas.

Existe unanimidad doctrinal en atribuir a Bodino, además de la invención del término, la primera elaboración de una teoría de la soberanía que identifica a ésta con la potestad legislativa(4). Para Bodino, en efecto, lo esencial de la soberanía se expresa en el poder de dictar, de manera unilateral, leyes *nuevas*, jerárquicamente superiores a las demás formas de creación jurídica(5). Esta potestad soberana es *única e indivisible*, caracteres que, diseñados por Bodino en el marco de una concepción constitucional radicalmente opuesta al ideal del gobierno mixto, pasarán definitivamente a la Teoría del Estado, aunque luego la de signo liberal --distinguiendo, contrariamente al legista francés, entre titularidad y ejercicio de la soberanía-- los hará compatibles con la división de poderes, principio cardinal del ordenamiento formulado de forma no contradictoria con la unicidad del poder estatal.

Además de suprema, única e indivisible, la soberanía viene asimismo calificada en la construcción de Bodino como *originaria, perpetua y absoluta*, notas que continúan integrando la definición (jurídica, por supuesto, no política o fáctica) del poder del Estado. Ocurre, no obstante, que la potestad de creación (o de homologación) normativa en que la soberanía consiste no resulta en Bodino enteramente libre. El voluntarismo jurídico bodiniano encuentra límites derivados del derecho divino y del derecho natural, así como los procedentes de la existencia de las denominadas "leyes fundamentales". Pero en el pensamiento de este autor son en realidad límites tan tenues que no impiden que le consideremos como el teórico verdaderamente revolucionario en el que

confluyen por vez primera soberanía y positividad del Derecho(6). En todo caso, tales limitaciones desaparecerán por completo en la obra de Thomas Hobbes, donde esa confluencia tiene lugar plenamente. A partir de entonces, en efecto, el derecho natural se desplaza del ámbito normativo a la esfera de los valores(7). El cambio jurídico ya sólo podrá controlarse, pues, por el propio Derecho positivo.

Una última nota de la soberanía nos resta por mencionar: su carácter materialmente omnicomprensivo. Ello alude a la ilimitación objetual del poder del Estado, a la competencia universal de éste. Se trata de una indeterminación del contenido posible de la acción del soberano, inherente a la indivisibilidad (ahora en sentido objetivo) de la soberanía, que, también descrita ya por Bodino, se deriva de su concepción formal de la potestad suprema(8). Visto desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho, este rasgo de la soberanía significa que en un ordenamiento dinámico cualquier materia es susceptible de regulación y que, en consecuencia, cualquier persona puede hallarse afectada por la actividad normadora, la cual, en fin, carece de restricciones impuestas por la antigüedad de las situaciones o reglas sobre las que cabe que se proyecte su fuerza de innovación. Todo esto refleja la positividad del derecho moderno(9).

III. Atribución de la soberanía a un ente unitario y abstracto: la nación.

En el pensamiento de Bodino --e igualmente, algo más tarde, en el de Hobbes--, la titularidad de un poder soberano provisto de las notas o caracteres enumerados resulta atribuida a lo que hoy calificaríamos como un órgano del ordenamiento estatal. Tal atribución responde al programa político centralizador de un partidario de la Monarquía absoluta, opuesto a la persistencia de la estructura pluralista de la Constitución estamental heredada de la Baja Edad Media. Poco importa ahora si esta concepción orgánica de la *supremitas* es compatible o no con los depurados planteamientos de una Teoría jurídica del Estado(10). Interesa destacar, en cambio, que los doctrinarios del constitucionalismo liberal de estirpe francesa y sus imitadores continentales acogieron

plenamente aquellas notas y la centralización política perseguida mediante la formulación bodiniana del dogma de la soberanía, pero desplazaron la titularidad citada hacia un sujeto aparentemente distinto del Estado y previo a él: la nación o el pueblo.

Según resulta bien sabido, a través de semejante desplazamiento se trataba de garantizar la libertad individual haciendo coexistir la *summa potestas* del Estado con una determinada configuración de su ordenamiento. Ello exigía recurrir a una doble ficción: la de la subjetividad prejurídica del nuevo soberano y la del efectivo traspaso a éste del poder supremo antes residenciado en el monarca.

Por lo que atañe a la primera de dichas ficciones, hay que recordar que en el dogma de la soberanía nacional quien ostenta su titularidad es un sujeto unitario. En efecto, aunque se proclame, en la doctrina, en los debates parlamentarios y en los textos constitucionales, que la nación está compuesta por individuos libres e iguales, la soberanía no corresponde a todos y cada uno de ellos (a diferencia de lo que sucede en el dogma de la soberanía popular), sino a la nación misma, concebida como una entidad diversa de los individuos que la integran. Este rasgo distintivo de la teoría de la soberanía nacional --el carácter unitario de la colectividad soberana, ya sea la nación, ya el pueblo(11) -- convierte a esa colectividad en un sujeto moral, en una persona convencional, en un ente ideal que no guarda relación con ninguna realidad histórico- social concreta. Su unitariedad constituye, así, una exigencia de su soberanía (y, en rigor, de toda soberanía, dada la indivisibilidad que debe caracterizarla), en otro caso inexistente(12).

Ahora bien, la abstracción del sujeto a quien se otorga la soberanía, considerado como universalidad extraindividual o como universalidad ideal del pueblo(13), no alcanza a eliminar por completo el sustrato personal del mismo. La nación, aun proclamada soberana, sigue siendo un conjunto de individuos. Es más: el efecto políticamente legitimador de tal proclamación obedece sin duda a la índole colectiva del ente nacional. El papel de fuerza ideológica destructora de la ciudadela de la soberanía regia desempeñado, a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, por la idea de nación resultaría, pues, incomprensible si únicamente tuviéramos en cuenta la vertiente unitaria y abstracta del sujeto portador de la soberanía nacional. Esta reside tan sólo, desde luego, en dicho sujeto, pero entendido como un conjunto unificado de individuos libres e iguales(14).

No es nada sencillo de entender, por supuesto, este carácter bifronte del sujeto nación. Su naturaleza dual sólo se deja aprehender con la dificultad propia de las arduas cuestiones teológicas. Está claro, sin embargo, que la unitariedad del sujeto y su consiguiente abstracción prevalecen sobre el sustrato popular en que se asienta. Y no sólo a causa de la funcionalidad del ente unitario como sujeto titular de la soberanía
(esto es, no sólo porque la soberanía únicamente cabe que pertenezca a un sujeto unificado), sino también, y ya en el plano de la teoría política, porque el dogma de la soberanía nacional --formulado tanto contra la soberanía del monarca como contra la soberanía popular-- excluye conscientemente la atribución de la soberanía a los individuos que componen la nación(15). Una composición, además, intemporal, puesto que la nación aparece concebida como un sujeto transhistórico, intergeneracional(16). Aparte de esto, resulta esencial en esta construcción la idealidad del sujeto titular de la soberanía, ya que sólo tal idealidad permite una estructura constitucional policéntrica, o sea, basada en la existencia de una pluralidad de órganos superiores del ordenamiento jurídico, según observaremos más adelante.

El sujeto unitario nación es, en fin, una pura creación del Derecho, careciendo de personalidad al margen de él. Como afirma De Otto, "el hecho mismo de que el carácter

de sujeto sea por su naturaleza una ficción teórico-jurídica implica que no es posible pensar la nación antes que el Derecho, ya que la atribución de personalidad sólo es pensable en términos jurídicos"(17). Cuestión distinta resulta, no obstante, la de si, bien como consecuencia de la abstracción del sujeto nación, bien para no negar la soberanía estatal, debemos identificar los conceptos de nación y Estado y considerar a éste como la personificación jurídica de aquélla, como la nación jurídicamente organizada. Carré de Malberg se esfuerza por intentar demostrar que tal hipóstasis es consustancial al dogma de la soberanía nacional(18). Y De Otto entiende, en la línea de Carré, que la consideración de la nación como un sujeto distinto del Estado conduciría, a causa del concepto de soberanía, a un verdadero callejón sin salida. Puesto que no es posible afirmar dos soberanías al mismo tiempo, no cabe decir que al margen del Estado existe una nación soberana, "porque esto implica negar al Estado la cualidad de la soberanía, y con ello destruir el concepto mismo de Estado"(19).

La tesis de la unión hipostática entre nación y Estado la juzgo, sin embargo, poco acertada. En primer lugar, no cabe advertir incompatibilidad alguna entre soberanía nacional y soberanía estatal, que son conceptos distintos y, por tanto, insusceptibles de devenir mutuamente contradictorios. En segundo lugar, aunque tanto la nación a quien se atribuye la titularidad de la soberanía como el Estado deben reputarse de sujetos jurídicos, poseen identidades dispares otorgadas por el Derecho. Es cierto que la nación a la que nos referimos no es la nación sociológica (obviamente diferente del Estado, aun estatalmente organizada), sino, como el Estado, un ente unitario y abstracto, un sujeto jurídico convencional. También lo es que la nación sólo puede expresarse a través de los órganos del Estado, de modo que comparte con éste la cualidad de ente de imputación del Derecho. Ahora bien, no es menos verdad que la identificación entre la nación y el Estado resulta incongruente con la razón de ser del
dogma de la soberanía nacional. En efecto, mientras que la atribución de la soberanía al Estado no predetermina ninguna estructura específica del ordenamiento jurídico --que puede tener, pues, cualquier organización constitucional, ya que tal acepción de la soberanía no alude a ninguna clase de Constitución, sino a la validez originaria del sistema normativo que el Estado personifica--, la proclamación de la soberanía nacional necesariamente entraña, según se verá, una cierta forma de articulación del poder. De ahí precisamente la subjetividad inasimilable de la nación soberana, instituida para alcanzar esa articulación, o sea, una determinada ordenación de los niveles superiores del proceso de creación y aplicación del Derecho. Además, en tanto que ente de imputación, y a causa del sustrato popular propio de su carácter colectivo, la nación opera como *fons legitimitatis* del ordenamiento jurídico; a diferencia del Estado, cuya función es otorgarle unidad.

IV. Soberanía nacional y fundamento de los poderes del Estado.

Los caracteres del sujeto titular de la soberanía nacional, o sea, su abstracción, unitariedad y unicidad, producen capitales consecuencias en el plano constitucional. A continuación me referiré a aquellas relativas al título en virtud del cual actúan los órganos del Estado, así como a la forma estrictamente orgánica --y, por consiguiente, instrumental y delegada, no soberana-- que reviste la intervención del pueblo en el proceso de creación jurídica. Y puesto que la Constitución española de 1978 sigue expresamente (art. 1.2) los pasos de este dogma vertebrador de la organización estatal dos siglos después de su primera formulación, examinaré tales cuestiones teniendo también presente lo dispuesto en nuestra Ley Fundamental.

A) Si sólo la nación o el pueblo son soberanos, ningún órgano del Estado puede

ostentar semejante titularidad, debiendo limitarse a desempeñar, en las condiciones estructurales a las que luego aludiré, el simple *ejercicio* de la soberanía. Según resulta harto conocido, esta consecuencia negativa de la proclamación de la soberanía nacional --verdaderamente clave en toda la construcción doctrinal-- fue hecha explícita con absoluta claridad en la Declaración de Derechos de 1789 (art. 3º) y en la Constitución de 1791 (Título III, art. 1º), textos en los cuales se determina que ningún "cuerpo", ningún "individuo" ni ninguna "sección del pueblo" --o sea, ningún órgano estatal, sean cuales fueren su naturaleza y forma de acceso o integración-- poseen poderes originarios.

Dado que la soberanía se ejerce por los órganos del Estado sin gozar a la vez de su titularidad, forzosamente ha de hacerse de modo derivativo, por delegación o representación. Al mismo tiempo, como la soberanía reside en un sujeto abstracto, es obvio que éste debe ejercerla a través de aquellos órganos. Así lo reconoce y declara uno de los pasajes más célebres de la Constitución de 1791: "La Nación, de quien únicamente emanan todos los Poderes, no puede ejercerlos más que por delegación.- La Constitución francesa es representativa: los representantes son el Cuerpo legislativo y el Rey" (Título III, art. 2º).

De otra parte, la pertenencia de la soberanía a un sujeto ideal impide que quepa considerar soberano ni siquiera al poder constituyente originario, que es necesariamente un órgano, simple o complejo. Esto sin contar con la naturaleza "constitutiva" y no "declarativa" del precepto constitucional que proclama la soberanía nacional, ya que el pueblo o la nación a quienes se atribuye la soberanía, en tanto que pura creación de la Constitución, no deben ser entendidos como sujetos anteriores (y superiores) a ella. Unicamente se ha de hablar de la soberanía nacional, pues, a partir de su proclamación por la Constitución (o deduciendo interpretativamente su presencia en un determinado ordenamiento de la organización constitucional del mismo). De ahí que, según mi opinión, en el dogma de la soberanía nacional el poder constituyente originario no sólo no es, visto en su dimensión orgánica, un poder soberano, sino que tampoco resulta representante del soberano (todavía inexistente), condición esta última que, en cambio, posee cualquiera de los poderes constituidos, incluido el poder de reforma de la Constitución.

La tesis de que la nación soberana resulta anterior a la Constitución(20), que la nación ejerce su soberanía a través del poder constituyente originario y que la proclamación constitucional de la soberanía nacional posee, por tanto, efectos meramente declarativos es, en consecuencia, una tesis ideológica, no jurídica. Fue formulada en los inicios de la Revolución francesa como un medio imprescindible de impugnación de la soberanía regia y se reitera cada vez que se trata de reemplazar una estructura constitucional concentrada por otra de carácter policéntrico. Jurídicamente, sin embargo, no hay otro poder constituyente que el previsto por la propia Constitución para su reforma dentro de los cauces y límites que las normas constitucionales señalan(21). El poder constituyente originario es un poder *de facto*(22), cuya pretendida pertenencia a la nación, titular perpetua del mismo y activadora *extraordinaria* de su operatividad (de otro modo en régimen de latencia), constituye un postulado político de resonancias teológicas, más acorde, en fin, con el dogma de la soberanía popular que con el de la soberanía nacional(23).

B) Apliquemos las reflexiones anteriores a la Constitución española de 1978, iniciando la tarea por el examen de lo que declara solemnemente su Preámbulo. Según éste, es la "Nación española" la que, "en uso de su soberanía, proclama su voluntad" de perseguir y alcanzar, a través de la Constitución, los fines y metas que a continuación se señalan. Son, sin embargo, las Cortes quienes "aprueban" y el "pueblo español" el que

"ratifica" el texto constitucional. ¿Cómo interpretar tales afirmaciones? Por lo que respecta a la preexistencia de la nación soberana, o sea, a su carácter de entidad previa a la nueva norma fundamental, sólo resultaría una afirmación jurídicamente correcta a condición de entender que el sistema constitucional precedente, revisado *in toto* por la Constitución de 1978, se hallaba basado --por supuesto, únicamente a partir de la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política (LRP)-- en el principio de soberanía nacional. En otro caso, la mención de la voluntad preconstitucional de la nación debe considerarse como de índole estrictamente ideológica: se trataría de la proclamación de una legitimidad constitucional distinta de aquella en que se cimentaba el conjunto de las leyes fundamentales del régimen franquista. En cuanto al "pueblo español" que ratifica la revisión total de la Constitución aprobada por las Cortes, ha de reputarse, igual que éstas, de órgano constituyente constituido: aquel que, no siendo en términos jurídicos sino el cuerpo electoral nacional, aparece contemplado en el art. 3.3 de la LRP como la "Nación" llamada a pronunciarse necesariamente sobre los proyectos de ley de reforma constitucional adoptados en sede parlamentaria.

En segundo lugar, cuando el art. 1.2 CE *preceptúa* que "la soberanía nacional reside en el pueblo español" no está reconociendo la realidad de un sujeto originario y preexistente, sino atribuyendo al ente abstracto, unitario y único que crea por medio de esa norma la titularidad del poder supremo en el Estado. A tal conclusión se llega de manera inevitable teniendo en cuenta, más aun que el tenor literal de la disposición transcrita (bastante expresivo, sin embargo, de la contextura del soberano) o la organización constitucional, la precisión de conciliar aquella titularidad con la sumisión "a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico" que el art. 9.1 CE impone. Conciliación que únicamente deviene hacedera, en efecto, mediante la exégesis de la declaración del art. 1.2 CE con arreglo a las claves del dogma de la soberanía nacional. La idealidad del sujeto poseedor de la soberanía --aunque se le denomine "pueblo español"-- es lo que, en definitiva, permite armonizar las dos determinaciones constitucionales(24).

Naturalmente, puesto que la soberanía pertenece al pueblo español, que es quien ostenta la titularidad de la misma, los órganos estatales sólo poseen, derivativa y parcialmente, su ejercicio. A esa derivación se refiere de modo explícito el propio art. 1.2 CE, cuando afirma que del pueblo español, sujeto titular de la soberanía, "emanan los poderes del Estado". Lo cual significa que éstos, sean cuales fueren los entes, órganos o complejos orgánicos en que se articulen (sean cuales fueren, pues, su raigambre histórico-política, su tipo y grado de representatividad y la posición que ocupen en la organización estatal), nunca han de considerarse como poderes originarios dotados de potestades, ordinarias o extraordinarias, independientes del soberano, esto es, de la Constitución que lo ha creado. Al contrario, su legitimidad, el fundamento de su existencia y la determinación de su ámbito competencial, por definición limitado, proceden exclusivamente de la Constitución, norma que instituye tales poderes, establece su régimen de desenvolvimiento e imputa sus actos a la voluntad soberana del pueblo español. Derivación, en el sentido de no originariedad, e imputación son, así, los aspectos básicos de la "emanación" que proclama el inciso final del art. 1.2 CE.

Por lo tanto --conviene dejarlo bien sentado mediante la cita de ejemplos concretos--, ni el Rey ni ninguna Comunidad Autónoma, ambos en virtud de la Historia o, en el segundo caso, de pretendidos derechos extraconstitucionales; ni las Cortes Generales en virtud de su carácter representativo; ni los ciudadanos integrantes del cuerpo electoral nacional en virtud del principio democrático; ni, en fin, cualquier ente u órgano públicos en virtud de cualquier otra consideración tienen poder propio alguno, ajeno al acervo de atribuciones que les otorga la Constitución. Todos ellos desempeñan

estrictamente parcelas del ejercicio de una soberanía cuyo *dominus* es el pueblo español, de manera que carecen de la facultad, que sería verdaderamente soberana, de ampliar aquel acervo invocando la existencia de un fondo de poder anterior a la Ley Fundamental. No hay, en suma, más poderes que los que la Constitución confiere o autoriza(25); y esta significación del art. 1.2 CE --la de que todos los poderes del
Estado son poderes derivados-- debe utilizarse como canon hermenéutico de los restantes preceptos constitucionales, incluida la Disposición Adicional 1ª de la CE, a veces objeto de abusiva interpretación.

C) El carácter abstracto de la nación soberana es, según hemos advertido, la condición necesaria para hacer compatibles la soberanía en el Estado con la soberanía estatal. Sólo el dogma de la soberanía nacional, que encuentra en la idealidad del sujeto soberano su rasgo doctrinal más importante y peculiar, permite, pues, mediante su configuración como principio organizativo básico de los poderes del Estado, una lectura plenamente jurídica de la estructura constitucional. De tal estructura se halla ausente el titular de la soberanía, pero la condiciona profundamente.

Ahora bien, si la nación o el pueblo, en tanto que titulares de la soberanía y no obstante su denominación, son únicamente entes abstractos; si, por tanto, la nación soberana no es el pueblo *real*, sino una pálida imagen suya, la que simplemente evoca o refleja su mismo nombre, entonces cabe preguntarse: en el Estado constitucional, *ubi populus*? Y no me refiero a la nación sociológica, a la población, al pueblo entendido como elemento personal del Estado. Me refiero al conjunto de los ciudadanos políticamente activos.

Desde luego, resulta evidente que soberanía nacional y democracia no son principios idénticos. Cabe incluso afirmar que la intervención popular en el proceso de creación jurídica no constituye una exigencia del dogma de la soberanía nacional. En todo caso, los ciudadanos que, a través de la elección de las Asambleas legislativas, participan indirectamente en tal proceso no ejercen un derecho propio: forman un órgano estatal al que la nación o el pueblo soberanos confieren, por intermedio del ordenamiento jurídico, la realización de una función. La mayor o menor amplitud del cuerpo electoral nacional sólo depende, en consecuencia, de lo que ese ordenamiento determine, ya que el pueblo políticamente activo carece de derechos originarios, no disponiendo, en su caso, más que de un título derivado, otorgado *ex lege*, para el
ejercicio de la soberanía. Como ocurre con los demás órganos constitucionales, también el cuerpo electoral es, en suma, representante del soberano(26).

Soberanía nacional y democracia tampoco son, sin embargo, principios mutuamente excluyentes. Todo lo contrario, en mi opinión. Aunque la abstracción del sujeto soberano --fuera cual fuese, al concebirlo así, la intención política de los revolucionarios franceses del período 1789-1791-- deba considerarse, por las razones ya dichas, como algo indispensable si se quiere plantear en términos de soberanía la cuestión de la estructura constitucional, no es menos cierto que la necesaria idealidad de quien, no obstante, recibe la denominación de un ente colectivo real (nación, pueblo) genera una cierta tensión conceptual, que únicamente puede eliminarse en el seno del Estado democrático, donde resulta perfectamente armoniosa la convivencia entre un principio de organización estatal como el de la soberanía nacional y otro principio asimismo organizativo como el que proclama la intervención popular en la creación del Derecho. Dado que no sólo el Estado democrático no significa la consagración del dogma de la soberanía popular, sino que éste ha de reputarse de contradictorio con cualquier tipo de estatalidad, es el principio de soberanía nacional el único que permite conciliar soberanía estatal y soberanía en el Estado, por una parte, y soberanía estatal e intervención popular en el Estado, por otra. Lo que hace democrático al Estado no es,

consiguientemente, la atribución de la soberanía al pueblo real (imposible, además, en clave jurídica), sino la intensidad y amplitud de la participación en las tareas estatales de los ciudadanos que, por mandato de la Constitución, componen el cuerpo electoral o sus fracciones.

En España, el texto constitucional de 1978 proclama la soberanía nacional y a la vez el carácter democrático del Estado. Hay en nuestra Constitución, pues, de manera congruente con esa dualidad de principios, dos significados del vocablo "pueblo" que conviene distinguir. Por una parte, el pueblo al que se refiere el art. 1.2 es el sujeto abstracto titular de la soberanía. Y lo propio sucede con el "pueblo español" que las Cortes Generales *representan* a tenor del art. 66.1. Y asimismo con el "pueblo" del que, según el art. 117.1, la justicia *emana*. En este último caso, la Constitución reitera, a propósito de los órganos del poder judicial, aquello que con carácter general declara en el último inciso del art. 1.2. Reiteración que obedece, según entiendo(27), al designio de subrayar con trazo grueso la no originariedad y, por tanto, la vinculación estricta a la Constitución de quienes ésta, sin embargo, proclama *independientes* en el ejercicio de la función que les confiere. Es cierto que tal vinculación ya aparece señalada en el art. 9.1, que afecta a todos los poderes públicos. También lo es que cabe considerarla igualmente comprendida en la sumisión "al imperio de la ley" que menciona el propio art. 117.1. No obstante, la proclamación del origen popular de la justicia pretende destacar, de manera directa y específica, que la titularidad de la potestad jurisdiccional pertenece al ente soberano, por lo cual los "Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial", aun dotados de independencia, son órganos derivados, a los que sólo corresponde, y ello dentro de estrictos límites (art. 117.3 y 4), el ejercicio de dicha potestad.

En lo tocante a la *representación* del pueblo español atribuida a las Cortes Generales, hay que advertir que no debe ser confundida con el carácter representativo de las Cámaras --concepto que alude a su forma de integración (en el presente caso, a su procedencia, directa o indirecta, de la elección popular)--, ni, por supuesto, con la representatividad de las mismas. La *representación* del art. 66.1 CE es de un sujeto, el titular de la soberanía, y no de un órgano, el cuerpo electoral nacional, llamado constitucionalmente a elegir a los Diputados y Senadores (a éstos bien primaria, bien secundariamente, a través de las Asambleas autonómicas). Ello resulta de este modo no ya a causa de los problemas que suscitaría la calificación como representativa de una relación interorgánica(28), sino atendiendo a razones de comprensión histórica del precepto citado. Es, en efecto, característico del dogma de la soberanía nacional formulado por vez primera al comienzo de la Revolución francesa que el Parlamento aparezca definido como un órgano de representación de la nación, queriéndose
significar así, de manera específica --al margen, pues, de la cuestión, más genérica, de su naturaleza de órgano derivado, el cual, lo mismo que los restantes poderes públicos, ejerce la soberanía por delegación o representación--, que se halla *jurídicamente* desvinculado de los electores que deciden su composición. Tal lo declara con rotundidad la Constitución de 1791(29). Desde luego, la "representación" nacional
que se confiere a la institución parlamentaria o a sus miembros no puede tenerse por una auténtica representación, habida cuenta, entre otros argumentos a considerar, de la abstracción del ente representado, incapaz de otra actividad volitiva que la de sus
"representantes"(30). Éstos, sin embargo, y he aquí lo trascendental de la novedad que introduce la Constitución citada, libres del mandato imperativo de índole jurídico- privada propio de los diputados del Antiguo Régimen, pasan a integrar, en cuanto titulares de un mandato representativo, un órgano cuya independencia supone un corte radical abierto entre las viejas Asambleas estamentales y los Parlamentos modernos(31). Esa independencia es la que, siguiendo la línea histórico-doctrinal

señalada, afirman la declaración del art. 66.1 CE y la prohibición que, establecida en el art. 67.2, supone su corolario.

Además de esta acepción del vocablo "pueblo" como sujeto soberano, ha de tenerse en cuenta la que alude al *conjunto de los ciudadanos políticamente activos*, integrados en esos órganos colectivos que son los distintos cuerpos electorales. En este segundo sentido del término se hace presente el grado de democraticidad de nuestro Estado. La Constitución, empero, no denomina "pueblo" a tales órganos --si se exceptúa la cita contenida en el último párrafo del Preámbulo--, aunque a veces mencione, para referirse inequívocamente a la acción de los mismos, la existencia de la "voluntad *popular*" (cfr. Preámbulo, párrafo tercero, y art. 6º), o reconozca la "iniciativa *popular* para la presentación de proposiciones de ley" (art. 87.3) o, por último, requiera la autorización estatal en orden a la convocatoria de "consultas *populares* por vía de referéndum" (art. 149.1.32ª). La composición y/o las funciones de este *populus* de ciudadanos activos, repartido en cuerpos electorales de diferentes entes territoriales (del Estado, de las provincias, de los municipios y de las Comunidades Autónomas), son objeto de profusas alusiones en el texto constitucional, que emplea variadas fórmulas al respecto(32). Resulta típico de la forma democrática del Estado que el acceso de cada ciudadano a los órganos citados --su conversión, pues, en un ciudadano políticamente activo-- aparezca protegido por un derecho fundamental, como asimismo la mayor intensidad participativa que supone la posesión del electorado pasivo (cfr. arts. 23.1 y 68.5). Por supuesto, la integración de los ciudadanos en los cuerpos electorales no agota las vías de intervención popular que la Constitución establece(33), pero sólo a través de dichos órganos, dado su carácter colectivo, forman los ciudadanos un "pueblo" en la significación señalada.

V. Contenido de la soberanía nacional y estructura del ordenamiento jurídico.

La formulación revolucionaria del dogma de la soberanía nacional pretendía conciliar la idea de la *summa potestas* del Estado, heredada de la doctrina de Bodino y los demás teóricos de la Monarquía absoluta, con la libertad individual mediante el establecimiento de una determinada estructura constitucional. A esa finalidad se dirigía la desposesión del monarca de su condición de soberano y la atribución de la titularidad de la soberanía a un ente colectivo y abstracto cuyo carácter de sujeto prejurídico resultaba producto de una ficción. Como ficticia era asimismo la traslación a dicho sujeto del poder supremo antes detentado por el Rey.

No es la nación, en efecto, sino el Estado el sucesor de la *supremitas regia*. La soberanía nacional no consiste en ninguna *potestas normandi*, ni encierra poder alguno de cualquier otra clase. En palabras de De Otto, el verdadero contenido de la doctrina de la soberanía nacional no radica en conferir al sujeto soberano un poder jurídico-positivo, sino en estructurar el aparato del Estado de modo que la creación del Derecho quede jurídicamente limitada(34). Lo que contiene la soberanía nacional proclamada por la Constitución es, por tanto, un principio de organización estatal. Así ha de considerarse su auténtica naturaleza.

Esto sentado, se trata ahora de analizar las exigencias de ese principio como eje vertebrador del Estado, para lo cual ha de empezarse por precisar más aún los efectos inherentes a su proclamación en los textos constitucionales. Inmediatamente después estudiaremos los aspectos concretos de la estructura de un ordenamiento jurídico articulado sobre la base de la soberanía nacional.

A) Páginas atrás decíamos que la atribución de la titularidad de la soberanía a la nación trae como necesaria consecuencia que los órganos estatales sólo posean, de

modo derivativo y parcial, su ejercicio. También afirmábamos que, contrariamente a lo que sucede con la proclamación de la soberanía nacional, la mera atribución de la soberanía al Estado no predetermina ninguna estructura específica del ordenamiento jurídico. Pues bien: aunque el alcance exacto del principio de la soberanía nacional --al igual que, por lo demás, el de cualquier principio estructural del ordenamiento jurídico (Estado de Derecho, democracia, federalismo, etc.)-- resulta inescindible de las previsiones de cada Constitución, sin que quepa una categorización completamente apriorística e histórica del mismo, es lo cierto que tal principio contiene una exigencia nuclear: la distribución del desempeño del poder entre diversos órganos del Estado. Más aún: ello constituye, en mi opinión, la verdadera razón de ser del citado principio, el cual ha de verse ante todo como un principio distributivo, toda vez que el carácter no originario de dichos órganos, consecuencia negativa del otorgamiento de la soberanía a la nación, no agota la finalidad perseguida por ese otorgamiento, que trasciende con mucho el plano de la simple legitimidad del título de ejercicio del poder estatal para entrar de lleno en sus formas de articulación.

El propio Carré de Malberg, a pesar de su reiterada insistencia en el alcance fundamentalmente negativo de la doctrina de la soberanía nacional(35), no deja de reconocer, sin embargo, las consecuencias de orden positivo (o sea, en el ámbito de la ordenación institucional) que necesariamente entraña tal doctrina. Reconocimiento, en primer término, de sus objetivos históricos: al proclamar el principio de la soberanía de la nación --escribe--, la Asamblea nacional de 1789 se proponía esencialmente privar al rey de su antiguo poder absoluto para mitigarlo y restringirlo, subordinándolo a la Constitución y dividiéndolo entre el rey y otros órganos nacionales, sobre todo un Cuerpo legislativo elegido e independiente del monarca(36). Reconocimiento, en segundo lugar, de sus imperativos lógicos o de sus demandas estructurales: en un sistema de soberanía nacional --advierte asimismo--, toda la organización constitucional deberá tender a limitar la potestad de los detentadores del poder, a fin de impedir lo más posible que usen de él arbitrariamente o con miras personales. Más exactamente, la organización constitucional será combinada de tal suerte que ningún órgano del Estado posea, él sólo, la soberanía(37) (o, por mejor decir, la totalidad de su ejercicio, como Carré tendría que haber precisado).

En efecto, si bien la concentración de poderes resulta del todo compatible con la idea de soberanía estatal --puesto que ésta admite cualquier estructura constitucional(38) --, se opone frontalmente, en cambio, al principio de la soberanía de la nación. Allí donde el mismo se proclama, sólo ha de corresponder a los órganos del Estado el ejercicio parcial de la potestad soberana. De otro modo se haría inútil tal proclamación, cuya finalidad consiste justamente en la organización plural del poder del Estado. En orden a ese objetivo, no basta, pues, con la mera posibilidad de distinguir entre titularidad y ejercicio de la soberanía, cosa también factible en la doctrina de la soberanía estatal, sino que resulta imprescindible la articulación policéntrica de dicho ejercicio, articulación que debe considerarse, por tanto, como consustancial al dogma de la soberanía nacional(39). Cuestión aparte es, desde luego, la de si semejante dogma exige una forma de articulación determinada. Y, antes aun, la de si la distribución interorgánica del poder impide la supremacía de un órgano sobre los demás.

B) En lo que respecta a tales cuestiones, hay que empezar refiriéndose al problema de la compatibilidad entre el principio de la soberanía nacional y la existencia de un órgano supremo en el ordenamiento. No se trata, claro está, de un órgano que concentre en sí todo el ejercicio de las formas superiores del poder estatal, lo cual resultaría obviamente contrario a la soberanía de la nación, que requiere, a mi juicio, la distribución de las funciones del Estado entre órganos dotados de idéntica jerarquía y

situados en el vértice de la estructura constitucional. Por órgano supremo debe entenderse, pues (y esto es lo que justifica el interrogante planteado), aquel cuya acción de creación jurídica carece de límites materiales, pudiendo afectar libremente, en consecuencia, a cualquier precepto de la Constitución. ¿Es ello conciliable con la soberanía nacional? Así me parece.

En efecto, el órgano al que estoy aludiendo es, desde luego, el llamado a ejercer el poder constituyente bajo las Constituciones que no imponen limitaciones objetuales a su reforma (si estas limitaciones se dan, no cabe hablar de supremacía del órgano reformador). Ahora bien, tal ejercicio del poder constituyente se lleva a cabo por un poder constituido que se encuentra sometido a las predeterminaciones orgánico- procedimentales establecidas en el texto constitucional para su modificación y de las que se derivan límites formales más rigurosos que los que pesan sobre el proceso legislativo ordinario. Aquí radica la clave de la compatibilidad planteada. La rigidez de la Constitución resulta inherente al dogma de la soberanía nacional, de modo que si la supremacía del órgano de reforma consistiera no ya únicamente en su absoluta libertad material, sino también en su completo dominio del procedimiento de modificación constitucional como consecuencia de la falta de aquellos límites formales, entonces desaparecería una distinción coesencial al principio distributivo que venimos estudiando: la de poder constituyente (en el sentido de poder reformador o revisor) y poderes constituidos. La soberanía nacional --afirma Carré de Malberg-- no sería más
que una vana expresión si cualquiera de los poderes constituidos fuera capaz de "hacerlo todo", según pretende la fórmula relativa al Parlamento inglés. Puesto que únicamente
la nación es soberana, ninguno de sus órganos ha de poseer una potestad ilimitada. Tampoco el órgano supremo, asimismo sometido a límites(40).
Este problema de los límites del órgano supremo, al que Carré se refiere en diversas ocasiones(41), es el que le conduce a sostener --y, en realidad, se trata del único límite imaginado por el maestro francés-- que en el sistema de la soberanía nacional la tarea del poder constituyente ha de circunscribirse a la sola función constitutiva, con
necesaria exclusión de cualquier otra(42). "A decir verdad, la idea de soberanía nacional no exige, de manera absoluta, más que una sola cosa: que las Constituyentes no puedan ejercer por sí mismas los poderes que están encargadas de instituir (...): cumplida esta condición, la soberanía de la nación no excluye rigurosamente la posibilidad de que las Constituyentes se hallen investidas de un poder ilimitado de revisión"(43).

Sin embargo, reputar de contradictoria con el principio de la soberanía nacional la acumulación en el mismo órgano (una asamblea representativa) de funciones constituyentes y de legislación ordinaria no me parece una opinión acertada en los supuestos de Constituciones rígidas. La tesis de Carré, tributaria de ciertas experiencias históricas(44), no tiene en cuenta que la limitación del órgano supremo que la atribución de la soberanía a la nación requiere se alcanza ya mediante el establecimiento de procedimientos especiales de reforma constitucional. Y más aún cuando en esos procedimientos interviene, según resulta usual en los Estados liberal-democráticos contemporáneos, una pluralidad de órganos superiores con un grado tal de capacidad decisoria que hacen del poder revisor un verdadero órgano complejo. Así ocurre, por ejemplo, en la Constitución española de 1978, que confiere la potestad reformadora a un Parlamento bicameral (las Cortes Generales: art. 167.1 y 2) o a éste y al cuerpo electoral nacional (arts. 167.3 y 168), además de prever igualmente la participación de otros órganos en las fases introductoria (arts. 87.1 y 2 y 166), central (art. 91: sanción regia) y conclusiva (art. 91) del *iter* de reforma. Este mismo Parlamento --incluso las Cortes Generales elegidas tras la disolución prevista en el art. 168.1, las cuales no son sólo
unas Cortes de revisión-- continúa ejerciendo, durante el desempeño de su cometido

constituyente y con posterioridad a él, la función legislativa ordinaria y todas las otras atribuciones que le confiere el art. 66.2. Ello no resulta incongruente, sin embargo, con la proclamación de la soberanía nacional efectuada en el art. 1.2, dadas la rigidez de la Constitución, la complejidad del órgano constituyente y la verificación jurisdiccional de su labor. Tanto cuando actúan como órgano supremo, o parte del mismo, como cuando cumplen su papel de órgano meramente constituido, las Cortes Generales se hallan sometidas, en efecto, al control del Tribunal Constitucional(45). Lo que sí habría de considerarse opuesto a aquella proclamación --y supondría un límite lógico, aunque no jurídico, a la reforma constitucional-- sería una modificación de la Constitución que comportase una concentración del poder. En tal caso el método de reforma a seguir tendría que ser, precisamente por la afectación del principio distributivo de la soberanía nacional, el contemplado en el art. 168.

C) Puesto que lo que persigue el dogma de la soberanía nacional es la organización plural del poder estatal, debemos preguntarnos a continuación si existe alguna forma organizativa concreta que resulte la más acorde con ese dogma. Y la respuesta ha de tener presentes dos planos: primero, el de las formas de Estado; luego, el de las formas de gobierno.

En lo que concierne al primer plano, no cabe duda de que el principio de la soberanía nacional únicamente encaja en la estructura constitucional del Estado *liberal* de Derecho. Prescindiendo ahora de sus distintas manifestaciones históricas y atendiendo sólo a su dimensión teórica --o sea, reduciendo este tipo fenoménico de Estado a la forma categorial "Estado de Derecho" tal y como hoy la entendemos e identificándolo con ella--, podemos destacar en semejante especie estatal, antes que cualquier otro aspecto, el policentrismo de su organización superior. Ello significa una distribución de las funciones estatales en sentido material (es decir, de las actividades sustancialmente legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales en que cabe dividir el proceso de creación y aplicación del Derecho) entre órganos constitucionalmente situados en la cúspide del Estado y dotados de autonomía o de independencia mutuas. Tal distribución, indispensable en sí misma como inmanente a la soberanía de la nación, se efectúa por cada Constitución mediante la configuración (ésta variable y contingente en su articulación concreta) de las funciones estatales en sentido formal, esto es, atribuyendo la producción de los actos del Estado a los diferentes órganos superiores y asignando a dichos actos una eficacia formal (una fuerza) específica. El reparto tiene lugar sin atender por completo a la naturaleza de los actos (que, de todos modos, resulta el criterio preponderante y orientador); y las funciones, a menudo más numerosas que las de índole material por fraccionamiento de éstas, son susceptibles de conferirse en régimen de exclusividad o de compartición (a su vez de distintos grados). A los órganos que ostentan la titularidad o cotitularidad de una o varias funciones en sentido formal les reservamos la denominación de *órganos constitucionales*. Su carácter básico o fundamental se refleja en su posición de supremacía dentro de la estructura del Estado: en relación a cualquier otro órgano gozan del estatuto de *superiorem non recognoscentes*.

La autonomía o, según el caso, la independencia de los órganos constitucionales únicamente denotan, sin embargo, ausencia de subordinación jerárquica en el desempeño de sus funciones. Se trata, por tanto, de cualidades compatibles con la existencia de un órgano supremo (en el sentido indicado en el apartado anterior), con la designación o elección de los miembros de un órgano por parte de los componentes de otro u otros, con el mayor rango de los actos incardinados en la función legislativa, con la previsión de controles interorgánicos (tanto vinculados como políticos) y, en general, y dentro de determinados límites, con una cierta diversidad de formas de gobierno. En

mi opinión, esos límites son, estrictamente, los derivados de la necesidad de mantener diferenciado el ejercicio de las funciones estatales sustantivas, para lo cual resultan imprescindibles las cualidades mencionadas como atributo de los órganos a quienes la Constitución, al formalizar aquellas funciones, confía dicho ejercicio. En efecto, la idea de distribución funcional inherente al principio de soberanía de la nación requiere forzosamente un equilibrio posicional entre los titulares de las funciones del Estado; y, por lo que atañe específicamente a las relaciones entre los órganos constitucionales más definitorias de las formas de gobierno, un equilibrio entre el Parlamento y el Gabinete. Esto último implica no sólo la presencia de un Gobierno monopolizador de la función ejecutiva --pues la confusión en una Asamblea parlamentaria de tal función y de la función legislativa habría de reputarse de opuesta al principio citado--, sino además la de un Gobierno en igual posición institucional que el Parlamento. Igualdad que se produce de manera clara en las formas de gobierno presidenciales, pero también se alcanza en las formas parlamentarias gracias a dos instrumentos de control puestos a disposición de los Gabinetes: la facultad de disolver las Cámaras y la de plantear la cuestión de confianza.

De otra parte, en un Estado basado en el principio de la soberanía nacional, también los Jueces y Tribunales --todos y cada uno de ellos, en tanto que titulares de la función jurisdiccional-- son órganos constitucionales. Su independencia, la exclusividad del ejercicio de su potestad y (frente al modelo diseñado en la Constitución francesa de 1791) hasta la *plenitudo* aplicativo-creativa de la misma(46) me parecen exigencias susceptibles de fundarse, entre otros, en semejante principio estructural. Por contra, no resulta precisa desde esta perspectiva la conversión del poder judicial en un mecanismo de relieve para la forma de gobierno, como necesariamente lo es, sin duda, para la forma estatal. Esa relevancia la adquieren los órganos judiciales cuando el ordenamiento les habilita para inaplicar las leyes que consideren desacordes con la Constitución; y, por supuesto, la poseen en más alto grado los Tribunales Constitucionales, al poder declarar la nulidad de las disposiciones del legislador.

VI. Consideraciones finales sobre la naturaleza y funciones de la soberanía nacional.

A) Al comienzo de este ensayo, transcribí una opinión de Ignacio De Otto según la cual el dogma de la soberanía nacional habría dificultado "la elaboración teórico- jurídica de la democracia constitucional, del moderno Estado constitucional, en una palabra". En la línea de Kriele, cree De Otto que "soberanía y constitución --que es tanto como limitación jurídica del poder-- son en definitiva conceptos antinómicos que sólo pueden conciliarse con una contradictoria autolimitación de aquélla, a la larga con la renuncia a lo que es su núcleo esencial".

Desde luego, debe reconocerse que, hallándose la razón de ser del dogma de la soberanía nacional en el propósito de armonizar la libertad individual con la positividad del Derecho, ese objetivo hubiera podido perseguirse y lograrse sin necesidad de formular semejante doctrina, como atestiguan las experiencias de los constitucionalismos inglés y norteamericano. En realidad, dicha formulación, que ha complicado no poco la teorización del Estado constitucional, sólo resulta explicable en el contexto de la lucha contra la Monarquía absoluta, cuyo aparato estatal quisieron los revolucionarios franceses de 1789 (y posteriormente, bajo su influjo, los liberales de otros países) conservar y a la vez transformar. De ahí, por tanto, la "superstición monárquica" --por utilizar una expresión de Sieyès(47) -- del propio vocablo *soberanía*, con todos sus magnificentes atributos.

Ahora bien, la reiterada proclamación, a lo largo de los últimos dos siglos, de la

soberanía de la nación o del pueblo por parte de los más relevantes textos constitucionales europeos de signo liberal o liberal-democrático (sobre todo los de las sucesivas Repúblicas francesas, pero también, entre los recientes, y como manifestación de radical apartamiento del orden fundamental precedente, el español de 1978) obliga a efectuar ese esfuerzo conciliador de cuyo resultado desconfía De Otto. Desconfianza derivada, me parece, de la identificación (al menos en el pasaje nuevamente citado y en aquel otro, no menos relevante al respecto, señalado en la nota 3) de los conceptos de soberanía nacional y *summa potestas*. Para De Otto, en la opinión transcrita, o la soberanía nacional es poder supremo o no es soberanía. Y si se trata de lo primero, entonces ha de tenérsela por incompatible con la Constitución.

B) Mi planteamiento, desenvuelto en las páginas anteriores, responde a la constatación de que no ha sido la nación, sino el Estado, quien ha recibido en herencia la *supremitas* regia. De modo que el dogma de la soberanía nacional, en tanto que teoría política, es, simplemente, una doctrina acerca de la legitimidad del poder; más en concreto, una doctrina contraria a la legitimidad de aquella *supremitas* y propugnadora de otra nueva. Pero también cabe que sea contemplado --y así ha de hacerse necesariamente si se quiere realizar una lectura de tal dogma en clave jurídica-- como una doctrina sobre la Constitución.

Esa lectura, a la que se ha consagrado el presente trabajo, se traduce en la calificación de la soberanía nacional como un principio constitucional; específicamente, como un principio de organización estatal. El conferimiento de la soberanía a un ente unitario y abstracto, sólo existente por y para el Derecho, no implica, lógicamente, transferencia de poder efectivo alguno. Lo único que se atribuye al sujeto nación, y lo único que resulta factible otorgarle atendida su naturaleza, es la titularidad de la soberanía, no su ejercicio. La atribución genera, sin embargo, importantísimas consecuencias para la estructura constitucional, o sea, para la organización superior del proceso de creación y aplicación jurídicas.

Ello lo hemos estudiado, en primer lugar, desde una vertiente negativa: al proclamarse que la titularidad de la soberanía pertenece a la nación, se proclama igualmente la no originariedad de los órganos estatales --de todos sin excepción-- y, por consiguiente, la derivación de su posición en el ordenamiento, la imputabilidad de sus actos al ente soberano y la limitación de sus competencias, constitucionalmente tasadas. El principio de la soberanía nacional, que en relación con las demás normas fundamentales realiza la función hermenéutica típica de los principios estructurales del Estado, impide, pues, que cualquier órgano o ente de rango constitucional recabe lícitamente poderes que no le han sido otorgados por la Constitución pero cuya existencia considera anterior a la misma, o bien inherentes, en todo caso, a su carácter representativo o a su naturaleza. Tal pretensión, sostenida, v.g., por los teóricos del principio monárquico o por los defensores del parlamentarismo monista, entre otros, habría de reputarse como incompatible con la soberanía nacional y la exclusión de originariedad que comporta.

En segundo lugar, y visto desde una vertiente positiva, el principio de organización estatal que analizamos se nos presenta como un principio distributivo, el cual exige la articulación policéntrica del poder del Estado. También aquí la soberanía de la nación opera como criterio hermenéutico de la actuación de los órganos estatales superiores, en el sentido de favorecer el policentrismo y el equilibrio institucional entre los titulares de las funciones del Estado.

C) En el Estado constitucional hay, pues, soberano. Sólo que éste no es ninguno de sus órganos. Si así fuera, se daría la incompatibilidad con la Constitución (entendida como norma suprema) de la que advierte De Otto.

Por el contrario, la soberanía se asigna a un sujeto abstracto, a una pura invención jurídica --la nación--, precisamente para desposeer de ella a cualquier órgano estatal, únicamente llamado entonces a desempeñar, dentro de los estrictos límites fijados en la Constitución, una parcela de su ejercicio.

Proclamar la soberanía de la nación significa, en consecuencia, no introducir una contradicción irresoluble con la soberanía del Estado (en nada concernida por tal proclamación) o con la supremacía de la Constitución, sino propugnar o establecer una determinada estructura constitucional: aquella que, propia del Estado liberal de Derecho, evidencia el policentrismo de su organización superior y la legitimidad exclusivamente nacional --constitucional, en definitiva-- de todos los poderes estatales.

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

(1) Cfr. Martin Kriele, Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático, traducción de E. Bulygin, Depalma, Buenos Aires, 1980, páginas 49 y siguientes et passim.

(2) Vale la pena extractar el pasaje completo, en el que Ignacio De Otto, tras aludir a "la extremada dificultad de entender y explicar un sistema de derecho constitucional positivo a partir del instrumentario dogmático de la tradición continental europea, más en concreto de la francesa", añade: "Para decirlo de un modo preciso: si el principio monárquico de la tradición... alemana dificultó y retrasó como lo hizo la construcción del concepto jurídico de Estado, sus opuestos políticos, los dogmas de la soberanía nacional y popular, han dificultado igualmente la elaboración teórico-jurídica de la democracia constitucional, del moderno Estado constitucional, en una palabra. Y ello porque soberanía y constitución --que es tanto como limitación jurídica del poder-- son en definitiva conceptos antinómicos que sólo pueden conciliarse con una contradictoria autolimitación de aquélla, a la larga con la renuncia a lo que es su núcleo esencial. Porque, a la postre, el dogma... de la soberanía tiene que contener inevitablemente la idea de su carácter preconstitucional, de su anterioridad respecto de todo derecho positivo, y, por tanto, entraña una dificultad altísima para edificar el concepto de Constitución, o si se quiere de soberanía de la Constitución, único con el que es posible dar cumplida cuenta del moderno Estado democrático-liberal"[Prólogo a la obra de Joaquín Varela La teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (Las Cortes de Cádiz), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, págs. XVIII y XIX].

(3) Ignacio De Otto, Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, Ariel, Barcelona, 1993, págs. 138-139.

(4) Para un amplio análisis del pensamiento bodiniano, véase la obra de Olivier Beaud La puissance de l'État, Presses Universitaires de France, París, 1994, primera parte (cfr. en especial, por lo que inmediatamente importa, las págs. 133 y ss.). Interpretaciones penetrantes sobre el significado de la aportación de Bodino se encuentran, por ejemplo, en Alessandro Passerin D'Entrèves, La noción del Estado, traducción española de Antonio Fernández-Galiano, Euramérica, Madrid, 1970, págs. 115 y ss., 136 y ss.et passim, e Ignacio De Otto, Lecciones de Derecho Constitucional. Introducción, Guiastur, Oviedo, 1980, págs. 218 y ss.

(5) "Vemos así que el carácter principal de la majestad soberana y poder absoluto, consiste principalmente en dar ley a los súbditos en general sin su consentimiento... La ley no es otra cosa que el mandato del soberano que hace uso de su poder" (J. Bodino, Los Seis Libros de la República, Libro I, Capítulo VIII. Cito por la edición española de Pedro Bravo, Instituto de Estudios Políticos, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1966, págs. 151 y 157). "Además, la ley puede anular las costumbres, pero la costumbre no puede derogar la ley... Bajo este mismo poder de dar y anular la ley, están comprendidos todos los demás derechos y atributos de la soberanía, de modo que, hablando en propiedad, puede decirse que sólo existe este atributo de la soberanía. Todos los demás derechos están comprendidos en él..." (ibidem, Libro I, Capítulo X, pág. 169).

(6) Por contra, sostiene De Otto que la de Bodino es una doctrina relativa tan sólo a la estructura del ordenamiento positivo, no a su validez. "De ahí resulta --escribe-- que, si bien el Monarca, el soberano, ocupa una posición suprema en el ordenamiento, no es en modo alguno un poder ilimitado. Se sigue afirmando que el poder soberano, aun estando por encima del derecho positivo, está, sin embargo, sometido al derecho natural y al derecho divino. Se trata, por tanto, de un poder que es ilimitado en términos jurídico-positivos, pero no en términos jurídicos en general, porque derecho positivo y derecho no se consideran aún expresiones equivalentes. Por otra parte, existen también ciertos límites jurídico-positivos a los que el Monarca no puede escapar: las llamadas leyes fundamentales..." (Lecciones..., ob. cit., págs. 221-222).

Estas observaciones de Ignacio De Otto no son, desde luego, desatinadas, aunque la comprensión cabal de la posición de Bodino exige tener en cuenta su identificación entre derecho divino y derecho natural común a todos los hombres, su pretensión de reservar al soberano el monopolio de la interpretación de la ley natural (lo que es otra manera de definir la soberanía) y su privación de efectos jurídico-positivos concretos a las limitaciones de derecho natural (cfr. Olivier Beaud, ob.cit., págs. 89-90 et passim). En cuanto a las leyes fundamentales --expresión que no se contiene en Los Seis Libros de la República, donde se habla de *loix royales* o, en la versión latina, de *leges imperii*--, Bodino sólo reconoce dos: la concerniente a la sucesión en la Corona y la de la inalienabilidad del patrimonio de ésta. Ciertamente, ninguna de ellas puede ser derogada por el soberano, pero tampoco contempla Bodino ningún procedimiento destinado a sancionar su violación (cfr. Olivier Beaud, ibidem, págs. 180-183). Aparte de esto, no cabe confundir a las leyes fundamentales con las normas constitucionales (cfr.ibidem, loc.cit., y De Otto, Lecciones..., págs. 237-244).

(7) Tomo esta expresión (que alude al bien conocido paso histórico de la conversión del derecho natural en *ordo moralis*, ética racional o simple ideología) de Niklas Luhmann, el cual la utiliza, sin embargo, en un contexto sociológico: el de aquellas etapas del desarrollo de la civilización en las que la complejidad social requiere un sistema jurídico estructuralmente mudable (cfr. el capítulo dedicado a la positivización del Derecho en la obra de Luhmann Procedimenti giuridici e legittimazione sociale [traducción italiana de Legitimation durch Verfahren], Giuffrè, Milán, 1995, págs. 141 y ss.).

(8) En la doctrina bodiniana--afirma Olivier Beaud--, la soberanía, rompiendo con la visión atomística de los derechos de regalía, unifica formalmente las competencias estatales (los antiguos *iura imperii)* mediante la fusión de las mismas en la potestad de dar la ley. La definición formal de la soberanía se evidencia, por tanto, en el hecho de

que tal potestad comprende todos los restantes atributos soberanos. Semejante sistematización trae consigo la indeterminación material del contenido de la acción del Estado. Dado que dicha potestad es la forma jurídica a través de la que se expresa el poder del soberano, las competencias estatales se definen no ya por su objeto, sino por su imputación formal al soberano y a su capacidad de crear el derecho positivo. Así, para Bodino, la soberanía contiene un principio de *omnicompetencia* rebelde a toda tentativa de limitar el campo de intervención del Estado (cfr. ob. cit., págs. 142-145).

(9) Véase De Otto, Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, ob. cit., págs. 19 y ss., que concluye en este punto: "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" (ibidem, pág. 22).

Los paralelismos teológicos del dogma de la omnipotencia del Estado, cuya voluntad "puede asumir cualquier contenido", son resaltados por Hans Kelsen : cfr. Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto, traducción italiana, Giuffrè, Milán, 1989, págs. 34-35).

(10) De acuerdo con la cual el fundamento de la potestad del órgano pretendidamente soberano siempre ha de radicar en una norma: aquella que, puesta o supuesta, instituye tal órgano y le confiere tal potestad. Lo que significa que sólo esa norma puede ser considerada, en tanto que originaria, como soberana. Véase, al respecto, Kelsen, ob. cit., págs. 15, 39 y ss. et passim.

Para otras insuficiencias y limitaciones expresivas de la tosquedad, en términos jurídico-institucionales, de la atribución de la soberanía a la persona del monarca, véase Olivier Beaud, ob. cit., págs. 179-198.En fin, los aspectos políticos presentes con tanta evidencia en la doctrina de Bodino hacen que Kelsen la juzgue como "el fruto de un inadmisible sincretismo metódico" (ob. cit., pág. 6).

(11) "Siempre que la teoría jurídico-pública conciba el sujeto de la soberanía como un sujeto unitario y no como el conjunto de todos y cada uno, nos encontraremos --escribe Ignacio De Otto-- ante el dogma de la soberanía nacional. Y a este respecto no importa que el término nación sea sustituido, como es usual hoy, por el término pueblo: si se habla de la soberanía del pueblo como sujeto unitario, nos hallamos en el mismo plano problemático que si se estuviese hablando de nación" (voz Nación, Nueva Enciclopedia Jurídica, Ed. Seix, Barcelona, tomo XVI, 1978, pág. 797).

(12) Uno de los más eminentes estudiosos del dogma de la soberanía nacional, Raymond Carré de Malberg, expresa esta idea con su peculiar elegancia: desde el momento en que la soberanía es una e indivisible, la nación, a la que pertenece, no puede ser declarada titular de ella más que si constituye una unidad caracterizada por la indivisibilidad. La unidad de la soberanía nacional implica esencialmente la unidad de la nación soberana (Contribution à la Théorie générale de l'État, Sirey, París, 1922
[reimpresión de 1962], tomo II, pág. 173, nota 6).

(13) Cfr. Carré de Malberg, ibidem, págs. 188, nota 22, 194 y 197.

(14) Los revolucionarios fundadores del Derecho Público francés, dice Carré de Malberg, tuvieron buen cuidado de precisar que la soberanía que declaraban nacional reside en la nación entera, en la colectividad indivisible de los ciudadanos y no

separadamente en cada uno de ellos. La soberanía se halla en el todo y no en las partes o fracciones. La nación es soberana en tanto que unidad corporativa, en tanto que persona jurídica superior a sus miembros individuales. Pero, por otra parte, es cierto también
que en la concepción revolucionaria la nación toma su consistencia de los individuos que la integran. Es un compuesto de hombres considerados como iguales unos a otros. Es la colectividad, unificada, de todos los ciudadanos. Según el Derecho francés, éstos no pueden, pues, ser completamente eliminados en la construcción jurídica de la persona-nación: entran en la estructura de esta persona jurídica, al menos en cuanto todos concurren a formar la colectividad indivisible cuya personificación es el Estado
(ob. cit, tomo I, pág. 14).

(15) Al menos en su primera formulación histórica, la soberanía nacional es, según observa lúcidamente Georges Burdeau, un concepto doctrinal imaginado para satisfacer el postulado del origen popular del poder excluyendo de su ejercicio al pueblo concreto. En el pensamiento político francés del siglo XVIII y en la obra de la Asamblea Constituyente que de él se nutre, ese pueblo, de quien se desconfía y a quien se teme, acaba por hallarse privado de toda consistencia real. Al igual que la nación, convertida en su alegoría, el pueblo que resulta objeto de reflexión política es también concebido como un ente unitario y abstracto, como una especie de fórmula algebraica ayuna de sustancia social. Nada ilustra mejor la finalidad de contención popular perseguida por esta idea que la bien conocida actitud de los constituyentes de 1789-91 respecto de la atribución del derecho de sufragio y la solución restrictiva adoptada al propósito en la Constitución de 1791. El mismo Rousseau parece distinguir al pueblo abstracto del pueblo real cuando afirma que "el gobierno recibe del soberano las órdenes que imparte al pueblo" (Contrato social, Libro III, Cap. I). Y es que, concluye Burdeau, la conciban como nacional o popular, la soberanía es siempre, para los hombres de la Revolución, una voluntad unificada y unánime (cfr. Traité de Science Politique, 2ª ed., tomo VI, volumen II, L.G.D.J., París, 1971, págs. 12 y ss. y 45 y ss.).

(16) Así, cuando se quiere destacar el carácter inalienable de la soberanía nacional, y para propugnar la invalidez de un desapoderamiento de la misma en favor de un hombre o de una asamblea incluso aunque hubiera sido acordado, de forma unánime, por todos los ciudadanos, se sostiene que no sólo la soberanía nacional no les pertenece, sino que, en rigor, ni siquiera reside en la colectividad indivisible que, en cada uno de los momentos sucesivos de la vida nacional, ellos concurren a formar. La razón es que la colectividad nacional en quien la soberanía se contiene no se halla únicamente constituida por la actual generación de ciudadanos, ya que comprende, de manera indefinida, la sucesión ininterrumpida de las generaciones nacionales, presentes y futuras. De lo que resulta que en ningún momento de su historia ha de hallarse la nación encadenada para el porvenir. La generación actual no puede pretender imponer su voluntad a las generaciones siguientes. Como proclamaba el artículo 28 de la Declaración de Derechos que encabezaba la Constitución francesa de 24 de junio de
1793, "una generación no puede sujetar a sus leyes a las generaciones futuras" (cfr. Carré de Malberg, ob. cit., tomo II, pág. 176, nota 10).

Esta argumentación revela, no obstante, los problemas que plantea la atribución de la soberanía a un sujeto que es al mismo tiempo (aunque más lo primero que lo segundo) un ente unitario y abstracto y un conjunto de individuos. Parece evidente, en efecto, que la invalidez mencionada --la de una reforma constitucional tendente a transferir o delegar la *totalidad* del poder supremo en un órgano del ordenamiento-- lo sería en términos lógicos, pero no jurídico-positivos. Esa pretendida "invalidez" no

resultaría ser otra cosa, por tanto, que la incompatibilidad lógica entre el carácter inalienable de la soberanía nacional y la concentración orgánica del ejercicio del poder. Es, así, incorrecto recurrir a un razonamiento típicamente ideológico como el de la composición intergeneracional de la nación soberana para resolver una cuestión cuyo tratamiento compete a la Teoría de la Constitución y al Derecho Constitucional. Esto sin contar con que el precepto citado de la Constitución de 1793 consagraba, en el inciso inmediatamente anterior al texto transcrito (y otorgando a éste un significado distinto del proporcionado por Carré en la tesis que se discute), la plena libertad de modificación constitucional: "Un pueblo posee siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede sujetar a sus leyes a las generaciones futuras".

(17) Ignacio De Otto, Nación, ob. cit., pág. 798.

(18) Cfr. ob. cit., tomo I, págs. 13-15, y tomo II, págs. 170, 174, 176-177, 185-189 et passim.

(19) Ignacio De Otto, ob. ult. cit., ibidem.

(20) Mediante la Constitución, afirmaba Sieyès en 1789, "ce n'est point la nation que l'on constitue, c'est son établissement politique" (apud Carré de Malberg, ob. cit., tomo II, págs. 488, nota 3, y 522).

(21) A este respecto, observa Carré de Malberg que todo órgano, incluso el llamado a ejercer el poder constituyente, procede esencialmente de la Constitución y deriva de ella su capacidad. Desde tal punto de vista, cabe incluso decir que, propiamente hablando, no existe ningún órgano constituyente: en el Estado no hay más que órganos constituidos. Así, la noción jurídica de poder constituyente implica la preexistencia de un cierto orden y de una cierta organización constitucionales. Y concluye: el poder constituyente no puede concebirse como un poder de naturaleza jurídica más que si encuentra su fundamento en un orden estatutario anterior y se ejerce conforme al mismo (ibidem, loc. cit., págs. 500 y 504).

(22) Acerca del carácter fáctico del poder constituyente originario, véase Carré de Malberg, ibidem, loc. cit., págs. 491 y siguientes. Para Carré, el derecho constitucional presupone siempre una Constitución en vigor. Por derecho constitucional hay que entender, dice, no un derecho que tenga por objeto constituir el Estado, sino un derecho que no existe más que en un Estado ya constituido y provisto de órganos regulares. El jurista no ha de buscar principios constitucionales fuera de las Constituciones positivas. Más allá de la Constitución no hay sino lo fáctico (cfr. págs. 499-500).

(23) La doctrina más completa y radical, parcialmente de inspiración rousseauniana, sobre el poder constituyente originario --y permanente-- de la nación es, como bien se sabe, la del abate Sieyès, que, no obstante, fue moderándose y adaptándose a las azarosas contingencias de la Revolución francesa. A propósito de tal doctrina y de su evolución, así como de su aceptación o rechazo en la historia del constitucionalismo, vid. la amplia exposición crítica de Carré de Malberg (ib., loc. cit., págs. 521-535) y el magnífico estudio de Paul Bastid Sieyès et sa pensée (Hachette, París, 1970, págs. 391 y ss, 429 y ss., 587 y ss. et passim). En nuestra doctrina, y entre otros, se han ocupado de analizar esa teorización y sus repercusiones Ramón Máiz (cfr. Estado constitucional y gobierno representativo en E.J.Sieyès, "Revista de Estudios Políticos", núm. 72, 1991,

págs. 57 y ss.) y Joaquín Varela (cfr. Algunas reflexiones sobre la soberanía popular en la Constitución española, "Revista Española de Derecho Constitucional", núm. 36, 1992, págs, 96 y ss.).

(24) Lo propio sostiene Joaquín Varela, para quien la conciliación mencionada sería imposible si en la interpretación del art. 1.2 CE se partiese del dogma de la soberanía popular. Entonces la soberanía "recaería *uti singuli* en todos y cada uno de los españoles, lo que impediría explicar por qué, siendo cada uno de ellos soberano, están todos en su conjunto y cada uno de ellos por separado sometidos al ordenamiento. Incluso partiendo del pueblo como un todo, la conciliación del artículo 1,2 y del 9,1 seguiría siendo imposible desde los esquemas de la soberanía popular al concebirse al pueblo español como un sujeto realmente existente, anterior y superior al ordenamiento. Sólo, pues, desde los postulados del principio de soberanía nacional es posible conciliar ambos preceptos" (ob. ult. cit., pág. 88).

(25) La cuestión de los *poderes implícitos* concierne únicamente, en principio, a la interpretación constitucional, no al ámbito de la Teoría de la Constitución en que nos estamos moviendo. Es claro, no obstante, que la existencia de dichos poderes no habrá de fundamentarse más que en los que expresamente la Constitución otorga, los cuales resultan su presupuesto inexcusable y aquellos para cuya mayor eficacia se reclaman los de carácter inherente.

(26) Véanse, al respecto, Carré de Malberg, ob. cit., tomo II, págs. 194 y ss. et passim, y De Otto, Nación, ob. cit., págs. 800 y ss.

(27) En nada resultan ilustrativos los antecedentes parlamentarios de un precepto que, como el art. 117.1 CE, permaneció invariable desde el Anteproyecto de Constitución y apenas fue objeto de debate.

(28) Véase al respecto Ramón Punset, Las Cortes Generales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, págs. 15 y ss.

(29) Según la cual "los representantes nombrados en los departamentos no serán representantes de un departamento en particular, sino de la Nación entera, y no podrá dárseles mandato alguno" (Título III, Capítulo I, Sección III, art. 7).

(30) "Le néant ne peut pas être représenté", escribe Carré de Malberg, quien se ocupa ampliamente del problema de la representación parlamentaria de la nación soberana: cfr. ob. cit., tomo II, págs. 203, 213-217, 221-231, 242-243 et passim.

(31) Hans Kelsen, Esencia y valor de la democracia, traducción castellana de la 2ª edición alemana por R. Luengo Tapia y L. Legaz Lacambra, Labor , Barcelona, 1934, pág. 53.

(32) Se trata de las siguientes: 1) elección "por sufragio universal" del Congreso de los Diputados (art. 68.1), siendo "electores... los españoles que estén en pleno uso de sus derechos políticos" (art. 68.5); elección de la mayor parte de los Senadores por los "votantes" de cada provincia mediante sufragio universal (art. 69.2) y por las "poblaciones" de Ceuta y Melilla; elección de los Concejales " por los vecinos del municipio mediante sufragio universal" y de los Alcaldes "por los Concejales o por los

vecinos" (art. 140); y elección de las Asambleas legislativas autonómicas previstas en el art. 152.1 también a través del sufragio universal. 2) Previsión de diversas modalidades de intervención popular mediante referéndum o plebiscito: referéndum consultivo de "todos los ciudadanos" (art. 92.1); referéndum de iniciativa autónómica de los "electores de cada provincia" (art. 151.1); referéndum del "cuerpo electoral de las provincias comprendidas en el ámbito territorial del proyectado Estatuto" (art. 151.2-3º y 5º); referéndum de reforma estatutaria "entre los electores inscritos en los censos correspondientes" (art. 152.2); referendos de ratificación de la reforma constitucional (arts. 167.3 y 168.3); y referéndum de ratificación de la iniciativa de incorporación de Navarra "al Consejo General Vasco o al régimen autonómico vasco que le sustituya" (disp. trans. 4ª.1).

(33) Véase, por ejemplo, la participación de "los ciudadanos... en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado..., así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales" (art. 125).

(34) Cfr. Lecciones..., ob. cit., pág. 215. No otra cosa había observado ya Carré de Malberg, para quien el principio de la soberanía nacional en modo alguno significa realmente que el poder del Estado tenga su sede efectiva en la nación (cfr. ob. cit., tomo I, pág. 88, nota 4). Lo que ese principio pretende --señala-- no es tanto afirmar la existencia de un poder *activo* de la nación cuanto limitar y subordinar a condiciones restrictivas el poder en realidad ejercido por las autoridades nacionales. La posición superior conferida a la nación no dimana, pues, del reconocimiento de un poder activo que ejercería efectivamente por sí misma, sino del carácter derivado, condicionado y subordinado de sus órganos (cfr. ibidem, loc. cit., pág. 194, nota 28).

(35) Cfr. ibidem, loc. ult. cit., y tomo II, págs. 168-169 (nota 2), 171-172, 176-178, 357, 492 (nota 6) et passim. La idea de preeminencia de la nación, estima además Carré, aparece así como puramente negativa, para cuya expresión no resulta sorprendente que se haya elegido el nombre, también negativo, de "soberanía" (cfr. tomo I, pág. 194, nota 28).

(36) Cfr. ob. cit., tomo II, pág. 172.

(37) Cfr. ibidem, loc. cit., pág. 178. V. igualmente págs. 111, 141, 194 et passim.

(38) Como afirma Ignacio De Otto, "el principio de la soberanía del Estado no implica nada respecto de la separación de poderes, no excluye la posibilidad de afirmar la existencia de un órgano supremo de poderes ilimitados y no implica la separación entre poder constituyente y constituido. Nada se opone a que ambos poderes recaigan en un mismo órgano, sin necesidad de establecer ni siquiera diferencias procedimentales en el ejercicio de uno y otro. Nada se opone tampoco a que un órgano del Estado tenga todos los poderes y los demás sean considerados como delegados de él, tal como ocurría con el monarca en la doctrina clásica alemana. No se excluye tampoco un poder del electorado de vincular imperativamente a los diputados, ni una omnipotencia de la asamblea legislativa respecto de todos los demás órganos, como ocurre en el régimen llamado de asamblea" (Nación, ob. cit., págs. 802-803).

(39) De Otto lo expresa de la siguiente manera: "... la atribución de la soberanía al Estado, sin pasar por el concepto de nación, supone por su mismo carácter puramente

jurídico una neutralidad política que el dogma de la soberanía nacional no tiene..." (ob. ult. cit., pág. 803). Más ampliamente expuesto: si se sustenta "la tesis, única lógicamente correcta, según la cual la soberanía es una cualidad del propio ordenamiento", "también entonces resultan privados de la cualidad de soberanos los órganos y sujetos que operan en el ordenamiento, también entonces es posible distinguir entre titularidad y ejercicio, someter éste a límites, dividir los poderes, establecer derechos subjetivos, etc. Todo ello es posible a partir de la soberanía del ordenamiento, pero no necesario. Y aquí radica el sentido político de la doctrina de la soberanía nacional o popular: a partir de ella no se trata sólo de la posibilidad de establecer esas distinciones, sino de la necesidad política de llevarlas a cabo y de la necesidad de dar una determinada estructura al ordenamiento" (Lecciones..., ob. cit., pág. 267).

(40) Cfr. ob. cit., tomo II, págs. 545-548.

(41) Vid. ibidem, loc. cit., págs. 551-552, 604-605 y 616.

(42) Las asambleas constituyentes basadas en el concepto de soberanía nacional -- argumenta Carré-- no disponen de la totalidad del poder de la nación, pues ninguna autoridad, por muy alta que se halle situada, puede pretender absorber en sí la soberanía, la cual no pertenece más que a la nación. Tales constituyentes sólo ejercen, por cuenta de la nación, el poder de establecer las autoridades constituidas. Como de la Constitución nacional únicamente han recibido la función constituyente, nada pueden pretender hacer en el ámbito de las funciones constituidas o de aquellas que vayan a constituir. Así, pues, en el sistema de la soberanía nacional, el principio de la separación del poder constituyente no sólo significa que las asambleas legislativas carecen de toda potestad constituyente, sino también que la asamblea constituyente se encuentra
excluida de la potestad legislativa (ob. cit., tomo II, pág. 549). En cierto sentido, incluso cabe decir que la asamblea constituyente no posee ningún poder, toda vez que no resulta admisible que ejerza ni el legislativo, ni el ejecutivo ni el judicial, debiendo circunscribirse a crear las autoridades llamadas a desempeñar ese ejercicio y desapareciendo tan pronto como haya cumplido su misión. Tales son, concluye Carré de Malberg, las "consecuencias racionales" del principio de la soberanía nacional (ib., loc. cit., págs. 550-551).

(43) Carré de Malberg, ob. cit., tomo II, págs. 604-605.

(44) Vid. ibidem, loc. cit., págs. 549-550.

(45) Sobre esto, vid. R. Punset, El control jurisdiccional de la actividad de las Asambleas parlamentarias y del estatuto de sus miembros en el Derecho español, "Revista de las Cortes Generales", núm. 5, 1985, págs. 35 y ss.; especialmente, págs. 43-50.

(46) Sobre la desigualitaria posición del poder judicial en el influyente texto constitucional mencionado, véase Carré de Malberg, ob. cit., tomo II, págs. 277-281 et passim.

(47) Apud R. Máiz, ob. cit., pág. 63.

EL PODER CONSTITUYENTE CONSTITUIDO
La limitación del soberano*

Juan Luis Requejo Pagés

I. Poder constituyente y poder de revisión. II. La posibilidad de la reforma y sus procedimientos. III. Los límites del poder de reforma y su garantía. 1. Límites preconstitucionales. 2. Límites constitucionales.
3. Límites postconstitucionales. IV. La reforma inconstitucional. El ordenamiento tras la reforma.

I. Poder constituyente y poder de revisión.

Si el poder constituyente se concibe como absoluto, ilimitado y omnímodo, el eventual *poder de reforma* que él mismo constituye aparece como esencial y radicalmente condicionado, tanto en su existencia como en la definición y alcance de sus facultades. Se trata, en efecto, de un poder *constituyente*, pues de él han de resultar normas de forma y rango constitucionales, fundamentadoras de la validez de las normas posteriores del sistema y determinantes de la aplicabilidad futura de las normas anteriores del mismo y de las integradas en otros sistemas internos previos(1); serán, al tiempo, normas que podrán imponer a los órganos constituidos la obligación de denunciar internacionalmente la aplicabilidad de normas externas ya integradas(2).

Pero se trata, también, de un poder *constituido*, lo que supone que está condicionado, en su existencia misma y en sus facultades, por el poder constituyente originario. Sin embargo, ese condicionamiento positivo puede resultar tan irrelevante como el que desde el punto de vista lógico afecta a este último constituyente; muy especialmente si, como sucede en nuestro caso, la Constitución no ha previsto procedimientos jurisdiccionales de control de la reforma. No obstante, y aun cuando existan mecanismos de garantía de la corrección procedimental de la actuación del poder de revisión, el condicionamiento positivo que padece el *constituyente constituido* no se extiende más allá del momento en el que la nueva norma constitucional se incorpora a la cúspide del sistema. Con esa incorporación, la obra del constituyente
constituido se confunde con la del constituyente originario y es, como ésta, inaccesible a toda afectación por parte de los poderes constituidos.

La verdadera diferencia entre el poder constituyente y el poder de reforma radica en que, derivando ambos su existencia de un poder jurídico -aquél, de la norma que lo erige y lo habilita para elaborar una Constitución(3); éste, de las normas constitucionales reguladoras de la reforma-, la actuación de este último está sometida a normas positivas garantizadas en su indemnidad por órganos constituidos, habilitados para el enjuiciamiento de cada singular reforma y para decretar la inconstitucionalidad de la que no se haya verificado en los términos constitucionalmente queridos. Ahora bien, esa diferencia se diluye en ausencia de controles previos. Y, en todo caso, incluso de existir esos controles, la promulgación de la nueva norma constitucional implica la imposibilidad de todo enjuiciamiento posterior, pues, como tal norma constitucional, ha de ser tenida por norma incondicionada en su validez; validez que, aunque -en un ejercicio imposible- fuera considerada como un efecto causado por una norma positiva superior, no podría ser fiscalizada por ningún órgano constituido. Lo contrario sería tanto como admitir que el efecto puede operar sobre la causa(4).

En realidad, el poder constituyente constituido sólo es lo segundo mientras no

entre en vigor la norma por él elaborada; a partir de ese momento es únicamente lo primero y con el mismo título que el constituyente originario. Y si cuando opera como poder constituido no hay garantías suficientes de control de la constitucionalidad de su proceder, será, *ab initio*, un verdadero poder de Constitución. La inobservancia de los procedimientos constitucionales de reforma habrá de suponer una cesura en la sucesión lógica de normas constitucionales, pero será ése un hiato positivamente imperceptible y, desde luego, irrelevante. Tanto como pueda serlo la ruptura explícita con el orden precedente. En último término, todo habrá de depender de la eficacia del poder que así se impone. Y la eficacia, como se sabe, no es condición de la validez, pero sí el criterio internacionalmente utilizado a los fines de *tener por válida* una Constitución nacional. La infringida seguirá siendo válida, pero no aplicable.

El examen de los procedimientos de reforma previstos en la Constitución española de 1978 y de los mecanismos de garantía que en ella (parca e indirectamente) se establecen ha de servir, en lo que sigue, para poner de manifiesto, de un lado, que el poder de los arts. 166 y ss. de la Constitución es un auténtico poder constituyente (apenas constituido), y, de otro, que sobre él actúan antes condiciones pre- y extraconstitucionales que límites *ex Constitutione*; cuando menos, estos últimos resultan ser, a la postre, apenas efectivos.

II. La posibilidad de la reforma y sus procedimientos.

El constituyente originario puede haberse decidido, en punto a la eventual revisión de la Constitución, por múltiples opciones; desde la exclusión misma de la reforma(5) hasta la posibilidad de una revisión total y únicamente sometida a condiciones formales que se reducen al puro nominalismo(6), pasando -entre ambos extremos- por la permisión de revisiones, parciales o de conjunto, encauzadas a través de procedimientos específicos y agravados.

El constituyente de 1978 ha optado, de entrada, por la posibilidad de la reforma. Y la permite, además, sin más condicionamientos que los sustanciados en la exigencia de que la revisión se verifique a través de procedimientos distintos de los propiamente legislativos, sin que operen otros límites sustantivos que los que determinan el encauzamiento de la reforma por uno u otro de los dos procedimientos revisorios instaurados en el Título X. Límites, por tanto, que no son, en esencia, sino límites procesales.

La Constitución no ha previsto, en efecto, límites materiales a su revisión total; la única condición viene dada por la previsión de que una reforma de esa especie se verifique a través del procedimiento regulado en su art. 168. No me parece, por tanto, que sea discutible la afirmación de que el *poder constituyente* constituido en ese precepto es un poder que lo puede todo, pues nada le prohíbe el constituyente originario. Desde luego, nada le prohíbe *expresamente*, y eso es lo único *jurídicamente* relevante, por más que desde otras perspectivas sea posible deducir los que se vienen en denominar límites *implícitos*(7). Atendidos en su sustancia, es perfectamente viable deducir de los principios estructurales formalizados en la Constitución no pocos límites de orden lógico a una revisión total. El principio democrático es, sin duda, el más útil a esos fines. Sin embargo, por encima de la lógica *stricto sensu* -de la lógica normativa- está, siempre, la lógica positiva, esto es, la impuesta por la *expresa* voluntad constituyente(8), frente a la que nada pueden límites que, por más que se califiquen de

implícitos, no son sino los *queridos* por el intérprete. Y éste no puede querer ahí donde el constituyente, expresamente, no ha querido(9).

Una reforma de la Constitución de 1978 realizada con arreglo al procedimiento previsto en el art. 168 sin respeto alguno a esos condicionamientos de la lógica será una reforma positivamente intachable, reconducible, por imputación, a la voluntad del constituyente originario. Supondrá, si se quiere, una ruptura con la lógica y, desde esa perspectiva, podrá hablarse de una cesura en la continuidad; pero, desde el punto de vista positivo, único jurídicamente relevante, la continuidad es indiscutible.

Los únicos límites que cabe oponer al poder constituyente constituido son, en consecuencia, los expresamente queridos por el constituyente originario. Y estos se reducen a los que imponen uno u otro procedimiento de reforma (el simple y el agravado) en función de los preceptos constitucionales que hayan de ser objeto de revisión. Se trata, sin embargo, como es sabido, de límites más bien confusos. A ello se suman dos problemas que terminan por reducir al Título X a un complejo normativo más que abigarrado y de muy discutible operatividad; me refiero, de un lado, a la posibilidad (positiva) de que el procedimiento agravado sea objeto de reforma por vía del art. 167; de otro, a la inexistencia de un procedimiento jurisdiccional de control previo de cada singular reforma.

La confusión en los límites trae causa del hecho de que el procedimiento del art. 168 se reserva para aquellas reformas que se entienden de mayor calado, sea porque con ellas se pretende la promulgación de una *nueva* Constitución(10), sea porque han de verse afectados conjuntos normativos que para el constituyente originario representan un núcleo de decisiones que, por referirse a elementos vertebradores de la convivencia, requieren del mayor grado posible de consenso(11). La duda surge si se repara en que la reforma de muchos de los preceptos cuya revisión ha de encauzarse por el art. 167 puede afectar sustancialmente al contenido de otros sólo reformables a través del art. 168. Tal es el caso, por ejemplo, del art. 117, cuya desaparición o sustitución por un precepto que no reconociera el principio de independencia judicial redundaría en claro perjuicio de uno de los elementos definidores de la cláusula del Estado de Derecho, incluida en la parte del texto constitucional sometida al procedimiento agravado(12).

Se trata, sin duda, de un problema de interpretación y, como tal, resoluble a partir de la técnica de la interpretación sistemática(13). Pero es de señalar que, como habrá de verse de inmediato, sobre esta materia es inútil confiar en los dictados del intérprete supremo de la Constitución, y no hay, por tanto, interpretación auténtica alguna.

Otra de las dificultades planteadas por el Título X radica en que, previéndose dos procedimientos de reforma diferenciados en función de los preceptos objeto de revisión y del grado de complejidad procesal característico de cada uno de ellos, es perfectamente posible, atendida la literalidad de los arts. 167 y 168, que el procedimiento más agravado sea revisado a través del más sencillo. La imposibilidad de esa reforma puede predicarse desde la lógica o desde la conveniencia política(14), pero nada cabe objetar desde la dimensión positiva, única -insisto- jurídicamente relevante y, como tal, atendible. En todo caso, también aquí la inexistencia de controles jurisdiccionales previos hará inútil todo intento de deducir una inclusión implícita del art. 168 en su propio enunciado.

Cuál sea el verdadero sentido de conjunto de los preceptos que disciplinan la reforma, cuál el alcance de sus referencias materiales y cuáles, en definitiva, las exigencias que de ella resultan para el poder de reforma son, todas ellas, cuestiones sobre las que cabe cualquier entendimiento, pero ninguna interpretación auténtica. Al menos al día de hoy y a salvo la forzada posibilidad de control que podría construirse a partir de los actuales procedimientos de control de la constitucionalidad.

En efecto, la Constitución no ha dispuesto mecanismo alguno de garantía de los preceptos reguladores de su reforma(15). Tampoco, pudiendo hacerlo, lo ha previsto el legislador orgánico del Tribunal Constitucional. Así las cosas, no es ya que sea imposible el control jurisdiccional de las normas resultantes de la reforma(16): es que ni siquiera hay forma de fiscalizar al poder de reforma cuando aún es un poder *constituido* y antes de convertirse en *constituyente*. Y si el control no es factible entonces no ha de serlo en momento alguno(17).

Lo anterior supone que, en último término, el poder de reforma de la Constitución de 1978 es un poder tan libre como el constituyente originario, pues los límites que se le oponen pueden ser transgredidos sin consecuencia jurídica invalidante de ningún género(18). Con todo, y por más que los límites constitucionales al poder de reforma terminen por ser inoperantes, hay otros -éstos *extra Constitutionem*- que, respaldados en su efectividad por órganos jurisdiccionales de garantía, resultan infranqueables. Veámoslos.

III. Los límites del poder de reforma y su garantía.

Con carácter general, los posibles límites al poder de reforma vienen dados por la Constitución misma objeto de revisión, por normas anteriores a esta última y por normas postconstitucionales. En último término, sin embargo, los distintos límites se reducen al representado por las normas internas -cualquiera que sea su origen- que hayan hecho posible la integración en el Ordenamiento de normas indisponibles en su condición de aplicables. Yendo, si se quiere, más allá, el límite último procede del Derecho Internacional, pues a él se debe el principio de la aplicación preferente -y unilateralmente irrevisable por el Estado- de sus propias normas(19).

La operatividad de cada uno de esos límites ha de depender, obviamente, de la existencia de mecanismos de garantía del condicionamiento al que con ellos se somete al poder de revisión. En el caso español, a mi juicio, los límites propiamente constitucionales se reducen a los que ordenan la reforma por uno u otro de los procedimientos ideados en su Título X y no disfrutan de ninguna garantía específica. Sin embargo, y a la postre, ha de verse que los controles que pudieran instaurarse -tanto para asegurar la indemnidad de los límites internos como los que efectivamente existen en beneficio del respeto de los foráneos- nada pueden frente a una revisión constitucional antijurídica si el constituyente constituido termina por mostrarse como lo que realmente es: un poder sin más límites que los dictados desde la eficacia(20).
Veamos ahora los límites antes señalados y sus diversas garantías.

1. Límites preconstitucionales.

Los límites que en su momento condicionaron al poder constituyente originario limitan, también, al constituyente constituido. Esos límites, según se ha visto, se cifran

en la imposibilidad de afectar en su validez a todas las normas ya integradas en el Ordenamiento, pues la existencia de las mismas no ha de derivar de la Constitución revisada, sino de cada uno de los poderes constitutivos de cuya articulación resulta el conjunto del Ordenamiento, y aquélla sólo será causa de la validez de las que en el futuro se elaboren en el sistema normativo constitucional.

Del poder de revisión habrá de resultar una norma que podrá determinar la inaplicabilidad de las normas anteriores puramente internas o imponerles -exclusivamente frente a las futuras normas propias- un régimen de aplicación subordinada a la preferente de las normas que en ella fundamenten su existencia y, en todo caso, condicionada al respeto de exigencias de orden sustantivo, nunca procedimental. Podrá, también, exigir de los órganos constituidos(21) la denuncia de los Tratados hasta entonces aplicados al objeto de que desde el sistema normativo competente (el internacional) se acuerde su inaplicabilidad *pro futuro* en el ámbito interno.

Quiere esto decir que el poder de reforma, aun constituido por el que aquí llamo constituyente originario, está, en realidad, condicionado por otros poderes constituyentes, de manera que las decisiones adoptadas por éstos en el pasado respecto de la integración de normas externas perviven, en sus efectos, más allá de las sucesivas Constituciones nacionales. Se trata, además, de un condicionamiento más efectivo que el que, en el caso de la Constitución española de 1978, representa el formalizado en su
Título X, pues éste no disfruta de las garantías que sí rodean al primero, toda vez que las decisiones del constituyente del pasado en relación con la aplicabilidad de normas internacionales están aseguradas por los órganos tutelares del propio sistema internacional, los cuales, llegado el caso de una decisión del poder de reforma contraria a la aplicación de una norma externa ya aplicable (y no sustanciada a través del mecanismo de la denuncia), decretarán la persistencia de su aplicabilidad y el carácter preferente de su aplicación frente a cualquier norma de procedencia exclusivamente interna(22). De esta forma, las integraciones normativas verificadas bajo la Constitución de 1931, por poner un ejemplo, en la medida en que no hayan sido revisadas *en* y *desde* el Derecho Internacional, han producido como efecto la subsistencia de un poder constituyente al que la rebelión militar no pudo, al menos en ese punto, hacer desaparecer(23).

2. Límites constitucionales.

El límite más radical, y también el menos efectivo, es el que prohíbe, desde la Constitución misma, toda reforma, bien del conjunto, bien de algunas de sus partes, pues con esa prohibición se hace imposible la fundamentación de una reforma en la voluntad del constituyente originario(24).
Si el límite a la reforma es absoluto, toda alteración constitucional merecerá la misma consideración que un golpe de Estado. El resultado, trátese de una modificación absoluta o sólo parcial, será, en todo caso, una nueva Constitución cuyo origen ha de encontrarse en un poder que para el nuevo orden será constituyente y desde el violentado sólo puede ser tenido por constituido(25) e infractor. Si el límite es, por el contrario, relativo o parcial, su operatividad habrá de depender, según se ha visto, de la existencia de mecanismos de control preventivo y será inevitable la confusión -sólo resoluble por el órgano habilitado para la fiscalización de la reforma en el momento de su gestación, verdadero poder constituyente en tanto que intérprete indiscutible de los

preceptos constitucionales y definidor, por ello, de su contenido- en punto a la eventual expansividad de las prohibiciones expresas de reforma. En todo caso, la transgresión del límite supone, como en el supuesto de la prohibición absoluta, la instauración de una nueva Constitución.

Ha de tenerse en cuenta, con todo, que sólo cabe hablar de verdaderos límites constitucionales a la revisión constitucional -total o parcial- cuando los mismos se cifran en prohibiciones de reforma para cuya infracción se ha previsto una sanción(26). Y ésta sólo es posible, obviamente, si existe alguna suerte de control previo. En consecuencia, de no haberse configurado las prohibiciones de reforma como condiciones desencadenantes de la sanción de nulidad de las normas que las contravengan, los límites a la revisión no pueden ser tenidos por límites jurídicos, sino, cuando más, por prohibiciones de orden político. Por ello, el hecho de que, en nuestro caso, la Constitución no haya ideado un mecanismo de control previo de los procedimientos de reforma del Título X, siendo así que todo control *a posteriori* es, por definición, inviable, supone que, en última instancia, los arts. 167 y 168 no contienen verdaderas normas de Derecho, sino simples directrices jurídicamente no vinculantes(27) o que, en su caso, agotan su virtualidad jurídica en la circunstancia de hacer imposible la juridificación infraconstitucional de determinados contenidos. Supone, en definitiva, tanto como que la reforma constitucional sea, en principio, *jurídicamente libre*, sin más exigencia que la de que se formalice como tal, esto es, que se incorpore al Ordenamiento bajo la égida de la forma y rango constitucionales(28).

En realidad, los límites constitucionales a la reforma no son, cuando no se han previsto controles preventivos, otra cosa que límites a la actuación, en el ámbito de la legalidad, de los poderes constituidos, pues, careciendo de virtualidad -en ausencia de sanción- para constreñir al poder constituyente derivado, únicamente operan como verdaderos límites de Derecho frente a los poderes cuya actuación puede ser objeto de revisión jurisdiccional, circunstancia que sólo concurre en el supuesto de que la voluntad del órgano se formalice en una norma infraconstitucional. Ahora bien, para estos fines no es indispensable la previsión de cauces de reforma, pues la misma consecuencia se desprende, sin más, de la supremacía de las normas constitucionales. La existencia de procedimientos de revisión no asegura ni refuerza esa supremacía, sino que permite la distinción entre la infracción y el cambio e impide la sanción de las tentativas de reforma cuando éstas se encuentran en curso(29) .

3.- Límites postconstitucionales.

Frente al poder constituyente constituido nada pueden -salvo si se han previsto controles jurisdiccionales preventivos suficientes- los eventuales límites que haya pretendido oponerle el constituyente originario. Tanto menos han de poder los instaurados por los poderes constituidos, de manera que, tras la Constitución, sólo pueden erigirse obstáculos a la reforma procedentes de normas internacionales integradas en el Ordenamiento a través de los procedimientos de incorporación previstos por el constituyente y operados por los órganos que éste ha habilitado a los fines de la integración. Son, por tanto, los postconstitucionales, en este punto, límites de la misma especie que los que condicionan al constituyente originario; con una -
aparente- diferencia.

A los representados por las normas de procedencia externa (salvaguardadas en su juridicidad por los órganos tutelares de los sistemas internacionales) y por las normas internas preconstitucionales (huérfanas de garantía jurídica por causa de la desaparición de sus órganos de salvaguardia) habría de añadirse el límite cifrado, cuando existe, en el órgano de control del procedimiento de reforma(30). Como quiera que durante la sustanciación de la reforma su sujeto es, a todos los efectos, un poder constituido -que sólo se demuestra *constituyente* en el momento de la incorporación al Ordenamiento de la norma constitucional reformada-, el órgano que ha de velar por el correcto desarrollo procedimental de la reforma y erigirse, por ello, en intérprete último de los límites que han de condicionarla por voluntad constituyente, resulta ser un auténtico poder de Constitución que, lejos de limitarse a la función de garantía de los límites constitucionales *stricto sensu*, puede oponer al poder de reforma limitaciones no previstas por el constituyente originario. Así sucedería, por ejemplo, si, en nuestro caso
-y admitida la posibilidad del control previo a través del recurso de amparo-, el Tribunal Constitucional sostuviera la existencia de límites implícitos a la reforma o concluyera que al elenco enumerado en el art. 168 han de sumarse aquellos preceptos que, siendo instrumentalmente necesarios para la definición de los principios cuya reforma ha de seguirse por el procedimiento agravado, aparecen remitidos, sin embargo, para su revisión, al art. 167.

Sin embargo, por más que el Tribunal Constitucional identificara límites a la reforma que el constituyente originario no ha hecho explícitos o, más aún, opusiera al poder de revisión (cuando todavía es un poder constituido) límites expresamente excluidos en el texto constitucional, no podría hablarse, en puridad, de límites postconstitucionales o ajenos al constituyente, pues, en último término, la Constitución no dice otra cosa que lo que su intérprete supremo le atribuye ni la voluntad de éste es, en último término, distinta de la del constituyente(31). En consecuencia, los únicos límites verdaderamente postconstitucionales frente al poder de reforma son, como para el caso del constituyente originario, los representados por las normas internacionales incorporadas tras la Constitución objeto de revisión. Sin olvidar, obviamente, el límite, también común, que al poder de reforma ha de oponerse (esta vez por exigencias de la lógica) en punto a la afectación de la validez -no de la aplicabilidad ni de su régimen de aplicación- de las normas internas precedentes.

IV. La reforma inconstitucional. El ordenamiento tras la reforma.

La inconstitucionalidad es una condición que sólo cabe predicar de los actos del poder de reforma cuando éste es aún un poder *constituido*; si se quiere, que sólo puede atribuirse al procedimiento de reforma, nunca a su resultado, esto es, a la Constitución reformada, fruto ya de un poder *constituyente*. Ello supone, como ha quedado dicho,
que no hay más límites constitucionales a la revisión que los garantizados por medio de controles preventivos capaces de abortar todo procedimiento de reforma no acomodado a los constitucionalmente previstos.

Lo anterior ha de entenderse, como es obvio, desde la perspectiva del Derecho positivo, pues, evidentemente, la inconstitucionalidad puede también predicarse del resultado de la reforma -y no sólo de su procedimiento- si ésta es objeto de enjuiciamiento desde el punto de vista lógico-jurídico. En términos de estricta lógica, el juicio que ha de merecer una revisión constitucional puede no coincidir, en absoluto, con el que resulte de su consideración en clave positiva. Así, una reforma ajustada a las prescripciones positivas del texto constitucional y tenida por constitucionalmente

conforme por el órgano de garantía de tales prescripciones puede ser *lógicamente* incorrecta y suponer antes la ruptura con la Norma fundamental que su simple revisión. Tal sería el caso, por ejemplo y en nuestro caso, de una reforma ex art. 167 que suprimiera el principio de independencia judicial; con ello, respetándose la dicción literal de los arts. 167 y 168 de la Constitución, se estaría conculcando la lógica del segundo de los preceptos, toda vez que aquel principio se cuenta entre los que definen el contenido último de la fórmula del Estado de Derecho, sólo revisable a través del procedimiento agravado. Sin embargo, esa reforma sería *positivamente* incuestionable, y, por más que -en términos lógicos- la nueva Constitución no pudiera traer causa de la reformada, la continuidad positiva -única relevante en Derecho(32)- habría quedado garantizada.

La continuidad positiva no tiene, en consecuencia, por qué coincidir con la continuidad lógica. Aquélla, además, sólo se interrumpe si así lo estima -en el único momento en que puede pronunciarse al respecto, esto es, con anterioridad a la incorporación al Ordenamiento de la norma reformada- el órgano de garantía de los límites impuestos al poder de revisión. Y si no se ha previsto un control previo -sea por indiligencia o por consecuencia(33)-, la continuidad positiva resulta de imposible interrupción, toda vez que, en puridad, no cabría hablar de límites positivos a la reforma, pues la carencia de mecanismos de tutela hace de las objeciones constitucionales a la revisión simples límites metajurídicos o, cuando más, reducidos en su eficacia al ámbito de la legalidad.

Así las cosas, no puede hablarse, en ningún caso, de reforma inconstitucional de la Constitución, sino únicamente, y en el mejor de los supuestos, de *tentativas* inconstitucionales de revisión que, así calificadas con ocasión de su enjuiciamiento cuando aún son tales, no llegan a perfeccionarse en norma alguna. Podrá decirse, desde luego, que la reforma ha quebrado el vínculo lógico con las normas constitucionales o que, atendido el alcance político de la misma, se ha operado una modificación fraudulenta del texto constitucional(34). Pero son ésas consideraciones en todo ajenas a lo jurídico.

Una vez perfeccionada y cumplida, la reforma puede ser, sin embargo, objeto de otro juicio, al margen del estrictamente constitucional. Se trata del que haya de merecer desde los sistemas internacionales de los que proceden las normas externas incorporadas al Ordenamiento por la Constitución objeto de reforma o por otras Constituciones precedentes. Ese juicio no puede ser, obviamente y de acuerdo con todo lo dicho, de validez; y tampoco de aplicabilidad, sino únicamente de régimen de aplicación. Serán los órganos tutelares del sistema externo los que determinen si los nuevos términos de la Constitución son o no compatibles con el conjunto de las obligaciones internacionalmente asumidas por el Estado, en el sentido de que la aplicación de las normas internacionales no resulta afectada ni en sí misma ni en su régimen de preferencia frente a las internas.

La desatención de los límites externos por parte del poder de reforma no se traduce en la antijuridicidad de la revisión, pues la obra del constituyente constituido -como la del originario- fundamenta en sí misma, e incondicionadamente, su validez. Esa inobservancia, por lo demás, sólo sería tal en el supuesto de que la nueva Constitución dispusiera, expresamente y con efectos inmediatos, la inaplicación o aplicación subsidiaria de las normas externas ya incorporadas al Ordenamiento; más precisamente,

si prohibiera que los órganos constituidos interpretaran el nuevo régimen de aplicación de normas en otros términos que los jurídicamente obligados, esto es, como un régimen condicionado en su operatividad al éxito de la denuncia del Tratado en el marco del sistema externo. Fuera de ese supuesto -de verdadera infracción del orden jurídico internacional y, por tanto, sólo resoluble, a la postre, en términos de eficacia-, toda reforma de la Constitución que se cifre en la instauración de un nuevo modelo de aplicación de las normas externas ha de interpretarse antes como un mandato de actuación jurídica en el sistema normativo externo que como una desatención deliberada de las exigencias resultantes de la integración de normas internacionales. En consecuencia, la verdadera infracción del Derecho internacional vendrá dada, bien por la reforma que prohíba el proceder de los órganos constituidos con arreglo a las prescripciones de ese Derecho, bien por la negativa de esos órganos ha ajustarse a ese procedimiento cuando la Constitución, implícitamente, le obliga a observarlo(35).

Una vez reformada la Constitución, y se haya verificado la reforma de manera lógicamente congruente o en clave de inconsecuencia, seguirá siendo irrelevante, como sucedía con la Constitución originaria, la fundamentación positiva de la Norma fundamental y el hecho de que pueda o no identificarse un principio de continuidad positiva con el orden previo a la reforma, pues, a todos los efectos, el fundamento positivo de aquella norma reside en su sola existencia y posición(36). Ello no significa, sin embargo, que el Ordenamiento, en su conjunto, no siga estando atravesado por una cierta continuidad, pues también tras la reforma han de subsistir, como parte del mismo, las normas externas ya incorporadas, del mismo modo que las relaciones entre las normas internas anteriores a la reforma y las posteriores a ella han de estructurarse en los mismos términos en que tuvieron que hacerlo con las precedentes las normas derivadas del constituyente originario.

Así, las normas externas contrarias a los preceptos constitucionales reformados seguirán siendo aplicables (y de preferente aplicación) en tanto no prospere la denuncia que, por causa de aquella contradicción, vienen obligados a formular los poderes constituidos por mandato constitucional. Por su parte, las normas internas posteriores a la Constitución originaria y anteriores a la revisión verán afectada su aplicabilidad, nunca su validez (que sólo trae causa de las normas que condicionaron su procedimiento de producción), en función, únicamente, de su compatibilidad *material* con los nuevos preceptos constitucionales. Finalmente, las normas internas anteriores al constituyente originario continuarán siendo inaplicables si también frente a la Constitución revisada persiste la incompatibilidad sustantiva que les supuso la exclusión del Ordenamiento. Ahora bien -y aquí se demuestra el alcance práctico del debate, tan aparentemente abstracto, en torno a la verdadera naturaleza de las cláusulas constitucionales *derogatorias*-, si la contradicción material con la Constitución desaparece tras la reforma, aquellas normas, *a las que el constituyente originario no pudo privar de validez* -y continúan, por tanto, *existiendo*-, podrán ser de aplicación bajo el nuevo orden constitucional.

La reforma de la Constitución ha de suponer, en la dimensión puramente interna del Ordenamiento, la aplicabilidad de todas las normas previas que no contradigan los nuevos preceptos constitucionales sustantivos, con independencia de que la contradicción con Constituciones pretéritas haya supuesto su inaplicación en algún momento del pasado(37). La reforma significa, en consecuencia, bastante más que la simple revisión del texto constitucional; implica, también -y, quizás, sobre todo-, un

verdadero *reordenamiento* del Derecho precedente, estructurado alrededor del criterio de la compatibilidad sustantiva entre las normas hasta entonces inaplicables y el nuevo texto constitucional. El Ordenamiento resulta ser, así, un continuo que, lejos de quebrarse con cada nueva Constitución (o con las sucesivas revisiones de una misma Norma Fundamental), se reordena con múltiples movimientos de regreso. La verdadera quiebra viene dada, en todo caso, por obra de injerencias de orden fáctico, no jurídico. Y aquí se trata sólo de intentar exponer la lógica positiva del Ordenamiento y sus sistemas.

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

* El presente artículo forma parte de un trabajo más amplio, de próxima publicación en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, y que lleva por título Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente.

(1) Las normas que han recibido su validez de la Constitución antes de la reforma se encuentran frente a la Constitución reformada en una situación equiparable a la de las normas preconstitucionales frente a una nueva Constitución; esto es, su contraste, a efectos de enjuiciamiento, con las nuevas normas constitucionales sólo puede verificarse en el ámbito de lo sustantivo, no de lo procedimental, con la consecuencia de que, caso de contradicción material, seguirán siendo válidas, pero no aplicables. Sin embargo, frente a las normas constitucionales que subsistan tras la reforma siguen operando los mismos condicionamientos sustantivos y procesales, de suerte que su validez -a diferencia de la de las normas preconstitucionales- no es presupuesta, sino contrastable por los órganos jurisdiccionales de garantía. La equiparación entre las normas preconstitucionales y las anteriores a una reforma de la Constitución sólo será absoluta si la reforma es total, pues los órganos constituidos tras la reforma no podrán pronunciarse sobre la validez de las normas anteriores. El poder constituyente constituido habrá resultado un verdadero constituyente originario.

(2) La contradicción material entre la nueva norma constitucional y un Tratado ya incorporado al Ordenamiento ha de resolverse en los mismos términos que la antinomia, también sustantiva, apreciable entre una norma constitucional originaria y una norma internacional. Sobre el particular me he extendido en Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas, Madrid, 1995.

(3) Su condición de poder jurídico sólo puede traer causa, lógicamente, de una norma de Derecho.

(4) Tanto como suponer, también, que dentro de la Constitución formal existen distintos rangos: el de las normas originarias (superior) y el de las producidas con la reforma (inferior). Si así fuera, estas últimas normas no serían constitucionales, pues, por definición, una norma constitucional no conoce norma (positivamente) superior, y, en consecuencia, no se habría reformado la Constitución, sino elaborado una norma infraconstitucional. En sentido contrario, por ejemplo, P. de Vega, La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente, Madrid, 1985, págs. 152 y ss.

El resultado de la reforma sería una norma con rango de ley (ley que, además, por contraria a la Constitución, sería inconstitucional). Esta es la conclusión a la que abocan planteamientos como el de J. Pérez Royo, Las fuentes del Derecho (4ª ed.), Madrid, 1988-, quien sostiene que la reforma de nuestra Constitución se lleva a cabo por medio de *leyes de reforma* (en contra, M. Aragón Reyes, Comentario al art. 161 de la Constitución, en O. Alzaga, Comentarios a las Leyes Políticas, Madrid, 1988, vol. XII, págs. 178 y ss., quien, pese a reconocer el carácter *constitucional* de la reforma, entiende que su control es posible por razón del carácter normativo de la Constitución y de la posición del Tribunal Constitucional) y R. Punset Blanco, El control jurisdiccional de la actividad de las Asambleas parlamentarias y del estatuto de sus miembros en el Derecho español, RCG 5 (1985), págs. 35 y ss., y Normas impugnables y motivos impugnatorios en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes, REDC 43 (1995), págs. 209 y ss. En la misma línea, P. Lucas Murillo -La reforma constitucional, en A. de Blas (comp.), Introducción al sistema político español, Barcelona, 1983, págs. 283 y ss.-, para quien el contenido del art. 75.3 de la Constitución evidencia la condición legal de la norma de reforma. En mi opinión, por el contrario, el hecho de que las Cámaras puedan delegar en las Comisiones Legislativas Permanentes la aprobación de proyectos o proposiciones de ley (art. 75.2), con la excepción, *inter alia*, de la reforma constitucional (art. 75.3) no significa que ésta deba hacerse por ley de las Cámaras; cosa distinta es que la tramitación parlamentaria de la reforma se articule en los términos propios del procedimiento legislativo, pero su resultado ha de ser una norma constitucional. La única reforma experimentada hasta el momento por la Constitución de 1978 no ha servido, con todo, para aclarar las dudas: la modificación del art. 13.2 se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado (núm. 207, de 28 de agosto de 1992) bajo la rúbrica formal de *reforma*. Curiosamente, no se ha optado por la forma *Constitución* o por la de *Ley/Ley de reforma*, sino que se ha ideado una forma insólita: *la reforma*. A mi juicio, la fórmula utilizada debió ser:«*Constitución*, reforma del art. 13, apartado 2, de la Constitución Española, de 27 de agosto de 1992».

(5) A mi juicio, la ausencia de previsiones de reforma equivale a la prohibición constitucional de toda revisión. Sobre este particular, cfr. la interesante polémica entre A. Pace y J. Varela Suanzes en La rigidez de las Constituciones escritas, Madrid, 1995. Sin ánimo de terciar en la discusión, me parece que es preciso distinguir con claridad lo normativo de lo histórico. Jurídicamente, es claro que la inexistencia de previsiones de reforma sólo puede significar la prohibición de la revisión (los poderes constituidos sólo pueden lo que el constituyente les permite); históricamente, por el contrario, es indiscutible que el silencio del constituyente se ha traducido en la reformabilidad de la Constitución por medio de normas que, positivamente, le estaban subordinadas. En ese caso, la conclusión jurídica es la de que el nivel de la constitucionalidad desaparece, confundido con el de la legalidad. Así lo reconoce P. de Vega, La reforma constitucional, cit., págs. 86 y sig. La Constitución deja de ser la norma suprema.

(6) Sería el caso de aquellas Constituciones que no prevén un procedimiento de reforma distinto del legislativo ordinario, pero imponen la exigencia de que la revisión que resulte de ese procedimiento sea, en todo caso, *expresa*. Como explica I. de Otto, Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, Barcelona, 1987, págs. 62-63, esa exigencia puramente nominal representa el *minimum* indispensable que hace posible la diferencia entre la ley inconstitucional y la ley de reforma, pues, de lo contrario, toda ley contradictoria con la Constitución sería una ley de revisión de la Norma

fundamental, con la consecuencia de que el de la legalidad sería, en último término, el estadio positivo superior del sistema.

(7) Esos límites son, por ejemplo para I. de Otto (Derecho constitucional. Sistema de fuentes, cit., págs. 63 y ss.), los representados por el principio democrático. Para otros lo serán el Estado de Derecho, los derechos fundamentales, etc. La razón de esos límites sólo puede ser de orden metapositivo y iusnaturalista, algo característico de quienes defienden que una Constitución que no reconoce derechos fundamentales no es una Constitución; y ello aun por encima del dato incontestable y contrastado de que con ella se organiza un sistema de administración de la fuerza.

(8) No deja de resultar una ironía -típica, por lo demás, del proceder iusnaturalista- que, so pretexto de hacer honor a la voluntad constituyente identificando límites implícitos a la reforma, se termine contrariando la explícita decisión del constituyente en favor de la reforma ilimitada. Pretender la defensa del constituyente contra sí mismo es tanto como aspirar a ocupar su sitio. Cfr. P. Häberle, Verfassungsrechtliche Ewigkeitsklauseln als verfassungsstaatliche Identitätsgarantien, en Völkerrecht im Dienste des Menschen (Festschrift für Hans Haug), Berna, 1986, págs. 81 y ss., quien destaca la singular colaboración entre el constituyente y la doctrina en punto al establecimiento de cláusulas de intangibilidad.

(9) Puede parecer que la polémica en torno a la existencia o inexistencia de límites a la revisión constitucional es cuestión de transcendencia práctica muy relativa, imperceptible fuera de los casos en los que se decide acometer una concreta reforma. Sin embargo, lo que con ella se plantea es un problema de mayor alcance y cuyos efectos se extienden hasta terrenos insospechados. Si se identifica un núcleo constitucional irreductible, indisponible por el poder que, entre los constituidos, lo puede todo (el de reforma), ha de admitirse que queda vedada, por principio, la posibilidad de convertir en voluntad jurídica cualquier voluntad particular; en otras palabras, los procedimientos normativos no pueden dar cuerpo a cualquier contenido, sino sólo a aquéllos respetuosos y compatibles con ese núcleo indisponible: los que no lo sean quedan, de raíz, prohibidos. Así se explica que en Alemania, cuya Ley Fundamental excluye de la reforma constitucional ciertos principios, sea posible establecer mecanismos de control como los representados por la *Oficina de Defensa de la Constitución*, expresión última de una *democracia combativa* que califica de enemigo a quien, queriendo lo contrario de aquellos principios, no dejaría de ser alguien cuya voluntad viene obligada a transitar por los procedimientos de reforma si la Ley Fundamental no le hubiera cegado esa vía. En cambio, allí donde, como -a mi juicio- en España, no hay límites absolutos, puede quererse cualquier cosa y, por tanto, no cabe identificar enemigos del orden constitucional, pues en éste todo es posible (con la sola condición, claro está, de que se siga el pertinente procedimiento). Sobre el particular, cfr. I. de Otto, Defensa de la Constitución y partidos políticos, Madrid, 1985; Bastida Freijedo, F./Varela Suanzes, J./Requejo Pagés, J.L., Derecho Constitucional. Cuestionario comentado I (Teoría de la Constitución, Principios estructurales, Organos y funciones constitucionales), Barcelona, 1992, págs. 171 y ss.

(10) Nueva en el contenido, pues la *forma* seguirá siendo la originaria.

(11) Por razones históricas que no vienen al caso, ese núcleo esencial comprende decisiones tales como las referidas a la forma de Estado o a los derechos fundamentales.

Sobre la *constitucionalización* de decisiones fundamentales como instrumento apropiado para la eliminación (o la dificultad) del debate sobre cuestiones espinosas
(variables de una a otra sociedad en razón de su experiencia histórica) cfr. Bastida Freijedo, F./Varela Suanzes, J./Requejo Pagés, J.L., Derecho Constitucional. Cuestionario comentado I (Teoría de la Constitución, Principios estructurales, Organos y funciones constitucionales), cit., págs. 150 y ss.

(12) Los ejemplos pueden multiplicarse con las eventuales reformas del Título IX (que, de traducirse en la desaparición del Tribunal Constitucional y no ir acompañada con la correlativa ampliación de las competencias de la jurisdicción ordinaria, supondría tanto como la *anormatividad* de la Constitución), o con la modificación del Título IV en términos que hicieran irreconocible la fórmula del gobierno parlamentario.

(13) Que habría de arrojar la conclusión, quizás, de que el procedimiento regulado en el art. 168 no es exclusivo para los preceptos que en él se mencionan.

(14) Como ha hecho I. de Otto en Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, cit., págs. 63 y ss.

(15) Esa omisión, junto al limitadísimo alcance del procedimiento de control de la integración de Tratados (del que ya me he ocupado, críticamente, en Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas, Madrid, 1995, págs. 31 y ss.), representa, a mi juicio, el más inexcusable de los defectos de la Constitución de 1978. O, por qué no, el mayor de sus aciertos, pues no hay que descartar que lo querido por el constituyente haya sido, precisamente, la incorporación indiscriminada de normas internacionales (la redacción del art. 93 invita, desde luego, a sospecharlo), por un lado, y, haciendo gala de un pesimismo históricamente muy comprensible, evitarle al sistema los riesgos de un pronunciamiento jurisdiccional que hubiera de enfrentarse al hecho cierto de una reforma inconstitucional, por otro. A esto último he de referirme *infra*, § 23.

(16) Tal cosa sería inviable en todo caso; vid. supra § 20. En contra, M. Aragón Reyes, Comentario al art. 161 de la Constitución, cit.

(17) A quienes piensen que cabe un control *a posteriori* verificado por el Tribunal Constitucional basta con replicarles con lo siguiente: una reforma (objetivamente inconstitucional) de la que haya resultado una norma mediante la que se dispone la desaparición del Tribunal Constitucional... ¿quién podría enmendarla?. El Tribunal, sencillamente, ya no existe. Y si el hasta entonces existente pretendiera llevar a cabo ese control, tendría antes que presumir la inexistencia de la norma reformada -lo que no le es posible, ni lógica ni positivamente-; y, en todo caso, partiendo de esa premisa, ¿no se habría quedado sin objeto de control?.

(18) Podría idearse, con todo, una fórmula de control que resulta del juego combinado del régimen procesal-constitucional vigente y que, al menos, serviría para evitar el mayor riesgo, que es el representado por una reforma realizada con arreglo al art. 167 en un supuesto en el que el procedente fuera el camino del art. 168. En ese caso, quizás tendría éxito -ello dependerá del otro poder constituyente en juego: el Tribunal Constitucional- un recurso de amparo promovido por cualquier ciudadano contra el acto parlamentario que determine, por ejemplo, la prosecución de la senda del art. 167 para

la revisión total de la Constitución. El derecho invocado sería el art. 23 y la lesión se cifraría en el hecho de que con aquella decisión parlamentaria se hace imposible el pronunciamiento del ciudadano, como parte integrante del Cuerpo Electoral, a través de *referendum*. Se trata de una fórmula acaso muy forzada, pero creo que jurídicamente sostenible y, si se quiere, políticamente y a falta de otros remedios, también necesaria.

(19) Cfr. Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento, cit., passim.

(20) Quiero decir algo tan obvio como que la antijuridicidad es un relativo que se convierte en su contrario por la sola circunstancia de que su autor pueda sobreponerse, con su propia fuerza, a la que debe padecer por parte de quien administra la ordenada a través de la norma infringida. La antijuridicidad será sólo tal *por relación* al orden conculcado, pero no frente al nuevo orden que resulta de la infracción si el poder que con ella se significa termina por consolidarse e imponerse.

(21) Sean los *constituidos* por el constituyente originario, sean los creados por el propio poder de reforma; aquéllos dotados, siempre, de las facultades de las que hayan quedado dotados tras la revisión.

(22) Una vez más, todo puede terminar por reducirse a un problema de eficacia; pero aquí me limito a exponer el esquema positivo de articulación entre sistemas y las consecuencias que del mismo se derivan. Me muevo, por tanto, en el ámbito del *deber ser* y de la lógica que le es propia, no en el del *ser* y sus fatalidades.

(23) Por lo mismo, la continuidad, en su efectos, del Tratado de Utrecht supone la pervivencia de la voluntad normativa nacional que obligó a España a su observancia. La de Felipe V es, así, una de las muchas voluntades constituyentes que componen el complejo del que resulta el constituyente absoluto del Ordenamiento español al día de hoy.

(24) Si bien se mira, esa imposibilidad es común a toda reforma, incluso a la permitida por aquel constituyente. En efecto, la norma resultante de una revisión constitucional autorizada por el constituyente originario y verificada en los términos que éste ha establecido sólo puede, por constitucional, traer causa de una voluntad jurídicamente incondicionada. Y si esa voluntad no puede ser la del constituyente originario, sino que *es* la del constituyente constituido, es obvio que, realizada la reforma, su producto no puede imputarse más que a un poder omnímodo, cuya relación de dependencia frente al originario resulta tan (positivamente) irrelevante como la que vincula a éste con el poder jurídico que lo calificó de constituyente y le marcó las pautas procedimentales para la formación de su voluntad. La dependencia sólo cabe, desde el punto de vista positivo, cuando la revisión está en curso, esto es, cuando el poder de reforma actúa como poder constituido, pero desaparece por completo cuando, dado a la luz el fruto de la revisión e integrado en el Ordenamiento en el nivel de la constitucionalidad, el poder constituido se ha demostrado poder constituyente y, como tal, ignorante de toda servidumbre. La nueva norma constitucional no es norma por voluntad del constituyente originario ni tiene rango de Constitución por su disposición. Es lo uno y disfruta de lo otro, sencillamente, por disposición de un constituyente respecto del cual, sustanciada su voluntad, resulta impertinente todo adjetivo, singularmente el que lo califica de constituido o derivado. Otra cosa, según se ha visto, supondría tanto, en último término,

como jerarquizar entre sí las normas constitucionales y, en consecuencia, negar esa condición a las que hayan de encontrarse en el nivel inferior.

(25) La infracción es *siempre* cometida por un sujeto constituido. Y no sólo cuando la lleva a cabo uno de los poderes del Estado, sino también cuando es obra de quienes para la Constitución conculcada son simples particulares, pues es aquélla la que los *constituye* y define, jurídicamente, como tales. Al pueblo, diría Hobbes, no lo hacen los individuos que lo componen, sino el soberano que lo define.

(26) No quiero decir con esto que la norma constitucional a cuyo través se impone un límite a la reforma de la Constitución sólo es *norma* en la medida en que su incumplimiento lleve aparejada una sanción, pues la sanción no es instrumento al servicio de la normatividad, sino, muy por el contrario, verdadero objeto de toda norma de Derecho. Al respecto, cfr. I. de Otto, Lecciones de Derecho Constitucional (Introducción), Oviedo, 1980, págs. 15 y ss. Sostengo, más bien, que un límite a la reforma sólo es límite jurídico si se configura como condición al servicio de la administración de una sanción.

(27) La única vía de juridificación de esos preceptos vendría dada por la posibilidad, ya apuntada, de que el Tribunal Constitucional admitiera la viabilidad de un recurso de amparo promovido contra el acto parlamentario que decretara el encauzamiento de una reforma del art. 168 por los cauces del procedimiento establecido en el art. 167. Sería, sin embargo, una vía limitada, incapaz de suplir las deficiencias resultantes de la grave omisión del constituyente en materia de aseguramiento de la juridicidad de sus previsiones de reforma, pues no parece factible que el recurso de amparo pueda servir a los fines de evitar, por ejemplo, la utilización del art. 168 para la revisión de materias enumeradas en el art. 167 ó la iniciación de una reforma en alguna de las circunstancias referidas en el art. 169.

(28) En otro caso, su integración en una forma jerárquicamente subordinada a la Constitución no impediría, claro está, su control jurisdiccional posterior, precisamente por no tratarse de una norma de reforma de la Constitución sino de una norma inconstitucional. Si la reforma fuera posible a través de formas infraconstitucionales habría de concluirse que la Constitución en su conjunto no es propiamente la norma positiva superior.

(29) Una Constitución no es norma suprema por ser rígida. Lo es en la medida en que su infracción está jurídicamente sancionada. La posibilidad de su reforma parte, precisamente, de ese presupuesto, pues con la revisión se pretende evitar la sanción ineludiblemente aparejada a la contradicción con una norma constitucional. Al respecto, cfr. M. Aragón Reyes, Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional, REP 50 (1986), págs. 9 y ss.; J. Jiménez Campo, «Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes», de Ignacio de Otto, REDC 23 (1988), págs. 305 y ss.

(30) De admitirse la tesis sostenida *supra*, ese órgano sería, en nuestro caso, el Tribunal Constitucional, ya de por sí auténtico poder constituyente y, además, en el caso, definidor del alcance del poder de revisión.

(31) Sobre la condición constituyente del Tribunal Constitucional cfr. J.L. Requejo Pagés, Constitución y remisión normativa, REDC 39 (1993), págs. 115 y ss.

(32) Sobre la irrelevancia jurídica de las exigencias lógicas cfr. J.L. Requejo Pagés, Constitución y remisión normativa, cit., págs. 121 y ss.

(33) Esto es, en el segundo caso, por no ser preciso un control previo al estar prohibida la reforma de la Constitución en su conjunto. Excluida, sin más, la revisión, una eventual modificación del texto constitucional podrá ser enjuiciada y desechada por los órganos jurisdiccionales a partir del instante mismo de su perfección, con el sólo argumento de que ni la norma resultante de la reforma es verdadera norma ni la reforma en sí, como procedimiento, es un proceso normativo. Y si el cauce procedimental utilizado para la revisión es alguno de los constitucionalmente previstos, dado que de ellos sólo pueden resultar normas infraconstitucionales, la contradicción existente entre la Norma fundamental y la norma sedicentemente reformadora puede resolverse, sin problemas, en clave de validez, pues la modificación de aquélla no es otra cosa que su infracción. Cosa bien distinta -y a ella he de referirme infra- es que, con todo, la infracción termine imponiéndose, de facto, como una verdadera revisión.

(34) Sería el caso, para I. de Otto -Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, cit., pág. 64-, de una reforma de la Constitución de 1978 que suprimiera la democracia. También sería fraudulenta, ibid. pág. 66, la modificación del art. 168 a través del procedimiento del art. 167.

(35) Lo que sería, al tiempo, constitucional e internacionalmente ilícito.

(36) De continuidad positiva podrá hablarse -o no- desde la perspectiva de la Constitución originaria; pero desde la reformada es ésa una cuestión intranscendente.

(37) Un ejemplo: el derecho nobiliario no fue de aplicación bajo la Constitución de 1931 y lo es bajo la de 1978. La II República no le privó de validez, sino sólo de aplicabilidad.

8. LA SOBERANIA BORROSA: LA DEMOCRACIA

Francisco J. Bastida

I. Por una teoría borrosa del derecho. II. La soberanía borrosa del ordenamiento y la democracia. 1. Soberanía y positividad lato sensu. El ordenamiento jurídico como sistema borroso. 2. La soberanía del ordenamiento y la democracia como principio de autorreferencialidad y positividad. La constitución (democrática) sin soberano. III. La titularidad colectiva de la soberanía y la democracia. 1. La función negativa de la soberanía colectiva como garantía del genérico Estado de derecho. Su incidencia en la borrosidad del sistema jurídico. 2.La función "afirmativa externa" de la soberanía nacional y la incertidumbre sobre la identidad del sistema jurídico. No hay democracia sin derecho. 3. ¿Soberanía popular versus Estado democrático de derecho?. La soberanía popular como función programadora de la democracia en el sistema jurídico. IV. Del titular de la soberanía al titular de la democracia. 1. La nación como ineluctable unidad de destino. Igualdad sustancial y unidad social homogénea. 2. El pueblo como ciudadanía. Las generaciones vivas. Igualdad formal y sociedad heterogénea. A) La democracia como ampliación del planteamiento liberal. B) Democracia radical, ciudadanía y soberanía. C) Democracia, soberanía y sufragio múltiple. V. La reconstrucción del soberano democrático. Los derechos fundamentales como fragmentos de soberanía. 1. La relación entre libertad e igualdad. Abstracción jurídica, dignidad humana y forma de Estado. 2. La unanimidad como expresión de proporcionalidad extrema. Los derechos fundamentales como fragmentos de soberanía. VI. Soberanía, democracia pluralista y principio de la minoría 1. La democracia y el principio de la minoría. El individuo como minoría. 2. Las minorías como heterogeneidad y no como excepción a la homogeneidad social. 3. Minorías y proceso de deliberación: unanimidad-proporcionalidad. 4. Minorías y proceso de decisión. El principio y la regla de la mayoría. VII. La tecnodemocracia y la soberanía electrónica. La pérdida de identidad del sistema democrático. VIII. Reforma constitucional y democracia. 1. El titular del poder de reforma constitucional. 2. El objeto de la reforma. 3. Procedimiento de reforma.

I. Por una teoría borrosa del derecho

El título de este trabajo quiere llamar la atención sobre una manera diferente de enfocar el debate de la relación entre soberanía y democracia. En realidad, desea apuntar más allá, pues en la tesis que aquí se va a mantener subyace una concepción general del derecho que se aparta de un positivismo basado en la clásica lógica aristotélica de raíz binaria (A/no A), para fundamentarse en una lógica "borrosa" de la teoría de conjuntos(1), de acuerdo con la cual los conjuntos son borrosos y la adscripción a los mismos es una cuestión de grado. El ordenamiento jurídico se entendería, así, como un sistema "borroso", formado por conjuntos de reglas borrosas.

Está por hacer una teoría "borrosa" del derecho(2) y no es precisamente este el momento para adentrarse en tamaña empresa. Sin embargo, parece conveniente exponer algunas ideas que ilustren lo que deberían ser sus líneas maestras para, de este modo, poder tener una visión más completa de lo que se pretende afirmar. Como se acaba de decir, la lógica borrosa se basa en la idea de que todo es cuestión de grado, incluso la verdad. Las reglas relacionan conjuntos borrosos ("velocidad", "temperatura", "altitud", "ventas", "precios", "igualdad", "libertad" etc.) y los cúmulos de ellas forman, a su vez, conjuntos de reglas borrosas. La pertenencia a un conjunto no se resuelve en una bivalencia afirmativo/negativo, sino que es un asunto de mayor o menor correspondencia o afinidad. Un sistema borroso está constituido por conjuntos de reglas borrosas cuyas entradas activan las reglas en cierto grado para dar las respuestas más adecuadas. Cuanto mayor sea la afinidad de la entrada con el supuesto de la regla, tanto más se activará la consecuencia prevista en la regla. Pero además, se acaba de decir, en un sistema borroso no se activa sólo una regla ante un estímulo determinado, sino que

se activan muchas a la vez, unas en mayor grado que otras. La respuesta del sistema se traduce en un "promedio ponderado borroso", que consiste en el punto de equilibrio resultante de relacionar las intensidades manifestadas, respectivamente, por cada una de las reglas activadas. De esta forma se elimina (se reduce al máximo, para ser más exactos) la borrosidad, a falta de un afinamiento mayor del sistema o de una posterior supervisión de la operación ponderativa para verificar si ésta se hizo correctamente o no.

La teoría es más compleja de lo que se acaba de exponer, pero lo dicho basta para comprender el interés que puede tener su aplicación al campo del derecho. En apariencia, el ordenamiento jurídico se rige por categorías binarias, la validez (válido/no válido) y la aplicabilidad (aplicable/no aplicable). Así lo enseña el positivismo lógico, que responde a la lógica matemática de ceros y unos o a la simbólica de negro y blanco, tertium non datur. Sin embargo, es posible analizar estas categorías desde una lógica borrosa, de manera que el 0 y 1, el negro y el blanco, sean los valores o casos extremos de una línea gris (conjunto borroso(3)). La Constitución es un conjunto de grises que tras una interpretación sistemática se le "reconoce" un valor blanco de cara a las normas inferiores (y a la propia reforma de la constitución), pero la pertenencia de éstas al ordenamiento no se mide por su blancura extrema, sino más bien por su no alejamiento irrecuperable del blanco constitucional, o sea, mientras no caigan en el gris oscuro próximo al negro en donde la sanción es al ciento por ciento inevitable. Principios como los de conservación de actos, elección de la interpretación que salve la constitucionalidad de la norma, congruencia, no contradicción, etc. presuponen la borrosidad y sitúan la validez no en el criterio binario de la identidad/no identidad, sino en el de la fidelidad o mejor dicho, en el de la "no infidelidad" de la norma o acto enjuiciados con la norma supuestamente transgredida. Entre la declaración de inconstitucionalidad y la de constitucionalidad hay la gama de grises de "la constitucionalidad por ausencia de una manifiesta infidelidad jurídica a la norma fundamental". Además, donde hoy no se aprecia infidelidad, mañana puede que sí.

Las diferenciaciones entre enunciado y norma, entre principio y regla, expresan la necesidad que tiene un sistema legal complejo de operar con conjuntos jurídicos borrosos al objeto de adaptar de manera más adecuada sus respuestas a supuestos cada vez más heterogéneos y llenos de matices. El estudio del sistema judicial de Estados Unidos es la prueba de lo que aquí se sostiene. Su confirmación son las transformaciones y distorsiones habidas en la jurisdicción constitucional europea para romper los rígidos moldes del modelo austríaco(4), basado en esquemas kelsenianos de binariedad(5).

La utilidad de una teoría borrosa estriba en que no es preciso un lenguaje matemático para explicar el funcionamiento de un sistema, ya que el instrumento de computación son palabras, no números. Las palabras encierran una borrosidad susceptible de matiz y gradación y las reglas que surgen de relacionar un conjunto borroso con otro, no son fruto de una lógica matemática, sino del sentido común, y el sentido común es vago y borroso, o sea, opera como una lógica borrosa. En una concepción binaria, para que su carácter bivalente no se altere, se califica como "excepción" a un supuesto que, perteneciendo al conjunto de supuestos objeto de una regla, queda excluido de su aplicación o, al revés, a un supuesto que, sin pertenecer a ese conjunto, se rige por dicha regla. En una concepción borrosa no hay excepciones. La excepción es también una regla borrosa que se activa junto con las demás del sistema.

Si se analiza el funcionamiento de un sistema jurídico se puede comprobar que se guía por esta lógica y cualquiera que estudie el proceso de creación-aplicación del

derecho y abstracción-concreción de normas, percibirá los "pedazos de sentido común jurídico" que se insertan o se desean insertar en cada operación de ese proceso para que el sistema la reconozca en una medida suficiente como para no rechazarla. Se trata de un sentido "común" en la medida en que participa de lo que "en común" ponen dos conjuntos borrosos que se relacionan. La observación es más evidente en la jurisprudencia. La necesidad de motivar las sentencias obliga a reducir la borrosidad a base de elaborar muchas reglas borrosas, muchos pedazos de ese sentido común, de manera que cuantas más haya y se activen, el resultado (promedio ponderado borroso) será más preciso, más ajustado. El conocimiento de cada caso concreto hace que surjan *más* reglas *menos* borrosas. El problema es que cuantas más existan, más difícil será operar con todas a la vez, y si, por ejemplo, es un juez (una persona, no una máquina) el que tiene que hacer uso de ellas, sólo empleará una mínima parte, porque no es fácil recordarlas e incluso puede que, por falta de memoria o conocimiento, se contradiga con reglas previamente formuladas por él o por tribunales superiores(6). Por otra parte, el que se formulen *más* reglas *menos* borrosas significa que los pedazos de sentido común jurídico insertos en cada una son más pequeños y se distancian del sentido común jurídico general que está presente cuando, por falta de datos, la relación de dos conjuntos borrosos se resuelve en *pocas* reglas muy *borrosas*. En otras palabras, con multitud de *reglas* borrosas (casuismo) se corre el riesgo de perder de vista ese
principio de sentido común jurídico que, precisamente por ser muy borroso, se acerca toscamente a los detalles del caso concreto, pero abarca en general la borrosidad de los conjuntos que en él se relacionan. Sin embargo, sin abundantes reglas borrosas no es posible que el sistema jurídico dé respuestas a sociedades cada vez más complejas. Es un problema de equilibrio entre la identidad del sistema y su necesidad de adaptación al medio(7).

Se acaba de decir que la observación es más evidente en la actividad jurisdiccional, pero se percibe también en la frontera del ordenamiento jurídico con el medio social, o sea en la constitución y en las normas de reforma constitucional. La separación entre lo políticamente posible y lo jurídicamente lícito (función que cumple la constitución) no es una raya nítida. No sólo es un problema del carácter abstracto de los conceptos que se empleen (dignidad, democracia, federalismo, etc, susceptibles en mayor o menor medida de diversas concreciones)(8), y que afecta a la positividad del ordenamiento, o sea, a su contenido material, a *qué* es constitucional y *qué* no. Se
refiere también a un problema de identificación del ordenamiento jurídico como tal, a su validez formal, es decir a saber *en virtud de qué y cuándo* un ordenamiento es ordenamiento. Aquí topamos ya con la soberanía.

II. La soberanía borrosa del ordenamiento y la democracia.

Parece contradictorio apuntar un "enfoque" desde la" borrosidad" y más, si cabe, cuando se tacha de borroso un concepto como el de soberanía, caracterizado siempre - cualquiera que sea su referencia y contenido concretos- por cualidades absolutas: poder "originario", "único", "indivisible", "supremo", "perpetuo", según las clásicas características acuñadas por Bodino, o sea, el todo frente a la nada, sin posibilidad de matiz alguno; en suma, el ejemplo perfecto de la binariedad. Sin embargo, esta rotundidad con la que se habla de la soberanía y, en general, del ordenamiento jurídico - de su categoría central, la validez- corresponde a la descripción de una realidad jurídica que no es tan diáfana como se quiere presentar. Algo tan elemental como la existencia misma del ordenamiento jurídico en el sistema social, su eficacia, es una cuestión que no cabe responder en términos de blanco o negro. La

eficacia es una cuestión de grado. En un proceso de ruptura constitucional, saber qué ordenamiento está vigente depende en primer término del grado de eficacia que demuestren tener los dos ordenamientos en pugna. ¿Cuándo un ordenamiento jurídico deja de estar vigente por falta de eficacia? ¿Cuándo se puede decir que ya no hay "suficiente" eficacia? O, por contra, ¿cuándo unas normas alcanzan una eficacia tal que permite interrogarse sobre el carácter *jurídico* de las mismas?. La regla que formule esa relación tiene que estar expresada en términos de borrosidad. El hecho de que únicamente en circunstancias excepcionales se produzca la necesidad de plantear esa pregunta no elimina ni convierte en prescindible dicha regla.

1. Soberanía y positividad lato sensu. El ordenamiento jurídico como sistema borroso.

La soberanía sólo tiene pleno sentido jurídico como cualidad del ordenamiento, por cuanto expresa la doble dimensión de su positividad *lato sensu*: la *autorreferencialidad*(9) normativa (el ordenamiento regula su propio cambio) y la *positividad* propiamente dicha (posibilidad ilimitada de creación jurídica: capacidad para regular cualquier materia y determinar su ámbito personal y espacio-temporal de vigencia). Sin embargo, esa cualidad no tiene por qué ser absoluta y la prueba está en que ningún ordenamiento es jurídicamente soberano al ciento por ciento. Sin necesidad de entrar ahora en el problema del poder de reforma constitucional y sus límites, baste decir cómo la autorreferencialidad de los ordenamientos jurídicos de los países de la Unión Europea se ha visto afectada por la integración en esta organización supranacional. Los debates en términos jurídicos, y no sólo políticos, sobre la "cesión de soberanía", las piruetas argumentales de los respectivos tribunales constitucionales para hacer compatible la primacía del ordenamiento comunitario con la supremacía de la constitución, la existencia de preceptos constitucionales como el art. 92 de la Constitución holandesa (que configura la firma de tratados como procedimiento de reforma constitucional) o los arts. 23 y 79 de la Ley Fundamental de Bonn (que permiten la reforma constitucional por decisión de organismos comunitarios siempre que no afecte al núcleo intangible de la Ley, lo cual no significa que se reserve a la soberanía alemana ese reducto de materias, ya que su contenido es indisponible también para el poder de reforma estatal federal), etc. reflejan que la autorreferencialidad de los ordenamientos jurídicos no es una cualidad absoluta cuya degradación, por pequeña que sea, comporte ya ausencia de identidad del sistema jurídico, carencia de soberanía.

Lo mismo puede decirse de la otra característica de la soberanía, la *positividad* del sistema jurídico, que se ve disminuida cuando se establecen cláusulas de intangibilidad que impiden que la reforma constitucional pueda versar sobre determinadas materias. En tal caso, la capacidad de regulación normativa deja de ser materialmente *ilimitada*, pero no por ello desaparece la positividad del ordenamiento, su capacidad jurídica de incidir y transformar el medio social. Es curioso que doctrinalmente se acepta sin grandes aspavientos la *positividad borrosa*, o sea, que un ordenamiento jurídico no deja de serlo por el hecho de que su constitución contenga cláusulas de intangibilidad (art 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn, art. 139 de la Constitución italiana, art. 89 de la Constitución francesa, art. 288 de la Constitución portuguesa, etc.), pero no se admite la idea de *autorreferencialidad borrosa.* Quizá la explicación esté en que gran parte de la doctrina sitúa el núcleo irreductible de la soberanía en la autorreferencialidad, no en la positividad, y no acepta concebirlo en otros términos que los de binariedad. En esto no sólo influye el positivismo lógico de corte aristotélico, ya mencionado; también la concepción de la soberanía como atributo de un sujeto (la soberanía del pueblo alemán,

de la nación española, etc). El argumento podría ser que, mientras que el sujeto preestablecido sea el titular de la soberanía y el poder de reforma constitucional resida en sus representantes, la autorreferencialidad estará asegurada *y, por tanto, la soberanía del ordenamiento*. Sin embargo, la autorreferencialidad no es una cadena biológica de ADN identificada en un sujeto, de modo que "se cumple o no se cumple". La capacidad del ordenamiento jurídico para institucionalizar su propio cambio (autorreferencialidad) padece siempre que se recorte la posibilidad de reformar los cauces orgánico- procedimentales a través de los cuales se lleva a cabo la producción jurídica. Esta restricción puede tener un origen diverso: cláusulas de intangibilidad que directamente establecen esa limitación (p. ej., prohibición de la reforma de las normas de revisión constitucional) o indirectamente (p. ej., prohibiendo la existencia de partidos políticos cuya presencia en el parlamento pudiese abrir la oportunidad de un *indirizzo* constitucional no deseado por el constituyente). En estos casos no hay un cambio ni una quiebra de la titularidad de la soberanía, no se ha transferido a un sujeto externo, pero hay una merma evidente de la autorreferencialidad y, en término de sujetos, se produce un debilitamiento de la capacidad de decidir quién puede llevar a cabo en el futuro la reforma constitucional

En suma, la soberanía como cualidad del ordenamiento no es un atributo absoluto, no es una cualidad binaria (soberano/no soberano, *tertium non datur*). Por contra, es mensurable, porque la existencia de un ordenamiento jurídico, su diferenciación del medio social -al que pertenecen otros sistemas sociales (de orden político, moral, etc.) y otros ordenamientos jurídicos (externos)- es una cuestión de grado. La pregunta de si, por ejemplo, el ordenamiento jurídico español es soberano hay que reformularla en el sentido de *qué* nivel de autorreferencial y de positividad sigue manteniendo y *qué* grado de traslación de la referencialidad jurídica del ordenamiento a normas externas hace difícil seguir identificando al ordenamiento español como un ordenamiento con entidad independiente y diferenciada de otros ordenamientos. En el caso de cláusulas relativas a una disminución de su positividad, la pregunta será *en qué medida* el cierre del sistema -negando la posibilidad jurídica de prescindir de determinados contenidos o de acceder a otros- afecta de manera decisiva a la pervivencia del ordenamiento. El jurista debe estudiar la entropía borrosa del sistema jurídico, o sea, debe medir su grado de borrosidad y sacar conclusiones de esa incertidumbre que es consubstancial al mismo. Sin duda, la borrosidad aumenta cuanta menos autorreferencialidad y positividad haya. Pero no por ello el ordenamiento jurídico deja sin más de serlo. Sólo es menos soberano; pierde en capacidad de adaptación y gana (en principio) en estabilidad. El problema es qué sucede cuando, por los cambios surgidos en el medio social, esa estabilidad decrece y el sistema se encuentra con aquella mermada capacidad de adaptación, quizá insuficiente para hacer frente a las nuevas demandas.

2.- La soberanía del ordenamiento y la democracia como principio de autorreferencialidad y positividad. La constitución (democrática) sin soberano.

La soberanía no está ligada a una determinada organización del proceso de creación jurídica, pero no cabe duda de que adoptar una u otra influye en la soberanía del ordenamiento, o sea, en su mayor o menor grado de autorreferencialidad y positividad. Pues bien, la democracia es el principio estructural con mayor capacidad de impeler esas cualidades en el sistema jurídico. La razón de esa potencialidad está en

que la democracia concentra en su esencia esas mismas cualidades que el ordenamiento jurídico precisa para ser soberano(10). La democracia implica autorreferencialidad (autogobierno) y positividad (todo es mudable si se decide por el procedimiento de autogobierno). La decisión democrática comporta reglas, un sistema jurídico; por tanto, la soberanía popular, que es la idea que late tras la democracia, no se puede organizar sin derecho, lo cual entraña la necesidad de trasladar la soberanía del pueblo al sistema jurídico para organizar desde él el ideal democrático que en ella subyace de autorreferencialidad y positividad. No otra era la preocupación de J. J. Rousseau cuando se planteaba el problema de cómo "hallar una forma de asociación que defienda y proteja de toda la fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca más que a sí mismo y permanezca tan libre como antes"(11). La solución no está en su *Contrato social*, como de forma brillante demostró Carré de Malberg(12), pero sí en una afirmación -lo más intensa posible- de la positividad *lato sensu* del sistema jurídico, porque en ella se encierran en abstracto las cualidades esenciales de la soberanía y de la democracia.

La democracia organiza el sistema jurídico estableciendo vías procesales a través de los cuales puedan acceder al sistema el mayor número de diferentes expectativas surgidas en el medio social y tengan, así, la posibilidad de convertirse en respuestas normativas, en "voluntad general". Ello implica normas orgánico- procedimentales y sustantivas que hagan fiable esa adaptación del sistema a las demandas del medio social. Obviamente, el núcleo de esas normas lo compone la constitución y, dentro de ésta, las cláusulas de reforma constitucional. En consecuencia, el ideal democrático se plasma en una ausencia de límites materiales a la reforma, de manera que cualquier demanda social sea susceptible de tramitación y respuesta jurídicas (positividad democrática a través de los principios de libertad e igualdad) y en un procedimiento de revisión constitucional concebido como cauce de esas
expectativas y no como un límite a las mismas(13) (autorreferencialidad democrática a través del principio de la mayoría). El ideal del ordenamiento jurídico como sistema coincide en su esquema con el ideal democrático: capacidad de cualquier respuesta a cualquier estímulo del medio (positividad) y producción de las respuestas a partir de los instrumentos arbitrados en el propio sistema jurídico (autorreferencialidad constitucional). Con el principio democrático el sistema jurídico se reafirma como sistema. La soberanía popular, en cuanto principio democrático de autogobierno, es garantía de la soberanía del ordenamiento (expresada en esas dos cualidades) y la soberanía del ordenamiento jurídico, en cuanto sistema autorreferencial, es un instrumento especialmente adecuado para garantizar la soberanía popular. Esto explica que en los Estados democráticos los problemas de soberanía se planteen, más que en términos de soberanía, en términos de democracia.

En efecto, la crítica a la construcción de la unión europea se basa sobre todo en el "déficit democrático" que se observa en el proceso de integración. La "cesión de soberanía" constituye una disminución de la autorreferencialidad y positividad del sistema jurídico "nacional" en la medida en que palidece la autorreferencialidad y positividad ínsitas en el principio estructural democrático(14). El llamado "déficit constitucional de la integración europea"(15) pone de manifiesto la relevancia *jurídica* del déficit democrático, pues no se trata únicamente de un problema de legitimidad *política*. Esto significa que para solventar el citado déficit no basta con una revisión constitucional que permita transferir a organizaciones internacionales competencias estatales que afecten a elementos claves de la autorreferencialidad del sistema; no es suficiente la interiorización o constitucionalización de ese proceso de debilitamiento de la autorreferencialidad del sistema. Es preciso saber, además, cómo queda tras esa

reforma la autorreferencialidad democrática(16).

El mismo razonamiento se puede aplicar a los procesos de secesión. La sentencia del Tribunal Supremo de Canadá, de 20 de agosto de 1998, sobre la autodeterminación de la provincia de Québec plantea el problema de la ruptura de la soberanía canadiense en términos de democracia(17).

La relación entre soberanía del ordenamiento y democracia conduce a una última conclusión. El más alto grado de positividad *lato sensu* del sistema se alcanza cuando la constitución es concebida como su norma jurídica suprema y, en este sentido, puede decirse que en el ordenamiento constitucional no hay soberano, porque soberana es la constitución(18). Sin embargo, comoquiera que ese más alto grado se alcanza a partir de un principio democrático de organización del sistema, puede afirmarse que la constitución es soberana, suprema, sobre todo cuando es democrática, o sea, cuando aquella autorreferencialidad anhelada por Rousseau encuentra su correspondencia jurídica en la norma constitucional. La constitución sin soberano significa política y jurídicamente constitución *democrática* sin soberano(19). Garantizando la autorreferencialidad y positividad democráticas, la constitución garantiza su propia supremacía y con ella, la mayor autorreferencialidad y positividad del sistema.

III. La titularidad colectiva de la soberanía y la democracia

Hasta aquí se ha visto la relación entre soberanía y democracia en su dimensión objetiva, como cualidad de un ordenamiento jurídico (aquélla) y como principio estructural del mismo (ésta). Sin embargo, la vinculación más clásica entre ambos conceptos se establece en un plano subjetivo, que opera como presupuesto político-ideológico de dicha relación objetiva. Habrá que examinar en primer lugar qué sentido tiene para el sistema jurídico y cómo le afecta la asignación de la soberanía a un sujeto y, en segundo lugar, cuál es la relación entre la proclamación de la nación o el pueblo como titulares de la soberanía y la democracia.

Desde la perspectiva de la atribución de la titularidad de la soberanía a un sujeto (rey, nación, pueblo) parece que la borrosidad se disipa y que renacen los calificativos rotundos y monolíticos: poder único, indivisible, perpetuo, etc. Sin embargo, se trata sólo de un espejismo. La soberanía únicamente tiene sentido en términos jurídicos, tanto en lo que concierne a su contenido como a su origen, y el fundamento de la soberanía siempre acaba por reconducirse a una norma (hipotética), no a un sujeto, porque, quienquiera que sea el soberano, lo es en virtud de una norma o de un hecho al que se le confiere fuerza normativa(20). Las teorías sobre la titularidad de la soberanía tratan de explicar y fundamentar una determinada organización del proceso de creación jurídica y para ello admiten como previo lo que sólo tiene sentido a partir del derecho, es decir, presuponen un sujeto con un poder normativo que sólo puede reconocerse como tal desde el propio derecho que establece ese presupuesto(21).

1. La función negativa de la soberanía colectiva como garantía del genérico Estado de derecho. Su incidencia en la borrosidad del sistema jurídico.

Según puso Hobbes de manifiesto, el pueblo no es un sujeto autonormativo, ya que la multitud atomizada de individuos se convierte en una sola persona, en pueblo, *en virtud del pacto* que cada hombre suscribe con cada hombre para crear un poder soberano ajeno que les unifique y reconduzca a unidad(22). Casi trescientos años después, con distintas palabras pero igual sentido, Kelsen sostendría que "la unidad del

pueblo es sólo una realidad *jurídica*" "un sistema de actos individuales regidos por la ordenación *jurídica* del Estado"(23). Por tanto, el pueblo es un *producto artificial*, creado por el ordenamiento jurídico; éste es el soberano (goza de positividad *lato sensu*) y el pueblo es el objeto de tal soberanía, no su sujeto preexistente. La consideración del ordenamiento jurídico como soberano, la afirmación de su autorreferencialidad y positividad, sólo puede surgir de una suposición lógica de tal cualidad y consideración,
(suposición que Hobbes articula en el pacto de sociedad y Kelsen cifra en la norma hipotética fundamental)(24).

La tesis de la inexistencia del pueblo o nación como entidad al margen del derecho que lo define y constituye parece perder de vista la posibilidad de ofrecer una respuesta satisfactoria a la idea de soberanía nacional/popular, clave en la construcción del Estado constitucional, ya que, lejos de explicar en qué consiste ésta, acaba por negarla de modo explícito. Sin embargo, al entender que, en puridad, la soberanía sólo se ha de predicar del ordenamiento jurídico como sistema jurídico caracterizado por su positividad *lato sensu,* se consigue desplazar el análisis del problema hacia el terreno adecuado. La cuestión debatida no se resuelve en una dialéctica que ponga frente a frente al ordenamiento jurídico y al pueblo, porque la posición lógica entre ambos
(creador y objeto creado) la hace inviable. Por el contrario, la discusión cobra pleno sentido si, dentro del Estado, se plantea la cuestión de quién encarna la soberanía (o poder ilimitado de crear normas jurídicas). Aquí, *ad intra*, el asunto se dilucida entre "sujetos" (nación, rey y nación, etc.) que *ad extra*, en relación con el ordenamiento jurídico, son "objetos" de ésta. En consecuencia, el razonamiento que conduzca a la asignación de la soberanía a este o a aquel "sujeto" no deriva de ningún determinismo ontológico y natural, sino de la previa elección política de un específico punto de partida. La atribución de la soberanía es una función de esta elección, no un principio categórico. La apuesta en favor de la "nación" contenida en el art. 3 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, ("Toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ninguna corporación ni individuo puede ejercer autoridad que no emane de ella expresamente"), no se podría entender si se ignorase su fundamento político. "Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos"
(art. 1 de la citada Declaración)(25).

La hipótesis de que los seres humanos nacen libres y que desean seguir siendo libres en sociedad, necesariamente implica que no puede atribuirse la titularidad de ese poder a ningún individuo o grupo concreto y real, porque no habría garantía de que cumpliesen la finalidad para la que se instituye dicho poder absoluto, ilimitado e irresistible. La asignación de la soberanía sólo podrá recaer, así, en la colectividad ideal, nación o pueblo, en cuanto encarnación racional del deseo general de todos (voluntad general). Al confiarse la titularidad de la soberanía a una persona supuesta, nación o pueblo, es preciso que el ejercicio de aquella se realice por personas determinadas, que nunca podrán ser confundidas con el sujeto ficticio de la soberanía; actuarán por cuenta de la nación, como "representantes" suyos, y, al no ser soberanas, sus actos estarán sometidos a la forma y límites establecidos en el ordenamiento jurídico. En este sentido, la atribución de la soberanía a la colectividad, al indicar que nadie puede ser soberano más que la nación misma, cumple una función "negativa"(26) R. Carré de Malberg, a la Théorie genérale de l'Etat, ob. cit, T. II, pág. 177. Sobre la diferencia entre soberanía nacional y soberanía popular, véase su análisis en T. II, págs. 172 y ss., 505 y ss. importantísima, ya que repercute en la estructuración interna del sistema jurídico; una función cuya finalidad es limitar el ejercicio del poder, manteniendo la positividad del sistema (poder ilimitado de creación jurídica). El máximo exponente subjetivo de tal positividad es el órgano de reforma constitucional (*poder constituyente constituido o de*

revisión constitucional), que aun teniendo la competencia para decidir sobre las demás competencias, aun pudiendo cambiar por completo la estructura y contenido del ordenamiento, está sometido en su actuación al cumplimiento del procedimiento de reforma establecido en el sistema jurídico por su norma suprema.

Aquella función "negativa" implica no sólo la abstención de actuar los poderes constituidos como poder constituyente, sino también, según se acaba de decir, una determinada organización del ordenamiento jurídico. Si la soberanía es *ad extra* una cuestión de "Estado" (es decir, de ser o no ser calificable un ordenamiento jurídico como sistema dotado de positividad *lato sensu*), *ad intra* su atribución a uno u otro sujeto es una cuestión de "Estado de derecho", en el sentido de opción por una concreta estructuración del Estado, tanto de su aparato orgánico, como del ordenamiento jurídico general que él personifica y en el que se establece la relación entre el Estado y la Sociedad(27). Resuelta, pues, la función "negativa" de la soberanía colectiva todo se centra desde una perspectiva jurídico-positiva en dilucidar la articulación del Estado de derecho y la elección de una u otra dependerá del concepto de libertad e igualdad del que se parta y del punto de llegada que se quiera alcanzar y aquí sí será relevante la diferencia entre lo que significa la soberanía nacional y la soberanía popular. Luego se abundará sobre ello.

De acuerdo con este análisis la idea de nación/pueblo no introduce borrosidad en el sistema jurídico, ni en lo que se refiere a su concepto, ya que acaba por ser una personificación de la unidad política estatal, una formalización jurídica del sujeto constituyente, ni en lo que respecta a su atributo de soberanía, ya que, como proclaman expresamente numerosas constituciones siguiendo a la francesa de 1791 (título VII, art. 1º), la nación tiene el derecho de cambiar su constitución "por los medios establecidos en la constitución misma" o sea, ejerce su soberanía jurídicamente, a través del órgano de reforma constitucional. Cosa distinta es cuando la soberanía se predica de un sujeto histórico-político más o menos definido, la nación o el pueblo, y a él se le reserva el poder constituyente originario, cuyo ejercicio no se sujeta a normas preestablecidas. Cuando la soberanía nacional o popular no desempeña sólo una función "negativa", señalando quiénes no son soberanos, sino también una función "afirmativa externa", proclamando la soberanía de un sujeto histórico, pre-jurídico, y la posibilidad de su ejercicio inmediato (poder constituyente), las consecuencias para el ordenamiento jurídico como sistema son graves. Si la legislación positiva es un mero apéndice del derecho natural, no se puede calificar a aquél de sistema diferenciado dentro del sistema social. Si, pese a todo, se le conceptúa como sistema, su creación y su continuidad
están rodeadas de una extrema borrosidad, de manera que su autorreferencialidad y su positividad se hallan sometidas a una gran incertidumbre no controlada ni controlable por el sistema jurídico(28).

2.La función " afirmativa externa" de la soberanía nacional y la incertidumbre sobre la identidad del sistema jurídico. No hay democracia sin derecho.

Las proclamas constitucionales del estilo "la soberanía reside en el pueblo", "todos los poderes emanan del pueblo", etc. no tienen sentido como reconocimiento jurídico de un poder previo al derecho. Antes ya se ha dicho que el pueblo es objeto de creación del derecho, no su sujeto preexistente. Tales expresiones son, en palabras de L. Ferrajoli, "un simple homenaje verbal al carácter democrático-representativo de los ordenamientos modernos"(29). Sin embargo, como el mismo autor reconoce, en el plano doctrinal la idea de soberanía "lejos de ser abandonada como hubiera querido la

lógica del Estado de derecho, se refuerza de manera decisiva en las dos figuras de la soberanía nacional y de la soberanía popular, que ambiguamente se solapan con la de la soberanía estatal, formando una legitimación política todavía más fuerte que la viejas fuentes teológicas y contractualistas"(30).

Según el constitucionalismo iusnaturalista representado por Sieyès y radicalmente contrario a las tesis de Hobbes, la nación permanece siempre en estado de naturaleza; su poder constituyente es inconstituible(31). Por tanto, el ordenamiento jurídico-positivo funcionará en condiciones normales (actuación de los poderes constituidos o "representantes ordinarios", en la terminología de Sieyès) *como si* fuese un sistema, o sea, con identidad propia; sin embargo, tan pronto como entre en juego el poder constituyente ("representantes extraordinarios"), el sistema jurídico no cuenta(32). Conclusiones semejantes cabe extraer del pensamiento de Locke, que niega que la soberanía pueda residir en otro sujeto que la comunidad como un todo y que el poder legislativo, que es el supremo poder constituido por el consentimiento del pueblo cesa cuando habla directamente el pueblo, que siempre conserva retenido derechos naturales, muy en especial el de propiedad(33). En realidad, la activación del poder constituyente no es que introduzca borrosidad en el sistema jurídico, es que lo desplaza o elimina. En la actualidad, la teoría de la soberanía de la nación así entendida y con estas radicales consecuencias es la sustentada por los diversos movimientos secesionistas surgidos al calor de los nuevos nacionalismos. En la medida en que las expectativas independentistas se abran paso, la borrosidad del sistema jurídico establecido se incrementará, pues se estará negando su autorreferencialidad y positividad. La continuidad del sistema dependerá de su capacidad para integrar o reprimir esas expectativas. La integración consistirá en la juridificación del pretendido poder constituyente de la supuesta nación, bien incluyéndolo como parte específica del poder de reforma constitucional (proceso de federalización), bien reconociéndolo y permitiendo, mediante la correspondiente reforma constitucional, la formación de un ordenamiento jurídico independiente (proceso de secesión). En ambos casos será el sistema jurídico establecido, su positividad *lato sensu*, y no el derecho natural, el que funde y permita jurídicamente la solución(34). Como la respuesta en una u otra dirección -así como las respuestas intermedias- no satisfarán a todos, los contenciosos sobre la forma territorial de organización del poder siempre serán un elemento adicional, muy importante, que pretenderán introducir borrosidad en el sistema jurídico.

Esa función" afirmativa" de la soberanía nacional también se manifiesta cuando se introduce una segunda diferenciación entre los poderes derivados de la soberanía. Como es bien sabido y antes ya se ha recordado, la ruptura con el derecho natural y la afirmación de la autorreferencialidad del sistema se consigue "constituyendo al poder constituyente", o sea, creando dentro del sistema el poder constituyente constituido,
(poder de reforma constitucional), que como poder constituido puede estar sujeto a procedimientos y límites y como poder constituyente puede reformar lo previamente constituido. Pues bien, las tesis que desean conservar prístina la idea iusnaturalista de soberanía nacional añaden, a su vez, una diferenciación más y distinguen entre el poder de reforma constitucional, regido por la propia constitución (y que sólo formalmente cabría calificar de "*poder constituyente* constituido"), y el poder constituyente inconstituible, originario, de la nación o pueblo que puede en cualquier momento manifestar sustancial y directamente su pleno poder. En periodos normales, el ordenamiento jurídico actúa como sistema autorreferencial, incluso para reformarse parcialmente a sí mismo, pero ello no puede impedir que en momentos extraordinarios el pueblo decida por sí, al margen de las normas de reforma constitucional. El soberano *legibus solutus* se hace presente(35).

La tesis no deja de ser un intento más de solventar un problema insoluble cual es el de querer formular en términos jurídicos(36) un problema fáctico. Indudablemente, cada vez que "habla el pueblo" al margen de los procedimientos de reforma constitucional se produce una grave alteración del sistema jurídico que desdibuja su identidad y puede ocasionar su ruptura, pero el sistema también palidece si arraiga *la idea* de que el pueblo *puede* expresarse al margen de los procesos de reforma constitucional. En época de crisis el sistema no sólo tendrá un funcionamiento más borroso por el momento delicado que atraviesa, sino también porque surgirá la duda sobre si la respuesta la ha de dar el sistema, a través de su autorreferencialidad y positividad, o a través de una supuesta autorreferencialidad, no prevista por la Constitución, iusnaturalista, deducible de "signos" procedentes tanto del propio sistema como del medio social. Quizá se piense que así se mantiene encendida por el pueblo la llama de su soberanía, de su autorreferencialidad, cuando lo que en realidad se hace es fundamentar la tesis de la dictadura soberana(37), dejando a un lado el instrumento más eficaz para garantizar aquella autorreferencialidad, el sistema jurídico. La democracia no es más auténtica e intensa por el hecho de afirmar una reserva de poder constituyente directamente en manos del pueblo y fuera de la constitución. Por contra, lo es cuando todo lo que implica el poder constituyente (soberanía) se traslada al ordenamiento jurídico y se organiza éste de modo que cualquier expectativa social pueda ser tramitada y no encuentre *a priori* límites materiales a la hora de programar su respuesta (positividad *lato sensu*). Los frenos a esa tramitación o la existencia de estos límites en nombre de aquel poder constituyente en la reserva son ideas y medidas que perjudican al sistema jurídico organizado bajo el principio democrático. Además, como recuerda I. De Otto, "al invocar un poder previo al derecho se desconoce que el propio proceso de manifestación de una voluntad democrática sólo es posible conforme a reglas que aseguren la igualdad y libertad de los partícipes y la veracidad de su resultado: *no hay democracia sin derecho*"(38).

Más adelante se abordará el ya clásico problema jurídico (y político) de si cabe deducir del principio democrático límites a la positividad que el propio principio, por definición, trata de desplegar al máximo, o sea, de si en nombre de la democracia se puede limitar el libre juego democrático al objeto de impedir que por métodos democráticos se acabe con la democracia misma. Ahora se desea dejar constancia de un problema semejante, pero que en general no se ve como tal, porque no se percibe que esté en juego la democracia cuando los que contra ella atentan no son de ideología totalitaria. El asunto es si se puede en nombre de la soberanía nacional actuar al margen de los cauces constitucionales. En tal supuesto la finalidad perseguida no es establecer desde la democracia normas para frenar o excluir a los que se valen de las reglas y garantías democráticas para instaurar un régimen no democrático; por el contrario, lo que se pretende es, apelando a la soberanía nacional, incumplir las normas constitucionales que fijan el juego democrático, y que son las que articulan jurídicamente el ejercicio de la soberanía nacional/popular. Desde el planteamiento que en este trabajo se sostiene, la conclusión es que no sólo se muestran como antidemócratas los que por un procedimiento democrático pretenden liquidar la democracia; también aquellos que renuncian a ese procedimiento para hacer prevalecer la supuesta voluntad natural del pueblo soberano. La diferencia es que éstos no son conscientes de ello.

3. ¿Soberanía popular versus Estado democrático de derecho?.La soberanía popular como función preprogramadora de la democracia en el sistema jurídico.

El mito de la soberanía popular, su fuerza legitimadora, radica precisamente en la idea reflexiva, de autorreferencia, que pretende poner de manifiesto. El mito es pernicioso en cuanto esa idea no aparezca integrada en el sistema jurídico, es decir, en cuanto la autorreferencialidad no se transmita por completo al ordenamiento para organizar su estructura y funcionamiento de manera democrática. El Estado de derecho y más aún el Estado democrático de derecho, nacen precisamente para neutralizar la hipótesis de un poder soberano cuya omnipotencia se impone sin sujeción a regla alguna. Fuera de esa incardinación en una estructura democrática del ordenamiento, la idea de soberanía popular *se desnaturaliza*, porque pierde de vista el punto de partida filosófico que le da vida, el individuo y su libertad en el estado de naturaleza. La autorreferencialidad, que surge como autodeterminación individual, como fracción de
soberanía, pierde esta vinculación y se hace trascendente, y el pueblo aparece como una entidad política unitaria, capaz de decidir por sí mismo y de expresar "la voluntad general"; una voluntad que, concebida como decisión política fundamental, se afirma previa al Estado. Si en su formulación más coherente (soberanía fraccionada) la soberanía popular niega la posibilidad del Estado (sólo podría haber poder
constituyente, no poderes constituidos), en su versión de soberanía colectiva encarnada en la voluntad general da lugar a sus conocidas patologías, que fundamentan sociedades unánimes y justifican la dictadura moral, sea de la mayoría o de la minoría(39).

La sima que se abre entre los dos tipos de autorreferencia individual y colectiva se hace insalvable, por más que la retórica política y jurídica pretendan lo contrario. La clave de la diferencia radica en que el individuo sólo puede ver garantizada en sociedad su libertad *natural* si su originaria autorreferencialidad se traslada no a un ente pre- jurídico colectivo en el que queda engullido, sino a una organización capaz de asegurarle la mayor libertad *social*, pública y privada (reconocimiento jurídico de la libertad). Esto implica dos cosas; primera, esa organización ha de ser plenamente "auto- noma" para no hallar límite en su finalidad garantista (sentido del pacto hobbesiano que concluye en la afirmación de la soberanía del ordenamiento jurídico) y, segunda, su organización ha de estar articulada de modo tal que esa garantía sea posible (principio democrático del Estado de derecho). La originaria autorreferencialidad del individuo
(aquella libertad natural) no queda garantizada si se disuelve en la soberanía del pueblo al que pertenece. La libertad individual se reclama frente a todos, incluso frente al pueblo y es posible que éste, ante el enfrentamiento, no le reconozca como miembro(40). Además, el pueblo concebido como ente prejurídico no es otra cosa que el macrosistema social indiferenciado en su contenido moral, político, económico, jurídico, etc. De lo que se trata es justamente de diferenciar como sistema aparte a las normas jurídicas, para que lo en ellas regulado se imponga frente a cualquier criterio emanado de dichos órdenes y, a la vez, que lo en ellas programado sea el conjunto de medidas que respondan y garanticen aquella expectativa de libertad en sociedad.

La concepción del pueblo como cuerpo político homogéneo y unitario que personifica la voluntad general, el pueblo soberano(41), da continuidad al papel de símbolo político de la *potestas legibus soluta,* que en la Edad Media recaía en la instancia divina y más tarde en el monarca absoluto. No se trata de un símbolo meramente formal y que cumpla una "inofensiva función negativa" de privar a los poderes constituidos de un poder absoluto; si así actuase, el principio de soberanía popular no dejaría de ser aquel solemne homenaje verbal a los sistemas democrático- representativos. Bajo ese símbolo hay diversas corrientes doctrinales que ven una realidad óntica, basada en una igualdad *sustancial* de los que a ella pertenecen. El carácter autorreferencial del individuo desaparece. Lo importante es su pertenencia o no

a esa unidad sustancial, a esa comunidad histórica, nación/pueblo, en la que reside el auténtico y originario poder constituyente, aquel que dicta lo que C. Schmitt denomina "la decisión política fundamental"(42), fuente de toda legitimidad. El soberano, la voluntad general, por la sola razón de serlo es siempre lo que debe ser(43); la identidad democrática se resume en esta aporía que funde legalidad y legitimidad(44). Por tanto, en este caso la autorreferencialidad no es una función que se atribuya al sistema jurídico, sino que se retiene en ese ente, y el derecho carece de identidad propia como sistema, supeditado a las excepciones que en cualquier momento se acuerden en defensa y en nombre de la *salus populi*. El soberano, afirma Schmitt, es el que decide sobre el estado de excepción, o sea, sobre las situaciones no reguladas jurídicamente y sometidas a una acción incondicionada(45). La soberanía del pueblo se erige de este modo en instrumento para neutralizar el Estado de derecho, que es la garantía de los derechos fundamentales (trasunto jurídico de aquella autorreferencialidad individual)(46).

Doctrinalmente, desde Locke a Ackerman, siempre se ha argumentado que esta retención del poder soberano se funda en la necesidad de separar la legalidad positiva de la legitimidad natural (de la voluntad nacional). Su función es contrarrestar los peligros de un absolutismo legalista e impedir la cautividad del poder originario del pueblo. Cierto que ya no existe el absolutismo político de la época medieval, pero -se argumenta- tampoco el iusnaturalismo como orden sustancial previo que legitime el poder. La secularización del poder no puede abandonar la exigencia de un absoluto político, porque convertiría al ordenamiento jurídico positivo en una realidad incondicionada. La coincidencia entre legitimidad política y positividad restablecería dramáticamente el absolutismo de la realidad. La conclusión es que la democracia debe definir su absoluto político ideal(47) para oponerlo y condicionar la política real. Algunos autores estiman que, a diferencia de la Edad Media, el símbolo político de la democracia, el pueblo soberano, no radica en un ser (*summun ens*). La "sustancia" como principio de unidad social es reemplazada ahora por la "función". El absoluto político, el pueblo soberano, consiste en una función: la idea de establecer una sociedad de individuos libres e iguales (absolutismo simbólico) como instrumento para oponerse y eludir el absolutismo de la realidad(48).

A pesar de este cambio radical en la interpretación del papel que cumple la soberanía popular no parece que ésa sea la explicación más acertada desde el punto de vista filosófico-político, ni la más adecuada desde el punto de vista jurídico- constitucional. En primer lugar, es difícil que en la práctica la idea de pueblo soberano no adquiera un sentido ontológico. Nadie estando vigente un régimen democrático justifica el sustraerse al ordenamiento jurídico en nombre sólo de una idea, sino sobre todo de intereses concretos de los ciudadanos que, por atañer a todos, se presentan como intereses generales. La dictadura soberana (la actuación legítima al margen de la legalidad constitucional) siempre aparece como una acción plebiscitaria(49), apoyada además en la juridicidad inmediata que implica la apelación al ejercicio del poder constituyente. Como sostiene C. Schmitt, mientras esté reconocido este poder, siempre existe un "mínimo de Constitución"(50). En segundo lugar, legalidad y legitimidad - según ya se vio párrafos atrás- se separan sólo en relación con la legalidad constitucional, pero se funden cuando la racionalidad del poder constituyente se arropa de ese mínimo de constitución(51). La soberanía se convierte en competencia y no únicamente en principio de legitimación(52). En tercer lugar, si la democracia redefine su absoluto político -el pueblo soberano en cuanto sociedad ideal de individuos libres e iguales- la función de este símbolo no puede consistir en privar al ordenamiento jurídico positivo de su carácter incondicionado. En la positividad del derecho está la fuerza creadora capaz de establecer las condiciones jurídicas para la realización de ese ideal.

Limitar, pues, externamente esa capacidad en nombre de dicho ideal es un contrasentido.

La solución no está en frenar la positividad del ordenamiento jurídico resucitando de uno u otro modo el derecho natural, sino en controlarla organizando la estructura del ordenamiento de tal modo que ello sea posible. El Estado liberal de derecho en su versión del monismo parlamentario no lo logró plenamente, porque no supuso el fin de la soberanía de un sujeto. La entronización del parlamento como "órgano de la soberanía popular" trasladó la soberanía a una "sustancia", el cuerpo político de la nación, no al ordenamiento jurídico como sistema. La propia concepción del parlamento como órgano de la sociedad y no del Estado pone de manifiesto el concepto algo más que simbólico de la soberanía popular. La rigidez constitucional y sobre todo la consideración de la constitución como norma jurídica suprema acabaron con la omnipotencia del parlamento(53), si bien ha propiciado que surja la incertidumbre sobre el llamado "soberano oculto"(54), el tribunal constitucional. El Estado democrático de derecho lo consigue si aquel absoluto político que entraña la idea de una sociedad de individuos libres e iguales (principio de soberanía popular) cumple la función de preprogramar el ordenamiento jurídico a través del reconocimiento y garantía efectiva de los derechos fundamentales. De la soberanía popular se pasará al Estado democrático de Derecho, de la soberanía del pueblo a la soberanía de los individuos contenida jurídicamente en los derechos fundamentales que las constituciones democráticas deben reconocer y amparar. La función del principio democrático es dar virtualidad a esa juridificación del ideal de libertad e igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran -y, en este sentido, la soberanía popular entraña ese absoluto político del que habla Lindahl- pero para ello es necesario que el Estado democrático de derecho neutralice la soberanía popular entendida como poder de excepción latente, como sustancia estatal que pueda aparecer en todo momento en su *plenitudo potestatis*. La soberanía popular podría tornarse en una amenaza para la democracia.

IV. Del titular de la soberanía al titular de la democracia

Si la titularidad de la soberanía recae en un ser colectivo, la nación o el pueblo, habrá que preguntarse quién es ese sujeto y quiénes pertenecen a él. Desde una perspectiva jurídico-positiva ya se ha dicho que es el ordenamiento jurídico el que determina ese pertenencia, lo cual -como luego se estudiará- lejos de entrañar una aberración política, es el fundamento para contrarrestar los prejuicios históricos e ideológicos que arrastra la doctrina de la soberanía nacional o popular y evita la aporía de concebir a la nación como previa al derecho que la constituye. En cambio, hablar de la nación o pueblo como una unidad social es introducirse en la, ésta sí, peligrosa senda de la "metafísica del sujeto". A la pregunta "¿Dónde encontrar la nación?", Sieyès responde "donde de hecho se encuentra; esto es, en las cuarenta mil parroquias que abarcan todo el territorio, todos los habitantes y todos los tributarios de la cosa pública: he ahí sin duda la nación"(55). Pero este criterio tan claro, aparte de presuponer normas jurídico-positivas que delimiten previamente cuál es ese territorio y quiénes son tributarios de la cosa pública, se ve contradicho al identificar la nación con el "tercer estado"(56). Sieyès, como cualquier nacionalista pasado o presente, no reclama un concepto sociológico de nación, sino ontológico; la nación o el pueblo como "comunidad de descendencia", como ineluctable "unidad de destino", una comunidad ideal y abstracta(57); una colectividad con el carácter de "indivisible, inalienable e imprescriptible", atributos que la Constitución francesa de 1791 (Tit. III, art. 1) atribuía

a la soberanía nacional.

1. La nación como ineluctable unidad de destino. Igualdad sustancial y unidad social homogénea.

Rousseau parte de un principio individualista, el pueblo como conjunto de asociados mediante el Contrato(58). Sin embargo, el "yo común" que encarna la voluntad general sesustancializa(59) y -lo que ahora más interesa destacar- se forma sobre una unidad social homogénea(60). Esta característica se acentuará en las teorías organicistas al definir el pueblo como un elemento del Estado(61), de manera que el pueblo al que se atribuye la soberanía ha de tener una homogeneidad sustancial(62). La consecuencia es doble. Una, la constitución presupone dicha homogeneidad y, otra, esta homogeneidad se basa en un principio de igualdad en sentido sustancial y no en sentido formal. No pertenecen al pueblo los que simplemente habitan bajo un Estado, los súbditos o sujetos a él, sino los que participan de la *sustancia* ciudadana. En Rousseau
la homogeneidad social se torna en uniformidad impuesta por la voluntad general y el camino hacia el despotismo de la libertad no tarda en quedar despejado (63). Schmitt así lo considera al interpretar que el ginebrino entiende la libertad vinculada a la moral.
"Sólo quien es moralmente bueno tiene derecho a ser llamado pueblo y a identificarse con el pueblo. La consecuencia ulterior es que sólo quien tiene la *vertu* tiene derecho a participar en los asuntos políticos. El adversario político está moralmente corrompido, es un esclavo, al que hay que hacer inofensivo. Si se demuestra que la mayoría ha caído en la corrupción, entonces la minoría virtuosa puede emplear todos los medios de poder para ayudar al triunfo de la *vertu*.... Rousseau había ofrecido demostrar que es posible un Estado en el cual no haya ni un sólo hombre que no sea libre. La respuesta práctica era que a los no libres se les aniquilaba"(64). El mismo C. Schmitt no hizo ascos a esta idea y reitera su creencia de que el fundamento de la democracia es la igualdad sustancial. "Es propio de la democracia, en primer lugar, la homogeneidad y, en segundo lugar -y en caso de ser necesaria- la eliminación o destrucción de lo heterogéneo"(65).

La tesis de la homogeneidad social y del pueblo como unidad existencial no plantea mayores problemas si se considera esa unidad como la personificación del Estado y la voluntad general como la voluntad unitaria del Estado que, una vez adoptada, se presume que es la voluntad de todos, con independencia de quien la haya votado. La cosa cambia cuando el pueblo se entiende como sujeto histórico preexistente y su homogeneidad implica separación e incluso negación de los que son juzgados
como diferentes(66). El concepto de nación se hace borroso y tanto más cuanto más subjetivos son los criterios para calificar jurídicamente la condición de ciudadano.

Desde finales del siglo XVIII se siguió como criterio de homogeneidad el de pertenencia a la nación, lo cual en comunidades ya asentadas y con poca movilidad no representaba un factor numéricamente importante de exclusión. Sin embargo, salvo para diferenciar a nacionales de extranjeros, dicha homogeneidad social no se tradujo jurídicamente en una homogeneidad del status de ciudadano, pues el sufragio en el Estado liberal era censitario. Esta discordancia no supone para el liberalismo una quiebra de su planteamiento de la idea de nación y de su soberanía. Sus postulados doctrinales de la soberanía nacional no pretenden organizar el autogobierno colectivo, la identidad entre gobernantes y gobernados, sino esencialmente limitar el poder que se constituye en ejercicio de la soberanía. Por tanto, no son incoherentes con ellos los siguientes axiomas: la nación es la personificación de aquella homogeneidad sustancial

e indivisible; los ciudadanos son miembros constitutivos del cuerpo nacional, pero no poseen individualmente la soberanía; todo miembro de la nación es ciudadano (ciudadano pasivo), pero no todo ciudadano es elector (ciudadano activo), según la conocida distinción hecha por la Constituyente francesa de 1791(67). Además, el ideal liberal es en expresión de B. Constant "la libertad de los modernos", el poder dedicarse los individuos a sus asuntos privados sin más injerencias del Estado que las de orden público. La autonomía de la voluntad tiene un carácter económico, no político; privado, no público. El sufragio y la representación son ante todo funciones públicas que se realizan por cuenta de la nación, no son necesariamente derechos(68).

2. El pueblo como ciudadanía. Las generaciones vivas. Igualdad formal y sociedad heterogénea.

Uno de las claves de la separación entre soberanía nacional y soberanía popular está en el punto de llegada de estas doctrina y no en su genérico punto de de partida. Exceptuando las teorías iusnaturalistas de derechos colectivos(69), la soberanía nacional -al igual que la popular-arranca de la idea proclamada en el art. 1 de la Declaración de Derechos de Hombre y del Ciudadano de 1789. "Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos". Una de los elementos definitorios de la soberanía popular es que tiene como meta conseguir que el individuo siga siendo también el punto de llegada. El individuo, en la versión de la soberanía fraccionada, posee una parte alícuota de soberanía(70), es titular de derechos subjetivos ilimitados, y el problema es, en los términos planteados por Rousseau y antes citados, cómo encontrar una forma de asociación por la cual cada asociado, uniéndose a todos los demás no obedezca más que a sí mismo y permanezca tan libre como antes. La pretensión de identidad entre gobernantes y gobernados persiste después del Contrato social. El pueblo nacido del contrato es un ente colectivo formado por todos y cada uno de los miembros. Éstos ya no ejercen su fracción de soberanía, porque ese título está depositado unitaria e indivisiblemente en la organización política que encarna el pueblo, pero tienen el derecho de participar en la formación de la voluntad popular que se expresa a través del derecho creado por dicha organización. El principio de soberanía popular cumple la función de preprogramar el Estado democrático de derecho para que se organice lo más fielmente posible la autonomía individual que representa aquella hipotética fracción de soberanía (libertad natural) y la autonomía colectiva (proceso democrático de deliberación y decisión) que representa la identidad o, mejor, identificación entre gobernantes y gobernados.

En el ordenamiento constitucional democrático el pueblo titular de la soberanía no es el pueblo en sentido sociológico; sigue siendo, como la nación, un ente abstracto..., pero menos. Por debajo de ese carácter jurídico de sujeto único e indivisible, al que se le imputan los actos estatales y en cuyo nombre se ejerce el poder, surge la necesidad -que se materializa en el principio democrático- de una vinculación entre ambas ideas de pueblo. Esta necesidad de crear la mayor identidad posible en los contenidos de una y otra idea de pueblo debería comporta un cambio radical en la concepción del substrato social del pueblo estatal. Para determinar los miembros del pueblo en cuyo nombre se gobierna la referencia ha de ser el conjunto de los gobernados (todos y cada uno de ellos), y no la pertenencia a una "comunidad de descendencia o a una "unidad de destino". El pueblo son las generaciones vivas(71), no la nación formada por los vivos, los muertos y los que están por nacer. Lo que cuenta es la igualdad en la condición de gobernados y la libertad para poder participar como gobernantes y ello comporta una abstracción de cualquier otra condición social. El

pueblo estatal no debería definirse con criterios de homogeneidad social, de igualdad sustancial, sobre la base de una especie de "precomprensión étnica"; al contrario, con un criterio de homogeneidad jurídica, de igualdad formal, fruto de aquella abstracción. La diferencia entre ser humano y ciudadano debería ser mínima y lo contrapuesto a ciudadano no debería ser el extranjero, sino el no residente, el transeúnte. Es contrario al principio democrático identificar la ciudadanía con la nacionalidad. El pueblo soberano lo forman no los nacionales, sino los ciudadanos; las generaciones vivas de ciudadanos, no las generaciones vivas de los que pertenecen a una comunidad de descendencia (nación)(72).

El concepto de pueblo así entendido reduce la distancia entre pueblo estatal y sociedad, entre ciudadano e individuo, entre pueblo gobernante y pueblo gobernado. A la vez contribuye a algo muy importante desde el punto de vista democrático como es aceptar que la borrosidad de la sociedad cada día en aumento (heterogeneidad de razas, religiones, culturas, lenguas, lugar de nacimiento etc.) no sea obstáculo para la consideración legal de ciudadano, de miembro del pueblo estatal. Es la abstracción jurídica, la igualdad formal la que hace posible esa ciudadanía Comoquiera que en ninguna democracia esta abstracción es completa, el concepto de pueblo es un conjunto borroso que marca la tensión entre aquellos dos polos (pueblo-sociedad, ciudadano- individuo, etc). Una borrosidad indiferente o secundaria en el liberalismo, pero capital para la calificación de un sistema como democrático. Cuanto mayor sea la abstracción jurídica, más borroso es el conjunto, más heterogeneidad social abarca y mayor será el número de individuos que integra. La nación y el pueblo son conjuntos borrosos, pero los vectores de la borrosidad son diferentes. El de "nación" relaciona los individuos con la pertenencia a una sustancia histórica que de por sí es incierta; incertidumbre que el ordenamiento jurídico clausura con criterios extraídos de esa sustancia, sea el *ius sanguinis*, la raza, la religión, etc. El de "pueblo" relaciona a los individuos consigo mismos, en su situación de gobernados (súbdito) y en su hipotética posición de gobernantes, (ciudadano activo). En un sistema de soberanía nacional es indiferente el número de sometidos al sistema excluidos de la nacionalidad. Por el contrario, en un sistema de soberanía popular, de democracia, el grado de correspondencia es uno de los elementos definitorios del sistema. La cuestión está en que los ordenamientos constitucionales vigentes se califican de democráticos, pero basan el criterio de la ciudadanía en la nacionalidad. La extensión del sufragio a la mayor parte de la población no puede ocultar el hecho de que se sigue manteniendo el criterio de nación y no de pueblo. La democracia no se mide primariamente por el número, según hacía Aristóteles, sino por los criterios, los vectores, que dan lugar a ese número. En unos casos el porcentaje de ciudadanos activos *puede* resultar alto (soberanía nacional); en otros, *tiene que* resultar elevado (soberanía popular).

A) La democracia como ampliación del planteamiento liberal.

Pese a aquel desiderátum de igualdad formal, en este asunto clave para la realización del principio democrático las constituciones actuales siguen el planteamiento liberal de la soberanía nacional. La lucha por la democracia en el siglo XIX no tuvo como meta alterar el substrato social del concepto jurídico de nación, sino eliminar la diferencia entre ciudadanos activos y ciudadanos pasivos mediante la extensión del sufragio; primero a todos lo hombres y, ya en el siglo XX, a las mujeres. Por supuesto, el cambio democrático también consistió en reconocer al sufragio como un derecho y no como una función pública más. Persistió, no obstante, la separación entre el pueblo del Estado y los no adscritos a él, sobre la base de la pertenencia o no a

esa homogeneidad social preexistente. En contra de la tesis de este trabajo, C. Schmitt sostiene que esta homogeneidad es la que da sentido al sufragio universal y no el prejuicio liberal de que los hombres son libres e iguales en derechos(73). Ni que decir tiene que esta es la manera de justificar la diferencia dentro de un Estado entre los que son ciudadanos y los que son meros súbditos. Los nacionalismos siempre se han nutrido de este argumento para definirse como democráticos y, a la vez, considerar legítimos los criterios (en alguno casos xenófobos) de nacionalidad. Kelsen tuvo oportunidad de exponer brillantemente el contenido ideológico del concepto de pueblo del Estado y poner de manifiesto que los derechos políticos no tienen por qué ser inherentes a la nacionalidad(74).

Existe una extensión del sufragio que *en apariencia* tiende a aproximarse al criterio radicalmente democrático que aquí se mantiene. Se trata del concepto de ciudadanía establecido en los Estatutos de Autonomía de las comunidades autónomas. La apariencia no se debe a que persista la diferencia entre ciudadanos de la comunidad autónoma y extranjeros residentes; eso es una evidencia. La falsa apreciación estriba en que pudiera concluirse que en la consideración jurídica de catalán o extremeño sólo cuenta el hecho de la vecindad administrativa, no la pertenencia a una unidad étnica diferenciada llámese esa entidad, nacionalidad o región. Y, en efecto, así lo parece si se atiende a la definición dada por los Estatutos a la condición política (titularidad del sufragio y composición del cuerpo electoral) de los ciudadanos de cada Comunidad(75). Sin embargo, el asunto cambia cuando se interpreta, por ejemplo, que en Cataluña el reconocimiento del sufragio a los residentes españoles de origen no catalán es fruto de una *extensión* del sufragio a esas personas porque se presume que se integran en la nacionalidad catalana concebida como "unidad de destino", o sea, que el estar, por ejemplo, en Cataluña implica integrarse en el Ser (ontológico) catalán. Dicha ampliación del sufragio no sería consecuencia de la aplicación de un criterio de igualdad formal entre catalanes de origen y españoles de residencia en Cataluña (esa sería sólo la apariencia), sino de un criterio de igualdad sustancial de acuerdo con el cual la equiparación se produce por absorción. La justificación de tal ampliación sería la misma que se acaba de ver que ofrece C. Schmitt para fundamentar el sufragio universal.

Esta interpretación viene confirmada por su plasmación jurídica. El art. 3 del Estatuto catalán proclama que "1. La lengua propia de Cataluña es el catalán. 2. El idioma catalán es el oficial de Cataluña, así como también lo es el castellano, oficial en todo el Estado español". La expresión "lengua propia" del apartado 1º de este precepto no alude al carácter oficial del catalán, eso lo dispone el apartado 2º. Tampoco se refiere simplemente al carácter autóctono de esa lengua. Lo que se desea es afirmar una seña de identidad de la nacionalidad catalana, uno de sus elementos *sustanciales*, junto con el poder (la Generalidad), el territorio y el pueblo. Como quiera que el pueblo de Cataluña lo componen por mandato estatutario tanto los oriundos de este territorio como los demás españoles en él residentes, la manera de no resquebrajar la unidad sustancial de
la nacionalidad es proclamar en el Estatuto una ficción: la lengua propia de Cataluña, o sea, de los catalanes (sociológicamente la lengua es de los que la hablan, los individuos, no de los pueblos(76) y menos aún de entes morales y abstractos) es el catalán. Desde el Estatuto se impone *culturalmente* como *propia* una lengua a todos los ciudadanos de Cataluña, sean catalano- parlantes o hispano-parlantes, y cualquiera que sea su origen, de dentro o de fuera de Cataluña. Sobre este presupuesto de uniformidad se legisla
como si la prioridad y, en muchos casos, exclusividad del catalán fuesen una consecuencia lógica y coherente con un hecho que culturalmente es inexistente(77). Las sucesivas leyes catalanas de normalización lingüísticas no han hecho más que correr de manera acelerada en esta dirección(78). El castellano, idioma usado por los catalanes

cuando menos con la misma intensidad que el catalán, se ignora culturalmente en el Estatuto como si no fuese también lengua propia y se le da un tratamiento exclusivamente jurídico: el castellano es oficial *por imperativo legal*, junto al catalán, que es oficial *porque es la lengua propia de Cataluña.*

La democracia consiste en aceptar la diversidad, o sea, que la diversidad no sea obstáculo para la igualdad formal. Por eso es difícil conciliar nacionalismo y democracia, porque aquél considera que la democracia es extender la igualdad sustancial, imponer la homogeneidad social, a cambio de conceder la ciudadanía política. En el mejor de los casos a esos ciudadanos "se les obliga a ser libres", en el peor se les condena a ser "extranjeros entre ciudadanos", fórmulas patológicas acuñadas por Rousseau, que son benignas comparadas con la de "aniquilar a los no libres", enunciada también -como antes se vio- por el ginebrino. Nacionalismo y democracia son conjuntos borrosos cuya relación es inversamente proporcional y que sólo coinciden en un ámbito, el de las minorías nacionales en busca de garantía, pero en tal caso ya no se trata de un problema de nacionalismo, sino de minorías.

B) Democracia radical, ciudadanía y soberanía.

De acuerdo con lo hasta aquí sostenido, el concepto democrático de pueblo ha de regirse por un criterio de igualdad formal, lo cual implica que la clásica distinción entre derechos del hombre y derechos del ciudadano se ha de reducir al mínimo, ya que la ciudadanía debería vincularse a la condición humana, no a la nacionalidad. Las mínimas diferencias vendrían dadas por la exigencia de un número de meses de residencia continuada (arraigo), al objeto de garantizar la incorporación estable a una comunidad jurídica, no la de fijar la pertenencia a una unidad de destino.

Las democracias actuales han avanzado mucho en este terreno en lo que respecta a los derechos fundamentales, eliminando barreras que separaban a los extranjeros de la titularidad de estos derechos y libertades. En beneficio también de los extranjeros los tribunales constitucionales han desarrollado y desarrollan una gran labor interpretativa de ampliación del contenido de los derechos abstractamente formulados en las respectivas constituciones. Una pieza clave de ese desarrollo es la comprensión de la dignidad humana (art. 10.1 CE) como un valor que se irradia a tales derechos, de manera que los extranjeros no tienen los derechos que en cada momento decida libremente establecer el legislador, sino que gozan cuando menos del contenido esencial de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente como inherentes a la persona. Se mantiene, no obstante, la fractura en lo que respecta a la nacionalidad (art. 11 CE), al principio de igualdad (art. 14 CE) y a los derechos políticos (art. 23 CE), y son mayoría los autores que la defienden. Por ejemplo, J. Isensee(79) considera que esta sima debe seguir existiendo porque es preciso diferenciar entre la sociedad y el pueblo. La sociedad, según él, es el lugar de la diferencia, mientras que el pueblo es el conjunto de ciudadanos que son iguales entre sí. Los derechos fundamentales constituyen la sociedad, pero no fundan la voluntad del pueblo en la democracia. Los extranjeros gozan en Alemania de derechos fundamentales, pero no del derecho de decidir sobre la representación del pueblo al que ellos no pertenecen. Se sigue considerando que la democracia es la prolongación de los esquemas de la soberanía nacional.

Sin embargo, el primer paso en la equiparación entre nacionales y extranjeros a efectos del derecho de voto ya se ha dado. Los países de la Unión Europea admiten en elecciones municipales el sufragio activo y pasivo de los extranjeros comunitarios, y algunas constituciones como la española extienden tal posibilidad a cualquier extranjero

residente cuyo país de origen tenga concertado con el Estado en el que reside un tratado de reciprocidad sobre la materia (art. 13.2 CE). La cuestión está en por qué sólo en elecciones locales. La Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992 afirma con gran vaguedad que la atribución del sufragio a quienes no son nacionales para participar en elecciones a órganos representativos en elecciones autonómicas y generales a Cortes podría pugnar con el art. 1.2 CE ("La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado"). La razón es que los órganos objeto de elección (parlamentos autonómicos y Cortes Generales) "ostentan potestades atribuidas directamente por la Constitución y los Estatutos de Autonomía y ligadas a la titularidad por el pueblo español de la soberanía... y ese no es el caso de los municipios"
(fundamento jurídico 3.C). Viene a decir que las elecciones locales, a diferencia de las autonómicas y generales a Cortes, son elecciones administrativas en las que no se lleva a cabo un ejercicio de la soberanía nacional.

El razonamiento no es consistente. En primer lugar, al producirse esa extensión del sufragio en las elecciones locales se da un salto importantísimo, cual es el de construir el concepto jurídico de "pueblo del municipio" haciendo abstracción de la condición de la nacionalidad española, de manera que forman parte de él todos los residentes, con independencia de su origen (salvo aquellos que procedan de países sin convenio de reciprocidad). Se trata de algo que tiene más trascendencia que una mera equiparación entre nacionales y extranjeros; significa el cambio de un criterio de igualdad sustancial a otro de igualdad formal. A efectos jurídicos y políticos significa lo mismo que el hecho de que se considere miembro del pueblo catalán o del pueblo vasco a todos los españoles con residencia en los respectivos territorios autonómicos, con independencia del lugar de nacimiento, idioma que hablen, etc. De acuerdo con el art.
13.2 CE un alemán residente en Oviedo forma parte del "pueblo de Oviedo" en cuyo nombre el Ayuntamiento rige "los destinos" del municipio, que no tienen un contenido metafísico, sino jurídico-político, de orden urbanístico, comercial, cultural, etc. En segundo lugar, la exclusión de las elecciones autonómicas del derecho de sufragio de los extranjeros residentes en la región no puede fundarse en que estos comicios constituyen ejercicio de la soberanía popular, porque, como tantas veces ha reiterado el propio Tribunal, autonomía no es soberanía. En tercer lugar, quizás el alto Tribunal se base
para tal consideración en que la Comunidades Autónomas -como ha dicho en varias ocasiones- tienen una autonomía de naturaleza "política", lo cual pudiera aproximarles a la idea que subyace en la atribución de la soberanía al pueblo español, la precomprensión étnica de la nación española. En tal caso lo que estaría en juego sería el art. 2, párrafo 2º CE, a través de una interpretación que considerase que en el reconocimiento del "derecho a la autonomía de las *nacionalidades y regiones que la integran* (se refiere a la nación española)", se halla implícito el reconocimiento también de una precomprensión étnica de cada nacionalidad y región. Sin embargo, tal interpretación encaja mal con el concepto jurídico de pueblo catalán, vasco, asturiano, extremeño, etc. que no se construye en los respectivos Estatutos sobre una precomprensión étnica de la nacionalidad o región(80), sino esencialmente sobre el criterio democrático de vecindad administrativa. En consecuencia no tiene sentido que
el art, 13.2 CE niegue a los extranjeros, por el hecho de no ser españoles, el sufragio en las elecciones autonómicas. Por último, en la medida en que lo importante es el pueblo de ciudadanos, su autorreferencialidad (identidad entre sujeto gobernante y sujeto gobernado), podría suprimirse el veto radical al sufragio de los extranjeros en elecciones generales y establecer las condiciones de residencia para adquirir la condición de ciudadano, máxime cuando, en relación con residentes comunitarios, el ejercicio de algunas competencias legislativas del ordenamiento español ya se han transferido a la

Unión Europea. La soberanía se hace borrosa y los criterios para justificar desde una perspectiva democrática la definición jurídica de la pertenencia a un pueblo también.

C) Democracia, soberanía y sufragio múltiple.

En coherencia con el planteamiento democrático aquí expuesto cabe proponer la posibilidad del sufragio múltiple sobre la base de la doble residencia administrativa. Si de lo que se trata es de optimizar el principio democrático de identidad entre pueblo gobernante y pueblo gobernado, nada tiene de extraño proponer que una persona, con independencia de su nacionalidad, vote allí donde es gobernada y tantas veces como es gobernada. Si lo es en dos sitios distintos, por residir a lo largo del año en dos lugares diferentes -piénsese en un inglés que pasa una parte del año en Oxford y la otra en Alicante- no es descabellado pensar que pueda ser a la vez ciudadano de uno y otro ente local. Lo mismo puede decirse del español -típico caso de jubilados del norte- que pasa más de la mitad del año en su lugar de origen y los meses restantes en un municipio de la costa levantina. Desde luego habría que perfilar las condiciones para definir la residencia administrativa (por ejemplo, no más de dos residencias y un mínimo de
meses en cada una) y permitir la compatibilidad de las dos residencias, pero la idea en sí es posible y radicalmente democrática. El sufragio múltiple no tendría por qué limitarse a las elecciones locales. Por supuesto, en ningún caso se reconocería un voto plural en las mismas elecciones, porque ello vulneraría el principio de igualdad y el propio fundamento de la propuesta, ya que nadie es gobernados dos veces en un mismo ámbito territorial. El ciudadano que tiene dividida su residencia entre Barcelona y Tarragona, podría votar en las elecciones municipales en los dos sitios, pero, como ciudadano de Cataluña, sólo podría emitir un voto en las elecciones autonómicas catalanas. Por
contra, si la residencia la tiene distribuida entre Barcelona y Oviedo, podría votar en las elecciones locales de ambos municipios y también en las elecciones autonómicas de una y otra comunidad autónoma. Y lo mismo cabría decir de las elecciones generales en relación con los extranjeros siempre que hubiese un convenio de reciprocidad. Ha de tenerse presente que las constituciones prevén desde hace tiempo tratados de doble nacionalidad con la finalidad de mantener allende las fronteras la sustancia nacional, su sustrato de homogeneidad social. De igual manera, dichas normas podría prever tratados de doble residencia para conceder la ciudadanía política; el fundamento sería la idea democrática de igualdad formal pese a la heterogeneidad social. Desde un punto de vista democrático no es aceptable que la pertenencia a una comunidad histórica por vínculos de sangre sea jurídicamente relevante a la hora de configurar la ciudadanía y
no lo sea, o lo sea en muy pequeña medida, la permanencia prolongada en el territorio. Además, podría darse la paradoja de que un alemán que pase en Menorca gran parte del año pueda votar en las elecciones locales de su país y en las de la isla y, sin embargo, un catalán en las mismas condiciones sea a esos efectos un extranjero en dicho municipio.

Cabría objetar a la propuesta que rompe indirectamente la igualdad de voto, ya que el resultado de unas elecciones puede influir en la composición de otros órganos representativos de un ámbito territorial que englobe los dos lugares de residencia del ciudadano en cuestión. Por ejemplo, las elecciones municipales inciden en la composición de las Diputaciones provinciales o, como en el caso de la residencia anual dividida entre Cataluña y Asturias, el voto en una y otra Comunidad no sólo sirve para elegir a los respectivos parlamentos autonómicos, sino que indirectamente influye en la composición del Senado (designación de los senadores autonómicos) o en las iniciativas legislativas ante el Congreso. Sin embargo la diferencia es nimia e irrelevante, pues el peso de cada voto cambia cada vez que aumenta o decrece la

composición del cuerpo electoral por causas biológicas o de flujos migratorios. En todo caso, el problema queda planteado y quizá en el siglo XXI, si decrece el sentimiento nacional y aumenta el sentimiento constitucional democrático, la doble residencia como factor de ciudadanía se imponga para cualquier tipo de elección. El dinero no tiene sentimientos ni patrias y la doble residencia a efectos fiscales ya se ha establecido sin objeción alguna. Quizá por ahí se abra la brecha, pues el individuo cada vez se ve -o se lo hacen ver las distintas Haciendas públicas- más contribuyente y puede que reclame su derecho a contribuir también a elegir a los que deciden la política fiscales en los diversos ámbitos en los que paga impuestos(81).

En suma y parafraseando un título de J. Rawls, cuando se habla del pueblo como titular de la soberanía, eso es "política, no metafísica"(82). La soberanía del pueblo no puede interpretarse como un principio metafísico de unidad sustancial de la que emanan todos los poderes del Estado. Hay que liberarse de esa mentalidad lineal y *volcánica*(83) de pueblo, porque no responde a lo que es su plasmación jurídica, la constitución democrática. La constitución no proclama la soberanía nacional o popular para dejar patente quién es el sujeto que decide en el estado de excepción, en los términos planteados por Schmitt, sino justamente para señalar que no es posible el estado de excepción en su nombre, ya que el pueblo actúa a través de los procedimientos constitucionalmente establecidos. Tampoco, pues, se entroniza al pueblo para identificar un ente pre-jurídico dotado de propia voluntad y poder ilimitado. La soberanía popular cumple la función de preprogramar el Estado democrático de derecho al objeto de que organice lo más fielmente posible el absoluto político que ella representa, es decir, la idea de una sociedad de individuos libres e iguales en la que los gobernados se sientan gobernantes. Cumple, así también una función legitimadora del sistema democrático, porque presupone que la programación de este sistema responderá al mito fundacional y autorregulador de aquel absoluto político. Pero claro está, como se está hablando de política y no de metafísica, se tendrá que comprobar cómo se articula la "titularidad de la democracia", habrá que decir con B. Brecht: "Todo el poder del Estado emana del pueblo, pero ¿adónde va?"

C. Esposito captó con gran precisión dónde está la clave de la transformación jurídica del principio de soberanía popular en principio democrático. "El contenido de la democracia no radica en que el pueblo sea la fuente histórica o ideal del poder, sino en que tenga el poder. Y no sólo en que tenga el poder constituyente, sino también en que a él correspondan los poderes constituidos; no en que tenga la nudo soberanía, (que prácticamente no es nada), sino el ejercicio de la soberanía (que prácticamente lo es todo)"(84). Será en este terreno donde haya que reconstruir al soberano de la democracia, o sea, la posición jurídica del individuo y -como corolario- de la minoría, pues la doble tesis que a continuación se va a sostener es que los derechos fundamentales son fragmentos de soberanía y que en democracia no hay mayorías, sólo decisiones por mayoría; lo propio de la democracia es el principio de la minoría.

V. La reconstrucción del soberano democrático. Los derechos fundamentales comofragmentos de soberanía.

En la filosofía contractualista el estado de naturaleza explica el punto de partida, pero cumple la función de dejar claro cuál ha de ser el punto de llegada. Sin esta función la hipótesis del contrato carecería de sentido. Por tanto no basta con afirmar que la libertad y la igualdad deben estar garantizadas en el sistema creado para ello, la democracia; es preciso saber más exactamente qué libertad e igualdad se quiere garantizar y cómo se ha de garantizar. Algo ya se ha mencionado en las páginas

precedentes al estudiar de la diferencia entre soberanía popular y soberanía nacional, pero conviene ahondar con mayor profundidad.

1. La relación entre libertad e igualdad. Abstracción jurídica, dignidad humana y forma de

Estado.

La clásica discusión sobre si la libertad es un *prius* de la igualdad o al revés carece de sentido en la hipótesis del estado de naturaleza, pues en ella se parte de la base de que todos los individuos son a la vez libres e iguales. El problema surge cuando se plantea la necesidad de elaborar el contrato social. No obstante, y para resolver luego este asunto, puede afirmarse que en dicha situación original primero es la libertad de uno, porque en tal supuesto la libertad no es un concepto relacional, sino ontológico. Por contra, la igualdad necesita que surja "el otro" y el *tertium comparationis* será precisamente la libertad. En el estado de naturaleza no puede haber igualdad sin libertad individual, porque si no hay libertad es que alguien ha privado de ella a otros y, por tanto, ese alguien no es igual a éstos. La igualdad en el estado de naturaleza no entraña homogeneidad social alguna, no sólo porque no exista sociedad, sino porque significa todo lo contrario, heterogeneidad individual. La igualdad viene dada por el carácter absoluto, abstracto, de la libertad. Esta libertad igual se resume en lo que Rousseau denomina cuota o fracción de soberanía.

Para las tesis contractualistas si se vive en sociedad, es porque cabe suponer que algún tipo de pacto social se ha celebrado entre los individuos y consideran que ese pacto debe ser adoptado por unanimidad. Así lo estima Rousseau(85), que resuelve la objeción de qué sucede con los que no se adhieren al pacto con la expeditiva respuesta de calificarlos como extranjeros entre los ciudadanos(86). Esta salida revela tres cuestiones importantes. Primera, la igualdad se sustancializa; el pacto se erige en el elemento de comparación y de separación entre los que se adhieren y los que no; sólo los que han pactado se convierten en ciudadanos. Segundo, la libertad natural del individuo, su autorreferencialidad individual, pervive después del pacto si previamente se ha participado en su firma; no si se ha rechazado. Y, tercero, y ésta en una conclusión general que ya no es específica del Contrato diseñado por Rousseau, tras la celebración del pacto, la relación entre libertad e igualdad se altera y las posiciones de éstas se intercambian(87). La igualdad se convierte en un *prius* para la libertad. Sólo los jurídicamente iguales son libres. No cabe afirmar que todos los individuos son libres si sólo los ciudadanos (los nacionales o supuestamente signatarios del pacto) son iguales ante la ley. Como es fácil colegir, la situación jurídica que organiza el Contrato social no es el punto de llegada que pudiera presumirse con aquel punto de partida, y eso sin contar con las consecuencias de la tesis de la voluntad general.

Aunque escribe sobre el estado de naturaleza, Locke, anterior a Rousseau, emplaza su tesis en el derecho natural. El pacto lo resuelve de una forma aparentemente más satisfactoria que el ginebrino, ya que en su contenido no incluye lo relativo a la libertad esencial del individuo, de manera que no habría inconveniente en que todos pactasen para crear un poder político que garantizase la seguridad que no hay en el estado de naturaleza. En cualquier caso quedarían a salvo, retenidos, los derechos naturales más elementales del individuo(88) . Pero, claro está, lo resuelve, porque no se plantea el asunto central de crear una sociedad civil fundada *exclusivamente* en un contrato constitucional, sin dependencia del derecho natural. Será Kant quien cambie de raíz el enfoque contractualista, porque prescinde de una situación ideal como punto del que deducir el contrato, ya que éste es una mera idea de la razón práctica, una norma

por sí misma(89). El punto de llegada se erige en punto de partida. La libertad es ley de la razón práctica y se concibe socialmente como condición de la libertad de los demás. La libertad define los límites y los límites definen la libertad. El contrato kantiano tiene como norte la dignidad moral del individuo, y el respeto a toda persona se constituye en un fin en sí(90).

Importa subrayar aquí dos cuestiones claves para reconstruir el soberano de la democracia. La primera es que la libertad del individuo no desaparece disuelta en la voluntad general de la colectividad nacida tras el pacto, como en Rousseau. La fracción de soberanía del individuo -lo que le hace libre y, por tanto, igual en el estado de naturaleza- aparece en el contrato kantiano condensada en la idea de libertad ("que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad") e igualdad ("no ser obligado por otros sino a aquello a lo que también recíprocamente podemos obligarles")(91), y que se sintetizan en el concepto de *dignidad humana*. El carácter general y abstracto de la dignidad humana iguala a todos los individuos (igualdad formal, no sustancial) en su libertad. El Estado nace para garantizar esa dignidad común a todos y cada uno de los individuos. Lo de menos en este caso es el contexto político burgués en el que Kant enmarca su teoría y subjetiviza dicha dignidad. Lo de más es que aquella formulación general y abstracta permite aplicar el concepto con independencia del entorno histórico y político en el que nace y liberarlo de las fuertes restricciones que acaba imponiéndole Kant (sobre todo en materia de sufragio(92)). De la formulación abstracta del concepto de hombre cabe deducir que el ser humano *debe ser* ciudadano, miembro de la *societas civilis* y portador de los atributos inseparables de su esencia, la libertad, la igualdad y la independencia civil(93). La otra cuestión a tener en cuenta es que organiza la garantía de la libertad e igualdad sin refugiarse en el derecho natural como ámbito de conservación de los derechos más elementales, como proponía Locke. El derecho positivo interioriza la función garantista del derecho natural a través de la forma jurídica, de su validez formal. La norma jurídica ha de ser general y fruto de un debate público y racional(94). Se aplica a todos por igual y a todos protege en su libertad e igualdad.

El concepto de dignidad humana tiene una dimensión individual; el individuo es sujeto, es un fin en sí mismo, no un objeto. Pero también posee una dimensión social o relacional; la dignidad es de *todos* los individuos como especie humana. La dignidad consiste, pues, en el derecho a ser respetado y, a la vez, en la obligación de respetar a los demás, lo cual exige necesariamente una concepción *pública* de su contenido. Pudiera afirmarse que el contrato social expresa un acuerdo sobre el reconocimiento y garantía de la dignidad humana y, en este sentido, el acuerdo trata sobre cómo organizar la diversidad (libertad) partiendo de la igualdad esencial de todos los individuos y, por tanto, cómo solventar también el posible conflicto a causa del ejercicio de la libertad (desacuerdos, controversias). La idea de dignidad humana se erige en pieza esencial del parámetro de identificación de un sistema como democrático. Su reconocimiento constitucional cumple la función jurídica de irradiar su contenido a todas las relaciones normativas en las que esté en juego la libertad e igualdad de la persona(95). De ahí que la dignidad y la forma de Estado no puedan pensarse por separado(96).

2. La unanimidad como expresión de proporcionalidad extrema. Los derechos fundamentales como fragmentos de soberanía.

Todas las tesis contractualistas pasadas y presentes(97) fundan el pacto en la decisión unánime de los contratantes, quizá para no traicionar el presupuesto de libertad

natural de cada individuo. De la ausencia de unanimidad cabría colegir que los no firmantes son obligados a vivir en sociedad en contra de su voluntad. Sin embargo, desde una perspectiva kantiana se podría prescindir de ese requisito. La exigencia de unanimidad en la firma del pacto denota una concepción del contrato como instrumento de formación de una voluntad colectiva única y una visión de la unanimidad como procedimiento para llegar a esa decisión, y aquí está el error. La unanimidad no es un principio de adopción de acuerdos, sino de mera manifestación de una voluntad individual que debe ser respetada. Por supuesto puede utilizarse también como criterio de decisión y, en tal caso, la unanimidad ha de entenderse como una mayoría cualificada en su más alto grado, pero como regla de esta naturaleza y cualificación precisa de un plus de justificación para no ser tachada de antidemocrática. En realidad, y esto es fundamental, la unanimidad responde a un principio de *proporcionalidad*, no a un principio de la mayoría. Por tanto, lo verdaderamente importante del contrato social no es su *procedimiento de adopción* (ya se ha visto en Rousseau a qué puede conducir la unanimidad), sino su *contenido*. Lejos de ser la voluntad de todos, la unanimidad es la voluntad de *cada uno* de los que van a formar o (tras el contrato) forman ya ese todo(98). En consecuencia, la fracción de soberanía, la autorreferencialidad individual, la libertad del estado de naturaleza. etc. quedan incluidas en el contenido del contrato si su primera cláusula es que cualquier decisión que se adopte, cualquiera que sea el quórum exigido, debe respetar en todo caso la dignidad humana. La mayoría por la que se aprueba el contrato pasa a un segundo plano e incluso podría afirmarse con Kant que

"el origen del poder supremo, considerado con un propósito práctico es *inescrutable* para el pueblo que está sometido a él: es decir, el súbdito *no debe sutilizar* activamente sobre este origen, como sobre un derecho dudoso en lo que se refiere a la obediencia que le debe (*ius controversum*)"(99). Lo capital no es el origen del contrato, sino su contenido; no la incierta voluntad de los contratantes, sino la certidumbre de que la autonomía de la voluntad de los sujetos al pacto será tras él respetada. Recuérdese una vez más, que el sentido de lucubrar sobre el estado de naturaleza no es para averiguar el origen del contrato, su punto de partida, sino los términos del contrato y, por tanto, el punto de llegada y las condiciones que en él se quieren mantener.

Se ha visto que J. Locke no se fiaba de la voluntad general postcontractual y reservaba la garantía de la libertad al derecho natural; pero éste ya no se considera derecho válido. La vuelta actual de algunas corrientes doctrinales al estado de naturaleza como realidad y no como pura hipótesis(100), revela el deseo de privar al ordenamiento jurídico de su cualidad soberana, de su diferenciación del orden moral (político y económico también) y lo mismo sucede con algunas teorías que asignan al principio de soberanía nacional una función "afirmativa externa"(101). El problema de todos los que se refugian en el derecho natural para eludir una acción o norma jurídico-positiva no deseada es determinar cuál es la norma aplicable del derecho natural y quién y cómo se encarga de hacerla respetar, y esto ya no es una simple cuestión hipotética; es caer en el reino de la arbitrariedad y la incertidumbre para hacer frente a un ordenamiento jurídico que supuestamente no respeta las reglas y condiciones del contrato fundacional. La conservación del soberano en una sociedad jurídicamente organizada no se consigue reteniendo sus facultades en el derecho natural. Fuera del derecho positivo no hay derecho y sin éste tampoco hay democracia.

La solución ha de venir por reconstruir en el ordenamiento jurídico la libertad igual de todos los individuos; por integrar en su estructura aquella dignidad humana en cuanto síntesis de dicha libertad igual. Si la unanimidad se quedase en la fórmula de aprobación del contrato y a partir de él las decisiones se adoptasen por mayoría, no habría garantía en el futuro para la minoría. No se está afirmando aquí que después del

contrato los acuerdos deban tomarse por unanimidad, sino que, cualquiera que sea la fórmula por la que se establezcan, deben respetar el sentido de *proporcionalidad extrema* que se encierra en la idea de unanimidad que late en el contenido del pacto social. Si la unanimidad es la composición por adición, una tras otra, de las fracciones individuales de soberanía -o sea, de la libertad a garantizar después del contrato para ser el individuo tan libre como antes de su celebración- el objeto del contrato *necesariamente* ha de ser perpetuar en sociedad esa unanimidad y la base individual que la hace posible, y ello se consigue por dos vías complementarias. De un lado, la igualdad formal como *prius* de la libertad: todos los seres humanos, -no sólo los ciudadanos, los que se adhieran al pacto- son iguales ante la ley; una ley, además, general y abstracta. De otro, la libertad individual: el reconocimiento y garantía de esas fracciones de soberanía, de esa dignidad humana, ha de concretarse en un conjunto de derechos fundamentales. La unanimidad no expresa un todo sustancial y homogéneo que se encarna en la nación o pueblo; expresa la absoluta proporcionalidad, o sea, la absoluta heterogeneidad que habita en el actuar de cada uno de los individuos y que jurídicamente toma cuerpo en el ejercicio de esos derechos y libertades de la persona.

La originaria fracción de soberanía del individuo, su autonomía de la voluntad, la libertad igual de cada uno, etc., se transforma así en el *unánime reconocimiento jurídico* del elenco de derechos fundamentales sustantivos y procesales.

Obviamente no todos los ordenamientos jurídicos reconocen la dignidad humana y no todos lo hacen con la misma amplitud. Si el único derecho válido es el derecho positivo, la garantía de la dignidad humana ha de venir por una estructuración del sistema jurídico que garantice aquel reconocimiento y el Estado democrático de derecho es la organización jurídica de esa garantía. La proclamación del principio de soberanía popular recobra su sentido originario si se liga al Estado democrático de derecho, porque cumplirá la ya citada función de preprogramar la soberanía del sistema jurídico, su positividad *lato sensu*, a partir de su idea primigenia: la autorreferencialidad

individual, la libertad igual, la dignidad humana, etc. En suma, desaparecida esa mixtura de órdenes político, moral, económico y jurídico, típica del estado de naturaleza y normativamente concentrada en un supuesto derecho natural, el derecho positivo se configura como un sistema con identidad propia (soberanía del ordenamiento jurídico a través de su autorreferencialidad y positividad). Su característica es la regulación del uso irresistible de la fuerza física para estabilizar determinadas expectativas sociales. La forma de impedir que ese uso se vuelva contra los individuos, no es apelando a un inexistente derecho natural de resistencia a la opresión(102), tal como proclamaba el art.

2 de la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789(103). Por el contrario, se consigue si se convierte aquella idea primigenia en contenido de expectativas jurídicas y se hace de ellas el núcleo del sistema jurídico. Los derechos fundamentales surgen, así, como *derechos resistentes* frente a todos y dotados de esa fuerza irresistible del derecho para ser eficaces y no meras proclamas retóricas .Puede decirse que son, utilizando la expresión de Gerber, "efectos reflejos" del derecho soberano, si bien no en el sentido de ser productos de una generosa "autolimitación" o " autoobligación" de éste(104), ya que desde una perspectiva democrática los derechos fundamentales y las libertades públicas, lejos de limitar la positividad *lato sensu* del ordenamiento jurídico, coadyuvan a hacerla posible de manera determinante, y esta función es en sí misma el contenido de los más importantes de aquellos derechos. Se trata, en definitiva, de configurar los derechos fundamentales como *fragmentos* de soberanía.

VI. Soberanía, democracia pluralista y principio de la minoría.

1. La democracia y el principio de la minoría. El individuo como minoría.

Se suele decir que la democracia se caracteriza por el triunfo de la mayoría y el respeto a la minoría, de manera que ésta queda definida en relación con aquélla. Sin embargo, se trata de una visión plana, de plano inclinado, de la democracia. Si no se pierde de vista el punto de partida comentado en el epígrafe anterior, la primera conclusión a la que hay que llegar es que lo propio de la democracia es la minoría. Incluso cuando se trata de votaciones -y aun sin tener en cuenta la diferencia entre población y cuerpo electoral; atendiendo exclusivamente al resultado de la votación- por regla general el triunfo no corresponde a una mayoría, sino a una minoría mayoritaria. Pero, dejando esto a un lado, lo que se desea afirma es que estemos o no ante un
proceso de formación de la voluntad colectiva, el fundamento de la democracia es el individuo; *él es la primera y singular minoría.* No es minoría frente a una mayoría; es minoría frente a todos, y este es el sentido de la eficacia de los derechos fundamentales en una democracia. Como consecuencia de la garantía del individuo, surge la necesidad de proteger los grupos en lo que se encuadra, ya sean circunstanciales, estables o permanentes. Por tanto, ha de avanzarse ya ahora otra conclusión para poder comprender el proceso democrático. La minoría no se protege en función de no ser mayoría, sino en función de ser una agrupación de individuos, de seres humanos cuya dignidad no desaparece por la cantidad o la cualidad del grupo en el que se integra (o en el que queda circunscrito por mor de una votación). Dicho en otras palabras, la mayoría no es una unanimidad venida a menos, sino una minoría venida a más. Recuérdese que la unanimidad no responde al principio de la mayoría, sino al de proporcionalidad; una proporcionalidad máxima, pues traduce la autorreferencialidad del individuo, su condición de sujeto y no de objeto, que ninguna mayoría ni siquiera la voluntad de
todos puede obviar. De no ser así, el linchamiento habría que calificarlo de decisión extraordinariamente democrática(105).

Hacer del individuo sujeto de comunicaciones jurídicas y no mero objeto de las mismas es introducir en la organización del sistema jurídico una gran complejidad. De un lado, porque entraña una atomización de las funciones generales del sistema convirtiendo a los individuos en partícipes de la autorreferencialidad y positividad de éste, o sea, de su soberanía. De otro, porque esa participación no se concibe necesariamente con sentido finalista, de integración en un orden jurídico global del sistema; también como un reconocimiento de la autorreferencialidad del individuo *per se*, ejercible frente a todos, sean poderes públicos o sean los demás individuos. En esta doble dimensión objetiva y subjetiva(106) los derechos dan pleno sentido a la definición que antes se dio de ellos como fragmentos de soberanía.

La complejidad aumenta considerablemente en un sistema jurídico organizado como Estado social y democrático de derecho, porque sus respuestas de índole económica y social el propio sistema las considera condiciones jurídicamente relevantes para que puedan ejercerse los derechos fundamentales, (comunicaciones jurídicas de los individuos a través del sistema). Aumenta, además, porque un tipo de respuestas consiste en revestir a estas comunicaciones de una dimensión general, de forma que interaccionan entre sí no sólo a título individual, sino también revestidas del sentido global del sistema (caso típico tanto de la interpretaciones funcionales de los derechos, como de las que extienden la eficacia de los mismos a las relaciones entre particulares). A todo ello se une que los derechos fundamentales siguen conservando su dimensión estrictamente subjetiva, de manera que el sistema busca su estabilidad garantizando

también la heterogeneidad social. Uno de los máximos exponente de la complejidad del ordenamiento jurídico democrático al amparar esta autorreferencialidad subjetiva, desconectada en apariencia de la autorreferencialidad global del sistema, se encuentra en aquellos supuestos en los que se reconoce al individuo el derecho a sustraerse de sus obligaciones jurídicas. El propio sistema integra como un elemento más de su funcionamiento la posibilidad de que el individuo se resista al cumplimiento de un deber jurídicamente establecido. No se trata del derecho de resistencia, antes mencionado, porque ya se ha dicho que su reconocimiento es unaincongruencia(107). Se quiere aludir aquí al derecho a la objeción de conciencia(108), sea al cumplimiento del servicio militar, al ejercicio de determinadas prácticas médicas, al cumplimiento de contratos periodísticos cuando el medio informativo cambia radicalmente de línea editorial, a la revelación de las fuentes informativas o de historiales clínicos, etc. En todos estos casos el sistema jurídico democrático hace un bucle para transformar una complejidad adicional y distorsionante en una comunicación jurídica más del sistema que entra a participar en su positividad *lato sensu*.

Ya se ha dicho que la democracia es el principio estructural con mayor capacidad de impeler a un sistema sus cualidades funcionales de autorreferencialidad y positividad: ahora hay que afirmar, de manera refleja, que estas cualidades del sistema son las ideales para organizar jurídicamente la democracia. La complejidad hace del sistema democrático un sistema extraordinariamente borroso, tanto en sus perfiles (los modelos de democracia son muy variados y unos son más democráticos que otros), como en su funcionamiento (son numerosas las reglas que se crean y que se activan en mayor o menor grado para canalizar las demandas y dar satisfacción a las respuestas). Sin embargo, esta borrosidad es la que propicia la estabilidad del sistema, es la fuente de su legitimidad, pues en su complejidad máxima establece los cauces para que cualquier individuo pueda participar en el sistema con cualquier demanda de acción u omisión y , a la vez, tener la certeza de que no va a ser de antemano rechazada y la confianza de que podrá ser satisfecha en la mayor medida posible. En suma, y parafraseando a Terencio, a un sistema jurídico democrático nada de lo humano le debe ser ajeno.

Desde luego, ningún sistema resiste una ilimitada complejidad; sin embargo, en determinados aspectos fundamentales el problema de las actuales democracias es el contrario. Cierto que cada vez está más entreverada su estructura constitucional y cierto también que en gran parte se debe a la ubicación de los derechos fundamentales en el núcleo constitucional(109) y a la extensión de su reconocimiento a todos los seres humanos a través del nódulo de dignidad identificable en el contenido esencial de los mismos. No obstante, necesita desprenderse de algunas limitaciones esenciales que cierran el sistema a determinadas expectativas básicas; una de esas restricciones es la de vincular la ciudadanía a la nacionalidad. Hoy Terencio estaría preguntándose
¿Cuánta *ajenidad* puede soportar un sistema democrático sin dejar de ser democrático?.

En todo caso, la democracia tiene que ser el "imperio de los ciudadanos", no del pueblo(110). De acuerdo con Häberle, "la democracia de los ciudadanos sugiere un pensamiento que contempla la democracia desde los derechos fundamentales, no concepciones según las cuales el pueblo, como soberano, en realidad sólo ha ocupado el lugar del monarca"(111). Es preciso abandonar la "filosofía del sujeto"(112), la metafísica del soberano, y atender al proceso de comunicaciones sociales jurídicamente relevantes para el sistema. Sólo así se podrá comprobar la posición que ocupa el individuo; en qué medida es regulado como minoría que participa en el funcionamiento de la autorreferencialidad y positividad del sistema, en cuál como minoría marginada
del mismo. La proclamación de la soberanía del pueblo desvinculada de la democracia

de los ciudadanos responde a un planteamiento ideológico, político, no a una imposibilidad jurídica del sistema, saturado de complejidad.

2. Las minorías como heterogeneidad y no como excepción a la homogeneidad social.

Las minorías pueden agruparse en dos tipos distintos en atención a la estabilidad del grupo que integran: minorías ocasionales y minorías tendencialmente permanentes(113). Las minorías, sobre todo las del segundo tipo, son un problema cuando se parte de una concepción sustancial de pueblo soberano, de manera que la democracia se fundamenta en una presupuesta homogeneidad social y sobre ésta se construye el principio de igualdad y libertad(114). Cuando la precomprensión étnica de la comunidad es monolítica y de suma cero (leáse fundamentalismos de variado pelaje, religioso, racial, cultural, etc.), el sistema jurídico sólo reconoce las minorías para reprimirlas. En tal caso no cabe hablar de democracia, por más que funcione un sistema parlamentario entre los sustancialmente iguales. Históricamente las democracias
aceptan las minorías sin abandonar el criterio sustancial de pueblo; admiten que dentro de la comunidad de destino cabe la diversidad de grupos estables y jurídicamente así se garantiza(115); pero esta protección no oculta que en general, y aun privilegiándolas, se trata a las minorías como una excepción a la homogeneidad preexistente. Ni que decir tiene que , además, se mantiene la división entre los pertenecientes a la unidad existencial del pueblo y los extranjeros. Éstos constituyen una minoría por exclusión
(los no nacionales) y únicamente es identificable como tal en términos jurídicos, pues su composición suele ser muy variopinta y mudable.

Por el contrario, las minorías no representan teóricamente ningún problema cuando la fundamentación de la democracia se basa en el individuo, concebido así como la primera y singular minoría. Cualquier agrupación de individuos, sea ocasional o tendencialmente permanente, participa de la dignidad de sus miembros y un sistema democrático debe darle el tratamiento jurídico adecuado, tanto en lo que se refiere a garantizar su existencia como a propiciar su participación social y política(116). La minoría en una democracia tal no pugna con una homogeneidad preestablecida y que domina de antemano los instrumentos de autorreferencialidad y positividad del sistema; no tiene que "abrirse paso" como excepción frente a una mayoría autocontenida; tampoco hay minorías por exclusión. En una democracia en la que no existen
diferencias entre ciudadano y residente, entre nacionales y extranjeros, no hay en principio mayorías; sólo minorías, "individuales" y colectivas; minorías poco numerosas y minorías mayoritarias, y todas ellas participan en el funcionamiento del sistema jurídico, inicialmente abierto a cualquiera de sus expectativas sean de tipo sustantivo o procesal. El problema puede surgir cuando una minoría (por ejemplo, nacionalista) no quiere ser reconocida como minoría, ya que aspira a constituirse en mayoría independiente y, por tanto, cuestiona el propio sistema(117), que es el que la identifica como minoría. Para sacudirse esta calificación, reivindica su pertenencia a un derecho superior de orden natural que supuestamente le reconoce un derecho a la autodeterminación. Sin embargo, esa meta sólo es alcanzable gracias al propio sistema jurídico que se repudia, no al derecho natural(118)

3. Minorías y proceso de deliberación: unanimidad-proporcionalidad.

La democracia es la organización del ejercicio de la soberanía popular que reclamaba Esposito y -se acaba de ver- se articula sobre la doble dimensión de los

derechos fundamentales concebidos como fragmentos de soberanía. La dimensión subjetiva atiende a la fracción de soberanía como libertad individual; la objetiva, a la fracción de soberanía como parte a engarzar en un todo, marco social de convivencia. Para un sistema jurídico democrático basado en el individuo y no en la comunidad de destino, en el ser humano y no en el Ser nacional, las dos dimensiones de los derechos se complementan y no cabe dar preferencia a la objetiva sobre la subjetiva, porque todas las acciones surgidas del ejercicio de los derechos tienen sentido para el sistema. Este las reconoce como propias del proceso de comunicación jurídica, porque establece un proceso abierto a la heterogeneidad, no prefigurado por una idea de integración en una determinada homogeneidad social. Un sistema así se fundamenta y a la vez propicia una democracia procedimental(119), en la que lo importante es la posibilidad de exteriorizar el pluralismo y encauzarlo para su convivencia pacífica, no la de controlarlo e incluso constreñirlo para dirigirlo hacia unas orden concreto o para impedir que se dirija a al establecimiento de otro u otros considerados nocivos para dicha homogeneidad. En definitiva, lo que para el individuo es comunicación subjetiva (por ejemplo, expresar libremente sus ideas), para el sistema es participación en un proceso de comunicación colectiva, tanto más abierto y plural, cuanto más variadas y numerosas sean las comunicaciones subjetivas (proceso de libre formación de la opinión pública)(120). El ejercicio de los derechos fundamentales forma en sí el proceso de participación democrática en la autorreferencialidad y positividad del sistema, lo cual significa participación en el proceso de identidad (entendido como identificación) entre gobernantes y gobernados. Justamente por ser un proceso *democrático*, a él concurre el ejercicio de cualquier libertad, sea negativa o positiva, (todas son a esos efectos libertades de participación) y carece de justificación separar dentro del proceso unas y otras para reservar algunas de ellas a una parte determinada de la población.

Desde esta concepción procedimental de la democracia no cabe diferenciar entre derechos del hombre y derechos del ciudadano (nacionales). El proceso democrático contradice sus presupuestos si se impide que los extranjeros puedan realizar en él determinadas comunicaciones jurídicas, máxime cuando se trata de aquellas dirigidas a la deliberación para la adopción de decisiones del sistema (derecho de sufragio activo y pasivo y derecho de acceso a cargos públicos). La heterogeneidad del proceso se restringe y aquella identificación se convierte en una presunción jurídica cada vez más distanciada de la realidad jurídica de la que se afirma partir: la dignidad humana (libertad e igualdad de los seres humanos). De ahí la importancia de sostener que la democracia ha de basarse en el *principio de la minoría.*

Cuando se habla del *principio de la mayoría* como esencia de la democracia no se hace referencia sólo a la *regla* matemática de la mayoría que se aplica en la adopción del acuerdo (el mayor número de votos triunfa sobre el menor número). Por supuesto, se alude también a las condiciones del proceso de deliberación previo a la adopción del acuerdo (sufragio universal, sistema electoral, elecciones libres y competidas, pluralismo, debate de las propuestas, respeto a la minoría, etc,. etc.)(121). Sin embargo, el principio de la mayoría oculta que todas estas circunstancias pueden darse, y de hecho es lo habitual, marginando a una parte de la población más o menos numerosa. Como se recordaba páginas atrás, durante gran parte del siglo XX estaba excluida del proceso democrático la mitad de la población, las mujeres, y en la actualidad siguen sin poder participar en él los extranjeros residentes. La función legitimadora del principio de "mayoría", como la del sufragio "universal", se transforma en una función encubridora de un déficit democrático, tanto más importante cuanta mayor es la distancia entre gobernados y sujetos participantes en la deliberación para decidir el gobierno a seguir. El principio de la minoría resalta, en cambio, cuál es la unidad del

proceso de deliberación, el ser humano(122) y los grupos en que se integra. El principio de la minoría subraya, además, algo de particular relieve en el proceso democrático de deliberación, el sentido que tiene la unanimidad del pacto fundacional, esto es, la idea de máxima proporcionalidad y por tanto, de máximo pluralismo.

Como consecuencia de la dignidad de las personas, en el proceso democrático todas las opciones son igualmente dignas de ser tenidas en cuenta(123). Obviamente, esto no quiere decir que todas tengan un contenido igualmente digno, sino que todas son dignas de no ser excluidas del debate público y de gozar de las mismas posibilidades de discusión. La complejidad tan grande que supone dar cabida a la heterogeneidad que produce el ejercicio de los derechos fundamentales la reduce el sistema a través de los propios derechos fundamentales, muy en especial del reconocimiento de la libertad de prensa, que permite la formación de corrientes de opinión y del derecho de asociación y, más concretamente, del derecho de creación de partidos políticos. Además, para simplificar el proceso de deliberación dirigido a la programación de sus decisiones el sistema democrático arbitra derechos fundamentales específicos y crea instituciones a ellos anejas. (Sobre todo el derecho de sufragio y la representación). A diferencia del liberalismo, la democracia concibe la representación como un instrumento de representatividad del pluralismo político para dar fiabilidad (la positividad como legitimación) a las respuestas que a través de las instituciones representativas adopte el sistema. Insistir en la importancia de que no haya exclusiones en la titularidad del sufragio activo y pasivo es a estas alturas innecesario. Por lo que respecta al sistema electoral, como de lo que se trata es de trasladar el pluralismo electoral a los órganos representativos, el sistema electoral más democrático es el proporcional, pues es el que más se ajusta a aquella idea originaria de unanimidad fundacional (peso igual de las fracciones de soberanía y presencia de todas en el contenido del Contrato). El sistema electoral mayoritario concibe las elecciones como una *decisión política unitaria* del cuerpo electoral, no como una *representación* simplificada del *pluralismo político*. La restricciones del sufragio y las distorsiones de la proporcionalidad merced a múltiples técnicas electorales son causa de que la organización de la representación no sea todo lo que debiera un cauce de simplificación de la compleja heterogeneidad social para buscar la afinidad entre las demandas y las respuestas del sistema. Lo dicho hasta aquí sobre el principio de la minoría y proporcionalidad ha de extenderse al funcionamiento de los órganos representativos en lo que se refiere a su respectivo proceso deliberativo(124).

4. Minorías y proceso de decisión. El principio y la regla de la mayoría.

En el epígrafe anterior se comentó la diferencia entre principio y regla de la mayoría. El principio de la mayoría se engarza con el de la minoría y no tiene por qué haber contradicción entre ellos, aunque de hecho existe un conflicto entre ambos pues en prácticamente todas las democracias aquel principio tiende un velo sobre las minorías que quedan excluidas del proceso de deliberación previo a la aplicación de la regla de la mayoría. No se va a entrar aquí en la amplia disputa sobre por qué el voto de los más ha de imponerse sobre el de los menos(125). Hace casi cincuenta años J. Dewey afirmó que "La regla de la mayoría, como tal regla de la mayoría, es tan tonta como sus críticos dicen que es"(126). Quería destacar con ello que cuando se habla de esta regla no se alude tan sólo a la fórmula matemática, sino a algo más trascendente, "los medios por los que una mayoría llega a serlo". El elenco de esos medios es lo que constituye el principio de la mayoría y lo que hace que la minoría se avenga a cumplir lo decidido por la mayoría(127). El no querer saber de estos elementos es lo que lleva a hablar de
"dictadura del número" o "mayorías tiránicas", unas veces porque la mayoría prescinde

de ellos y se impone sin más de forma mecánica(128) (la *regla* de la mayoría elimina el *principio* de la mayoría); otras, en cambio, porque la minoría los quiere ignorar para no aceptar su posición minoritaria (desprecio del principio de la mayoría por una minoría)(129).

El principio de mayoría no hace perder sentido a la libertad e igualdad de los individuos por el hecho de que unos sean mayoría y otros minoría. Ya se ha dicho que en democracia no hay mayorías, sino minorías mayoritarias y decisiones circunstancialmente apoyadas por el mayor número. La garantía de la minoría no es por ser una minoría que algún día puede llegar a convertirse en mayoría, sino por ser aquellas fracciones de soberanía que no llegaron a un acuerdo con las que se mostraron más numerosas. Como señala Habermas al interpretar a Fröbel, una decisión
mayoritaria sólo debe tomarse de forma que su contenido pueda considerarse el resultado racionalmente motivado pero *falible* de una discusión acerca de lo que es correcto, *provisionalmente* cerrada por imponerlo así la necesidad de decidir"(130). La decisión por la regla de la mayoría presupone un objeto de decisión incierto(131), no soluble por otros procedimientos. La incertidumbre es lo que permite el acceso de todos en condiciones de igualdad al proceso de deliberación y decisión . La discusión pública no pretende hallar la verdad ni descubrir la razón. La decisión sólo tiene "presunción de razón". "No se exige en modo alguno de la minoría, al resignar ésta su voluntad, que declare errónea su opinión, ni siquiera se exige que abandone sus propios fines, sino que renuncie a la aplicación práctica de su convicción mientras no logre hacer valer sus razones y conseguir el necesario número de votos"(132). El carácter falible y
provisional de la decisión deja abierto el proceso político de deliberación, que cumple así una doble función. De un lado garantiza a la minoría la posibilidad de ser en el futuro mayoría. De otro, la posibilidad del más amplio pluralismo propicia que no haya mayorías preestablecidas y que el debate no sea la búsqueda de la razón como verdad homogénea, sino la búsqueda de lo razonable como *compromiso*(133) entre opiniones y propuestas diversas. Además, el principio de la mayoría rige sólo cuando haya necesidad de decidir y formar una voluntad unitaria, pero el proceso democrático no
siempre lo exige. El parlamento es, ante todo, órgano de representación y muchas de sus actuaciones no tienen por qué concluir en la formación de una decisión del órgano; tan sólo en la expresión pública del pluralismo de la cámara sobre un determinado asunto. E igual sucede con los electores en un plebiscito no vinculante (art. 92 CE).

En puridad la regla de la mayoría debería ser la mayoría absoluta, pues la abstención también es la formulación de una expectativa, en este caso negativa, sobre la propuesta o propuestas sometidas a discusión. No obstante, en aras de la mayor positividad del sistema, de su adaptación y no petrificación, se establece la mayoría simple como regla ordinaria de la mayoría. A la minoría mayoritaria le será más fácil imponer su criterio y a las demás minorías más difícil forzar un compromiso con ellas. Desde un punto de vista democrático surge la cuestión de si es coherente con sus presupuestos fundamentales la exigencia de mayorías cualificadas e incluso de la unanimidad para la adopción de determinadas decisiones. En el siguiente epígrafe se abordará este asunto. Baste ahora dejar constancia de que las mayorías cualificadas sólo pueden justificarse si tienen la finalidad de incorporar las minorías a una decisión de compromiso o consenso; los supuestos son variados: la reforma del texto constitucional o el desarrollo legislativo de aspectos fundamentales de éste, el carácter difícilmente reversible de la decisión a adoptar, la necesidad de rodear de imparcialidad al órgano nombrado a través de esa mayoría más intensa, etc. El sentido del principio de la mayoría cualificada se distorsiona cuando se articula como instrumento de la minoría para hacer rehén a la mayoría, También se traiciona cuando en lugar de aplicarse como

método de asociación del mayor número posible en una voluntad común, se utiliza como principio proporcional de reparto de influencia política. Tal sucede en el nombramiento de órganos colegiados (por ejemplo, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, etc.) en los que la minoría interviene para obtener su cuota de poder a cambio de que la mayoría pueda reservarse otra proporcionalmente mayor(134).

No puede concluirse este apartado sin una breve referencia a otro de los postulados del principio de la mayoría y que cada vez es más utilizado como argumento para desplazar y reducir el ámbito de decisión del sufragio universal y, por tanto, de las decisiones democráticas, incluso de aquellas más fundamentales que afectan al núcleo de la soberanía, el poder de reforma constitucional. Se trata del postulado de igualdad vinculado al de incertidumbre. El principio de la mayoría sólo ha de regir allí dónde la decisión no se puede alcanzar por métodos científicos o por personas con más capacidad y conocimiento, de manera que no todos están en igualdad de condiciones para discernir lo que es en cada momento lo políticamente correcto. En consecuencia se ha de confiar la decisión a grupos de expertos. Son las tesis del elitismo competitivo de Schumpeter, Hayeck o Buchanan, cuyo origen está en las ideas de Weber(135). Sartori constata el hecho de cada vez las sociedades son más complejas y el papel del experto aumenta día a día su espacio de influencia. La conclusión a la que llega es que la democracia debe cambiar su funcionamiento pasando de ser participativa a ser meramente controladora(136). El problema es cómo crear legitimidad democrática en las decisiones de expertos.

VII. La tecnodemocracia y la soberanía electrónica. La pérdida de identidad del sistema democrático.

La solución a este déficit de legitimidad se ha buscado en los propios medios que suministran los avances científicos y técnicos; primero, en los procedimientos de sondeos o encuestas de opinión, cada vez mas completos y, de forma más reciente, en los instrumentos de comunicación interactivos que pretenden hacer real el sueño -o quizá la pesadilla- de un ejercicio permanente de la fracción de soberanía de cada ciudadano, la democracia continua.

Sin duda, el sistema jurídico democrático se ha hecho extraordinariamente complejo para dar respuestas a un medio cada vez más heterogéneo con necesidades nuevas y que cambian con gran celeridad; piénsese en la nueva era de la medicina, la informática y telemática, la globalización de la economía, los movimientos migratorios, los problemas ambientales y de fuentes de energía, etc. Sin embargo, la organización de la democracia sigue en lo esencial con los esquemas decimonónicos, sólo retocados. El cambio más acusado es el protagonismo de los partidos políticos cuya presencia en las instituciones representativas -e indirectamente incluso en las no representativas- ha producido una difuminación del sistema, lo ha hecho peligrosamente borroso en su identidad. El proceso de deliberación y negociación de las decisiones se lleva a cabo fuera de las instituciones representativas, cuyo funcionamiento queda distorsionado por el condicionamiento de la acción de los partidos sobre el sistema jurídico democrático. Las deficiencias e insuficiencias de éste ha sido la causa de intentar revitalizar instrumentos *políticos y sociológicos* de "democracia directa", pero a los que se le
quiere dar virtualidad jurídica como nuevos cauces del sistema jurídico para percibir de manera inmediata las demandas que se desean cursar y las respuestas que se quieren recibir de los poderes públicos.

Hasta hace poco aquellos instrumentos se reducían a las encuestas de opinión,

que suministraban una información más o menos fiable de la población. Hoy, las nuevas tecnologías abren un horizonte insospechado de posibilidades de interacción entre ciudadanos e instituciones que permiten no sólo manifestar una opinión o votar una opción en cualquier momento y no cada cuatro años, sino que hacen factible también el debate. La tecnodemocracia puede dejar de ser plebiscitaria para convertirse en deliberativa. Algunos autores ven en esta novedad la posibilidad de reconstruir al soberano fragmentado(137) y la rehabilitación de la denostada democracia de participación. Incluso se pronostica que surgirá una nueva ciudadanía "electrónica", que superará al clásico *citizen* (ciudadano o nacional), e incluso al *denizen* (residente, sea nacional o extranjero); será el *netizen* (el usuario de la red informática)(138). En
algunos países ya ha habido ensayos de esta democracia interactiva y hay líneas de investigación dirigidas a buscar el medio de su formalización jurídica como una vía para llevar a la práctica el ideal de identificación entre gobernantes y gobernados. Una de esos instrumentos es lo que J. Fishkin denomina *DOP* (*deliberative opinion poll*), encuesta de opinión deliberativa, que aspira a combinar la igualdad política con la deliberación. "Una encuesta de opinión ordinaria proporciona un modelo de lo que el electorado piensa, dado lo que sabe. Una *DOP* representa lo que el electorado *pensaría* si, hipotéticamente pudiera estar inmerso en un proceso de deliberación intenso"(139).

Los progresos que se pueden dar en esta dirección son muy grandes, sobre todo en relación con los propios partidos, que tienen ahí una fuente importante de acercamiento permanente a su electorado. Sin embargo, no cabe minimizar los riesgos para el sistema democrático de la formalización jurídica de una democracia "en directo", más que directa. Algunas de las objeciones que pueden plantearse son las siguientes. En primer lugar, se establece una democracia electrónica "censitaria o capacitaria", que margina a los que no tienen los medios técnicos o los mínimos conocimientos para intervenir. En segundo lugar, surgen graves dudas sobre las garantías del proceso, tanto de identificación del sujeto como de no manipulación del debate o del resultado; en tercer lugar, es muy probable que nazca una legitimidad
paralela y posiblemente contrapuesta a la propiamente electoral; en cuarto lugar, y como consecuencia , se distorsiona y devalúa el sistema representativo, haciendo creer que frente a la mediación de la representación está la inmediatez del pueblo, como si el cuerpo electoral electrónico fuese directamente el pueblo, el titular de la soberanía que, fraccionado, opina desde su casa lo que se *debe hacer*. La desconfianza hacia este tipo de "medicinas alternativas" para curar los achaques de la democracia surge de la constatación de lo que en realidad es el sistema de encuestas, la "sondeocracia"(140), y de creación de opinión "en caliente" en medios de comunicación; en otras palabras, de
lo que globalmente es mejor calificar como "régimen de opinión pública". En él se pone de manifiesto la pretensión de trasladar al principio democrático planteamientos pre-jurídicos de la soberanía popular.

En efecto, comoquiera que la estabilidad del sistema democrático depende de su adaptación a las demandas y no de la represión de las mismas, siempre existe el riesgo de atacar la autorreferencialidad del sistema desde la autorreferencialidad de una democracia "auténtica", entendida como plasmación directa de la soberanía popular. Tal sucede cuando ante una respuesta insuficiente del sistema a las demandas del medio social se achaca al propio sistema, a su autonomía con respecto al medio, el distanciarse de dichas demandas. Surge así la tentación de "volver a los orígenes", de que sea "el pueblo" el que determine las respuestas normativas, prescindiendo de los intermediarios institucionalizados en y por el sistema constitucional. En otras palabras, emerge el peligro de creer que es más democrático, más próximo a la "soberanía popular", un sistema jurídico disminuido en su autorreferencialidad y dependiente, en su validez y

aplicabilidad, del medio social. En esta dirección apunta la pretensión de presentar como paradigma de la democracia un régimen de opinión pública, en el que aparece como más fiable para el buen funcionamiento del sistema el que éste se rija en sus decisiones parlamentarias, gubernamentales y judiciales por las encuestas y por la opinión moldeada en los medios de comunicación. Esta democracia "en directo" tiende a producir el cortocircuito del sistema, deslegitima sus instituciones, y necesariamente provoca el nacimiento de otras que, en la medida que están en el medio social, pueden ser adecuadas para canalizar y simplificar demandas, pero carecen de un procedimiento de deliberación y son incapaces de articular respuestas unitarias. Son expresión de lo que Fraser denomina "público débil"(141) . Esas instituciones acaban operando como un metasistema y, además, sin las garantías del sistema democrático(142).

El perjuicio no es sólo para el sistema en sí, para su identidad, sino para el contenido del principio democrático que se retuerce, pasando de la heterogeneidad a la homogeneidad, del pluralismo y tolerancia a lo políticamente correcto y a la imposición de los "valores medios" en perjuicio de las minorías. Las opiniones del "público débil" se tabulan de manera que surge "la opinión pública"y las encuestas se constituyen en el soporte para la tiranía de la mayoría, porque convierten en decisión política (que se traslada a los agentes políticos, los partidos, y a los poderes públicos) lo que es sólo opinión y, todo lo más, debate. La influencia que tiene en el sistema jurídico democrático este imperio de la opinión de la mayoría se percibe en la jurisprudencia de corte axiológico de los derechos fundamentales. El ámbito de libertad protegido es el que coincide con los valores existentes; la libertad que se garantiza es la libertad "valiosa"(143); el criterio de conducta exigible se uniforma en torno al "ciudadano medio"(144), quedando la minoría legalmente desprotegida. De ahí la temeridad, que ya advierte Kriele, de considerar que a mayor identidad se produzca necesariamente mayor democracia(145) , sobre todo cuando esa mayor identidad es sólo aparente y manipulable.

No menor es la de considerar más democrática la integración del "proceso político" enla constitución, convirtiendo a cada ciudadano en intérprete constitucional(146) , en la medida que ello suponga un poder constituyente "retenido" a la manera de la nueva *higher lawmaking authority* concebida por Ackerman(147). Habermas, aun manteniendo una concepción radical de democracia, se aparta de estos postulados, distingue el proceso político del proceso jurídico de toma de decisiones, y estima que la soberanía popular se diluye en el poder que brota de espacios públicos autónomos y con capacidad de condicionar las decisiones adoptadas por las instituciones democráticas. Se trata espacios públicos no distorsionados por relaciones de poder, espacios públicos no programados para la toma de decisiones y en este sentido "no organizados"(148). Su función es influir suministrando razones a las instituciones democráticas, pero sin ocuparlas ni sustituirlas(149).

En definitiva, el problema de cómo insertar el principio de soberanía popular en el sistema jurídico no se puede resolver reteniendo la soberanía en el medio social para atribuirle su titularidad a "la opinión pública". La respuesta se encuentra en la organización del sistema jurídico de forma democrática, o sea, convirtiendo el principio democrático en instrumento de transmisión al sistema de la autorreferencialidad y positividad ínsita en la idea de soberanía popular. Ello significa autonomía del sistema jurídico (constitución como norma jurídica suprema) con procesos de organización, deliberación y decisión basados en los principios de igualdad y libertad (Estado de derecho); permeabilidad a las demandas del medio social (cauces democráticos de participación y representación) y garantías para la expresión de estas demandas de acciones u omisiones dirigidas al sistema (reconocimiento efectivo de derechos

fundamentales). El pueblo soberano no se *autolimita* al organizarse jurídicamente. Bien al contrario, reafirma ese carácter si se encuadra en un sistema jurídico de máxima autorreferencialidad y positividad y -como ya se vio- sólo se puede alcanzar estas condiciones funcionales en su más alto grado con una estructuración democrática del sistema jurídico.

De nuevo nos encontramos con la traducción de la soberanía en términos de borrosidad, en este caso de borrosidad democrática, pues aquel alto grado es más o menos elevado dependiendo del tipo de instituciones democráticas que se establezcan y de su mayor o menor capacidad y tendencia a la realización de la esencia (autorreferencialidad y positividad) del principio democrático.

VII. Reforma constitucional y democracia

Las normas de reforma constitucional son en términos informáticos, y si se permite la comparación, el *software* básico del sistema (su "sistema operativo"), el que contiene la programación jurídica de sus funciones esenciales, concentradas en la idea de soberanía o positividad *lato sensu*. En este último epígrafe se tratará de esbozar - pues su desarrollo exigiría más espacio del que aquí ya se ha cubierto- cuáles son las claves del *software democrático* que ha de grabarse en un sistema jurídico para que responda a lo que se entiende en abstracto como sistema democrático. Como tantas veces se ha dicho aquí, se trata de un sistema borroso al que ningún sistema jurídico concreto pertenece al ciento por ciento, pero que dentro de su borrosidad caben todos los que de uno u otro modo tienen suficientes elementos democráticos que los hacen compatibles e identificables dentro de ese genérico sistema.

Tres son los problemas centrales que se plantean. Uno se refiere al titular del poder de reforma; otro, a la materia objeto de reforma y ,un tercero, al procedimiento de reforma. Todos ellos serán analizados desde la perspectiva de lo que aquí se ha caracterizado como el núcleo duro de la democracia, el principio de la minoría cuyo contenido se expresa en la doble dimensión de esos fragmentos de soberanía que son los derechos fundamentales.

1. El titular del poder de reforma constitucional.

A lo largo de estas páginas se ha mencionado los distintos intentos doctrinales de afirmar la existencia de un poder constituyente inconstituible, que se reserva el poder fundacional para casos excepcionales. De Locke a Ackerman, pasando por C. Schmitt, todos, con intenciones diferentes, pero con un propósito común niegan que la soberanía del pueblo esté radicada en el poder de reforma constitucional (poder constituyente constituido). No se va a insistir ahora en el rechazo de estas tesis. Tan sólo recordar que el pueblo no tiene existencia jurídica sin el Estado, fuera del sistema, y que no hay democracia sin derecho. Se trata de tesis sobre la soberanía nacional o popular, pero que no se encuadran en una teoría de la democracia, cuyo referente jurídico es la constitución como norma suprema y no una decisión política fundamental subyacente que priva a ésta de su supremacía. Son tesis que introducen borrosidad en el sistema jurídico constitucional, pero no sólo una borrosidad en su organización o en su funcionamiento concretos - eso es consubstancial con el sistema jurídico y mucho más si es democrático- sino una borrosidad *en su identidad* como sistema jurídico diferenciado del sistema político, económico o moral. En otras palabras, introducen "ruido" en el sistema o, peor aún y para ser más exactos, en su sistema operativo,

porque siembran la duda sobre su autorreferencialidad y sobre si las normas de reforma constitucional son la vía necesaria y exclusiva para la revisión o si cabe prescindir de ellas en momentos importantes.

Incardinado el ejercicio de la soberanía popular en el poder de reforma, la autorreferencialidad democrática impone la necesidad de que participen en ella de manera directa o indirecta los sometidos al resultado de la reforma. La exigencia no es tanto que la decisión la adopten todos (democracia plebiscitaria por referéndum), como que todos puedan participar en su iniciativa y deliberación (democracia deliberativa). Esto entraña el reconocimiento eficaz de aquellos fragmentos de soberanía a todos los residentes, sean nacionales o extranjeros. El pueblo de la constitución democrática ha de ser la ciudadanía vinculada al ordenamiento jurídico, no la perteneciente a una comunidad de destino. De haber algún patriotismo que sea el patriotismo constitucional(150), porque es un homenaje que se hace uno a sí mismo, a su libertad, a su fracción de soberanía convertida en bandera de derechos fundamentales.

Por supuesto, en ese elenco de derechos ocupa un lugar especial el derecho de sufragio, sólo restringible por razón de la edad, que debe aproximarse a la edad de la razón. En ningún caso como en el de reforma constitucional, se hace patente la necesaria vinculación del derecho de sufragio con la dignidad humana, con la libertad de poder participar en las decisiones fundamentales que afectan a la propia libertad de uno. Antes del Estado primero es la libertad y después la igualdad; constituido éste, primero es la igualdad y después la libertad; sin aquélla no hay ésta. La pertenencia a la constitución y no a la nación ha de ser *el tertium comparationis* de la igualdad en la titularidad del sufragio. Por lo que respecta parlamento que lleve a cabo la reforma debe ser representativo (libertad de partidos, sistema electoral de representación proporcional y, en su caso, territorial, etc.).

Existe en este apartado dedicado al sujeto de la reforma dos cuestiones de gran trascendencia y que en parte se confunden con el objeto de la reforma. Una es el papel en la reforma constitucional de las minorías tendencialmente permanentes. Otra, la de si pueden participar en la iniciativa y debate partidos contrarios al sistema democrático. En el primer caso el problema no es el contenido de la propuesta (por ejemplo, que sea declarada oficial la religión musulmana en España, que se conceda la independencia a una región, etc.), sino la certeza de que no será atendida por la mayoría. Pero, evidentemente, la minoría a lo más que puede aspirar es a intentar convencer a la mayoría de la bondad de su propuesta. La única manera de imponerse
democráticamente sobre la mayoría no es alterando la regla de la mayoría, haciendo
que los menos votos a favor se impongan sobre los más en contra, sino haciendo valer el principio de minoría, los derechos fundamentales que entraña y, por tanto, impidiendo que la mayoría liquide el pluralismo religioso.

Si se trata de minorías nacionalistas cuya propuesta de reforma es la independencia, el caso difiere del anterior, porque no les basta con ser minoría protegida; o son mayoría porque convencen en el Parlamento o vencen por la fuerza de los hechos. En ninguno de los dos supuestos hay un problema *jurídico* para el sistema democrático. En aquél hay la aplicación de la norma, en éste la inaplicación por ineficacia del sistema. El problema desde el punto de vista democrático surge cuando la minoría nacionalista es mayoritaria en su territorio, pero no logra convencer a la mayoría estatal, de manera que se enfrentan dos mayorías (la estatal, reacia a la demanda independentista, y la nacionalista). El sistema democrático ha de resolver ese
enfrentamiento con una regla borrosa en la que se integren ambas mayorías. Esa regla se deriva del principio de la minoría y consistiría en lo siguiente: La decisión mayoritaria de los nacionalistas de separarse (victoria en un referéndum) expresa para el Estado la

aplicación de la *regla* de la mayoría, pero el Estado es el que tiene que articular la decisión garantizando el principio de la minoría. Quiere ello decir que no basta la confirmación de la regla (hay más que menos a favor de la independencia) y es preciso que el Estado, si adopta la decisión de reformar la constitución para conceder la independencia, lo haga cumpliendo aquel principio de la minoría: mayoría suficiente de la población acorde con la difícil reversibilidad de la decisión, garantías de una constitución democrática del nuevo Estado, seguridad de que la minoría en contra de la independencia goce de protección como tal minoría discrepante, etc. En todo caso, la única manera de que prospere jurídicamente la pretensión nacionalista es sometiéndose al poder de reforma constitucional, negociando los términos de esa regla borrosa para que el órgano de reforma la apruebe y convenciéndole de que lo democrático es aprobarla, y no erigiéndose en poder constituyente autónomo.

El sistema democrático puede contrarrestar los afanes independentistas organizando un poder de reforma constitucional en el que las minorías nacionalistas se integren tanto para protegerse como minorías, como para cooperar en las decisiones fundamentales del Estado. Es el caso de las Cámaras de representación territorial, en las que los Estados miembros o las nacionalidades y regiones actúan bien de manera colegiada (decisiones por mayoría), bien de manera colectiva (decisiones por unanimidad, potestad de veto).

La otra cuestión que antes se planteaba es la de si pueden participar en la iniciativa y debate de la reforma constitucional partidos contrarios al sistema democrático. Desde una concepción procedimental de la democracia la respuesta es afirmativa. La razón no es que una concepción tal permite suprimir la democracia por métodos democráticos, cosa que además, es falsa como luego de verá. Desde el punto de vista del sujeto participante en la reforma, si dichos partidos son legales, sería una discriminación prohibirles participar en una reforma cuyo objeto no tiene por qué consistir en la supresión de la democracia. Puede que la propuesta de reforma provenga de otros grupos. El principio democrático se caracteriza por la posibilidad del mayor pluralismo y heterogeneidad de expectativas y cuando con arreglo a él se programa el sistema jurídico no se hace otra cosa que potenciar la positividad a la que de por sí tiende todo sistema autorreferencial.

2. El objeto de la reforma.

No es un subepígrafe el sitio más adecuado para abordar el clásico debate sobre si en una democracia el poder constituyente constituido puede acometer una reforma total de la constitución y si es democrático el establecimiento de cláusulas de intangibilidad(151). Tan sólo se desea dejar constancia aquí del equívoco en el que se incurre cuando se exige que el sistema jurídico democrático dé un mismo tratamiento a sus entradas y a sus salidas. El principio democrático, que *es el principio de la minoría,* requiere que en la admisión y deliberación de expectativas rija el máximo pluralismo, la posibilidad del más amplio ejercicio de los derechos fundamentales. En la decisión, en cambio, ese mismo principio exige descartar aquellas propuestas que lo eliminan del sistema. Este razonamiento no resulta coherente si se considera que la democracia se basa en el principio de la mayoría, porque la decisión, por ejemplo, de reprogramar el sistema conforme a criterios autoritarios se adopta previa deliberación, escuchando a la minoría y aplicando después la regla de la mayoría. Por el contrario, es plenamente coherente desde el principio de la minoría. Recuérdese que la minoría no se define por la mayoría; su origen es la proporcionalidad/unanimidad, la porción o fracción de soberanía que está en la base del pacto fundacional de la democracia. Ninguna decisión

puede tener por objeto el suprimir esa fracción de soberanía, los fragmentos de soberanía que son los derechos fundamentales. Lo engañoso del principio de la mayoría es que se acaba confundiendo con la regla de la mayoría, y hace aparecer como antidemocrática la oposición a una decisión mayoritaria antidemocrática, sobre todo cuando, tratándose de una reforma constitucional, por boca de la mayoría "habla el pueblo soberano".

Podrá argumentarse que desde el punto de vista del funcionamiento del sistema democrático es incongruente aceptar cualquier entrada en aras del máximo pluralismo si luego algunas de ellas en ningún caso pueden ser procesadas. Sin embargo eso es desconocer tres cosas del sistema. Primera, la inmensa mayoría de las comunicaciones jurídicas que transitan por el sistema democrático no esperan más respuesta de éste que la garantía jurídica de la comunicación, (equivalencia de las opciones, todas son igualmente dignas de ser expresadas y debatidas). El ejercicio de las llamadas libertades negativas es un buen ejemplo. El principio de minoría no ampara a la minoría para que sea algún día mayoría; la ampara para que en cualquier caso siga siendo minoría, (la primera minoría es el individuo). Segunda, el sistema establece además los cauces para que *en la decisión* la minoría pueda ser mayoría, pero también minoría, oposición, (no todas las opciones son dignas de ser compartidas). En otras palabras, en el mundo de la expresión y deliberación de expectativas no hay mayorías, hay pluralismo. En el mundo de la decisión hay minorías, alguna de las cuales llega a formar la mayoría. El sistema democrático se reconoce en la minoría y ampara a la mayoría, pero no se reconoce cuando el amparo a ésta comporta la desaparición de aquélla (opciones indignas de ser decididas). Y, tercera, en el sistema jurídico democrático cuando se pasa del pluralismo y del debate a la decisión, no es porque llega un momento en que hay que cerrar el debate; sucede al revés, éste se cierra *porque hay que tomar una decisión.* Quiere ello decir que el debate como proceso debe estar permanentemente abierto y, de tener que cerrarse, debe ser con carácter *provisional*.

El sistema democrático no debe establecer cláusulas de intangibilidad, porque eliminan el carácter provisional que han de tener las decisiones e impide a las generaciones futuras, que cuando actúen serán las "generaciones vivas", pronunciarse sobre las materias contenidas en dichas cláusulas(152). Tan sólo deben existir aquellas destinadas a preservar el principio de la minoría, en los términos expuestos. Sin duda, esto supone una clausura del sistema a determinadas expectativas, merman su autorreferencialidad y positividad en términos absolutos, pero es una clausura que garantiza en términos relativos la mayor autorreferencialidad y positividad posible, porque a través del principio de minoría estas dos funciones se descentralizan y atomizan en los fragmentos de soberanía que son los derechos fundamentales y que se resumen en la idea de dignidad humana. Su contenido esencial formaría el núcleo intangible del sistema democrático. Es la garantía democrática de que las generaciones futuras, las vivas en cada momento, se encontrarán con un ordenamiento constitucional abierto.

Por supuesto, si una Constitución prevé la posibilidad de una revisión total, desde el punto de vista jurídico nada hay que objetar, pero sí desde el punto de vista democrático(153). El problema de si por métodos democráticos se puede suprimir la democracia está mal planteado, porque se parte de la base de que el método democrático es el principio de mayoría(154). Por el contrario, si el principio básico es el de minoría, no es *método democrático* aquel que impide a la minoría oponerse a una decisión radicalmente antidemocrática. Un sistema no es más democrático cuanto más abierto es, sino cuanto más abierto es *en el tiempo (reversibilidad)*. Y aquí se unen de nuevo la esencia del sistema con la esencia de la democracia: su autorreferencialidad (libertad) y

positividad (adaptación al pluralismo). Es posible que la instauración de un sistema autocrático no suponga irreversibilidad hacia uno democrático, la España actual es un ejemplo, pero se trataría de un reversibilidad que, en la medida que lo es, obligaría como mínimo a reprogramar el sistema con un *software* democrático y (los cambios son tan grandes que se acabaría modificando el "sistema operativo" (y con él gran parte de sus lenguaje comunicativo: fuerzas armadas, policía, Administración de justicia; de no hacerlo, el riesgo de bloqueo sería grande). Por el contrario la reversibilidad del sistema democrático es en sí misma una cualidad del propio sistema, su positividad.

En efecto, el "sistema operativo" de un ordenamiento autoritario es más imprevisible que el de uno democrático, porque éste es más procedimental. El de tipo autoritario está marcado por el fin y a él se supedita la acción, el procedimiento e incluso su vulneración. La autorreferencialidad está construida en torno al fin a perseguir, a la voluntad de la acción. Por tanto, es un "sistema operativo" poco normativo; su autorreferencialidad normativa es sólo aparente. Por contra el sistema operativo de un ordenamiento democrático, está marcado por el procedimiento, por la acción procesada, mientras que los fines son abiertos e imprevisibles; su autorreferencialidad está construida en relación con el procedimiento. Por tanto, es un
"sistema operativo" más normativo y su autorreferencialidad es más real, porque es más previsible. Pudiera decirse, para continuar con el símil, que el "sistema operativo" de los ordenamientos democráticos es sustancialmente distinto del "sistema operativo" de los ordenamientos autoritarios. El *software* democrático "corre" por ambos sistemas, pero sólo es plenamente compatible con el primero, ya que en el segundo llega un momento en que se atasca con facilidad y lo mismo, pero al revés, le sucede al autoritario. Sólo en momentos de transición y gracias a la borrosidad de los "sistemas operativos" y de los *software* puede haber esa compatibilidad mixta. En suma, el *software democrático* tienen como una de sus aplicaciones la reversibilidad y bloquea aquellas decisiones tendentes a destruirla. El que haya alguno que no lo haga y permita la supresión de la democracia por el procedimiento de reforma constitucional, no lo convierte en más democrático, sino en más vulnerable y, por tanto, en más incoherente. Habría que calificarlo como un *software* más compatible con el "sistema operativo" de los ordenamiento autoritarios, pero no por ello más democrático.

Si se admite que la ausencia de cláusulas de intangibilidad destinadas a proteger el principio de la minoría es incongruente con un sistema constitucional democrático surge la duda de si no habrá que suponerlas como límites implícitos a la reforma constitucional(155). La respuesta es que no, porque lo que es la democracia hay que deducirlo del texto constitucional e igualmente el ámbito de su reforma. La conclusión a la que hay que llegar es que dentro del conjunto borroso que entraña el concepto de democracia, un sistema constitucional es más o menos democrático según regule y garantice más o menos el principio de la minoría, la soberanía de los derechos fundamentales; según se acerque más o menos a lo que se tiene como ideal de la democracia. La ausencia de dichas cláusulas, como se acaba de decir, sólo permite tachar al sistema de incoherente con el principio democrático de la minoría.

3. El procedimiento de reforma.

Otro de los temas clásicos de la relación entre reforma constitucional y democracia es el de la rigidez procedimental y si cabe conceptuarla como un límite a la reforma(156). Antes se ha dicho que la regla de la mayoría absoluta es la que más respeta el principio de igualdad de los participantes en la decisión. Una mayor rigidez desequilibra la regla de la mayoría, pero no tiene que ser considerada no democrática

mientras haya un consenso de que esa rigidez debe existir(157), es decir, mientras se considere que no es un límite a la reforma, sino un principio de la mayoría que trata de buscar el compromiso entre el mayor número de minorías. En este sentido las mayorías cualificadas operan con el criterio de la proporcionalidad y, por tanto, con la finalidad aproximarse a la unanimidad. Antes se sentenció que una mayoría no es una unanimidad venida a menos, sino una minoría venida a más; pues bien la mayoría cualificada pretende garantizar el acuerdo del mayor número posible de individuos, no hacer a la mayoría rehén de la minoría. Para que esto no sucede, las decisiones a adoptar por mayorías cualificadas deben versar sobre materias en las que el acuerdo contenta un grado importante de clausura para el futuro, es decir, que tenga efectos tendencialmente irreversibles (por ejemplo una concesión de independencia); materias sobre las que *fácticamente* sea imposible que se puedan pronunciar ya las generaciones futuras. No se trata de decisiones presentes que hagan difícil su revocación futura, sino de decisiones que eliminan *el objeto* del debate y, por tanto, sobre el que no ha lugar a plantearse una decisión. De lo contrario se caería en la tiranía de la mayoría del pasado(158) y de la minoría del presente.

****

La democracia es por definición un conjunto extraordinariamente borroso, porque es un principio de organización del sistema jurídico que introduce en él una gran complejidad, y esta complejidad es inevitable, ya que la idea matriz de la democracia es hacer *transitiva* al sistema la soberanía popular concebida como soberanía de todos y cada uno de lo ciudadanos. El precio de la legitimidad democrática es la complejidad del sistema en sus entradas y salidas y el precio de la complejidad es la borrosidad. Identificar la democracia se convierte, así, en una tarea difícil, en la que no cabe el blanco o negro. Lo propio de la democracia es el gris. Cuanta más reglas dirigidas a hacer posible la manifestación de las demandas y a encauzarlas en el sistema para luego darles solución, más borroso se hace el concepto de democracia y más se corresponden aquellas con él. Cuantas menos de esas reglas tenga un sistema jurídico menos democrático será(159). Según Luhmann "un sistema lo suficientemente estable consta de elementos inestables; debe su estabilidad a sí mismo y no a sus elementos: se construye a partir de un fundamento "no existente" y justamente en este sentido es un sistema autopoiético"(160). Es menester que el sistema democrático sea borroso en su funcionamiento, pero mucho menos en su identidad, en su autorreferencialidad diseminada en los fragmentos de soberanía que son los derechos fundamentales; derechos que permiten expresar cualquier expectativa social y tramitarla a través de un proceso público de deliberación y decisión organizado a partir de ellos.

De la homogeneidad existencial del pueblo ha de pasarse a la heterogeneidad y pluralismo de los ciudadanos. De la soberanía del pueblo a la soberanía de los derechos fundamentales; de la voluntad general mesiánica de la nación soberana, al principio de la minoría como base de una democracia de los ciudadanos. La soberanía del pueblo es la idea de un creyente o quizá de un crédulo; la democracia, es la idea de un escéptico, o sea de un ser libre y tolerante, que hace de la duda, de la borrosidad, método.

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

(1) El término borroso aplicado a la lógica y a la teoría de conjuntos y sistemas procede de la expresión *fuzzy sets* (conjuntos borrosos) acuñada por Lofti A. Zadeh, un iraní nacionalizado en Estados Unidos, brillante ingeniero eléctrico, profesor en las más prestigiosas universidades norteamericanas, doctor *honoris causa* de varias instituciones académicas, entre ellas, la Universidad de Oviedo. Sus tesis entroncan con la obra de pensadores de distintas disciplinas que tenían en común una visión semejante de los problemas, alejada de la lógica tradicional. La paradoja del conjunto de Bertrand Russell, el principio de incertidumbre de la física cuántica de Werner Heisenberg, la teoría de los conjuntos vagos de Max Black, otro filósofo cuántico, sin olvidar la fundamental aportación del polaco Jan Lukasiewicz, creador de la lógica multivaluada, influyeron para que, entrada ya la segunda mitad del presente siglo, Zadeh publicase su famoso ensayo Fuzzy Sets, en Informations and Control, nº 8, 1965 págs. 338 y ss. Mientras que Russell y Black utilizaron el término *vagueness* (vaguedad, vago) para referirse a la nueva lógica o a para calificar a los conjuntos en la teorización sobre los mismos, Zadeh prefirió el término *fuzzy* (borroso, difuminado) para denominar a sus conjuntos y a la lógica en la que se apoya su análisis. Aquí se ha mantenido el término borroso, porque es la traducción que de él se ha hecho en España y porque indica que la pertenencia a un conjunto o a un sistema es una cuestión de grado, lo cual permite medir la identidad de un sistema. La identidad se descompone en grados de fidelidad que son,
a su vez y en proporción inversa, grados de infidelidad. Además del libro citado de Zadeh, los interesados en una introducción al pensamiento borroso pueden consultar, si son capaces de soportar la pedantería de su autor, B. Kosko, Fuzzy thinking. The new science of fuzzy logic, Hyperion, Nueva York., 1993. Hay traducción española. El pensamiento borroso, 1995 Grijalbo, Barcelona, 1995.

(2) Aunque está por hacer una teoría del ordenamiento jurídico como sistema borroso, hay algunas manifestaciones doctrinales a las que se les puede encontrar cierto parentesco. Por ejemplo las tesis sistémicas de Luhmann, a pesar de su concepción de la identidad del sistema en clave binaria. Así, entre otras, su teoría del reconocimiento de la complejidad, sobre todo en los que respecta a los sistemas con complejidad temporal, que introducen en su funcionamiento el carácter de borrosidad, pues al minimizar la duración de los elementos que los constituyen, éstos son al mismo tiempo estables e inestable, determinados e indeterminados. N. Luhmann, Sociedad y sistema: la
ambición de la teoría, (primer capítulo de su obra básica Soziale Systeme. Grundrisseiner Allgemeinen Theorie), introducción de I. Izuzquiza, Paidós, Barcelona,
1990, Fin y racionalidad de los sistemas, Edit. Nacional, Madrid, 1983, Sistema jurídico y dogmática jurídica, CEC, Madrid, 1983. También cabe enlazar la teoría borrosa del derecho con determinadas concepciones doctrinales sobre la constitución abierta y la interpretación constitucional. Igualmente encajan genéricamente en esta visión las tesis de H. Hart sobre la vaguedad de las normas, graduando su indeterminación y la relación en esa escala entre principios y reglas, The Concept of Law, Clarendon Press, Oxford,
2ª ed. 1994, pp. 259 y ss., y antes en Positivism and the Separation of Law and Morals, dentro de Essays in Jurisprudence and Philosophy, Clarendon Press, Oxford, 1983, pp.
61 y ss, y las de F. Schauer, Playing by the Rules, Clarendon Press, Oxford, 1991. También, con el mismo carácter genérico puede apreciarse una aproximación a la teoría borrosa del derecho en las ideas de R. Dworkin (Los derechos en serio, Ariel, Barcelona, 1984) y R. Alexy (Teoría de los derechos fundamentales, CEC, Madrid,

1995) sobre la diferencia entre principios y reglas o en la idea del derecho dúctil de G. Zagrebelsky (El derecho dúctil, Ed. Trotta, Madrid, 1995), pero se distancian claramente de la teoría borrosa (o, al menos, de la que aquí se propugna), en la medida en que tiñan el sistema jurídico de argumentaciones metajurídicas. Por supuesto, tampoco tiene que ver la teoría propuesta con el movimiento de los Critical Legal Studies. (R.M. Unger, The Critical Legal Movement, Harvard Univ. Press, Cambridge, Massachusetts, 1986). La borrosidad no puede ser una escusa para justificar
interpretaciones al margen del texto constitucional y de su contexto normativo. La teoría borrosa que se defiende no ha de entenderse como una teoría impura del derecho, en el sentido de contaminada de principios morales no positivados, pero que se suponen tácitos o previos a la Constitución. Es borrosa porque, siendo la realidad jurídica borrosa, la teoría que describa esa realidad debe articularse con categorías y criterios
que permitan una explicación adecuada de, y ajustada a, la misma. Lo más importante de la teoría borrosa del derecho no consiste, obviamente, en señalar la vaguedad de los conceptos jurídicos o el carácter abstracto de muchas normas y la posibilidad de variadas concreciones. Lo destacable es que aplica la vaguedad o borrosidad al modo de validez del derecho, transformando el criterio de binariedad en borrosidad. En este
sentido, algunos postulados del realismo jurídico escandinavo apuntan en esta dirección. El concepto de derecho vigente formulado por A. Ross es un buen ejemplo de una formulación del derecho en términos de borrosidad tal cual aquí se postula, pero a condición de que la certeza a la que se refiere sea una certeza *jurídica* y no sociológica . Lo que interesa -afirma Ross- es que el jurista formule sus interpretaciones en el entendimiento de que ellas no pueden ser enunciadas como derecho vigente con la misma certeza que cuando están por medio reglas firmemente establecidas; y que *el grado de certeza* es en muchos casos tan pequeño que sería natural no hablar de derecho vigente, sino simplemente de consejos y sugestiones para los jueces. *El jurista no debiera tratar de engañarse a sí mismo o engañar a los demás pasando por alto que*
hay diferentes grados de certeza (los subrayados son nuestros). Sobre el derecho y la justicia, Ed. Univ. de Buenos Aires, 4ª edic. 1977, págs. 48-49.

(3) Ejemplos de conjuntos jurídicos borrosos serían los conceptos jurídicos de eficacia, igualdad, intimidad, información, domicilio, bases, desarrollo legislativo, etc.

(4) Ilustra este contraste y destaca la transformación de la estructura ordinamental que tiene lugar como consecuencia de los cambios en el modo de enjuiciar de los tribunales constitucionales, F. Rubio Llorente, La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho, amplio trabajo incluido ahora en La forma del poder. Estudios sobre la Constitución, CEC, Madrid, 2ª edic. 1997, pág. 463 y ss.

(5) Aunque no es este el lugar para extenderse en consideraciones sobre la materia, hay que apuntar que quizá las mutaciones en la jurisdicción constitucional no se deben únicamente al rígido sistema austríaco de control abstracto de la ley. La solución procesal dada para explicar tales cambios, que se aproxima a la de la *Judicial review*, alivia el problema de cómo conservar los enunciados de la ley, recayendo la inconstitucionalidad sobre alguna o algunas de las reglas aparentemente deducibles de tales enunciados. Aunque de manera sincopada, el problema persiste si lo que se hace es trasladar el esquema binario del enunciado a la regla. Esto puede traer causa de algo más profundo y que consiste en que en el sistema judicial (y no sólo judicial) de creación del derecho la binariedad es sólo aparente. Por supuesto, el *dictum* de la sentencia falla blanco o negro; la *ratio decidendi* también perfila *en qué sentido* se va a

resolver blanco o negro, pero el punto de partida es, se acepte o no conscientemente, un sistema jurídico borroso, no binario. La argumentación judicial lo que hace es eliminar la borrosidad y para ello utiliza diversos preceptos que considera que están en juego, pero -y esto es importante- no los aplica de manera binaria, sino que, como son en sí mismos borrosos, los aplica *en cierto grado*. El resultado de la sentencia que aparece como blanco o negro, no es más que un promedio ponderado borroso (un *centroide*, centro de masas del conjunto de salida, en la terminología de la lógica borrosa). Los precedentes, la jurisprudencia, forman un *sistema borroso aditivo* y un juez al resolver un caso, al argumentarlo, pone en juego su *memoria asociativa borrosa*. Un buen juez
es el que tiene una buena memoria, no en el sentido tradicional de capacidad para repetir datos, sino en el sentido de buena memoria *asociativa* borrosa; sabe qué reglas del sistema borroso hay que asociar al caso concreto y , lo más sutil, en qué grado hay asociarlas. Al hacerlo, bien reproduce un precedente, bien crea un precedente. En este último caso el sistema jurídico se muestra como lo que es realmente, un sistema borroso *adaptativo*. Lo que explica que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos pueda apartarse de sus propios precedentes es algo que afecta también a todos los demás jueces, pero que sólo se percibe en el más alto Tribunal. El sistema jurídico, por ser un sistema borroso adaptativo, es *dinámico*. El factor tiempo introduce un nuevo factor de desequilibrio y borrosidad en el sistema. El precedente es el instrumento que estabiliza la condición temporal, pues en realidad ningún caso es igual a otro; el precedente es un conjunto borroso que permite agrupar en el tiempo a casos calificables como
semejantes. Aparte del control del tiempo que haga cada tribunal al definir sus precedentes, el Tribunal Supremo es el que con sus decisiones últimas temporaliza la complejidad del sistema jurídico, haciéndolo más o menos dinámico; por tanto, para él no rige el tiempo. Una norma declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo desaparece para todos los que rige el tiempo, no para el que da la hora; para él el tiempo no es irreversible. No crea las leyes, pero controla en última instancia *el tempo* de sus normas y por tanto el del sistema normativo. La cuestión está en saber si el ordenamiento jurídico norteamericano habilita al Tribunal Supremo para un control tan amplio del tiempo del sistema.

(6) En no pocas ocasiones, la ignorancia de esas reglas le impulsa al juez a sustituir el sentido común jurídico de una regla borrosa por su propio y personal sentido común, que ya no es el lógico borroso de la norma, sino el ideológico de sus personales creencias y sentimientos.

(7) Ese equilibrio se advierte ya en el *common law* que en gran medida es el *common sense jurídico*. Su profunda aceptación social radica en el *con-censo* que sobre él existe en el medio social, o sea, en la afinidad entre el sentido común de la sociedad y el sentido común encerrado en unas normas (principios jurídicos) que, en gran parte, son fruto de reglas sociales borrosas convertidas en derecho consuetudinario y que, a su vez, es judicializado a través de la creación de precedentes. El equilibrio se traduce en que los principios suministran el sentido (la orientación) que han de tener las reglas y éstas van llenado de sentido (precisión) a los principios.

(8) Cfr. J. Waldron, Vagueness in Law and Lenguaje: some Philosophical Issues, California Law Review, nº 82, 1994, págs. 526 y ss.

(9) En este trabajo se usará el término autorreferencialidad para indicar el carácter cerrado del sistema y que es el propio sistema el que constituye sus elementos; unos

elementos que se relacionan entre sí, pero siempre con una orientación de identidad, es decir, con un sentido intrínseco de autoconstitución permanente del sistema. Autorreferencial puede entenderse como autopoiético, de acuerdo con el contenido que a este término da Luhmann, es decir, simplificando mucho, cualidad de un sistema para crear su propia estructura y los elementos que van a componerla. Cfr. Sociedad y sistema: la ambición de la teoría, ob. cit., págs. 87 y ss. En todo caso, aquel término se empleará en un sentido general de reproducción interna del sistema sin dependencias normativas externas, y no con la pretensión de aplicar con precisión y exactitud el complejo aparato conceptual del filósofo alemán recientemente fallecido.

(10) Por supuesto, la democracia es un conjunto borroso integrado por numerosos modelos. Las obras de G. Sartori, Teoría de la democracia, 2 tomos, Alianza Universidad, Madrid, 1987, y la más reciente de D. Held, Models of Democracy, 2ª edic. Polity Press, Cambridge, 1996, (Traducción de la 1ª edic. de 1987, Modelos de democracia, en Alianza Universidad, Madrid, 1992) dan cuenta de ellos. Unos modelos estimulan mejor que otros dichas cualidades, pero todos en mayor o menor medida responden a un principio democrático.

(11) J. J. Rousseau, Du Contrat social, Bordas, París, 1985 Lib. I cap. VI., pág 75.

(12) Contribution a la Théorie générale de l´Etat, T. II, Sirey, Paris, 1922, págs 153 y ss., 485 y ss., 513 y ss.

(13) Eso puede suceder cuando la constitución exige para su reforma el voto favorable de una mayoría superior a la mitad más uno del cuerpo electoral. En ese caso la mayoría absoluta del censo podría entender que tal exigencia es un *límite* a la reforma, o sea, un límite *a la mayoría* en beneficio de la minoría. Pero puede que no lo entienda así, si la propia mayoría absoluta estima que los cambios constitucionales deben contar con el apoyo de mayorías cualificadas. Teóricamente, mientras exista ese consenso social sobre el procedimiento agravado de reforma, las mayorías cualificadas requeridas para la revisión constitucional no se verán como un *límite* a la reforma.

(14) De ahí que para que no haya esa fractura entre la autorreferencialidad del sistema y la autorreferencialidad democrática a causa de la integración europea, se interpreta bien que el derecho comunitario es derecho externo del Estado, (el Estado opera como un camaleón -véase nota 16- que se adapta a cualquier cambio en el ambiente jurídico comunitario y asume el color de éste como propio), bien que no hay déficit democrático, sino sólo parlamentario (las decisiones comunitarias más importantes las adoptan gobiernos democráticos, controlables por sus respectivos parlamentos. Las carencias en esta orientación y control parlamentarios serán, así, un problema exclusivamente interno).

(15) Véase al respecto la introducción que bajo el título El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa ha escrito F. Rubio Llorente a la edición que, junto con M. Daranas Peláez ha preparado sobre Constituciones de los Estados de la Unión Europea, Ariel, Barcelona, 1997, págs. XI y ss., espec. XIV y ss.

(16) Podría hablarse de la "cláusula del camaleón" cautivo para referirse a aquellas disposiciones constitucionales que contemplan una transferencia de soberanía sin la garantía de una permanencia de autorreferencialidad. Por ejemplo, los arts. 91.3 y 92 de

la Constitución de los Países Bajos permiten que por ley o en virtud de ley, aprobada por mayoría de dos tercios, se transfiera a organizaciones internaciones competencias legislativas, administrativas y judiciales, aunque ello implique un apartamiento de lo dispuesto en la Constitución. Lo mismo cabría decir del art. 93 de nuestra Constitución si es interpretado como una vía más de reforma constitucional (cfr. entre nosotros, J. L. Requejo Pagés, Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas, McGraw Hill, Madrid, 1995).

El camaleón es un animal que se caracteriza por su gran adaptabilidad al medio; podría decirse que es el animal que mejor encarna la positividad, pero la positividad en sentido amplio entraña no sólo capacidad de adaptación, sino también de transformación del medio, o sea, capacidad para elegir e innovar el medio en el que actuar. Dentro de una jaula el camaleón sigue presumiendo de su cualidad de adaptarse al paisaje que le pongan por delante, incluso puede afirmar que está en la jaula por voluntad propia, pero ya no es él el que a partir de ese momento controla la elección de ese paisaje. Este es el problema que se pone de manifiesto en la sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán, de 12 de octubre de 1993, sobre la Ley de ratificación del Tratado de la Unión Europea (28-XII-1992) y la Ley de reforma de la Ley Fundamental (21-XII-1992).En ella se viene a advertir del peligro de que en la construcción europea la merma de autorreferencialidad de los ordenamientos jurídicos nacionales no se corresponda en igual medida con una ganancia en la participación de una autorreferencialidad democrática europea. Sobre esta sentencia véase el minucioso estudio de B. Aláez Corral, Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 12 de octubre de 1993, Revista Española de Derecho Constitucional nº 45, 1995, págs. 243 y ss.

(17) Ha de tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo canadiense recurre en su argumentación a una concepción sustancial o material de constitución, que da relevancia jurídica a los principios políticos que subyacen y animan al conjunto de normas constitucionales. Sin embargo, el alto Tribunal hubiera podido llegar a conclusiones similares sin tener que salirse de la tierra firme del texto escrito de la constitución ni caer en el pantanoso campo de los valores y principios subyacentes. Lo que importa resaltar es la preocupación del Tribunal Supremo por garantizar la autorreferencialidad democrática, tanto si el ordenamiento canadiense sigue siendo uno como si se divide en dos.

(18) M. Kriele, Introducción a la Teoría del Estado, Depalma, Buenos Aires, 1980, págs. 149 y ss. O. Kirchheimer, Costituzione sensa sovrano, De Donato, Bari, 1982, págs. 33 y ss.

(19) Ello no significa que sólo sea calificable como constitución la constitución democrática, lo que entrañaría un concepto político y no jurídico de constitución. La democracia, en cuanto principio estructural del ordenamiento, contribuye de manera decisiva a afirmar la *posición* de supremacía de la constitución, no su carácter *jurídico* de norma. Esta cuestión está tratada con más amplitud en mi trabajo Constitución, soberanía y democracia, Revista del CEC, nº 8 1991, págs. 9 y ss.

(20) Véase a este respecto A. Ross, Sobre el derecho y la justicia, ob. cit., págs.79-81.

(21) Como señala I. de Otto, a partir de la teoría del poder constituyente no es posible fundamentar el carácter jurídico de la constitución, su fuerza vinculante, frente a la

voluntad popular... si el pueblo tiene poder constituyente, la Constitución no lo limita, y si la Constitución lo limita, el pueblo no tiene poder constituyente. El punto de partida del dilema planteado es erróneo, porque la teoría del poder constituyente formula en términos de *poder de un sujeto*, y por tanto normativos, lo que no es más que un problema de *hecho*: la cuestión del fundamento de la validez del ordenamiento en su conjunto y de su norma fundamental en concreto (Los subrayados son suyos). Derecho constitucional. Sistema de fuentes Ariel, Barcelona 1987, pág 55.

(22) Para Th. Hobbes es la unidad del representante, no la unidad de los representados lo que hace la persona una, y es el representante quien sustenta la persona, pero una sola persona. De otro modo la unidad no puede comprenderse en la multitud, Leviathan or The Matter, Forme and Power Of A Common-Wealth Ecclesiastical and Civil (Introducción de C. B. Macpherson) Penguins Books, Londres, 1984. Dicha unidad se instituye en virtud del pacto de cada hombre con los demás (Cap. XVII).

(23) H. Kelsen, Esencia y valor de la democracia, (prólogo de I. De Otto), Labor, Barcelona, 1977, ratifica en este trabajo sus tesis sobre la idea de que el pueblo sólo es pueblo como unidad en sentido normativo, pág. 32. Cfr. Su Teoría general del Estado, Ed. Nacional, Méjico, 1979, págs. 196 y ss.

(24) Encaja esta idea con la tesis de Luhmann que sostiene con carácter general la necesidad de elaborar una ontología de la diferencia y de la relación, que sustituya a la tradicional, más estática y sustancial. La unidad de un elemento (por ejemplo de una acción dentro de un sistema de acciones) no está ónticamente dada. Más bien empieza a constituirse como unidad a través del sistema, N. Luhmann, Sociedad y sistema: la ambición de la teoría, ob. cit., pág, 62. El pueblo no puede entender como un sujeto jurídico pre-existente; es el sistema el que lo define y le da unidad.

(25) Véase Textos básicos de la Historia Constitucional comparada, Edic. de J. Varela Suanzes, CEPyC, Madrid, 1998, pág. 97.

(26) Sobre este sentido negativo de la función que cumple la proclamación del principio de soberanía nacional, véase R. Carré de Malberg, Contribution a la Théorie générale de l´Etat, ob. cit, T. II, págs. 168 y ss. Para este autor, al ser el cometido de la teoría afirmar quién es soberano para dejar claro quién no lo es ni puede bajo ninguna circunstancia esgrimir ese titulo (exclusión de cualquier soberanía particular individual o de grupo), la soberanía nacional es así un principio completamente inofensivo, pág.177.

(27) Véase al respecto, F. J. Bastida, Elecciones y Estado democrático de Derecho, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 32, 1991, págs. 118 y ss.

(28) He aquí el meollo de la cuestión. El problema para el sistema jurídico no es que sea borroso; ya se ha dicho que cualquier sistema lo es en mayor o menor grado. El verdadero problema es cuando, por depender de otros sistemas de orden político, moral, etc., queda fuera del dominio del sistema controlar su borrosidad. En sentido semejante, N. Luhmann, Sociedad y sistema; la ambición de la teoría, ob. cit, pág.121.

(29) L. Ferrajoli, La sovranità nel mondo moderno. Crisi e metamorfosi, en Crisi e metamorfosi della sovranità, Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del

diritto, nº 2, pág. 53.

(30) El mismo autor y obra, pág. 48.

(31) Véase E. Sieyès, Qu´est-ce que le Tiers Etat?, PUF, París, 1982, Cap. V, págs 64 y ss. Téngase en cuenta que el estado de naturaleza al que se refiere Sieyès (una nación no sale jamás del estado de naturaleza, pág. 69) es el propio del derecho natural, no el de una situación ajurídica (la nación existe con anterioridad a todo, es el origen de todo. Antes y por encima de ella no existe sino el derecho *natural*... La nación se forma por el sólo derecho *natural*, págs. 67 y 68). (Los subrayados son de Sieyès).

(32) Para Sieyès, Qu´est-ce que le Tiers Etat?, ob. cit., Cap. V. La Constitución no es obra de ningún poder constituido, sino del poder constituyente (pág. 67). Una nación no debe ni puede atenerse a formas constitucionales (pág. 70). No obstante, sobre los límites de la soberanía en el pensamiento de Sieyès puede consultarse P. Pasquino, Sieyès et l´invention de la constitution en France, Odile Jacob ed., París, 1998, págs.
177 y ss.

(33) Véase J. Locke, Two Treatises of Government, Guernsey Press, Londres, 1986, Lib. II, Cap. XI, párrafo. 134, págs. 183 y ss.

(34) El secesionismo sólo podrá argumentar el triunfo del derecho natural en el que dice fundamentar su pretensión cuando la independencia se consiga por la fuerza, pero en tal caso no hay un triunfo del derecho natural, sino un fracaso de la positividad del sistema jurídico, que se mostró incapaz de impedir ese proceso de separación, es decir, la independencia así conseguida no podrá explicarse en términos jurídicos, sino fácticos, de falta de eficacia del sistema.

(35) En este sentido véase B. Ackerman, We The People: Foundations, Harvard University Press, Cambridge, 1993, págs. 6 y ss. y 266 y ss., en las que expone su teoría de la democracia dualista y distingue entre la voluntad del Pueblo y voluntad de los órganos representativos (politicians), que procesalmente se concreta en dos sistemas de legislación democrática (two-track system of democratic lawmaking). Ackerman conecta así con las primeras ideas del constitucionalismo americano, de profunda raíz iusnaturalista, pues en él está ya el origen de la distinción entre un poder constituyente inalienable y permanente y los poderes constituidos. Sieyès no hizo sino apropiarse de la idea y adaptarla al constitucionalismo francés. Véase al respecto, R. Carré de Malberg, Contribution a la théorie générale de L´État, ob. cit., Tomo II, págs. 53-54 y
512, nota 8, en la que recuerda la recriminación que en este sentido le hace Lafayette a Sieyès.

(36) Ackerman pretende establecer las condiciones jurídicas bajo las cuales puede reformarse la constitución al margen del procedimiento establecido en la propia constitución para su reforma, We The People, ob. cit. págs. 266 y ss. Véase la crítica de L. H. Tribe, Taking text and structure seriously: reflections on free-form method in constitutional interpretation, Harvard Law Review, vol 108, nº 6, 1995, págs. 1221 y ss. espec.1226 y ss. y 1278 y ss.

(37) Sobre la relación entre las teorías iusnaturalistas del poder constituyente y la idea de dictadura soberana, véase C. Schmitt, La dictadura, Edic. de. Revista de Occidente,

Madrid, 1968, págs. 185 y ss.

(38) I. De Otto, Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, ob. cit., pág. 56. En un sentido semejante A. Ross, que sostiene que el concepto de voluntad popular supone el de democracia y no a la inversa, Por qué democracia?, CEC, Madrid, 1989, pág. 125.

(39) Sobre el contradictorio pensamiento de Rousseau, centrado en la ambigüedad de su concepción de la *voluntad general*, y sus funestas consecuencias, que transforman el original contrato de consentimiento en un contrato de sometimiento, véase, R Carré de Malberg, a la Théorie générale de l´Etat, ob. cit., T. II, págs. 152-167. Sobre la lectura que de él hace C. Schmitt, cfr. La dictadura, ob. cit., págs. 155-172.

(40) Véase más adelante la relación entre sociedad homogénea y democracia.

(41) También es tributaria esta concepción del pensamiento de Rousseau que, en su ambigüedad, permite versiones contradictorias de lo que es la soberanía y la democracia. Véase Du Contrat Social, ob. cit., Lib. I, caps. VI y VII.

(42) Véase C. Schmitt, Teoría de la Constitución, Alianza Univ., Madrid, 1982, resalta el carácter ontológico del concepto de pueblo. La unidad del Reich alemán no descansa en aquellos 181 artículos (de la Constitución de Weimar) y en su vigencia, sino en la existencia del pueblo alemán, pág, 35., Más extensamente, págs. 45 y ss.

(43) V. J. J. Rousseau, Du Contrat sociale, ob. cit., Lib. I, cap. VII.

(44) Cfr. C. Schmitt, Legalidad y legitimidad, Aguilar, Madrid, 1971. La contraposición de C. Schmitt entre legalidad y legitimidad sólo se explica por el desarrollo de la contraposición entre parlamentarismo y democracia, como ha analizado con claridad A. Bolaffi en su amplio estudio introductorio a la obra de O. Kirchheimer, Costituzione senza sovrano, ob. cit., pág. CIX.

(45) Véase C. Schmitt, La dictadura, ob. cit., págs. 173 y ss., 221 y ss., espec. 192-3, y 248 y ss.

(46) Sobre la concepción de los derechos fundamentales como reflejo de la autorreferencialidad individual que se desprende de la tesis de la soberanía fraccionada, véase más adelante el epígrafe V de este trabajo.

(47) Véase el interesante trabajo de H. Lindahl sobre esta función simbólica del pueblo soberano como absoluto político en la democracia y su contraste frente al absoluto político sustancial en la política medieval, El pueblo soberano: el régimen simbólico del poder político en la democracia, Revista de Estudios Políticos, nº 94, 1996, págs. 47 y ss.

(48) El mismo autor y obra, págs. 70-71.

(49) Así lo entiende también A. Pace, quien sostiene que la función que desempeña el pueblo en episodios de tal naturaleza no consiste en el ejercicio del poder constituyente, sino en su legitimación. La instauración de una nueva constitución, Revista de Estudios Políticos, nº 97, 1997, pág.23.

(50) La dictadura, ob. cit., pág. 193.

(51) Racionalidad que conduce a la idea de la razón de Estado.

(52) Sobre la soberanía como principio de legitimación y no de competencia, véase H. Dreier, Il principio di democrazia della Costituzione tedesca, en Democrazia, diritti, costituzione, a cargo de G. Gozzi, Il Mulino, Bolonia, 1997, pág. 25.

(53) Véase al respecto L. Ferrajoli, La sovranità nel mondo moderno, Crisi e metamorfosi, ob. Cit., págs. 52-53, que junto al instrumento de la rigidez constitucional destaca como factor de limitación del legislador la penetración en el derecho positivo de una racionalidad axiológica y no sólo procedimental. Sobre la relación indisoluble entre rigidez y superioridad de la constitución, Cfr. A. Pace La causa della rigidità costituzionale 21ª ed,. Cedam, Padua, 1996.

(54) P. Häberle se hace eco críticamente de la tesis de Massing, que ve en la autonomía interpretativa del Tribunal Constitucional Federal alemán el verdadero poder del soberano oculto, Retos actuales del Estado constitucional, IVAP, Oñate, 1996, pág 29, nota 46.

(55) Qu´est-ce que le Tiers Etat?, PUF, París, 1982, Cap. V, pág. 72.

(56) La misma obra, Cap. I, pág. 28.

(57) Véase, en relación con la titularidad de la soberanía, J. Habermas, Facticidad y validez, Introducción de M. Jiménez Redondo, Trotta ed. Madrid, 1998, págs. 622 y ss.

(58) El Contrato social es un acto de asociación que transforma la persona particular de cada contratante en un ente normal y colectivo, compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea. En cuanto asociados toman colectivamente el nombre de *Pueblo* y articularmente el de *ciudadanos* como partícipes de la autoridad soberana y el de *súbditos* por estar sometidos a las leyes, Du Contrat Social, ob. cit., Lib. I, Cap. VI. En el Lib. III, Cap. I expone su conocida tesis de la soberanía fraccionada en la que reitera, no obstante, que el soberano no puede considerarse más que colectivamente.

(59) La misma obra, Lib. II, Caps. III y IV.

(60) La misma obra, Lib. II, Caps. VIII-X (sobre todo este último), dedicados al Pueblo.

(61) Cfr. G. Jellinek, Teoría general del Estado, (Prólogo de F. Giner de los Ríos) Ed. Albatros, Buenos Aires, 1978.

(62) Como es sabido, el debate sobre la homogeneidad social del pueblo estatal fue particularmente intenso en la Alemania de Weimar y autores como Heller, Kirchheimer Smend o Schmitt dejaron por escrito sus reflexiones. Véase la introducción de A. Bolaffi a la obra de O. Kirchheimer, Costituzione senza sovrano, ob. cit., págs. XXX- XXXV. El asunto todavía sigue vigente con la unificación alemana de 1989 y con la posterior integración en la Unión Europa (véase al respecto la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 12 de octubre de 1993). Una dura crítica a esta sentencia,

atribuyéndole una concepción schmittiana del pueblo alemán puede leerse en J. H. H. Weiler, Does Europe a Constitution?. Demos, Telos and the German Maastricht Decision, European Law Journal, Vol. I, nº 3, 1995, págs 219 y ss. Sobre el problema de la homogeneidad social del pueblo y su crisis como fundamento de las constituciones democráticas, puede consultarse el estudio de J. Habermas, Ciudadanía e identidad nacional (1990), publicado dentro de su libro Facticidad y validez, ob. cit., págs. 619 y ss., y F. Belvisi, Un fondamento delle costituzioni democratiche comtemporanee? Ovvero: per una costituzione senza fondamento, en Democrazia, Diritto Costituzione, ob. cit., págs. 231 y ss.

(63) En el Lib. I, Cap. VII de su más famosa obra afirma Rousseau "la soberanía no tiene necesidad de dar ninguna garantía a los súbditos, ya que es imposible que el cuerpo quiera perjudicar a todos los miembros" y, añade más adelante, "Cualquiera que rehúse obedecer la voluntad general será obligado a ello por el cuerpo social, lo cual no significará otra cosa que se le obligará a ser libre".

(64) C. Schmitt, La dictadura, ob. cit., págs. 163 y 164.

(65) Sobre el parlamentarismo (Estudio preliminar de M . Aragón), Tecnos, Madrid, 1990, pág. 12 Vuelve sobre la idea de "*aniquilar legalmente* al adversario", sobre la impotencia del parlamentarismo para realizarla y sobre la necesidad de una reforma constitucional que ofrezca un *orden sustancial* para resolver el problema, en Legalidad y legitimidad, ob. cit., pág. 153.

(66) J. J. Rousseau consideraba que los no firmantes del contrato había que calificarlos como extranjeros entre los ciudadanos, Du Contrat social, ob. cit., Lib. IV, Cap. II.

(67) Véase R. Carré de Malberg, Contribution a la théorie générale de l´Etat, ob. cit., T. II, págs. 432 y 436.

(68) Véase el mismo autor y obra, ob. cit., T. II, págs. 264 y ss.

(69) Es decir, las que entienden que la nación es un ente de derecho natural y que su soberanía no es otra cosa que el derecho natural a su autodeterminación como sujeto colectivo.

(70) J. J. Rousseau, Du Contrat Social, ob. cit., Lib. I, cap. VII.

(71) F. Rubio Llorente acuña entre nosotros esta expresión para referirse a la titularidad de la soberanía en el marco constitucional (que para él sólo puede ser constitucional si es democrático), La Constitución como fuente del derecho, trabajo publicado inicialmente en la obra colectiva "Constitución y fuentes del Derecho", en 1979, y hoy recogido en el libro del autor La forma del poder, CEC, Madrid, 20 edic. 1997, págs. 43 y ss. T. Paine, Los derechos del hombre, FCE, Méjico, 1986.

(72) En este mismo sentido véase, entre otros, J. Habermas, Facticidad y validez, ob. cit., págs. 620 y ss. P. Häberle, I diritti fondamentali nelle società pluraliste e la Costituzione del pluralismo, en "La democrazia alla fine del secolo", a cargo de M. Luciani, Laterza, 1995, págs. 95 y ss. G. Gozzi, Cittadinanza e democrazia. Elementi

per una teoria costituzionale della democrazia contemporanea, en Democrazia, diritti, costituzione, ob. cit., págs. 199 y ss.

(73) C. Schmitt, Sobre el parlamentarismo, ob. cit, 14-15. Crítico con esta tesis organicista de Schmitt cuya influencia ve en la decisión sobre Maastricht del Tribunal Constitución Federal alemán, J. H. H. Weiler, Does Europe a Constitution?. Demos, Telos and the German Maastricht Decision, ob. cit. pág. 227, nota 24.

(74) Esencia y valor de la democracia, ob. cit, pág. 34.

(75) Por ejemplo, el art. 6 del Estatuto de Cataluña establece en su apartado 1: "A los efectos del presente Estatuto, gozan de la consideración política de catalanes los ciudadanos españoles que, de acuerdo con las Leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Cataluña". No obstante, el apartado 2. Del precepto apunta el deseo de labrar el concepto de ciudadanía catalana -y lo mismo sucede en los demás Estatutos, muchos de ellos por puro mimetismo- más allá de la vecindad administrativa. El hecho de la adquisición de la condición política de catalán por esta circunstancia administrativo-laboral de residencia (*ius soli*) se integra como elemento de la precomprensión étnica de la nacionalidad catalana (la nación mística) y, además, se transforma en condición para su continuidad desligada del *ius soli*, siendo suficiente el *ius sanguinis*. "*Como catalanes*, gozan de los derechos
políticos definidos en este Estatuto los ciudadanos españoles residentes en el extranjero que hayan tenido la última vecindad administrativa en Cataluña y acrediten esta condición en el correspondiente Consulado de España. Gozarán también de estos derechos *sus descendientes* inscritos como españoles, si así lo solicitan, en la forma que determine la Ley del Estado". El precepto es encomiable en lo que tiene de posibilidad de integración, que, sin embargo, queda en parte desvirtuada por lo que se expondrá a continuación en el texto. Es de resaltar que los Estatutos que incorporan un Preámbulo ponen de manifiesto en mayor o menor medida la voluntad ancestral de la nacionalidad o región respectiva por acceder a la autonomía (véase el de Castilla y León); el art. 143
CE incita a ello. Por eso contrasta con este planteamiento sustancial de la identidad regional el planteamiento esencialmente formal de la configuración de la ciudadanía autonómica.

(76) La lengua es de un pueblo como consecuencia de que sus miembros la hablen, no como un mito de identidad cultural sin base social suficiente. Por este camino se puede llegar, por ejemplo, al ridículo de proclamar en el Estatuto de Autonomía asturiano que el bable -idioma autóctono que prácticamente nadie habla- es la lengua propia de Asturias y , por tanto, lengua oficial del Principado, y considerar al castellano *el otro* idioma oficial, a pesar de que es la única lengua socialmente utilizada en la región. Pues bien, esta aberración se está tramitando en estos momentos en el Congreso de los Diputados, parece que con éxito.

(77) Puestos a hablar de "lengua propia" de Cataluña, habría que decir que tiene dos lenguas propias, el catalán y el castellano, no sólo por el fenómeno de la inmigración, sino porque catalanes de muchas generaciones, tienen como lengua propia el castellano y esto también es un hecho sustancial de la nacionalidad catalana, salvo que se identifique nacionalidad con patria de los nacionalistas.

(78) Léase tanto el preámbulo como el articulado de la Ley catalana 1/1998 de , 7 de

enero, de política lingüística, especialmente arts. 2, 20, 32 y Disposición adicional quinta.

(79) J. Isensee, Grundrechte und Demokratie, en "Der Staat", 1981, pág. 166 y ss., citado por G. Gozzi, Cittadinanza e democrazia. Elementi per una teoria costituzionale della democrazia contemporanea, en "Democrazia, diritti, costituzione", ob. cit., pág. 202.

(80) Evidentemente los nacionalistas desearían que se cambiase de criterio y se impusiese un concepto jurídico basado en la precomprensión étnica, lo que permitiría alimentar la metafísica del sujeto y el derecho de éste a la plena autodeterminación. Ya se ha visto que la vía para conseguirlo es la regulación del idioma "propio" como instrumento para producir una determinada homogeneidad cultural y social.

(81) Piénsese que hay municipios de gran atracción turística con una acción urbanística muy importante y con unos presupuestos de elevada cuantía gracias a lo que se recauda por los servicios municipales y los impuestos sobre bienes inmuebles. Municipios que tienen una población flotante grande pero en los que sólo una minoría tiene vecindad administrativa. El problema que se plantea es si es democrático que esta minoría sea la que elija de entre ellos a unos representantes que van a elaborar unos presupuestos y a gestionarlos sin que nada puedan decir aquellos que mayoritariamente contribuyen a sostenerlos desde el punto de vista económico.

(82) J. Rawls, Justice as fairness: political not metaphysical, en Philosophy and Publics Affairs, 1985, XIV, 3.

(83) Expresión que usa P. Habërle para señalar que el punto de referencia en una Constitución democrática ha de ser la libertad fundamental (el pluralismo) y no el pueblo, y concluye "Hay que liberarse de la mentalidad lineal y *volcánica* de las ideas tradicionales sobre la democracia", Retos actuales del Estado constitucional, ob. cit., pág. 35.

(84) Commento all´ art. 1 ella Constituzione italiana, en Rasscolta di Diritto Pubblico, Giuffré, Milán, 1958, pág. 10.

(85) Du Contrat social, ob. cit., Lib. IV, Cap. II.

(86) "Si , pues, el pacto social encuentra opositores, tal oposición no lo invalida e implica solamente la exclusión de ellos, que serán considerados extranjeros entre los ciudadanos", Du Contrat social, ob. cit., Lib. IV. Cap. II.

(87) Esta perspectiva de la alteración de la relación de la libertad con la igualdad, según se analice antes del pacto o después del pacto, puede ser útil para resolverse algunos de los antagonismos planteados sobre cuál de los dos principios es presupuesto del otro.

(88)Véase, J. Locke, Two Treatises of Government, ob. cit, Lib. II, Cap. II.

(89) Cfr. I. Kant, La Metafísica de las Costumbres, Estudio preliminar de A. Cortina Orts, Tecnos, Madrid, 2º edic. 1994, págs. 139 y ss.

(90) La formulación kantiana de la dignidad aparece en su obra, Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, Espasa-Calpe, Madrid, 4º edic. 1973, Cap. II.

(91) I. Kant, La Metafísica de las Costumbres, ob. cit., pág. 49.

(92) Véase la gran diferencia que establece entre ciudadano activo y ciudadano pasivo en La Metafísica de las Costumbres, ob. cit., págs. 142-143.

(93) Sobre el principio del hombre como un fin en sí mismo y el formalismo de la ética kantiana, véase M. A. Cattaneo, Dignità umana e pena nella filosofia di Kant, Giuffrè, Milán, 1981, págs. 24 y ss.

(94) Cfr. La Metafísica de las Costumbres, ob. cit., págs. 139 y ss.

(95) Sobre la constitucionalización de la dignidad humana y sus consecuencias, véase I. Von Münch, La dignidad del hombre en el Derecho constitucional, Revista Española de Derecho Constitucional, n1 5, 1982, págs. 9 y ss.

(96) P. Häberle, I diritti fondamentali nelle società pluraliste e la Costituzione del pluralismo, ob. cit, págs. 102-103.

(97) Véase al respecto, O. Höffe. Estudios sobre teoría del derecho y la justicia, Alfa, Barcelona, 1988, págs. 7 y ss., F. Vallespín Oña, Nuevas teorías del Contrato Social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan, Alianza Universidad, Madrid, 1985. En su capítulo introductorio se da cuenta de los antecedentes clásicos de estas nuevas teorías.

(98) Esto se percibe con claridad en la Decisión del Consejo Constitucional francés n1 97-394 DC, de 31 de diciembre de 1997, sobre el Tratado de Amsterdam. La resolución se refiere al Estado francés y a la soberanía nacional, no al individuo y a su libertad o "fracción de soberanía", pero a estos efectos es lo mismo, pues lo importante es la vinculación que establece entre unanimidad y soberanía, de manera que la transferencia de competencias a la Comunidad para ser decididas por mayoría y no, como hasta ese momento, por unanimidad entiende el Consejo que afectan a las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional. Véanse los Considerandos 24 a 30 de la Decisión. Un comentario a la misma escrito por P. Bon, El Tratado de Amsterdam ante el Consejo Constitucional francés, puede leerse en REDC, n1 53, 1998, págs. 237 y ss.

(99) La Metafísica de las Costumbres, ob. cit., pág. 140.

(100) Cfr. la tesis de uno de los autores más significativos R. Nozick, Anarquía, Estado, y Utopía, FCE, Méjico, 1988.

(101) Véase apartado III.2 de este trabajo.

(102) Véase en este sentido, Th. Hobbes, Leviathan, ob. cit., Cap. XXI. Por su parte, I. Kant niega el derecho de resistencia y sólo admite la resistencia "negativa", que es la efectuada por el parlamento frente a las pretensiones desmedidas del gobierno. La Metafísica de las Costumbres, ob. cit., págs. 149 y ss.

(103) "El objetivo de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos Derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión". En la actualidad, el art. 20.4 de la Ley Fundamental de Bonn establece que "Todo alemán tendrá el derecho de resistencia, cuando no exista otro remedio, contra quienquiera que se proponga eliminar el orden constitucional" y, en parecidos términos, el art. 21 de la Constitución portuguesa. Condorcet fue uno de los primeros en afirmar la necesidad de racionalizar el derecho de resistencia a través de su regulación legal. C. Schmitt puso de manifiesto la incongruencia que representa la regulación legal de este derecho. "Al *organizarlo* jurídicamente se le desnaturaliza; tan pronto como se le racionaliza, queda racionado" La dictadura, ob. cit., págs 188 y 310-1, nota 18.

(104) Lineamenti di diritto pubblico, 1865, incluido en Diritto pubblico, Giuffrè, Milán, 197, págs. 130-133, tesis desarrollada con posterioridad por G. Jellinek e su obra Sistema dei diritti pubblici soggettivi, S.E. Libraria, Milán 1912, pág. 12 y ss.

(105) La condena del linchamiento no ha de venir únicamente por la ausencia de un procedimiento legal en la decisión de matar a otra persona. Desde un punto de vista democrático no es aceptable fundamentar la pena de muerte en la existencia de este requisito procesal, (véase la crítica de L. H. Tribe y M. C. Dorf a la interpretación de la V Enmienda hecha por el Juez Burger, en On Reading the Constitution, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1991, pág. 21). La ausencia de un proceso criminal es algo secundario comparado con la decisión en sí de privar de la vida a un ser humano, pues éste deja de ser conceptuado sujeto y se convierte en objeto. Quiere ello decir que el establecimiento constitucional de la pena capital es en sí contrario a la idea de democracia, porque pierde el referente de la unanimidad como unánime reconocimiento de la dignidad humana. Se priva a un individuo de lo que en una democracia le debiera hacer radicalmente igual a los demás individuos, su existencia vital. Por eso llama tanto la atención que Kant justifique la pena de muerte, (La Metafísica de las Costumbres, ob. cit., págs., 165-174). La pena de muerte transforma la dignidad en algo procesal; hace al reo *digno del castigo*. Por esta vía se llega a hispotasiar la dignidad individual en la dignidad del Estado y, como sucedía en Rousseau a los que se oponen a la voluntad general se les obliga ser libres, en este caso a ser dignos, dignos de morir (eso sí, dignamente, sin sufrimientos innecesarios). En suma, de igual manera que no puede haber un linchamiento a manos del pueblo, tampoco se puede admitir en su nombre (pena de muerte).

(106) Para una visión general de las dogmáticas de los derechos fundamentales y su incidencia en la delimitación del ámbito constitucionalmente protegido de los derechos y en el funcionamiento del sistema jurídico, E-W Böckenförde, Escritos sobre Derechos Fundamentales, Prólogo de F. J. Bastida, Nomos edit., Baden-Baden, 1993, págs. 44 y ss.

(107) El derecho de resistencia no se integra como un elemento del funcionamiento del sistema, sino como un remedio para cuando este no funciona, es decir, se arbitra tal derecho como remedio cuando ya no ya remedio, cuando el sistema no es capaz de reprimir su aniquilamiento y en tal situación desaparece el ordenamiento que daría cobertura jurídica a la acción de resistir. Desvestida de su ropaje constitucional, tal acción es un mero acto de fuerza. La resistencia es un hecho.

(108) Un tratamiento general del problema puede verse en el libro de G. Escobar Roca, La objeción de conciencia en la Constitución española, Prólogo de J. J. González Encinar, CEC, Madrid, 1993.

(109)F. Rubio Llorente resalta este cambio fundamental en el constitucionalismo democrático, cuya finalidad es "hacer posible que el hombre sea ciudadano", y, por tanto no cabe una tajante separación entre derechos civiles y derechos políticos, porque se implican recíprocamente. La forma del poder. Estudios sobre la Constitución, ob. cit., págs. 51-52.

(110) En este sentido, P. Häberle, Retos actuales del Estado constitucional, ob. cit., pág. 34.

(111) La misma obra, pág. 34. Esta idea de Häberle ya se encuentra en la crítica que Carré de Malberg hace a la soberanía popular al diferenciarla de la soberanía nacional, Cfr. Contribution a la Théorie générale de l´Etat, ob. cit., T. II, pág. 177.

(112) J. Habermas, Facticidad y validez, ob. cit., pág 377. "Una soberanía popular exenta de sujeto (esto es, no asociada a sujeto alguno), que se ha vuelto anónima, que queda así disuelta en términos intersubjetivos, se retrae, por así decir, a los procedimientos democráticos y a los exigentes presupuestos comunicativos de la implementación de esos procedimientos democráticos", pág. 612.

(113) Cfr. A. Pizzorusso, Minoranze e maggioranze, Einaudi, Turín, 1993. Por supuesto, el concepto de minoría es un concepto borroso en el que la gradación es muy amplia y el tránsito de uno a otro tipo es en muchos casos posible y no se produce bruscamente.

(114) Véase páginas atrás apartado IV.1.

(115) La Constitución española es un buen ejemplo, no sólo en lo que se refiere a la garantía de la heterogeneidad de las nacionalidades y regiones y lo que ello comporta cultural y políticamente (arts. 2, 3, 69, Título VIII CE, etc.), sino también en la promoción de la igualdad y libertad de los grupos en los que se integra el individuo (arts. 9.2 y 20.3 CE, entre otros).

(116) Véase al respecto el art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva York en 1966.

(117) Esto lo plantea F. Rubio Llorente con especial brillantez, La forma del poder. Estudios sobre la Constitución,. ob. cit., págs. 108-110, al tratar las "mayorías y minorías en el poder constituyente". Si no he entendido mal, cuando él habla de la "unidad de grupo" como requisito del principio de la mayoría, no se refiere a una concepción del pueblo como la homogeneidad sustancial, sino a la unidad del sistema jurídico, aunque esté organizado bajo criterios de suma heterogeneidad. Las minorías permanentes que desean constituirse en mayorías independientes no cuestionan los criterios de organización del sistema, sino el sistema en sí.

(118) Véase, más arriba, apartado III. 2, y nota 33.

(119) Véase el capítulo dedicado por J. Habermas a la política deliberativa como concepto procedimental de la democracia, en Facticidad y validez, ob. cit., págs. 363 y ss., especialmente 379 y ss.

(120) Sobre la distinción entre democracia procedimental y democracia funcional a propósito de las libertades de expresión e información véase F. J. Bastida Freijedo, La libertad de antena, Ariel, Barcelona, 1990, págs. 217-220 y 259 y ss., en las que se subraya la diferencia entre un proceso de *libre formación* de la opinión pública y un proceso de formación de una *opinión pública libre.*

(121) Sobre la diferencia entre principio y regla de la mayoría en relación con el poder constituyente, F. Rubio Llorente, La forma del poder. Estudios sobre la Constitución, ob. cit., págs. 100 y ss. Trata el tema con carácter monográfico, R. Chueca Rodríguez, La regla y el principio de la mayoría, CEC, Madrid, 1993. La amplia bibliografía en él citada exime aquí de cualquier otra mención.

(122) Este es otro argumento que pone de relieve la contradicción de la pena de muerte con la democracia. Además de constituir un atentado a la dignidad humana, la pena de muerte elimina a un sujeto del proceso de deliberación, suprime un elemento de la posible heterogeneidad y lo hace de manera irreversible.

(123) Según A. Pizzorusso, Minoranze e maggioranze, ob. cit., pág. 44, "la aceptación por la minoría de las decisiones tomadas por la mayoría se debe a la disposición de los miembros de la mayoría a reconocer igual dignidad al punto de vista de la minoría y a permitirle reproducirlo cuando las circunstancias lo consientan".

(124) Sobre este tema se podrá consultarse en breve el trabajo Democracia y principio minoritario, escrito por mi colega la Dra. Paloma Requejo Rodríguez como ejercicio para el concurso a una Plaza de Profesor Titular .

(125) La bibliografía es numerosa. A los trabajos ya citados de Kelsen, Habermas, Ross, Pizzorusso, Sartori o Held y, dentro de nuestra doctrina, los de Rubio y Chueca, puede añadirse el ya clásico de N. Bobbio, La regola di maggioranza: limiti e aporie, en N. Bobbio, C. Offe y S. Lombardi, "Democrazia, maggioranza e minoranza", Il Mulino, Bolonia, 1981, págs. 33 y ss.

(126) The Public and its Problems, Chicago, 1954, pág. 207.

(127) El propio Rousseau destacaba que "para que una voluntad sea general no es siempre necesario que sea unánime, pero sí es indispensable que todos los votos se tomen en cuenta. Toda exclusión formal destruye la generalidad", Du Contrat social, ob. cit., Lib. II, Cap. II, nota 1.

(128) Es el caso de típico de aquellos partidos con mayoría absoluta que ignoran al parlamento doblemente; las decisiones las toma directamente el partido y luego las traslada sin debate digno de tal nombre a la cámara representativa. Es la típica concepción de los que creen que la democracia consiste en elegir un dictador cada cuatro años.

(129) Este era el caso, aunque con argumentaciones distintas, de Tocqueville, Stuart

Mill, y más recientemente Hayeck, Buchanan, Nozick, entre otros.

(130) Facticidad y validez, ob. cit., pág. 601. (Los subrayados son suyos). La obra de J. Fröbel que comenta es System der sozialen Politik, de 1847.

(131) Sobre el requisito de "incertidumbre epistemológica" véase F. Rubio Llorente, La forma del poder. Estudios sobre la Constitución, ob. cit., págs. 103 y ss.

(132) Esta es la opinión de Fröbel en Facticidad y validez , ob. cit., pág. 601.

(133) Según A. Ross, "El valor esencial de la discusión no se encuentra en constituir un camino hacia la verdad a través de la combinación de argumentos, sino en ser un camino hacia un *compromiso*, al provocar la recíproca rendición de voluntades antagónicas".)Por qué democracia?, ob. cit., pág. 121.

(134) Sobre el cambio de sentido de las mayorías cualificadas por el reparto de poder entre los partidos, en breve se publicará el trabajo de tesis doctoral del profesor Miguel Presno Linera, de la Universidad de Oviedo, La distorsión del concepto de representación y la soberanía de los partidos.

(135) C. Offe, Legittimazione politica mediante decisione di maggioranza? , en "Democrazia, maggioranza e minoranza", ob. cit., págs. 83 y ss. En general, D. Held, Models of Democracy, sobre todo el Capítulo 51, "Competitive Elitism and the Technocratic Vision", ob. cit., págs 157 y ss.

(136) Véase G. Sartori, Teoría de la democracia, T. 21, epígrafes dedicados a "la función del experto" y al "gobierno de la ciencia", págs 527 y ss.

(137) S. Rodotà, Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione, Laterza, Roma-Bari, 1997, págs. 62 y ss.

(138) La misma obra, págs. 164 y ss.

(139) Democracia y deliberación. Nuevas perspectivas para la reforma democrática, Ariel, Barcelona, 1995, pág. 138. En donde explica la compleja organización de una DOP.

(140) Emplea este término y crítica su contenido S. Rodotà, Tecnopolitica, ob. cit., pág. 55 y ss.

(141) "Llamaré públicos débiles a aquellos cuya práctica deliberativa consiste exclusivamente en formar la opinión sin incluir la toma de decisiones", Rethinking the Public Sphere, en C. Calhoun, "Habermas and the Public Sphere", Harvard Univ. Press, Cambridge, Massachusetts, 1992, pág. 134.

(142) C. Offe destaca el peligro de confundir la democracia con la demoscopia y hace suya la diferencia cualitativa que ve Scheuner entre el voto de los electores jurídicamente relevante y las cuestiones de opinión; la oficialidad del principio de la mayoría y la ausencia de forma jurídica de la opinión, en Legittimazione politica mediante decisione di maggioranza?, ob. cit., págs. 96-97.

(143) Véase E-W. Böckenförde, Escritos sobre derechos fundamentales, ob. cit., pág. 59-60.

(144) Para una crítica de los intentos de fortalecer la legitimación democrática de la jurisprudencia mediante el recurso del juez a "los valores medios" que deben averiguarse en con encuestas demoscópicas, véase P. Häberle, Retos del Estado Constitucional, ob. cit., pág 34, nota 68. El profesor de Bayreuth propone, remitiéndose a otros trabajos suyos, la necesidad de analizar desde la perspectiva de la teoría constitucional la figura normativa judicial del "ciudadano medio"

.

(145) Véase M. Kriele, Introducción a la Teoría del Estado, ob. cit., págs. 338 y ss.

(146) Véase P. Häberle, Retos actuales del Estado constitucional, ob. cit, págs. 26 y ss.

(147) Ackerman distingue entre el ámbito del poder legislativo y presidencial (*normal lawmaking path*) y el del poder constituyente (*higher lawmaking path*). Cuando aquéllos desean actuar en este segundo ámbito las condiciones para hacerlo son más gravosas, pero esta rigidez -según el autor- no es sólo jurídico-procedimental, sino que alude también a un proceso político de negociación y consenso. De esta suerte, cuando un proceso de esta naturaleza es reconocido como tal por el Tribunal Supremo, se entiende que quien se ha manifestado no es el legislador o el Presidente (*We the Politicians*), sino el pueblo (*We the People como higher lawmaking authority*) y el alto Tribunal no puede en tal caso actuar en contra de esta voluntad. We the People, ob. cit., págs. 9 y ss. 266 y ss. 295 y ss.

(148) Véase J. Habermas, Facticidad y validez, ob. cit., págs.. 610 y ss.

(149) En palabras de Habermas, "El poder comunicativo es ejercido a modo de asedio. Influye sobre las premisas de los procesos de deliberación y decisión del proceso político, pero sin intención de asaltarlo", Facticidad y validez, ob. cit., pág 612.

(150) En este sentido, J. Habermas, Facticidad y validez, ob. cit, pág. 628.

(151) Sobre esta materia es muy recomendable el libro de P. Suber, The Paradox of Self-Amendment. A study of Logic, Law, Omnipotence and Change, Nueva York, 1990. También el espero que próximo libro de B. Aláez Corral, colega en la Universidad de Oviedo y en estos Cuadernos, sobre los Límites a la reforma constitucional, fruto de su documentada tesis doctoral.

(152) No cabe sostener que las cláusulas de intangibilidad son una "autolimitación" del soberano, encarnado en el órgano de reforma constitucional, porque el futuro órgano de reforma (las generaciones vivas) que se encuentre limitado por tales cláusulas establecidas antaño (por las generaciones vivas de aquel momento) no puede afirmar que está "auto" limitado.

(153) Coincido con M. Aragón en que es posible que a través de una reforma constitucional como la prevista en el art. 168 CE se transforme una democracia en una dictadura. Pero no comparto la idea de que esa nueva Constitución haya emanado "democráticamente". Constitución y democracia, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 51. El

establecimiento de la pena de muerte es constitucionalmente posible, pero no es una decisión democrática. Las dos afirmaciones se juntan en la idea borrosa de la democracia. Hay que concluir que el sistema constitucional español *no es muy* democrático porque admite entre sus aperturas algunas *nada* democráticas.

(154) En un sentido no muy distante del aquí propuesto se pronuncia N. Bobbio. El considera que el asunto de si por mayoría se puede eliminar la regla de la mayoría está mal planteado porque por las reglas del juego son meta-reglas y, como tales, deben ser aprobadas por unanimidad y no pueden ser suprimidas por una mayoría. La regola di maggioranza: limiti e aporie, ob. cit., págs.51-54. Habría que añadir que la unanimidad expresa un criterio de proporcionalidad y que el axioma *volenti non fit iniuria* se refiere a lo querido por todos y cada uno (unanimidad, proporcionalidad), no a lo querido por la voluntad general como voluntad de la mayoría hipostasiada en la del todo colectivo y unitario. Dicho axioma responde, pues, al principio de la minoría, no al de la mayoría.

(155) I. De Otto considera que es un límite implícito a la reforma constitucional la prohibición de que por métodos democráticos se pueda liquidar la democracia. Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, ob. cit., págs 63 y ss.

(156) Sobre la rigidez constitucional, Cfr. A. Pace y J. Varela, La rigidez de las constituciones escritas, CEC, Madrid, 1995.

(157) Véase nota 13 de este trabajo.

(158) Véase al respecto, P. Suber, The Paradox of Self-Amendment. A study of Logic, Law, Omnipotence and Change, ob. cit., pág. 21 y ss. 277 y ss. V.Ferreres Comella, Justicia constitucional y democracia, ob. cit., 106 y ss.

(159) Un sistema autoritario es mucho menos borroso, porque en vez de tratar de asimilar la complejidad del medio, la impide en su entrada y la reprime en su salida.

(160) N. Luhmann, Sociedad y sistema: la ambición de la teoría, ob. cit., pág. 121.

EL PROBLEMA DE LA SOBERANIA EN EL ESTADO AUTONOMICO

Juan José Solozábal Echavarría

I. La soberanía como tema de Derecho Constitucional: advertencias preliminares. II. La delimitación histórica del concepto: la soberanía como poder pretendidamente absoluto del rey o como disposición libre del ordenamiento constitucional. Los teóricos del absolutismo del antiguo régimen y la construcción jurídica del poder constituyente originario. III. El problema de la soberanía en el Estado federal. IV. La soberanía en el Estado autonómico. 1. Su titularidad: soberanía nacional y pueblo español. 2. Sus manifestaciones: A) Poder constituyente originario: legitimidad nacionalista de la Constitución y legitimación constitucional del nacionalismo. B) Poder constituyente derivado. 3. Los Estatutos de Autonomía como manifestación de una potestad semiconstituyente de las nacionalidades y regiones. 4. Autodeterminación y derechos históricos como rasgos hipotéticos de soberanía originaria. V. Algunas manifestaciones ordinarias de la soberanía que aseguran el funcionamiento del Estado autonómico como unidad institucional y verdadero orden jurídico.

I. La Soberanía como tema de Derecho Constitucional: advertencias preliminares.

Sin duda serán necesarias algunas palabras introductorias que justifiquen el interés del tema propuesto, propongan los límites con que teórica y metodológicamente ha de abordarse , y acoten cautelarmente los resultados que puedan producirse de este trabajo.

Como primera evidencia la cuestión propuesta es un *"gran tema"*: parece que se trata de ir a la raíz de nuestro Estado y preguntarse por el titular del poder. Esta pregunta sobre el origen del poder además de aclararnos sobre la fuente última y decisiva del mismo, debe, tal vez, iluminar la naturaleza de nuestro Estado, y resultará de interés para dar cuenta de manifestaciones morfológicas de éste, se trate de sus rasgos institucionales o de su característico sistema de fuentes, ayudando a resolver los conflictos entre estos dos planos.

De otro lado se trata de una *cuestión vieja,* y además de un tema con implicaciones teóricas y doctrinales, y ello en modo alguno por consistir en un problema mera o especialmente dogmático: al revés, su resonancia política es indudable y siempre ha sido así pues la soberanía es un concepto instrumental -aunque su conversión en cuestión autónoma sea un logro magnífico de la Teoría política o constitucional- y por ello la pregunta sobre su residencia o manifestaciones no es inocente. Jellinek lo puso de relieve así hace ya muchos años: "no se ha descubierto este concepto en el gabinete de los sabios extraños al mundo, sino que debe su existencia a fuerzas muy poderosas, cuyas luchas forman el contenido de siglos enteros"(1).

Es ciertamente discutible la utilidad de las grandes preguntas, la indagación por las verdaderas causas, por lo que llamamos *bases constitucionales*(2), como si la construcción constitucional fuese antes de nada una obra de la lógica que pudiese primero averiguarse, al hacerse paso el intérprete por las diversas figuras, instituciones, normas, definiciones y principios del entramado constitucional, hasta llegar al núcleo o sustento de todo el edificio, que entonces podría ser, en una especie de segunda actuación constituyente, desvelado y por ello explicado en sus detalles, como manifestaciones de un todo cuya estructura radicase precisamente en las decisiones medulares del constituyente, una de las cuales atañería, evidentemente, a la soberanía.

Estos planteamientos más bien "originalistas" son imposibles de aceptar: primero porque atribuye al creador constitucional -al poder constituyente- una coherencia y en el fondo una capacidad demiúrgica que éste no poseía (ni tal vez lo pretendiera); y segundo porque este planteamiento prima a la generación fundadora en

unos términos democráticamente inaceptables, de modo que el "primer" traje constitucional sólo aceptaría modificaciones concretas, pero en lo esencial seguiría vigente, aunque se aceptase la posibilidad del cambio constitucional y se presumiese la renovación de la validez constitucional en un poder (silente pero existente) de la generación presente; pero sobre todo porque reduciría a su mínima expresión la función de los Tribunales constitucionales, limitados a hallar la "verdadera" intención constitucional y a una labor de aplicación de la Constitución al caso concreto en disputa, mecánica, instrumental y por tanto de importancia secundaria.

En efecto, esta actitud es sumamente inconveniente para la Justicia constitucional, al ignorar el carácter eminentemente constructivo de su intervención: acabar con la incompletud por inconcreción de la Constitución, especificando las decisiones principialistas de la Norma Fundamental (que no es prolongada por el legislador, resolviendo lo que llamo incompletud por insuficiencia) en virtud de las posibilidades meramente técnicas que las cláusulas constitucionales, tomadas como verdadero conjunto o todo sistémico, ofrecen a la interpretación constitucional llevada a cabo por la Jurisdicción de este tipo.

Además esta actitud severamente restrictiva de la justicia constitucional -limitada, como decimos, a la averiguación histórica del significado de la Norma Fundamental, reduciéndose su intervención a la mera aplicación de ella, como la única manera de resolver un problema constitucional- menosprecia o no considera suficientemente el significado democrático de este órgano, cuyos titulares tienen un origen evidentemente democrático, y desde este punto de vista se remiten no sólo a la voluntad lejana de quienes hicieron la Constitución (aunque las decisiones de los *padres fundadores* sigan informando el parámetro de validez del orden normativo y en todo caso operando, en virtud de su significado lógico evidente y su tenor literal, como límite del juez constitucional) sino a la conciencia jurídica actual de la comunidad y cuya referencia popular se deduce de la intervención de los actuales representantes democráticos en la designación de los jueces constitucionales(3).

Evidentemente la indagación de las "causas" constitucionales, o el intento de encontrar las decisiones constitutivas de la Norma Fundamental (algo así como la "constitución positiva" de Schmitt) tiene un gran interés, pero no como actuación del intérprete (en sentido amplio) al margen o por encima del entramado constitucional, sino en cuanto intervención del mismo a posteriori, al proponer una construcción inducida o resultante, corroborada por la disposición efectiva de la Constitución. Se trata por tanto de ofrecer una clave interpretativa desde la base de la Constitución efectivamente existente y que sólo tiene sentido en la medida en que es confirmada por la Constitución real normativa, de modo que se disponga de un instrumento útil para su aplicación, para la resolución de los casos que la práctica constitucional suscita.

Este apego al propio plano normativo de la Constitución, se trate de resolver un problema que se plantee al intérprete en cualquiera de sus vestes posibles -ya como juez ya como profesor o teórico, se desarrolle una función jurisdiccional o consista su empeño en dar cuenta del modelo constitucional efectivo-; y que refuerza la cautela inevitable sobre el carácter siempre práctico del derecho constitucional que no ha de tratar de inventar un conjunto meramente teórico sino de ofrecer una idea -o construcción constitucional- capaz de resolver problemas prácticos, evitando representaciones teóricas de carácter meramente especulativo, incapaces de dar cuenta del comportamiento de la realidad necesariamente compleja y conflictiva, resulta especialmente pertinente ante problemas como la soberanía cuyo fuste teórico o ideológico es evidente.

Como se sabe, la incompletud constitucional remite, en primer lugar, a

conceptos o categorías que la Constitución recibe de contextos culturales o espirituales en los que se encuentra integrada. Así la Constitución utiliza estos conceptos, pero no los crea: puede determinar su contenido, dada la delimitación que acompaña a la recepción del término correspondiente, o en virtud de otras decisiones expresas o implícitas en el propio texto, pero su labor creadora tiene límites, que son los derivados del origen de estas categorías en los ámbitos, jurídicos o no, de los que se toman.

Evidentemente, por tanto, no hay una remisión en blanco del constituyente a las disciplinas en que se han acuñado y conocen esos términos; pero su obligatoria comprensión debe partir de las aportaciones ajenas. Bien entendido que estamos ante problemas de interpretación constitucional, aunque se trate de entender conceptos tomados de la Moral, de la Ciencia política, de la Teoría general del derecho, o de disciplinas jurídicas concretas, pero cuya interpretación no es libre: ha de realizarse en términos constitucionalmente adecuados, teniendo en cuenta las decisiones constitucionales expresas o no adoptadas por el constituyente , que, como veíamos, pueden establecer límites o imponer contenidos determinadores del alcance de tales categorías. Pero, insisto, el intérprete tampoco puede ignorar los condicionamientos que al mundo constitucional impone su integración cultural, haciendo con los conceptos, con la lógica propia de los mismos que se deriva de su origen extraconstitucional, lo que quiera.

La soberanía es así un concepto político, apto para captar el fulcro o la idea que opera como el nervio esencial de los siemas estatales, pero a nosotros sólo nos interesará en su desarrollo como categoría de la Teoría del Estado o la Ciencia Política en su dimensión constitucional, de acuerdo con las decisiones al respecto efectivamente tomadas por el constituyente español: pues únicamente nos planteamos problemas de teoría constitucional en la medida que lo requiera la comprensión de las decisiones sobre la soberanía incorporadas a la Constitución española.

Finalmente la indagación sobre la soberanía no sólo tiene un riesgo, llamémosle esencialista- y evitar el esencialismo no es únicamente un problema metodológico: la obsesión por la claridad a veces denota un planteamiento simplificador y reductor de la complejidad y de la riqueza del pluralismo, propio de actitudes autoritarias- sino también nominalista.

En efecto los pronunciamientos sobre la soberanía- sobre su residencia y características- en las Constituciones de nuestros días manifiestan claramente la permanencia continuada en el constitucionalismo de conceptos y categorías que se transmiten de una generación a otra, como fórmulas sacramentales a las que no puede renunciarse y respecto de las cuales el ritual constitucional exige un gesto de adoración ineludible. Es un claro ejemplo de lo que llamo *inercia constitucional* o persistencia de elementos que quizás con un nuevo significado aparecen reiteradamente en los textos constitucionales. A veces se trata de categorías cuyo contenido se conserva básicamente, enriqueciéndose o modulándose; otras se les despoja de su significado funcional efectivo originario; en algunas ocasiones, finalmente, estamos ante tipos cuya comprensión no puede alcanzarse sin remisión a la estructura del concepto que los ha precedido y que ahora- se recoja o no la categoría inicial- se reitera en la nueva forma, indefinible sin la referencia a la antigua figura de la que en realidad procede(4).

El concepto de soberanía, en efecto, es un viejo nombre pero cuyo significado no puede entenderse de acuerdo con los patrones teóricos y al servicio de los propósitos políticos a que se atuvo en su nacimiento y que la han acompañado durante buena parte de su trayectoria histórica.

II. La formación histórica del concepto: la soberanía como poder pretendidamente absoluto del rey o como disposición libre del ordenamiento constitucional. Los teóricos del absolutismo del antiguo régmen y la construcción jurídica del poder constituyente revolucionario.

Hemos de partir, por tanto, del reconocimiento de la utilidad - o incluso imprescindibilidad- de la pregunta por el concepto de la soberanía en el Estado español de nuestros días y, posiblemente, de la constatación de la diferencia entre la idea convencional o tradicional de la soberanía en relación con la manifestación de esta figura en nuestro ordenamiento. Apunto así a dos enfoques que me parecen fundamentales para acercarnos a nuestro problema: la insustituibilidad y, al tiempo, la elasticidad del concepto: sin soberanía no puede haber orden político, Estado; pero no habría una idea canónica, universal de soberanía, sino un concepto o una figura con diferentes acepciones.

Si prescindimos de la *dimensión externa* de la soberanía, entendida como la capacidad del Estado de actuar de modo independiente en las relaciones internacionales y reparamos exclusivamente en su *dimensión interna*, nos encontramos con la idea de una potestad superior, pública, capaz de imponerse finalmente de modo indisputable sobre la comunidad; se trate de la manifestación ordinaria de la soberanía consistente en el ejercicio de potestades públicas por los órganos estatales de acuerdo con el ordenamiento o en su manifestación extraordinaria en cuanto decisión libre, fundante , sobre el ordenamiento, en suma, como poder constituyente.

La *formación histórica* de la idea de soberanía muestra unas facultades de relativización, abstracción y multivocidad conceptuales dignas de atención.

En el origen del concepto -Bodino, Hobbes- la soberanía es el poder absoluto, en el sentido de irresistible e ilimitado, del monarca, frente a quien no cabe derecho alguno, pues la renuncia a los derechos que los individuos pudieran tener en el estado de naturaleza es el precio a pagar por la paz que sólo un poder irresistible, supremo, irresponsable, puede asegurar.

Hay, como vemos, una identificación total del príncipe y el Estado: los poderes de éste son los que aquél necesita y ejerce. Poderes que cabe concretar en *marcas* (alguna de ellas, ya claramente jurídica, apunta a la idea de la soberanía como capacidad de definir el derecho) pero que se justifican más que por su contenido o su justicia en sí mismos, por su perentoria necesidad(5), de modo que se da una formalización evidente del concepto de soberanía, al definirse ésta más por sus rasgos esenciales que por la adecuación a la justicia de su actuación o por los propósitos de la misma.

La posición ilimitada del monarca, que subyace a las primeras formulaciones de la soberanía, no sólo se explica en virtud del contexto histórico en que surge de luchas civiles o fragmentación política o jurídica, inconvenientes para la actividad económica de la burguesía, sino que se trata de una orientación vinculada también a determinados desarrollos intelectuales, estando, en concreto, muy próxima al voluntarismo intelectual, en el que la *voluntas* ocupa el centro frente a la *ratio*. Así el derecho es lo mandado por el soberano, producto de su voluntad libre, no la declaración o aplicación de lo justo, establecido en la comunidad inmemorialmente y apoyado en la *opinio iuris*(6).

Personalización, formalización, voluntarismo son rasgos, entonces, del concepto de soberanía en sus primeras formulaciones: anotemos ya, también, el rasgo de la elasticidad que ilustra de modo especialmente pertinente el carácter prescriptivo de la idea de que nos ocupamos. Así podemos captar la condición ideológica del concepto (desde su aproximación por los legistas cuando con evidentes propósitos legitimadores hablaban del rey como *imperator in suo regno,* o de Bodino o Hobbes, que elaboran

dicha categoría para reforzar la posición política de sus respectivos monarcas en el contexto de luchas religiosas y dinásticas de su tiempo) de modo que la expresión soberanía no pretende describir un *status* efectivamente existente -los poderes verdaderos del rey- sino establecerlo como pauta prescriptiva y así justificar los esfuerzos por la concentración y absolutización en los Estados territoriales frente a quienes en el interior -clases, corporaciones- y el exterior -Iglesia, Papado u otros Estados territoriales- disputan el poder al monarca.

Pero ha de notarse ya desde sus comienzos la relativización de la idea de soberanía que se deriva de la propia funcionalización del concepto, en cuanto poder justificado por su imprescindibilidad, de lo que resultaría su superfluidad en caso de inoperancia, o su deterioro en caso de funcionamiento deficiente. Así no habría entonces un depósito de legitimidad vinculado a los títulos propios del rey para la dominación: ésta no es una prerrogativa del rey a la que no podría renunciar sino una facultad que el monarca ejerce en favor de la comunidad.

Repárese asimismo en este momento inicial, en el carácter limitado de la soberanía, como resulta claramente en Bodino, si se traspasa el plano retórico o aparente de su definición como poder absoluto y perpetuo de la República: el poder soberano del monarca alcanza exclusivamente a lo público y no puede renunciar- ni alterar- el título dinástico de su legitimación para el ejercicio de la dominación(7).

De modo que al menos en Bodino se prefigura ya esa contraposición entre la representación pura (que quizás queda en lo que llamábamos la manifestación *extraordinaria* de la soberanía) cuya actuación tiene lugar en determinadas ocasiones, en los *grandes días*(8) , y la soberanía como facultad *ordinaria* desarrollada en el ejercicio de las competencias por parte de los órganos estatales. De hecho, en Bodino, el poder del monarca es antes de nada un poder político ordinario, sobre todo legislativo. La *marca* de poder relevante es la disposición de la potestad legislativa: definir el derecho, creándolo y rectificándolo, pues el rey es legislador antes que juez.

Así de modo harto interesante se relaciona la soberanía con el derecho, sobre todo en el ejercicio ordinario de la misma; el poder es antes que nada la capacidad de decidir sobre el propio derecho: la ley en efecto será el mandato normador del soberano, esto es, la decisión libre del rey sobre lo que obliga a la comunidad.

El *segundo período* de la formación del concepto - que queda ya en sus diversas acepciones a disposición de la Teoría y el Derecho constitucionales de nuestro tiempo- corresponde institucionalmente a la Revolución y doctrinalmente a la Escuela alemana de Derecho público. Durante este período, como veremos, se produce una despersonalización u objetivación de la figura conceptual; pero en paralelo a este proceso de especialización o concretización tiene lugar, por lo menos en lo que se refiere a las manifestaciones más frecuentes de la soberanía, también la rutinización de la misma.

La soberanía, en efecto, será un poder atribuible no al monarca, sino al Estado u ordenamiento en su conjunto. Se opera entonces, como decíamos, un proceso de objetivación y ordenación del poder: el monarca será un órgano del Estado, que ejerce sus funciones de acuerdo con el ordenamiento constitucional. Precisamente la irresistibilidad de las actuaciones de los órganos del Estado derivará del ejercicio por su parte de la autoridad del mismo, que se produce a través del desempeño de sus competencias por el órgano en cuestión.

Obviamente la fuerza de obligar de los órganos del Estado deriva, no de las cualidades personales de sus titulares, sino de la plena validez de la actuación,

producida con respeto del ordenamiento, esto es a cargo del órgano competente de acuerdo con sus correspondientes atribuciones, operando la soberanía del Estado a través de una función pública.

Ello en lo que se refiere a las relaciones entre los órganos del Estado y la comunidad, que es la destinataria de sus mandatos; pero también respecto de las relaciones de los órganos del Estado entre sí: la voluntad del Estado ha de ser una y expresarse de acuerdo con los procedimientos, y por medio de los órganos, fijados para ello en el ordenamiento.

Así, a través de la actuación soberana del órgano competente (esto es, un órgano constitucionalmente encargado de decidir terminantemente la interpretación verdadera del orden competencial) se resuelve el conflicto constitucional y se recupera la unidad del Estado. Por ello la unidad del Estado se salva aunque haya una división orgánica en el mismo, de modo que el Estado puede expresar diversas voluntades, que incluso entren en colisión: es, en efecto, la referencia constitucional que determina la competencia de los diversos órganos estatales y fija la instancia que resuelve la disputa competencial, la garante a la postre de la homogenidad mínima del orden estatal(9).

Vemos así que el corolario de la objetivación de la soberanía es su desdramatización o rutinización en casos ordinarios y su caracterización marginal (esto es, al menos en los casos límites) como *poder superior* más que supremo, como poder que hablando por el ordenamiento, resuelve un conflicto entre los órganos del Estado.

La objetivación de la soberanía -su conceptualización como poder que admite manifestaciones rutinarias, sea frente a la comunidad o en el seno del propio Estado- es impracticable sin la colaboración del derecho: la ordenación duradera del ejercicio del poder remite al orden de competencias que organiza (estableciendo los ámbitos o facultades a que se refieren la actuación de los órganos), legitima (la justificación del poder deriva de su ocupación y ejercicio conforme a derecho) y cuyo control posibilita.

Esta remisión de la soberanía al derecho -obvia, como veíamos, en Bodino- tiene evidentemente un significado (prescindiendo efectivamente de la condición del derecho como *instrumentum regni*, a que antes nos referíamos, en cuanto el derecho refuerza el poder, desde un punto de vista legitimatorio e instrumental) limitador que captó muy bien Jellinek. La soberanía no puede ser más que un poder limitado jurídicamente: no hay soberanía que pueda liberarse del derecho, que pueda referirse a un poder del Estado capaz de actuar contra el derecho. Todo Estado debe respetar su derecho, porque si no no lo harían sus ciudadanos: de modo que el poder del Estado es, necesariamente, un poder jurídicamente limitado. La aporía entre la libertad de la soberanía y la vinculación al derecho se salva no admitiendo otro autor del derecho del Estado que el propio Estado: la limitación (necesaria) jurídica es autolimitación al propio (y libremente establecido) derecho(10).

La referencia jurídica de la soberanía, o la consideración de este concepto desde una perspectiva jurídica, nos lleva al verdadero concepto de soberanía o su *idea fuerte*: capacidad de disponer del propio orden constitucional o poder constituyente; captando al tiempo la condición singular, en última instancia ilimitada que se ejerce extraordinariamente, precisamente sólo cada vez que un pueblo se da su Constitución.

La Revolución engarza definitivamente la soberanía con el derecho: la aniquilación del desorden antiguo se hace sustituyendo el poder de los hombres por el del derecho: de modo que en adelante no se obedecerá a los hombres sino a la ley(11). El mundo político de la Revolución es un universo ordenado por el derecho, que se instituye y actúa conforme a la norma jurídica fundamental o Constitución; lo que ocurre es que ese nuevo orden jurídico no tiene otros límites que los de la razón y su establecimiento denota un poder ilimitado, justificado sólo por su origen y su

conformidad con la razón, y operante exclusivamente en el momento de establecer o reformar el orden constitucional.

Cuando la soberanía -ha visto Luciani- se convierte en poder absoluto y transforma verdaderamente su objeto es tras la Revolución; entonces la soberanía es poder constituyente, capacidad de darse o de disponer de la propia constitución, sin condicionamiento alguno.

Esta intensidad nueva del poder cabe sólo tras la superación de los vínculos espirituales y religiosos del Antiguo Régimen que impedían concebir la libertad del hombre para disponer del orden político.

La radicalidad del poder se hace posible al reducirla al momento fundante del orden político: no puede haber soberanía -no en el sentido de irresistibilidad sino en el de ilimitación- en el plano de los órganos constituídos, esto es ya limitados por el derecho. Efectivamente ni ética ni jurídicamente cabría admitir un poder ilimitado si no fuese en el momento de fundar el orden: el poder constituyente soberano desaparece tras su actuación, limitada a, como dice Carré, "los grandes días"(12).

Desde luego la legitimación del poder constituyente no se basa sólo en la titularidad (popular) del mismo, no es por tanto, mera *voluntas* , sino también en su *ratio*, su necesidad, la razonabilidad de su actuación. Ha habido en efecto un contagio iusnaturalista si se quiere, una legitimación de la Constitución por el constitucionalismo(13), necesaria para derrotar un sistema, cuya inconveniencia era no sólo técnica o lógica (desorden, anarquía jurídica, *totum revolutum* normativo) sino moral, pues se trataba de una monarquía corrompida, arbitraria e injusta. Frente al orden constitucional revolucionario, en cambio, la justificación de la monarquía absoluta podía ser más formal, en la medida que lo que se demandaba, en el fondo, no era un orden justo, sino cualquier orden que produjese no la justicia o un gobierno humano o democrático, sino la paz.

Ciertamente la innovación constitucional afecta sobre todo a la *parte dogmática* de la Constitución, antes que a la parte órgánica: sin Constitución no hay derechos -los derechos, su reconocimiento, su positivación con el rango y la protección propios de la norma constitucional- son la verdadera creación, donde se produce la intervención *constitutiva* del constituyente. La actuación creadora en la parte orgánica o institucional es mucho menor: hay Estado antes que Constitución, pues lo que el constituyente hace es decidir libremente sobre la efectiva disposición del Estado (su constitución según el principio de separación de poderes) pero sin fundar éste(14). Por lo demás las normas procedimentales conforme a las que se ejerce el poder constituyente no suponen verdadero límite jurídico, pues no dejan de ser requisitos de su reconocimiento(15).

La conceptualización de la soberanía como poder extraordinario -en razón de su propósito y ocasión a ejercer cuando la propia comunidad establece para sí el orden político que considera justo y adecuado- explica la pretensión de duración de toda Constitución, aspiración deducible asimismo de la incorporación al concepto de la Norma fundamental de contenidos propios de la idea de *ley natural*, según lo cual la Constitución sería, precisamente, la ley política de la Comunidad, la regulación necesaria, por tanto constante, de las relaciones políticas, orientando y determinando el futuro. Incluso, señala Luciani, la norma que -art. 26 de la Constitución de 1793- asegura el poder de reforma de la Constitución a las generaciones futuras resulta para éstas una clara imposición: la de no renunciar a su poder constituyente si lo desean ejercer en el futuro.

III. El problema de la soberanía en el Estado federal.

La exploración de los problemas conceptuales de la soberanía requiere que reparemos en que la idea de que estamos hablando se presenta con modulaciones interesantes en el caso del Estado federal, que, sin duda, es una especie del tipo del Estado compuesto o descentralizado, cuya proximidad con el Estado autonómico es evidente(16).

En efecto, el Estado federal es un Estado descentralizado o compuesto en la medida en que se reconocen en el mismo varios centros de poder, de modo que éste se encuentra territorialmente distribuido, con diversas estructuras institucionales y sus correspondientes habilitaciones normativas. Cuando esos centros de poder disponen de facultades constituyentes y cuando las estructuras institucionales son Estados, nos encontramos en el caso del Estado federal. Así que lo que caracteriza al Estado federal no es la descentralización política ni el pluralismo institucional sino la existencia de dos niveles de autoridad estatales, con una organización política completa, y con sus poderes constituyentes diferentes.

Lo que hay que saber es si es imprescindible la cuestión de la soberanía en el Estado federal, de modo que la misma sea decisiva para la ordenación integrada del doble plano estatal, resultando inevitable ubicar la soberanía en la Federación o en los Estados miembros; o si la soberanía, por el contrario, no presenta especiales problemas en esta forma política, equivaliendo como en el Estado unitario a la potestad constituyente y al poder constitucional de resolución de los conflictos competenciales que se propongan en el seno de la Federación entre ésta y los Estados miembros.

Hoy la cuestión es clara: *la soberanía no es un concepto útil* para entender la integración de la Federación y los Estados miembros, y la ausencia de esta referencia no impide entender la singularidad de dicha forma jurídico-política, consistente, lo repetimos, en la existencia de dos planos de estatalidad, como organizaciones políticas completas (esto es con su propio legislativo, gobierno y organización judicial), con capacidad de adoptar decisiones en seguimiento de una política propia y dotadas de su correspondiente poder constituyente.

Advirtamos la singularidad de la Federación: no dispone de ámbitos de actuación ilimitados, pues sus potestades se establecen en el reparto competencial que realiza la Constitución, correspondiendo a los Estados el poder residual; tampoco tiene la *competencia de la competencia*, de modo que normativamente pueda atribuirse facultades que constitucionalmente no le corresponden; además el Tribunal Constitucional es un órgano federal que resuelve los conflictos pero no actuando la voluntad del Estado federal sino el *canon* competencial de la Constitución, en aplicación exclusivamente técnica, jurisdiccional, y no según la voluntad política de la Federación.

La limitación de la Federación tiene manifestaciones en la propia configuración de sus bases estatales. Se trata de un Estado cuyos dos elementos fundamentales se comparten: el pueblo, que integra a la vez el de la Federación y los Estados miembros; y el territorio como espacio jurisdiccional asimismo común a ambos sujetos.

La condición limitada de la Federación tiene también una plasmación constitucional, no sólo en cuanto conjunto institucional cuyos órganos y competencias se encuentran recogidos en la Constitución, sino en cuanto la organización federal -como ocurre con la limitación derivada de la existencia de derechos fundamentales- es indisponible para el propio constituyente, según un límite explícito, en el caso alemán, o como límite implícito en otros modelos.

Lo señalado aquí no es obstáculo para el reconocimiento de la Federación como verdadero Estado, no sólo por su completud institucional, sino por su capacidad para actuar como real unidad de acción y decisión política(17). Lo que resulta de la

atribución de la personalidad internacional a la Federación, de modo que el Estado federal es una unidad también hacia afuera y son los órganos federales correspondientes los que obligan a la Federación(18). Y porque al Estado federal se le reconoce un poder político relevante en la configuración de la Federación como una verdadera organización: en razón de sus especiales atribuciones competenciales (que no agotan los ámbitos materiales respectivos pero que condicionan o predeterminan la actuación de los Estados miembros) que le confieren una evidente función de liderazgo, redondeado además por el recurso interpretativo a principios de claro significado federal, como la *lealtad federal* o *el federalismo cooperativo*, cuyo marchamo centrípeto, aun sin aceptar como ineluctable la pendiente a que se refiere Hesse cuando caracteriza al Estado federal alemán como un Estado federal unitario, parece evidente(19).

De modo que la idea de soberanía no resulta de especial interés para explicar la posición del Estado federal, que se puede entender mejor con la idea de supremacía constitucional, pero que no remite a la de superioridad incondicionada.

La inutilidad del concepto es especialmente relevante cuando se trata de dar cuenta de la posición de los Estados miembros, que son, como decíamos, organizaciones políticas completas, capaces de llevar a cabo en su ámbito territorial una conformación política propia.

Se trata en efecto de verdaderos Estados, aunque se les reconozca, de partida, la singularidad de los elementos que los integran: los Estados miembros carecen de una población propia, pues el pueblo estatal, junto con otros, forma parte del pueblo de la Federación (de modo que propiamente no hay poblaciones de los Estados entre sí, en cuanto que en la Federación todos los ciudadanos tienen los mismos derechos y deberes con independencia del Estado en que se encuentren; y en cuanto hay libertad de movimiento y de instalación dentro de toda la Federación, no existiendo así una nacionalidad estatal propiamente dicha); y el territorio no denota un ámbito exclusivo de jurisdicción, de modo que como la población, lo es al tiempo de la Federación y de los Estados miembros. Pero la cualidad estatal de estas organizaciones políticas se deriva de la disposición por su parte de competencias relevantes, cifradas en la capacidad de adoptar leyes no de carácter subordinado o complementario, sino con auténtico significado para la vida social y política de la comunidad. Así los Estados pueden adoptar decisiones que suponen el establecimiento de una dirección -la fijación de una política propia- para la vida en común de las correspondientes sociedades(20).

Y la cualidad estatal depende, en fin, de un poder constituyente propio, ejercido de modo exclusivo por sus órganos pertinentes y procedente del pueblo respectivo. Es esta originariedad y ejercicio exclusivo a través de las instancias competentes, lo que denota la estatalidad, de modo que la Constitución de los Estados no deriva su validez de otra norma diferente, anterior y habilitante, sino de la propia decisión constituyente del pueblo respectivo.

Desde luego, originariedad no implica ilimitación o exclusividad. La Constitución federal, al imponer la exigencia de la homogeneidad a las Constituciones de los Estados miembros, adoptando decisiones fundamentales sobre el *status* de los ciudadanos, reduce, casi exclusivamente a una dimensión organizativa, el contenido de las Constituciones de los Estados miembros, de modo que a los poderes constituyentes de éstos les están vedadas decisiones fundamentales constitucionales. Así la Constitución de la Federación es también la Constitución primera de los Estados miembros y la competencia constitucional de éstos tiene, por decirlo así, una vigencia sólo subsidiaria y complementaria(21).

Vemos así en estos momentos la irrelevancia de la idea de soberanía para

entender el Estado federal: se trata de un concepto- si se prescinde de su comprensión como poder constituyente de la Federación- inútil: las relaciones entre los dos planos de la Federación no pueden ignorar las exigencias, llamémoslas institucionales, que se desprenden de la condición estatal tanto de la Federación como de sus miembros integrantes; y de lo más que puede hablarse es de la posición de supraordenación de la Federación y de una actuación resolutoria en los conflictos de determinados órganos de la Federación que no actúan poderes de ésta, sino, como hemos visto, del sistema constitucional.

Este planteamiento reposa en dos bases muy claras: una visión pragmática del Estado federal, en donde lo que se suscita son problemas concretos de poder, esto es, disputas competenciales (y no batallas esencialistas o, menos aún, nominalistas); y una idea democrática del Estado como organización instrumental, como disposición institucional en la que cada órgano no tiene otra legitimación que la de su creación por la Constitución, que determina su ámbito de actuación y las facultades al respecto.

Estos dos presupuestos no concurrían en el horizonte intelectual de la Escuela alemana de Derecho público, donde se lleva a cabo una reflexión importante sobre el Estado federal, precisamente en torno a la localización de la soberanía, y que se explica no sólo por el marcado conceptualismo de dicha escuela, inevitable si se repara en el propósito del positivismo jurídico que ella quiere llevar a término: construir un sistema científico- como conjunto de conceptos y relaciones, justificado por su propia coherencia- a partir de la consideración del derecho vigente(22); sino por los propios supuestos políticos en que tiene lugar la reflexión constitucional: si el Estado sucede al monarca en la titularidad de la soberanía, ésta en manos de aquél necesariamente ha de entenderse como poder ilimitado y por ello no compartible, y entonces obligadamente ha de residir en un único titular.

Este planteamiento de base (que por lo demás va a llevar a considerar al Estado federal progresivamente como un Estado descentralizado, subrayando una tendencia hacia la concentración posterior a la victoria alemana frente a Francia en Sedán) impide entender el Estado federal como un Estado de soberanía compartida, en donde en realidad los conflictos no son de soberanía -que sólo corresponde al pueblo- sino de disputa competencial, a resolver por el órgano pertinente de acuerdo con la Constitución; y explica que la doctrina constitucional (especialmente la alemana) no renuncie al debate sobre la localización de la soberanía en el Estado federal(23).

La teoría constitucional alemana arrancaba de la posición del viejo liberalismo en donde Weitz traslada sin problemas la visión de Tocqueville de la soberanía compartida: esta actitud, teniendo en cuenta la indefinición constitucional, se asume por otros autores (como Meyer, Bluntschli, etc.). Pero tal posición liberal será rectificada por el positivismo (que a veces incurre en rigidez para conseguir claridad comprensiva y que se mueve en la estela política del reforzamiento del Reich frente a los Estados, tras la derrota francesa), para el que la soberanía es un poder indivisible e ilimitado que sólo puede residir en un sitio (en el Reich o en los Estados). Así en un lado están quienes -Laband, Haenel o Zorn- piensan que la base contractual sirve para explicar el origen del Estado pero no su constitución actual y verdadera; para otros autores -Von Seydel- el condicionamiento contractualista del Estado es insuperable: un Estado no puede ser una Federación, como una Federación no es un Estado(24).

La preponderancia en la doctrina de quienes resuelven el conflicto de soberanías a favor de la Federación es indiciaria, como señala Oeter en el trabajo citado, de la progresiva imposición de la convicción de que la forma política federal es, como decíamos, un estadio hacia la forma política más perfecta que es el Estado unitario, perdiéndose la perspectiva comparada de casos como Suiza y Estados Unidos,

comenzándose así una tendencia a considerar el Estado federal como un tipo del Estado descentralizado.

IV. La soberanía en el Estado autonómico.

1. Su titularidad: soberanía nacional y pueblo español.

Es a la vista de este panorama de conceptos y problemas como podemos abordar la cuestión de la soberanía en el Estado autonómico. Vamos a hacerlo exclusivamente en el terreno normativo, pasando por alto la problemática que suscita la incapacidad efectiva del poder público de imponer su pretensión de monopolizar el uso de la fuerza y asegurar el orden ciudadano, lo que no constituye un problema exclusivamente político, sino que, en una dimensión más profunda afecta a las mismas posibilidades -de acuerdo con una Teoría rigurosa del Estado- de afirmación de un orden político. No estamos hablando de infracciones o, vistas desde el otro lado, incapacidades episódicas, sino de situaciones a las que caracteriza la recurrencia y que implican una quiebra muy grave del orden político. Naturalmente los efectos de este estado de cosas, de esta situación excepcional no se constriñen a una parte determinada del Estado, como si se tratase de una avería temporal y localizada del mismo, siendo como es el Estado una verdadera unidad política en la que la homogeneidad institucional y el espacio político que se comparten impiden en su seno la existencia de reductos o fragmentos aislados.

Partimos así de la necesidad de considerar al *Estado* más allá de su consideración esencialista o nominalista, identificándolo con sus referencias exclusivamente institucionales o competenciales, su representación simbólica o su ámbito nominal jurisdicional, oponiéndole su entendimiento realista como *estado*, como orden político efectivamente existente por lo regular. Pues un Estado no es sólo un conjunto de instituciones a las que se atribuye un poder nominal de dominación, ni un determinado aparato con sus dotaciones humanas, competenciales y sus referencias simbólicas. Un Estado es, antes que nada, una *situación efectiva política* en la que el poder se ejerce -esto es se decide y obedece- de modo regular de acuerdo con lo prescrito en el ordenamiento, sistema de normas o referente legal de tal organización política: si no hay *estado*, o sea, situación efectiva, orden, no hay *Estado* ni verdadero ordenamiento(25).

El interés de esta observación no sólo radica en la trascendencia del problema político(26) sobre el que llama la atención o en su pertinencia metodológica (mostrar siempre el derecho en relación con el orden que en conjunción con otros elementos -especialmente de cultura política- es capaz de generar), sino porque, como vimos, la soberanía tiene esa manifestación ordinaria respecto de la comunidad consistente en la capacidad de los poderes públicos de imponerse incondicionadamente sobre ella y porque entre las facultades públicas irrenunciables está la garantía de la paz y el orden, de modo que Estado y violencia privada son -como bien se sabe- radicalmente incompatibles, pues el establecimiento de la paz y su mantenimiento son objetivo irrenunciable del Estado, constituyen su causa de legitimación histórica y son el presupuesto de toda su actividad(27).

La *atribución constitucional de la soberanía al pueblo español*(28) identifica al titular del poder fundamental del Estado, del que emanan precisamente los poderes de éste. La soberanía reside en el pueblo español, que es un sujeto colectivo dotado de suficiente homogeneidad para actuar dicho poder fundamental del Estado del que es titular. No se habla redundantemente de los pueblos del Estado (ni de los pueblos de España como si fuera necesario precaverse ante una visión no suficientemente plural de

ésta) que pusieran de consuno su soberanía originaria para dotarse de una forma política compartida, de modo que hubiese una base contractual o pactista en el origen del Estado y cupiese hablar de una soberanía múltiple, susceptible de revivir o recuperarse si con el paso del tiempo la forma política establecida no se considerase satisfactoria o deviniese inapropiada para las necesidades de los pueblos respectivos.

No. Nuestra Constitución reconoce como titular de la soberanía originaria y presente al pueblo español cuya homogeneidad, presupuesto como decimos de su capacidad de actuar, ciertamente no hay que entender de modo monolítico, pues es compatible con el reconocimiento de las nacionalidades y regiones que integran la nación española.

El pueblo español es la manifestación histórica, concreta, de la *nación española* , es la generación nacional viva, constituida democráticamente. La relación del pueblo con la nación es estrecha y se desprende de la propia fórmula del artículo 1º , que puede hacer creer en una identificación por sinécdoque entre pueblo y nación, facilitada además por la comprensión democrática del concepto de nación. En la Ciencia Política la *nación* es una colectividad integrada por las generaciones pasadas, presente y futuras, que abarca, por tanto, todas las posibles manifestaciones históricas de un grupo humano con determinadas características sociales y políticas -como relieve, homogeneidad, voluntad política- y puede distinguise intrínsecamente de las demás(29). En el Derecho Constitucional la nación es una colectividad o persona moral, cuyos intereses define y actúa su representación; mientras que el pueblo es el colegio
integrado por los ciudadanos o nacionales con sus derechos políticos.

De lo que se trataría entonces es de incrementar la legitimidad popular en el ejercicio de la soberanía, utilizando una referencia mas bien historicista -una más- en nuestra Constitución: el pueblo absorbe el poder que -en cualquier horizonte teórico que pudiera utilizarse- corresponde a la nación. Así no se quiere renunciar al engarce continuista que supone el que nuestras Constituciones históricas hayan utilizado la expresión soberanía nacional en los períodos de autogobierno; por no hablar de las posibilidades de la fórmula constitucional de reconocer la capacidad de la nación española -aceptada por sectores y opiniones diferentes- de recabar una lealtad política absoluta frente a la competencia de otras posibles lealtades seccionalistas(30).

Es en el pueblo español en el que según nuestra Constitución reside la soberanía de modo exclusivo, indivisible y originario. El sujeto único de su titularidad es el pueblo español, suma de todos los (ciudadanos) españoles, y no agregado del conjunto de sus pueblos o comunidades étnico-culturales existentes.

La Constitución presupone la homogeneidad del pueblo español al hacerlo, como decimos, titular de la soberanía y capaz de desarrollar las funciones que corresponden al ejercicio de la misma: esa referencia (de la soberanía) a la nación denota ciertos rasgos de identificación, en suma, una afinidad cultural generada por la historia y determinadora de un propósito de afrontar solidariamente un mismo destino político. Cualesquiera que sean los términos en que se concrete la condición nacional del pueblo español, éste es el sujeto constitucional capaz de actuar la soberanía del Estado: tal actuación, como luego veremos, reforzará y no sólo expresará su unidad, su propia conciencia de sí, su autoidentificación como sujeto político.

De otro lado, la identificación del pueblo español, su constitución como sujeto político no se realiza exclusivamente en la ocasión del ejercicio extraordinario de la soberanía: el pueblo español no es únicamente el protagonista insólito de los grandes días -constituyentes, como sabemos-, pues su intervención se produce asimismo en el momento de las elecciones de sus representantes políticos. Las Cortes representan al pueblo español: la representación -en lo que podríamos llamar actuación ordinaria de la

soberanía- constituye y articula la unidad de lo representado, pero no la crea, pues más allá de la variedad y dispersión de lo representado existe una unidad, un elemento común, que permite precisamente la representación, entendida como reducción a ese elemento compartido, como articulación esencial de lo plural, justamente en una recuperación de los factores constitutivos de su homogeneidad. Así la representación reduce la pluralidad y reinstala, sobre la dispersión y la variedad, la esencial unidad del sujeto representado(31).

2. Las manifestaciones de la soberanía

A) Poder constituyente originario: legitimidad nacionalista de Constitución y legitimación constitucional del nacionalismo.

B) Poder constituyente derivado.

A) La problemática que plantea la soberanía en el ordenamiento constitucional(32) no se agota señalando la titularidad de tal poder, esto es, a quién pertenece y por tanto -por exclusión- a quién no corresponde. Ha de atender sobre todo a la *manifestación de la misma*: desde este punto de vista la soberanía consiste en la capacidad originaria e incondicionada de dotarse de un orden constitucional propio y disponer del mismo. Soberanía es la propiedad del Estado, dice Jellinek, "en virtud de la cual corresponde únicamente a éste la capacidad de determinarse jurídicamente y de obligarse a sí mismo"(33).

El poder constituyente corresponde exclusivamente al pueblo español: *el poder constituyente originario* como presupuesto inexcusable de una Constitución democrática, que lo es no sólo porque determina y organiza la intervención popular en la constitución y funcionamiento de las instituciones políticas (al establecer el derecho de sufragio e instituir determinados órganos cuya formación y funcionamiento es democrático) sino evidentemente, porque ella misma es obra del pueblo, que muestra su soberanía, precisamente constituyéndose, decidiendo libre, originaria e ilimitadamente sobre su propia existencia política: de modo que la Constitución es ante todo la manifestación obvia de la soberanía, el resultado eminente del ejercicio de la misma.

La *originariedad* del poder constituyente impide deducirlo de un acto anterior, autorizatorio o habilitante, que no sea la propia decisión soberana del pueblo; la *libertad* del mismo se refiere a la independencia de su actuación, de suerte que no se acomode a condicionamientos o exigencias de poder exterior o interior alguno al propio pueblo; su condición *ilimitada* apunta a la inexistencia de impedimentos jurídicos para regular cuantos asuntos desee de la vida de la colectividad.

Esta concepción del poder constituyente -como poder originario, libre e ilimitado- se establece exclusivamente en términos jurídicos y naturalmente no equivale a una visión demiúrgica del mismo, que podría, aparentemente, encontrar apoyo en la función constitutiva del orden político desarrollada por la Constitución (la Constitución determina la organización del Estado y prescribe, en los términos de sus normas, su funcionamiento) y en el orden jurídico por la preeminencia de la Constitución, como norma más alta y medida de las demás.

En efecto, el poder constituyente no puede saltarse el *canon* de Constitución, establecido por el art. 16 de la Declaración francesa de Derechos del hombre y del ciudadano, ni puede regular todos los aspectos de la vida de la colectividad, ni ignorar los condicionamientos históricos del pueblo: no se puede disponer de todo, al menos de

una vez; ni mudarlo todo sin tener en cuenta las resistencias y condicionamientos de la realidad política. "El constituyente sólo puede configurar de nuevo la vida del pueblo, únicamente en algunos rasgos, pero sin pretender abarcar todo de una vez. Porque no se puede sacar al pueblo de su historia, suspendiendo su vida"(34).

La atribución del poder constituyente al pueblo, como manifestación más obvia de su soberanía, presenta otros dos aspectos de máximo interés: la Constitución como obra del pueblo, en ejercicio de su soberanía, contribuye a su autoidentificación, a la asunción o toma de conciencia por éste de su identidad. El pueblo, es cierto, es un colectivo plural, desgarrado por divisiones y enfrentamientos derivados de las diversas solicitaciones en su seno de lealtades particularistas, de las que las más peligrosas para la unidad son sin duda las de base territorial; pero con todo trátase de un colectivo capaz, a través de su representación, de adoptar decisiones fundamentales sobre su constitución y su organización política, sobre su propio futuro.

El momento constituyente, *el gran día*, es la oportunidad de afirmación colectiva de la comunidad, que consigue un acuerdo sobre su configuración y porvenir políticos. El acto constituyente refuerza la identidad colectiva: es la ocasión en que el pueblo define (actuando solemnemente y dotando del rango normativo máximo al acuerdo) los intereses y los propósitos de la colectividad.

En el acto constituyente hay entonces una evidente resonancia nacionalista pues si la nación presupone una vinculación especialmente fuerte, una conciencia de la pertenencia a un grupo humano en cuyo destino nos sentimos voluntariamente partícipes, no cabe duda de que el momento constituyente identifica al grupo nacional (una nación es un pueblo que se autodetermina jurídicamente) y refuerza su identidad (la prueba, una más, de la existencia de una nación es su capacidad para autodeterminarse).

Esta proximidad entre el acto constituyente y la nación permite hablar, ciertamente, primero, de una *legitimación nacionalista* de la Constitución: la Constitución se justifica por su carácter nacional, en cuanto instrumento de autogobierno propio, por su aportación a la constitución política de la nación, a la que dota de su correspondiente organización, de modo que la Constitución se acepta no sólo por su utilidad o necesidad en cuanto soporte una determinada idea -democrática, liberal- del orden político, asumida de acuerdo con patrones universales de racionalidad o eficiencia técnica, sino porque es la *nuestra* , la que nos hemos dado según nuestras necesidades, conforme a nuestra experiencia y cultura histórica. Naturalmente, como he puesto de manifiesto en alguna otra ocasión, el que no se renuncie a la legitimidad nacionalista, desechando la aglutinación política resultante de la congruencia nacional, no equivale a atribuir a la nación el monopolio de la lealtad política ni la negación a compartir vínculos políticos de naturaleza territorial, ya estemos hablando de un espacio de integración superior a la nación -Europa- o inferior a ella -la nacionalidad o Comunidad autónoma(35).

En segundo lugar, la dimensión nacional del acto constituyente permite referirse al *nacionalismo constitucional*: la Constitución -los valores que proclama, los principios que admite- como referente y condensación del nacionalismo popular; de modo que no es ya el nacionalismo el que justifica la Constitución, sino la Constitución la que cifra o identifica el contenido del nacionalismo.

Si el nacionalismo es el elemento espiritual que unifica la comunidad o pueblo es importante que su referente básico no sea la historia o determinados rasgos étnicos, culturales o institucionales, sino ese soporte de libertad, democracia y respeto de la dignidad humana asumido como decisiones fundamentales en la Constitución(36).

Tal idea del nacionalismo constitucional puede salvar al nacionalismo, liberándolo de tendencias etnicistas y desvinculándolo de las imposiciones de la

historia. La cuestión es si no sobrecarga a su vez a la Constitución al requerir, al parecer, una adhesión cordial, militante (lo que parece inevitable si se la relaciona tan estrechamente con lo que después de todo tiene una evidente dimensión "patética" como es el nacionalismo) que puede poner en peligro las posibilidades integradoras de una visión meramente procesal de la Constitución. Así, ciertamente, es difícil -y peligroso- vincular a fines el ejercicio de los derechos que se refieren a actuaciones de libertad, esencialmente indeterminables, y en el plano jurídico el orden constitucional se conforma con la compatibilidad -que no congruencia- entre la Norma fundamental y las demás. Pero desde un punto de vista político parece difícil desvincular el orden constitucional de la voluntad constitucional, de modo que se entendiera la Constitución exclusivamente como un conjunto de órganos y procedimientos, sin la referencia a requisitos, por decirlo así, espirituales, de compromiso o afinidad constitucionales: si no hay democracia sin demócratas, tampoco puede haber Constitución sin constitucionalismo, entendiendo éste como un compromiso de los agentes políticos y los ciudadanos con los valores constitucionales(37).

La relación entre la Constitución y la soberanía nacional sirve asimismo para reforzar la unidad del Estado como organización política y del ordenamiento como sistema jurídico, lo cual es especialmente importante en un sistema como el nuestro, políticamente compuesto y jurídicamente complejo.

Por ello la afirmación, primero, de la unidad del Estado, en cuanto conjunto institucional, dotado de homogeneidad mínima en todo el territorio y cuyas autoridades en el marco de sus atribuciones atestigüen la presencia individualizada de cierta acción y decisión políticas y, en segundo lugar, del ordenamiento como regulación normativa, a pesar de su complejidad cierta y sistemática y no, respectivamente, de un mero conglomerado político o un *totum revolutum* normativo, no son simples presupuestos o exigencias, antes que nada lógicas, sino la correspondencia de una unidad operante en la base del orden jurídico y político, que en tal unidad refleja su propia homogeneidad. Así la unidad política y jurídica del Estado no es sino la manifestación de la del sujeto cuya voluntad le sirve de base.

B) La actuación del *poder constituyente constituido* tiene en cambio un significado menor desde el punto de vista de la soberanía, pues en este caso no se ejerce un poder originario, ni libre, ni incondicionado.

Se trata, en efecto, primeramente de un poder derivado, pues la capacidad de disponer de la Constitución aunque denota un poder que sólo tiene el soberano procede -no la antecede, como ocurre en el caso del poder constituyente originario- de la Constitución: esta procedencia determina una vinculación constitucional en la operación de la reforma especialmente fuerte en el plano formal, pero que no sólo hay que entender temporal y procedimental, pues al poder constituyente constituido le es dado actuar únicamente por medio de los órganos a los que la Constitución originaria ha reservado el ejercicio de la función constituyente y a través de los procedimientos impuestos al mismo. En efecto también *materialmente* el poder constituyente originario impone límites a su sucesor, de modo que a través de la reforma difícilmente puede acometerse una actividad fundante del orden político y en ningún caso verificarse una rectificación que impida -en la definición o en el funcionamiento del sistema político- seguir considerando democrático al orden constitucional tras dicha reforma. Por ello resulta aceptable *cambiar la Constitución*, introduciendo modificaciones en ella, que pueden tener incluso una pretensión global o general o "total", como dice el artículo 168 de la Constitución española; pero es inasumible, a mi juicio, *cambiar de Constitución*, lo cual no es ejercer un poder de revisión, sino de destrucción de la misma(38).

La incongruencia radical entre un orden democrático y un sistema autoritario

impide deducir jurídicamente éste de aquél, presentando al segundo como la modificación del primero, aunque no se haya interrumpido formalmente el tracto entre ellos, proponiendo una verdadera vinculación mutua. Subrayando esta mera apariencia de continuidad jurídica entre las dos situaciones, deberíamos señalar la imposibilidad de considerar desde un punto de vista jurídico válida la renuncia popular a la libertad, y por tanto constitucionalmente admisible, pues un pueblo que renuncia a la democracia, no decide en libertad, sino que (ya) no es libre para decidir.

Precisamente la conexión con la democracia se plantea al proponerse, en términos jurídicos, la posibilidad de una reforma constitucional que rectificara la organización territorial autonómica, de modo que se reimplantara el sistema centralista o se rebajase el significado político de la autonomía a una simple descentralización administrativa. Evidentemente tal reforma- visto el alcance de su planteamiento- afectaría a las decisiones constitucionales que se adoptan en el Título Preliminar; pero estoy apuntando más allá y señalando que en la medida en que la reforma autonómica pueda relacionarse con la propia condición democrática del Estado estaríamos ante uno de los límites implícitos indisponibles para el poder constituyente constituido, ni siquiera recurriendo al procedimiento de revisión del artículo 168 de nuestra Constitución.

La doctrina constitucional alemana ha deducido del principio del Estado de derecho, precisamente de la variante propiamente constitucional de aquél, un subprincipio que al imponer la eficacia del legislador en el cumplimiento constitucional establece la irreversibilidad de la protección de este tipo(39). Como esta teoría se refiere principalmente a los derechos fundamentales el deber constitucional de que estamos hablando se incumpliría en el caso de que la protección conferida a los mismos, con independencia de sus garantías acentuadas, se rebajase al nivel preconstitucional. Cierto que se trata de un deber del legislador respecto del constituyente, pero podría pensarse que la prohibición de retroceso o *irreversibilidad* habría de obligar especialmente al constituyente. Volviendo al supuesto de los derechos fundamentales, las especificidades formales de la ley orgánica (la exigencia de la mayoría absoluta en el Congreso para su aprobación o modificación) operan precisamente como una garantía de fijeza de determinados contenidos -materialmente de importancia cuasi constitucional-. ¿Por qué no atribuir esa función estabilizadora también a las exigencias procedimentales en la actuación del poder constituyente constituido?(40).

Cierto, con todo, que los procedimientos agravados establecidos al respecto jurídicamente no tratan de impedir la reforma, sino de dificultarla, pero sin predeterminar su significado, de modo que , al menos en teoría, cabría una reforma restrictiva, que no supresora, de las oportunidades democráticas de ejercicio del poder, por más que el escenario político en que ocurriese tal reforma es difícilmente imaginable. Si afirmamos, cosa que hoy nadie dudaría, la determinación descentralizada de la democracia española, una rectificación cualitativa de nuestro sistema autonómico, a la vista de la afectación a la condición democrática de nuestro Estado, sería considerada desde un punto de vista jurídico más una supresión insoportable que una restricción aceptable.

3. Los Estatutos de autonomía como manifestación de una potestad semiconstituyente de las nacionalidades y regiones.

La atribución de su titularidad y la identificación de las manifestaciones extraordinaria y ordinaria del poder constituyente en los términos que han quedado

estudiados ayuda al planteamiento de algunos aspectos de la soberanía especialmente relevantes, habida cuenta del carácter autonómico del Estado: si la soberanía corresponde al pueblo español y ésta se agota en el jercicio de la función constituyente, ¿qué base corresponde a los Estatutos de autonomía en cuanto normas fundantes de los ordenamientos territoriales? Los Estatutos de autonomía, a pesar de su condición derivada y limitada de la Constitución indudablemente tienen una función semiconstituyente, desarrollada no en virtud de la disposición de un poder soberano, que manifiesta un poder político que se afirma primero en el momento originario de la Comunidad -por otra parte, con un significado fundante (o constituyente) de más alcance que el de muchas Constituciones- y se confirma, después, en la indisponibilidad ordinaria de ese orden por quien no sea la Constitución sin su consentimiento y en la capacidad de las Comunidades autónomas de establecer dentro de sus atribuciones una verdadera política propia(41).

Por lo demás este marco conceptual aclarador de la naturaleza de la soberanía y de la base jurídico política de la autonomía, puede ayudar a la comprensión adecuada de problemas como el de los *derechos históricos* u otras manifestaciones -como la reclamación del *derecho de autodeterminación*- que denotasen rastros de soberanía originaria.

Los ordenamientos territoriales no derivan de un poder constituyente propio de las nacionalidades y regiones: su base jurídica es la Constitución, obra sí del único poder soberano que se reconoce en nuestro ordenamiento y que corresponde al pueblo español. Por ello los Estatutos de autonomía -cabeza y fundamento de los ordenamientos territoriales- a pesar de su condición de expresión e instrumento de la autonomía-"paradigma de los instrumentos jurídicos de autogobierno de ésta"- son, en puridad, "fuente heterónoma" aprobada por las Cortes generales como Ley Orgánica(42).

La procedencia última del Estatuto del poder constituyente español -expresión de la soberanía española- y no manifestación inmediata de un poder político originario inexistente, lleva desde luego a considerar como derivada constitucionalmente la autonomía. En efecto, la conexión constitucional del Estatuto se manifiesta primero en la dependencia original del mismo que de la Constitución recibe las condiciones procedimentales de su elaboración con el señalamiento de límites y la imposición de contenidos, a través de la técnica de la reserva; en segundo lugar en la medida en que su interpretación ha de ser, como la de todo el ordenamiento, necesariamente constitucional(43); y, por último, porque una reforma constitucional, observados los límites a la misma derivados de la relación de la autonomía con la democracia, puede inducir la correspondiente modificación estatutaria(44).

Pero la derivación constitucional de la autonomía no puede llevar a olvidar la *dimensión cuasiconstitucional* del Estatuto de autonomía, deducible ciertamente, como vamos a ver, de su función, pero relacionada con su propio fundamento; y apreciable ya en su misma estructura: *parte orgánica y parte*, aunque con limitaciones, *dogmática* , pues no hay derechos fundamentales estatutarios, pero sí hay determinaciones de este tipo que concretan, especificándolos, ciertos derechos constitucionales, especialmente en el caso de los derechos políticos, los derechos de configuración legal, etc.

El Estatuto es una norma cuasiconstitucional en primer lugar en el plano del ordenamiento autonómico, que encabeza y preside, constituyendo verdaderamente a la Comunidad Autónoma que sólo existe como organización política tras su instauración en el Estatuto -contribución ésta fundante de los Estatutos que desde luego no tienen las Constituciones que, de ordinario, presentan en relación con la planta política del Estado más un significado rectificador antes que fundador; los Estados preexisten a las

constituciones, aunque obviamente no son estados constitucionales: están constituidos, pero no tienen una Constitución-.

Y también norma cuasi constitucional desde la perspectiva del propio ordenamiento general: en cuanto integrante del parámetro constitucional opera como canon de constitucionalidad para el propio Estado, cuyas competencias en la medida que el derecho estatal es un derecho residual y supletorio del autonómico, dependen de la atribución de las competencias que las Comunidades hacen para sí en sus propios Estatutos(45).

Pero la intervención de la Comunidad en el ejercicio del poder estatuyente , sea en la elaboración o sobre todo en la modificación del Estatuto, tiene un relieve que no deja de denotar una cierta *potestad cuasiconstituyente* .

En el caso de los Estatutos de régimen ordinario la participación de la Comunidad Autónoma *in fieri* se produce exclusivamente en la fase de elaboración del proyecto; mientras que en el caso de los Estatutos de régimen especial la participación de la Comunidad Autónoma tiene lugar en las fases tanto de elaboración del proyecto como en su tramitación y aprobación con una intensidad (como muestra especialmente el sometimiento del proyecto al cuerpo electoral), que permite en relación con la propia intervención estatal, atribuir a este tipo de Estatutos un cierto carácter paccionado.

Pero la potestad constituyente se manifiesta sobre todo en la modificación estatutaria (lo cual es importante porque la teoría constitucional siempre ha insistido en la capacidad de disposición más que de creación del orden constitucional como marca de estatalidad -véanse Jellinek y Carré- y porque el reforzamiento de las atribuciones de los órganos autonómicos en la reforma de los Estatutos es una decisión de los mismos que resulta indicadora del dinamismo del sistema autonómico, que se funda en la Constitución pero cuya potencialidad depende de las decisiones de las propias Comunidades Autónomas), en donde se percibe especialmente el carácter paccionado de los mismos, lo que es particularmente llamativo en el supuesto de las Comunidades de régimen ordinario cuya escasa potestad estatuyente- hasta el punto de que, aunque impropiamente, se pudo hablar de Estatutos otorgados- ha sido compensada notablemente por una considerable capacidad estatuyente derivada(46).

El caso es que con independencia de la formulación de la propuesta de iniciativa -intra o extra comunitaria- ésta corresponde a la Comunidad Autónoma, lo que posibilita la retirada del proyecto en cualquier fase de su tramitación, garantizándose así que la reforma no puede comenzar sin la adhesión de la Comunidad ni concluir sin su consentimiento. Así está abierta la intervención de la representación autonómica en la tramitación de los proyectos de reforma de Estatutos de régimen ordinario, y ello además tanto en el Congreso como en el Senado. De otro lado, en los supuestos de reforma de Estatutos de régimen especial, la intervención del cuerpo electoral ratifica el correspondiente proyecto de ley orgánica aprobado por las Cortes Generales y no precede por tanto -como ocurría en la aprobación del Estatuto original- al acuerdo parlamentario: simbólicamente se trata de una decisión que completa la formación del proyecto y confiere a la intervención del cuerpo electoral un significado aprobatorio del procedimiento anterior de evidente relieve político.

4. Autodeterminación y derechos históricos como rasgos hipotéticos de soberanía originaria.

La *atribución exclusiva* de la soberanía al pueblo español y su identificación con el ejercicio, ordinario o no, del poder constituyente; y la determinación jurídico

política de la potestad estatuyente de las nacionalidades y regiones encuadran, nos parece, los términos en que puede plantearse correctamente, y con toda brevedad, la problemática del derecho de autodeterminación en nuestro ordenamiento, así como la respuesta que quepa dar a la pretensión del reconocimiento constitucional de algún tipo de soberanía originaria.

Si entendemos por *autodeterminación* la capacidad de decisión soberana de una colectividad territorial sobre su propia forma política, sólo el soberano dispone de esa facultad; pero en nuestro ordenamiento el soberano es el pueblo español en su conjunto y no ninguna fracción, sea definida en términos étnicos, culturales o territoriales, del mismo.

El titular de la soberanía es un sujeto homogéneo, no un *sujeto múltiple* -de modo que cupiese pensar que las colectividades territoriales que lo integran, al participar alicuotamente en la soberanía pueden recuperar su poder político propio, como el socio fundador puede renunciar a sus derechos y abandonar la sociedad en la que hasta ese momento participaba-; pero el titular de la soberanía tampoco es un *sujeto complejo* , o resultante de las incorporaciones separadas de sus integrantes y cuya voluntad se formase por acuerdo de dichos componentes, sino un sujeto único con identidad propia que trasciende y se distingue -sin ser necesariamente diferente y menos opuesta- a la de las unidades que la integran, absorbiendo así el poder político fundamental de la colectividad(47).

En términos teórico abstractos la autodeterminación es una decisión que precede al ejercicio del poder constituyente, pues coincide con la independencia o la secesión y corresponde por tanto a colectividades que forman parte de un determinado sistema político (en el supuesto de la *independencia* en condiciones desiguales, pues las colonias no tienen el *status* politico de la metrópoli; en el caso de la *secesión* compartiendo en principio los derechos políticos de los demás territorios); pero cabría imaginar otros supuestos de autodeterminación, así cuando un Estado se incorpora a otro, o la situación en que integrantes de una Organización internacional decidiesen diluirse en la misma a la que convierten en Estado mientras sus miembros desaparecen como tales.

La autodeterminación tiene una significación nacionalista evidente, y en ese sentido se corresponde, como vimos, con el ejercicio del poder constituyente originario por parte del pueblo: la construcción nacional, con todo, no dependerá sólo del momento fundante de la autodeterminación en cuanto decisión de establecer un orden político propio, sino también del momento constituyente posterior, cuando la comunidad adopte determinada forma política, precisamente la establecida en la Constitución.

Sobre la autodeterminación reflexionaremos exclusivamente desde el plano de la teoria constitucional y el derecho positivo, sin menoscabo, naturalmente, de la admisión de su defensa en el terreno de la vindicación política o su -aunque obviamente no aconsejable- incorporación como derecho, modificando la imagen constitucional de la soberanía(48).

Quiero, entonces, hacer únicamente dos observaciones. La primera en relación con la *titularidad* de la autodeterminación. Como he señalado la decisión sobre la propia forma política normalmente será reclamada por una colectividad territorial; pero podría corresponder también al propio pueblo-nación, si éste decidiese renunciar a su organización estatal actual y formar un nuevo Estado en el que el presente quedase diluido. Admitida esta posibilidad (lo cual no es muy difícil de aceptar: los Estados no son estructuras "naturales" , necesariamente eternas, sino productos culturales, adaptados a las necesidades políticas, que pueden cambiar, de sus pueblos respectivos,

y, por tanto, desde este punto de vista se trata de formas políticas históricas), la cuestión sería exigir que la autodeterminación fuese la consecuencia de una decisión explícita en un sólo acto; de modo que la renuncia a la forma estatal resultase de un acuerdo expreso, asumido consciente y voluntariamente por la colectividad y no el punto final de un proceso de desapoderamiento efectivo del Estado de aquellas facultades que permiten hablar de la capacidad soberana para actuar como una verdadera unidad de acción y decisión políticas.

Lo que es obvio es que el supuesto de autodeterminación (*autoliquidación*) de que estamos hablando no es realizable mediante reforma constitucional(49), de modo que en puridad nos volvemos a encontrar con la distinción entre autodeterminación y poder constituyente: las Constituciones no crean los Estados, que normalmente las preceden y no surgen de ellas -aunque un Estado puede como *estado* , como sociedad política efectiva, no meramente ideada, coincidir con el surgimiento de la Constitución-; tampoco los Estados desaparecen por reforma constitucional, aunque una reforma constitucional pueda constatar esa desaparición. Se muestra así , una vez más, la limitación de la reforma como institución constitucional, destinada a preservar no a destruir la Constitución(50) : la reforma no puede consistir en la renuncia de poderes fundamentales del Estado; y naturalmente si esto es así mucho menos cabría la cesión de estos poderes en virtud de la actuación de la previsión constitucional de transmisión de competencias del Estado a que se refiere, en el ordenamiento español, nuestro artículo 93(51).

Por tanto la decisión sobre la desaparición del Estado es un verdadero supuesto de autodeterminación, que es ciertamente una manifestación de soberanía, pero que no puede identificarse con el ejercicio de poder constituyente: liquidar un orden político no es configurarlo y el poder constituyente decide sobre un Estado -dándole la forma política correspondiente- pero no lo crea. Por tanto las decisiones sobre el origen y el fin de la sociedad política -aunque coincidan en ofrecer aspectos de afirmación nacionalista- no son actos equiparables a las decisiones que se refieren a la configuración política o su modificación(52) . Recordemos además que la autodeterminación de que estamos hablando se trata de un supuesto a cargo no de una comunidad étnico-territorial sino del propio pueblo nación.

La segunda reflexión pretende explicar el *no reconocimiento* del derecho de autodeterminación en el constitucionalismo que conocemos, resultante, de una parte, como ocurre en el caso español, de la caracterización homogénea- no plural ni compleja , en los términos que vimos- del pueblo nación que es el titular de la soberanía; pero también de la imposibilidad de construir un orden político efectivo sobre la base del reconocimiento del derecho de autodeterminación, de modo que en ordenamientos como el nuestro cupiese la sujeción territorial consentida y -por ello - revisable.

El reconocimiento constitucional de la autodeterminación cuestionaría la homogeneidad del pueblo español como único sujeto de soberanía, que integra , pero en un plano previo, a diferentes colectividades territoriales, de modo que la actuación de éste es independiente -no enfrentada ni necesariamente diferente- de los intereses y perspectivas de tales colectividades. Se confirma así la residencia originaria de la soberanía en la nación española, sin que quepa, por tanto, deducirla a partir de voluntarias entregas, fruto de su autolimitación, de los diversos pueblos de España, que recortarían sus poderes originarios en aras de la unión del conjunto, pero que podrían recuperar, pues no hubo renuncia sino incorporación condicionada y eventualmente revisable en un momento ulterior.

Una base política con un pluralismo entendido tan radicalmente haría muy difícil el funcionamiento eficaz del Estado, que es un orden político que para desarrollar

cabalmente sus tareas de integración y ordenación política requiere de un horizonte de seguridad y permanencia. Sin duda la aceptación de una reserva de soberanía en favor de las colectividades étnico-culturales afectaría gravemente a la viabilidad del sistema político.

Parece, entonces, que sólo un orden político estable es capaz desde un punto de vista institucional de garantizar la observancia a sus mandatos y realizar sus funciones de integración política de modo permanente. La secesión como opción abierta, al quebrar la continuidad institucional reduciría, por decirlo así, el crédito espiritual del Estado, disminuyendo su eficacia como aparato coactivo y como espacio de integración, renunciando a una legitimación política que es condición de su propia existencia.

El mismo punto de partida- la atribución *in toto* de la soberanía al pueblo español- cierra la puerta a una concepción de los *derechos históricos* , que viese en su reconocimiento por la Constitución la aceptación tácita por ésta de signos de una soberanía anterior a ella, que pudiese resurgir haciendo valer pretensiones que por tener su justificación en un plano extra constitucional no hubiesen de respetar la exigencia de su congruencia con la Norma Fundamental.

Naturalmente el rechazo de la dimensión soberanista de los derechos históricos no priva de significado a su reconocimiento. El mismo denota una apertura histórica de nuestra Constitución, verdaderamente peculiar (lo cual no tiene una trascendencia exclusivamente tipológica, pues la veta historicista constitucional ofrece un relieve legitimador de considerable importancia). Desde luego toda Constitución incorpora conceptos o categorías configurados históricamente, incluso, como veíamos, en un grado que permite hablar de una cierta inercia constitucional, pero las Constituciones, aunque ideadas con el patrón de la ley natural, por tanto con virtualidades explicativas así como predictivas, surgen de un momento revolucionario, orientado al futuro, negador o rectificador radicalmente del pasado.

La dimensión historicista de nuestra Constitución no se capta, según anticipábamos, considerándola una especialidad tipológica, antes bien apunta a una pretensión legitimatoria evidente. Si jurídicamente la Constitución es la base o fuente de validez exclusiva del ordenamiento, entonces los derechos históricos, consistan en lo que consistan, se determinen en virtud del procedimiento que sea, reposan exclusivamente en su fundamento constitucional (lo que es una afirmación necesaria para entender la subsistencia en el sistema conceptual de un *fragmento jurídico* de otro tiempo, así como para entender el contenido, y la protección de dichos derechos, cuyo alcance queda determinado constitucionalmente, a partir de su integración en nuestra Norma Fundamental). Pero este reconocimiento constitucional (si se contempla el reverso de la medalla, la otra cara, por decirlo así, del *foralismo constitucional*)
refuerza -en términos efectivos- la legitimación de la Constitución: la adecuación de la misma a las necesidades de la colectividad, ingrediente necesario de la voluntad constitucional (de las *ganas* de Constitución), sin la cual la Constitución, a pesar de sus posibles méritos técnicos, no sería aceptada por los menos en el País vasco(53).

Esta imbricación del régimen foral determina, en términos jurídicos, la base del mismo- decíamos antes- y también sus límites: si se trata de una institución constitucional ello quiere decir que las posibilidades de la misma no pueden entenderse al margen de la Constitución y mucho menos contra ella, de modo que determinados desarrollos forales procurasen la ruptura anticonstitucional , legitimando un ejercicio de soberanía originaria que no cabe en la Constitución, o instando a un funcionamiento exorbitante de las instituciones vascas, que rebasase, al no tener en cuenta otras decisiones constitucionales, su verdadero apoderamiento competencial, produciendo así

una mutación constitucional inconstitucional(54).

Sin embargo la Constitución no sólo limita al régimen foral: en realidad lo refuerza. El régimen foral a partir de su reconocimiento constitucional supera el status tradicional del mismo, en cuanto sistema político efectivo, de base sobre todo consuetudinaria, aunque con una consideración material cuasi constitucional, al menos para los vascos. La incorporación constitucional expresa por primera vez del régimen foral eleva el rango jurídico de su base y el fundamento político del mismo, ya no sólo la voluntad de los vascos sino de todo el pueblo español que lo ha hecho objeto explícitamente de su decisión constitucional.

Se trata ya, por tanto, de un sistema integrado en la Constitución y defendido a través de los instrumentos de protección de ésta, porque la vulneración estatutaria o foral, fuese cual fuese su autor, es también una lesión constitucional, cuya apreciación y remedio corresponde como en el caso de cualquier otra infracción constitucional al Tribunal Constitucional(55).

La imbricación constitucional religa el régimen foral no sólo con la Norma fundamental sino con el Estatuto vasco, en cuyo marco ha de llevarse a cabo su actualización (Disposición adicional, ap. 1º). En efecto el reconocimiento de la especificidad foral es una *supergarantía* de la autonomía vasca, en cuanto contenido necesario (y mínimo) de la misma, un sustrato conformado históricamente y cuyo alcance se determina de acuerdo con la técnica de la garantía institucional (entendido en sus aspectos organizativos o competenciales como un "régimen de autogobierno territorial en el que quepa reconocer el régimen foral tradicional de los distintos territorios históricos"-STC 76/1988-) y que actualiza el Estatuto de acuerdo con las necesidades presentes.

V. Algunas manifestaciones ordinarias de la soberanía que aseguran el funcionamiento del Estado autonómico como unidad institucional y verdadero orden jurídico.

Las manifestaciones de la soberanía no pueden circunscribirse al momento fundante del Estado, cuando se ejerce la voluntad constituyente, sino que se prolongan ya en el propio funcionamiento del Estado, posibilitando su actuación como unidad de acción y decisión política: es, como veíamos, la referencia estatal la que impone irremisiblemente la obediencia al poder público, cuya voluntad expresada por el órgano constitucionalmente competente es imputable jurídicamente al Estado.

Repárese en que los órganos del Estado no disponen de soberanía, sino de competencias, esto es, poderes tasados, en el sentido de limitados y preestablecidos: pero la justificación de los mismos, afectando a su fundamentación y a la base en virtud de la que se obedecen sus mandatos, sí remite a la soberanía.

El Estado como organización política (cuya individuación se realiza de acuerdo con una determinada línea política y cuyos conflictos internos han de resolverse, afirmando incontestablemente la paz jurídica) se remite a la decisión soberana de la comunidad. Sus órganos en cierto modo recomponen dicha soberanía, a través de actuaciones concretas y limitadas, cuya justificación sólo adquiere sentido como momentos de la acción estatal.

La afirmación del Estado descansa en dos condiciones. En primer lugar depende de la aceptación en la sociedad de la necesidad de un poder público. En efecto la imposición del orden político sólo es posible si se supera un estadio de anarquía y conflicto político al imponerse *supra partes* un poder público. Reiteramos así una comprensión efectiva o realista del Estado, que nunca es un orden dado o meramente

propuesto, sino, antes que nada, un orden efectivo en el que la conducta política y la integración simbólica de los ciudadanos se corresponde, de ordinario, con los mandatos jurídicos y las propuestas de incorporación política y cultural del sistema.

El orden político debe, en segundo lugar, ser eficaz. Ello plantea el problema de las competencias que el Estado necesita para afirmarse como unidad de acción y decisión. La cuestión no parece hoy en día soluble en términos tradicionales, reservando al Estado exclusivamente competencias coactivas: la utilización o amenaza de la fuerza denota poder público, pero no necesariamente poder estatal. Cuando el Estado español ejecuta una sentencia del Tribunal de Justicia europeo o cuando la policía vasca procede a una detención o realiza un embargo se está ante manifestaciones inexorables de poder público,ya haya adoptado el órgano estatal la decisión, delegue su ejecución o le corresponda la mera aplicación de la misma.

La cuestión será impedir que el Estado como unidad política global no renuncie a competencias sin las cuales no sea posible la individuación política de la comunidad, de modo que, hacia afuera, quedan excluidas cesiones de soberanía (a distinguir de la transferencia o delegación de competencias) que afecten a la permanencia del Estado como unidad política y su capacidad para actuar en tal sentido(56). En el orden interno habrá de asegurarse, en términos normativos y efectivos, un reparto competencial que permita la recomposición de la unidad tras la fragmentación -que no fraccionamiento- político y jurídico propio del Estado autonómico.

En relación con lo anterior, la consideración del aseguramiento de la unidad institucional del Estado afirmada en primer lugar, en términos necesariamente drásticos, hacia afuera a través del monopolio de la representación internacional de España por el Estado central (lo cual naturalmente no tiene por qué impedir una intervención de las Comunidades Autónomas en asuntos internacionales, se trate de actividades de relevancia o de promoción inernacional; previéndose en concreto, al contrario, el protagonismo en la fase ascendente en la Unión Europea que les reconoce la ley 2/1997 reguladora de la Conferencia para asuntos relacionados con las Comunidades europeas) nos llevaría al estudio de instrumentos de articulación institucional- sobre todo el Senado- considerando las manifestaciones concretas de su dimensión territorial, pero mostrando sobre todo ,en ese sentido, las deficiencias de la Cámara- no obstante las posibilidades abiertas por su definición constitucional al respecto- y las causas de las mismas, de carácter no sólo jurídico, así como las posibilidades de su rectificación(57) .

En el terreno político la unidad institucional depende también de la representación simbólica de la misma, a considerar no sólo a partir de las exigencias normativas en relación con la exposición simultánea y preferencia en el rango de signos y banderas y el orden de protocolo de las autoridades del Estado, sino teniendo en cuenta la integración efectiva de las culturas nacionales en el marco cultural común- así, observancia efectiva del bilingüismo, tanto por las autoridades del Estado central como por las de las Comunidades Autónomas-, representación plural de la cultura política española, pero construcción de las culturas nacionales sin exclusiones del acervo común por medio del ocultamiento de su significación en el conjunto español, y mucho menos pretendiendo su afirmación contra el mismo, etc.

En cualquier caso la unidad política del Estado no es función sólo de una suficiente articulación (estática) de las instituciones , sino de la actuación de éstas teniendo en cuenta su posición respectiva en el marco de integración común: me refiero naturalmente a la *lealtad constitucional*, como contexto espiritual necesario del funcionamiento correcto del Estado autonómico, y principio cuyo *haz* impone a las Comunidades Autónomas en su actuación un comportamiento que tenga en cuenta los

intereses del conjunto, sin incurrir en una maximización de sus intereses que bloquee el sistema; y cuyo *envés* exige del Estado central una actuación respetuosa del pluralismo constitutivo de España y leal al alcance verdaderamente político de la descentralización.

En el terreno jurídico la unidad estatal se plasma en diferentes exigencias al ordenamiento, como sistema normativo, ciertamente plural, pero articulado de acuerdo con determinadas pautas de homogeneidad e integración , cuya observancia , como no podía ser menos, ha encarecido la doctrina del Tribunal Constitucional. Nos estamos refiriendo a la producción normativa según el reparto competencial constitucional, actuando además sobre un sistema ensamblado ordinariamente, de modo preferente, sobre el instrumento de la legislación básica y extraordinariamente a través del juego del principio de supletoriedad, mecanismos cuya caracterización sólo, como es obvio, puede tener aquí una mínima referencia.

En nuestro sistema el título competencial concreto ordinario para intervenir en una materia deriva directamente de una *ley básica del Estado central* que ha de ser desarrollada sobre tal ámbito compartido por la Comunidad autónoma. Estamos así ante un tipo normativo que da un extraordinario juego en la teoría constitucional: se trata de un supuesto de colaboración normativa entre el ordenamiento central y los autonómicos, que ha de posibilitar el ejercicio de dos políticas, como líneas de decisión propias sobre los intereses de las respectivas comunidades, de modo que la ley básica estatal se prolonga en la ley autonómica de desarrollo, que no es, como ocurre con el reglamento, ejecución de otra norma anterior; y se trata de un tipo que denota ese carácter dinámico del ordenamiento a que nos hemos referido ya con anterioridad: así el Tribunal Constitucional con el tiempo pasa de una concepción material de la ley básica a una formal, como es sabido. Pero la ley básica es el instrumento de articulación normal entre el ordenamiento general y los autonómicos(58).

Excepcionalmente habrá de entenderse esa articulación sobre el *principio de supletoriedad*: expresión de la integración, superior o en última instancia, en el Estado autonómico, pero que ha de rechazarse como título autónomo competencial y que, una vez generalizado un equipamiento competencial homólogo de todas las Comunidades Autónomas (lo que vuelve a poner de manifiesto el completamiento dilatado en el tiempo del Estado autonómico o, visto desde otra perspectiva, su condición dinámica), sólo podrá operar tras el intento de integración del propio derecho autonómico(59).

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

(1) G.Jellinek, Teoría del Estado, Buenos Aires 1970, pag. 327.

(2) En el sentido en que utilizo el término en Las Bases Constitucionales del Estado Autonómico, Prólogo, Madrid 1998. El lector disculpará las frecuentes remisiones en este estudio a otros trabajos míos anteriores, dada la naturaleza del objeto presente, con múltiples manifestaciones en la problemática de nuestro Estado autonómico y de evidente trascendencia en la teoría constitucional.

(3) Véase mi trabajo Principialismo y Orden Constitucional, "Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid", nº 2. También mi intervención en la reunión de los "Quaderni Fiorentini", dirigida por Paolo Grossi y organizada por Clara Alvarez, de próxima aparición .

(4) Trabajo citado anteriormente, Principialismo y Orden Constitucional , "Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid", nº 2.

(5) M. Kriele, Introducción a la Teoría del Estado, Buenos Aires 1980, págs 52 y sgtes.

(6) Véase la voz de N. Matteucci , Dizionario di Politica , Torino 1976, pag. 975. Véase , asimismo, el clásico trabajo de M. Garcia Pelayo, "La idea medieval del Derecho", en Del mito y de la razón en el pensamiento político, Madrid 1968. M. Aragon, voz "Soberanía" en Enciclopedia Jurídica Civitas, Madrid , 1995. L.M. Diez Picazo, Europa: Las insidias de la soberanía, "Claves de Razón Práctica" , nº 79, 1998.

(7) "El poder en Bodino- ha escrito acertadamente G. Silvestri - no es ilimitado porque se ejerce sólo en la esfera de lo público, ni puede invadir el ámbito de lo privado sin traicionar su misma razón de ser histórica y jurídica; y no encuentra en sí mismo su legitimación, que se encuentra en las *leges imperii*, que preexisten al soberano y contienen las reglas sobre cuya base el soberano mismo ha adquirido su poder y son inmodificables por él". La parabola della sovranitá. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto, en "Rivista di Diritto Costituzionale", nº 1, Turín, 1996.

(8) Bella expresión de Carré que recuerda M.Luciani en su trabajo L ´Antisovrano e la crisi delle costituzioni, en el mismo (espléndido) número de la "Rivista" citado, pág. 149.

(9) J.Isensee, "Staat und Verfassung" en Isensee y Kirchhof (eds) , Handbuch des Staats Rechts, II, Heidelberg, 1987, pags. 618-619. Asimismo A.J. Gomez Montoro, El conflicto entre órganos constitucionales, Madrid, 1992.

(10) Es así muy importante el esfuerzo de Jellinek por superar la idea del Estado como poder jurídicamente ilimitado: el Estado no puede prescindir del derecho, como orden que también le obliga a él, pues el derecho estatal no consistiría en proposiciones vinculantes para los ciudadanos si no lo reconociesen como obligatorio los propios órganos del Estado, de modo que la constitución limita al Estado necesariamente, sin afectar a su soberanía.

La limitación es compatible con la soberanía cuando hablamos exclusivamente de autolimitación; esto es, a la postre, imposibilidad de aceptar un orden constitucional no propio. G.Jellinek, op. cit .pag. 361.

(11) E.García de Enterría, Revolución francesa y Administración contemporánea, 4ª edición, Madrid, 1994.

(12) La construcción efectivamente brillante sobre la actuación episódica y a la vez omnipotente de la soberanía por el poder constituyente revolucionario en Luciani, op. cit., pág. 142 y sgtes.

(13) Sobre las relaciones entre el constitucionalismo y la idea de Constitución se insiste en mi trabajo citado *supra*, Principialismo y Orden constitucional.

(14) K.Stern, "Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte", en Isensee y Kirchhof (eds.) Handbuch des Staatsrecht , Heidelberg ,1987, págs. 25 y sgtes.

(15) Luciani, op. cit., pag. 152.

(16) Véase mi trabajo "Los rasgos constitucionales del Estado compuesto", ahora en Las Bases constitucionales del Estado Autonómico.

(17) H.Heller, Teoría del Estado, pags. 246 y sgtes., México 1963.

(18) Véase, no obstante , sobre el protagonismo internacional de los *länder,* A. Lopez Castillo, Constitución e integración, Madrid 1996, pag. 249 y sgtes.

(19) Véase mi trabajo Los principios de igualdad y simetría en el debate constitucional sobre el estado autonómico, ahora en Las Bases constitucionales...

(20) Herzog, "Die Verfassungsentscheidung für den Bundesstaat" , en su Comentario al artículo 20 de la Grundsgesetz. Contribución al Grundgesetz. Kommentar 1958-1985; Hesse Konrad, Der unitarische Bundesstaat, (1962), en sus Ausgewälte Schriften ,Heidelberg, edición de 1984 ; Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg, 1984; O. Kimminich, "Der Bundesstaat", en Isensee y Kirchhof (eds.) Handbuch des Staats Rechts , II, Heidelberg ,1987; K. Stern " Das Bundesstaatliche Prinzip" en Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Munich, 1984.

(21) Isensee , "Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz", pags. 554 y sgtes. Isensee- Kirchhof (eds), Handbuch des Staatsrechts, vol. IV, Heidelberg, 1990.

(22) Sobre el positivismo jurídico, para nuestros propósitos, F. Gonzalez Vicén, "El positivismo en la filosofía del Derecho Contemporáneo", "Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo" y "Sobre el positivismo jurídico" , trabajos editados en Estudios de Filosofía del Derecho, La Laguna, 1979.

(23) En un genuino Estado federal democrático, según venimos insistiendo, la soberanía corresponde exclusivamente al pueblo, que para su ejercicio se organiza en Estado, cuyos órganos por ello disponen de competencias derivadas y limitadas en la Constitución. "El poder de dominación delegado en el Estado- cuasi fiduciariamente- no es un poder único e ilimitado o no derivado de otro titular de la soberanía, sino al contrario, un poder de dominación mediato, derivado del pueblo, a través de una actuación constituyente y limitada por la Constitución". S. Oeter, "Souveränität und Democratie als Probleme in der 'Verfassungsentwicklung' der Europäischen Union" en Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht un Völkerrecht 55(1995) , pág. 676.

(24) Información sobre los alineamientos doctrinales en el trabajo citado *supra* de Oeter; asimismo M. Garcia Pelayo, Derecho Constitucional comparado,pag. 220 y sgtes., Madrid, 1964.

(25) Véase mi trabajo "Paz, Democracia y Nacionalismo" en Cuadernos de Alzate nº 18.

(26) Naturalmente estoy hablando de la situación del Pais Vasco como problema constitucional español. Véase el trabajo citado en la nota anterior.

(27) Véase J.Isensee, "Staat und Verfassung" en Isensee y Kirchhof (eds), Handbuch des Staats Rechts, II, Heidelberg, 1987, pag. 621.

(28) Art 1. ap. 2 de la Constitución : " La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado."

(29) F. Rubio Llorente, "Minorías y mayorías en el poder constituyente", Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario nº 3. 1991.

(30) De otro lado la yuxtaposición del reconocimiento de la residencia popular de la soberanía y el calificativo nacional para la misma se produce también en diversos textos del constitucionalismo francés o de ordenamientos de su influencia. Ver mi "Nación, Nacionalidades y Autonomías en la Constitución de 1978", ahora en Las Bases constitucionales del Estado Autonómico.

(31) Véase Las Bases constitucionales del Estado Autonómico , pags 232 y sgtes.

(32) J.Varela Suanzes, Algunas reflexiones sobre la soberanía popular en la Constitución española, "Revista Española de Derecho Constitucional", nº 36 , pág. 71 y sgtes. (1992).

(33) G.Jellinek, op. cit., pág. 361.

(34) Véase J.Isensee, "Staat und Verfassung", en Isensee y Kirchhof (eds) , Handbuch des Staats Rechts, II, Heidelberg, 1987, pag. 601. La pugna entre la visión, optimista e ingenua, normativa del liberalismo y la idea tradicionalista de Constitución, está reflejada en términos inolvidables en M.Garcia Pelayo, Derecho Constitucional Comparado, pags. 33 y sgtes.

(35) Bases, pág. 114.

(36) Según los conocidos planteamientos de J.Habermas, especialmente en Identidades nacionales y postnacionales, Madrid 1994 y Ensayos políticos ,Barcelona 1994, glosados muy sugerentemente por M. Rodriguez Fouz en "Los duelos de la memoria", Cuadernos de Alzate, nº 18.

(37) En términos jurídicos es muy difícil transponer la visión procesal de la Constitución, aunque las relaciones entre Constitución y ordenamiento no pueden entenderse exclusivamente con la idea de límite, consustancial a dicha visión formal. Desde un punto de vista político e institucional, la Constitución es más que regla de procedimiento para la Comunidad, aunque en los supuestos concretos una actuación salve su licitud si no es constitucionalmente incompatible aunque pueda haber otras conductas más congruentes o conformes con la Constitución. Pero el orden constitucional perecerá si la actitud predominante en la sociedad es la de mero *acatamiento* y no verdadero *respeto* constitucional. Véanse mis reflexiones sobre la relación jurídica entre Constitución y ordenamiento, "Principialismo y Orden Constitucional", y sobre la vinculación institucional y política del orden constitucional y la Norma fundamental en el Prólogo a Las Bases...

(38) Véanse mis consideraciones sobre la reforma constitucional en "Principialismo y Orden Constitucional".

(39) R. Herzog "Die Verfassungsentscheidung für die Gewaltenteilung " en Comentario art. 20, Maunz-Dürig, Grundgesetz Kommentar, 1958-1985.

(40) Me hago eco aquí de un interrogante que P.Biglino hizo en relación con la existencia del límite del respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales para el poder constituyente constituido, con ocasión del (animado e interesante como todos) coloquio subsiguiente a mi exposición en el Seminario de Sedano de 1998 sobre la incompletud constitucional por insuficiencia o por indeterminación.

(41) La *autonomía* , según el Tribunal Constitucional, es un poder limitado, propio de las Nacionalidades y Regiones para la gestión de sus propios intereses, diferente de la *soberanía* que corresponde al Estado en cuanto organización política común de toda la Nación española (STC 4/1981). La autonomía política es cualitativamente superior a la administrativa que corresponde a los Entes locales y consiste en potestades legislativas y de gobierno establecidas en el Estatuto (STC 25/1985). El ejercicio de su autonomía le permite a una Comunidad la orientación de su gobierno en función de una política propia, o sea, asumir una dirección política específica (STC 35/1982).

(42) STC 56/1990.

(43) Según la STC 18/1982 , en efecto, la interpretación del Estatuto como del resto del ordenamiento jurídico, ha de realizarse de acuerdo con la Constitución, que de este modo no agota su virtualidad en el momento de aprobación del referido instrumento.

(44) Los Estatutos de autonomía proceden de la Constitución no sólo en el sentido que suceden temporalmente a la misma, al ser prevista por ésta su existencia, sino en el sentido de que han de adecuarse - en los términos materiales y formales que se comentan *supra* - a la Constitución, o ser conformes, y no sólo compatibles con ella.

(45) Sobre estas dos dimensiones constitucionales del Estatuto, y en general sobre los problemas de su caracterización como fuente del ordenamiento, véase mi trabajo "Estado autonómico y sistema de fuentes a la luz de la jurisprudencia constitucional", ahora en Las Bases constitucionales del Estado Autonómico. También naturalmente el libro de C. Aguado El Estatuto de autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico, Madrid, 1996.

(46) Que ha estudiado penetrantemente M.Aragón, en su Voz, "Reforma de los Estatutos de Autonomía", Enciclopedia Jurídica Civitas Madrid , 1995.

(47) J. Prieto de Pedro, Cultura, Culturas y Constitución, Madrid 1992.

(48) J.J.Solozábal, "Nacionalismo vasco y Autodeterminación" , ahora en Las Bases constitucionales del Estado autonómico.

(49) D. Murswiek, Maastricht und der Pouvoir Constituant, "Der Staat", nº 2, 1993, y U. di Fabio, Der Neue Art. 23 des Grungesetzes, ibidem.

(50) P. de Vega, La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente, Madrid 1985.

(51) Véase A.Lopez Castillo, in toto, Constitución e Integración, Madrid, 1996.

(52) Queda así clara la diferencia entre poder constituyente y autodeterminación; con todo estas dos figuras no sólo se encuentran vinculadas por su referencia nacionalista y una conexión temporal derivada de su, normalmente, ejercicio sucesivo, pues en realidad la autodeterminación acaba teniendo siempre consecuencias constituyentes. La significación constituyente de la autodeterminación, plantea, quizá exigencias, sino cualitativas en cuanto a la caracterización de su naturaleza -insistimos en que una cosa es la autodeterminación y otra la actuación constituyente- sí referentes a su ejercicio. Por ello no son descaminadas dos importantes observaciones hechas al respecto por el Tribunal Supremo de Canadá en relación con la autodeterminación de Quebec: la autodeterminación requiere de una clara voluntad o de un amplio apoyo electoral (también las actuales Constituciones reposan de ordinario en una amplia base consensual) y su ejercicio no es sólo una cuestión del territorio a separarse.

(53) Hay que repetir una vez más que el éxito del Estado constitucional no depende obviamente de la excelencia técnica de la Constitución. El orden constitucional no puede sostenerse desde sí mismo ni su justificación puede hacerse exclusivamente en base a la consideración de la excelencia o rigor técnicos, sino de la convicción de su adecuación, más allá de sus carencias o insuficiencias, para establecer el orden político que la colectividad necesita.

(54) La anticonstitucionalidad supondría una oposición especialmente fuerte a la Constitución, con una voluntad de su quebrantamiento o liquidación: en un Estado democrático tal calificativo normalmente no corresponderá a las normas y actuaciones de las autoridades. La oposición a la Constitución de tales normas o actos será reputable como mera inconstitucionalidad o incompatibilidad constitucional. La calificación de anticonstitucionalidad convendrá por ello casi siempre preferentemente a conductas o comportamientos, normalmente de elementos (reaccionarios o revolucionarios, esto es, por lo común, de reaccionarios sedicentemente revolucionarios) antidemocráticos o antisistema.

(55) Véase el trabajo citado de "Cuadernos de Alzate", nº 18. También mi Estatuto vasco y orden constitucional, "Cuadernos de Alzate", nº 17.

(56) No otros parecen ser los límites a la integración de los Estados en unidades políticas como las Comunidades europeas, a interpretar correcta y no suspicazmente, como parecen apuntar, especialmente en su fundamentación , algunas decisiones de altas instancias jurisdiccionales nacionales (como el Tribunal Constitucional alemán o el Consejo Constitucional francés) en relación con las modificaciones constitucionales necesarias tras el Tratado de Maastricht.

(57) Véase mi trabajo sobre "La Reforma constitucional del Senado", ahora en Las Bases constitucionales del Estado Autonómico.

(58) STC 69/1988 y STC 147/1996. Sobre esta clase de legislación es, valga la redundancia, básico el trabajo de J.Jimenez Campo, ¿Qué es lo básico? Legislación

compartida en el Estado autonómico, "Revista Española de Derecho Constitucional" , nº 27, 1989.

(59) STC 123/1984. STC 118/1996. Sobre la problemática de la supletoriedad , por todos, el comentario jurisprudencial de F.Caamaño, ¿Tiene el Estado una competencia legislativa universal? en "Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario", nº 9. P. Biglino, La cláusula de supletoriedad: una cuestión de perspectiva, en "Revista Española de Derecho Constitucional" , nº 50, 1997.

SOBERANÍA CONSTITUCIONAL E INTEGRACIÓN EUROPEA

Benito Aláez Corral

Introducción. I. La "positividad" y la "autorreferencialidad" como aspectos positivo y negativo, respectivamente, de la soberanía del sistema jurídico: su trascendencia respecto de la integración europea. 1. El aspecto positivo de la soberanía: la "positividad" como condición funcional de la validez del sistema jurídico. La "positividad" del ordenamiento comunitario dentro del ordenamiento nacional. 2. El aspecto negativo de la soberanía: la "autorreferencialidad" como condición funcional de validez del sistema jurídico. La necesaria dependencia del ordenamiento comunitario del nacional. II. La "soberanía estatal" (staatliche Souveränität) como "soberanía constitucional" (Verfassungshoheit). 1. "Estatalidad" y "soberanía" como un único concepto jurídico. 2. La primacía del ordenamiento jurídico estatal. 3. "Soberanía constitucional" e interpretación "constitucionalmente adecuada". A) Disolución de la soberanía constitucional en el ordenamiento internacional. B) Soberanía exclusiva de la "Supra-constitución material". C) Soberanía plena de la "Constitución formal". III. "Estatalidad", reforma constitucional e integración europea. IV. Principio democrático, reforma constitucional e integración europea.

Introducción.

El proceso de construcción de una entidad política europea, que, tras la conclusión del Tratado de la Unión Europea celebrado en Maastricht en 1992 (en adelante TUE) y su reforma por el Tratado de Amsterdam de 1997(1), se encuentra en uno de sus puntos críticos, apareció desde un primer momento ligado a una paulatina transmutación del concepto político de soberanía del Estado, manejado desde los albores del siglo XVII hasta la segunda mitad de este siglo. Aunque inicialmente esa mutación no se manifestase con toda su virulencia -y algunas de sus manifestaciones , como la crisis de la silla vacía, se intentasen atajar de forma radical-, hoy, tras la creación de la Unión Europea (en adelante UE) ya no cabe duda alguna de que la soberanía de los Estados miembros, no ya política sino principalmente jurídica, se ve determinantemente afectada por el proceso de integración Europea hasta cotas en un principio poco imaginables. De ahí que se haga necesaria una reflexión, por somera que sea, sobre las consecuencias que tiene respecto de la soberanía estatal y, en particular, como veremos, respecto de la soberanía constitucional, el proceso de integración europea.

En este sentido, el debate teórico tanto en la jurisprudencia constitucional de los países miembros de la Unión Europea(2), como en la doctrina científica, principal aunque no exclusivamente la nacida a la luz de la BVerfGE 89, 155, se ha centrado de forma más o menos abierta en dos núcleos temáticos muy concretos: la preservación de la soberanía estatal y el respeto al principio democrático(3).

A nuestro entender, estos dos núcleos temáticos, si bien no reflejan conceptual ni dogmáticamente los auténticos contenidos de la soberanía en un sentido jurídico, sí ponen de relieve, como veremos, la influencia que la interrelación entre el ordenamiento estatal y el comunitario produce sobre estas calificaciones del ejercicio de la soberanía, comúnmente asumidas por los ordenamientos estatales en sus normas supremas, lo que hace necesaria su consideración.

Estas reflexiones teóricas, no son, sin embargo, elucubraciones meramente hipotéticas de ingeniería constitucional, carentes de trascendencia práctica para la vida del ciudadano. Determinar en qué consiste la soberanía y en qué medida se ve jurídicamente afectada ésta o algunas de las calificaciones de su ejercicio aquí referidas,

puede convertir (en el plano meramente lingüístico, claro está) en lícita o ilícita una disposición normativa comunitaria aplicable directamente a un ciudadano y que afecte a alguno de los ámbitos de libertad de éste, constitucionalmente garantizados.

La forma jurídica «Constitución», en aquellos ordenamientos estatales en que existe(4), es la cúspide de un sistema normativo, el jurídico; sistema normativo caracterizado por dos rasgos interdependientes entre sí: su «*positividad*» y su «*autorreferencialidad*», condiciones funcionales de la existencia diferenciada del sistema jurídico en el sistema social global. De ahí, que en torno a estos dos conceptos y a su traducción a nivel constitucional gire la soberanía jurídica de un ordenamiento y, por consiguiente, hayan de definirse los límites, si es que los hay, al proceso de integración europea.

Tanto el Tribunal Constitucional Federal Alemán (en adelante BVerfG), principal aunque no exclusivamente en la BVerfGE 89, 155, como el Consejo Constitucional Francés (en adelante CC), en sus tres decisiones sobre el Tratado de Maastricht (Decisiones 92-308 de 9.04.1992; 92-312 de 02.09.1992; y 92-313 de 23.09.1992), pusieron sobre la mesa los tres grandes problemas que se plantean en el Derecho constitucional actual en torno a la influencia del proceso de integración europea sobre la soberanía de los Estados miembros. El primero se halla íntimamente vinculado a la relación entre las normas comunitarias y las normas constitucionales estatales, y hace referencia al *mantenimiento de la soberanía de la Constitución,* lo que implica su preservación como norma jurídica suprema respecto de toda norma jurídica con pretensiones de aplicabilidad en su ámbito normativo. Para su solución es preciso, en primer término, desentrañar el significado del concepto soberanía en un sistema jurídico caracterizado por su «*positividad*» y su «*autorreferencialidad*».

El segundo, más propio de la teoría del Estado, y bajo el cual se enmascara el primero de los problemas mencionados debido a la mezcla de los planos político y jurídico, gira en torno a la *pervivencia del carácter estatal* (*soberano*) *de la unidad política Estado*. Su solución depende ciertamente de la respuesta concreta que se haya dado al problema de cómo han de regirse las relaciones entre el Derecho comunitario y la Constitución interna de cada Estado.

El tercero, finalmente, referido a *la salvaguardia del principio democrático,* también se resuelve sobre la base de la solución que se halla dado al primero de los problemas planteados, y a él se halla conexo el de la salvaguarda de los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, dado que buena parte de ellos son concreciones normativas que articulan el mandato de optimización en que consiste aquel principio estructural.

El único punto de partida idóneo en su análisis crítico, siempre que no se quiera transformar en discurso político -el mantenimiento de la soberanía de cualquiera de los Estados de la Unión Europea- lo que, desde nuestra óptica no debe ser más que discurso jurídico, es, por tanto, realizar una construcción jurídica, constitucionalmente adecuada, de las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho constitucional interno. Cuando los intereses políticos de la integración europea y de la soberanía de los Estados se hallan enfrentados de forma tan evidente y la solución de dicho conflicto, sea por vía de su conciliación, sea por vía de la exclusión de uno u otro, tiene como árbitro a un conjunto de normas jurídicas, se hace necesaria la previa exégesis en el ordenamiento de la dogmática constitucionalmente adecuada sobre la que se sustente la correcta resolución de los tres puntos conflictivos antes referidos entorno a los cuales gira la tensión soberanía-integración. Para ello será preciso, determinar, en un primer

momento, la concreta significación que adquieren los conceptos sistema jurídico, «*positividad*» y «*autorreferencialidad*», como sus características funcionales, respecto de los cuales se predica la alteración de la soberanía constitucional, la «estatalidad» (soberanía estatal) o el carácter democrático del Estado por obra del proceso de integración comunitaria(5). Después se pasará al análisis de cada uno de estos tres frentes de tensión concretos sobre la base de la concepción de ordenamiento jurídico que previamente se haya determinado.

I.- La «*positividad*» y la «*autorreferencialidad*» como aspectos positivo y negativo, respectivamente, de la soberanía del sistema jurídico: su trascendencia respecto de la integración europea.

El sistema jurídico está compuesto de un tipo característico de operación comunicativa, la norma jurídica o programa normativo, que dota de contenido a una estructura o código binario, cadena de validez, que permite distinguir las operaciones comunicativas pertenecientes al mismo de aquéllas que corresponderían a otro subsistema social, llámese sistema moral, religioso, económico o político(6). El ordenamiento jurídico constituye un sistema(7), porque, como se verá más adelante, sus operaciones comunicativas, las normas jurídicas(8), están entrelazadas y dotadas de unidad mediante un código binario de validez, código que les permite autodiferenciarse de las demás operaciones comunicativas que tienen lugar a otro nivel social y cumplir la función específica -garantizar expectativas normativas- en la que se han especializado(9 . Esta función a cumplir dentro del sistema social global es, pues, el elemento diferenciador del sistema jurídico respecto de los demás subsistemas sociales, y por tanto el elemento que pone en marcha su existencia como sistema (la validez circular de sus normas)(10).

Ahora bien, el cumplimento de esta función sólo es posible si en el sistema jurídico están presentes dos condiciones que denominaremos «funcionales» en atención a su servidumbre respecto de la función diferenciadora del sistema, cuales son la «*positividad*» y la «*autorreferencialidad*», a las que nos referiremos seguidamente.

1.- El aspecto positivo de la soberanía: la «positividad» como condición funcional de la validez del sistema jurídico. La «positividad» del ordenamiento comunitario dentro del ordenamiento nacional.

El sistema jurídico es operativamente cerrado: solo son normas jurídicas las creadas conforme a un código binario de validez dotado de contenido, a su vez, por otras normas jurídicas; pero es, también, cognitivamente abierto(11): interioriza el medio que le rodea y sus operaciones internas tienen repercusión en el medio exterior(12). De este modo, el sistema pretende obtener estabilidad dentro del sistema social global en el que interacciona con los demás sistemas que representan su medio(13) . La legitimidad del sistema -y de sus operaciones-, entendida como la implantación de la disponibilidad de los sujetos a aceptar las decisiones normativas adoptadas por las instancias competentes sobre expectativas normativas(14), se potencia, precisamente, mediante una optimización de la clausura operativa y de la apertura cognitiva del sistema.

A la realización de la apertura cognitiva sirve la característica funcional del sistema que hemos llamado «*positividad*». Un sistema jurídico que pretenda ser válido, es decir, existir diferenciadamente de su medio ambiente, debe institucionalizar la posibilidad de cambio en las expectativas normativizadas por sus operaciones comunicativas(15) para, de este modo, insertarse eficazmente en el sistema social global que constituye su medio, esto es, ser eficaz en su conjunto(16).

Un ordenamiento que institucionaliza el cambio, que es, en este sentido, plenamente positivo(17), sirve mejor al cumplimiento de la función de garantía de expectativas que tiene atribuida, porque las nuevas expectativas, fruto de la creciente variabilidad de una sociedad compleja, no necesitan imponerse a través del medio (llámese sistema político o sistema moral), sino que disponen de los mecanismos comunicativos para poder establecerse y estabilizarse. Cuestión bien distinta es que no sean sólo el Derecho, como instrumento director de comportamientos, y, en particular, la Constitución mediante su función selectiva, sino, además y primordialmente, otros sistemas sociales, como son el sistema político, el moral y el ideológico, dirigidos equivalentemente al cumplimiento de aquellas otras funciones accesorias del sistema jurídico(18) y en los que también este último puede influir, los que se encarguen de que se generen o no estas expectativas y de que éstas sean más o menos probables. Pero es el Derecho el sistema social que, diferenciándose de aquellos otros por su específica función -la garantía de las expectativas normativas socialmente generadas-, se ve requerido por las condiciones necesarias para el cumplimiento de aquella función distintiva para renunciar a la invariabilidad de contenidos o de expectativas, y para substituirla por la variabilidad que traen consigo la «*positividad*» y la «*autorreferencialidad*»(19). El ordenamiento jurídico, en la medida en que pretende ser un «subsistema social positivo», tiende, pues, a ser dinámico, porque ha de permitir la substitución del contenido de cualquier forma jurídica por un contenido diferente que sirva a la garantía de la misma o de una nueva expectativa normativa; dinamismo que se sirve de la continuidad en las formas jurídicas en cuyo seno se acogen los nuevos contenidos normativos garantes de las nuevas expectativas(20).

Sólo un sistema jurídico que tiene existencia diferenciada puede ser considerado válido (y, por tanto, soberano), pues de otro modo no sería sino una mera creación intelectual o histórica, o tendría un modo de existencia positiva distinto al jurídico.

La aparición de nuevas expectativas nacidas en el medio social, sea en el subsistema moral, económico, político, etc..., que deseen ser impuestas contrafácticamente, se encauzará a través de su incorporación al contenido de los programas normativos, la cual sólo podrá tener lugar si el sistema jurídico, aún operativamente cerrado, se mantiene cognitivamente abierto, institucionalizando la posibilidad del cambio en el contenido de sus normas. Apertura ésta que le permite disfrutar de la eficacia general necesaria para considerarle inserto eficazmente en el sistema social global y preservar, así, su diferenciación funcional. En este sentido, la apertura *ad extra* de nuestro ordenamiento estatal a la creación normativa por sujetos no directamente previstos por su norma suprema (como lo son los de las organizaciones supranacionales en las que nuestro Estado participe), puede considerarse una expectativa de la que se hizo eco autorreferencialmente la Constitución de 1978, incorporándola a su contenido normativo en el artículo 93.

No obstante, es un problema sociológico y no jurídico, determinar cuando un ordenamiento jurídico esta inserto eficazmente en el medio y, por tanto, es posible presuponer su validez circular, o, por el contrario, no lo está, bien por falta de diferenciación respecto al medio (ineficacia) y confusión con otros sistemas (político,

moral, etc...), bien por inutilidad (eficacia absoluta de sus normas)(21) al no ser necesaria su diferenciación funcional y operativa respecto de los demás subsistemas sociales, que es lo que justifica su existencia diferenciada(22).

La soberanía, por tanto, es una cualidad exclusivamente formal del ordenamiento jurídico(23). Su aspecto positivo reside, precisamente, en su «*positividad*», en la institucionalización de la posibilidad de cambio del contenido de sus normas(24), para de este modo preservar el grado mínimo de inserción eficaz en el medio social; no en un cúmulo de competencias que deban permanecer en manos de los órganos del Estado, o en alguno de ellos, personificación de éste(25), sino en la posibilidad de modificar autónomamente las expectativas que se erigen en contenido de sus normas. Sobre este aspecto, no obstante, habremos de abundar posteriormente al analizar la influencia de la apertura *ad extra* del ordenamiento jurídico sobre el carácter estatal de su soberanía.

2.- El aspecto negativo de la soberanía: la «autorreferencialidad» como condición funcional de
validez del sistema jurídico. La necesaria dependencia del ordenamiento comunitario del
nacional.

Hasta el momento, se han puesto de manifiesto las distintas implicaciones que tiene la «*positividad*» respecto del sistema en que se organizan las normas jurídicas. Un sistema jurídico positivo es, pues, una estructura social cuyas operaciones comunicativas tienen por substrato actos de voluntad, emanados por los sujetos integrantes del medio social en el que se realizan, e institucionalizan la substitución de las expectativas garantizadas por otras futuras mediante operaciones integradas en el mismo sistema, institucionalización de la posibilidad de cambio en la que se encarna el aspecto positivo de la soberanía.

También se ha puesto de manifiesto cómo el sistema jurídico es un subsistema dentro del sistema social global, que se relaciona con otros subsistemas (político, moral, económico, ideológico, etc...), y que debe estar inserto en aquél, que es su medio, de forma eficaz, es decir, que sus operaciones comunicativas han de ser, en general y en conjunto, capaces de cumplir su función garantizadora de expectativas normativas.

Aquella capacidad depende en buena medida de la forma en que el sistema jurídico articule su relación con los demás subsistemas que componen su medio(26). Estas relaciones se articulan, por lo menos desde su punto de vista, conforme a las condiciones normativas (operaciones) por él mismo autorreferencialmente impuestas tanto para la interiorización de elementos del medio, externos al sistema(27), como para la exteriorización de aquellos otros elementos que se pretende que influyan sobre el medio externo(28).

El ordenamiento jurídico, pues, en tanto que sistema, es un sistema operativo cerrado(29), es decir, sólo construye nuevas operaciones -lo que hemos visto es una necesidad estructural para su existencia como sistema funcional y estructuralmente diferenciado-, a partir de sus propias operaciones, las normas jurídicas. Sólo autogenerándose puede mantener su identidad y distinguirse del medio que le rodea. Para ello requiere poder institucionalizar su propio cambio, proceso que tiene lugar mediante la programación, la creación normativa, que llena de contenido un código binario por medio del cual, a su vez, podemos saber qué programación es válida y sirve a la autogeneración del sistema y cuál, por el contrario, no lo es. Para no incurrir en el círculo vicioso de que la programación dependa de la existencia de un código y éste, a

su vez, sólo pueda ser dotado de contenido por la programación, hemos de distinguir la norma que rompe la asimetría, que es aquella que adopta las decisiones de programación («*programmierendes Entscheiden*») mediante las cuales se dota de contenido primario al código, de aquellas decisiones programadas («*programmiertes Entscheiden*») que establecen el contenido secundario del código, contenido que está sometido a aquel primario. Son las primeras decisiones, aquellas adoptadas por la norma suprema, sea la Constitución u otra forma jurídica suprema, las que rompen la simetría del código, pues su referencialidad no es mensurable a la luz de ningún contenido del código.

El código no debe ser, sin embargo, confundido con el programa, como la validez no debe ser confundida con la norma jurídica misma. La diferenciación entre lo que es propio del sistema jurídico y lo que le es extraño, que implica la existencia de un código, es decir, la existencia de una cadena de validez, sólo puede ser productiva si existe, a su vez, una programación, una normación autogenerativa, que permita al sistema la adaptación constante a las variaciones del medio, alterando sus contenidos, pero manteniendo invariable la forma y respetando, con ello, la existencia del código(30). La continuidad en la programación conforme al código sirve para dar identidad al sistema jurídico, perpetuando su unidad, que se pone en peligro cuando hay discontinuidad en la secuencia de la programación, debida a rupturas jurídicas, tanto más graves cuanto más elevado es el nivel jerárquico en el que se producen(31). En este último supuesto, no se sabe qué se debe observar para saber lo que está de un lado del código y lo que está del otro, por lo cual se pone en peligro la autogeneración del sistema, su «*autorreferencialidad*»(32), elemento que le permite diferenciarse de otros sistemas con un menor grado de reflexividad(33) como el religioso o el moral.

La unidad del sistema jurídico no se puede fundamentar, por tanto, en ningún elemento externo al sistema mismo, sino en su propia «*autorreferencialidad*», y aquí reside la soberanía del ordenamiento jurídico en su aspecto negativo. El sistema crea normas para poder seguir creando normas(34) (aspecto, como hemos visto, positivo de la soberanía), pero son las operaciones comunicativas, las mismas normas jurídicas, las que hacen la diferencia entre el medio (política, moral, lógica, economía, etc...) y el ordenamiento jurídico como sistema(35), pues su validez, su pertenencia al sistema es autorreferencial, depende de ellas mismas y no deriva de ningún otro sistema (aspecto negativo de la soberanía). La validez se convierte en un símbolo de la estabilidad dinámica del sistema, pues permite de un lado, reconocer aquellas operaciones que forman parte del sistema, identificándolo respecto a su medio, y, de otro, permite al sistema funcionar estabilizado dinámicamente en el medio que le rodea(36). La fundamentación de la validez de cada norma debe tener lugar siempre en otra norma jurídica, cuya pertenencia al sistema se fundamenta en su incardinación en la cadena de validez, y no en ningún valor o hecho externo.

Este *regresus ad infinitum* termina con la Constitución(37) en aquellos ordenamientos en que esta exista como forma jurídica suprema o con la norma que ocupe dicha posición de supremacía en aquellos en los que la misma no existe. La Constitución es la decisión normativa de contenido *programático*(38), que, dotando de contenido primario al código binario, programa las futura producción de nuevas operaciones del sistema. Pero, a un tiempo, es la norma que ordena la «*autorreferencialidad*» del sistema, transformando la simetría absoluta que todo sistema binario origina, en una asimetría, pues la misma -cuando se trata de la primera Constitución o aquella fruto de una ruptura con el contenido del código binario

precedente- no se basa en otra operación del sistema, sino que su pertenencia al mismo debe ser presupuesta como una exigencia metalógica(39) de aquél. Sin la Constitución, o uno de sus equivalentes funcionales, como primeras operaciones del sistema, nada es posible jurídicamente hablando. La Constitución cierra el sistema jurídico; es la forma jurídica a través de la cual el sistema jurídico institucionaliza su propia soberanía, autodiferenciándose, así, del sistema político, y, por ello, sólo es comprensible en términos de «*positividad*»(40). Por ello, las normas jurídicas en las que se formaliza esta institucionalización de la posibilidad de cambio, que en los ordenamientos con Constitución son las cláusulas de reforma constitucional, representan el contenido esencial inalienable de la soberanía. Conservándolas en su poder, el ordenamiento como unidad, más exactamente la norma cúspide del mismo, continua siendo soberana, no derivando su validez de ninguna otra fuente que no sea su propia existencia como sistema y manteniendo el dominio sobre el código binario, es decir, sobre la validez misma. Cediéndolas a otra fuente, o bien la representación de la soberanía del sistema deja de residir en la Constitución y es trasladada a la norma en cuyo poder se encuentra aquella competencia, o bien el ordenamiento cedente se ha disuelto en el cesionario y ha dejado de existir como sistema, al haber perdido su soberanía tanto en su aspecto positivo, su «*positividad*», como en su aspecto negativo, su «*autorreferencialidad*», sustituida por una «heterorreferencialidad». Esta es una cuestión, a la que habrá que dar respuesta más adelante cuando se aborde el problema del monismo o el dualismo en el análisis de las relaciones entre ordenamientos.

La «*autorreferencialidad*» es, por consiguiente, una condición funcional de la existencia del sistema jurídico, pues es necesaria para poder seguir manteniendo la identidad de aquél y el cumplimiento por el mismo de su función de garantía de expectativas(41).

La apertura *ad extra* de nuestro ordenamiento, realizada al amparo del artículo 93 CE, presupone, en virtud, precisamente, de este mismo fundamento, la soberanía del ordenamiento jurídico español, representada en la Constitución de 1978, cuya existencia sólo puede derivarse autorreferencialmente del ordenamiento del que es cúspide. Esto, como se pondrá de manifiesto más adelante, impedirá considerar que el acto normativo de apertura *ad extra* o el mismo proceso de creación normativa por medio del cual ésta se realiza puedan llevar a cabo modificaciones de la norma constitucional; a no ser que ésta misma lo haya autorizado, es decir, impedirá, a salvo de disposición constitucional expresa en contrario, considerar susceptible de cesión la competencia de reforma constitucional, regulada en el título X de nuestra norma constitucional(42), pues la cesión de esta competencia equivale a la cesión de la soberanía no sólo en su aspecto negativo sino también en el positivo. El ordenamiento internacional en general, y el comunitario, en tanto que derivación de éste, en particular, deben considerarse un escalón inferior, sometido a la norma suprema del ordenamiento nacional.

En conclusión, la soberanía, por tanto, ha de ser considerada como una cualidad formal del ordenamiento jurídico, es decir, de las normas que lo integran, que refleja, desde un punto de vista positivo, la capacidad del sistema de adaptarse a las variaciones del medio institucionalizando la posibilidad de cambio de las expectativas garantizadas, insertándose así de un modo eficaz en aquél, y, desde un punto de vista negativo, la absoluta independencia de sus operaciones, las normas jurídicas de cualquier elemento que no sean ellas mismas, en el cumplimiento de aquella función. Será la forma jurídica que ostente la posición de supremacía en el interior del sistema jurídico (llámese Constitución escrita, Ley o Costumbre constitucional), la que encarne dicho carácter

soberano, tanto en su aspecto positivo como en su aspecto negativo.

II.-La «soberanía estatal» (*staatliche Souveränität*) como «soberanía constitucional» (*Verfassungshoheit*).

Una vez delimitados los precisos términos en los que es necesario entender la soberanía como característica de un sistema jurídico-positivo autorreferencial, procede abordar su deslinde de los calificativos con los que tradicionalmente ha sido confundida: en concreto su consideración como una cualidad predicable exclusivamente del Estado, en tanto que unidad política, y como una cualidad predicable únicamente del sujeto ideal Pueblo, reflejo de la implantación normativa del principio democrático. Como se intentará demostrar, ambas no son sino cualidades posibles, mas no necesarias, con las que el ordenamiento jurídico en ejercicio de su soberanía puede caracterizar la creación normativa, pero de las cuales puede prescindir si es concebido como una unidad.

1.-*«Estatalidad» y «soberanía»* como un único concepto jurídico.

Se ha dicho que tanto la Unión Europea, tal y como es configurada en el Tratado de Maastricht, como también las tres Comunidades Europeas a las que «sucede», representan una amenaza para la soberanía de los Estados miembros(43). Dicho así, podría sugerírsele al lector lo desmesurado de esta afirmación, sobre todo en lo que a las Comunidades Europeas respecta, mas el equívoco puede deshacerse si se precisan los términos de la misma.

Si por Estado no se considera, como en un primer momento pudiera parecer, la unidad política, jurídicamente organizada(44), sino exclusivamente el ordenamiento jurídico vigente en un determinado territorio(45), en cuya cúspide se halla una norma suprema, que en nuestro círculo jurídico europeo-continental se identifica con la Constitución positiva. Si la soberanía, por su parte, no se identifica conforme a un concepto político clásico de la misma -ligado tradicionalmente al concepto jurídico-político de Estado-, con la existencia de un poder ilimitado *ad intra* e independiente de otros poderes *ad extra*, sino que, en consonancia con la juridificación del concepto de Estado, su contenido se refiere únicamente a la supremacía e independencia jurídica respecto de otros ordenamientos(46); si, por consiguiente, se dota de un contenido jurídico a ambos conceptos, la afirmación inicial quizás no parezca tan descabellada.

La definición positiva de la soberanía como la «capacidad exclusiva de autodeterminación y autovinculación jurídica»(47)-sobre la que por otra parte se apoyan los detractores de una integración económica y política europea mayor, se ha entendido tradicionalmente como referida a una de las funciones estatales -la legislativa-(48). Quizás, en esta significación «positiva», así entendida, resida la conexión que entre soberanía estatal y principio democrático se pretende en relación con la Unión Europea. La creación de una Unión Europea, tal y como la configura el TUE, podría vulnerar esta mal entendida soberanía de los Estados, pues dejaría sin contenido (legislativo) competencial suficiente al órgano representativo de la soberanía popular: el Parlamento nacional. La solución a este déficit -y aquí ya aparece la confusión entre soberanía estatal y principio democrático- precisaría, como ha puesto de manifiesto el BVerfG en su sentencia sobre el Tratado de Maastricht, de dos mecanismos más complementarios que alternativos: el mantenimiento de suficiente caudal competencial en las manos de los Parlamentos estatales, y la atribución de suficientes competencias (legislativas) de

soberanía al único órgano que en la relación entre ambos ordenamientos puede encarnar la soberanía popular, el Parlamento Europeo(49).

Esta paradigma de razonamiento jurisprudencial se asienta en una premisa, la soberanía estatal, a nuestro entender, erróneamente apreciada. La soberanía del Estado es la soberanía del ordenamiento, y ésta no tiene su expresión en la capacidad de un órgano del mismo -el Parlamento-, representante de la colectividad abstracta «pueblo», a quien se atribuye un poder omnímodo, para crear normas jurídicas, por mucho que mediante su actuación el ordenamiento logre un mayor grado de imputación entre la voluntad creadora de las normas y aquel sujeto que ha de soportarlas. La soberanía supone esencialmente la supremacía normativa del ordenamiento del que se predica, en este caso del estatal(50), es decir, de un lado, la imposibilidad de derivar la existencia de dicho ordenamiento -en cuya cúspide se halla la Constitución- de ningún otra fuente normativa, y, de otro, en consonancia con ello, la posibilidad para aquel ordenamiento de dotarse de cualquier contenido mediante la institucionalización de la posibilidad de modificación de sus normas, para así insertarse eficazmente en el medio social que le rodea. La capacidad de autovinculación y autodeterminación jurídica debe reconducirse no a la función legislativa, sino a la función constituyente, pues es de esta función de la que depende la existencia de la norma suprema del ordenamiento jurídico(51); para que, así, el aspecto positivo y el negativo de la soberanía se fundan en uno y ésta sí pueda ser vista como una cualidad estrictamente jurídica. Pretender garantizar la «estatalidad» no puede significar sino querer garantizar el carácter soberano, inderivable jurídicamente del ordenamiento positivizado.

2.-La primacía del ordenamiento jurídico estatal.

Si bien la asunción del concepto de soberanía expuesto no plantea hoy en día mayores problemas respecto de los ordenamientos estatales, es en el marco de las relaciones internacionales donde quizás se plantee con mayor acritud la crisis del mismo, con especial relevancia en el caso de las organizaciones internacionales de integración europea. Es, en principio, posible predicar «*positividad*» y «*autorreferencialidad*» de las normas del ordenamiento estatal y reconducir su soberanía a la de la norma cúspide que las dota de unidad y sistematicidad, la Constitución.

Sin embargo, existen normas tanto primarias como secundarias, las internacionales(52), que no han sido creadas por órganos ni por procedimientos directamente regulados por las normas estatales, sino por sujetos y por procedimientos, que en tanto no sean interiorizados por el sistema forman parte del medio externo a éste(53) y carecen de su «*positividad*» y «*autorreferencialidad*». O bien, inversamente, se puede considerar que se trata de órganos y procedimientos de creación normativa que dan unidad al sistema jurídico y, respecto de los cuales, los órganos y procedimientos estatales de cualquier nivel no son más que su expresión delegada a los que les prestan, además, aquella «*positividad*» y «*autorreferencialidad*». ¿Cuál es, por tanto, la juridicidad de las normas internacionales y las comunitarias? ¿De dónde deriva su pertenencia al sistema jurídico? ¿Hay acaso un único sistema o plurales sistemas jurídicos? Se hace necesario proceder a un análisis, por somero que sea, de las posturas dogmáticas desde las que dar respuesta a estos interrogantes y afrontar el problema de la relación entre las normas comunitarias (las internacionales, en general) y las normas estatales, en particular, la Constitución(54).

A partir de posiciones dualistas(55), de diferenciación nítida entre los ámbitos de validez del ordenamiento estatal y del ordenamiento internacional o comunitario, difícilmente puede provenir la solución a nuestro problema. El dualismo (habría que hablar más propiamente de pluralismo) no permite dar una respuesta única y coherente a la confrontación internormativa que puede surgir entre dos normas pertenecientes a dos ordenamientos distintos si no es la del mantenimiento objetivo de esa confrontación(56). Si dos o más sistemas normativos (como lo son el ordenamiento jurídico comunitario y los ordenamientos jurídicos nacionales) se presuponen simultanea y -sobre todo- autónomamente válidos, los problemas derivados de la interrelación entre los mismos, sólo se podrán resolver de forma unilateral y enfrentada, es decir, desde el punto de vista de una primacía arbitrariamente determinada de cada uno de los sistemas, lo que no constituye una respuesta jurídica al problema planteado(57). Quienes sostienen que la separación de los ordenamientos opera sólo en el plano de la validez y no en el de la aplicabilidad, actuando en éste último el principio de primacía de las normas constitucionales, por lo menos de aquellas que constituyen el núcleo identificativo del orden constitucional(58), no admiten realmente un pluralismo de sistemas, sino que fundan la unidad a un nivel superior, el de aquellos principios intangibles de una «Supra-constitución material», cuya aplicabilidad no puede ser afectada por el principio de primacía del ordenamiento comunitario(59). Quienes, por contra, afirman la supremacía absoluta del ordenamiento jurídico comunitario en todo caso, incluso respecto de las disposiciones constitucionales nacionales, hay que entender que se posicionan dogmáticamente en el campo del monismo con primacía jurídica del derecho internacional (comunitario)(60), pues de no ser así, sólo cabría entender que realizan un mero análisis político-jurídico de lo que es políticamente más o menos «necesario para el mantenimiento y consecución de una Europa unida o de estos o aquellos objetivos pactados a nivel comunitario», no admitiendo en ningún caso que los Estados miembros se amparasen en sus disposiciones constitucionales para entorpecerlos. Las normas jurídicas, sin embargo, gozan de su carácter de tales por su carácter prescriptivo respecto, en último extremo, del uso de la fuerza física. No se puede dejar la efectividad genérica de un ordenamiento -y con ello su validez- al albur de que los sujetos obligados -los Estados miembros- estén dispuestos por razones de política interior o exterior a cumplirlas, sin posibilidad de ejercer un uso de la fuerza propio(61). O bien la prescripción estatal es tal por mor de la prescripción internacional, y a ella ha de plegarse en último extremo, o a la inversa, y ha de ser ésta última la que se adecue en todo caso a determinadas prescripciones jurídicas internas. La respuesta a este interrrogante dependerá de dónde se realice una de las condiciones que habíamos denominado funcionales del sistema jurídico, la «*positividad*», el aspecto positivo de la soberanía. Debemos fundar la unidad del sistema en aquél conjunto normativo en el cual el ordenamiento encuentre su principal cauce de inserción eficaz en el medio -lo cual puede venir tanto de la propia imposición coactiva de las normas jurídicas ante su incumplimiento como de su cumplimiento por su legitimidad-; allí es donde debe hallarse la norma cúspide del ordenamiento en torno a la cual organizar su unidad.

La adopción de posturas monistas en la comprensión del ordenamiento jurídico como un todo, sea a partir de la subordinación del ordenamiento jurídico estatal al ordenamiento jurídico internacional, sea a la inversa(62), podría hacernos pensar, por el contrario, en lo infundado de los temores aquí suscitados respecto de la soberanía estatal. Así pues, o bien la soberanía del ordenamiento estatal sería relativa y, por consiguiente, una falsa soberanía desde un punto de vista jurídico, o bien se encontraría siempre en peligro, dado que la soberanía sólo es predicable de todo el ordenamiento en

su conjunto y la norma estatal suprema podría en todo caso disponer de su supremacía en favor del ordenamiento jurídico internacional(63). Lo primero sucederá si se considera que la validez del ordenamiento estatal deriva de una norma de Derecho internacional general, «el principio de eficacia»(64), residenciándose por tanto en este principio la cúspide del ordenamiento y con ello en cierta medida la soberanía(65). Lo segundo por el contrario acontecería en el supuesto de que la supremacía, residenciada en el ordenamiento estatal, sea puesta por éste a disposición del ordenamiento internacional a quien se atribuye el ejercicio de la competencia constituyente-constituida(66).

A pesar del reconocimiento de la singularidad y autonomía del ordenamiento jurídico comunitario, que se predica desde la doctrina comunitarista, no cabe duda que el mismo tiene, normativamente hablando, un origen jurídico internacional. Sus normas institucionales básicas, los Tratados originarios y los Tratados modificativos de éstos suscritos por los Estados con posterioridad, constituyen todos ellos actos de Derecho internacional(67). Las posibles objeciones suscitadas respecto de la naturaleza jurídico-internacional del Derecho comunitario, una vez constituidas las organizaciones europeas, en nada empañarían este origen jurídico internacional del Derecho comunitario(68), así como la pervivencia de algunas de sus consecuencias en la existencia misma del Derecho comunitario, como si la trasformación de los Tratados en Derecho «constitucional» de la Unión sólo supusiese la ampliación a una doble naturaleza de los mismos.

Resultaría paradójico, desde una perspectiva dogmático-jurídica más amplia, fundamentar la validez del ordenamiento jurídico estatal en una norma del sistema normativo internacional, el «principio de eficacia», cuando su contenido, en tanto «realidad empírica» y no «normatividad ideal», se ha de constituir en la condición necesaria para poder conceder validez a un sistema jurídico-normativo(69), y el sistema jurídico internacional está ciertamente debilitado en su eficacia general hasta el punto de que puedan caber serias dudas acerca de si la misma alcanza un punto suficiente para poder concederle validez(70).

La eficacia mínima de un ordenamiento en su conjunto, si bien no es fundamento de validez de las normas del mismo, sí es condición de ésta. La eficacia del ordenamiento internacional, no existe como tal, sino que sólo lo es como eficacia del ordenamiento interno. Las normas internacionales sólo son eficaces en la medida en que son normas estatales internas y es en el seno de este último ordenamiento en el que aquel ordenamiento alcanza su eficacia mínima necesaria. La «*positividad*» del sistema jurídico se alcanza, por tanto, a través del cauce de las normas estatales y en el seno del medio (sistema social global) de la sociedad estatal, no a la inversa. El medio social en el cual se insertan eficazmente las normas de derecho internacional o de derecho comunitario es el de la sociedad estatal, no el de la sociedad internacional.

La eficacia mínima de un ordenamiento en su conjunto -como pretende el internacional-, no puede venir asegurada por otro ordenamiento, so pena de confundir la eficacia de éste con la de aquél, y esto aún más, cuando a su vez el «principio de eficacia» se convierte en norma del ordenamiento cuya eficacia se pretende afirmar. La perspectiva que concede primacía al ordenamiento internacional a la hora de fundamentar la unidad del ordenamiento jurídico en su conjunto se convierte en este punto en tautológica, pues resulta cuando menos dudosa la propia existencia jurídico-positiva de dicho ordenamiento al margen de los ordenamientos estatales(71), condición necesaria para que una de sus normas, el «principio de eficacia», pueda erigirse en fundamento de validez de los respectivos ordenamientos de los Estados.

La unidad del ordenamiento ha de fundarse, por consiguiente, desde la perspectiva inversa, la de la primacía del ordenamiento jurídico estatal(72). Es el ordenamiento estatal el que concede al ordenamiento jurídico internacional la única validez que éste realmente posee, que es la validez interna(73). El Derecho internacional representaría, así, el Derecho externo del Estado(74). *Externo* porque ha sido creado por sujetos y mediante procedimientos no expresamente establecidos por él ni en su norma suprema ni en sus normas subordinadas, mas *Derecho del Estado* pues su única validez, su única obligatoriedad, la interna, deriva del ordenamiento estatal(75), desde el momento en que éste puede sujetar las normas internacionales al respeto de unos determinados contenidos que se erigen así en su condición material de validez(76). Esta validez es a un tiempo la única realmente existente, pues es exclusivamente como Derecho estatal interno como las proposiciones normativas del Derecho internacional dejan el ámbito genérico de la «normatividad ideal» y pasan a convertirse en «realidad jurídico-positiva», es decir, en normatividad jurídicamente efectiva(77). El Derecho internacional, en general, y el comunitario, en particular, ocupan la posición en el ordenamiento que les atribuye la Constitución del Estado. El principio de primacía del derecho comunitario, originario o derivado, opera sobre las fuentes del derecho estatal interno infraconstitucionales no sólo ya con fundamento inmediato y autónomo en los Tratados originarios, fuente de su validez, sino con fundamento mediato en la Constitución estatal(78) en virtud de la cual gozan de la consideración de normas jurídicas y tiene aplicación aquél principio de primacía(79).

La soberanía reside por tanto en el ordenamiento como unidad, pero dado que la salvaguardia de la «*positividad*» de éste requiere concebir al Derecho internacional como parte del derecho estatal, como su parte externa, la representación de aquella soberanía sólo puede hallarse inicialmente en la norma suprema del derecho estatal (de su parte interna), la Constitución, que de este modo se convierte en la norma suprema de todo el Derecho estatal, sea éste externo o interno. Cuestión distinta, es que la misma disuelva su soberanía en las normas de ese «Derecho externo del Estado», según el modelo dogmático por el que haya optado, como analizaremos seguidamente.

3.-*«Soberanía constitucional»* e interpretación *«constitucionalmente adecuada»*.

Aun desde la perspectiva del modelo dogmático de la supremacía del ordenamiento jurídico estatal y, por consiguiente, bajo la consideración del ordenamiento internacional como «Derecho externo del Estado», son posibles tres modelos normativos distintos por los que ha podido optar la norma suprema del ordenamiento jurídico estatal: el de disolución de la soberanía constitucional en el ordenamiento internacional, el de soberanía exclusivamente de la «Supra-constitución material» y, finalmente, el de soberanía plena de la «Constitución formal». La elección de cada uno de ellos dependerá del modo en que la Constitución (o cualquier otra forma jurídica que ocupe la posición de supremacía en el ordenamiento estatal, llámese Ley, costumbre, etc...) haya hecho uso de su soberanía en su aspecto positivo, es decir, de cómo haya hecho uso de la posibilidad de cambio en las expectativas que ella misma ha institucionalizado para insertarse eficazmente en el medio social que le rodea(80) . Uso, que, en el caso de haber optado por permitir la disolución de la soberanía constitucional en el ordenamiento internacional, podría conducir -de hacerse efectiva esa disolución- a la desaparición del aspecto negativo de la soberanía constitucional, es decir a la pérdida de «*autorreferencialidad*»

A) Disolución de la soberanía constitucional en el ordenamiento internacional.

Nos encontramos ante este modelo, cuando el ordenamiento estatal a través de su norma suprema ha determinado voluntariamente que las normas creadas por sujetos y procedimientos no previstos por ella ni por sus normas subordinadas han de ser consideradas a su mismo nivel en la jerarquía normativa y, por tanto, les ha atribuido el ejercicio del poder constituyente (constituido), es decir, la posibilidad de que modifiquen la forma jurídica estatal suprema. Tradicionalmente, se ha considerado que éste sería el caso de los ordenamientos constitucionales holandés y austriaco.

El artículo 92 en relación con el 91.3 de la Constitución holandesa permite la derogación de disposiciones constitucionales mediante Tratado o disposición de una organización internacional, siempre que el acuerdo parlamentario para su celebración hubiera sido adoptado por una mayoría cualificada de dos tercios de los miembros de los Estados Generales, mayoría por otra parte equivalente a la requerida para la reforma constitucional (artículo 137.4 de la Constitución Holandesa)(81). Por su parte, el artículo 50.3 en relación con el artículo 44.1 y 2 de la Constitución austriaca disponen, la posibilidad de que un Tratado modifique (en sentido amplio del término) la Constitución federal austriaca, requiriéndose en tal caso el cumplimiento de las cualificaciones procedimentales previstas para la reforma constitucional, permaneciendo, ello no obstante, conforme al Art. 44.3 de la Constitución el poder de reforma constitucional total en el Parlamento y en el cuerpo electoral, que debe aprobarla en referéndum(82). En uno y otro caso, la Constitución habría dispuesto mediante una habilitación en blanco la pérdida de su soberanía dentro del concreto ordenamiento jurídico de que se trate, puesto que si el Tratado o disposición de una organización internacional pueden apartarse de la Constitución o imponer forzosamente esa divergencia, se puede decir que ostentan el poder de reforma constitucional -aunque el Parlamento nacional de ambos países conserve una competencia de reforma constitucional residual para todo aquello no afectado por las normas de derecho comunitario-. Poder, que, como consecuencia de la aplicación del principio de primacía del derecho comunitario sobre toda norma constitucional nacional -norma que habría reformado la Constitución en el momento de la adhesión a los Tratados constitutivos-, se convierte en un poder normador jurídicamente superior al del poder de reforma constitucional nacional, por lo que éste ya no podrían mediante una reforma constitucional, ni siquiera total, desposeer de su competencia de reforma constitucional a la Unión europea, y, a la inversa, la organización internacional podría teóricamente suprimir la competencia de reforma constitucional residual de los Parlamentos nacionales.

La disolución, por tanto, tiene lugar, pero no en favor de otra norma cuya creación se prevé en el mismo ordenamiento jurídico en su parte interna, como ocurre cuando se modifica por completo la Constitución y se da paso a otra nueva aplicando las cláusulas de reforma constitucional internas, sino en beneficio de normas de creación externa cuya eficacia general es más que dudosa, arriesgando así, la disolución del propio ordenamiento. Esta postura es, sin duda, la que plantea menos problemas desde el punto de vista de la supremacía del Derecho internacional en general y del Derecho comunitario en particular, y la que mejor se adapta a sus exigencias de efecto directo y primacía incondicionada sobre todo el Derecho estatal, incluidas las normas constitucionales. La norma suprema del ordenamiento como unidad, sin embargo, habría pasado a estar compuesta por un conjunto aleatorio de normas, las internacionales -y las comunitarias-, cuya «*positividad*» está puesta en tela de juicio por

la inexistencia de un mínimo de eficacia fuera del ordenamiento estatal interno, ordenamiento del que pretenden erigirse en norma suprema. El peligro para la «*positividad*» deriva de que los subsistemas sociales gozan a nivel internacional de un menor grado de diferenciación que el que tienen en las sociedades estatales, acaso debido a que la sociedad internacional, entendida como conjunto de comunicaciones entre sujetos individuales, no garantiza por sí misma la imposición contrafáctica de expectativas a través de la regulación del uso de la fuerza a nivel internacional, sino es a través de la autotutela de los ordenamientos estatales.

B) Soberanía exclusiva de la «Supra-constitución material».

Una segunda opción interpretativa es aquella que, desdoblando la Constitución del Estado en dos, normas constitucionales ordinarias por un lado y núcleo constitucional intangible, integrante de una especie de «Supra-constitución material», por otro, admite la preeminencia del Derecho internacional respecto de las primeras, cuya aplicabilidad puede ser dispuesta por las normas del ordenamiento internacional, incluidas las comunitarias, pero las subordina, por otra parte, a la verdadera Constitución, o núcleo intangible, identificativo de la soberanía del Estado, cuya existencia es, en todo caso, indisponible. Tal es la postura que parece adoptar los ordenamientos constitucionales alemán(83), italiano(84) y francés(85), si bien es cierto, que, en el caso del alemán, de la literalidad del nuevo «Europaartikel» (Artículo 23 GG sobre la integración europea), por el que se vincula a las modificaciones del proceso de integración europea al procedimiento y límites de la reforma constitucional (Art. 79 II y III GG), pudiera deducirse una voluntad contraria a la posibilidad de modificaciones extraprocedimentales de la Constitución alemana(86), de complicada conjunción con la interpretación hasta el momento vigente del antiguo artículo 24 I GG. En todo caso, la modificación constitucional por la que se cedan competencias a los entes supranacionales encuentra su límite en el núcleo intangible del orden constitucional a que se refiere al Art.79 III GG. En Francia, el Art. 54 CF, de una parte somete a la previa reforma constitucional a la celebración de tratados que contengan estipulaciones contrarias a la Constitución(87). Fruto de ello, por otro lado, fue la introducción del Art. 88 CF, dedicado íntegramente a la regulación constitucional del proceso de integración europea, que ahora parece no encontrar más límites que el respeto a las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional(88), como parte del la cláusula del Art. 89.2 CF, que establece como cláusula de intangibilidad a toda reforma constitucional el respeto a la forma republicana de gobierno(89).

A pesar de las evidentes diferencias en la articulación normativa de la relación entre las normas de derecho comunitario y las normas constitucionales, todos estos ordenamientos que optan por este modelo dogmático coinciden en subordinar el principio de primacía del ordenamiento comunitario y, con ello, las propias normas del mismo a una especie de «supra-constitución material», núcleo de valores fundamentales (entre los que naturalmente se encuentran los principios estructurales del ordenamiento y los derechos fundamentales), identificativos del orden constitucional(90) e indisponibles para el poder normativo comunitario(91).

Esta opción dogmática tampoco goza de apoyo en nuestra Constitución(92) desde el cual poder afirmar que el Art. 93 CE ha permitido a la Ley Orgánica de autorización de los Tratados comunitarios la entrega a las organizaciones europeas, en el ejercicio de sus competencias, de una parte del poder constituyente con el límite de no vulnerar el núcleo intangible de la Constitución, verdadero sello identificativo de la

misma.

Independientemente de la dificultad de discernir si este límite es el mismo que aquél que muchos de sus precursores pretenden igualmente implícito para el propio poder de reforma constitucional(93) o si, por contra, se trata de un límite de contenido diferente(94), son dos los principales obstáculos de sistemática constitucional que se oponen, a nuestro entender, a una interpretación de esta naturaleza. Es necesario, pues, dar una respuesta a esta cuestión dogmática a la luz del texto del programa normativo que representa la Constitución, para lo cual, la interpretación constitucionalmente adecuada de una norma que se considera suprema de un ordenamiento jurídico positivo y autorreferencial, deberá rendir tributo a estas dos condiciones funcionales (la «*positividad*» y la «*autorreferencialidad*») de su existencia diferenciada como sistema.

De una parte, si de lo que se trata es de servirse de la propia voluntad de la Constitución a la hora de establecer cuál es la posición normativa que ocupan las normas internacionales, no estará de más recordar que en ella se distingue con claridad entre procedimiento de elaboración de Tratados y procedimiento de reforma constitucional, y que el propio Art. 95 CE somete al imperio de la Constitución a toda clase de Tratados internacionales, también, por tanto, a los Tratados comunitarios(95)(la Ley orgánica que autoriza su celebración se halla sometida a la Constitución como cualquier otra Ley). No puede oponerse a ese argumento que el objeto de sujeción constitucional sea el procedimiento de celebración del Tratado, y no el contenido del Tratado mismo. Detrás de todo enjuiciamiento de la conformidad de una norma (Tratado) respecto de otra superior (Constitución) está el examen del cumplimiento por parte de la primera de las condiciones de validez (incluidas las condiciones de celebración) a las que se ha visto sometida por la norma superior para su correcto nacimiento al mundo jurídico, es decir, de las condiciones tanto orgánico-procedimentales como materiales, pues todo el contenido constitucional se erige en su condición de validez. Sólo si la propia norma constitucional habilitase expresamente a la norma enjuiciada para la alteración de su contenido -en cuyo caso nos hallaríamos ante una norma de reforma constitucional- podremos eximirle del respeto del contenido de la norma habilitante. Dicha habilitación expresa no existe, sin embargo, en el Art. 93 CE, ni se desprende del tenor literal del Art. 95 CE, que pretende justamente lo contrario(96), sometiendo a la necesaria reforma constitucional previa a todo Tratado internacional con pretensiones de validez jurídica en nuestro ordenamiento.

El artículo 96.1 CE, en virtud del cual las disposiciones de los Tratados internacionales no pueden ser derogadas, modificadas ni suspendidas sino conforme a lo dispuesto en éstos o en las normas de Derecho internacional general, no puede ser esgrimido en ningún caso como argumento en favor de conceder «fuerza activa» a los Tratados internacionales respecto de la Constitución, ni siquiera para concederles «fuerza pasiva»(97). Dicha regulación solo puede entenderse referida a las fuentes normativas infraconstitucionales. Como se desprende de una interpretación constitucionalmente adecuada de nuestra Constitución que tenga en cuenta su carácter de norma suprema de un sistema jurídico positivo autorreferencial, así como del propio tenor literal del artículo 96.1 CE, se presupone la validez (conformidad constitucional) del Tratado internacional para que éste goce de los privilegios constitucionales de inderogabilidad, inmodificabilidad o insuspendibilidad («Los Tratados internacionales válidamente celebrados...»). Entre las condiciones (de validez) impuestas al nacimiento de las normas internacionales se halla el respeto a toda la CE, incluido su contenido dogmático.

De otra parte, la regulación de la reforma constitucional dispone en nuestro texto constitucional de un Título, el décimo, expresa y especialmente dedicado a su

regulación, así como de unas mayorías ciertamente cualificadas por las que se ha de llevar ésta a cabo. Es por ello, que no concordaría sistemáticamente con la puesta de la Constitución a merced del ordenamiento comunitario, en un Título distinto (el Título III) y con mayorías y por órganos manifiestamente inferiores a aquéllos. En aquellos ordenamientos como el holandés (Art. 92, 91.3 y 137.4 de la Constitución Holandesa), austriaco (Art. 50.3 y 44.1 y 2 de la Ley Fundamental del Estado austriaco) o alemán (Art. 23 GG), en que, como hemos visto, bien la Constitución como un todo, bien las «leyes constitucionales», en sentido schmittiano del término, son puestas a merced del ordenamiento internacional, que actúa con poder constituyente, las normas sobre reforma constitucional no ocupan un título o sección constitucional diferenciados y propios, indicativos de la inequívoca voluntad constitucional de manifestarse respecto de este extremo en un único lugar y con un único efecto (a excepción de holanda), ni tampoco contemplan una mayoría parlamentaria necesaria para esa apertura constitucional manifiestamente inferior a aquella que requiere el procedimiento de reforma. Más bien al contrario, en estos últimos ordenamientos se prevé una misma mayoría para la reforma constitucional, sea por vía ordinaria interna sea por vía internacional, y los mecanismos ordinarios de reforma se suelen regular conjuntamente con el ejercicio del poder legislativo ordinario, pues la reforma está habitualmente atribuida a éste.

Estos argumentos contrarios a la reducción de su carácter soberano exclusivamente a una especie de «Supra-constitución material», deducibles de sus prescripciones positivas, son expresión de una valoración de los aspectos positivo y negativo de su soberanía muy determinada: tras un largo período de tiempo de ausencia de una Constitución democrática como forma jurídica suprema, cúspide de nuetro ordenamiento, su advenimiento con la Constitución de 1978 ha querido venir rodeado de una serie de garantías que permitan a sus normas cumplir la doble función de culminar la autorreferencialidad del sistema(98) jurídico y de, siendo ella la norma suprema del ordenamiento, permitirle a éste su inserción en el medio de la sociedad estatal que le rodea. Todo ello, sin menoscabo de haber normativizado en su texto una expectativa socialmente generada como es la apertura *ad extra* de nuestro ordenamiento a la sociedad internacional, en general, y a la sociedad europea, en particular, en cuya construcción desea participar nuestro ordenamiento.

C) Soberanía plena de la «Constitución formal».

La soberanía del ordenamiento jurídico en su conjunto sólo se mantiene si el ordenamiento estatal sigue siendo soberano, tanto en su aspecto positivo como en su aspecto negativo, y la soberanía estatal tiene su máxima expresión en la soberanía de la Constitución, su norma jurídica suprema. Si la soberanía jurídica consiste en su aspecto positivo en la institucionalización de la posibilidad de cambio para lograr la inserción eficaz en el medio con la preservación de la continuidad formal, ninguna norma representa mejor que la Constitución esta cualidad, dado que todo cambio en las expectativas garantizadas por los programas normativos del ordenamiento del que es cúspide se encuentran sometidos orgánico-procedimentalmente y materialmente al contenido de aquélla o al que ella misma haya previsto en aplicación de las cláusulas para su reforma. Fácil es, entonces, comprender que esta soberanía se ve amenazada en su aspecto positivo, cuando se pretende afirmar que la norma suprema ha previsto su propia destrucción en favor de un sistema normativo, carente por sí sólo aún de «*positividad*», como es el caso del ordenamiento jurídico internacional y, por su derivación, el ordenamiento comunitario, cediendo esta competencia.

Igualmente, si la soberanía consiste en su aspecto negativo en la absoluta independencia del ordenamiento jurídico respecto de cualquier otro sistema normativo, la Constitución ha de ser considerada la fuente última de validez de las normas del sistema del cual es cúspide. Por ello, en su aspecto negativo, la soberanía constitucional se ve igualmente amenazada, no ya cuando el Derecho exterior del estado no respeta un conjunto de valores fundamentales, constitutivos de un núcleo identificativo de la Constitución, sino cuando, en último extremo, ésta ya no puede reconducir a sus propias prescripciones autorreferencialmente su validez, es decir, cuando se transfiere a unos hechos externos, carentes de juridicidad por sí mismos, (pues los sujetos y procedimientos de creación normativa internacional son meros hechos antes de adquirir validez -interna- y representar la soberanía del ordenamiento) la competencia de reforma constitucional, incluida la posibilidad de modificación de las cláusulas de reforma.

La necesaria conformidad constitucional de los productos normativos procedentes parcial (Tratado internacional) o totalmente (normas de Derecho internacional general o Derecho comunitario derivado) de sujetos cuya existencia no ha sido reglada directamente por el ordenamiento jurídico estatal, pero cuya relevancia jurídica sí ha sido establecida por éste, se impone, desde esta tercera perspectiva, como una exigencia de la supremacía constitucional, de la soberanía y «*positividad*» del ordenamiento en su conjunto. No será, por consiguiente, necesario manifestar de forma expresa esta voluntad en el texto constitucional. La misma deberá ser derivada del principio de supremacía constitucional, representación de la soberanía del ordenamiento . No será posible, por tanto, hablar de la existencia en nuestro ordenamiento de normas constitucionales inconstitucionales(99), pues en el mismo está ausente la distinción jurídico-positiva entre dos Constituciones una formal y otra material. La única norma constitucional que posee la cualidad de ser norma jurídica suprema y, por consiguiente, plenamente soberana, es aquella recogida en el instrumento constitucional, que ocupa la posición suprema en el ordenamiento, es decir, la «Constitución formal»(100).

Éste ha sido, a nuestro entender, el modelo de organización de las relaciones entre el ordenamiento estatal y el ordenamiento interno por el que ha optado nuestra Constitución. Se trata de un *modelo monista de primacía del ordenamiento estatal*, sobre la base de la *soberanía plena de la «Constitución formal»*.

Así, la posición de la Constitución española en este punto no ofrece dudas. Si la Constitución es norma jurídica suprema, lo ha de ser respecto de todas las fuentes normativas, incluidas las internacionales, y no (sólo) por constituir su fuente lógica de validez, sino por estar en la jerarquía normativa supraordenada a éstas, es decir, por gozar de fuerza activa y pasiva respecto de éstas. Supremacía que se garantiza en nuestro ordenamiento a través de un conjunto de procedimientos incardinados en el sistema de justicia constitucional mediante los cuales tanto los órganos jurisdiccionales ordinarios como, en primer término, el Tribunal Constitucional, hacen valer la jerarquía normativa. La reforma constitucional, el poder constituyente al fin y al cabo, está encomendado de forma expresa, y bajo la observancia de concretas mayorías cualificadas, a determinados órganos constitucionales, cuya regulación aparece en el Título X, bajo la rúbrica «De la reforma constitucional», y en ninguna otra parte(101). No se trata, tampoco, de una competencia constitucional susceptible de cesión por la vía del artículo 93(102), como se verá en el siguiente apartado.

En el caso del artículo 93 CE tampoco estamos ante un supuesto de autorruptura constitucional(103). La norma constitucional que permite excepcionar la aplicación de las reglas generales orgánico-procedimentales no permite, sin embargo, autorizar la

celebración de Tratados internacionales cuyo contenido sea contrario a la Constitución o que habiliten la existencia de normas con un contenido contrario a la Constitución, por el mero hecho de que su celebración sea aprobada por una Ley con mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, una de las mayorías previstas por la CE para la creación normativa infraconstitucional. La apertura *ad extra* de nuestro ordenamiento no se formaliza en una norma con rango constitucional(104), sino que la misma adopta, por mandato expreso del Art. 93 CE, la forma de una Ley Orgánica mediante la cual se transfieren a una organización supranacional competencias derivadas de la Constitución, a través de un Tratado internacional en el que se prevén nuevas condiciones tanto orgánico-procedimentales como materiales para la producción normativa(105), paralelas a aquellas previstas por la CE. Por otro lado, no es posible otorgar a los Tratados internacionales sobre derechos y libertades rango constitucional, pues la remisión constitucional a los mismos realizada por el Art. 10.2 CE, como ha puesto de relieve reiteradamente el Tribunal Constitucional, no puede ser entendida en el sentido de que de rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no lo estén también en la propia CE, ni les convierta en canon de validez, sino exclusivamente en un criterio interpretativo a partir del cual determinar el contenido de aquellos derechos y libertades(106).

Con este cúmulo de premisas desde las que abordar la «interpretación constitucionalmente adecuada» de la apertura *ad extra* de nuestra Constitución en favor de la integración en una integración supranacional, se puede llegar a la conclusión de que ésta ha tenido como horizonte la conservación de la soberanía del ordenamiento jurídico. La soberanía de la «Constitución formal», llamémosla desde ahora simplemente Constitución, es plena, pues de ella misma(107) y de ningún otro ordenamiento supraordenado, depende su existencia como norma jurídica, su validez misma (aspecto negativo), que sólo logra a condición de ser la cúspide de un ordenamiento jurídico inserto eficazmente en el medio social que le rodea (aspecto positivo). Nada tiene que ver con esta soberanía constitucional, estrictamente jurídica, que dos de las cualidades con las que se puede autoconfigurar, la «estatalidad» (*Staatlichkeit*) o el carácter democrático de la creación normativa, hayan de ser conservados mediante la pervivencia de un mínimo cuantitativo-cualitativo de competencias en manos de los órganos representativos y por los procedimientos estatales internos, directamente creados por la Constitución(108). De hecho, la Constitución seguiría siendo soberana siempre que conservase la potestad constituyente-constituida, con independencia de que la transferencia de las demás competencias haya sido realizada a título de cesión del ejercicio o cesión de la titularidad.

Esta última distinción, en realidad, afecta sólo al procedimiento constituido por el que ha de tener lugar la apertura *ad extra* del ordenamiento. La prohibición constitucional -a sensu contrario del Art. 93 CE- de que la transferencia sea de la titularidad de las competencias se fundamenta únicamente en su adecuación al principio democrático (Art. 1 CE), principio de organización de la creación normativa, y de cuya existencia sólo podría disponer un poder de reforma agravado. No afecta, sin embargo, esta distinción a la soberanía de la Constitución, siempre que sea en ella y en ninguna otra norma donde las normas aplicables en el ámbito territorial de la CE encuentren sus condiciones de validez actuales o futuras (como consecuencia de la actuación del poder constituyente juridificado).

Para una Constitución que pretenda ser norma jurídica suprema todos sus preceptos son de igual y obligado cumplimiento, incluidos aquellos relativos a la reforma constitucional. La mutación constitucional(109), por consiguiente, o bien no es

realmente más que una infracción constitucional, o sólo sería comprensible como una manifestación del carácter «abierto» de nuestra Constitución, en cuyo caso no sería una verdadera mutación constitucional(110), sino la concreción del contenido normativo del enunciado constitucional mediante la aplicación del Art. 93 CE. Es claro que, en tal caso, sólo cabría modificar dicha voluntad soberana por los procedimientos que para la formación de la misma se haya autoimpuesto el propio constituyente al juridificarse en el poder de reforma.

IV. «Estatalidad», reforma constitucional e integración europea.

¿Cuáles son, no obstante, los efectos jurídicos que puedan tener respecto de la soberanía del ordenamiento estatal, la calificación de la creación normativa por su carácter democrático -con el respeto mínimo a los derechos fundamentales conexos-, o por la conservación de un nivel mínimo competencial (cualitativo-cuantitativo) de «estatalidad» política, cuando estos contenidos han sido asumidos por el constituyente como parte de su voluntad normativa soberana? Para dar respuesta a estas interrogantes, vamos a tomar los ordenamientos alemán y español como referente de la argumentación dogmática expuesta, pues ambos son, a nuestro entender, representativos de dos de los tres modelos dogmáticos de comprensión de su soberanía por parte de la propia Constitución. Es en el seno de ellos dos donde el proceso de integración europea plantea verdaderos problemas en relación con la soberanía del ordenamiento, puesto que puede afectar a las dos cualidades (caracter estatal y carácter democrático) de la creación normativa, que se encuentran protegidos a través de los procedimientos de reforma constitucional frente a la apertura *ad extra* del ordenamiento.

Lo anterior, sin embargo, no obsta a la necesidad de constatar qué papel juega la integración europea en la existencia jurídica de estos contenidos y, en concreto, en función de la posible necesidad de una reforma constitucional -descartada la posibilidad constitucionalmente lícita de una mutación constitucional- para adaptar la Constitución estatal a las expectativas nacidas en el seno de la sociedad relativas a un mayor grado de integración europea, que requieran ser normativizadas al más alto nivel. Si bien «estatalidad» o principio democrático no son sinónimos de soberanía, lo cierto, es que son cualidades con las que el propio ordenamiento soberano puede haber caracterizado la creación normativa. Por ello, es necesario determinar el grado de protección que los ordenamientos pueden dispensarles a los mismos conservando su carácter soberano.

Ya hemos apuntado, cómo, cuando se apela a la preservación del carácter estatal de un Estado, no se está utilizando sino un concepto que es en sí mismo tautológico o que, a lo sumo, introduce un contenido político de difícil determinación jurídico-constitucional. Ha sido, precisamente, en Alemania, donde la doctrina(111) ha hecho una más enconada defensa de éste contenido, como parte integrante de la cláusula de intangibilidad que el Art. 79 III de su Ley Fundamental sustrae a la acción del poder de reforma constitucional -incluido el del Art. 24 I GG-, o, incluso, a la del poder constituyente originario del pueblo del Art. 146 GG(112). El «salto cualitativo» que representa el TUE con respecto a las preexistentes Comunidades Europeas dejaría, en opinión de esta doctrina, la puerta abierta a la posible pérdida para los Estados miembros de su carácter estatal y, por consiguiente, del carácter soberano de su ordenamiento jurídico.

Al margen de lo discutible(113) de la incardinación de la «estatalidad» dentro de los principios estructurales de Estado social, democrático y federal de Derecho (contenido del Art. 20 I GG), a los que se remite el Art. 79 III GG(114), la principal

dificultad, una vez aceptada su existencia como límite, reside en determinar su contenido material concreto, respecto del cual la Constitución desde su normatividad, pero sobre todo desde su pretensión de longevidad temporal, no nos ofrece demasiados estribos a los que asirnos. Así, unos identifican la «estatalidad» con el mantenimiento de un mínimo cuantitativo(115) de competencias en manos de los órganos estatales, mientras que otros apelan a la calidad de las competencias más que a la cantidad, es decir, que han de ser funciones de especial importancia para el Estado las que deban permanecer en las manos del poder público nacional.

La solución es un problema más interpretativo que dogmático. No corresponde, sin embargo, a este trabajo establecer si el contenido del Art. 20 I GG comprende el principio de «estatalidad política» en Alemania o en qué términos, ni si el «salto» que implica el TUE supone una injerencia antijurídica en el ámbito vedado por el Art. 79 III GG, cuestión esta última de carácter gradual, dada la estructura «principial» de las normas que contienen los principios estructurales del ordenamiento(116).

El ordenamiento jurídico español, por su parte, no excluye -al menos expresamente- de la posibilidad de una reforma constitucional ningún núcleo material intangible dentro del cual pudiera encontrar acomodo la conservación de un mínimo cualitativo-cuantitativo de competencias que hemos denominado «estatalidad». La dicción literal del Art. 168 CE es clara en el sentido de permitir una reforma constitucional sobre cualquier contenido de nuestra norma fundamental. La pervivencia de España, por tanto, como una unidad política delimitada personal y territorialmente no se encuentra sustraída a una posible reforma constitucional. Ahora bien, es necesario determinar si ha sido asumido por la CE entre sus contenidos un concepto político de Estado y si la juridicidad de éste, en tal caso, se halla de algún modo condicionada orgánico-procedimentalmente en algunos de sus aspectos.

La tríada clásica -territorio, pueblo y poder público- que conformaría el concepto de Estado desde un punto de vista político, si bien no se habría visto asumida como unidad conceptual por la CE ni sometida, por consiguiente, a exigencias orgánico-procedimentales de ningún tipo, bajo las cuales exclusivamente sea posible proceder a su supresión o modificación, sí goza, no obstante, de una garantía constitucional, aunque sea parcial. En tal medida, se podría ver afectada por el proceso de integración europea. Dos de los elementos que forman parte de la misma podrían entenderse mencionados por nuestra norma suprema con una determinada eficacia normativa, que imposibilitaría su modificación sino es por el cauce agravado del Art. 168 CE. Este es el caso del elemento territorial (integridad territorial), mencionado en el Art. 8 en relación con el Art. 2 CE, y del elemento personal (soberanía del pueblo español), referido en el Art. 1.2 CE, elementos ambos del concepto político de Estado(117). El tercero de los elementos, la existencia de un poder público al que se haya encomendado la regulación y, en último extremo, el uso de la fuerza sobre los individuos de un territorio determinado, no es objeto por sí mismo de una regulación específica en la Constitución y, por consiguiente, no sólo no parece posible hablar de una protección constitucional frente a las injerencias de los poderes constituídos, sino que algunas de sus determinaciones son abiertas expresamente por la Constitución a su cesión exterior en el Art. 93 CE. No se reservan, pues, a los poderes públicos nacionales ni un mínimo ni un tipo cualificado de competencias constituidas que necesariamente hayan de asumir éstos por estar íntimamente ligadas a la existencia de la unidad política Estado, aunque sólo sea porque expresamente la Constitución española no ampara ningún concepto histórico-político de Estado. Por ello, el Estado al que se refiere la norma fundamental ha de identificarse con el ordenamiento jurídico mismo y con la configuración de los

procedimientos de creación normativa que en cada momento concreto haya realizado el poder constituyente (constituido). Cuestión aparte es que por exigencias del principio democrático -como veremos- el trasvase de un determinado volumen o tipo de competencias pueda suponer un atentado contra este contenido material especialmente protegido por la norma fundamental y se haga necesario acudir al cauce agravado de la reforma constitucional para poder efectuarlo. Cuándo se dé este atentado y el nivel de menoscabo competencial que se debe alcanzar para que se entienda afectado el principio democrático y sea necesario proceder a la reforma constitucional por el artículo 168 CE es, al igual que en el caso alemán, una cuestión gradual que no puede recibir una respuesta *a priori*, dada la estructura «principial» de las normas que contienen los principios estructurales.

Como se ha puesto de manifiesto, una interpretación constitucionalmente adecuada de nuestra norma suprema conduce a considerar la Ley Orgánica emanada en aplicación del Art. 93 CE como una norma constituida de apertura *ad extra* del ordenamiento. Como tal norma constituida no está habilitada para transferir competencias que no sean estrictamente constituidas y, por consiguiente, no puede transferir la competencia de modificación de la Constitución(118), pues de otro modo aquélla permitiría la pérdida por el ordenamiento interno de su carácter de tal, de su «soberanía». Las competencias agotadas en su regulación o parte de cuyos contenidos hayan sido exhaustivamente preceptuados por la voluntad constituyente, así como aquella competencia cuyo contenido consiste precisamente en actualizar la voluntad del poder constituyente objetivada por el ordenamiento, no pueden ser calificadas de "competencias derivadas de la Constitución cuyo ejercicio es susceptible de cesión", en el sentido del Art. 93 CE(119).

Cuestión distinta es la de si, no obstante este presupuesto dogmático del que parece partir la CE, su voluntad normativa soberana no podría apartarse de él, y mediante una modificación constitucional permitir que, indirectamente a través del Art. 93, o directamente mediante un nuevo precepto constitucional, sea posible ceder el ejercicio de las facultades de reforma constitucional a poderes externos del Estado, esto es por órganos cuya juridicidad fuera del ordenamiento estatal es puesta en tela de juicio. Dicho con otras palabras, se trata de dilucidar si lo que no es, en principio, más que una consecuencia -la intrasferibilidad del poder de reforma constitucional a un poder que requiere de la existencia de órganos estatales, sobre los que a su vez dispone el poder de reforma, para su propia existencia jurídica-, impuesta sobre las cláusulas de reforma constitucional por las condiciones funcionales (positividad y autorreferecialidad) de la existencia diferenciada del sistema jurídico, no implica además la existencia de un límite de naturaleza jurídico-positiva, que impida, por ejemplo, una reforma de nuestra norma fundamental que la abriese al ordenamiento internacional al modo de la Constitución holandesa antes citada. La respuesta ha de ser negativa, pues el Título X carece de superioridad jurídico-positiva respecto de las demás normas constitucionales(120) , posición de la que únicamente disfrutarían si poseyesen fuerza activa y pasiva respecto de las demás normas constitucionales. La fuerza activa no es predicable, sin embargo, de las normas sobre la reforma constitucional, pues su operatividad presupone la sucesión en el tiempo de éstas respecto de las normas constitucionales originarias con las que coexisten(121) y carecen también de fuerza pasiva, pues forman parte del instrumento constitucional susceptible de revisión conforme al propio Título X(122).

La «estatalidad», sea entendida como un contenido político o como la existencia misma del ordenamiento soberano, no constituye, pues, un valor intangible para el

proceso de integración europea, pero sí puede condicionar procedimentalmente el desarrollo del mismo, en la medida en que algunos de sus elementos han sido asumidos más o menos expresamente por nuestra norma fundamental y se hallan dotados de la rigidez propia de la forma constitucional.

V.- Principio democrático, reforma constitucional e integración europea.

El principio democrático, principio estructural posible mas no necesario en cualquier ordenamiento jurídico, tiene inicialmente un núcleo material común en los distintos Estados miembros de la Unión europea y una concreción jurídica diversa en cada uno de ellos. Así, por ejemplo, tanto en el ordenamiento alemán (Art. 20 GG) como en el ordenamiento español (Art. 1 CE) el principio democrático se define a partir del principio de soberanía popular, pero más allá de este inicial punto de partida común veremos cómo la configuración jurídica del mismo en uno y otro ordenamiento es parcialmente distinta.

Para la Ley Fundamental de Bonn el principio de soberanía popular (Volkssouveränität), aisladamente considerado, no dice nada del modo de creación normativa instaurado. Exige exclusivamente la derivación del poder del Estado a partir del ente «pueblo», lo que se logra mínimamente con que en éste resida y permanezca la titularidad del poder constituyente originario(123); interpretación del principio de soberanía popular de naturaleza más política(124) que jurídica, y cuya razón de ser estriba indudablemente tanto en el modo mismo de creación de la Ley Fundamental de Bonn, como en el necesario reconocimiento histórico-político hacia este principio(125). El modelo dogmático que ha asumido la GG en este trascendental punto es el de que el fundamento de la misma no puede ser otro que el poder constituyente del «pueblo»(126).

La insuficiencia de este principio, como contenido de la decisión constitucional en favor de la democracia, se muestra fácilmente desde el momento en que la titularidad del poder constituyente del pueblo no garantizaría una «legitimidad democrática de ejercicio», sino sólo «de origen». Para lograr, por tanto, que la democracia sea una forma de Estado, cuya pretensión sea hacer real la máxima de que el «pueblo»(127) sea además fuente de todo el poder jurídico, es preciso que el ejercicio del poder se organice conforme a unos determinados mecanismos (de participación del ciudadano en la formación de la voluntad estatal(128)), principios (de legitimación democrática funcional-institucional, organizativo-personal y material) y estructuras que garanticen que el «pueblo» alemán es efectivamente titular de todo el poder estatal(129).

Tanto el dogma de la soberanía popular, tal y como ha sido descrito, como el contenido del principio democrático pueden verse afectados cuando el ordenamiento jurídico abre sus puertas a la creación normativa desde órganos y conforme a procedimientos que él mismo no ha creado(130), sin que ello afecte al carácter soberano del ordenamiento ni de la Constitución. El primero se vería alterado, si se produjese una transferencia del poder de reforma de la «Supra-Constitución material», regulado en el Art. 146 GG(131), lo que como hemos visto no está permitido conforme al modelo dogmático por el que ha optado la Ley Fundamental de Bonn. Respecto del segundo, cabe señalar, que el derecho a participar en la cadena de legitimación antes descrita se instrumenta fundamentalmente a través del derecho de participación en los asuntos públicos mediante la elección de representantes(132) (principalmente parlamentarios), los cuales deben estar dotados de competencias propias, tanto materiales como de control, suficientes como para que la cadena no se rompa(133). No está de más

recordar, una vez más, que conforme al Art. 79 III GG y al nuevo Art. 23 I GG cualquier actuación del poder constituido alemán, incluido el poder de reforma constitucional, se halla sometida al respeto de la garantía mínima del principio democrático y a la soberanía popular tal y como vienen recogidas en el Art. 20 I y II GG, por lo que la interpretación del contenido de la habilitación aperturista tanto de la ley de ratificación y del TUE como del nuevo Art. 23 I GG es decisiva en la determinación de hasta qué punto se ve inicialmente conculcado el principio de legitimación democrática del ejercicio de todo poder público en Alemania, y por conexión el principio de soberanía popular.

La determinación de cuándo se produce esa posible conculcación del principio democrático, se presenta al igual que acontecía con la «estatalidad» como una cuestión polémica doctrinalmente hablando(134), y es, en todo caso, una cuestión de grado, dado el carácter «principial» de la norma que recoge el principio estructural de Estado democrático.

Independientemente de la concreta opción valorativa de los hechos que se adopte -lo cual no es pertinente determinar en estas páginas-, la consecuencia de haber obviado las prescripciones constitucionales mencionadas, caso de que el TUE implicase una merma inaceptable del principio democrático, no podrían ser otras que la inconstitucionalidad tanto del acto normativo interno por el cual el ordenamiento alemán incorpora la norma internacional en que el TUE consiste, como en su caso la de la norma comunitaria derivada, en ambos casos por vulneración del contenido mínimo democrático al que la norma suprema del ordenamiento somete la cesión de competencias(135).

La Constitución española de 1978, por su parte, fruto de un proceso constituyente-constituido, con un fundamento jurídico radicalmente distinto al de Alemania, no escinde el contenido del principio democrático en dos concreciones diversas (soberanía popular y legitimación democrática, sinónimos respectivamente de atribución del poder constituyente al pueblo y de mecanismos de participación en el ejercicio de poder estatal)(136). Se puede decir, en ese sentido, que para la CE el dogma de la soberanía popular (Art. 1.2 CE) sólo tiene sentido jurídico como la inicial concreción estructural del principio de Estado democrático (Art. 1.1 CE) y no como fundamento válido de la cúspide del ordenamiento. La razón de ello, es que, desde la perspectiva de los sujetos agentes del proceso constituyente, la Constitución española de 1978 no era el producto de un proceso constituyente originario,*ex novo*, sino de la modificación de las leyes fundamentales del ordenamiento jurídico franquista(137). Por lo que respecta a los mecanismos, principios y estructuras en que se concreta secundariamente el programa normativo en que consiste el principio democrático en nuestro ordenamiento, éstos sí que son análogos en su conjunto a aquéllos que pretenden hacer efectiva la legitimación popular del ejercicio del poder público en Alemania(138). En este sentido, la inspiración eminente aunque no exclusivamente parlamentaria del principio democrático en los Estados de la Unión Europea, incluido el nuestro, permiten reconducir, en cierto grado, el «*déficit democrático*» que se imputa a la apertura *ad extra* de nuestro ordenamiento a un «*déficit parlamentario*», pues en realidad, como ya señalase el BVerfG(139), la conculcación del principio democrático deriva de la insuficiencia de mecanismos de control por parte de los representantes directos de los ciudadanos de cada Estado en los procesos de creación normativa en los que intervienen los Gobiernos de los Estados(140).

Por otro lado, a semejanza de lo que acontece respecto del principio de soberanía popular en Alemania, el sujeto hacia el cual ha de reconducirse el criterio de

imputación normativa es el «Pueblo» español, es decir, el conjunto de ciudadanos españoles, se califique legislativamente de tales a quien sea, pero no a los ciudadanos europeos, por lo que sólo él sería el titular de la soberanía nacional en estos términos de principio democrático expuestos. Ningún «pueblo europeo» podría suplantarle en la titularidad de la misma, ni aún en el supuesto de que mediante esta sustitución del sujeto la imputación se lograse de un modo, si acaso, más directo(141). Los términos de nuestra norma constitucional son claros: «La soberanía nacional reside en el *pueblo español*, del que emanan todos los poderes del Estado»(142). No parece por consiguiente admisible(143) el razonamiento que pretende salvar el déficit democrático en el ordenamiento comunitario, atentatorio contra el principio democrático, por la vía de la legitimación democrática a nivel supranacional en el Parlamento Europeo(144). El Parlamento europeo no es representante del «pueblo español», del «pueblo alemán», o del «pueblo francés», sino de todos ellos a un tiempo (véase el artículo 138 TCCE), por lo que la cadena de legitimación democrática(145) no puede mantenerse por esa vía(146).

La vulneración o modificación del principio democrático por el poder constituido del Art. 93 CE, no implica una suplantación del poder constituyente originario, sino una infracción de la Constitución, que, dependiendo de su alcance, es decir, del número de normas que, como consecuencia de que la infracción tenga lugar en la cúspide del ordenamiento, van a ser creadas *contra ordinem*, podrá afectar a la «*positividad*» y «*autorreferencialidad*» del sistema. A la alteración del contenido del principio de Estado democrático del Art. 1 CE o, incluso, a su supresión no obsta, por tanto, nada en nuestro ordenamiento siempre que tenga lugar por el correspondiente procedimiento agravado de reforma constitucional(147). Delimitar cuándo la barrera de la integración se ha superado, y cuándo se pretende una alteración del contenido constitucional del principio de Estado democrático, es un problema interpretativo de determinación del nivel competencial mínimo que debe permanecer en manos del Parlamento para no hacer ilusorias las normas constitucionales que contienen los derechos de participación.

En resumen, el respeto a todas las disposiciones de cualquier Constitución que, como la nuestra, se pretenda afirmar como la norma jurídica suprema de un sistema jurídico-positivo autorreferencial, es la mejor garantía para la preservación de la «*positividad*» y «*autorreferencialidad*» del ordenamiento jurídico como conjunto, provengan sus proposiciones normativas de sujetos y procedimientos previstos por ella misma o de sujetos y procedimientos externos, a los que ésta reconoce validez. En otras palabras, la validez jurídica y la propia eficacia política del proceso de integración europea dependen, en último extremo, del mantenimiento de la soberanía constitucional, a la cual pertenece la competencia de reforma constitucional. Sólo desde el desarrollo del proceso de integración europea con pleno respeto a la soberanía constitucional y, en concreto, al cumplimiento de sus dos aspectos positivo y negativo, será posible una verdadera juridificación del proceso de integración europea, y que éste responda realmente a una necesidad de reducción de complejidad en una sociedad internacional realmente existente. Plantearse cómo hacer valer esta soberanía, de momento constitucional, es hablar de cómo debe articularse en cada ordenamiento el control de constitucionalidad de las normas de derecho comunitario(148) que atentan contra la misma para hacer valer su soberanía, pero esta es una cuestión que no es objeto de esta reflexión y que deberá dejarse a ulteriores teorizaciones.

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

(1) El *Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997* por el cual se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de la Comunidad Europea, si bien definitivamente aprobado por los representantes de los Estados miembros no entrará en vigor conforme a su Art. 14.2 hasta que hayan depositado el documento de ratificación todos los Estados signatarios del mismo. El Gobierno espa ol ya ha presentado a las Cortes Generales para su aprobación *el proyecto de Ley Orgánica por la que se autoriza la ratificación de este Tratado*; cfr. *BOCG A-117.1 de 25 de mayo de 1998 y BOCG A-117.3 de 22 de junio de 1998*.

(2) Jurisprudencia constitucional que ha surgido igualmente en Francia (*Decisiones del Consejo Constitucional CC 92-308 de 9.04.1992 -Maastricht I-; CC 92-312 de 2.09.1992 -Maastricht II-; CC 92-313 de 23.09.1992 -Maastricht III-*), en el Reino Unido (*High Court -Queens Bench Division- de 30.07.1993*), y en España (*Decisión del Tribunal Constitucional de 1.07.1992*) con un carácter vinculante. Se obviará toda referencia a las decisiones de los Consejos de Estado de Bélgica (*Dictamen del Consejo de Estado belga de 6.05.1992*), Holanda (*Dictamen del Consejo de Estado holandés de 27.05.1992*), o Luxemburgo (*Dictamen del consejo de Estado luxemburgués de 26.05.1992*), por su falta de carácter vinculante.

(3) Fuera de nuestro estudio queda la influencia que el proceso de integración europea pueda tener sobre los demás principios estructurales, tales como el de Estado social, Estado autonómico y Estado de derecho, establecidos por nuestra Constitución. La razón no estriba en que éstos no se conviertan al igual que la «estatalidad» o el principio de Estado democrático en caracterizaciones de la soberanía, que sí lo son, toda vez que condicionan el modo de creación normativa al más alto nivel, prefigurando así la estructura de nuestro ordenamiento. Se trata de una razón mucho más convencional: el concepto de soberanía no ha sido jurisprudencial ni doctrinalmente constituido en torno a ellos, como sí se ha hecho en tono a la «estatalidad» o el principio democrático, con la afirmación de la soberanía del Estado o la soberanía popular.

(4) En aquellos ordenamientos, como el británico, en los que no existe una forma jurídica distinta de la Ley de la que se pueda predicar su supremacía, sino que es ésta forma jurídica la soberana, es posible igualmente hablar de un sistema jurídico positivo y autorreferencial, cuya soberanía se encarna en la forma jurídica suprema.

(5) Véase en este sentido en Francia, Beaud, O., «La souverainetè de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht», Revue Française de Droit administratif 1993, Nº 9, pág. 1045 ss; en Italia, Luciani, M., «La Constitution italienne et les obstacles à l'intégration européene», Revue Française de Droit constitutionnel 1992, Nº 12, pág. 672 ss.; en Portugal, Miranda, J., «La Constitution portugaise et le Traité de Maastricht», Revue Française de Droit constitutionnel 1992, Nº 12, pág. 682 ss.; en Alemania, Murswiek, D., «Maastricht und der pouvoir constituant», Der Staat 1992, Nº 32, pág. 176-177; y, finalmente, en nuestro país, Aragón Reyes, M., «La Constitución española y el Tratado de la Unión Europea: la reforma de la Constitución», ob. cit., pág. 17 ss.

(6) Sobre la caracterización del ordenamiento jurídico como un sistema social y su diferenciación funcional respecto de los demás subsistemas sociales, véanse con carácter general las colecciones de escritos de Luhmann, N., «Die Aussdifferenzierung des Rechts», Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1981, y, Idem, «Das Recht der Gesellschaft», Suhrkamp, 1993.

(7) Es decir, un "complejo de elementos o componentes directa o indirectamente relacionados en una red causal, de modo que cada componente está relacionado por lo menos con varios otros, de modo más o menos estable, en un lapso dado", conforme a la definición de Hall/Fagen, A.D./R.E, «Definition of Systems», General Systems, 1956, Nº 1, pág. 18-28, citado por Buckley, W., «La sociología y la teoría moderna de los sistemas» (traducción de Aníbal C. Leal), Amorrortu, Buenos Aires, 1970, pág. 70.

(8) A cerca de la composición del sistema jurídico de comunicaciones sobre Recht/Unrecht, véase, Teubner, G. «Recht als autopoietisches System», Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1989, pág. 87-88.

(9) Sobre la diferenciación funcional como mecanismo de estabilización y desarrollo de los subsistemas sociales, en general, y del sistema jurídico, en particular, véase Luhmann, N., «Rechtssoziologie», Westdeutscher Verlag Studium, Opladen, 1983 (2. erweiterte Auflage), pág. 140 ss.

(10) Hablamos de validez circular, porque consideramos que la fundamentación de la validez de cada norma en el ordenamiento ha de ser hallada en aquella jurídico-positivamente superior, es decir en aquélla con fuerza pasiva y activa respecto de la misma, a cuyo respeto se encuentra sometida -es la llamada pirámide normativa en virtud de la fuerza derogatoria, en lugar de la pirámide normativa según el condicionamiento lógico-jurídico de la validez de las normas; cfr. Schilling T., «Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen», Berlin Verlag/Nomos, Berlin 1994, pág. 401 ss.-. La circularidad de la validez reside en que una vez alcanzada la cúspide del ordenamiento y cuando no sea posible derivar la validez de ésta de ninguna otra norma superior anterior, su validez sólo podrá ser derivada autorreferencialmente de la existencia diferenciada misma del sistema jurídico que funda.

(11) Cfr. Luhmann, N., «Das Recht der Gesellschaft», ob. cit., pág. 77.

(12) Es lo que Luhmann denomina «Internalisierung der Umwelt» y «Externalisierung der Selbstreferenz» -Luhmann, N., «Selbstlegitimation des Staates», Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 1981, Beiheft 15, pág. 75-.

(13) Cfr. Luhmann, N., «Rechtssoziologie», ob. cit., pág. 261 ss.-. Pero, en todo caso, la legitimidad es un factor externo al sistema mismo, ínsito en el medio en el cual el sistema tiene su existencia, mas no definitorio del mismo.

(14) Cfr. la definición de legitimidad de Luhmann, N., «Legitimation durch Verfahren», Luchterhand, Darmstadt und Neuwied, 1978 (3ª edición), pág. 28.

(15) Cfr. Luhmann, N., «Positives Recht und Ideologie», Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 1967, Bd. 53, Nº 4, pág. 531 ss.

(16) Respecto de la eficacia general del ordenamiento como condición de validez, véase Kelsen, H., «Reine Rechtslehre», Franz Deuticke Verlag, Wien, 1978 (Unveränderter Nachdruck der zweiten Auflage 1960), pág. 215 ss. Lo que Kelsen llama «*Wirksamkeit*» o «*Effektivität*», se corresponde en Hart, H. L. A., «The concept of law», Clarendon Press, Oxford, 1993 (reprint of the second edition), pág. 116, 117, con la "obediencia general" por los ciudadanos a las reglas de comportamiento («*rules of behaviour*» en la clásica tripartición hartiana de las normas jurídicas) y en la "aceptación general" por los poderes públicos de la regla de reconocimiento suprema en el ordenamiento.

(17) La previsión de mecanismos que institucionalicen el propio cambio del Derecho es la consecuencia de lo que Teubner, G. «Recht als autopoietisches System», ob. cit., pág. 87 llama «*reflexives Recht*», es decir, de que el sistema se identifique como un sistema autopoiético en un mundo de sistemas autopoiéticos, y extraiga de ello consecuencias de carácter operativo (normativo-estructurales).

(18) Cfr. Luhmann, N., «Das Recht der Gesellschaft», ob. cit., pág. 157

(19) Cfr. Luhmann, N., «Legitimation durch Verfahren», ob. cit., pág. 146 ss.

(20) Cfr. Luhmann, N., «Die Geltung des Rechts», Rechtstheorie 1991, Nº 22, pág. 280.

(21) Imagínese una sociedad en que el temor reverencial que provocan las sanciones de los sistemas moral y religioso hace innecesario la regulación del uso de la fuerza para la garantía normativa de las expectativas sociales derivadas de la convivencia, que no van a ser contradichas fácticamente.

(22) Es una consecuencia del principio de «economía explicativa», del que parte el punto de vista desde el cual la Ciencia del Derecho pretende dar explicación al fenómeno jurídico; cfr. Kelsen, H., «Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts», (Unveränderter Neudruck der zweiten Auflage von 1928), Scientia, Aalen, 1960, pág. 99-100.

(23) Cfr. Kelsen, H., «Das Problem der Souveränität », ob. cit., pág. 36, 40.

(24) Por consiguiente, en las cláusulas de reforma constitucional; en un sentido similar, considerando soberano (supremo) en el Estado al poder de reforma constitucional, véase Orfield, L. B., «The amending of the federal Constitution», Da Capo Press, New York 1971 (republication of the first edition of 1942), pág. 147, 155 ss.

(25) Cfr. Jellinek, G., «Allgemeine Staatslehre», (Fünfte Neudruck der dritten Auflage 1914), Julius Springer, Berlin 1929, pág. 481 ss.

(26) En particular, se observa en esa relación entre sistemas que, aún hoy en día, hay un excesivo peso de las operaciones del sistema político en la configuración de las expectativas que pretende garantizar el sistema jurídico, cuando los agentes sociales tienden, quizás, cada vez más a regir sus comportamientos por expectativas de tipo económico, por lo que el sistema económico debería asumir un papel más importante en sus relaciones con el sistema jurídico; cfr. Luhmann, N., «Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft», en «Die Aussdifferenzierung des Rechts», ob. cit., pág. 149-150.

(27) En relación con el tema que nos ocupa, lo serían por ejemplo, las expectativas nacidas a nivel político o social en torno al grado y forma de llevarse a cabo una mayor integración económica, política, y social entre diversos Estados europeos. La recepción de las mismas sólo puede tener lugar a través de los cauces y en los términos expresamente previstos por las normas constitucionales de cada Estado.

(28) Igualmente, la canalización orgánico procedimental de la recepción de las expectativas europeístas, así como las limitaciones de orden material que puedan obstar a su realización, interaccionan también de forma recíproca sobre el medio socio-político y pueden hacer variar la intensidad y el objeto mismo de las expectativas, que se pueden ver de este modo mediatizadas por otras expectativas previamente normativizadas en las normas jurídicas que constituyan los, presupuestos jurídicos de la integración.

(29) Cfr. Luhmann, N., «Das Recht der Gesellschaft», ob. cit., pág. 41-42.

(30) Cfr. Luhmann, N., «Das Recht der Gesellschaft», ob. cit., pág. 193.

(31) Tal es el caso, por ejemplo, de decisiones erráticas de los Tribunales Constitucionales, incumplimientos o violaciones de normas constitucionales sin sanción, etc... Esto no significa, sin embargo, que quebrado el código una vez al no respetarse la programación con la que ha sido dotado de contenido, éste desaparezca y el sistema jurídico perezca. Sólo cuando la discontinuidad alcanza un grado cualitativo o cuantitativo tal que deja de existir la condición de existencia del código, su inserción eficaz en el sistema social global, es decir, cuando desaparece la condición de validez del sistema, es posible hablar de la quiebra de éste y de su substitución, en su caso, por uno nuevo, con un código de validez distinto.

(32) Cfr. Luhmann, N., «Das Recht der Gesellschaft», ob. cit., pág. 203 ss.

(33) Cfr. Luhmann, N., «Das Recht der Gesellschaft», ob. cit., pág. 211.

(34) Cfr. Luhmann, N., «Das Recht der Gesellschaft», ob. cit., pág. 179.

(35) Cfr. Luhmann, N., «Das Recht der Gesellschaft», ob. cit., pág. 41.

(36) Esta comprensión de la categoría de la validez permite, así, trasladarla del orden del fundar (lógica existencial del ordenamiento jurídico), en el que la colocan las clásicas teorías del positivismo normativista, al del funcionar (lógica inmunizadora del sistema jurídico); cfr. Romano, B., «Filosofia del diritto dopo Luhmann. Il "tragico" del moderno», Bulzoni Editore, Roma 1996, pág. 214. En un sentido bien diverso, concibiendo la validez de forma puramente procedimental e ideal, cfr. Requejo Pagés, J. L., «Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente», Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pág. 26-27, 36 ss.

(37) Véase Luhmann, N., «Die Aussdifferenzierung des Rechts», en «Die Aussdifferenzierung des Rechts», ob. cit., pág. 114.

(38) *Programático*, en este sentido, se opone a *programado* y ambos términos representan el equivalente funcional de los conceptos *constituyente* y *constituido* respectivamente de la teoría jurídica tradicional.

(39) Cfr. Luhmann, N., «Die Aussdifferenzierung des Rechts», ob. cit., pág. 116.

(40) Cfr. Luhmann, N., «La Constitution comme acquis evolutionnaire», Droits, 1995, Nº 22, pág. 112-113. La percepción que tiene Luhmann respecto de la función que una Constitución debe cumplir en el sistema jurídico e, incluso, respecto de la que ha cumplido históricamente -si se circunscribe su análisis a la Constitución de los EE.UU. dado que la misma fue considerada norma jurídica suprema desde el inicio-, no parece, sin embargo, predicable respecto de la función que históricamente cumplió la Constitución en los Estados Europeos. La Constitución en estos últimos no fue, muy al contrario, sino la manifestación de la falta de diferenciación entre Derecho y Política e Ideología, y la intromisión en el seno del ordenamiento jurídico de una manifestación de estas últimas, el pacto político entre soberanos o los valores indubitados que un sector de la sociedad consideraba inmutables. Como él mismo pone de manifiesto, la Constitución cumple su función de cierre del sistema jurídico cuando existen una serie de mecanismos (justicia constitucional, mecanismos de reforma constitucional) que aseguran su preeminencia (pág. 113).

(41) El mantenimiento de la distinción entre la soberanía (autonomía) básica del individuo para interrelacionarse utilizando « las operaciones comunicativas del sistema jurídico y la soberanía de la decisión, como adopción autorreferencial de programas de decisión, se erige en un presupuesto de la diferenciación del ordenamiento jurídico; cfr. Luhmann, N., Die Aussdifferenzierung des Rechts», ob. cit., pág. 39-40.

(42) No se trata de considerar que la soberanía de nuestra Constitución sea del llamado tipo continuada absoluta y no autocomprensiva (sobre las categorías de «*continuing omnipotence*» y «*self-embracing omnipotence*», cfr. Hart, H.L.A., «The concept of law», ob. cit., pág. 149 ss., y, más desarrolladamente, Suber, P., «The paradox of the self-amendment», Peter Lang, New York y otros, pág. 74 ss.), de modo que la Constitución no pudiese ceder sus soberanía a ninguna otra norma jurídica del sistema por ella fundamentado. La Constitución puede ceder dicha competencia, pero es preciso suponer que de hacerlo, lo hará: 1º de forma expresa, 2º en favor de una forma jurídica perteneciente al sistema jurídico por ella fundamentado y, por tanto, subordinada a ella o de su mismo nivel en la jerarquía normativa y, 3º sin afectar al aspecto positivo de la soberanía, es decir, sin disolver la «*positividad*» del sistema.

(43) Véase en este sentido, Beaud, O., «La souverainetè de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht», ob. cit., pág. 1045 ss; Luciani, M., «La Constitution italienne et les obstacles à l'intégration européene», ob. cit., pág. 672 ss.; Miranda, J., «La Constitution portugaise et le Traité de Maastricht», ob. cit., pág. 682 ss.; Murswiek, D., «Maastricht und der pouvoir constituant», ob. cit., pág. 176-177; y, finalmente, en nuestro país, Aragón Reyes, M., «La Constitución española y el Tratado de la Unión Europea: la reforma de la Constitución», ob. cit., pág. 17 ss.

(44) Sobre el concepto jurídico-político de Estado, véase Jellinek, G., «Allgemeine Staatslehre», ob. cit., pág. 137-138.

(45) Cfr. Kelsen, H., «Der soziologische und der juristische Staatsbegriff» (Neudruck der zweiten Auflage von 1928), Scientia, Aalen 1962, pág. 86-87.

(46) Sobre la identificación entre soberanía del Estado y soberanía del ordenamiento jurídico, sobre el presupuesto de identificar Estado y ordenamiento jurídico, y de concebir a este último como una unidad, véase Kelsen, H., «Das Problem der Souveränität » ob. cit., pág. 8-9, y 12.

(47) Cfr. Jellinek, G., «Allgemeine Staatslehre», ob. cit., pág. 481.

(48) Cfr. Kelsen, H., «Das Problem der Souveränität », ob. cit., pág. 41-42.

(49) Cfr. *BVerfGE 89, 155, 182 ss.*

(50) Cfr. Kelsen, H., «Das Problem der Souveränität », ob. cit., pág. 43.

(51) Si bien las cláusulas sobre la reforma constitucional no son el fundamento de validez de las demás normas constitucionales, las mismas sí establecen las condiciones de validez de estas normas, que pueden ser sustituidas por otras creadas conforme a las prescripciones de aquéllas.

(52) En el sentido kelseniano del término; cfr. Kelsen, H., «Allgemeine Theorie der Normen», Manz, Wien 1990 (unveränderter Nachdruck der Auflage 1979), pág. 40 ss.Ya está superada la etapa en la que se concebían las normas de derecho internacional exclusivamente como normas primarias, es decir, cuyo destinatario no podía ser el ciudadano en ningún caso, sino sólo el Estado, cuya interposición era necesaria para que se dearrollasen los mandatos genéricos contenidos en las primeras. Un ordenamiento como el comunitario dispone, como es sabido de fuentes normativas cuyo destinatario es tanto el poder público estatal como el comunitario, así como de fuentes cuyo destinatario es el ciudadano.

(53) Con carácter general, sobre la incorporación por parte del ordenamiento estatal de normas de otros ordenamientos sean estos jurídicos o no (internacional, moral, etc...), y sobre su consideración de meras «materias primas» de carácter fáctico para el ordenamiento estatal en el proceso de creación normativa, véase, Schilling, T., «Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen», ob. cit., pág. 300 ss.

(54) En contra de plantear la cuestión de las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno como un problema de monismo o dualismo en la concepción del ordenamiento jurídico, cfr. Donati, F., «Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità", Giuffrè, Milano 1995, pág. 48.

(55) Una formulación clásica del dualismo derecho nacional-derecho internacional, tanto en el objeto de las normas como en su fuente de validez, puede encontrarse en Triepel, H., «Völkerrecht und Landesrecht», Scientia Antiquariat, Aalen 1958 (Unveränderter Nachdruck der Ausgabe Leipzig 1899), pág. 9, 11 ss., 27 ss. Contemporáneamente, esta es la posición también de Kokott, J., «Deutschland in Rahmen der Europäischen Union. Zum Vertrag von Maastricht», Archiv des öffentlichen Rechts, 1994, Bd. 119, Nº 2, pág. 207 ss., la adoptada por la BVerfGE 89, 155; y en opinión de Donati, F., «Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità», ob. cit., pág. 49 ss., la adoptada inicialmente por la Corte Costituzionale, que, no obstante, hoy ya no es afirmada por aquélla en toda su extensión. Dualismo del que parece partir también el análisis de Weiler, J. H. H., «Il sistema comunitario europeo», Il Mulino, Bologna, 1985, pág. 36, al sostener que la naturaleza evolutiva de la doctrina de la primacía del derecho comunitario es necesariamente bidimensional, desde el punto de vista del derecho comunitario y desde el punto de vista del derecho interno de cada Estado miembro; cfr. Idem, «The transformations of Europe», The Yale Law Journal, 1991, Vol. 100, Nº 8, pág. 2414-1415 (existe traducción al castellano de este artículo, por María Ángeles Ahumada Ruiz, en «Europa fin de siglo», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, con prólogo de Francisco Rubio Llorente). Igualmente dualista la postura de Grewe, C., «La revision constitutionnelle en vue de la ratification du traité de Maastricht», Revue Française de Droit Constitutionnel, 1992, Nº 11, pág. 419.

(56) Cfr. Kelsen, H., «Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts», ob. cit., pág. 120-121 ss.

(57) Respuesta, que para algunas teorías del derecho, no obstante, no es posible encontrar, por lo que esa confrontación es ineludible; cfr. Maccormick, N., «La sentencia de Maastricht: soberanía ahora», Debats, 1996, Nº 5, pág. 29.

(58) Cfr. Solozábal Echavarría, J. J., «Algunas consideraciones constitucionales sobre el alcance y efectos de la integración europea», Revista de Estudios Políticos, 1996, Nº 90, pág. 56, 57, 59-60

(59) En este último estrato normativo, la distinción entre aplicabilidad y validez carece de sentido, pues la última norma, intangible, no puede disponer de su propia aplicabilidad sin desdoblarse en dos normas, la competencial dispositiva y la material dispuesta, y sin, con ello, tener que presuponer que la primera es, a su vez, también indisponible para cualquier otra norma del sistema, y así *ad infinitum*. La distinción entre validez y eficacia presupone una norma superior que organiza las relaciones horizontales o de

aplicabilidad entre distintas normas, sea de carácter consuetudinario (como sucedía en los ordenamientos preestatales medievales) sea de carácter escrito (como sucede en los modernos ordenamientos estatales territorialmente o internacionalmente descentralizados). Pero ocurre, en todo caso, sólo respecto de las normas infraconstitucionales, es decir, respecto de aquellas que se encuentran en la jerarquía normativa por debajo de la norma organizadora. Pluralista es, también, la teoría sostenida por Requejo Pagés, J. L., «Sistemas normativos, Constitución y ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas», Mcgraw Hill, Madrid, 1995, pág. 1-2, 9 ss., y Requejo Pagés, J. L. «Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente», ob. cit., pág. 36 ss., por más que pretenda la existencia de unidad estructural, dado que la Constitución nacional es la norma que decide sobre la aplicabilidad de cualquier norma con independencia del sistema jurídico en el que se haya formado, y pluralidad genética, puesto que las normas internacionales o comunitarias encuentran su fundamento de validez fuera del ordenamiento nacional.

(60) Postura adoptada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en reiteradas decisiones, *ASS. 6/64 "Costa/Enel" de 15.07.1964; ASS. 9/65 "Saint Michele" de 22.06.1965; ASS. 11/70 "Internationale Handelsgesellschaft" de 17.12.1970; ASS. 8/71 "Comisión c/ Italia" de 13.07.1972*", entre otras. En este mismo sentido, la valoración de la postura monista del TJCCEE hecha por Donati, F., «Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità», ob. cit., pág. 49.

(61) Aspecto éste que, sin embargo, admite Requejo Pagés, J. L., «Sistemas normativos, Constitución y ordenamiento....», ob. cit., pág. 1, nota al pie nº 3, a pesar de su postura pluralista respecto de la génesis de los ordenamientos estatal e internacional, para quien los Estados apenas han superado el estado ideal de naturaleza, lo que desde la óptica de la construcción hobbesiana debería conducir a negar la existencia aún de ordenamiento jurídico. Sin embargo, admite la validez autónoma del sistema jurídico internacional a partir de una radical distinción entre las categoría del validez -meramente ideal y procedimental- y eficacia del sistema jurídico en su conjunto, a la que niega el carácter de condición *sine qua non* de la validez; cfr. Requejo Pagés, J. L., «Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente», ob. cit., pág. 21 ss..

(62) Cfr. Kelsen, H., «Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht» (1958), en «Die wiener rechtstheoretische Schule», Europa Verlag, Wien y otros 1968, pág. 2214 ss.

(63) Cfr. en este sentido, Mangas Martín, A., «Derecho comunitario europeo y derecho español», Tecnos, Madrid 1986, pág. 90, 140 y 141, e inicialmente, Requejo Pagés, J. L., «Posición de las normas internacionales en el ordenamiento español», Revista Española de Derecho Constitucional 1992, Nº 34, pág. 41 ss.

(64) Cfr. Kelsen, H., «Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts», ob. cit., pág. 239, 240, 241. La formulación de este principio podría ser tal que: "debe ser reconocido como Estado (ordenamiento jurídico estatal) aquel conjunto de normas que se imponen eficazmente sobre un determinado territorio y grupo humano".

(65) Dado que otra norma de Derecho internacional general «pacta sunt servanda» es una costumbre que se encuentra en el mismo nivel de la jerarquía normativa que el «principio de eficacia» y que debe ser compatibilizada con éste, la consecuencia, a nuestros efectos, no sería otra, sino que el Tratado tendría primacía sobre cualquier norma de Derecho interno y, dado que los Tratados constitutivos de las CCEE así lo disponen, el derecho comunitario derivado también.

(66) En este caso, si las normas de reforma constitucional de la Constitución estatal permitiesen la modificación de todas sus disposiciones, incluida la propia cláusula de reforma que permite el ejercicio del poder constituyente constituido por las normas de derecho internacional (sea éste general, convencional o comunitario), la soberanía pasaría a estar en manos del ordenamiento internacional, que podría modificar dicha cláusula suprimiendo, por ejemplo, la posibilidad de reformas constitucionales estatales contrarias al Derecho internacional o subordinándolas a las normas internacionales (v. gr. el artículo 46 del Convenio de Viena sobre derecho de los Tratados, que no admite la invocación de cualesquiera normas constitucionales internas infringidas en la formación de un tratado internacional cuando las mismas no sean de carácter esencial y la violación no haya tenido carácter manifiesto para los demás Estados suscribientes de la norma convencional).

(67) Cfr. respecto de las Comunidades Europeas véase Pescatore, P., «L'ordre juridique des Communautés Européenes», Presses Universitaires de Liege, Liege 1975, pág. 49; Isaac, G., «Manual de Derecho Comunitario General», Ariel, Barcelona 1985, pág. 353, para quien «las Comunidades encuentran su origen y su estatuto (jurídico se entiende) en un tratado, acto de Derecho internacional», aunque se apresta inmediatamente a añadir que no encuentran dicho origen en una «Constitución, acto de Derecho interno», afirmación esta última de la que discrepamos, como pondremos de manifiesto en las páginas que siguen.

(68) Cfr. Pescatore, P., «L'ordre juridique des Communautés Européenes», ob. cit., pág. 166 ss.

(69) Si bien, sólo la norma fundamental presupuesta del Derecho internacional nos explica el «porqué» de la validez del sistema jurídico internacional, la eficacia mínima del sistema en su conjunto nos determina el «cuándo» de dicha validez; «cuándo» que se constituye en presupuesto para poder fundamentar lógicamente la validez del ordenamiento jurídico en su conjunto; cfr. Kelsen, H., «Reine Rechtslehre», ob. cit., pág. 219. Para el insigne jurista austríaco, el Derecho Internacional alcanza, no obstante su carácter de ordenamiento primitivo y descentralizado, un grado mínimo de eficacia que permite presuponer su validez como ordenamiento jurídico; cfr. Kelsen, H., «Derecho y paz en las relaciones internacionales» (Conferencias pronunciadas por el autor en Harvard en 1941, traducidas y reunidas por Florencio Acosta), Editorial Nacional, México 1980, pág. 53, 81 ss, 93 ss., sobre la base de afirmar tanto la juridicidad del sistema normativo internacional, como su efectivo carácter existente; en un sentido similar Verdross, A., «Völkerrecht» (Dritte Auflage), Springer Verlag, Wien 1955, pág. 60.

(70) Cfr. Burckhardt, W., «Die Organisation der Rechtsgemeinschaft» (Zweite Auflage), Polygraphischer Verlag, Zürich 1944, pág. 351, 355 ss. El jurista suizo traslada el problema al plano de la «*positividad*». La inexistencia de una organización, en cuyo marco un órgano esté habilitado para determinar qué derecho es obligatorio y cuál no, privaría al ordenamiento de su necesario carácter positivo. En el caso del Derecho internacional se trataría, por consiguiente, de un «ordenamiento de la razón» (*Vernunftsrecht*) similar al «derecho natural», con existencia en el mundo de las ideas, más sin existencia positiva real.

(71) Algunos autores como Larenz, K., «Das Problem der Rechtsgeltung», (Unveränderter Nachdruck der Ausgabe von 1929) Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1967, pág. 26 ss., pretenden una cierta identificación entre la eficacia mínima del ordenamiento en su conjunto y la positividad del derecho, toda vez que el derecho en tanto que positivo ha de ser una realidad temporal efectivamente existente -*Geltungsbestand*-, además de constituir un modelo normativo intemporal, determinado por su pretensión de existencia jurídica ideal -*Geltungsanpruch*-. La «efectividad» constituiría así uno de los momentos dialécticos en la relación entre la «validez en el mundo del ser» y la «validez en el mundo del deber ser» que caracteriza al fenómeno jurídico.

(72) Y de uno solo, aquél que represente el punto de vista de conocimiento del ordenamiento jurídico que utilice el científico del Derecho. De este modo, los demás ordenamientos estatales, no serían sino, subsistemas normativos integrados en la unidad fundada sobre el ordenamiento estatal del cual parte la observación, en la medida en que sean reconocidos por éste; cfr. en este sentido, Kelsen, H., «Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts», ob. cit., pág. 187-188 ss.; igualmente, criticando el «absurdo» (sociológico, suponemos) a que conduciría la teoría del monismo con primacía del derecho estatal así entendida por Kelsen, Hart, H.L.A., «Kelsen's doctrine of the unity of law» (1968/1970), en «Essays on Jurisprudence and Philosophy», Clarendon Press, Oxford, 1985 (reprinted first edition of 1983), pág. 311, 319.

(73) Habitualmente, se distingue entre validez interna y validez externa del Derecho internacional, distinción que data del siglo pasado y que, como pone de manifiesto Mirkine-Guetzevitch, B., «Droit constitutionel international», Librairie du Recueil Sirey, Paris 1933, pág. 151, tuvo su inspiración en el principio monárquico. Pero, si la validez jurídica, externa al Estado y condicionada por un mínimo de eficacia, es negada respecto del Derecho internacional, no se puede sino concluir que su validez sólo es tal en el marco interno del ordenamiento jurídico estatal en el que tenga acogida. Fuera del marco del ordenamiento jurídico estatal, las normas internacionales no serían sino hechos, conforme al principio de exclusividad, y se transforman en normas jurídicas estatales mediante el mecanismo de producción jurídica en que consiste la técnica del reenvío u otra técnica jurídica de similares efectos; cfr. La Pergola, A., «Poder exterior y Estado de Derecho», Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca 1987, pág. 15; Schilling, T., «Rang und Geltung in gestuften Rechtsordnungen", ob. cit., pág. 300-301.

(74) Cfr. Zorn, P., «Die deutsche Staatsverträge», Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschft, 1880, Bd. 36, pág. 1 ss.; Zorn, A., «Grundzüge des Völkerrechts», segunda edición, 1903, pág. 7 ss., citados ambos por Kelsen, H., «Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts», ob. cit., pág. 155, nota al pie nº 3; también, Wenzel, M., «Juristische Grundprobleme (Der Begriff des Gesetzes)», Berlin 1920, pág. 402 ss. En contra, desde planteamientos pluralistas, véase Triepel, H., «Völkerrecht und Landesrecht», ob. cit., pág. 79 ss.

(75) Se habla, por tanto, de integración, de recepción, (más o menos automática) o de transformación (en aquellos ordenamientos que parten de un falso dualismo) de las normas comunitarias en el ordenamiento estatal, sólo en sentido figurado, como en una especie de metáfora jurídica, pues las «presuntas» normas internacionales o comunitarias no son más que «materias primas» de carácter fáctico para el ordenamiento jurídico antes de que éste elabore con ellas auténticas normas jurídicas a través de los distintos mecanismos operativamente reflexivos de reacción ante la apertura cognitiva que le caracterizan; cfr. Schilling, T., «Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen», ob. cit., pág. 300-301 ss.

(76) Cfr. Mirkine Guetzevitch, B., «Droit Constitutionnel international», ob. cit., pág. 166. La validez interna del Tratado internacional es condición para la validez internacional del mismo. Al margen de que esta conclusión sólo se refiere a los Tratados internacionales, no despejando la incógnita de qué acontece respecto de la validez de las reglas de derecho internacional general, es interesante destacar que esta doctrina es anterior al Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, sobre cuya base se restringen enormemente los supuestos en los que se pueden alegar infracción de las normas constitucionales internas para invalidar internacionalmente un Tratado internacional (véase Art. 46 del Convenio). Cabría preguntarse si, siendo válido este Convenio, las condiciones internas de validez de los Tratados internacionales, se han visto reducidas a aquellas previstas internacionalmente. No debería ser así, pues el Convenio de Viena, en tanto Tratado internacional, no tiene en nuestro ordenamiento valor reformador de la Constitución.

(77) No teniendo por que ser considerado este punto de vista del que parte el conocimiento científico de la verdadera naturaleza de las relaciones entre el Derecho internacional en general y el comunitario, en particular, y el derecho estatal, como un punto de vista subjetivo por el que es posible optar, pero cuya última consecuencia es la negación del propio concepto de Derecho, que requiere de una objetividad, que sólo le puede dar la primacía del derecho internacional (cfr. Kelsen, H., «Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts», ob. cit., pág. 315-116).- Muy al contrario, esta perspectiva es la única que rindiendo tributo a la «*positividad*» del sistema jurídico, permite a este tener una existencia objetiva y diferenciada del resto de los sistemas sociales, por lo menos mientras las normas del ordenamiento internacional en general, y, en particular, el «principio de eficacia» carezcan de una propia inserción eficaz en el medio social al margen del ordenamiento estatal.

(78) En un sentido diverso, considerando que el fundamento de la primacía de las normas de derecho comunitario se encuentra en las mismas normas comunitarias, que habría que considerar normas de cierre del sistema, cfr. Sorrentino, F., «Ai limiti dell'integrazione europea: primato delle fonti o delle istituzione comunitarie?», Politica del Diritto 1994, Nº 2, pág. 194. Prevalencia que, no obstante, el autor admite (pág. 197) que cede ante los valores y estructuras constitucionales fundamentales del Estado.

(79) En lo que se ha denominado «nacionalización» de derecho comunitario, a clara alusión a la constitucionalización de la vinculación de los Estados con la Unión Europea; cfr. Rubio Llorente/Daranas Peláez, F./M., «Constituciones de los Estados de la Unión Europea», Ariel, 1997, pág. XXI.

(80) Así, por ejemplo, la Constitución puede haber cedido la competencia de reforma constitucional a las normas de derecho estatal externo, siempre que esa expectativa goce de un consenso social lo suficientemente amplio como para requerir su normativización al más alto nivel (tal es el caso de la Constitución holandesa). Los resultados de las consultas populares llevadas a cabo en Dinamarca con ocasión de la ratificación del Tratado de la Unión Europea, mostraban el ejemplo opuesto, de una insuficiente extensión de la expectativa, que podemos llamar europeísta, y por ello, aquél ordenamiento tuvo serias dificultades para proceder aun siquiera a su apertura *ad extra*. Entre estas dos opciones hay múltiples opciones intermedias que analizaremos seguidamente.

(81) Aunque no sea éste ni el momento ni el lugar para su discusión, debe tenerse en cuenta, que la Constitución holandesa coexiste con el "*Estatuto para el Reino de los Países Bajos*" de 1954, especie de

"supra-constitución federal", en el que se regula la organización del Reino de los Países Bajos, compuesto por los Países Bajos, y los países de ultramar (las Antillas Holandesas y Aruba). Este Estatuto prevalece en caso de conflicto sobre las Constituciones de los distintos países que componen el Reino (Art. 5.2 del Estatuto), y en su modificación debe seguirse un procedimiento especial en el que se requiere el consentimiento de los países de ultramar(Antillas o Aruba) afectados (Art. 55 del Estatuto), no pudiendo concluirse un tratado internacional económico o financiero que obligue a los países de ultramar, si el gobierno del país en cuestión se opone por causarle el tratado un perjuicio. Sin embargo, que la propia Constitución holandesa disponga en su Art. 142 que se podrá armonizar la Constitución con el Estatuto para el Reino de los Países Bajos, en su Art. 120 que los tribunales están imposibilitados para enjuiciar la constitucionalidad de las leyes del parlamento, o en su Art. 140 que las leyes existentes y otras normas jurídicas y resoluciones que estén en conflicto con una enmienda a la Ley fundamental, permanecerán en vigor hasta que se disponga sobre las mismas de acuerdo con la Constitución, parece negar la existencia de una auténtica jerarquía jurídico positiva entre estas dos normas, que sólo regularían, como leyes especializadas, materias distintas. En contra de esta interpretación habla, sin embargo, la excepcional decisión de 14 de abril de 1989 de la Corte Suprema holandesa (NJ 469) por la que se medía la conformidad de una Ley de los Países Bajos conforme a normas contenidas en el Estatuto, precisando, de este modo, el sentido de la prohibición del Art. 120 de la Constitución holandesa. Sobre la estructura general del ordenamiento constitucional holandés puede verse, Alen, A. (Edit.), «Encyclopaedia of Laws. Constitutional Law», Vol. II, «The Netherlands» (Kortmann/Bovend´eert), Kluwer, Deventer/Boston, 1993, pág. 33 ss., 143-144; Blaustein/Flanz, «Constitutions of the Countries of the World» , Vol. XXIII, «Netherlands», (osterhagen/van der tang), Oceana, Dobbs Ferry/New York, 1990, pág. 4; y sobre el contenido del Estatuto del Reino de los Países Bajos, Mazeran, H., «Le statut d'Aruba», Revue Generale de Droit International Public, 1989, Nº 4, pág. 861 ss.

(82) En este sentido, Öhlinger, T., «Verfassungsrechtliche Aspekte eines Beitritts Österreichs zu der EG», Manz, Wien, 1988, pág. 48; en sentido diverso, considerando que la apertura ad extra del ordenamiento en el Art. 50.3 también afecta a la competencia de reforma total, Walter Alter/Mayer, R./H., «Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts», Manz, Wien, 1992 (siebte Auflage), Rz. 230, pág. 92.

(83) Véase la conexión entre los artículos 24 I y 79 III GG tal y como han sido interpretados por la doctrina y la jurisprudencia; cfr. Randelzhoffer, A., «Art. 24 GG. Kommentar», ob. cit., pág. 20 ss. No está de más recordar que el Art. 24 I GG fue, hasta la nueva redacción del Art. 23 GG, como consecuencia de la ratificación del Tratado de Maastricht, el comodín normativo por el que la RFA participaba en las instituciones comunitarias, y del cual la doctrina había derivado con fundamento en la declarada voluntad europeísta de la Grundgesetz, proclamada en su Preámbulo, una habilitación para reformas constitucionales implícitas, al margen del procedimiento del Art. 79 GG. La distinción en aquel país de un núcleo constitucional supraordenado a las demás disposiciones constitucionales (Art. 79 III GG), intangible en todo caso, y en cuyo seno se encontraban el principio democrático y el mantenimiento de la soberanía estatal, hace de la posible cesión del poder de reforma a instancias internacionales un problema de naturaleza radicalmente distinta al que se podría plantear en nuestro ordenamiento dada la ausencia de cláusulas de intangibilidad expresas, si se pretendiese admitir una propuesta de interpretación constitucional de efectos similares a aquellos de la RFA. Véase, sin embargo, en aquel mismo sentido en nuestro país la opinión de Mangas Martín, A., «Derecho comunitario europeo y Derecho español», ob. cit., pág. 32, 140 ss.; en último extremo también conducirían a estas conclusiones los planteamientos de Otto y Pardo, I. de, «Derecho Constitucional. Sistema de fuentes», Ariel, Barcelona 1989, pág. 27; en contra de una asimilación tal parece haberse expresado, no obstante, nuestro Tribunal Constitucional en su *Declaración de 1.07.1992 FJ 4º.*

(84) Cfr. Luciani, M., «Le Constitution italienne et les obstacles á l'integration européene», ob. cit., pág. 664 ss.; Sorrentino, F., «Ai Limiti dell'integrazione europea: primato delle fonti o delle istituzione comunitarie?», ob. cit., pág. 197; Cartabia, M., «Principi inviolabili e integrazione europea», Giuffré, Milano, 1995, pág. 150 ss.; con corroboración, igualmente, en la jurisprudencia de la Corte Constitutcional a partir de la *Sentencia nº 232 de 1989*. El fundamento de esta cesión parcial de soberanía habría que encontrarlo en el artículo 11 de la Constitución italiana.

(85) Las normas comunitarias estarían subordinadas únicamente a una supraconstitucionalidad, en que se concreta la Constitución material, una parte esencial de la cual es la «estatalidad» de Francia, las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía; en este sentido, cfr. Beaud, O., «La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht», ob. cit., pág. 1045 ss, 1067-1068. No es, sin embargo, una opinión pacífica en la doctrina francesa -así por ejemplo, se manifiesta en favor de una

subordinación total del derecho comunitatio a la Constitución nacional, Abraham, R., «Droit international, droit communautaire et droit française», Hachette, Paris, 1989, pág. 185-186 y 33 ss.-, que se divide en torno a este tema de forma casi paralela a la división que se produce en torno a la total revisibilidad o no de la Constitución francesa; sobre este paralelismo, véase, Grewe, C., «La révision constitutionnelle en vue de la ratification du traité de Maastricht», Revue Française de Droit Constitutionnel, 1992, Nº 11, pág. 422 ss.

(86) Cfr. Grewe/Weber, «Le traité sur l'union devant les jurisdictions constitutionnelles», Annuaire International de Justice Constitutionnelle, 1993, Vol. IX, pág. 26; Herdegen, M., «Die Belastbarkeit des Verfassungsgefüges auf dem Weg zur europäischen Union», Europäische Grundrechtszeitschrift, 1992, Nº 24, pág. 591. Para este último autor, habría sido, incluso, pertinente exigir en el Art. 23 I GG incluso el carácter expreso de la reforma constitucional por la que se autoriza cualquier fase del proceso de integración europea que se revele contraria a la Ley Fundamental.

(87) En virtud de lo cual el Consejo Constitucional dictó sus decisiones *CC 92-308 de 9.04.1992 -Maastricht I-, CC 92-312 de 2.09.1992 -Maastricht II-, y CC 92-313 de 23.09.1993 -Maastricht III-*.

(88) La más reciente decisión del Consejo constitucional, en la que se controla la constitucionalidad de la celebración de un tratado por afectar a las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía constitucional, es la *Decisión CC 97-394 de 31.12.1997 sobre la ratificación del Tratado de Amsterdam*, por la que se declara la contradicción entre las disposiciones de este tratado y la Constitución Francesa, al exceder las disposiciones del mismo la habilitación del Art. 88.2 CF sobre las participación francesa en las Comunidades Europeas.

(89) Diversos parlamentarios se han manifestado en este sentido (v. gr. *Seguin*, Debats, Sesión de la Asamblea Nacional de 5 de mayo de 1992; *Bruhnes*, Debats, Sesión de la Asamblea Nacional de 6 de mayo de 1992; *Pasqua*, Debats, sesión del Senado de 2 de junio de 1992; *Mazeaud*, Debats, Sesión del Senado de 7 de mayo de 1992, citados todos ellos por Grewe, C., «La révision constitutionnelle en vue de la ratification du traité de Maastricht», ob. cit., pág. 426, nota al pie nº 1). Especialmente, le es imputable, además, al senador Mazeaud la paternidad de un proyecto de reforma constitucional por el cual se introduciría un *nuevo apartado 5º al artículo 88*, que permitiría al Consejo Constitucional controlar *a priori* la constitucionalidad de los actos de derecho comunitario y en su caso, impedir la participación del poder público francés en su emanación y, por tanto, su válido nacimiento al mundo jurídico, si no se procede a la previa reforma constitucional; sobre la discusión constitucional en relación con la introducción de este apartado 5º, véase Passeleq/Lenoir/Luchaire/Cohen-Tanugi/Roux/Favoreau/Maus, «Les Constitutions nationales face au droit européen. Conference-debat - 12 juin 1996», Revue Française de Droit Constitutionnel, 1996, Nº 28, pág. 675 ss.

(90) Que no tienen por qué coincidir con los valores fundamentales que son indisponibles para el poder de reforma constitucional; así, por ejemplo en el ordenamiento italiano, en opinión de Donati, F., «Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità», ob. cit., pág. 212-213, las limitaciones de soberanía requeridas por la integración comunitaria autorizada por el artículo 11 de la Constitución encuentran debido a su fundamentaciuón finalista ("ser necesarias para perseguir la paz y la justicia entre las naciones") un núcleo intangible de «*contra-limiti*» mayor que el que afecta al poder constituyente constituido.

(91) Como alguno de los autores defensores de esta postura admite, la soberanía pasa de ser un concepto formal predicable de normas jurídicas, a ser un concepto material o soberanía de los valores; cfr. Cartabia, M., «Principi inviolabile e integrazione europea», ob. cit., pág. 209 ss.

(92) En este sentido, la conclusión también de Rodríguez Vergara Díaz, A., «Los límites constitucionales a la cesión de competencias a la unión: comentario a la Declaración del Tribunal Constitucional español sobre el Tratado de la Unión Europea», en «XVI Jornadas de estudio: la Constitución Española en el ordenamiento comunitario (I)», Vol. I, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid 1995, pág. 925, 931. Una interpretación distinta, favorable a limitar la apertura *ad extra* de nuestro ordenamiento con el núcleo identificativo de nuestro orden constitucional, se puede encontrar en Solozábal Echavarría, J. J., «Algunas consideraciones constitucionales sobre el alcance y los efectos de la integración europea», ob. cit., pág. 59-60.

(93) Véase respecto de Italia, Cartabia, M., «Principi inviolabili e integrazione europea», ob. cit., pág. 141 ss. En Francia, se alzan algunas voces en contra de admitir la existencia de una supraconstitucionalidad (implícita) que vincule no sólo ya al poder comunitario, sino al propio poder de reforma constitucional, y abogan por la consideración de todas las normas constitucionales con un sólo rango jerárquico el supremo; cfr. Vedel, G., «Souveraineté et supraconstitutionalité», Pouvoirs, 1993, Nº 67, pág. 79 ss.

(94) Cfr. Donati, F., «Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità», ob. cit., pág. 213-214.

(95) Cfr. *Declaración del Tribunal Constitucional de 01.07.1992 (F.J. 4º).*

(96) Cfr. *Declaración del Tribunal Constitucional de 1.07.1992, F.J. 4º.* Habilitación expresa que, como ya se ha observado, sí existe en la Constitución Holandesa, Art. 91.3.

(97) Respecto de construcción de la pirámide normativa en atención a la fuerza derogatoria de las normas, cfr. Schilling, T., «Rang und Geltung von normen in gestuften Rechtsordnungen», ob. cit., pág. 401 ss.

(98) No es este el momento de abordar el problema de la naturaleza «revolucionaria» o «continuista», desde un punto de vista formal, de nuestra Constitución de 1978 con respecto a las Leyes Fundamentales del régimen anterior; sobre este asunto, véase Requejo Pagés, J. L., «Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente», ob. cit., pág. 123 ss.; así como Aláez Corral, B., «La Constitución Española de 1978: ¿Ruptura o reforma Constitucional», Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, 1997, Nº 9, pág. 161 ss.

(99) Sobre la articulación jurídica de las normas constitucionales inconstitucionales en el ordenamiento alemán véase Bachof, O., «Verfassungswidrige Verfassungsnormen» (1951), en «Wege zum Rechtstaat. Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht», Athenäeum, Königstein 1979, pág. 5 ss.

(100) Sobre el carácter normativo supremo sólo de la Constitución formal, véase Otto y Pardo, I. de, «Derecho constitucional. Sistema de fuentes», ob. cit., pág. 18.

(101) No parecería, de otro lado, lógica la exigencia de un procedimiento mucho menos rígido para modificar la Constitución vía la apertura europeísta del ordenamiento, que vía el procedimiento de reforma interna; Cfr. López Aguilar, J. F., «Maastricht y la problemática de la reforma de la Constitución», Revista de Estudios Políticos 1992, Nº 77, pág. 81.

(102) Cfr. *Declaración del Tribunal Constitucional de 1.07.1992, F.J. 4º.* En este sentido, igualmente, Rubio Llorente, F., «La Constitución española y el Tratado de Maastricht», ob. cit., pág. 255-256; Aragón Reyes, M., «La Constitución española y el Tratado de la Union Europea: la reforma de la Constitución», ob. cit., pág. 15.

(103) Postura que sostiene cierto sector de nuestra doctrina; Cfr. Muñoz Machado, S., «La Unión Europea y las mutaciones del Estado», Alianza, Madrid 1993; Rodríguez Zapata y Pérez, F., «Los tratados internacionales y los controles de constitucionalidad», Revista Española de Derecho Administrativo 1981, Nº 30, pág. 481 ss.; y, sobre todo, Sánchez Rodríguez, L. I., «El artículo 93 y el bloque de la constitucionalidad: algunos problemas», en «Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor García de Enterría», Civitas, Madrid 1991, pág. 233 ss.

(104) El Tribunal Constitucional afirma en su jurisprudencia (ya desde *su Sentencia 28/91 de 14 de febrero*) que la vulneración por parte del «Derecho interno del Estado», de aquellos límites competenciales que, por expresa habilitación constitucional, le quedan fijados por la Ley Orgánica de incorporación a las Comunidades Europeas y por los Tratados constitutivos de las mismas , no representa un problema de constitucionalidad y, por tanto, es un problema de legalidad ordinaria que queda al margen de su competencia.

Lo cierto, es que el hecho de que las normas que delimitan este ámbito competencial del «Derecho interno del Estado» no tengan rango constitucional, no implica necesariamente que carezca de relevancia constitucional el problema de su vulneración por la legalidad ordinaria del Estado. Aquellas normas forman parte del llamado «bloque constitucional», que por su función de concreción de las indefiniciones políticas dejadas abiertas por la Constitución tanto *ad intra* como *ad extra*, cumplen una

función similar a la de aquella y requieren ser indirectamente utilizadas por el Tribunal Constitucional para la preservación de la supremacía de la Constitución (en este caso del Art. 93 CE); cfr. Requejo Rodríguez, P., «Bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad», Universidad de Oviedo, Oviedo, 1997, pág. 113 ss.

(105) La excepción que permite el Art. 93 CE, como bien ha puesto de manifiesto el TC, es de naturaleza orgánico-procedimental, no material, por lo que no es posible entender alterables más que las reglas constitucionales atinentes a los órganos y procedimientos de creación normativa infraconstitucional, y no aquellas relativas a los contenidos, límite material de dicha normación, que por consiguiente quedan inalterados; Cfr. *STC 28/91 de 14 de Febrero, F.J. 4º; Declaración del Tribunal Constitucional de 1.07.1992, F.J. 4º.*

(106) Cfr. *STC 28/91 de 14 de febrero, F. J. 5º, STC 36/91 de 14 de febrero, F. J. 5º y STC 64/91 de 22 de marzo, F. J. 4º a).*

(107) A lo sumo de una Norma hipotética fundamental, que escapa al conocimiento jurídico-positivo de la Ciencia del Derecho, hipótesis lógica a partir de la cual reconocemos la validez y positividad de un ordenamiento jurídico; Cfr. Kelsen, H., «Reine Rechtslehre», ob. cit., pág. 196 ss.

(108) Véase en este sentido Murswiek, D., «Maastricht und der pouvoir constituant», ob. cit., pág. 161 ss.; Beaud, O., «La souverainetè de l'Etat, le pouvoir constituant et le traite de Maastricht», ob. cit., pág. 1051. Una conexión totalmente directa entre «soberanía constitucional» (Verfassungshochheit) y «estatalidad» se puede encontrar en Schachtschneider, K. a., «Der Vertrag über die Europäische Union und das Grundgestz», Juristen Zeitung 1993, Nº 15-16, pág. 751 ss., quien, por otra parte, fue uno de los representantes legales de los demandantes de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal en el asunto Maastricht.

(109) No parece, pues admisible, como sostiene López Aguilar, J. F., «Maastricht y la problemática de la reforma de la Constitución», ob. cit., pág. 60 ss., que la integración en una organización supranacional por la vía del artículo 93 CE represente un supuesto de mutación constitucional, pues, para una Constitución que pretenda ser norma jurídica suprema todos sus preceptos son de igual y obligado cumplimiento, incluidos aquellos de la reforma constitucional.

(110) Al respecto de la inadecuación de la categoría mutación constitucional debido a sus efectos desjuridificadores de la Constitución, véase Cfr. Böckenförde, E-W., «Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel», en Badura/Scholz (Hrsg.) «Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag», C.H. Beck, München, 1993, pág. 11 ss.

(111) Ver por todos Murswiek, D., «Maastricht und der pouvouir constituant», ob. cit., pág. 161 ss.; Schachtschneider, K. A., «Der Vertrag über die Europäische Union und das Grundgestz», ob. cit., pág. 751 ss.

(112) Cfr. Kirchhof, P., «§ 183 Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration», en Isensee/Kirchhof (Hrsg.) «Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland» Bd. I, C.F. Müller, Heidelberg 1987, pág. 864-865, Rdn. 21.

(113) Como muestra baste mencionar a Lerche, P., «Europäische Staatlichkeit und die Identität des Grundgestzes», ob. cit., pág. 131 ss., para quien, en conjunto, el problema no se sitúa en determinar si la «estatalidad» forma o no parte de los contenidos del Art. 20 I GG y, por consiguiente, está protegida por el Art. 79 III GG, sino que se halla en la forma del tránsito entre la concepción de la estatalidad actualmente existente, y aquélla que se pretenda en el marco de un futuro Estado federal europeo, en concreto en el respeto al poder constituyente del pueblo del Art. 146 GG, y a la adopción por éste, bien en una única decisión, bien en un proceso paulatino manifestando una voluntad favorable a dicha transformación, de un principio cuyas manifestaciones son las demás caracterizaciones del Estado recogidas en el mencionado Art. 20 I GG.

(114) El Artículo 79 III GG representa la *cláusula de intangibilidad* que la Ley Fundamental de Bonn le ha impuesto al poder de reforma constitucional. Su contenido, como es sabido, afecta a los principios

fundamentales -entre los que se encuentra el carácter democrático, social, federal y de derecho del Estado-, recogidos en el artículo 20 I de la Ley Fundamental, que no podrán menoscabados por las reformas constitucionales tácitas (cuando el fundamento de la apertura europeísta del ordenamiento era el Art. 24 I GG) o expresas (conforme al ya referido Art. 23 GG).

(115) Cfr. Murswiek, D., «Maastricht und der pouvouir constituant», ob. cit., pág. 169-170.

(116) Sobre las normas con estructura principal como mandatos de optimización, cuya realización permite varios grados, cfr. Alexy, R., «Theorie der Grundrechte», Nomos, Baden-Baden, 1985, pág. 71 ss.

(117) No obstante, también es posible negar la existencia de un mínimo contenido material de los elementos personal y territorial, preexistente a la Constitución y que ésta haya asumido en sus normas como esencial e invariable para los poderes constituidos. Qué territorio sea el substrato físico sobre el que se aplica el ordenamiento (Estado) y cuál sea el pueblo español al que le es subjetivamente aplicable, sería, así, una cuestión cuya determinación ha sido dejada por la Constitución en manos de las normas secundarias del ordenamiento. Ésta parece ser la interpretación que del contenido de algunas de estas menciones constitucionales - la referida al elemento personal de la nacionalidad española- ha realizado el Tribunal Constitucional en la *Declaración de 1.07.1992, F. J. 5º.*

(118) Véase la *Declaración del Tribunal Constitucional de 1.07.1992 F.J. 4º*, múltiples veces citada.

(119) En sentido contrario, véase Requejo Pagés, J. L., «Sistemas normativos, Constitución y ordenamiento....», ob. cit, pág. 25 ss., revisando su opinión anterior , expuesta en Idem, «Supremacía de la Constitución e integración de normas internacionales», en Punset Blanco/Requejo Pagés, «Crónica de jurisprudencia constitucional: las decisiones del Tribunal Constitucional español durante 1992», Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, 1993, Nº 5, pág. 211-212.

(120) Cuestión distinta es que, desde un punto de vista jurídico-lógico, el Título X sí ocupe una posición jerárquicamente superior a las demás normas constitucionales, pues se trata de normas que definen las condiciones de validez de las demás normas constitucionales; cfr. Otto y Pardo, I. de, «Derecho Constitucional. Primer curso», ob. cit., pág. 70 ss.

(121) Sí es, no obstante, una cualidad de la que están dotadas las normas constitucionales aprobadas por vía de reforma constitucional, tanto las normas constitucionales elaboradas al amparo del Art. 167 CE (parcialmente) como las elaboradas conforme al Art. 168 CE (en este caso totalmente), toda vez que una de sus virtudes es, precisamente, la de poner fin a la vigencia de las demás normas constitucionales.

(122) Sobre el principio jurídico-lógico de la imposibilidad de aplicar una norma a sí misma véase, Ross, A., «On self-reference and puzzle in constitutional law», Mind, 1969, Vol. 78, pág. 4 ss.; críticamente con este principio, las opiniones de Hart, H. L. A., «Self-referring laws», en «Essays on jurisprudence and philosophy», ob cit., pág. 177-178, y Raz, J., «Professor Alf Ross and some legal puzzles», Mind 1972, Vol. 81, pág. 420-421; e intentando salvarlo desde los propios postulados lógico jurídicos, Alarcón Cabrera, C., «El puzzle constitucional de Ross en el marco teórico de las reglas constitutivas», en «Normas y paradojas», Tecnos, Madrid, 1993, pág. 51 ss.

(123) Cfr. Böckenförde, E. W., «§ 22 Demokratie als Verfassunfgsprinzip», en «Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland», ob. cit., pág. 890, Rdn. 6-7. Sobre el carácter realmente existente del poder constituyente originario, cfr. Böckenförde, E. W., «Die verfassunggebende Gewalt des Volkes - Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts», en Böckenförde «Staat, Verfassung und Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht», Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1991, pág. 94 ss.

(124) Ideológica diríamos; cfr. Röellecke, G., «Verfassungsgebbende Gewalt als Ideologie», en Deppenheuer (Hrsg.), «Aufgeklärter Positivismus. Ausgewählte Schriften zu den Voraussetzungen des Verfassungsstaates», C.F. Müller, Heidelberg, 1995, pág. 158 ss. Igualmente crítico con la posibilidad de referir en términos jurídicos la existencia del poder constituyente del pueblo, Isensee, J., «Das Volk als Grund der Verfassung», Westdeutscher Verlag, Opladen, 1995, pág. 33-34 ss.

(125) Böckenförde, E. W., «§ 22 Demokratie als Verfassunfgsprinzip», en «Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland», ob. cit., pág. 890, Rdn. 4. Recuérdese que, el concepto «pueblo» -titular del poder constituyente- no es entendido aquí como un órgano constituido, sino como una entidad política prejurídica, cuya competencia prejurídica es precisamente la constituyente.

(126) Herzog, R., «Art. 20 GG», en Maunz/Dürig (Hrsg.), «Grundgesetz Kommentar», ob. cit., pág. 5, Rdn. 8; en idéntico sentido, Böckenförde, E. W., «§ 22 Demokratie als Verfassunfgsprinzip», en «Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland», ob. cit., pág. 891, Rdn. 7.

(127) «Pueblo» que en este contexto se nos presenta ya como la colectividad de nacionales del Estado (véase el Art. 116 GG), constituida por el ordenamiento, y a cuyos miembros en cuanto tales el ordenamiento atribuye distintos derechos de participación, al servicio de esta función legitimadora; Cfr. Böckenförde, E. W., «§ 22 Demokratie als Verfassunfgsprinzip», en «Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland», ob. cit., pág. 903-904, Rdn. 26 ss.

(128) Cfr. Schneider, H. P., en Perels (Hrsg.), «Grundrechte als Fundament der Demokratie», «Eigenart und Funktionen der Grundrechte im demokratischen Verfassungstaat», Suhrkamp, Frankfurt am Main 1979, pág. 28 ss. La concreción más directa de aquéllos es derecho fundamental a participar por medio del cuerpo electoral, seleccionado exclusivamente a partir de los criterios de nacionalidad y de edad, en la elección de un órgano constitucional, la Cámara baja, en la que se concentran las principales funciones de creación normativa; véase al respecto el *Art. 38 I GG* conforme a la interpretación que le ha dado el *BVerfGE 47, 253, 269*, o recientemente en la *BVerfGE 89, 155, 171-172*. En contra de esta «materialización» y «subjetivización», del contenido en principio exclusivamente formal del Art. 38 I GG se muestra Gassner, U. M., «Kreation und Repräsentation. Zum demokratischen Gewährleistungsgehalt von Art. 38 Abs. I S. 1 GG», Der Staat 1995, Bd. 34, Nº 3, pág. 433 ss.

(129) Cfr. Böckenförde, E. W., «§ 22 Demokratie als Verfassungsprinzip», en «Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland», ob. cit., pág. 893, Rdn. 9.; también Herzog, R., «Art. 20 GG», en «Grundgesetz Kommentar», ob. cit., pág. 32 ss., Rdn. 14 ss.

(130) Cfr. Herzog, R., «Art. 20 GG», en «Grundgesetz Kommentar», ob. cit., pág. 72 ss., Rdn. 103; sobre la influencia del TUE en los principios de legitimación democrática antes mencionados, véase Classen, C. D., «Europäische Integration und demokratische Legitimation», Archiv des öffentlichen Rechts, 1994, Bd. 119, Nº 2, pág. 244 ss.

(131) Algunos autores, consideran incluso, que los principios y valores integrantes de la «Supra-Constitución material» vinculan el ejercicio del poder constituyente del pueblo regulado en el Art. 146 GG, que se convertiría sí en una especie de procedimiento super-agravado de reforma constitucional, al que le son aplicables los límites del Art. 79 III GG; cfr. Scholz, R., «Art. 146 GG», en «Grundgesetz Kommentar», ob. cit., pág. 8, 10, Rdn. 19 y 23; en un sentido contrario, considerando al artículo 146 como un mero reconocimiento del poder constituyente originario del pueblo, ilimitado por tanto, cfr. Maunz, T., «Die verfassunggebende Gewalt im Grundgesetz», Die öffentliche Verwaltung, 1953, Nº 21, pág. 648.

(132) Véase el *Art. 23. 1 CE y el Art. 38 I GG*.

(133) Cfr. en este sentido *BVerfGE 89, 155, 182 ss.*

(134) Parte de la doctrina (cfr. Murswiek, D., «Maastricht und der pouvoir constituant», ob. cit., pág. 161 ss.), considera que el poder constituyente del pueblo -Art. 146 GG- le habría sido hurtado al mismo por el legislador de reforma constitucional mediante una atribución legislativa de competencias constitucionales a la Unión Europea, cuya extensión, tanto cualitativa como cuantitativamente hablando, sería contraria al principio democrático; mientras, otra buena parte de la doctrina (cfr. entre otros Zuleeg, M., «Demokratie in der Europäischen Gemeinschaft», ob. cit., pág. 1069 ss), así como en definitiva el BVerfG en su fallo sobre el TUE (*BVerfGE 89, 155, 182 ss*.) han considerado que el mínimo garantizado del principio democrático se halla por el momento suficientemente protegido, no obstante la apertura *ad extra* del ordenamiento, siempre que de un lado se avance en la democratización de las instituciones europeas por la vía del Parlamento europeo y, de otro lado, bajo un escrupuloso respeto al principio de habilitación

competencial singular, el Parlamento nacional conserve suficientes competencias, tanto materiales como de control de la política europea del Gobierno.

(135) Cfr. Zuck/Lenz, R./C., «Verfassungsrechtliche Rechtsschutz gegen Europa», Neue Juristische Wochenschrift, 1997, Nº 18, pág. 1194, para quien lo decisivo sólo es que el ámbito territorial del control de constitucionalidad sería el territorio estatal, mas no que el objeto del control sea un acto del poder público nacional o comunitario, cuestión totalmente indiferente; sobre la posibilidad de enjuiciar la constitucionalidad de los actos de derecho comunitario derivado, véase igualmente Aláez Corral, B., «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 12 de octubre de 1993», Revista Española de Derecho Constitucional, 1995, Nº 45, pág. 271-272

(136) En sentido contrario, distinguiéndolos, véase Aragón Reyes, M., «Constitución y democracia», Tecnos, Madrid 1989, pág. 25 ss, 67 ss. que diferencia entre la *democracia* como principio jurídico *en la Constitución*, y la *democracia* como principio jurídico *de la Constitución*. La soberanía popular y el principio democrático *de* la Constitución se refieren tanto a un poder constituyente originario, como al «poder constituyente juridificado» en el Título X, mientras la democracia *en* la Constitución se concreta en una serie de reglas materiales, organizativas y procedimentales, que permiten imputar al «Pueblo» el ejercicio del poder.

(137) Para Otto y Pardo, I. de, «Derecho constitucional. Primer curso», ob. cit., pág. 72-73, se producen en el proceso constituyente español desde 1939, tres rupturas de la continuidad lógica del ordenamiento jurídico, por haberse aplicado una norma sobre sí misma. No teniendo por qué tener efectos jurídico-positivos esas rupturas lógicas, cabe concluir de su argumentación que -a sensu contrario- desde un punto de vista jurídico-positivo habría continuidad, y por consiguiente ejercicio de un poder constituyente-constituido. Respecto a la consideración de que el proceso de modificación de las Leyes Fundamentales franquistas y el proceso de elaboración de la CE 1978 quebraron la continuidad estructural del ordenamiento, véase Aláez Corral, B., «La Constitución Española de 1978: ¿ruptura o reforma constitucional?», ob. cit., pág. 188 .

(138) Derechos políticos de participación (*STC 51/1984 de 25 de abril, F.J. 3º*), legitimación democrática concatenada directa o indirecta de todo cargo público mediante los principios de legitimación funcional-institucional, organizativo-personal, y material, principio de mayoría como regla general de conformación de la voluntad de los órganos colegiados, etc...

(139) *BVerfGE 89, 155.*

(140) Cfr. al respecto los mecanismos de parlamentarización de la creación normativa a nivel comunitario que establecen tanto el *Art. 23 GG* como el nuevo *Art. 88.4 de la Constitución francesa.*

(141) En sentido contrario se puede entender la afirmación de Herdegen, M., «Die Belastbarkeit des Verfassungsgefüges auf dem Weg zur europäischen Union», ob. cit., pág. 593.

(142) La CE acota, por consiguiente, de forma consciente o inconsciente el colectivo personal sobre el que ha de operar el principio de Estado democrático; todo ello con independencia de que la finalidad de los miembros de las Cortes constituyentes no fuese esa, sino otra muy distinta.

(143) Véase en este sentido Kokott, J., «Deutschland im Rahmen der Europäischen Union - zu Vertrag von Maastricht», ob. cit., pág. 214., para quien la legitimación democrática que exige la Ley Fundamental ha de provenir del Parlamento nacional, en tanto en cuanto no haya un pueblo europeo, que pueda ejercer un poder constituyente a nivel europeo.

(144) De esta opinión es Tomutschat, C., «Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts», ob. cit., pág. 493. En ese mismo sentido, podría parecer que se manifiesta el BVerfG en la *BVerfGE 89, 155, 184 ss*.

(145) Téngase en cuenta, que tanto *el Tratado de la Unión Europea*, como su futuro sucesor, el *Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997* por el que se modifican tanto aquél como el Tratado de la Comunidad Europea (TCE), *otorgan al Parlamento Europeo una participación vinculante* a través de los

procedimientos de «conciliación» (Art. 189B TCE), «codecisión» (Art. 189C TCE) y «dictamen conforme», aplicables a diferentes materias sobre las que tienen competencias los órganos de la Unión Europea.

(146) Ello, con independencia de si existe o no un «Pueblo europeo» cuya representatividad ostente el Parlamento europeo, o si puede llegar a existir. No es necesario acudir a una definición politológica, casi mística a veces, de lo que sea el «Pueblo», como sujeto de imputación que pretedermina una estructura libre, plural e igual de la participación en la creación normativa, para poner en tela de juicio la satisfacción del principio de Estado democrático a través de las instituciones comunitarias. En efecto, la definición de qué constituya el Pueblo español la realiza el derecho interno y externo del Estado de conformidad con su norma soberana, la Constitución. Y, quizás, sea posible, como así lo establece nuestro Tribunal Constitucional (*Decisión del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992*), afirmar que el legislador no es libre para determinar los criterios (la nacionalidad) que confieren a los individuos la capacidad para, formando parte de el ente abstracto en que se personifica la soberanía, ejercerla participando libre, plural e igualmente. Esto sólo significa que sería necesaria una previa reforma constitucional que redefiniera los criterios constitucionales de determinación de pertenencia de los individuos a la colectividad en la que se personifica la soberanía, suprimiendo su vinculación a un determinado territorio y tiempo, o que disgregaran ésta cediendo la soberanía del ordenamiento a las normas institucionales comunitarias. La satisfacción del principio de Estado democrático es, por tanto, posible desde el prisma de nuestra Constitución, aunque exija una previa redefinición del concepto «Pueblo» en términos *transnacionales*. En contra de la negación de que el Parlamento europeo pueda aportar legitimidad democrática al proceso de construcción europea, cfr. Weiler, J. H. H., «Does Europe need a Constitution? Reflections on Demos, Telos and the German Maastricht Decision», European Law Journal, 1995, Vol. 1, Nº 3, pág. 238 ss., para quien el error reside, precisamente, en el propio entendimiento constitucional del concepto «Pueblo» en términos nacionales y vinculados al Estado nación y la derivación a partir de éste del principio democrático.

(147) En sentido contrario, cfr. Otto y Pardo, I. de, «Derecho Constitucional. Sistema de fuentes», ob. cit., pág. 64.

(148) El Tribunal Constitucional Federal alemán ha ido abriendo el camino de posibilitar este control cuando el derecho comunitario atente contra el núcleo constitucional intangible en su *BVerfGE 89, 155, 174-175*; en este mismo sentido véase el detallado análisis de las distintas vías de control de constitucionalidad del derecho comunitario hecho por Zuck/Lenz, R./C., «Verfassungsrechtliche Rechtsschutz gegen Europa», ob. cit., pág. 1194 ss.