

# **A VUELTAS CON LA SOBERANÍA (LA SOBERANÍA EN LA CONSTITUCIÓN)**

Por el Académico de Número  
Excmo. Sr. D. Miguel Herrero de Miñón \*

“¿La soberanía? Nunca he cenado  
con esa señora” (Duguit)  
“La soberanía es algo importante”  
(De Gaulle)

## **I. LA SOBERANÍA EN LA ACADEMIA**

Desde la fundación de esta Real Academia, cuyo ciento cincuenta aniversario ahora conmemoramos, la génesis, evolución, dimensiones y crisis de la Soberanía han estado presentes en nuestros trabajos. Así, cuatro discursos de ingreso, los de Bullón (1935), Goicoechea (1923), Groizard (1985) y Carrillo (2005) versaron, respectivamente, sobre la historia y la crisis de tal concepto y, fuera de la Corporación, sus miembros han hecho de la Soberanía tema frecuente de sus estudios. Desde los discursos de Don Juan Valera (1861) hasta los análisis técnico-jurídicos de Carrillo Salcedo (1976, 1999, 2001, 2005), pasando por los de Canovas del Castillo (1889), Bonilla y San Martín (1916), Ruiz del Castillo (1932), Pérez Serrano (1933), Areilza (1951) y Conde (1970)<sup>1</sup>.

---

\* Sesión del día 6 de marzo de 2007

<sup>1</sup> Tales son los datos que obran en ésta Real Academia y que debo a la eficaz y cordial colaboración del bibliotecario Don Pablo Ramírez Jerez, a quien también debo muchas precisiones bibliográficas.

El estudio de la soberanía no es una cuestión que, por haber sido largamente tratada en la teoría general del Estado clásica, pueda considerarse ya superada. Aún en el supuesto de aceptar la muy discutible tesis de que la teoría del Estado debe de ser sustituida por la teoría de la democracia, la soberanía es un concepto y plantea unos problemas que interesan a ambas, si es que no es previa para la segunda. Porque si la democracia responde a la pregunta sobre *quien manda* en el Estado (cuestión capital a la cual la democracia liberal añade la de *basta donde se manda* y la democracia social la de *para que se manda*), el concepto de soberanía supone la cuestión de lo que sea el mando en la cosa pública: el poder estatal. Por otro lado, las polémicas políticas y jurídicas más candentes de nuestro país giran en torno a la cuestión de la soberanía. Si en España, frente a lo que ocurre en cualquiera otro de los grandes países europeos, nadie parece alarmarse, antes al contrario, por las cesiones de competencias soberanas por parte del Estado a la Unión Europea, el régimen autonómico se juzga, por tirios y troyanos a la luz de la noción de soberanía. Al decir de un ilustre jurista, la cuestión central de “El problema del Estado en España” se formula en estos términos ¿Quién es el soberano? (Muñoz Machado, 2006).

Por eso, porque se trata de una problema de suyo importante y porque las tradiciones deben de continuarse para dar a lo largo del tiempo la respuesta que el tiempo requiere, me parece de todo punto conveniente replantear la cuestión de la Soberanía a la altura del presente. Una altura que, para nosotros los españoles, viene marcada normativamente, en cuanto a la idea de Soberanía se refiere, por la vigencia de la Constitución de 1978 que utiliza repetidamente dicho concepto cuya dimensión jurídica es capital. En efecto, ya en Bodino, la noción moderna de Soberanía aparece como eminentemente jurídica, puesto que se expresa en la ley (“civibus leges dare”) y frente a la ley (“a legibus solutus”) y, al día de hoy, las cuestiones que dicho concepto plantea son eminentemente jurídicas, sin que las disquisiciones politológicas puedan erradicar al derecho, a la hora, ya de afirmar la Soberanía, ya de modularla, ya, como algunos pretenden, de erradicarla. Son los juristas quienes crearon el concepto y somos los juristas quienes podemos y debemos manejarlo. ¿De que sirve lanzar imprecaciones sobre las entrañas diseccionadas de Leviatan, cuando lo que importa es domesticarlo?

¿Que es lo que de acuerdo con la Constitución significa y exige la Soberanía? Responder a tal pregunta es el objeto de mi disertación para lo cual, utilizando datos de anteriores investigaciones por cuya reiterada cita me excuso, expondré primero, con la brevedad que la ocasión requiere, el significado dogmático de la Soberanía (II), para analizar, a su luz, la utilización de dicho concepto por la Constitución (III). El derecho positivo, que en el caso de la Constitución es un derecho eminentemente político, recibirá así una luz, sin la cual el intérprete estaría ciego, y las categorías un contenido, sin el cual resultarían cascarones vacíos.

## II. IDEA DE LA SOBERANÍA

Es usual en la literatura jurídico-política criticar el concepto de soberanía tildándolo de arcaico, tachándolo de irreal o, lo que aún es más frecuente, subrayando su peligrosidad. Los autores ilustres y los títulos paradigmáticos permitirían componer una larguísima bibliografía titulable “De summa potestate delenda”. Pero, una vez culminada la crítica, la realidad de la política y del derecho demuestra que, como afirmaba De Gaulle, “la souveraineté c’est quelque chose” que el derecho constitucional no puede obviar si pretende ser un derecho vivo. Prueba de ello es la constante referencia que el constitucionalismo contemporáneo hace a la soberanía estatal y a la atribución de su titularidad... ¿Cómo explicar, primero, y responder, después, a esta paradoja? La soberanía es una categoría histórica y, por ello, su dogmática ha de atender a la génesis del concepto (1), a su crisis (2) y a su, a mi juicio, posible y deseable, reconstrucción (3).

1. Puede afirmarse que, históricamente, la idea moderna de soberanía se gesta en la Edad Media, con la recepción de categorías romanistas, articuladas en tres fases y al hilo de tres polémicas. Primero, la reconstrucción de la noción romana de “plenitudo potestatis”, mediante la apología del poder imperial. De acuerdo con el historiador clásico de la materia, Calasso (1951), ello supuso un triple proceso. La defensa del poder imperial frente al papado, como autonomía de lo secular frente a lo religioso, sea en la versión de las dos potestades, sea en la posterior afirmación de la primacía imperial. La defensa, por los glosadores, de la supremacía secular del emperador, único titular de una “plena et rotunda potestas” respecto de toda otra autoridad que “est eo inferior”. Y la configuración, por obra especialmente de Irnerius y Accursio, de dicha potestad como pública, tanto en su origen en la representación comunitaria, como en su fin, el bien común, y abstracta, esto es, independiente de los títulos jurídicos concretos propios de las relaciones feudales.

Segundo, la territorialización en los diferentes Reinos de la Soberanía así concebida, merced tanto a la paulatina aparición de Monarcas particulares con poder efectivo en sus respectivos territorios, como, según ha estudiado magistralmente Mochi Onori (1951), a la impugnación, realizada por los canonistas al servicio del Papado, de la supremacía imperial. Así, el Decreto de Inocencio III “Per Venerabilem” –glosado por Sinibaldo de Fieschi, más adelante Inocencio IV– afirma del Rey de Francia “Rex superiorem in temporalibus minime recognoscat”, fórmula paralela a la utilizada en las Leyes de Partidas y, casi simultáneamente, en Inglaterra, según la cual el Rey es Emperador en su Reino.

Tercero, esta es la sustancia romanista que inspira progresivamente la práctica de los monarcas desde el siglo XIV, de la que los historiadores y tratadistas de la época se hacen eco y entre los cuales Jean Bodin, (1576), no es el pri-

mero, aunque si el más afortunado. Los testimonios reunidos por José Antonio Maravall (1972,I, p. 269ss.) son elocuentes al respecto. El término "soberanía", utilizado desde el corazón de la Edad Media para expresar superioridad política y jurisdiccional, se individualiza, territorializa y absolutiza para referirse solo al poder regio. Tal es el significado que le dará el Renacimiento y al que Bodino imprimirá su marca como potestad suprema –"summa"–, de manera que no depende de ninguna otra, y no concurrente o plena –"plenitudo potestatis"– de manera que, en su propio ámbito, no se le puede oponer ninguna otra. De ahí que, desde el primer momento, puedan distinguirse dos dimensiones de la soberanía: una exterior, cronológicamente previa, que supone la independencia respecto de todo otro poder religioso o secular; y otra interior, que implica la primacía sobre toda otra autoridad en el propio territorio y lleva a considerar estas como, de una u otra manera, creadas y derivadas del poder soberano. Algo que en el propio Bodino (Mesnard, 1962) y en otros autores posteriores no está aún muy claro, pero que se explicita después con análogo vigor. Doble dimensión que, en cuantos textos abordan la cuestión, incluidos los anteriores a Bodino, se corresponde a la doble tensión que las Monarquías territoriales, en trance de consolidación, mantienen con la Iglesia y los vestigios del Imperio, por una parte, y con el orden feudal y estamental, de otra.

Ahora bien, la soberanía así decantada no es la sombra del soberano, como pretendiera Bertrand de Jouvenel, sino, en expresión famosa del propio Bodino, un atributo de la Republica. Esto es un poder institucional y, merced a ello, estable y perpetuo. Desde von Bellow, sabemos que el Estado altomedieval tuvo una naturaleza pública que excedía las relaciones personales de sus gobernantes. "Los dos cuerpos del Rey" siempre fueron un germen institucional, que las instituciones del Estado estamental desarrollaron. Y, como ha señalado Naef (1947, p 29 ss.), las Ciudades-Estado del norte de Italia, por el protagonismo político de sus obispos primero, por el gobierno vicarial de los "podesta" en último término, ofrecen la inicial experiencia de despersonalización e institucionalización del poder en pro de la Comunidad. (cf. Ercole, 1929). Son estas Ciudades-Estado las que ofrecen el primer ensayo de cuerpos políticos que no se sienten parte de un todo superior y obran según su libre voluntad en pro de sus intereses. Así es la soberanía cuyo práctico despliegue tiene lugar al hilo de la doctrina de los intereses de los Estados (Meinecke, 1959), desde el Estado renacentista de Maquiavelo hasta el Estado ilustrado de Vattel.

Es en esa inevitable abstracción inherente al Estado moderno, donde radica el proceso que llevara a la crisis del mismo concepto de Soberanía. Pero, entre tanto el Estado soberano es el Estado independiente en lo internacional, puesto que solo su voluntad puede limitarlo, y absoluto en su interior, porque, cualquiera que sea el sistema de garantías y controles que para si mismo establezca, como tal Estado tiene plena potestad sobre sus súbditos.

2. En efecto, la crisis contemporánea de la idea de Soberanía, de la cual la crítica vulgar que del concepto se hace es mero epifonema, se debe a un movimiento profundo en la historia de las ideas, incoado ya en el Renacimiento, continuado en el Barroco y que culmina en la filosofía de la Ilustración. El Renacimiento al que pertenece el propio Bodino, inicia el proceso de racionalización despersonalizadora del mundo y baste recordar los fundamentos matemáticos de la teoría del Estado bodiniana, analizados por nuestro compañero Javier Conde (1935). Una despersonalización culminada en la Ilustración cuando se pretende someter toda individualidad a una ley universal. Pero, simultáneamente, el Barroco ha rescatado y potenciado la individualidad y la propia filosofía de las Luces, a base de alumbrar la realidad, desemboca en el historicismo que hace de dicha individualidad y de la afectividad que la carga, sus categorías fundamentales (Cassirer 1943 y Meinecke 1943).

Lo primero –la despersonalización– lleva al sometimiento del poder a la ley –principio básico de la Revolución y del liberalismo subsiguiente– que, a su vez, no es ya, como era el caso del “viejo y buen derecho”, un “ser” plasmado en un complejo orden concreto, sino la afirmación de un “deber ser”, proceso de transformación iniciado en la Glosa, y que culmina con la concepción de la ley como “expresión de la voluntad general”. Y es sobre tal axioma como se construye la Teoría del Estado clásica, desde Laband a Carré de Malberg pasando por Jellinek, cuya conclusión lógica es la Teoría Pura de Kelsen, de acuerdo con la cual el Estado se convierte en Derecho o, lo que es lo mismo, el poder se disuelve en norma. El “deber ser” sustituye al “ser”.

Lo segundo, –la hiperindividualización– lleva igualmente a la disolución del Estado en un cosmos –o caos– de microorganismos a través de su concepción orgánica. Esta corriente doctrinal tiene, por su parte, antecedentes remotos o, cuando menos, los germanistas pretenden hallarlos en lo que Gierke (1900) denominó “Teorías políticas de la Edad Media”, de las cuales es piedra angular la idea orgánica, de fundamento teológico (el cuerpo místico), expresión antropomórfica y de la que derivan conceptos tales como el de corporación, representación, miembro, órgano u oficio. En su virtud “se superponen múltiples grupos menores escalonados entre la unidad suprema y los individuos concretos”. Pero, tras los antecedentes medievales, resulta capital la aportación de los monarcómacos y, especialmente de Althusio, (Gierke 1903) observador de una realidad social todavía policrática, reinterpretada a la luz de la doctrina calvinista del pacto. Para el autor de la “Política”, la sociedad hacia la que tiende el hombre y procede de Dios, comienza con el propio microcosmos humano y se prolonga en la familia, el parentesco, los colegios o corporaciones, las “universitates” de derecho privado y continua en las ciudades, interrelacionadas en provincias como éstas lo son en unidades estatales. Es semejante tradición la que recuperan Beseler y sobre todo Gierke (1868-1881), a través de la categoría de “corporación” sobre la que interpreta la realidad jurídico-política

Para el ilustre germanista, el Estado orgánico se genera de abajo arriba, a partir del matrimonio, la familia, la aldea, la ciudad, auténticas comunidades todas ellas titulares de derechos propios, cuya vinculación produce un tejido que es el derecho social. La sustancia de este tejido no son los individuos, sino las corporaciones cuya realidad, frente a la doctrina de la ficción de la persona jurídica, Gierke afirma rotundamente. Y es Preuss, principal discípulo de Gierke, quien desarrolla tales ideas en la moderna teoría del Estado. El organicismo de Gierke se interpreta principal, aunque no exclusivamente, como municipalismo (Preuss 1902) y el Estado, de ser un “miembro único en su especie”, se contempla como “un eslabón en la gran cadena de los organismos y de las personas, como un miembro igual a los demás en la cadena de las comunidades humanas”. (Preuss 1888, pp. 174, 209) De ahí, el mismo internacionalismo de Preuss.

Atento más a la sociología que a la historia, los planteamientos del famoso decano de Burdeos, maestro del realismo jurídico, llevaban a la misma conclusión. “El Estado esta muerto o mejor, esta en trance de morir” (León Duguit, 1901, p. 22) para ser sustituido por un haz de servicios públicos y de representaciones sindicales. Y no difieren de ello mucho las posiciones de autores, como Harold Lasky (1926), influidos por el llamado pluralismo filosófico (Pérez Serrano, 1933, p 24 ss.).

Tales planteamientos de filosofía política y social afectan decisivamente a la idea de soberanía. La Teoría del Estado clásica había definido la Soberanía como competencia sobre la propia competencia y atribuido su titularidad a aquel, sin determinar como se gestaba ni expresaba, para obviar la opción entre el Principio Monárquico –vigente en Alemania y Austria, en virtud del derecho positivo y la legitimidad tradicional– y la democracia –reclamada por la sociedad emergente–. La Teoría Pura dio un paso más. Convirtió el Estado en ordenamiento, diluyó el poder en jerarquía normativa y propugnó la soberanía de una norma fundamental que no dejaba de calificar de hipotética. Como, en paralelo, la doctrina no tenía empacho en afirmar la sola existencia de “hombres individuales” y la irrealidad de comunidades particulares, el ordenamiento podía comprender desde la norma fundamental universal hasta el más humilde contrato de inquilinato. Nadie era así soberano ni siquiera la Constitución que, a su vez, derivaba de la Norma fundamental de la comunidad internacional. Por ello se habla de “Constitución sin soberano” por normativistas más recientes “aggiornados” de axiología democrática.

Por su parte, la corriente organicista-pluralista tiende a parcelar primero y disolver después la idea de soberanía. Lo primero es ya patente en Althusio. La soberanía popular a la que, según Gierke, habían llegado los medievales, se convierte en la “maiestas” de una “consociatio symbiotica”, esto es compuesta, que el principio de representación atribuye a oficios diferentes. De lo segundo dan testimonio los modernos. Preuss, que reprocha a Gierke mantener la idea de la sobe-

ranía, la sustituye por la de autogobierno, ya sea el municipal, corporativo o parlamentario, Duguit considera que se trata de una “forma escolástica hueca” y Lasky no puede hallarla en parte alguna, porque niega la realidad del Estado que confunde con los gobernantes para diluir a estos en la trama de lo desconocido. Una vez más, el extremado realismo disuelve la realidad y la declara irracional e incognoscible. ¿Acaso la autopsia es la vía más segura para conocer al prójimo?

Como señala Heller (1927), el gran tratadista de la cuestión, la crisis de la idea de Soberanía se debe a la crisis del concepto de su sujeto, el Estado. La Teoría Pura desconoce los Estados concretos, los únicos que hay, porque niega su individualidad y multiplicidad. Los pluralistas, por su parte desconocen la unidad del mismo concepto de Estado, porque lo disuelven en la multiplicidad. Y, a la hora de analizar que sea hoy la Soberanía, ambas posiciones ofrecen un especialísimo interés que muestra la utilidad de este breve excursus en la historia de las ideas.

En efecto, el mundo de la globalización neoliberal lleva a la práctica los principios de la Teoría Pura, creación liberal por excelencia. Desaparecen las fronteras y las instituciones se sustituyen por estipulaciones. El Estado es, tan solo, la ley del mercado. Cuando escuche al ilustre economista tatcheriano, Ralph Harris, que el orden político era nada más y nada menos que una federación universal de consumidores y, ante mis objeciones, responder que no había mediación necesaria alguna entre el mullha iraní, el ejecutivo de Chicago o la madre de familia andaluza, me pareció oír el eco del internacionalista griego de los años veinte, N. Politis (1925, p. 6) según el cual el “Estado es una abstracción”, “vana ficción” que oculta la única realidad: los solos individuos que componen la sociedad, tanto la llamada nacional como la internacional. En semejante mundo no cabe la soberanía.

Por su parte, la versión actual del pluralismo organicista es el principio de subsidiaridad convertido en norma en la Unión Europea, del que ya me he ocupado largamente en esta Real Academia (Herrero, 1993). En su virtud, cada competencia corresponde al nivel institucional mas próximo al ciudadano capaz de ejercerla eficazmente, de manera que toda entidad política es subsidiaria de la inferior, a la que corresponde un fondo de poder. Y, consiguientemente, el cuerpo político se disuelve en una escala de entidades superpuestas, desde la misma Unión, subsidiaria de los Estados, a éstos que lo son de las regiones, como éstas de los municipios, sin que haya una comunidad que, por terminal, pueda calificarse del cuerpo político. Y es claro que en se mundo tampoco hay lugar para la soberanía.

Su doble exclusión por el liberalismo globalizador y el principio de subsidiaridad conduce a lo que el italiano Danilo Zolo ha denominado agudamente “Cosmopolis” (1997). La sustitución de los Estados soberanos por una organización supranacional a la que el principio de subsidiaridad horizontal desnute de su poder vicario en beneficio de las fuerzas transnacionales. Del por todos tan enco-

miado Estado de Derecho, se insiste y subjetiviza tanto el último de estos términos, que se pasa al derecho sin Estado; pero la experiencia demuestra que, sin Estado, un Estado que no es pura abstracción lógica sino concreta integración política, tampoco hay derecho.

3. La posible y, a mi juicio, necesaria reconstrucción de la idea de soberanía debe partir, como ocurrió con su génesis en la baja Edad Media, de una observación de la realidad (a), para, rescatando su esencia (b), reformularla a la altura de nuestro tiempo a efectos de influir en la realidad misma (c). Tras las huellas de Herman Heller, considero que tales especulaciones solo son posibles si atienden a la realidad viva del derecho público y de su sustancia política y que solo tienen sentido si pretende extraer conclusiones prácticas aplicables a esa misma realidad. Las ciencias morales y políticas o son prácticas o son estériles.

a) Lo que la realidad nos ofrece y que contrasta con la supuesta crisis de la soberanía es su rotunda afirmación por la política y el derecho positivo. La experiencia muestra que la Soberanía, esto es el poder estatal, sigue siendo la piedra angular de la política. La interior, gira en torno a como conseguirlo, conservarlo y ejercerlo o, entre quienes aparentan menospreciarlo, el como influirlo y, en el mejor y menos frecuente de los casos, se considera política el ejercicio mismo del poder. La política internacional tiene a los Estados soberanos como principales protagonistas, sean las grandes potencias, porque tratan de imponerse, sean las medianas y pequeñas, porque intentan defender el margen de autonomía en que, como después diré, consiste la soberanía.

Sin duda, cada día más, el auge de las fuerzas transnacionales erosionan la soberanía estatal, fenómeno cuyo resultado patológico avala el aserto de Morgenthau (1980, p. 34), para quien “fuera del Estado no existe moralidad”. Precisamente por ello, en el derecho internacional, como ha señalado nuestro compañero Carrillo Salcedo (1976, p. 98), “la Soberanía del Estado es un principio constitucional de aquel ordenamiento jurídico”. En cuanto al derecho interno, si en 1913, Duguit anunciaba la desaparición de tal concepto como una de las ineludibles “grandes transformaciones del derecho público” de su tiempo, lo cierto es que el constitucionalismo posterior ha hecho y sigue haciendo de la soberanía estatal, en su doble dimensión externa e interna, su piedra angular.

Lo que, en la primera postguerra se denominaron “nuevas tendencias del derecho constitucional” (Mirkiné Guetzévitch, 1932), tuvieron una clara orientación internacionalista, en gran medida abandonada en la segunda postguerra, pero nunca pusieron en tela de juicio la soberanía internacional del Estado y su racionalización del federalismo intensificó la soberanía estatal en el ámbito doméstico, al afirmar su unidad radicada en el pueblo, una vez eliminadas las legitimidades tradi-



cionales e históricas. El fruto tardío y, por lo tanto, anacrónico de dichas tendencias, la Constitución española de 1931, es paradigmática al efecto.

En la segunda postguerra, el constitucionalismo filosoviético insistió en la soberanía estatal, que la práctica convertía en limitada, como lógico planteamiento de su versión clasista. Y las constituciones democráticas se abren paulatinamente a la integración inter y supranacional y otro tanto ha ocurrido con los Estados de Europa central una vez “recuperada su identidad nacional”, pero sin hacer dejación, antes al contrario de su soberanía, que planteó problemas a dicha integración y que aún hoy la limita (Herrero, 2005 b). La interpretación jurisprudencial de tales constituciones subraya estos aspectos (Herrero, 2005 c).

Por último, los Estados surgidos de la descolonización afirmaron en sus constituciones la soberanía estatal, la proyectaron sobre espacios marítimos y recursos naturales e impugnaron desde la misma el orden internacional vigente (Herrero, 1972, p. 325 ss.) y otro tanto han hecho las más recientes constituciones iberoamericanas y las de los Estados exsoviéticos.

b) ¿A qué se refiere en último término el concepto de soberanía tan ampliamente avalado por el derecho positivo? ¿A que se remite la Constitución italiana de 1947 cuando afirma que “la soberanía pertenece al pueblo” (art. 1) o la irlandesa de 1948 cuando define al Estado como “soberano, independiente y democrático” (sec. 5) o la India de 1950 cuando declara la voluntad de establecer una República “soberana” (Preámbulo) o la brasileña de 1988 cuando “se fundamenta en la “soberanía” (art. 1) o la croata de 1990 al declarar “la soberanía... indivisible e inalienable” (art. 2) o la Checa de 1992 al calificar al Estado de “soberano” (art. 1), etc.? ¿O las que como la alemana de 1948 (art. 20,2) o la francesa de 1958 (art. 3) o la sueca de 1874 (art. 1) o la griega de 1975 (art. 1,2) afirman que todo el poder público emana del pueblo? Todas ellas y otras muchas más son Constituciones normativas, pero a todas luces, al referirse a la soberanía, no se remiten a otra norma sino a unos hechos. ¿Cuáles? El Estado y el Pueblo. Y ni uno y ni otro son ficciones, sino realidades sustantivas, porque, como dijera Heller, todo concepto jurídico verdadero es la imagen de un proceso social real.

No se trata de traer a colación aquí el debate entre la teoría realista y la teoría de la ficción de las personas morales. Pero si de señalar que afirmar la sola realidad de las personas físicas y negarla a la Nación o al Estado equivale no solo desconocer la existencia de los objetos ideales —¿Por qué el triángulo escaleno o el número primo y no el Estado?—, sino la substantividad de las realidades sociales, tan perceptibles sensorialmente como las físicas. Si con Duguit o Lasky se quiere reducir la personificación del Estado o la Nación a la condición de “máscara”, y eso es lo que etimológicamente significa “persona”, no puede olvidarse que, tras la sedicente máscara, existe, como el actor que se caracteriza con ella y la idea dra-

mática que expresa, un proceso de integración social y político que trasciende a los integrados y así es sentido por ellos mismos. Y la disolución del Estado y su teoría en la democracia y su tematización, desconocen que la democracia requiere como ineludible sujeto un “demos” que solo existe en el marco de las instituciones estatales. No suelto en la calle o disperso por el Planeta sino reunido en el foro.

¿Se trata de una realidad sustantiva, como pretendiera Heller, o fruto de lo que el propio Duguit, en la segunda de sus lecciones neoyorkinas sobre “Soberanía y libertad” (1921), califica de afecto territorial común, proyecto ideal común o conciencia común como sentimientos meramente subjetivos? No es ésta la ocasión de discutirlo. Básteme decir que, a mi entender, la “voluntad de vivir juntos” constitutiva del “demos” no es arbitraria, sino que surge de unas realidades prepolíticas a la cuales inviste con pasión al tomar expresa conciencia de ellas. “Noesis” y “Noema” se requieren y constituyen recíprocamente.

El Estado no es un mero artificio, como pudo pensarse en sus orígenes. Su democratización, expresada en el principio de la soberanía nacional primero y popular después, supone, a parte de otras consecuencias que más adelante saldrán a luz, que lo vivifica un cuerpo político, un “demos”. Pero un “demos” no creado de la nada mediante un mítico pacto de asociación, sino fruto de un “ethnos” prepolítico, determinado por factores, culturales, territoriales, raciales, ect. Y recordarlo en este tiempo es necesario, cuando la hipervalorización excluyente del “demos” democrático, olvidando los factores materiales de integración que lo hacen posible –el “ethnos”–, amenaza con volver la espalda, un a vez más, a la realidad política, sacrificando la democracia de veras en aras de la utopía.

El pueblo, dice Heller (1934), como portador del orden estatal, determina en todas partes la voluntad del Estado; esta determinación existe en todas las formas estatales, pero solo en la democracia llega a ser el factor jurídico determinante, al menos en tres dimensiones distintas: “sobre”, “en” y “de” el poder. Es decir, como instancia de legitimación del mismo –titular último del poder constituyente–; como sustancia vital del Estado –que inspira la actuación de sus poderes–; y como su órgano, –según las previsiones constitucionales–.

Ni el Estado ni la nación o el pueblo son meras ficciones; son realidades sustanciales. Tales substancias, en efecto, generan un querer colectivo, una voluntad a cuya decantación contribuyen activa o pasivamente los en ella integrados y cuyas consecuencias se imputan al conjunto de los mismos. La voluntad del Estado es, a la altura de nuestro tiempo, la voluntad expresa o, al menos, tacita del pueblo que el propio Estado encarna y encuadra. Semejante voluntad es lo que produce el derecho cuyas normas jurídicas valen, no porque sean reconocidas como verdaderas desde un punto de vista lógico, como pretenden Kelsen y su Escuela,

sino porque se fundamentan en una voluntad. Puede decirse, con Heller (1927), el teórico que, a mi juicio ha visto el problema con mayor claridad, que la relación del Estado y del Derecho, como cuestión general, y la de la soberanía, como asunto particular, pero medular, se reducen a la cuestión de la unión entre voluntad y norma, entre ser y deber ser. Así se planteó históricamente la cuestión. Si el pensamiento político medieval abordó el tema del poder desde una perspectiva intelectualista, ya un aristotélico consumado como el renacentista Gines de Sepúlveda (Maravall, 1972, I, p. 274.) define la figura del Rey no en función de la razón que determina lo que es justo, sino del poder de mandar y, progresivamente, el voluntarismo teológico y filosófico del escottismos se proyecta sobre las relaciones de gobierno como voluntarismo político en el camino que va de Suárez a Rousseau, hasta decantar lo esencial del Estado contemporáneo.

La soberanía es una voluntad; una voluntad capaz de crear y dar efectividad a normas. Una voluntad por soberana suprema, cuando sea capaz de crear y dar efectividad a normas supremas. En su virtud, el Estado no es una mera unidad existencial de poder, sino una unidad existencial de ordenación. El Estado no se disuelve en el derecho como pretendió la Escuela de Viena; pero se expresa en derecho, creándolo, aplicándolo e, incluso sustituyéndolo. La voluntad soberana dicta leyes, las desarrolla y las aplica, celebra tratados, resuelve mediante sentencias conflictos y en los supuestos de crisis que tanto preocuparon a toda una generación de iuspublicistas, no trasciende el derecho en el no derecho, sino que aplica las previsiones jurídicas para la excepción. Esto es, aplica lo previsto a lo imprevisible, porque toda voluntad ha de tener un margen de discrecionalidad. De lo contrario no sería poder sino automatismo. No hay derecho sin Estado, porque no hay norma, algo distinto de una hipótesis lógica, sin voluntad que la dicte e imponga. Pero tampoco hay Estado sin derecho, independientemente de que éste sea legítimo y justo. Por ello, cuando el derecho se subjetiviza hasta el punto de que es solo la voluntad arbitraria del jefe., el Estado mismo “se disuelve en el torbellino” como mantuvo la doctrina nacionalsocialista. Y eso ocurre, tanto por razones éticas, puesto que el poder racional se legitima por una norma y se justifica por su mejor servicio (el “cratos” genera un “ethos”), como por razones técnicas, porque el servicio es mejor a cargo de un poder racionalizado, esto es, predecible y controlable, cuando se ejerce mediante y de acuerdo con las pautas que las normas son. Soberanía es pues, como intuyera Bodino, una voluntad iuspoética.

Así concebida, el concepto de Soberanía explica la realidad política y jurídica actual. La realidad de las relaciones internacionales como política de poder entre sujetos de voluntad. La realidad del derecho internacional, cuya fuentes convencionales, consuetudinarias y jurisprudenciales se basan en el consentimiento de los Estados e, incluso, cuyo “Ius cogens” se reduce, en último termino, a los principios inherentes a las relaciones jurídicas entre tales Estados soberanos. La realidad de la progresiva humanización de aquellas, las relaciones de poder, por éste,

el derecho, puesto que “la soberanía no puede limitarse a su aspecto negativo, es decir, al hecho de excluir la actividad de otros Estados, pues implica igualmente derechos y obligaciones de los Estados soberanos... de ahí que lejos de ser un obstáculo para la existencia y desarrollo del derecho internacional, la soberanía constituye, por el contrario, un instrumento para su realización” (Carrillo Salcedo, 2005, p. 58) Y, desde luego, la de la práctica política y jurídica interna, donde el poder, frente a lo afirmado por la Teoría Pura, trasciende al derecho como el creador a su criatura, con el que se autolimita, pero con el que no se identifica. Y donde la voluntad soberana, allí donde existe, pone un valladar al pluralismo que hoy se denomina subsidiaridad: “la soberanía, que puede aceptar subsidiarios, no es subsidiaria de nadie”<sup>2</sup>.

Ahora bien, así concebida, la utilidad del concepto se compensa de sobra con su peligrosidad. Se torna palabra que Ortega denominaría “de pico y garras”. Cuando Duguit (1921), tras definir la soberanía estatal como voluntad de mandar, deduce sus caracteres, la califica de una, indivisible, inalienable, ilimitable y por tanto irresponsable, incapaz de pactar; se trata de una voluntad siempre mandante y, por ello, conducente a la omnipotencia estatal. Es propio de la soberanía, decía Laferrière, imponerse a todos sin compensación. Así caracterizada, es evidente que la soberanía no solo trasciende al derecho sino que nada puede tener que ver con él. Pero la realidad desmiente cada día más tales caracteres. Porque el Estado precisamente en ejercicio de su Soberanía, no solo manda, sino que pacta y contrata; porque el Estado soberano responde de los daños que causa; porque se ceden competencias tenidas por soberanas; y porque la experiencia muestra la coexistencia de soberanías en un mismo espacio y de ahí la inacabable polémica, hoy actualizada, sobre la naturaleza del federalismo. Por ello, el concepto de Soberanía, que como categoría histórica que es, no puede resultar inmutable, debe de ser relaborado a la altura de nuestro tiempo y de nuestras necesidades.

c) Para ello, es preciso partir de que la Soberanía es la voluntad de una unidad de poder que denominamos Estado. ¿Y como es esta voluntad? Leon Duguit, en sus famosas conferencias neoyorkinas de 1921, se remitió a William James y definió la voluntad como energía psicomotriz. Esto es, una energía que permanece en potencia hasta que la idea de cierto fin determina al sujeto a pasar al acto, a verificar un acto de voluntad, a poner en movimiento su actividad. Si esta causa final de la voluntad la fijan otros, la voluntad es heterónoma; si la fija solo el sujeto, es autónoma. Y es claro que la soberanía como potestad suprema solo puede

---

<sup>2</sup> Respuesta del Primer Ministro británico, J. Major en la Cámara de los Comunes ante la pretensión de hacer las competencias del Parlamento de Westminster subsidiarias de las entonces a cargo de la administración propia de Gales y Escocia Cf. HCOR (Hansard) 20 de Mayo de 1992 v. 208, num 16, p. 266. La “devolution” a Escocia y Gales no ha alterado esta situación.

responder a esta última condición. La voluntad soberana solo puede ser autónoma y determinarse solo a si misma autoseñalándose un fin, como, en el sistema de Kant, autónomo debe ser el individuo moralmente libre.

El análisis del fin de la voluntad soberana se remite al de los fines del Estado, cuestión batallona de la Teoría clásica del Estado cuya inanidad es palmaria desde la obra de Jellinek (1973, p. 178 ss.). En ella se demostró el carácter meramente ideológico de la supuesta deducción de los fines objetivos del Estado y cuyo propio empeño en investigar los fines subjetivos prueba, muy a pesar suyo, que caían en el mismo defecto. El "cratos" genera un "ethos", pero el "cratos" es un hecho al margen de toda justificación. El fin primordial del Estado y de su voluntad soberana no es otro que el de su propia conservación y así lo muestran quienes pretenden negarlo. Lo cual es absurdo si por ello se entiende la conservación del propio aparato estatal sin más, porque el poder, como toda voluntad, carece de sentido si no se trasciende así mismo, si no se orienta hacia algo. Tal es el significado de la expresión según la cual todo "cratos" produce un "ethos". Es decir, que la voluntad soberana adquiere sentido al orientarse hacia un determinado orden de valores históricamente cambiantes.

A mi juicio, hoy por hoy, los valores de identidad de la comunidad política de la que el Estado debe ser epidermis, esto es el proceso de integración política que vivifica al Estado, son los que orientan su voluntad de autoconservación y lo demás, se da por añadidura o, lo que es lo mismo, como sobreentendido. Acierta plenamente Hans Morgenthau (1952) cuando afirma "todas las naciones están obligadas a proteger su identidad física, política y cultural frente a la usurpación por otros" y eleva tal imperativo a principio moral de la política. La salvaguarda de la identidad del cuerpo político que denominare "nacional" para entendernos, pero que también puede ser plurinacional, es el fin del Estado actual.

La primacía de este valor identitario como fin del Estado no excluye, antes al contrario, las tareas garantistas del Estado liberal, ni las liberadoras del Estado social, ni las civilizadoras del Estado de cultura, ni, menos aun, las integradoras del Estado democrático, sino que las enraíza, orienta y limita. No hay una existencia individual aislada, independiente de toda conexión social y, concretamente, frente a la propia comunidad. Por ello, la identidad comunitaria es el soporte y horizonte de la libertad y el progreso individual, como ha puesto de manifiesto desde el sociologismo conservador (v. gr. Eugen Ehrlich) al más reciente y consecuente liberalismo (Kymlicka), y se mantiene y desarrolla en el progreso individual y colectivo de sus miembros. Ciudad, ciudadanía y ciudadanos son inseparables. Pero tampoco cabe olvidar que la ambigüedad de conceptos tales como "libertad", "bienestar" y "progreso" supeditan estos valores a la conciencia que de ellos tenga una determinada comunidad. En 1914, para no referirse a tiempos más cercanos y dramáticos, el valor de "libertad" se entendía de manera muy distinta

en Londres y en Berlín, en función de la autoconciencia de identidad de dos naciones extremadamente civilizadas y pertenecientes al mismo círculo cultural. Es el valor de identidad el que sirve de cabecera a los otros.

La identidad es categoría cada vez más relevante en derecho constitucional, hasta el punto de poder afirmarse que “pasa a ocupar la posición de la soberanía” (von Bogdandy, 2005 p. 11 Cf. 2003). Sin duda, es cuestión debatida como se determina la identidad, ya mediante factores prepolíticos que pueden considerarse como históricamente *dados*, ya como un *constructo* conscientemente, obtenido “mediante la conquista civilizadora general de una conducta conforme a derecho, así como con procedimientos suficientemente complejos para la formación de la voluntad del poder público” (von Bogdandy, 2005 p. 21). En síntesis, bien siguiendo las huellas de Herder, bien las de Habermas, si el parangón entre ambos nombres no fuese excesivamente irrespetuoso para el primero. Las más recientes constituciones europeas (v.gr. Polonia, República Checa, Croacia) optan por aquella; el frustrado proyecto constitucional europeo por ésta.

En todo caso, no me parece acertado oponer identidad a soberanía como si aquella fuese a sustituir a ésta, porque, lo que en realidad se hace es concretar la segunda en la tutela de la primera. Así resulta del análisis de la jurisprudencia comparada más reciente (Herrero, 2005, c). Baste citar, entre otros muchos casos posibles la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 12 de Octubre de 1993 (aunque se haya querido interpretar en sentido contrario a sus propios términos) y las más recientes decisiones del Consejo Constitucional francés. Las “condiciones necesarias para el ejercicio de la soberanía”, que, desde la Decisión de 19 de junio de 1970, sirven de parámetro constitucional a las posibles transferencias competenciales de la República a la Comunidad Europea, se concretan en rasgos claramente identitarios como son “las instituciones de la República” o “la continuidad de la vida de la Nación” en la Decisión de 25 de Julio de 1991 y es a la “identidad constitucional”, como límite a la primacía del derecho europeo sobre el estatal, la que afirma la muy reciente Decisión de 27 de Julio del 2006.

La definición de la soberanía como competencia de la propia competencia a que llegó la Teoría del Estado, adquiere pleno significado si se la conecta con el valor finalista de identidad. Es soberano quien puede decidir lo que en último término necesita para salvar su identidad y por la misma razón la soberanía nunca está legitimada para optar por la renuncia a la misma identidad porque la identidad es la causa final, el fin que la justifica.

Este plus de significado procede de rescatar, en pro de la seca definición jurídica, las cargas afectivas propias de la política y que el derecho constitucional ha de tomar en consideración. Sirva para mostrarlo un ejemplo. Dos elementos clásicos del Estado, Soberanía y Territorio, se relacionan recíprocamente. La soberanía

nía es, ante todo, territorial y el territorio se define como el ámbito espacial de una soberanía y corresponde a ésta proteger y disponer de aquel. Pero el derecho positivo y la práctica política revelan que la voluntad soberana protege el territorio, prevé su disposición y aún lo declara indisponible, no como cualquier otro espacio físico, sino en función de su valor identitario (Herrero, 1979). Así resulta de las cláusulas constitucionales de indivisibilidad e irrenunciabilidad o reivindicación territorial, de las que es reciente e ilustrativo ejemplo la Constitución serbia del 2006 cuando declara a Kosovo inseparable del territorio serbio por su condición de cuna histórica de la propia identidad nacional.

De esta caracterización teleológica de la soberanía se deducen importantes consecuencias.

Primero, cuando el valor orientador de la energía psicomotriz que es la voluntad es la propia identidad, dicha voluntad es indudablemente autónoma en el sentido kantiano atrás expuesto. Ahora bien, también desde Kant sabemos que la plena libertad moral es perfectamente compatible con los condicionamientos exteriores y, por ello, la voluntad soberana, como la libertad individual, no pierde su autonomía por ser una soberanía “situada”. Autonomía no equivale a solipsismo.

De ahí que la idea de soberanía sea compatible con unas relaciones internacionales dominadas por la política de poder de una pluralidad de Estados, de manera que alcanza todo su valor cuando es reconocida por los demás miembros del sistema. En principio, el reconocimiento internacional es declarativo y no constitutivo de la existencia estatal, pero la práctica muestra, cada vez más, que la soberanía estatal y su correlato internacional, la independencia, solo tiene sentido en un marco determinado de relaciones –así el reconocimiento por los miembros de la UE de los Estados resultantes de la disolución de Yugoslavia– y es en función de estas relaciones como la voluntad soberana se concretará en la búsqueda de sus propios fines. Unos fines, que solo tienen sentido en atención a los fines de otros agentes de la sociedad internacional. Una vez más, la intersubjetividad es condición trascendental de la subjetividad. “Yo somos nosotros”, decía Hegel.

Por la misma razón, la soberanía no implica irresponsabilidad. También para Kant, la voluntad autónoma es, por libre, plenamente responsable.

Segundo, la competencia de la propia competencia, si es entendida como salvaguarda de la propia identidad, es funcional. Esto es, primero, es una competencia a la talla de la identidad cuya garantía tiene por objeto y ello permite superar la clásica aporía de la soberanía del Estado federado que tantos ríos de tinta ha hecho correr, o, en pagos más cercanos, dar razón de las reivindicaciones soberanistas no independentistas. Segundo, no es una competencia cuantitativamente universal, sino una competencia cualitativamente suprema, algo ya implícito en la

definición bodiniana de soberanía. Por ello, lo que, sin embargo, no vio claramente Bodino, aunque si, años después autores como Loysseau, se distingue de una serie de competencias concretas, las “marcas” o “regalías”, que el soberano puede distribuir y atribuir. La práctica demuestra que viejos derechos de majestad que parecían inherentes a la soberanía pueden cederse sin que resulten afectadas lo que el Consejo Constitucional francés ha denominado “condiciones necesarias para el ejercicio de la soberanía nacional” (desde la Decisión de 19 de Junio de 1970 en adelante). De donde, tercero, resulta que la soberanía es también una potestad de atribución de competencias separables. Esto es, el haz de competencias soberanas es exfoliable y, más adelante daré ejemplos con relación al caso español.

Tercero, la voluntad que por situada esta llamada a relacionarse, puede pactar con otras voluntades y vincularse mediante tales pactos. El orden puede, sin duda, ser orden de poder cuando hay una unidad de decisión; pero también puede ser un orden contractual cuando la unidad decisoria se sustituye por una codecisión, sin dejar por ello de ser un orden. Aceptar tan solo la primera, como hace Heller, impide dar cuenta de la realidad que, en numerosas ocasiones, acepta la concurrencia de instancias decisorias, pero no la decisión unilateral.

De ahí que, de la misma manera que puede acordar la atribución de competencias a terceros o el ejercicio de las mismas en común con otras voluntades, la soberanía puede también estar condicionada en su mismo ejercicio por la concurrencia de otras voluntades, a su vez condicionantes y condicionadas. Tal es el supuesto de la cosoberanía pactada, categoría sobre la que volveré después, cuando la competencia sobre la propia competencia solo puede ejercerse de acuerdo con otra competencia sobre la propia competencia.

La Soberanía, en consecuencia, aparece hoy como la voluntad autónoma de un cuerpo político cuya causa final es la garantía de la propia identidad y se caracteriza por ser relacional, funcional (y, por ello, exfoliable) y pactable. A partir de estas categorías cabe analizar el significado del término en la Constitución Española.

### **III. ACEPCIONES DE SOBERANÍA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA**

La Constitución de 1978 emplea tres veces el término Soberanía: En el Preámbulo que afirma “La nación española... en uso de sus soberanía...” ejerce el poder constituyente; en el art. 1,2 que dispone “La soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado”; y en el art. 8 que hace a las Fuerzas Armadas garante de la “soberanía e independencia de España”.

En principio, parece, por la sistemática colocación de tales textos, que hacen referencia a las dos dimensiones de la soberanía atrás señaladas. El art. 8, a



la dimensión exterior de la soberanía, esto es la del Estado en lo internacional, y el art. 1,2 a la dimensión interna. Una y otra se vinculan en el Preámbulo. Es España, Estado soberano, quien se organiza internamente como libremente decide.

1. ¿Que significa la soberanía en el art. 8? Claramente no puede referirse a un acerbo competencial interior. Las competencias públicas se encuentran distribuidas y atribuidas en el ordenamiento constitucional y la garantía de las mismas por las Fuerzas Armadas no pueden ir más allá de la garantía que prestan, según el mismo art. 8, a dicho ordenamiento y a su dinámica.

La soberanía se utiliza, por lo tanto, en su acepción internacional. Ahora bien, lo que en su día denominé unidad intencional de las categorías del derecho público, hace que los términos jurídico internacionales utilizados por el derecho interno deban tener el sentido que les da el propio derecho internacional. Por ello, habrá que acudir a éste para precisar lo que significa soberanía.

A la altura de nuestro tiempo dicho significado no tiene dudas. Tras la crítica y reconstrucción del concepto, es prácticamente pacífica la opinión de que soberanía del Estado significa independencia y que esta se concreta positivamente en la autonomía, la exclusividad territorial y la plenitud en el ejercicio de la competencia estatal, y, negativamente, en la igualdad soberana de los Estados y en el principio de no intervención de unos en los asuntos internos de otros (Rousseau, 1948). La doctrina más progresiva apunta ya, como antes señalé, hacia las obligaciones positivas inherentes a la soberanía e incluso categorías como la de injerencia humanitaria parecen contradecirla. Pero la experiencia de la puesta en práctica de este concepto, especialmente en el proceso lógico que va desde la noción de asistencia humanitaria a la de guerra preventiva, pasando por la de injerencia o intervención humanitaria, muestra que no se trata tanto de nuevas instituciones jurídico-internacionales, como la impugnación de los principios estructurales del derecho internacional por lo que mi maestro Schwazemberger denominaba "la política de poder disfrazada".

De lo expuesto resulta que, con independencia de su articulación con la garantía de las Fuerzas Armadas de la que ya me ocupé en otra ocasión (Herrero, 2001), la Constitución consagra la idea de España como Estado soberano, esto es independiente. Una independencia que, en cuanto autonomía de la competencia, esto es, libertad de decisión en la esfera de la propia competencia, puede, sin duda, limitarse mediante tratado, puesto que la capacidad de pactar es la mas importante dimensión de la autonomía de la voluntad. Pero, también, puede verse erosionada por una indeterminada e incontrolada primacía del derecho de la Unión sobre el derecho estatal, incluso el constitucional, de acuerdo con la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades (S. 15 de julio de

1964, caso Costa) y que pretendió convertir en norma el proyecto de Constitución Europea del 2004 (Herrero, 2005 a). Algo que, con la excepción del Tribunal Constitucional español, las más importantes jurisdicciones constitucionales de los países miembros de la Unión han rechazado con rotundidad. (Herrero, 2005 c) En ocasiones anteriores y en esta misma Academia (Herrero, 2005 b, 2006) he señalado la gravedad de la cuestión y la conveniencia de revisar la cláusula de integración europea de la vigente Constitución para excluir esta posibilidad.

2. En cuanto a la formula del art. 1,2 CE según la cual “la soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan todos los poderes del Estado”, supuso, en su origen, la afirmación de dos tesis políticas. De una parte, una afirmación unitarista, plasmada en el concepto de “soberanía nacional” y en su atribución al sujeto “pueblo español”, unitarismo compartido por las grandes fuerzas políticas constituyentes y que forzó el compromiso entre la derecha, partidaria del concepto de soberanía nacional, y la izquierda, partidaria del de soberanía popular. De otro lado, la afirmación democrática que rechazaba, tanto el principio monárquico de las Leyes Fundamentales, como el compromiso doctrinario favorable a “las Cortes con el Rey”.

Ahora bien, a la hora de articular jurídicamente el resultado de tales tesis, es preciso distinguir dos cuestiones: la unidad de la soberanía y su titularidad. Respecto de la primera, el unitarismo expresado en la “soberanía nacional” y que engarza con el Preámbulo de la propia Constitución, señala que solo hay un poder constituyente y un solo sujeto de la competencia sobre la propia competencia: el pueblo español. En cuanto a la segunda, de lo antes dicho puede concluirse que la referencia al pueblo puede tener tres sentidos diferentes: “sobre”, “de” y “en”.

Primero, como instancia legitimadora, puesto que del pueblo “emanan los poderes del Estado”. El pueblo está “sobre” el Estado. Como se configure este “pueblo” es otra cuestión. Indudablemente, según la Constitución, existe un “pueblo español”, no una pluralidad de pueblos, como se pretendió y rechazó en la Constituyente, pero ello no supone necesariamente que dicho pueblo no sea una entidad compleja, según parece deducirse de otras normas del bloque de constitucionalidad. En efecto, los Estatutos de Autonomía se refieren los respectivos pueblos como otras tantas instancias de legitimación democrática y no cabe negar de tales términos lo que se afirma del mismo en el texto constitucional. Habrá, por tanto, que concluir que el pueblo español al que se refiere el art. 1,2 CE es una entidad compleja, un “pueblo de pueblos”, paralela a la “Nación de naciones” como ya se dijo en las Constituyentes a la hora de explicar el art. 2 CE y han interpretado diferentes Estatutos (Domínguez, 2006). No se trata pues de una tesis política superpuesta al bloque de constitucionalidad, sino de una interpretación literal, histórica y sistemática del mismo, como exige para todo el ordenamiento el art. 3 CC.

Afirmar que “España no es una nación de naciones ni de nada sino de solo ciudadanos” (sic) supone, no solo ignorar la historia o, lo que es lo mismo, reducirla a las más que polémicas Cortes de Cádiz y marginar las realidades políticas presentes, sino, además, desconocer nuestro vigente ordenamiento constitucional.

La pluralidad de sujetos concurrentes en la categoría de pueblo español abre camino a la concepción pactista de la Constitución (Herrero, 2003, p. 34 ss.) avalada por lo que Heller denominó la normatividad sociológica que todos aceptan en el plano político y que, en consecuencia, es aberrante no reflejar en el jurídico, salvo que se prefiera sustituir la realidad por la construcción lógica, tan coherente como vacía. Si el pueblo español es una entidad compleja, compleja ha de ser la vía para la decantación de su voluntad. Ello no supone desgarrar la unidad política existencial, como dijera Schmitt (1934, p. 69 ss.), sino trasladar a la realidad positiva las categorías doctrinales atrás expuestas: el concepto de Estado como orden, no solo de poder, sino también contractual y la noción de cosoberanía como competencia sobre la propia competencia, no a ejercer unilateralmente, sino condicionada por otra semejante. De ésta manera, el pacto excluye la decisión unilateral, puesto que la interpretación y cumplimiento de lo pactado no puede quedar al arbitrio de una de las partes, y exige la permanente negociación. Las relaciones paccionadas de Navarra y el Estado, reconocidas por la LORAFNA, parte integrante del bloque de constitucionalidad, son ejemplo y paradigma de ello (Herrero, 1998, p. 295).

Segundo, la remisión a la soberanía popular no puede detenerse en lo que Rawls denominó el “momento constituyente”, equiparable a los pactos fundamentales de asociación y sujeción que ocuparan a los clásicos, sino que, para ser efectiva, tiene que hacer de la realidad popular el protagonista del proceso vital de integración que constituye el Estado cotidianamente. El pueblo no solo ha de estar “presente por potencia”, puesto que todo lo puede a la hora de establecer y cambiar la Constitución, sino “por esencia y por presencia” porque está “en” el Estado dándole el ser y porque nada puede estarle oculto. De ahí que la atribución de la soberanía al pueblo en el art. 1,2 CE sea correlativo al carácter democrático del Estado proclamado en el art. 1,1 y que tal calificativo sea un principio constitucional (Aragón Reyes, 1990, p. 98 ss.). Así parece resultar de la escueta doctrina acuñada por el Tribunal Constitucional en torno al art. 1,1 CE.

Un principio tal tiene importantes consecuencias, de entre las cuales quiero destacar los siguientes extremos. Como principio material, la democracia supone la dependencia de todos los poderes no solo de la voluntad popular a la hora de ser constituidos, sino de la opinión pública. Concepto del que conviene destacar el calificativo de público para indicar que es relevante a efectos de determinar al poder estatal cuando existe un amplio consenso social. En tal caso, el mandato representativo que Burke defendiera ante sus electores de Bristol, debe de ceder ante el cri-

terio del pueblo mandante e incluso el juez no debiera olvidar que "la justicia emana del pueblo" según el art. 117 CE y que el juzgador tan solo la administra.

No quiere decir esto que el juez deba ser eco del juicio paralelo que se haga ante la opinión ni que los sondeos demoscópicos deban determinar las decisiones de los gobernantes. Pero si señalar, de nuevo con palabras de Heller, que "la voluntad del titular de un órgano del Estado, tanto desde el punto de vista físico y natural, cuanto en el terreno ético y jurídico, solo puede reputarse voluntad de la comunidad si aparece como probable que el gobernante podrá usar, de una manera general y sin contratiempos la fuerza de los representados". Esto es, los actos del titular del poder deberán, en consecuencia, estar en consonancia con el sentir general de la comunidad.

La sabiduría política de los anglosajones ha sabido tematizar la cuestión bajo los conceptos de soberanía jurídica que corresponde al Rey en el Parlamento y la soberanía política de la nación y proyectar ésta en instituciones como el "mandato" de cada elección parlamentaria o en la orientación de las convenciones constitucionales (Dicey, 1928, p. 69 ss. cf. Dicey, 1905).

Tercero, el mismo principio democrático en sus aspectos organizativos y procedimentales hace del pueblo, no suelto en la calle, sino reunido por los magistrados en el ágora, órgano primario "del" Estado, al decir de Kelsen, ya a la hora de designar sus representantes, ya a la hora de decidir mediante referéndum. A ello responde los arts 23,1, 92, 167,3 y 168,3 CE, pero también en los arts. 151 y 152,2 CE y el mismo principio se proyecta en los Estatutos de Autonomía y en la legislación local. ¿Hasta que punto las administraciones independientes no constituyen otras tantas ciudadelas que pretenden excluir del control democrático las parcelas más importantes de la gestión política?

**3.** En puridad, por lo tanto, el concepto de soberanía tal como lo utiliza la Constitución no se refiere en concreto a competencia alguna, sino a la calidad de la competencia, sea en el ámbito exterior, la del Estado en el orden internacional, sea en el ámbito interior, la del pueblo en el Estado.

Sin embargo, la doctrina, desde el propio Bodino a la actualidad, y aún la jurisprudencia, han unido soberanía a una serie de competencias. Un haz competencial, en expresión de Lapradelle, que en España se ha vinculado a las competencias exclusivas del Estado establecidas en el art. 149,1 CE.

De ser así, el carácter exfoliable de la soberanía, más atrás señalado, encontraría su confirmación en la letra y en la práctica de la Constitución de 1978. En efecto, los artículos 93 y 150 CE permiten la atribución a organizaciones supraestatales

y a las Comunidades Autónomas de las competencias exclusivas del Estado, salvo las que no puedan serlo “por su naturaleza”, concepto nunca precisado y difícilmente precisable. Con solo este misterioso límite, en principio el Estado podría vaciarse competencialmente y continuar siendo soberano si sigue teniendo la competencia sobre la propia competencia, esto es la de revocar las transferencias. Una vez que los constituyentes rechazaron la propuesta del Partido Nacionalista Vasco a favor de establecer unas competencias del Estado indelegables es difícil precisar cuál es el techo a las delegaciones y transferencias previstas en los artículos 93 y 150. Y, en efecto, sobre la base de ambos artículos, se han hecho importantes transferencias de competencias exclusivas que en su día se consideraban paradigma de la soberanía. Por ejemplo el caso de la política monetaria, tradicionalmente considerada como inseparable del “señorío natural” del Rey y que la Constitución califica como “exclusiva del Estado” (art. 149, 1, 11ª) y que se ha transferido al Sistema Europeo de Bancos Centrales en virtud del Tratado de la Unión de 1992, sin que falten proyectos, que a nadie parecen escandalizar, para extender la transferencia a la política migratoria o a la representación exterior, pese a lo previsto en el art. 149, 1, 2ª y 3ª.

A tan paradójica consecuencia suele hacerse una reserva cuantitativa. Así Fr. Luchaire, comentando las ya citadas decisiones del Consejo Constitucional francés, de acuerdo con las cuales podían transferirse competencias estatales que no afectasen a “las condiciones necesarias para el ejercicio de la soberanía nacional”, se preguntaba que quedaría de tal soberanía, al final del proceso de transferencias. Y, en efecto, si la soberanía es una cualidad de la competencia resultaría ilógico mantener el calificativo cuando ha desaparecido por completo el sustantivo. De ahí, que el límite del art. 150, lógicamente proyectable sobre el art. 93, la “naturaleza” intransferible de la competencia, tenga un sentido más profundo que el aparentemente retórico, si la respuesta se busca no en lo cuantitativo, sino en lo cualitativo.

¿Qué es lo que determina la “naturaleza” intransferible? Atendiendo a lo dicho más atrás, lo que afecta a la identidad del cuerpo político cuya conservación es el objeto fundamental de la soberanía. Así, en el orden inter y supranacional, puede no ser conveniente y a mi juicio sin duda no lo es, traspasar cierto nivel de transferencias competenciales, pero el Estado seguirá siendo soberano mientras pueda optar por la reversión de las transferencias y la derogación de sus compromisos de integración. Tal es la tesis afirmada por el Tribunal Constitucional Alemán en la famosa Sentencia de 12 de Octubre de 1993, después seguida por otras jurisdicciones constitucionales europeas, y que asumió el proyecto de Constitución de la Unión del 2004. (Vahlás, 2005). Otro tanto puede decirse en el orden interno hasta la transformación de un Estado gestor en un Estado meramente estratega, puesto que sería ilógico negar a las relaciones entre el Estado y entidades políticas cuya españolidad se afirma todos los días, la flexibilidad que se predica de las relaciones del Estado con terceros Estados. Lo que resulta inalienable, adjetivo que, por cierto, no utiliza la Constitución española, es la capacidad última de decidir.

Sin embargo, semejante tesis merece tres matizaciones. Por una parte, el pacto en el Estado, la cosoberanía, no es idéntico al pacto entre Estados. Este articula una sociedad; aquel, mediante un pacto de "status" actualiza una comunidad con lo que ello supone de lealtad e inderogabilidad. La diferencia entre la integración de la pluralidad de identidades nacionales y regionales que en España hay y la participación española en organizaciones supranacionales se esclarece a la luz de estas viejas categorías de Tönnies (Poch, 1943 cf. vv.aa. 2005).

En segundo término, la posibilidad última de denunciar lo pactado requiere a su vez tramites pactistas y así lo preveía, de acuerdo con el derecho internacional clásico, el propio proyecto de Constitución Europea (I, 60). Esto es, la denuncia del pacto es, a su vez, otro pacto.

Tercero y último, la atribución de competencias en cualquier sentido supra, para o infraestatal no puede afectar a la identidad de las estructuras constitucionales, de ciertas instituciones básicas, donde cristaliza la identidad política del Estado. Y reducir la soberanía a solo una decisión última como propugnaba la literatura de crisis, equivale a sustituir la realidad por la radicalidad. Como señalara Hirschman, la alternativa entre "participación" y "apartamiento" no es siempre posible y el Estado que se vacía más allá de cierto nivel, ni puede ya apartarse ni garantiza la efectividad de su participación ni las de quienes con él participan.

En consecuencia, según la Constitución, la Soberanía es una competencia cuyo único contenido no transferible, pero si pactable, consiste en la competencia sobre la propia competencia. Una voluntad que, por ser situada, puede pactar; por expresarse mediante derecho racionalizarse y autolimitarse y cuyo fin no es otro que garantizar la identidad de quienes la integran. La voluntad de un Leviatán convertido, de feroz monstruo de presa, en útil bestia de tiro y capaz de oponerse el Beemoth que surge de la Cosmópolis.

## BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN REYES, *Constitución y Democracia*, Madrid, (Tecnos), 1989.

AREILZA Y MARTÍNEZ DE RODAS, *Revolución industrial y soberanía nacional*, Madrid, (Escuela Diplomática), 1951.

CALASSO, *I glosatori e la teoria della sovranità*, Milan, 1951.

BULLON, *El concepto de la soberanía en la escuela jurídica española del siglo XVI*, Madrid, (ACMyP), 1935.

- BOGDANDY, VVDStRL, t. 62, (2003).
- “Identidad constitucional. Explicación de un fenómeno ambiguo...”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 75, (Sept-Dic) 2005, p. 9 ss.
- BONILLA Y SAN MARTÍN, *La crisis de la soberanía nacional y el fantasma de la representación parlamentaria*, Madrid (Real Academia de Jurisprudencia), 1916.
- CÁNOVAS DEL CASTILLO, *Medios diversos con que la soberanía se ejerce en las democracias modernas*, Madrid (discurso leído el 6 de noviembre de 1989 en el Ateneo de Madrid).
- CARRILLO SALCEDO, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, Madrid (Tecnos), 1969, 2ª ed. 1976.
- “Droit international et souveraineté des états: cours général de droit international public”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 257 (1996) p. 39 ss.
- *Soberanía de los estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, Madrid (Tecnos), 2001.
- *Permanencia y cambios en el Derecho Internacional*, Madrid, (RACMyP), 2005.
- CASSIRER, *La Filosofía de la Ilustración* (1932), trad. española, México (FCE), 1943.
- CONDE, *Unificación política de Europa y soberanía nacional: bases de una encuesta a escala europea*, Madrid (Ministerio de Asuntos Exteriores), 1970.
- “El pensamiento político de Bodino” (1935), en *Escritos y Fragmentos Políticos*, Madrid (Instituto de estudios Políticos), 1974, I, p. 17 ss.
- DICEY, *The Law of the Constitution*, 8ª ed, Londres, 1927.
- *Lectures on the relations between law and public opinion in England*, Londres, 1905.
- DOMÍNGUEZ GARCÍA, *Más allá de la Nación. La idea de España como nación de naciones*, Barcelona, (frc llibres), 2006.
- DUGUIT, *Le Droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, Paris, 1901.
- *Soberanía y Libertad*, trad. española, Madrid, 1921.
- ERCOLE, *Dela Comuna al Principato*, Florencia, 1929.

- GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlin, 1868-1881.
- *Johanes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, 3ª ed. (la definitiva), 1917.
- *Teorías Políticas de la Edad Media* (1900), trad. española, Madrid (Centro de Estudios Constitucionales), 1995.
- GOICOECHEA COSCULLUELA, *El problema de las limitaciones de la soberanía en el derecho público contemporáneo*, Madrid (RACMyP), 1923.
- GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, *De la necesidad de remover los obstáculos que al desarrollo del derecho punitivo opone el principio de la soberanía territorial y de la conveniencia de dar carácter extraterritorial a las leyes penales en armonía con el ideal del derecho de gentes*, Madrid (RACMyP), 1885.
- HELLER, *La Soberanía*, (1927), trad. española, México (UNAM), 1965.
- *Teoría General del Estado*, (1934), trad. española, México (FCE), 1942.
- HERRERO DE MIÑÓN, *Nacionalismo y Constitucionalismo. El derecho constitucional de los nuevos estados*, Madrid, 1972.
- “El territorio nacional como espacio mítico (contribución a la teoría del símbolo político)”, *Homenaje a García Pelayo*, Caracas (UCV) 1979, II, p. 629 ss.
- *Derechos Históricos y Constitución*, Madrid (Taurus), 1998.
- “Tareas constitucionales de las Fuerzas Armadas: entre el interés nacional y la supranacionalidad”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, LIII (200-2001), 78, p. 223 ss. (recogido en *El Valor de la Constitución*, Barcelona (Crítica) 2003, p. 154 ss.
- *El valor de la Constitución*, Barcelona (Crítica), 2003.
- (a) *Riesgos colaterales de la Constitución Europea*, Oviedo (Aula magna), 2005.
- (b) “El proyecto de tratado para el establecimiento de una Constitución europea: ratificación y entrada en vigor”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, LVII (2004-2005) 82 p. 35 ss.
- (c) “Desde el ‘mientras que’ hasta el ‘si salvo’ (la jurisprudencia constitucional ante el derecho europeo)”, *Revista Española de Derecho internacional*, LVII (2005) 1, p.89 ss.



- “Europeización de la Constitución Española. (contribución a la reforma constitucional)”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, LVIII (2006) 83, p.
- JELLINEK, *Teoría General del Estado*, (1889) trad. española Buenos Aires, 1973.
- LASKY, *The foundation of soivereignty*, Londres, 1921.
- MARAVALL, *Estado moderno y mentalidad social*, Madrid (Revista de Occidente), 1972.
- MEINECKE, *El historicismo y su génesis*, (1936) trad. Española, Madrid (IEP), 1943.
- *La idea de la Razón de Estado en la Edad Moderna* (1924), trad. española Madrid (IEP), 1959.
- MESNARD, *Bodino en la historia del pensamiento político*, Madrid (IEP), 1962.
- MIRKINE GUETZEVICHT, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris (Sirey), 1932.
- MORGENTHAU, “Another ‘Great Debate’ The national interest of the United States”, *The American Political Science Review*, XLVI (1952), 4, p. 961 ss.
- *In defense of national interest. A critical study of american foreing policy*, Nueva York (Knopf), 1952, 2ª ed. 1980.
- MUÑOZ MACHADO, *El problema de la vertebración del Estado en España*, Madrid (Iustel), 2006.
- ONORI, *Fonti, Canonistiche dell’idea moderna dello Stato*, Milan, 1951.
- NAEF, *La idea del Estado en la edad Moderna*, (1935), trad. española, Madrid (IEP), 1959.
- PÉREZ SERRANO, *El concepto clásico de Soberanía y su revisión actual*, Madrid, (Tipografía de Archivos Olózaga I), 1933.
- POCH y GUTIÉRREZ DE CAVIEDES, “Comunidad internacional y sociedad internacional”, *Revista de Estudios Políticos*, XII (1943), p. 341.
- POLITIS, “Le problème des limitations à la souveraineté nationale”, *Recueil des Cours de l’Academie de Droit international*, 1925, I, p. 5 ss.
- PREUSS, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, Berlin, 1888.
- *Das städtische Amtrecht in Preussen*, Berlín, 1902.

- ROUSSEAU, "L'indépendance de l'État dans l'ordre international", *Recueil de ses Cours de l'Académie de Droit International*, 1948 II, p. 171 ss.
- RUIZ DEL CASTILLO, "Valore e limite della concezione formale della sovranità", *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, 1932, p. 27 ss.
- SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, (1928) trad. española Madrid (Revista de Derecho Privado), 1934.
- VAHLAS, "Souveraineté et droit de retrait au sein de l'Union Européenne", *Revue de Droit Public*, 6, 2005, p. 1565 ss.
- VALERA y ALCALÁ GALIANO, "Los partidos, la constitución interna y la soberanía", en *Discursos Políticos*, 1861-1876, Madrid, 1929.
- VVAA, *Comunidad internacional y sociedad internacional después del 11 de septiembre de 2001*, Gernika (UCM, UPF, UPV), 2005.
- ZOLO, *Cosmopolis. Perspectivas y riesgos de un gobierno mundial*, (1997), trad. española Barcelona (Paidós), 2000.