

## ***PARTE SEGUNDA: Las bases para una explicación de la integración comunitaria desde una perspectiva pluralista***

### **Introducción: ¿Cabe una respuesta jurídica desde un posicionamiento pluralista?**

Dos son los principales escollos que se presentan a la hora de argumentar que la posibilidad de hallar respuestas jurídicas a la que se ha denominado como “aporía entre el principio de supremacía constitucional y el principio de primacía del derecho comunitario”, pasa por una comprensión pluralista de la relación entre ambos órdenes normativos. El primero de ellos, consiste en la presencia de consideraciones de naturaleza política, cuya intensidad ha impedido en muchas ocasiones poder trasladarse al ámbito de la discusión jurídica.

El segundo obstáculo tiene una doble faceta: la primera de ellas se sitúa en la dificultad de poder perfilar los caracteres de una relación interordinamental cuando de los dos sistemas en presencia, uno, el estatal, se ha visto sometido a una serie de profundas transformaciones que han llegado cuando menos a desdibujar algunos de los elementos que tradicionalmente han sido considerados como esenciales en su configuración, mientras el otro, el sistema comunitario, carece, dada su originalidad, de una formulación tanto jurídica como política suficientemente identificable. La otra faceta del segundo de los escollos radica en la fuerza que todavía hoy mantienen, tanto en el nivel discursivo como en el plano de la legitimidad, algunas de las nociones de la teoría del Estado de la que parten los planteamientos soberanistas, pese a su tantas veces denunciada falta de comunión con la realidad a la que dicen referirse.

Pues bien, tales escollos no tienen suficiente envergadura como para poder obstruir el paso de un planteamiento que apueste por aceptar la naturaleza autónoma de los ordenamientos que entran en relación. El fundamento de la validez de uno y otro ordenamiento no debe irse a buscar fuera del propio ordenamiento, y, en consecuencia, ambos pueden reivindicar su primacía por lo que a la esfera de sus competencias se refiere. La llamada aporía entre la primacía de uno y la de otro, siendo como son ordenamientos que coinciden en su aplicación a unos mismos destinatarios y en un mismo territorio, puede resolverse sin tener que acabar subordinando uno bajo el otro, ni tan siquiera en el plano de

la aplicabilidad que, como bien han señalado Aláez Corral y Rubio Llorente, no resulta escindible sin más del plano de la validez.

Para poder abordar las principales líneas en que debe basarse un planteamiento como el que aquí se pretende defender, va a resultar necesario aportar elementos que sirvan para cuestionar algunas de las premisas básicas de las que parten las visiones monistas en general, y en concreto las que adoptan puntos de vista estatalistas o soberanistas. Tales premisas han ido ya apareciendo a lo largo de las páginas anteriores, y sin duda uno de los textos en los que están recogidas con mayor claridad es en la sentencia *Maastricht* del TCF. En efecto, como sabemos, dicho pronunciamiento no sólo perfila conclusiones que dan salida a los conflictos a los que se enfrenta, básicamente en relación con la protección de los derechos fundamentales y la *Kompetenz-Kompetenz* desde la salvaguarda del principio democrático, sino que clarifica las bases teóricas de las que parte para llegar a tales conclusiones.

Sobre la base de la mutua interrelación entre legitimidad democrática y protección de los derechos fundamentales como elementos nucleares del constitucionalismo, el TCF parte de los siguientes presupuestos: inexistencia de legitimidad democrática sin Constitución (ordenamiento constitucional unitario); inexistencia de ordenamiento constitucional sin un acto del poder constituyente; inexistencia de poder constituyente sin presencia de un pueblo estatal (*Staatsvolk*); inexistencia de un pueblo europeo que pueda erigirse como poder constituyente; inexistencia por tanto de una Constitución europea (ordenamiento constitucional europeo) en la que poder sustentar la legitimidad democrática del poder comunitario.

A partir de ese conjunto de aseveraciones, la conclusión a la que se llega es que la legitimidad última de las decisiones comunitarias se basa en los ordenamientos constitucionales estatales y en la participación democrática que dichos ordenamientos garantizan respecto de su población (pueblo). Por esta razón, los rasgos que definen tales ordenamientos, que vienen a constituir el núcleo de la soberanía estatal, deben salvaguardarse, de lo que surgen límites concretos al proceso de integración europea. Tales límites son básicamente de dos clases. *Kompetenz-Kompetenz*: en primer lugar la integración debe desarrollarse en los márgenes competenciales que los Estados, *señores de los Tratados*, han aceptado al concluir los Tratados (*programa de integración*), siendo los

Estados quienes ostentan la última palabra respecto del control de los actos comunitarios *ultra vires*; en segundo lugar, existen límites también de carácter sustancial que básicamente se manifiestan alrededor del contenido esencial de los derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento constitucional, que el TCF debe proteger en todo caso, aunque “de modo general” y en una “relación de cooperación” con el TJ.

La lógica de las consideraciones del TCF parece impecable, al menos en cuanto a la estructura discursiva de la argumentación. Dado que aquí, como ya ha sido puesto de manifiesto en varias ocasiones, no se comparten las conclusiones a las que llega el TCF, salta a la vista que el desacuerdo debe hallarse en algunas de las premisas de partida (algunas de las cuales son a su vez conclusiones intermedias).

Ante la premisa inicial, la mutua interrelación entre legitimidad democrática y protección de los derechos fundamentales como elementos nucleares del constitucionalismo, no puede plantearse objeción alguna. No sucede lo mismo respecto a la imposibilidad de la concurrencia de la legitimidad democrática fuera de un ordenamiento constitucional unitario, esto es, un ordenamiento cuya razón de ser radica en la fundamentación de una unidad normativa donde se dilucidan los conflictos internormativos (aunque en realidad sean interordinamentales) bajo criterios que en último término son forzosamente jerárquicos.

El cuestionamiento de la unidad ordinamental, presupuesto considerado ontológico aún hoy en día por la mayor parte de la doctrina<sup>406</sup>, va a resultar, hay que advertirlo desde ahora, absolutamente central en el curso de nuestro análisis, como poco a poco se irá viendo. Se trata de un cuestionamiento que nos ha de llevar, entre otras cosas, a plantear una visión distinta del concepto de ordenamiento jurídico y de validez normativa al empleado bajo los parámetros tradicionales que siguen insistiendo en la necesidad de

---

<sup>406</sup> Una buena aproximación al sentido de tal unidad nos la ofrece De Cabo cuando nos recuerda que “como se sabe, la concepción normativa del Ordenamiento supone su consideración como una estructura ordenada y sistemática de normas que precisamente lo son en cuanto forman parte de él. Esta ordenación sistemática implica inicialmente una exigencia unitaria. Y la unidad del ordenamiento supone ciertamente la remisión a ese fundamento normativo y único que reside en esa fuente extraordinaria que es la Constitución, pero la ordenación que en ella se establece se extiende al resto del ordenamiento, se hace realidad y se proyecta y abarca todo él a través del sistema de fuentes que es el que posibilita la construcción de esa *unidad*, evita las *antinomias* y consigue la mayor *suficiencia reguladora*”. De Cabo, C., “Las fuentes del Derecho...”, ob. cit., p. 244.

apoyar en último extremo la eficacia normativa (y de ahí su propia validez) en términos de imposición coactiva mediante la fuerza física, cuyo monopolio recae en el Estado.

A partir de la quiebra de la anterior premisa, las posteriores caerían sucesivamente, ya que en un contexto en el que no sólo el ente estatal pudiese contar con un ordenamiento propio y autónomo, cabría entonces una Constitución no estatal fundada a partir del ejercicio del poder constituyente por un pueblo no estatal. De este modo no aparecerían impedimentos infranqueables para la existencia de una Constitución europea encargada de plasmar y asegurar normativamente los valores nucleares del constitucionalismo también en el ámbito comunitario.

Si se quiere, de lo que se trata es de cuestionar o bien la necesidad de tener que hablar de un pueblo europeo o bien la imposibilidad de poder hacerlo (a partir de una noción distinta de pueblo); cuestionar igualmente, en consecuencia, la necesidad de tener que hablar de una Constitución europea o bien la imposibilidad de poder hacerlo (a partir de una noción distinta de Constitución). Y cuestionar, en definitiva, que no haya más legitimidad democrática que la que se desarrolla en el seno de los ordenamientos estatales, y, al mismo tiempo, el propio concepto de soberanía estatal y el tipo de límites que la misma impone al proceso de integración comunitaria.

Este cúmulo de cuestionamientos, tal y como se advirtió, aunque se hayan planteado frente a las premisas de una de las máximas expresiones del posicionamiento estatalista, se debe realizar en general frente a las respuestas monistas, entendiendo que sólo desde el pluralismo jurídico pueden hoy en día entenderse las verdaderas implicaciones del proceso de integración, y, a partir de tal comprensión, articular las respuestas necesarias para tratar de asegurar la vigencia de los valores del constitucionalismo.

De esta manera se pretende ofrecer una respuesta jurídica a un conflicto con evidentes e intensas implicaciones políticas a partir de negar la existencia de la aporía entre el fundamento de la primacía del ordenamiento comunitario y el fundamento de la primacía de la Constitución.

## **CAPÍTULO CUARTO. Las bases para un planteamiento pluralista (I): la desvinculación entre los conceptos de ciudadanía y nacionalidad (el pueblo más allá del Estado)**

### **1. Legitimidad democrática y Constitución**

Al finalizar el anterior capítulo, se dijo que la línea divisoria que separa las consideraciones estatalistas de las comunitaristas radicaba en una distinta concepción de la noción de Estado, de cuáles han de ser los atributos de la forma política cuyo ordenamiento dota de unidad al sistema jurídico. Pues bien, más allá de tales atributos, o en realidad como presupuesto de los mismos, en el fondo lo que diferencia una concepción de la otra está en la diferente consideración de las condiciones en que ha de darse la legitimación (democrática) del poder, lo que sitúa en el centro del debate las nociones de pueblo, poder constituyente y Constitución.

Desde la visión representada por la sentencia *Maastricht* del TCF, según ya fue comentado con anterioridad, la Comunidad carece de legitimidad suficiente por no contar aún con un pueblo europeo como originario ostentador del poder (se habla de Comunidad y no de UE porque es el pilar comunitario de donde surgen normas directamente aplicables en los Estados que además pueden ser adoptadas, según los casos, sin la aceptación unánime de todos los representantes estatales, de ahí que, en sentido estricto, la discusión sobre la legitimidad verse sobre ella y no en general sobre la UE, aunque por afectar a su principal pilar, le incumbe igualmente).

Según el TCF, dada la inexistencia de un *demos* europeo, son los pueblos de los Estados en quienes se basa en último término la legitimidad de las instituciones comunitarias, razón por la cual la representación de los pueblos de los diversos Estados en el PE tan sólo actúa “a título complementario”, irradiando “un respaldo democrático para la política de la Unión Europea” (C I b1). “En la asociación de Estados de la Unión Europea, la legitimación democrática tiene lugar (...) en virtud de una *conexión* de la actuación de los órganos europeos con los parlamentos de los Estados miembros” (C I b2).

El tan denunciado déficit democrático comunitario no se refiere, desde este punto de vista, a una insuficiencia coyuntural del aparato institucional comunitario, que también,

sino que parte de una situación que es estructural: la ausencia de un pueblo europeo impide poder atribuir a ninguna de las instituciones de la Comunidad una legitimidad democrática directa. De esta manera, las mejoras que puedan hacer del aparato institucional un instrumento de participación democrática más satisfactorio (aumento de la presencia y poder decisorio del PE, mayor transparencia de los procedimientos decisorios, etc.), no podrán nunca llegar a paliar del todo el déficit, porque, como ha señalado Balaguer, no estamos ante un “déficit de Parlamento”, sino ante un “déficit de Constitución”, que es el aspecto más problemático del déficit democrático<sup>1</sup>.

A partir de ahí la conclusión es clara: no sólo hace falta Parlamento, sino también Constitución. Una Constitución que sólo puede materializarse en presencia de un pueblo europeo que actúe como poder constituyente. Constitución y democracia son, desde esta visión, elementos inseparables y ambos parten de la existencia de un *demos*. Como ha señalado Rubio Llorente, “como la condición de posibilidad de la democracia es la existencia de un sujeto colectivo, de un *demos*, sin el cual las instituciones representativas no pasan de ser sino el disfraz democrático de un poder despótico, carente de legitimidad, el debate entre ellas se reduce en último término a una disputa sobre qué es lo que por *demos* debe o puede entenderse, pues sólo a partir de ahí cabe determinar cuál debería ser la forma política de la Unión para atender las exigencias de su relación con el resto del mundo”<sup>2</sup>.

La existencia pues de una Constitución, que para la visión comunitarista es ya un hecho<sup>3</sup>, supone el punto de llegada puesto que, como se ha de plantear desde toda perspectiva monista, “sólo la existencia de una auténtica Constitución Europea puede hacer

---

<sup>1</sup> Balaguer Callejón, F., “La constitucionalización...”, ob. cit., p. 593.

<sup>2</sup> Rubio Llorente, F., “El futuro político de Europa. 2. El déficit democrático de la Unión Europea”, *Claves de la Razón Práctica*, núm. 90, 1999, p. 30 (páginas 28 a 37).

<sup>3</sup> Valga como ejemplo reciente la opinión de Merli, quien sostiene con decisión que “las exigencias mínimas se cumplen”, pues hay que partir “del análisis objetivo del material jurídico del que disponemos”, con base en el que “hay que reconocer que, en efecto, no la Unión Europea en su conjunto, pero sí la Comunidad Europea tiene todo aquello que tienen las Constituciones de los Estados: -los principios estructurales del art. 6 del Tratado de la Unión Europea (...); -una parte orgánica relativa a los órganos, su funcionamiento, la división horizontal y vertical del poder, e incluso una jurisdicción constitucional; -un catálogo de derechos fundamentales (...); -y una fijación de fines y objetivos”. Merli, F., “Hacia una Constitución común europea”, *RDCE*, núm. 9, 2001, páginas 254 y 255 (páginas 241 a 258).

posible una articulación coherente que solucione los conflictos en el nivel más delicado (el constitucional) y que permita un ajuste correcto de esas relaciones”<sup>4</sup>.

## 2. Constitución y poder constituyente. Estado y *demos*

### 2.1 Introducción

El nudo de la discusión en la que nos hallamos no es la posibilidad de que exista una “Constitución Europea” nominalmente considerada, sino que exista un sujeto colectivo que pueda actuar como poder constituyente, pues es en él donde se encuentra el fundamento normativo de la validez de la Constitución. Esa es la noción de *demos* que se pretende poder identificar en la UE. El problema residirá, vaya por delante, en la disparidad de criterios a la hora de concebir las características que deba reunir dicho *demos* para ser considerado como tal, y en concreto si se requiere o no que esté referido a una realidad estatal (*Volkstaat*). En caso de que así fuera, o bien se debería intentar definir la UE como realidad estatal, o bien no habría más remedio que concluir que el déficit comunitario no es déficit de Constitución, sino déficit de Estado (constitucional)<sup>5</sup>.

No vamos a dejar de recurrir como punto de partida a los planteamientos recogidos por la sentencia *Maastricht* pues, como ya fuera comentado, con su tesis del *no-demos* marca de manera nítida la línea de los planteamientos estatelistas. La propuesta consiste en recordar los pasajes de la citada resolución en los que se recogen los atributos que un pueblo debe tener según el TCF, para después acudir a algunos de los autores que han tratado de responder a los planteamientos de dicho Tribunal.

Tras ello, estaremos en condiciones de seguir profundizando en un debate que nos debe llevar no tanto a poder determinar desde estas páginas si se puede o no hablar en la

---

<sup>4</sup> Balguer Callejón, F., “La constitucionalización...”, ob. cit., p. 594.

<sup>5</sup> “Clamoroso déficit de «Estado constitucional»”, ha sido la expresión utilizada por Ruipérez para referirse a las razones del “escepticismo de no pocos demócratas y progresistas respecto de la unidad de Europa”, tratando de separarse de las posiciones mantenidas desde visiones de “trasnochado nacionalismo estatalista”. Ruipérez, J., *La “Constitución europea” y la teoría del poder constituyente*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000, p. 36.

actualidad de un pueblo europeo, como a haber identificado los principales rasgos con los que una determinada colectividad humana debe contar para poder ser calificada como pueblo en el contexto que nos interesa, esto es, de cara al aseguramiento de las condiciones mínimas que deben concurrir en una organización jurídico-política que pretenda contar con una legitimidad democrática propia.

## **2.2 ¿Puede romperse el carácter necesario de la vinculación entre las nociones de pueblo y nación?**

### *2.2.1 La vinculación entre demos y Estado-nación: la sentencia Maastricht*

Dentro del contexto de la definición de las condiciones que deben darse en un marco democrático, en su sentencia *Maastricht* el TCF afirma que “a menos que haya que quedar en principio de atribución formal, la democracia depende de la existencia de determinados requisitos prejurídicos, como la permanente confrontación de fuerzas sociales, intereses e ideas contrapuestos, en la cual pueden ir decantándose y transformándose incluso los objetivos políticos (...) y a partir de la cual la opinión pública prefigura su voluntad política. Implica ello asimismo que los procedimientos resolutivos de los organismos que ejercen el poder soberano y las metas políticas perseguidas en cada caso se tornen visibles e inteligibles para la mayoría, así como que el ciudadano con derecho de voto pueda comunicarse en su propia lengua con el poder soberano a que está sometido” (C I b1).

Tras tales aseveraciones, en las que ya empieza a aparecer el concepto de pueblo, el TCF afirma que, dado que “son los pueblos de los Estados quienes, a través de los parlamentos nacionales, procuran la legitimación democrática (...)”, “los Estados necesitan un deslinde de tareas propias suficientemente importantes, en las cuales pueda desplegarse y articularse el pueblo del Estado respectivo en el marco de un proceso de formación de voluntad política legitimado y dirigido por él, para así hacer cobrar expresión jurídica a los que –de *manera relativamente homogénea*- lo *cohesiona en los ámbitos espiritual, social y político*” (C I b2, cursivas añadidas).

Para Weiler<sup>6</sup>, lo problemático no es que el TCF sea escéptico sobre las posibilidades de democratización en el seno de la UE sino las bases en que funda su escepticismo, que resumiendo son las que se encuentran en la tesis del *no-demos*, a partir del cual entiende que hay pueblo (*Volk*) sólo cuando concurren por un lado una serie de elementos subjetivos o sociopsicológicos (cohesión social, identidad colectiva y destino compartido) y, por otro, unos condicionantes objetivos (lengua, historia, cultura y sensibilidades comunes, y, en determinados casos, religión y origen étnico).

La importancia de la existencia del *demos* debe ser bien calibrada, pues, como nos recuerda el mismo autor en otro lugar, “El *demos* expresa el ligamen entre ciudadanía y democracia. La democracia no existe en el vacío. Presupone la existencia de una comunidad política con miembros –el *demos*- por el cual y para el cual tiene lugar el discurso democrático. La autoridad y legitimidad de la mayoría para obligar a la minoría existe sólo dentro de las fronteras políticas definidas por el *demos*. En pocas palabras, si no existe *demos*, no puede existir democracia”<sup>7</sup>.

Denuncia el autor citado la operación consistente en la elaboración de criterios de inclusión-exclusión a partir de elementos etnoculturales, lo que lleva a concebir una especie de “naturaleza orgánica” del pueblo, lo que lo sitúa como realidad preestatal.

En consonancia con esta idea, Zuleeg argumenta que el verdadero origen de las tesis del TCF que comentamos debe situarse en Schmitt, y más concretamente en su distinción entre amigo y enemigo al referirse a las relaciones entre naciones. Esa es la idea que, según el autor, se esconde tras la referencia del TCF a los elementos que “de manera relativamente homogénea” cohesionan al pueblo del Estado “en los ámbitos espiritual, social y político”. Se apoya Zuleeg en especial a esa referencia a la homogeneidad espiritual –y no meramente cultural- a la hora de establecer el paralelismo y recordarnos que según Schmitt, si la homogeneidad no existe, debe ser conseguida mediante “la asimilación, la expulsión o la extinción”<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Weiler, J. H. H., “The State...”, ob. cit.

<sup>7</sup> Weiler, J. H. H., “The Selling of Europe: The Discourse of European Citizenship in the ICG 1996”, *Harvard Jean Monnet Working Paper*, 3/96, p. 8 (páginas 1 a 27).

<sup>8</sup> Zuleeg, M., “The European Constitution..”, ob. cit., p. 29.

En cualquier caso, basta con señalar, sin necesidad de llegar a trazar semejantes similitudes, que lo que hace el TCF es vincular el concepto de pueblo al de nación: nación como manera de denominar al preexistente pueblo, cuya expresión política es el Estado.

En este contexto, el pueblo-nación aparece como base del moderno Estado democrático: sólo a partir de la existencia de un pueblo (con tales caracteres) se entiende la aceptación por la minoría de la voluntad mayoritaria. Por ello el Parlamento es la institución nuclear de la democracia, no sólo porque provee de un mecanismo de representación sino porque representa a un pueblo (nación) del que deriva la autoridad y legitimidad de sus decisiones.

De esta forma, el TCF acude a la idea de Estado-nación, sosteniendo de tal forma que siguen vigentes las circunstancias que acompañaron su consolidación como única forma de dominación política.

Como nos recuerda Habermas, “el mérito del Estado nacional estribaba (...), en que resolvía dos problemas en uno: hizo posible una nueva forma, más abstracta, de *integración social* sobre la base de un nuevo *modo de legitimación*. El problema de la legitimación surgió, dicho concisamente, porque como consecuencia del cisma religioso se desarrolló un pluralismo de cosmovisiones que privó al poder político del fundamento religioso (...)”, de ahí la importancia de que la participación democrática que, “puesta en marcha lentamente creó con la ayuda del estatuto de la ciudadanía un nuevo nivel de *solidaridad* mediada jurídicamente y, simultáneamente, proporcionó al Estado una fuente secularizada de *legitimación*”<sup>9</sup>.

En ese cambio de la soberanía del príncipe a la soberanía del pueblo, “para lograr la movilización política se precisaba una idea con fuerza capaz de crear convicciones y apelar al corazón y al alma de una manera más enérgica que las naciones de soberanía popular y derechos humanos. Este hueco lo cubre la idea de nación (...) la nación o espíritu de un pueblo (*Volksgeist*), esto es, la primera forma moderna de identidad colectiva en general, suministra un substrato cultural jurídicamente constitucionalizado. Se trata de una fusión de

---

<sup>9</sup> Habermas, J., *La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política*, Paidós, Barcelona, 1999, p. 88. Ver también Toulmin, S., *Cosmópolis: el trasfondo de la modernidad*, Península, Barcelona, 2001.

antiguas lealtades de carácter artificiosa, creada por las necesidades burocráticas y a largo plazo”<sup>10</sup>.

En ese contexto, reivindicado como actual por el TCF, la conciencia nacional se erige como un medio idóneo para satisfacer las necesidades del orden democrático, basado en el principio mayoritario y por tanto, en la aceptación como voluntad general de decisiones en las que no forzosamente cada individuo comparte, puesto que “provee a las meras superficies estatales, constituidas a partir del derecho moderno, de un sustrato cultural a partir del cual se forma la *solidaridad ciudadana*. De esta forma se transforman los vínculos que se habían formado entre los miembros de una comunidad concreta (...) en una nueva y más abstracta forma de solidaridad”<sup>11</sup>.

La idea de nación, pues, responde la exigencia de que la movilización política de los “súbditos” cuente primero con un cierto grado de *integración cultural*. “El simbolismo cultural de un «Pueblo», mediante el cual nos cercioramos de una supuesta común procedencia, lenguaje e historia, de un carácter propio, es decir, de un *Volkgeist* –«Espíritu del Pueblo»- común procedencia (...) produce una unidad imaginaria y proporciona a los habitantes del mismo territorio la conciencia de pertenecer a algo común”<sup>12</sup>.

Así las cosas, el pueblo se vincula necesariamente a la legitimación democrática del poder del Estado, debiéndose tratar emanar de un pueblo que viene configurado por un dato prejurídico y prepolítico, como es el de la “identidad nacional”. Esa es la tesis principal de la que parte el TCF, para quien cualquier proceso democrático exige la garantía de que el pueblo estatal tenga la posibilidad “de dar expresión jurídica a lo que –de modo relativamente homogéneo- le une espiritual, social y políticamente” (Sentencia *Maastricht*, C I b2).

Entre nuestra doctrina, García Roca ha sabido condensar los presupuestos de la sentencia *Maastricht* de la siguiente manera: “El Estado, en definitiva, continua siendo la estructura de la convivencia política y el lugar natural de ejercicio de la ciudadanía”<sup>13</sup>. En

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 89.

<sup>11</sup> Habermas, J., “La constelación...”, *ob cit.*, p. 88.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

tales términos se expresa García Roca, quien, además, nos recuerda que “recientemente, diversas personalidades (Böckenförde entre ellas) han realizado una reivindicación de la estatalidad en el seno de la Unión Europea desde el *status* que entraña la ciudadanía como centro de imputación de derechos y deberes políticos. Un debate no exento de consecuencias políticas. No se trata de ralentizar u obstaculizar la integración europea, pero sí de actuar con prudencia. Pues no sería cabal excluir al Estado, como ámbito de participación ciudadana y de corrección de las desigualdades, mientras no exista en el ámbito europeo otra análoga institución estatiforme. Sólo el Estado en cuanto forma política, puede corregir todavía las disfuncionalidades históricas de la sociedad. La libertad de todos los ciudadanos -y no la de unos pocos- no es el resultado casual del mercado (...) sino el esforzado resultado de la constante aplicación de las reglas de Derecho y de la actuación del Estado”<sup>14</sup>.

A partir de tales consideraciones, García Roca comulga con las conclusiones de la sentencia *Maastricht* del TCF: “no ha habido un abandono de la soberanía, Alemania es uno de los señores del tratado; la modificación del mismo no está implícita o inherente en la ley de ratificación ni en la habilitación a los órganos comunitarios para interpretar y extender sus atribuciones”. De todos modos, esbozando un matiz a sus aseveraciones, señala que “dicha soberanía se trata más de una última *ratio*, la reserva de un poder extraordinario acerca de la titularidad de la competencia de competencias, que de un criterio ordinario dotado de validez para ordenar las relaciones entre ordenamientos”<sup>15</sup>.

Pese a reconocer las limitaciones actuales que el concepto de soberanía comporta, tanto en su dimensión interna como externa<sup>16</sup>, el autor parece no querer dar el siguiente

---

<sup>13</sup> García Roca, J, “Estatidad versus soberanía (integración comunitaria y relaciones de competencias entre ordenamientos)”, Pérez Calvo, A. (coord.), *Estado, nación y soberanía (problemas actuales en Europa)*, Temas del Senado, Madrid, 2000, p. 307 (páginas 291 a 311).

<sup>14</sup> *Ibidem*, páginas 307 y 308.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 309.

<sup>16</sup> De hecho, el autor parte del abierto cuestionamiento de la noción de soberanía en la actualidad, cuando “ya no es tan necesaria una dimensión unitaria del poder, por el contrario, el fenómeno es más bien el inverso, y asistimos a una diversidad de separaciones territoriales del poder. La soberanía, en su llamada dimensión interna, casa mal, de un lado, con los derechos fundamentales de las personas y las formaciones sociales, con la autonomía de los individuos y los grupos; de otro, con la autonomía política de una pluralidad de entes territoriales infraestatales (...). También, en su dimensión externa, la soberanía plantea serios dilemas (...)”. *Ibidem*, páginas 294 y 295.

paso y se escuda en que el Estado es el “lugar natural” del “ejercicio del poder constituyente”, “de la práctica de la ciudadanía” y de la “salvaguardia de la libertad (...), la garantía de los derechos de prestación (...) y la salvaguarda de la igualdad real”<sup>17</sup>.

De nuevo la misma idea: dado que en la estatalidad está la garantía del constitucionalismo, o contamos con la estatalidad de los Estados miembros (como “dueños de los Tratados”), o, desaparecida ésta, contamos con la de un Estado federal europeo. No se entiende, pese a partir de un cuestionamiento del concepto de soberanía, la coexistencia de dos órdenes en los que se exprese al mismo tiempo la ciudadanía.

### 2.2.2 La ciudadanía como status de derechos y deberes de sujetos activos

El principal autor que ha abordado la identificación del concepto de ciudadanía en las democracias contemporánea es Habermas. Con claridad señala el autor que el Estado nacional, no logra más que fundar una transitoria, aunque ciertamente estrecha, conexión entre el *ethnos* y el *demos*, “pero conceptualmente la ciudadanía fue desde siempre independiente de la identidad nacional”. El origen del concepto de ciudadanía se halla en el concepto rousseauiano de autodeterminación. Habermas considera que para entender las implicaciones de la ciudadanía basta con ir al concepto de soberanía popular en Rousseau y Kant, quienes no sustituyen la soberanía del príncipe por la del pueblo sin más, “no es un mero traslado de poder político de arriba abajo”, sino que se trata de una “transformación de la dominación política o poder político de *autolegislación*”<sup>18</sup>.

Aparece “el contrato social como un modelo abstracto del modo y manera de *constitución* de un poder político que sólo puede legitimarse ya como ejecución de una

---

<sup>17</sup> Ibídem, páginas 308 y 309. Como puede verse, la limitación de las implicaciones de la noción de soberanía a supuestos de “última *ratio*” y como “reserva de un poder extraordinario”, no altera demasiado la función y posición del Estado en su concepción soberanista tradicional, y en este sentido hay que señalar cómo la formulación elegida por el autor recuerda vivamente al concepto schmittiano de soberanía. Así pues, a pesar de las cautelas respecto de la vigencia actual de la noción de soberanía, hay que decir que el centro de las tesis del autor se halla precisamente en una reedición del concepto de soberanía a partir de la conexión entre estatalidad (o nacionalidad) y ciudadanía.

<sup>18</sup> Habermas, J., “Ciudadanía e identidad nacional (1990)”, dentro de “Complementos y Estudios previos” en *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, p. 623.

autolegislación democrática. Con ello la dominación política pierde el carácter de poder o violencia cuasinaturales: de la *auctoritas* del poder del Estado había de eliminarse todo residuo de *violentia*. Conforme a esta idea “sólo la voluntad concordante y unida de todos, en cuanto que cada uno sobre todos y todos sobre cada uno deciden lo mismo (...) puede ser legisladora (Kant)”. Pero, y con ello precisa Habermas un elemento esencial para el concepto de ciudadanía –y especialmente en el ámbito en el que aquí se plantea-, “Kant no está haciendo referencia a una voluntad entendida como sustancia que debiese su unidad a una homogeneidad previa de descendencia y de forma de vida. El consenso disputado y alcanzado en cada caso en una asociación de iguales y libres sólo descansa en última instancia en la unidad de un *procedimiento* sobre el que existe consenso”<sup>19</sup>.

Debemos manejar pues una idea de comunidad política que se determina a sí misma; una asociación que “viene estructurada por relaciones de reconocimiento recíproco bajo las que cada uno puede esperar ser respetado por todos como libre e igual”. A partir de ahí se llega a una noción de ciudadanía despegada de la nacionalidad, pues de manera más amplia se refiere a “un *status* que viene definido por un conjunto de derechos y deberes ciudadanos”<sup>20</sup>.

Ya señalamos con Frowein que la cuestión del reconocimiento de derechos fundamentales va más allá de la tutela subjetiva y objetiva de los mismos, adentrándose en el núcleo de la integración y de la legitimidad del ordenamiento en su conjunto<sup>21</sup>. En este sentido, Díez-Picazo ha querido remarcar que “un ciudadano libre no debe asentir a ser regido por un gobierno que no ha garantizado previamente el respeto hacia ciertos derechos, máxime cuando, el gobierno, como en la CE, no es plenamente democrático. Si la CE quiere legitimarse a través de un auténtico contrato social de los europeos, ese pacto habrá de basarse en el previo reconocimiento de los derechos fundamentales”<sup>22</sup>.

Sin pretender negar el lugar absolutamente central que tiene el reconocimiento y garantía efectiva de un determinado *status* de derechos y deberes en el plano de la

---

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 624.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 625.

<sup>21</sup> Frowein, J., “Fundamental Human Rights...”, *ob. cit.*

definición de una vinculación ciudadana con una determinada realidad política, lo que estaría configurando una relación de pertenencia y cohesión de quienes comparten dicho *status*, hay que objetar que una formulación semejante puede llegar a olvidar por completo la vertiente positiva de dicha pertenencia, la faceta participativa. Por esta razón, resulta necesario completar la descripción con un elemento sustancial, por mucho que Habermas insistiera en que en la idea de Kant de voluntad popular no apareciese elemento sustancial alguno, sino tan sólo procedimental.

Inevitablemente debemos acudir a la distinción entre legitimidad procedimental o formal y legitimidad social o material. De nuevo nos sirve Weiler para abordar en mejores condiciones el debate. Este autor, al referirse a la discusión en torno al déficit democrático comunitario, considera necesario distinguir por un lado el concepto de democracia formal, referido a los procedimientos democráticos, a una noción de validez formal basada en la observación de los requisitos procedimentales preestablecidos; y, por otro, democracia social, que implica una aceptación social del sistema, lo que conlleva que éste sea capaz de garantizar efectivamente un compromiso con valores que son parte de la *cultura política general*. Ambos parámetros deben coexistir, aunque el hecho de contar con unos mínimos de democracia formal no nos asegura estar ante una verdadera democracia material; se trata de un presupuesto necesario pero no suficiente.

Según Weiler, en términos de teoría democrática el objetivo último de una organización política unificada es el de recuperar la pérdida de democracia inherente al proceso de integración. Esta «pérdida» se recupera cuando el tejido y el discurso social son tales que el electorado acepta las nuevas fronteras de la organización política y, con ello, acepta plenamente la legitimidad –en su dimensión social- de estar sujeto a la regla de la mayoría en un sistema mucho más amplio”. El caso de la UE, una vez el principio mayoritario va acaparando mayor espacio, comparte tales caracteres, de modo que se puede afirmar que la crisis de legitimidad no surge tanto desde la perspectiva formal como desde la social; por ello considera el autor que la solución no puede consistir sólo en aumentar los poderes del PE a expensas del Consejo (en eso coincidiría con el TCF, aunque a diferencia de éste, el autor sí cree que es una medida no sólo aconsejable sino también necesaria), sino

---

<sup>22</sup> Díez-Picazo Giménez, L. M., “¿Una Constitución sin declaración de derechos?...”, ob. cit. En este artículo, el autor defiende la necesidad de que la Comunidad se dote de una declaración propia de derechos.

que el cambio viene más en la línea ya apuntada de que el electorado no se aferre a su voz nacional sino que acepte las fronteras nuevas<sup>23</sup>.

Directamente relacionado con esta noción de democracia social que debe superar la consideración del ciudadano como mero objeto al que se refieren derechos y deberes para situarlo en una posición auténticamente subjetiva, se sitúan las tesis de Häberle alrededor de la idea de “la sociedad abierta de intérpretes constitucionales” y su interpretación “pluralista y procesal” de Constitución<sup>24</sup>.

Según Häberle, en el planteamiento de la teoría de la interpretación constitucional se ha referido a la cuestión de las funciones y los objetivos de la interpretación y a la de los métodos (reglas interpretativas), obviando la cuestión de los participantes. Propone el autor la necesidad de incorporar como intérprete al ciudadano que “vive” la Constitución, pues esa actividad “no puede considerarse sólo como una actividad dirigida consciente e intencionalmente a la comprensión y entendimiento de una norma”. Se trata, si se quiere, “de una democratización de la interpretación constitucional”<sup>25</sup>.

Remarca pues el autor la necesidad de dar relevancia a la interacción de intérpretes en sentido amplio y estricto, y no solamente allí donde ya está institucionalizada (en el ámbito laboral, especialmente). De este modo, se consigue asegurar que el Derecho sea muestra del pluralismo social no sólo en su génesis sino también en su desarrollo. Y es que, “la norma no es algo preestablecido, simple y acabado”, de ahí que debamos plantearnos

---

<sup>23</sup> Weiler, J. H. H., “La transformación de Europa”, ob. cit., páginas 111 a 113.

<sup>24</sup> Häberle, P., “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de Constitución” (cuya versión original es “Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten”, *JZ*, 1975), en Häberle, P., *Retos actuales del Estado constitucional*, IVAP, Oñati 1996.

<sup>25</sup> *Ibidem*, páginas 17 y 19. Sin duda podría acusarse al autor de excesivo “optimismo”, sobre todo a partir de aseveraciones en las que parece dar por hecho que “la sociedad deviene precisamente abierta y libre, ya que todos potencial y actualmente realizan (o pueden realizar) aportaciones a la interpretación constitucional” (*Ibidem*, p. 37). De todas formas, hay que decir que las tesis de Häberle deben situarse en un plano eminentemente propositivo. Otra de las críticas posibles sería la del menoscabo que la seguridad jurídica podría tener en el seno de una “interpretación abierta”, aunque es el propio autor quien se preocupa por resaltar que los principios y métodos de interpretación constitucional conservan su importancia, aunque en una función nuevamente entendida: son el “filtro” a través del cual, y solamente entonces, la fuerza normativa de la publicidad actúa y adquiere forma. Disciplinan y canalizan las formas diversas de influencia de los diversos participantes (*Ibidem*, páginas 37 y 38). Por otra parte, Häberle no ignora que la distinta naturaleza de los autores se proyecta también sobre la naturaleza de la interpretación misma, que hay un concepto estricto y otro amplio de la interpretación, pero afirma que entre ambas se condicionan reciprocamente.

“la cuestión de los que participan personalmente y funcionalmente en su «desarrollo», las fuerzas activas del «*law in public action*»”<sup>26</sup>.

Pues bien, en este contexto, queda claro que el concepto de ciudadanía no puede quedar recogido por una estructura que trata las fuerzas sociales y privadas como objetos. “Tiene que incorporar éstas también *activamente*: como sujetos”. En consecuencia, las medidas de garantía de la libertad real (política específica de derechos fundamentales) devienen tanto más importantes como su aseguramiento formal, de ahí que en la democracia liberal no pueda considerarse el ciudadano como intérprete constitucional.

En esa subjetivización radica pues, según Häberle, la noción de ciudadanía. “No se olvide: el pueblo es ante todo una asociación de ciudadanos. La democracia es el «imperio de los ciudadanos», no del pueblo en el sentido rousseauiano”<sup>27</sup>.

Partiendo de una lectura distinta a la interpretación realizada por Habermas sobre el concepto rousseauiano de autodeterminación y de soberanía popular, Häberle insiste en que “no hay regreso a Rousseau. *La democracia de los ciudadanos es más realista que la democracia popular*”. La democracia de los ciudadanos sugiere un pensamiento que contemple la democracia desde los derechos fundamentales, “no concepciones según las cuales el pueblo como soberano, en realidad, sólo ha ocupado el lugar del monarca. ¡Esta perspectiva es una consecuencia de la relativización del —con mucha facilidad mal entendido— concepto de pueblo desde el *ciudadano*! La libertad fundamental (pluralismo), no «el pueblo», se convierte para la Constitución democrática en el punto de referencia. Esta *capitis diminutio* de la concepción criptomonárquica del concepto de pueblo se produce en una época de libertad del ciudadano y de pluralismo”<sup>28</sup>.

Polémicas interpretativas al margen, que en parte se explican por la adaptación que realiza Häberle de la concepción democrática de Popper (“La sociedad abierta y sus enemigos”<sup>29</sup>)<sup>30</sup>, lo que vale la pena resaltar es la contundencia con la que el autor separa la

---

<sup>26</sup> Ibidem, p. 29.

<sup>27</sup> Ibidem, p. 34.

<sup>28</sup> Ibidem, páginas 34 y 35.

<sup>29</sup> Popper, K. R., *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, Barcelona, 1992 (*Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, vol. I, 1957, vol. II 1958).

noción de ciudadanía de la de pueblo entendido como colectivo homogéneo (portador de una voluntad única) titular abstracto del poder en sustitución del príncipe (concepción *criptomonárquica*), precisamente la idea resaltada por Habermas a partir de Rousseau y Kant.

Se refuerza así la concepción de la ciudadanía como atributo del sujeto que comparte un determinado *status* de derechos y deberes desde una posición activa. Esa idea es de alguna manera recogida por Rubio Llorente, quien insiste en la necesidad de reclamar la necesidad de que “la teoría de la Constitución, como ciencia empírica, incluya el análisis del pueblo, como portador de la opinión pública”. Así, se resalta el concepto de *demos* como simple asociación de ciudadanos movidos por intereses distintos, como colectivo heterogéneo cuya pluralidad debe ser asegurada por la garantía de los derechos fundamentales, coincidiendo plenamente con Häberle en la necesidad de partir de “una concepción pluralista del pueblo que permite asentar una democracia de los ciudadanos mucho más real que la pretendida democracia popular”<sup>31</sup>.

Finalmente, la idea de ciudadanía activa no debe dejar en un segundo plano la consideración política conjunta de la noción de pueblo. Como ha señalado Böckenförde, aludiendo a la vertiente de la noción de pueblo como poder constituyente, insiste en que el concepto de pueblo “no se agota en el de la ciudadanía activa (de los legitimados para participar en las elecciones) (...), (sino que) se asocia más bien con la idea del pueblo en sentido político (...), esto es, de un grupo de hombres que se delimita y se reúne políticamente, que es consciente de sí mismo como magnitud política y que entra en la historia actuando como tal. Este pueblo en sentido político puede, pero no tiene que ser al mismo tiempo un pueblo en sentido natural. Suiza es el ejemplo más claro de ello”. Tanto es así, que “de hecho también puede ser titular del poder constituyente un determinado

---

<sup>30</sup> Häberle reconoce incluso el recurso a un Popper que basa su teoría democrática “sin, e incluso contra los dogmas de la soberanía popular”, de ahí que la distinta interpretación de los posicionamientos de Rousseau pueda encontrar su origen en la voluntad del autor de desmarcarse de la consecuencia más absolutista del principio mayoritario rousseauiano, mientras que Habermas resalta más el valor del principio de autolegislación, que se halla tanto en Rousseau como en Kant.

<sup>31</sup> Rubio Llorente, F., en la recensión a la obra de Häberle que venimos citando, *REDC*, núm. 49, 1997, p. 332 (páginas 331 a 334).

grupo o un estrato social que exista en el pueblo (burguesía en la Revolución francesa, proletariado...)”<sup>32</sup>.

Esta dimensión colectiva debe ser subrayada por cuanto, como veremos, uno de los elementos nucleares de la existencia de un *demos* radica en poder hablar de un espacio público común, en el que, precisamente, pueda autoidentificarse un sujeto colectivo activo, político.

### 2.2.3 La exigencia de un mínimo grado de cohesión: la opinión pública

Recogiendo los resultados de cuanto se ha dicho hasta ahora, vemos cómo el peso del concepto de ciudadanía se va orientando hacia la constatación de la existencia de una serie de elementos de carácter sustancial que de un modo u otro aseguren una participación activa del sujeto en el ámbito de lo político (como auténtico sujeto, como co-intérprete constitucional), la existencia de una “democracia social” en la que el pueblo se erige como portador de la opinión pública, y concurre, como hemos visto, una aceptación social del sistema, lo que conlleva que éste sea capaz de garantizar efectivamente un compromiso con valores con son parte de la *cultura política general*.

Esta idea la recoge el propio Habermas, quien, pese a rechazar algunos contenidos sustanciales que han querido ser incorporados a la noción de ciudadanía, constata específicamente que si bien “la ciudadanía democrática no ha de menester quedar enraizada en la identidad nacional de un pueblo”, no obstante considera el autor que “con independencia de, y por encima de, la pluralidad de formas de vida culturales diversas (la ciudadanía democrática) exige la socialización de todos los ciudadanos en una *cultura política común*”<sup>33</sup>, en la que pueda sostenerse una ciudadanía activa.

---

<sup>32</sup> Böckenförde, E. W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000, páginas 165 y 166.

<sup>33</sup> Habermas, J., “Ciudadanía...”, ob. cit., p. 628 (cursivas añadidas). El autor hace referencia al ejemplo de sociedades multirraciales, como Suiza y Estados Unidos, que “muestran que una cultura política, para que en ella puedan echar raíces los principios constitucionales, no necesita en modo alguno apoyarse en una procedencia u origen étnico, lingüístico y cultural, común a todos los ciudadanos. Una cultura política liberal sólo constituye el denominador común de (o el medio cívico-político compartido en que se sostiene) un patriotismo de la *Constitución*, que simultáneamente agudiza el sentido para la pluralidad e integridad de formas de vida que conviven en una sociedad multicultural”. *Ibidem*.

Como puede observarse, volvemos a las fuentes weimarianas, y de manera clara a Heller, quien constató en su momento que “ciertamente, los últimos siglos han visto como la homogeneidad civil se hacía realidad en Europa (...). Establecida ha sido, asimismo, la homogeneidad política de carácter jurídico formal; quedan garantizadas la participación formal igual en la formación de la unidad, y la capacidad formal igual de todos los ciudadanos para el desempeño de cargos públicos”<sup>34</sup>. Pero Heller advierte con claridad del problema: “la disparidad social puede hacer de un *summum iuris* una *summa iniuria*. Sin homogeneidad social, la más radical igualdad formal se torna la más radical desigualdad y la democracia formal, Dictadura de la clase dominante”<sup>35</sup>.

Para poder hablar de la existencia de un *espacio público común*, Habermas recurre a su *modelo de política deliberativa*, en el que se resalta que “la soberanía ciudadana del pueblo no tiene otra materialización posible que los procedimientos jurídicamente institucionalizados y los procesos formales (que los derechos fundamentales posibilitan) de una formación más o menos discursiva de la opinión y la voluntad políticas”. Considera pues el autor, a partir de un convencimiento sobre el poder configurador del Derecho, que funciona además como “medio que permite una idea esencialmente más abstracta de autonomía ciudadana”<sup>36</sup>, que se puede confiar en un modelo que “hace recaer la carga principal de las mencionadas expectativas normativas sobre los procedimientos democráticos y sobre la infraestructura que para ellos representaría el espacio público político alimentado de fuentes espontáneas”.

Pero, pese a lo que pueda parecer, no es que de este modo se esté volviendo a defender una visión puramente procedimental de la democracia y del concepto de ciudadanía, ya que el autor parte de la idea de que “hoy la masa de la población sólo puede ejercer ya sus derechos de participación política por la vía de integrarse en, y ejercer influencia sobre, la circulación informal de la opinión pública, circulación no organizable en conjunto, sino sostenida más bien por una cultura política liberal e igualitaria”.

---

<sup>34</sup> Heller, H., “Democracia política...”, ob. cit., p. 264.

<sup>35</sup> Ibidem, p. 265.

<sup>36</sup> Habermas, J., “Ciudadanía...”, ob. cit., p. 633.

La opinión pública debe tener capacidad de influencia en los organismos decisorios, ya que “sólo si se produjese tal juego de mutuas dependencias entre la formación institucionalizada de la opinión y de la voluntad política, por un lado, y las comunicaciones públicas informales, por otro, podría la ciudadanía seguir significando hoy algo más que una agregación de intereses particulares prepolíticos y el goce pasivo de derechos paternalísticamente otorgados”<sup>37</sup>. Recoge pues Habermas los distintos elementos que hemos ido analizando para con ellos describir, bajo el nombre de *modelo de política deliberativa*, las condiciones procedimentales y sustantivas que dan lugar a la existencia de un *demos*, o asociación de ciudadanos.

Por ello, el concepto de “cultura política común” debe comprender también las condiciones sociales que hacen posible que el esquema deliberativo del que parte Habermas sea realmente posible. Ya Heller se encargó de expresarlo expresa con claridad: “en círculos burgueses se acostumbra, desde hace unos cien años, a considerar como un factor suficiente de integración estatal la comunidad nacional de cultura. No soy sospechoso de minusvalorar aquélla en su virtualidad conformadora del Estado”<sup>38</sup>. Con tanta mayor fuerza estoy legitimado para señalar que sin un cierto grado de homogeneidad social la propia comunidad de cultura resulta imposible”<sup>39</sup>.

Así pues, llegamos a la necesidad de poder contar con un cierto grado de cohesión social que permita la conformación de una opinión pública, sujeto colectivo que identifica y reivindica activamente un espacio común de participación. Dicha homogeneidad mínima es, al fin y al cabo, la que asegura las condiciones en las que puede desarrollarse el concepto de ciudadanía que ha sido apuntado, ese espacio público común en el que puede implementarse el modelo de política deliberativa habermasiano. Lo que está por ver es si dicho espacio existe en el contexto europeo.

---

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 634.

<sup>38</sup> Se refiere a su escrito “Socialismo y nación”, también recogido en *Escritos políticos*, ob. cit.

<sup>39</sup> Tras lo cual añade que “la esperanza burguesa de que la participación del actual proletariado en la cultura nacional resultará suficiente para mantener dentro de los cauces de formación democrática de unidad a las clases desposeídas, es en gran parte un ingenuo espejismo...”. Heller, H., “Democracia política...”, ob. cit., p. 267. Los cambios sociales experimentados en la segunda mitad del siglo XX, quizás en parte motivados por la conciencia de tal espejismo, han llevado a que “el proletariado”, si es que puede seguir siendo identificable como sujeto único, cuente con otro tipo de estímulos destinados a suplir la insuficiente cohesión social de la que hablaba Heller (me refiero en especial a los mecanismos de la sociedad de consumo).

### 3. El *demos* europeo

#### 3.1 La posible existencia de múltiples *demoi* en el contexto europeo

Una vez realizada la separación conceptual entre *ethnos* y *demos*, la crítica a los planteamientos contenidos en la sentencia *Maastricht* resulta más sencilla. El punto de partida que ha venido esbozándose es ya reconocible: pese a las inercias creadas por el hecho de que en el marco de los Estados nacionales los conceptos de ciudadanía y nacionalidad hayan ido estrechamente unidos, lo cierto es que el proceso de integración comunitaria puede estar protagonizando, junto con (o como consecuencia de) otros factores, la superación de dicha ligazón. “Resulta imprescindible establecer un concepto de ciudadanía totalmente diferente y nuevo, que permita compatibilizar la titularidad y el ejercicio simultáneo de varias y diversas ciudadanías por parte de una misma persona. Pero para que ello suceda va a resultar necesario modificar de una forma profunda muchos de los esquemas constitucionales clásicos e, incluso, la noción misma de orden constitucional”<sup>40</sup>.

Uno de los autores que más frontalmente se han posicionado en contra de las tesis de la sentencia *Maastricht* ha sido Weiler, quien identifica su principal punto débil en la insistencia en la vinculación entre nacionalidad y ciudadanía. Propone Weiler, en la línea de lo que hemos ido recogiendo, definir la pertenencia a una comunidad en términos no etnoculturales sino cívicos, distinguir entre *Volk* y *demos*, reconociendo que el *demos* (conjunto de individuos en los que se basa la legitimidad de las instituciones) puede ser definido a partir del *Volk*, pero no necesariamente. Podría por tanto hablarse de la existencia de una ciudadanía supranacional que no está en contradicción con la ciudadanía definida por cada Estado en términos de nacionalidad. De este modo, estaríamos ante una coexistencia de ciudadanías que no se interfieren entre ellas y permiten la existencia de

---

<sup>40</sup> Jáuregui Bereciartu, G., *La democracia planetaria*, Nobel, Oviedo, 2000. p. 117.

autoridades diversas (las estatales y la comunitaria) con legitimidad propia sobre unos mismos individuos y territorios coincidentes<sup>41</sup>.

La nacionalidad no es la única situación generadora de sentimiento de pertenencia a una determinada comunidad política. Diferenciar *Volk* de *demos* y *demos* de Estado, no implica, insiste el mismo autor, denigrar las virtudes de la nacionalidad, de pertenencia y cohesión social. No existe razón alguna para definir al *demos* europeo como se viene definiendo a los miembros de los Estados; sin ir más lejos, ese es el esquema que adopta el TCE en su art. 17: toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro es ciudadana de las Unión. “La ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional”<sup>42</sup>.

No obstante, reconoce el mismo autor, el Tratado de Maastricht no ha querido separar del todo las nociones de pueblo, nacionalidad y ciudadanía, pues los Estados siguen siendo libres para determinar los criterios de pertenencia y sólo los nacionales de los Estados son ciudadanos comunitarios. De ahí que siga vigente la inercia a la vinculación entre ciudadanía y nacionalidad (pueblo), pues no en vano el concepto pueblo sigue de alguna manera vinculado a la noción alemana de *Volk*, desde la que se exige algo más que lo que la ciudadanía europea otorga. Ante ello, el autor responde insistiendo siempre en la misma idea: si bien es cierto que la existencia de un *demos* europeo requiere un cambio en la conciencia individual, no lo es, en cambio, que esa conciencia sólo pueda entenderse en términos de *Volk*; la única manera de plantear la existencia de instituciones que disfruten de la legitimidad democrática no es en términos estatales, de ahí que se deban rechazar frontalmente las tesis del TCF, basadas en las “cansadas y viejas ideas del pueblo etno-cultural homogéneo” y la “no santa trinidad pueblo-Estado-nacionalidad” como base exclusiva de la autoridad democrática y la legítima toma de decisiones<sup>43</sup>.

Una vez separados los conceptos de nacionalidad y ciudadanía, el siguiente paso es reconocer la posibilidad de tener dos o más ciudadanía a la vez. Y tal posibilidad es sencilla porque lo único que exige la pertenencia que dichas ciudadanía plantean es la

---

<sup>41</sup> Weiler, J. H. H., “The State...”, ob .cit., el desarrollo de esta argumentación se halla en la última parte del artículo (*Entre ciudadanía estatal y pertenencia a la Unión*), páginas 1683 a 1688.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

existencia de un compromiso sobre unos valores compartidos, unos derechos y obligaciones. Y por ello permite a las personas sentirse parte a la vez de más de un *demos*, aceptando la plena legitimidad de las decisiones de las distintas realidades.

La interpretación que se impone del art. 17 TCE es pues no que no se haya superado la visión estatalista (que exige la vinculación entre nacionalidad y ciudadanía), sino que con él se abre la puerta a una ciudadanía que por definición no exige ciudadanos con la misma nacionalidad, sino que se construye a partir de unos determinados valores que son los expresados por el marco constitucional comunitario. No se busca pues la construcción de una nueva identidad homogénea y excluyente, sino la coexistencia de distintos *demos*, a modo de círculos concéntricos<sup>44</sup>.

Como ha señalado Solozábal, por lo que a nuestra doctrina se refiere, “en su plano más hondo, la legitimación de la Unión Europea depende de la aceptación de lealtades políticas compartidas, rechazándose la concepción excluyente del vínculo político que no admite otra relación política que la del ciudadano con su forma política nacional y que en el fondo es una herencia de la absolutización hobbesiana del Estado (...), insostenible en una realidad en la que la interconexión cultural, social y económica posibilita la integración múltiple de los ciudadanos. Lo que queremos decir es que nada se opone a que la lealtad política del ciudadano sea solicitada por órdenes territoriales de existencia simultánea y compatible...”<sup>45</sup>.

Tras lo anterior, el autor apunta que “el problema consiste en alcanzar para la organización política supranacional un nivel de legitimación –o un grado de solidaridad en su seno– que haga en todo el territorio europeo soportable una decisión adoptada por una mayoría de Estados, pues, como ha señalado acertadamente Weiler, sólo existe una verdadera comunidad política superior cuando todos los integrantes territoriales admiten que sus directos representantes pueden quedar en minoría...”. Para ello, concluye el autor, se necesita avanzar en el fortalecimiento de la identidad, esto es, “la insistencia en la

---

<sup>43</sup> Ibidem.

<sup>44</sup> Estas últimas ideas las remarca el autor en Weiler, J. H. H., “The Reformation of European Constitutionalism”, *Journal of Common Market Studies*, vol. 35, 1, 1997, p. 119 (páginas 97 a 131), donde el autor habla de la “aproximación de los «círculos concéntricos»” para referirse a “la pertenencia simultánea (...) de, por ejemplo, Alemania y Europa; o, incluso, Escocia, Gran Bretaña y Europa”. Igualmente en Weiler, J. H. H., “The Selling of Europe...”, ob. cit., p. 18.

pertenencia a, antes que nada, una comunidad espiritual que se manifiesta a través de una verdadera opinión pública”<sup>46</sup>.

¿Cuál es el verdadero motivo que explica la aversión mostrada por el TCF al reconocimiento de la existencia de un *demos* europeo compatible con el *demos* nacional? Lo primero que indica el autor es que tal rechazo no se basa en consideraciones prácticas porque, salvo casos extremos, no presenta mayores problemas estar sujeto a dos *status* de derechos y obligaciones, sobre todo si se trata de dos realidades relacionadas como la estatal y la comunitaria<sup>47</sup>.

La aversión existe porque se teme que la artificial “eurocultura” acabe substituyendo “la profundamente articulada, auténtica y genuina cultura nacional”. Pero para el autor es un sin sentido porque no existe ninguna identidad etnocultural europea tan débil como para sucumbir ante esa creación artificial. Weiler se muestra especialmente incisivo cuando, concluyendo, sólo encuentra un argumento que pueda explicar la aversión a la aceptación de la coexistencia de dos lealtades simultáneas. Opina que tras la exigencia de que exista un verdadero pueblo europeo (*Volk*), se esconde un claro interés en conservar esa fuente casi inagotable de legitimidad de poder, como antes lo fue la religión, la aceptación “über alles” que tan terroríficas consecuencias ha tenido en el pasado<sup>48</sup>.

### **3.2 ¿Múltiples *demos* en pie de igualdad? El nexo entre estatalidad, soberanía y autogobierno democrático**

Pese a la claridad de los argumentos empleados por Weiler para contestar las tesis del TCF, lo cierto es que se trata de una respuesta que en realidad no logra identificar el presupuesto esencial del que parten las tesis del TCF: el problema real se halla en el

---

<sup>45</sup> Solozábal, J. J., “Algunas consideraciones...”, ob. cit., p. 65.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>47</sup> Por otro lado, manifiesta el autor, no se entiende la aversión ya que si un ciudadano inglés orgulloso de serlo se establece en Alemania, no parece que exista problema para que asuma con lealtad los derechos y obligaciones de allí. Por tanto mucho menos si tales derechos y obligaciones están definidos a nivel comunitario, entre todos.

<sup>48</sup> Weiler, J H. H., “The State...”, ob. cit., p. 1687.

rechazo del TCF no a que existan diversas identidades o relaciones de pertenencia a diferentes colectividades, sino en que no puedan equipararse, que una deba primar sobre la otra. Es ese convencimiento el que lleva al TCF a defender sus conclusiones sobre la primacía última de los principios esenciales del ordenamiento germano, pues, en último extremo, se sostiene que la legitimidad más fuerte parte en todo caso de la vinculación del ciudadano con su Estado.

Ese es el sentido que le da el TCF a la negación de la existencia de un pueblo europeo, el sentido de la exclusividad estatal de la pertenencia en dicho grado. Se puede afirmar que en realidad el TCF no se opone a la existencia de una cierta identidad europea, con la presencia de una serie de valores compartidos, una determinada historia común, etc. Ahora bien, otra cosa es que se pretenda equiparar la lealtad existente en el plano estatal a la lealtad comunitaria, o que se pueda defender que son lealtades que funcionan por separado. El TCF no tendría reparo alguno en aceptar esa coexistencia si realmente se pudiese trazar sin problemas la línea divisoria entre los ámbitos de actuación estatal y comunitario, pero el problema aparece en el momento en que se parte de la existencia de posibles zonas de conflicto, para cuya solución hay que acudir, necesariamente, a la determinación de la lealtad superior, que es la estatal. Por eso el TCF prefiere hablar de un único *demos*, el pueblo estatal, negando la posibilidad de múltiples *demoi*.

Si nos fijamos, este debate no hace más que volvernos a situar en un terreno que ya conocemos pues de la mano del concepto estatal de pueblo llegamos al presupuesto que guía los razonamientos del TCF y de las posiciones no sólo estatistas sino en general de las monistas: la unidad última del ordenamiento que la Constitución configura. Según vimos, el TCF parte en la sentencia *Maastricht* de una serie de premisas encadenadas que ponen en relación las nociones de legitimidad democrática, pueblo, poder constituyente y Constitución, y cualquiera que sea el eslabón en el que nos hallemos las notas que lo han de caracterizar se conforman, como en el caso del pueblo que recién analizado, en función de dicha unidad.

Así pues, se llega al punto que ya conocemos: mientras no exista un pueblo europeo que dé lugar a un verdadero pacto constituyente sobre el que se base la legitimidad de la UE, los Estados seguirán siendo lo “señores de los Tratados”, en el marco de una “asociación -o unión- de Estados” (*Staatenverbund*). Y ese círculo no logra romperlo

Weiler con sus argumentos, aunque ofrezca pautas importantes, como a continuación veremos al profundizar en la cuestión a partir de argumentaciones aportadas por otros autores.

Uno de los análisis que en mayor medida han sabido identificar la esencia del planteamiento contenido en la sentencia *Maastricht* ha sido el de Kumm<sup>49</sup>. Según este autor, la posición del TCF, y más concretamente la que defiende el juez ponente de la sentencia *Maastricht*, Kirchhof, parte de una muy determinada concepción normativa del orden político sustentada en el nexo de tres nociones de significado altamente ambiguo: estatalidad, soberanía y autogobierno democrático.

Que un Estado sea soberano significa, según se puede comprobar en los escritos extrajudiciales del juez Kirchhof<sup>50</sup>, que el poder, establecido en la Constitución, no deriva de una fuente superior, por lo que, en consecuencia, es supremo. La base normativa del *status* supremo de la Constitución es el pueblo en su sentido político, el que, como poder constituyente, primero crea el sistema constitucional de gobierno. Incluso en una comunidad de organización federal y diversos niveles políticos sólo existe un pueblo. El problema está en saber en cuál de los niveles está situado, y la trascendencia práctica de hallarlo es grande porque soluciona dos cuestiones a la vez: si una organización política es estatal (soberana) y qué orden legal es el supremo en caso de conflicto. Concebido en tales términos, sólo puede haber un *demos* y la cuestión es situar en qué nivel se encuentra<sup>51</sup>.

Desde los planteamientos que defiende Kirchhof, el *demos* es concebido como un colectivo humano expresado en una forma institucionalizada de existencia común que lo mantiene unido. Existen objetivos factores étnicos como un mismo idioma, un sentimiento histórico compartido, una cultura común, etc., consideraciones que ayudan a determinar si exista de manera suficiente y constante una voluntad política de constituir un *demos*, aunque la existencia del requisito de la voluntad no es un hecho comprobable

---

<sup>49</sup> Kumm, M., “Who is the Final...?”, ob. cit.

<sup>50</sup> Una teoría del Estado que se encuentra plasmada en diversos textos de Kirchhof, P., “Der Deutsche Staat...”, ob. cit. y “Die Gewaltbalance...”, ob. cit.

<sup>51</sup> Kumm, M., “Who is the Final...?”, ob. cit., p. 366.

empíricamente, no es un hecho contractual ni un *plebsicite de tous les jours* (empleando la expresión de Renan en su concepción de nación<sup>52</sup>).

Desde este punto de partida, Kirchhof ofrece un camino para identificar la existencia de un *demos* a través de las características que tenga el orden legal al que presumiblemente se adscriba dicho *demos*. Concretamente, para determinar que un orden legal determinado es el propio de un Estado soberano basado en su propio *demos*, el autor señala que son suficientes tres criterios que deben ser tomados conjuntamente. El primero es formal: el orden legal debe tener la *Kompetenz-Kompetenz*, o habilidad formal de un orden legal de tratar cualquier materia<sup>53</sup>.

El segundo criterio exige que el orden legal cuente con una serie de competencias mínimas: defensa, asuntos de interior y exteriores, cultura y educación, algo que no concurre en el orden comunitario, que básicamente comprende materias económicas en orden al establecimiento de un mercado común.

El tercer y último criterio es el de la legitimidad democrática: a causa de los déficit del procedimiento legislativo en la UE y la ausencia de un espacio público europeo, no hay duda de que la legislación nacional tiene un “pedigrí democrático” superior<sup>54</sup>.

De esta manera, se obtiene una noción de *demos* a partir de las características del orden legal existente. Una noción que sólo encaja con los parámetros del Estado-nación, lo que sitúa a la Comunidad en un lugar subordinado, por cuanto el ordenamiento que de ella deriva obtiene la legitimidad, y deviene así aplicable en territorio estatal, a partir de las previsiones constitucionales y de la autorización parlamentaria, en tanto que expresión de la voluntad del pueblo.

Frente a los argumentos recién recogidos, Kumm considera erróneo, al margen de sus consideraciones sobre la ausencia de una base jurídico-constitucional de los

---

<sup>52</sup> Renan, E., *¿Qué es una nación?*, Alianza Editorial, Madrid, 1987.

<sup>53</sup> En el que se dan restricciones materiales a partir de un sistema de poderes enumerados (como es el caso de la República Federal alemana o también el comunitario), el requisito de la *Kompetenz-Kompetenz* se da si a la hora de emprender alguna revisión del orden que constituye la organización política, no se exige un consentimiento unánime de todas las partes constituidas, supuesto en el que tales partes son las que permanecen soberanas del orden legal que establecen. Así, el art. 79 de la Ley Fundamental de Bonn recoge la *Kompetenz-Kompetenz*, mientras que el art. 48 TUE evidencia lo contrario en el plano comunitario (la revisión del Tratado necesita del consentimiento unánime de todos los Estados).

<sup>54</sup> Kumm, M., “Who is the Final...?”, ob. cit., p. 368.

presupuestos estatistas manejados en la sentencia *Maastricht*<sup>55</sup>, poder mantener que la “calidad democrática” pueda quedar asegurada a partir de la monopolización de la fuente de legitimidad. La razón principal es que de esta manera tan sólo se asegura una legitimidad de origen (la decisión constituyente) sin atender al proceso decisorio (circunstancia especialmente visible en realidades federales).

En definitiva, Kumm, basándose en el texto de la Constitución alemana como medio para contestar las tesis del TCF, su máximo intérprete, defiende, coincidiendo en ello con Weiler, una visión conforme a la cual no existen impedimentos insuperables que impidan hablar de la coexistencia de múltiples *demoi*, tantos incluso como niveles de gobierno existan. Se cuestiona así un concepto restringido de fuente legitimidad democrática, que se entendería más vinculada al proceso decisorio que referida casi exclusivamente al momento fundacional y a la Constitución estatal como referente de unidad y de legitimidad última.

Precisamente la preocupación por las carencias del proceso democrático en el seno de las instituciones comunitarias sería la que habría llevado al TCF a una reacción defensiva de los derechos fundamentales y la autodeterminación democrática del pueblo alemán, en contra de intrusiones normativas comunitarias sin garantías suficientes. Pero, y uniendo así las reflexiones de Kumm y Weiler, se trata de una reacción que en lugar de paliar tales defectos, lo que hace es agravarlos al reclamar tan sólo el control estatal del proceso, entendiendo el déficit democrático como estructural.

---

<sup>55</sup> Según Kumm, la Constitución alemana no apoya técnicamente ni una concepción fuerte del Estado ni la tesis del *demos* que sostiene el TCF. Respecto a la concepción de Estado, la LFB, a diferencia de la Constitución francesa, no hace ninguna referencia a la soberanía de la nación, aludiendo sólo a que la RFA es un Estado (art. 20). La estatalidad es cuando menos un término ambiguo ya que también existen concepciones que no vinculan la idea de Estado con la de soberanía, como pasa en las Constituciones de los *Länder* (menos la de Berlín), que se llaman “Estados” y aluden al pueblo como legitimidad del poder sin reclamar la soberanía. Añade el autor dos tipos de argumentos más: el primero, de carácter histórico, pone de manifiesto que en su origen la LFB no instituyó precisamente lo que puede definirse como Estado soberano; el segundo, de tipo estructural, constata que el preámbulo hace referencia a que Alemania aspira a formar parte integral de un Europa unida, y en el art. 23 se exige que la política exterior alemana se oriente hacia un Europa unida. Y cualquiera que sea la idea de esa unidad, sostiene Kumm, parece en cualquier caso incompatible con la concepción del estatismo del TCF. Por otro lado, sostiene el mismo autor que una aproximación étnica a la idea de *Staatsvolk* sería compatible con la Constitución pero no existen previsiones que así lo prescriban de manera general. Más aún, la Constitución establece que las estructuras políticas deben resultar acordes con el principio de democracia en todos los niveles de gobierno: el local (art. 28 secc 2), el del *Land* (art. 28 secc 1), el federal (art. 20 secc 1 y 2) y el europeo (art. 23). El principio democrático del art. 20 debe ser leído en clave universal: todo gobierno debe, a través del procedimiento adecuado al nivel del ámbito de poder de que se trate, ser democrático. *Ibidem*, páginas 372 y 373.

### **3.3 El debate sobre la vinculación entre ciudadanía y nacionalidad (estatal) en el contexto actual europeo**

#### *3.3.1 Introducción*

Hasta aquí, se ha puesto de manifiesto que cualquier orden democrático debe poder contar con un mínimo grado de cohesión social previa. El problema, a parte de poder acordar de qué grado mínimo se está hablando, se sitúa en los modos en que dicha cohesión puede quedar asegurada y, especialmente por lo que interesa a nuestro debate, si sólo puede darse en el contexto del Estado nacional que conocemos. Si fuese posible superar el marco del Estado nacional, la siguiente duda que se nos plantearía apunta hacia si es el propio marco estatal el que puede quedar también superado a partir de contextos socio-políticos diversos que puedan contar con distintos centros de imputación de la voluntad de un *demos* que podría ser múltiple, esto es, varios *demoi* de existencia simultánea y no excluyente asentados en realidades no necesariamente estatales (realidades que por definición implican exclusión de otras legitimidades).

Una vez separados conceptualmente ciudadanía de nacionalidad, el concepto de pueblo amplía su sentido más allá de su estricta consideración nacional. Es cierto, pues, que “el argumento de que no existe ningún «Pueblo» europeo (...) sólo adquiere el carácter de objeción fundamental cuando se utiliza un determinado concepto de «Pueblo». El pronóstico de que no existe algo así como un Pueblo europeo sólo sería plausible si la fuerza fundadora de la solidaridad del «Pueblo» dependiera realmente de la base de confianza prepolítica de una comunidad criada conjuntamente, que los compatriotas, por así decirlo, heredarían en su socialización como una especie de destino”<sup>56</sup>.

A partir de ahí se puede defender o bien un concepto distinto de pueblo o bien, claudicando ante la impregnación de “identidad nacional” que ha sufrido tal noción, la necesidad de separación conceptual entre pueblo y *demos*.

---

<sup>56</sup> Habermas, J., *La inclusión del otro...*, ob. cit., páginas 131 y 132..

En este sentido, Habermas ha señalado que “el próximo impulso a la integración social posnacional no depende del substrato de un «pueblo europeo» sino de la red comunicativa de una esfera pública política de amplitud europea ínsita en una cultura política común, soporte de una sociedad civil con grupos de interés, organizaciones no estatales, iniciativas y movimientos ciudadanos, y asumida por foros en los que los partidos políticos pueden referirse inmediatamente a las decisiones de las instituciones europeas, más allá de la agrupaciones fraccionales, para convertirse en un sistema de partidos europeos”<sup>57</sup>.

De esta manera, se esfuerza el autor por poner el énfasis en su concepto *desustancializado* de pueblo y de soberanía popular, *procedimentalizándolo*, aunque, como hemos visto, ese carácter procedimental debe partir de la concurrencia de una serie de presupuestos absolutamente sustantivos, resumidos en la noción “cultura política común” o “esfera pública política de amplitud europea”, en la que se sitúan los cimientos de la imprescindible cohesión o solidaridad previa.

### 3.3.2 *La inexistencia de un demos europeo*

A partir de lo que hemos ido viendo, puede fácilmente deducirse que el debate sobre la existencia o no de un demos europeo se sitúa ya no en su necesaria vinculación a la idea de Estado, sino a la presencia de los elementos necesarios para que pueda hablarse de la existencia de una colectividad con el grado de cohesión social *suficiente*.

La ausencia de una sociedad civil con entramado europeo con base en unos pretendidos lazos de solidaridad social, es firmemente argumentada por Offe, quien también parte de que para poder hablar de *demos*, entendido como sujeto-objeto de una comunidad de dominación fundada voluntariamente (como “poder constituyente”), debemos poder hablar de un poder político cuya capacidad de imponer las obligaciones jurídicas se realiza sobre la base de que tal cumplimiento “depende también de que cada ciudadano individualmente «obligado» le reconozca al autor colectivo (...) sus obligaciones reguladas en el proceso democrático (...). Las obligaciones deben ser asumidas como

---

legítimas y vinculantes”. Debe concurrir pues una confianza de que las aportaciones de uno redundan en los demás. Esta confianza “solamente puede consolidarse –que no constituirse por sí misma- mediante el propio orden jurídico y constitucional que limita las posibilidades de «todos los demás» de disponer de «mí» gracias a las garantías de los derechos fundamentales”<sup>58</sup>.

De nuevo aparece la importancia de la garantía de los derechos fundamentales entendida como base para la existencia de una realidad social mínimamente cohesionada, realidad que Offe ve únicamente realizable en el contexto estatal. En efecto, el autor centra su negación del *demos* europeo a partir de entender la vinculación entre *demos* y Estado como necesaria<sup>59</sup>.

El mismo autor identifica el punto del que parte: “la pieza conceptual imprescindible para el análisis político no es el pueblo entendido como una agrupación cultura y de descendencia étnica, sino el «pueblo» como una unidad política autoconstituida en referencia a la historia y al territorio, y marcada por una disposición a la confianza y a la solidaridad”<sup>60</sup>.

Así pues, Offe se encarga de resituar la concepción estatalista de pueblo liberándola de sus resabios más ligados al nacionalismo tradicional para poner el énfasis en la solidaridad social en sí misma considerada, esto es, no necesariamente orientada a los vínculos espirituales que proporciona la idea de Estado-nación. De esta manera, lo que hace el autor es adoptar los parámetros utilizados por autores como Habermas o Weiler para después sostener con ellos una visión renovada pero igualmente estatalista, en el sentido de que parte de que la realización de dicha solidaridad sólo puede darse en el contexto estatal.

En efecto, para Offe resulta evidente que la discusión en torno a la legitimidad democrática en el marco de la integración comunitaria debe abordar “no solamente el

---

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 135.

<sup>58</sup> Offe, C., “Democracia y Estado del Bienestar: un régimen europeo bajo la tensión de la integración europea”, *Zona Abierta*, 92/93, 2000, p. 249 (páginas 243 a 282).

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 250. Para Offe, “las dos relaciones horizontales de los ciudadanos entre sí, confianza y solidaridad, son la condición previa para que pueda surgir y se consolide el fenómeno «vertical» de la dominación estatal tal y como se manifiesta en el establecimiento efectivo del deber de obediencia. Antes de reconocer a la autoridad estatal, deben reconocerse los ciudadanos entre ellos como tales, es decir, lo suficientemente «voluntariosos» (dignos de confianza) y solidarios (no indiferentes)”. *Ibidem*.

<sup>60</sup> *Ibidem*, páginas 251 y 252.

problema «vertical» de cómo se podría organizar en el nivel europeo la capacidad gubernamental federal que actualmente disponen los Estados nacionales. Según mi opinión –dice el autor-, se trata, en esencia, de un problema «horizontal» aún más espinoso: cómo conseguir –y si eso es posible-, que los «ciudadanos europeos» que se definen a sí mismos y a los demás en términos nacionales, se reconozcan recíprocamente como ciudadanos de una agrupación política que abarque toda Europa, es decir, que se reconozcan unos a otros como actores que subordinan recíprocamente (según los criterios de solidaridad y confianza) un cierto grado de sus preferencias (...) y que no recelen de los miembros de otras naciones europeas imputándoles en la intención o en los resultados «inaceptables» perjuicios a «sus» intereses<sup>61</sup>.

Entiende el autor que dichas condiciones no se dan en la actualidad y que sin ellas, esto es, sin la adopción de un marco de referencia más abstracto y amplio de “pueblo europeo”, no es posible “crear los requisitos culturales y cognitivos para una politización positiva de las instituciones europeas”<sup>62</sup>. Pero el autor va más allá, ya que sostiene que en realidad una politización sólo posible en el marco de una comunidad política *estatalmente constituida*, entendiendo que con ello se hace referencia, como ya se ha insistido con anterioridad, a “una unidad gubernamental de acción” y “una voluntad democrática única, carentes en el espacio comunitario”<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 261.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 265. El mismo autor acaba reafirmando sus tesis recordando que “cuanto mayor sea el marco de referencia de las relaciones de competencia e interdependencia, menor será, en la dirección contraria, el horizonte de confianza de solidaridad y de otros potenciales de una comunitarización política republicana de la sociedad civil”. En este sentido, “el potencial de solidaridad se moviliza con mayor facilidad cuanto más reducido y homogéneo interiormente es el círculo de beneficiarios”. Habría que hablar de un tope máximo alcanzado por el Estado nacional como “mayor agrupación social conocida que, hasta la fecha, podía hacer razonable el sacrificio de la redistribución”. Los acuerdos más importantes, a saber, el Estado de Bienestar y la democracia “sólo son posibles «con fronteras», es decir, en un modo de socialización limitado estatal y nacionalmente, en el cual los actores se reconocen recíprocamente como «ellos mismos» (...). La pérdida de las fronteras que se prevé en ese contexto socava, en tanto que irreflexiva, la fuerza de la obligación y desafía motivos, actores y estrategias particulares y provincianas”. Nótese que el autor no sólo realiza un alegato del Estado, sino del Estado-nación: de las fronteras nacionales como presupuesto de la realización de los principios democráticos y sociales. La cohesión social de la que ha de partir cualquier orden democrático no puede resistir ser forzada más allá de tales fronteras pues en la identidad nacional encuentra esa cohesión lo que la amplitud geográfica y la pluralidad de intereses presentes en una realidad estatal le quita.

Sin Estado no hay cohesión y la UE no es un Estado, por tanto no hay *demos* europeo y la fuente última de legitimidad del ordenamiento comunitario radica en los ordenamientos estatales. En tan sencillos términos se puede cifrar la conclusión a la que llega Offe.

Grimm, por su parte llega a conclusiones no muy distintas. Parte este autor de que “la naturaleza democrática de un sistema político está acreditada no tanto por la existencia de parlamentos electos (...) como por el pluralismo, la representatividad interna, la libertad y capacidad de adoptar compromisos del área intermedia de partidos, asociaciones, movimientos ciudadanos y medios de comunicación”. Todo parlamento debe, en este contexto, garantizar la interacción constante entre el pueblo y el poder político, y si no es así, “falta la esencia democrática aun cuando estén presentes las formas democráticas”<sup>64</sup>.

Si bien, como reconoce el autor, dicho proceso de mediación “no discurre satisfactoriamente ni siquiera al nivel del Estado-nación”, en el nivel europeo “existe una gran falta incluso de los requisitos previos. Las estructuras mediadoras apenas se han formado. No existe un sistema de partidos europeizado, solamente grupos europeos en el Parlamento de Estrasburgo (...). Esto no comporta ningún tipo de integración de la población europea, ni siquiera en el momento de producirse las elecciones europeas. Tampoco han surgido asociaciones o movimientos ciudadanos europeos (...). La búsqueda de medios de comunicación europeos (...) resultaría completamente infructuosa. Esto hace que la Unión Europea se quede muy lejos no sólo del ideal de una democracia modelo sino de la ya deficiente situación de los Estados miembros”<sup>65</sup>.

Sostiene Grimm que tales requisitos previos “no se crean tan fácilmente”, y que pese a que pueda confiarse en que una parlamentarización progresiva de la UE intensifique las presiones por europeizar el sistema de partidos, “las perspectivas de europeización del sistema de comunicación son absolutamente inexistentes”, por una sencilla razón: el idioma<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Grimm, D., “¿Necesita Europa una Constitución?”, *Debats*, 55, 1996, p. 12 (páginas 4 a 15).

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> De este modo retoma el autor uno de los ejes de la sentencia *Maastricht*: “la democracia depende de la existencia de determinados requisitos prejurídicos (...). Implica ello asimismo que los procedimientos resolutivos de los organismos que ejercen el poder soberano y las metas políticas perseguidas en cada caso se

La ausencia de un sistema de comunicaciones europeo, debido principalmente a la diversidad lingüística, “tiene como consecuencia para el futuro previsible que no habrá ningún público europeo ni un discurso político europeo. El discurso político, queda de momento restringido por las fronteras nacionales (...). Los procedimientos de toma de decisiones europeos no están, por consiguiente, sometidos a la observación pública igual que los de ámbito nacional. El nivel europeo de política carece de un público correspondiente (...) los políticos nacionales se orientan incluso para decisiones en el Consejo a sus públicos nacionales, dado que las sanciones efectivas sólo pueden proceder de éstos”<sup>67</sup>.

Como puede deducirse, mayores dificultades asoman aún ante el proceso de ampliación de la UE<sup>68</sup>.

Ahora bien, y queriendo evitar con ello algunas de las reacciones que suscitó la sentencia *Maastricht* del TCF, el autor se desmarca de algunos de sus planteamientos cuando afirma que no tiene base la sospecha de que esté defendiendo que la democracia sólo es posible sobre la base de una *Volksgemeinschaft* homogénea (comunidad étnica): según Grimm, “los requisitos para la democracia aquí no se están desarrollando a partir del pueblo, sino a partir de la sociedad que quiere constituirse como unidad política. Es cierto que esto requiere una identidad colectiva, si lo que pretende es estabilizar sus conflictos de forma no violenta, aceptar el gobierno de la mayoría y ejercer la solidaridad. Pero esta identidad no necesariamente ha de estar arraigada en el origen étnico, puede también tener otras bases”. Esa identidad colectiva (nótese que Grimm prefiere descartar el término

---

tornen visibles e inteligibles para la mayoría, así como que el ciudadano con derecho de voto *pueda comunicarse en su propia lengua* con el poder soberano a que está sometido” (C I b1, cursivas añadidas).

<sup>67</sup> *Ibidem*. Continúa Grimm afirmando que no existe pueblo europeo, y por ello el PE no puede, ni podrá mientras así sea, constituir un cuerpo representativo popular europeo. Y ello, quiere insistir Grimm, “no es un argumento en contra de cualquier expansión de poderes del Parlamento”, aunque, señala, “su objetivo no debería, sin embargo, ser la plena parlamentarización con base en el modelo nacional, ya que –coincidiendo en ello con las tesis del TCF- las decisiones políticas se desplazarían donde tan sólo pueden tener un control democrático inadecuado”. *Ibidem*, p. 14.

<sup>68</sup> El resultado es previsible: una mayor dificultad de comunicación, de creación de identidad; una mayor complejidad a la hora de asegurar unos mínimos de cohesión social, pues, no en vano, cuanto mayor sea el número de Estados que formen parte de la UE mayor será el desnivel en el desarrollo económico y capacidad productiva, la distancia geográfica, idiomática, religiosa, cultural en fin, lo que ha de complicar la cohesión, por ejemplo en cuanto a la simpatía con la política redistributiva, extraordinario indicador del grado de solidaridad, como se demuestra en las realidades estatales plurinacionales. Así es considerado por Offe, C., “Democracia y Estado...”, *ob. cit.*, p. 269.

“pueblo”, que en alemán ha venido teniendo una adscripción cercana a la idea de colectividad étnica –*Volk*-), ese *demos*, exige que la sociedad “haya tomado una conciencia de pertenencia tal que tolere las decisiones de la mayoría y los esfuerzos solidarios, y que tenga la capacidad de comunicar sus objetivos y problemas de forma discursiva”. Lo que obstruye la democracia es, por consiguiente, no la falta de cohesión de los ciudadanos de la Unión como pueblo (en el sentido fuerte de *Volk*), “sino el débil desarrollo de su identidad colectiva y una mínima capacidad para el discurso transnacional”

La conclusión es pues coincidente: “la falta de democracia europea está determinada estructuralmente. Por tanto no puede ser corregida mediante reformas institucionales a corto plazo. La consecución del Estado constitucional democrático por el momento puede realizarse adecuadamente sólo en el marco nacional”<sup>69</sup>.

Finalmente nos topamos de nuevo con la identificación entre nacionalidad y ciudadanía. Si se quiere, lo que sucede es que se acepta el modelo discursivo de Habermas como concepto válido para la descripción de las condiciones de una democracia, para luego pasar a negar la posibilidad de que fuera del marco estatal se den las condiciones que dicho modelo exige.

### *3.3.3 La vertiente funcionalista en la noción de demos y la insuficiencia (y necesidad) de la perspectiva valorativa*

#### 3.3.3.1 La vertiente funcionalista en la noción de demos

En el fondo de la vuelta a la vinculación entre las nociones de ciudadanía y de nacionalidad (estatal), se sitúa un planteamiento funcionalista: el Estado es el (único) ente funcional, es el marco que reúne las condiciones socio-políticas necesarias para asegurar la cohesión social que la existencia del *demos*. El Estado, para autores como Offe, se enmarca en una dinámica circular, ya que es el resultado y la causa de la presencia de un pueblo como unidad política autoconstituida.

---

<sup>69</sup> Ibidem.

Muestra de esa consideración funcionalista, es la advertencia de Offe sobre que “sólo habrá avances en el camino hacia la unidad de acción y de voluntad (en el plano comunitario) cuando ambas se puedan apoyar de cara a las opiniones públicas nacionales, en argumentos normativamente convincentes que hagan deseable una integración política, es decir, sobre argumentos que sean lo suficientemente fuertes como para dar motivos a los Estados, regiones, sectores y clases sociales para que toleren las desventajas (temporales) condicionadas por la integración”.

De ahí la importancia de identificar la capacidad y la incidencia de las “fuerzas motrices” de la integración europea o, en otras palabras, “si hay un repertorio de normas sociales potencialmente obligatorias en toda Europa, cuya fuerza motivadora sea suficiente para hacer progresar y justificar la organización de una agrupación de dominación federal europea más allá de todos los cálculos de interés particulares”<sup>70</sup>.

El esfuerzo de las élites europolíticas por acompañar los intereses económicos con principios simbólicos expresivos de una identidad europea, se enfrenta con una realidad en la que “la búsqueda de esos principios parece haberse atascado en principios llenos de indecisión. Si ideas como bienestar económico y distribución justa del mismo, paz, derechos humanos y democracia son los valores de referencia genuinos de Europa, los Tratados de Maastricht y Ámsterdam son documentos que difícilmente pueden alimentar un patriotismo constitucional europeo orientado hacia esos valores. Además, las competencias declaradas y los ámbitos financieros de acción de la Comisión Europea carecen igualmente de suficiente peso como para originar la esperanza de que la política europea se pudiera mostrar en un futuro como el baluarte de la justicia social”<sup>71</sup>.

Ahora bien, sin negar el fundamento de las dificultades referidas de hallar razones que aseguren la cohesión, lo cierto es que así planteado el debate identitario no resulta útil. Al fin y al cabo la identidad no deja de ser por definición un término relativo y esencialmente comparativo, depende pues en buena medida respecto de quién se realice la comparación y en función de qué objetivos. No es que quepa considerar que la construcción identitaria europea no pueda tener relevancia en el debate que abordamos,

---

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 267.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 268.

todo lo contrario; sin duda, en el fondo, al referirnos a cohesión o solidaridad social hablamos de identidad. Pero lo que se debe poner de manifiesto es que en ningún caso se puede convertir la discusión en un debate sobre la existencia o inexistencia de una identidad europea, pues sin referirlo a las nociones que venimos manejando, se convertiría en un debate vacío que no conduciría nada.

Es ahí donde la vertiente funcionalista de la noción de *demos*, reconocida por quienes niegan la existencia de un *demos* europeo, adquiere su significación. Como más tarde habrá ocasión de analizar, uno de los cauces por los que puede venir la consolidación de una cierta cohesión social puede hallarse en la incapacidad del Estado nacional para responder a los retos impuestos por el proceso de globalización de carácter neoliberal.

El propio Offe reconoce que la clave de la cohesión depende de la visibilidad de las ventajas que en su conjunto tenga la integración para los ciudadanos<sup>72</sup>.

Desde esa perspectiva funcional, podría pensarse en la existencia de una conciencia conjunta de las ventajas de la integración, conciencia que en buena parte debería poder basarse en la visibilidad de los avances en materia de cohesión económica: no sería pues tan importante partir de una cohesión social ya dada<sup>73</sup>, como poder hacer visible que el espacio político que se propone puede llegar a garantizar una mayor homogeneización, no en términos macroeconómicos sino en forma de sensible equiparación de los niveles socio-económicos de la población<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> En este contexto se podría situar la propuesta de limitar la libertad de circulación de los ciudadanos de los países del este europeo llamados a formar parte integrante de la UE en los próximos años. Desde una visión funcionalista, se estaría evitando que la cohesión social adquirida hasta el momento se pudiese debilitar al tener que “soportar” no ya la libertad de circulación de bienes y capital, sino la menos deseable (para algunos) libre circulación de personas.

<sup>73</sup> Ahí se ubicaría la advertencia de Heller respecto de la peligrosidad para la consecución de homogeneidad social mínima de las diferencias económicas entre los integrantes de una determinada colectividad social.

<sup>74</sup> El propio Offe se encarga de advertir que a menudo se confunden los términos creyendo que el aseguramiento de la integración económica en el plano de la movilidad de factores de producción asegura una integración más amplia: “la división del trabajo y la interdependencia no generan automáticamente solidaridad y confianza. A la integración de sistemas nacionales a través del comercio y de la movilidad de factores no le sigue en modo alguno la integración social, es decir, el acercamiento de normas sociales y orientaciones cognitivas. El horizonte del mercado interior creado mediante el AUE no se cubre con el de una comunidad política europea entendida como una asociación con una voluntad común”, Offe, C., “Democracia y Estado...”, ob. cit., p. 272.

### 3.3.3.2 La insuficiencia y la necesidad de la perspectiva valorativa

La dimensión funcional de la noción de *demos*, cuya importancia se ha querido subrayar de manera especial, no puede sin embargo desconocer la perspectiva valorativa que el propio enfoque funcional encierra. En otras palabras, la identificación del espacio público común desde unos parámetros funcionales incorpora, al fin y al cabo, elementos valorativos, referidos a ciertos valores o principios compartidos.

En este sentido, es cierto que difícilmente puede pensarse en que motivos de carácter estrictamente funcional puedan cimentar por sí solos la cohesión referida. Ahora bien, más complejo aún sería que el mero recurso a la comunión en unos determinados principios y valores de carácter (cada vez más) abstracto resultara suficiente.

Se trata de valores (por otra parte bastante funcionales) como la idea de Europa como baluarte de paz tanto hacia dentro como hacia fuera (pese a los embates que esa idea recibe a diario); se ha evocado una Europa como síntesis singular de valores políticos y principios: igualdad jurídica ciudadana, soberanía popular y justicia social (aunque son características cuya concreción es excesivamente difusa y desigual en una región de la amplitud y características de la europea).

Por su parte, Böckenförde, después de recordar que la discusión en torno a cómo conseguir que la cohesión, el “espíritu” colectivo, “se haga actual en un pueblo y se mantenga vivo es algo que desborda los límites del Derecho del Estado”, advierte de que “una vez abandonada la visión teológica del mundo por un pluralismo de concepciones diversas” existe el peligro de centrarse en el hoy tan frecuente recurso a los valores, que “no contribuye en nada pues los «valores» son una categoría propia de aquello que vale; señalan en forma muy abstracta la existencia de un consenso previo o postulado, pero no pueden fundamentarlo desde sí mismos”<sup>75</sup>.

Todo lo anterior no obsta para, rescatando los elementos que han sido ya apuntados, constatar de nuevo la necesaria existencia de una perspectiva valorativa: si acordamos que en la construcción del *demos* resulta esencial la existencia de un espacio público, hay que partir de que “lo público es un concepto espacial (ámbito de los partidos, los sindicatos, las asociaciones, las iglesias, los medios de comunicación, etc.), pero también es un concepto

---

valorativo” (valores fundamentales de la *res publica*)<sup>76</sup>. Resulta pues necesaria esa parte valorativa, y en consecuencia, deviene inevitable que exista un margen relativamente amplio de apreciación.

### 3.3.4 *El demos europeo*

#### 3.3.4.1 Introducción

Según lo que hemos venido analizando, la existencia de una ciudadanía europea ha de implicar un escenario en el que “habrán de interpretarse los *mismos* principios jurídicos desde las perspectivas de tradiciones nacionales diversas e historias nacionales diversas. La propia tradición de cada uno habrá de ser en cada caso objeto de una apropiación hecha desde un punto de vista relativizado desde las perspectivas de los demás, de suerte que puede quedar inserta en una *cultura constitucional europeo-occidental compartida* en términos supranacionales”<sup>77</sup>.

Al menos hasta muy recientemente, el espacio político-público ha permanecido fragmentado en las distintas realidades estatales. La pregunta a resolver está en si ya es posible concebir una superación del marco del Estado nacional a partir de la existencia de una verdadera ciudadanía europea que sea capaz no sólo de desarrollar una acción política colectiva, sino que pueda generar “la conciencia del deber de contribuir a un «bien común europeo»”<sup>78</sup>.

El problema, afirma Habermas, está en que “como hasta ahora el papel del ciudadano sólo está institucionalizado en términos de Estado nacional, los ciudadanos no tienen hasta el momento ninguna posibilidad efectiva de tematizar las decisiones europeas, ni de influir sobre ellas. M. R. Lepsius constata lapidariamente: «no existe una opinión pública europea»”<sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup> Böckenförde, E. W., *Estudios sobre el Estado.....*, ob. cit., p. 180.

<sup>76</sup> Häberle, P., “¿Existe un espacio público europeo?”, *RDCE*, núm. 3, 1998, p. 133 (páginas 113 a 136).

<sup>77</sup> *Ibidem* (cursivas añadidas).

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 630, citando a Kielmannsegg, “Ohne historisches Vorbild”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, de 7 de diciembre de 1990.

Un buen banco de pruebas de lo que viene siendo referido lo ha constituido recientemente el proceso que ha llevado a la elaboración y final aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En efecto, en dicho proceso, en el que como se señaló con anterioridad, ha aparecido con fuerza la preocupación por acercar la Carta a los ciudadanos desde su propia elaboración, para con ello, para utilizar los términos empleados por Estévez, “operar la transmutación del *bourgeois* en *citoyen*, es decir, esa «metamorfosis» en virtud de la cual las personas dejan de comportarse como individuos exclusivamente preocupados por sus intereses egoístas, para actuar como miembros de una colectividad políticas que tiene como objetivo prioritario la realización del bien común”<sup>80</sup>. Como ya dijimos, no parece que se haya conseguido, aunque de ahí no quepa concluir sin más que la razón haya consistido en la inexistencia de espacio público común, sino más bien en los recelos aún existentes a que ese espacio empiece a ser utilizado. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

Exista o no dicho espacio, lo cierto es que “hasta ahora la política de la Comunidad Europea no constituye, ciertamente, en los Estados miembros un objeto de discusión y controversias a las que quepa atribuir efectos legitimatorios. Los espacios nacionales de opinión pública siguen en buena medida amparados o encapsulados unos contra otros. Pues siguen enraizados en contextos en los que las cuestiones políticas sólo cobran significado sobre el trasfondo de las distintas historias nacionales”<sup>81</sup>.

En una entrevista concedida por el propio Habermas, se le plantearon diversas cuestiones directamente referidas al texto que venimos comentando. Concretamente, de la siguiente manera: “en su artículo «Ciudadanía e identidad nacional» usted critica la falta de democracia de la Unión Europea, pero expresa también unas «expectativas cautamente optimistas» en lo concerniente al desarrollo europeo. Ahora bien, la internacionalización de la democracia parece resultar más difícil que la de la economía (...) ¿Es que una organización como la Unión Europea (...) no plantea nuevas exigencias a la democracia? ¿Qué extensión y diferenciación puede llegar a alcanzar el espacio público político sin que

---

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 631, la cita es de Lepsius, M. R., “Die Europäische Gemeinschaft”, conferencia pronunciada en el XX Congreso Alemán de Sociología, Frankfurt a. M., 1990.

<sup>80</sup> Estévez Araujo, J. A., “La Carta de Derechos de la UE y la dimensión social de la Ciudadanía Europea”, *El vuelo de Ícaro*, núm. 1, 2001, p. 151 (páginas 139 a 155).

los ciudadanos particulares se vean completamente desbordados a causa de la complejidad y de la inabarcabilidad de la sociedad? ¿Es realizable una democracia radical dentro de la Unión Europea?”. Ante estas cuestiones, Habermas respondió que “el único obstáculo auténtico consiste en la falta de un espacio público común en el que puedan tratarse temas de *relevancia* común”<sup>82</sup>.

### 3.3.4.2 El papel del Derecho: la existencia de un espacio jurídico-constitucional común

El lugar central en la construcción de un espacio público común no viene ocupado según Häberle ni por la economía ni tan siquiera por la política, sino por la cultura. Cultura, no obstante, entendida en sentido amplio, dando cabida a la cultura jurídica. En este sentido, “el ordenamiento jurídico de los Estados constitucionales europeos en sus distintas variantes nacionales constituye la «mejor» parte del espacio público cultural de Europa”. Afirma el autor en otro lugar que “La Constitución es cultura”, lo que significa por un lado que no sólo está hecha de materiales estrictamente jurídicos, y por otro que su materia jurídica es a la vez algo más pues expresa una situación cultural: “es instrumento de autorrepresentación del pueblo, espejo de su patrimonio cultural”<sup>83</sup>.

En efecto, “la Economía, entendida por lo demás como algo solamente instrumental, puede colaborar a la formación de un espacio público europeo (...), también la política europea puede crear las condiciones estructurales indispensables para la existencia de un espacio público europeo (...), pero la política resulta poco consistente en tanto en

---

<sup>81</sup> Habermas, J., “Ciudadanía...”, ob. cit., p. 635.

<sup>82</sup> Tras lo cual añade que “no deja de ser irónico que el que se establezca o no ese contexto de comunicación, del grupo que más depende sea del de los intelectuales mismos, que andan hablando interminablemente de Europa, pero sin hacer nada por ella”. La entrevista se halla recogida en “Facticidad y validez. Una conversación sobre cuestiones de teoría política” (páginas 145 a 168), en Habermas, J., *Más allá del Estado nacional*, Trotta, Madrid, 1997, p. 166.

<sup>83</sup> Häberle, P., “El Estado constitucional europeo”, *Cuestiones constitucionales*, núm. 2, 2000, México, páginas 88 y 89 (páginas 87 a 104). La misma idea referida a la ampliación de los métodos de interpretación se halla recogida en el prólogo que Häberle realiza a la obra de Rodríguez, A., *Integración europea...*, ob. cit., p. 14.

cuanto no se condense en «cristalizaciones culturales» como los principios generales del derecho, elementos de la cultura jurídica»<sup>84</sup>.

A partir de tales consideraciones, Häberle se ha esforzado por argumentar la posibilidad de poder hablar de un “Derecho constitucional común europeo”<sup>85</sup>, por mucho que, señala dicho autor, mientras Europa no forme un único Estado constitucional no pueda existir en puridad más que un conjunto de principios constitucionales comunes. En cualquier caso, existen elementos suficientes para captar la esencia de tal Derecho constitucional común, y son detallados por el autor de manera sistemática: textos positivos, en especial dentro del ámbito del Consejo de Europa y de la Comunidad; textos no positivos, sobre todo sentencias judiciales del TEDH -en especial su noción de “orden público europeo”-, y del TJ; y doctrina, que ha ayudado a afianzar el Derecho comparado en el ámbito del Derecho constitucional hasta el punto de que puede considerarse “el «quinto» método exegético y vehículo de perspectiva eurocomún”<sup>86</sup>.

Concretamente, en referencia a los elementos que presentan los propios Tratados comunitarios, Häberle ha querido señalar algunas previsiones que estarían dando forma actual al espacio público europeo: la ciudadanía de la Unión (art. 17 TCE), el derecho de sufragio en las elecciones municipales (art. 19 TCE), el derecho de petición (art. 21 TCE), el Defensor del Pueblo europeo (art. 195 TCE), el cada vez más fuerte PE, así como la jurisprudencia de los dos “Tribunales Constitucionales” europeos, el TJCE de Luxemburgo y el TEDH de Estrasburgo<sup>87</sup>.

En el TCE, considera el autor, “se incluyen unos artículos que bien presuponen, bien tratan de crear un espacio público europeo”, entre los que destacan el art. 191 (partidos políticos a escala europea), artículos 199 y 200 (publicidad de las actividades del PE), art. 222, segundo párrafo (presentación pública de las conclusiones del Abogado general), art. 248.4 (publicación de los informes anuales del Tribunal de Cuentas). También se encuentra relacionada con la publicidad la actividad del Defensor del Pueblo (art. 195) y del TJ.

---

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>85</sup> Häberle, P., “Derecho constitucional común europeo”, *REP*, núm. 79, 1993, páginas 7 a 46. Traducción del original “*Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*”, *EuGRZ*, núm. 18, Heft 12/13, 1991, páginas 261 a 275.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 27.

El espacio público está presupuesto en el art. 1 TUE (“Unión (...) entre los pueblos de Europa en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más próxima posible a los ciudadanos”), el art. 6 (“La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos”, y también los derechos humanos y las libertades fundamentales como “resultan de las tradiciones constitucionales comunes (...”). Y esto es así porque “ideas como «conciencia europea», cercanía a los ciudadanos, democracia, derechos humanos y derechos fundamentales no pueden ser concebidas sin la presencia de un espacio público en sentido estatal-constitucional, siquiera en forma embrionaria”<sup>88</sup>.

Quizás haya que remarcar el adjetivo embrionario, pues lo cierto es que, sin negar la paulatina conformación de un espacio europeo, éste no tiene un anclaje suficientemente definido en los textos de los Tratados, y si ha ido ganando fuerza ha sido más bien como consecuencia del desarrollo normativo y jurisprudencial que el Derecho comunitario ha experimentado, especialmente a partir de su interrelación con los ordenamientos estatales. Como veremos cuando abordemos su análisis, la dinámica de la interrelación, que ahora es citada por el papel que tiene en la conformación del espacio público común, resulta absolutamente central en la explicación jurídica de las implicaciones del proceso de integración. Más adelante será pues retomada.

En la misma línea de la paulatina conformación de un *ius commune europeo*, Rodríguez ha querido poner de manifiesto que “el progresivo acercamiento entre las grandes familias jurídicas y, dentro del derecho occidental, entre los sistemas anglosajones de *common law* y el derecho civil continental, propiciado sobre todo por el incremento, en el primero, de la centralidad de la ley y de la extensión de los mecanismos de control de constitucionalidad, mecanismo éste cuya introducción en los sistemas de derecho civil ha producido el efecto contrario, a saber, el incremento de la importancia del derecho de origen judicial, acercándolo de este modo al derecho anglosajón”<sup>89</sup>.

Una muestra de la existencia de un sustrato jurídico común lo constituye sin duda elaboración de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Como ha

---

<sup>87</sup> Häberle, P., “¿Existe un espacio ...?”, ob. cit., p.114 .

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 120.

indicado Carrillo Salcedo, “convendría no olvidar que la Carta tiene por finalidad expresar valores comunes y que, como reconoce expresamente en el Preámbulo, no ha nacido *ex nihilo* sino que es un eslabón más en una cadena en la que le anteceden, junto a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y la notoria construcción pretoriana llevada a cabo por el Tribunal de Justicia (...), muy diversos instrumentos jurídicos tales como la Carta de las Naciones Unidas, el CEDH, la Carta Social Europea (...). Se ha ido formando así, progresivamente, un complejo *corpus iuris* integrado por instrumentos jurídicos de distinta naturaleza (...)”<sup>90</sup>.

Es importante advertir que para Häberle el Derecho constitucional común es “programa y proyecto”, pues “la categoría «Derecho común» es la adecuada en gran medida para designar y fomentar el desarrollo de un Derecho de objetivos comunes, impulsado por legisladores, científicos y juristas que lo aplican en la praxis a todo nivel y que además manifiestan su eficacia allende las fronteras, apuntando a objetivos básicos que se desarrollan, finalmente, en un substrato de raigambre y cultura jurídica comunes”. Pero hay que tener en cuenta que dicha tarea unificadora no puede ser realizada de forma inflexible, sino que “debe actuar de forma no dogmática tras el Derecho positivo”<sup>91</sup>.

Como insiste el propio autor, entre los límites del Derecho constitucional común, “se encuentra la soberanía constitucional de cada nación y la individualidad de los respectivos Estados como factor determinante de «lo común», dimanante todo ello de la diversidad cultural viva de Europa. El Derecho constitucional común europeo no debe convertirse en mero instrumento de allanamiento o nivelación uniforme ni de igualamiento forzoso de todo Derecho constitucional nacional en una Europa unida puramente imaginaria o en una que lo pretenda llegar a ser”. Su vigor y su fuerza “dependen de su riqueza”; en este sentido, “lo válido a nivel federal para relacionar cualquier Derecho

---

<sup>89</sup> Rodríguez, A., *Integración europea...*, ob. cit., p. 25.

<sup>90</sup> Carrillo Salcedo, J. A., “Notas sobre el significado...”, ob. cit., p. 18. El mismo autor recoge a pie de página que el acervo común en materia de derechos humanos sobre el que la Carta de Derechos Fundamentales se basa, quedó recogido en el Informe explicativo de su articulado, que puede ser consultado en *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, Vol. 12, 3-5, 2000, páginas 167 a 181. Por otro lado, la Comisión, en un Comunicado sobre la naturaleza de la Carta de los Derechos Fundamentales de Unión Europea, COM (2000) de 11 de octubre de 2000, señaló, recogiendo la misma idea, que “al reunir en un mismo texto derechos hasta la fecha dispersos en diversos instrumentos internacionales y nacionales, el proyecto de Carta constituye la esencia misma del acervo europeo en materia de derechos fundamentales” (punto 1).

<sup>91</sup> *Ibidem*, páginas 30 y 31.

constitucional alemán o suizo con las constituciones de sus propios *Länder* o cantones es, asimismo, válido *a fortiori* para relacionar el Derecho constitucional común y el Derecho constitucional nacional (subsidiariedad)”<sup>92</sup>.

Reafirma el autor, en definitiva, su convicción en la fuerza de cohesión que ofrece la cultura jurídica, entendiendo que “la especial proximidad geográfica y la vecindad de ciertos Estados constitucionales concretos en la vieja Europa posibilita procesos de intercambio por el mero hecho de que Europa tiene «una» cultura”<sup>93</sup>. En este contexto, para Häberle está claro que, pese a la importancia que tiene la consecución del mercado interno europeo y la exigencia derivada del mismo de un Derecho constitucional económico unificado, la integración europea “no se efectúa sólo a nivel económico, sino fructificando a nivel cultural y profundizando en el jurídico, impulsada por el desarrollo del Derecho constitucional común europeo, que debe tener en cuenta en todo caso previamente, por supuesto, la diversidad cultural europea (...)”. No en vano, “es justamente esta diversidad la que ilumina, en último extremo, la unidad cultural del continente y sus últimos (y penúltimos) principios de justicia, hoy asumidos por numerosas constituciones, que no son el fondo sino idénticos”<sup>94</sup>.

No está de más abrir un pequeño paréntesis para denunciar en la exposición del Häberle un sensible centrismo desde la perspectiva de la Europa occidental, ya que la unidad cultural del continente a la que hace referencia se construye siempre en función de tales parámetros. Así se pone de manifiesto cuando el autor afirma que “la Europa del Este en especial puede recuperar su identidad cultural tras el vacío dejado al desplomarse el marxismo-leninismo, reafirmando su pertenencia a la Europa cultural. Consecuentemente con ello, ya se empiezan a vislumbrar por doquier en todo el Este los efectos de la imitación como ejemplos de textos constitucionales occidentales”. En el mismo sentido se debe entender la afirmación de que “la Europa del Este en particular sólo puede reinsertarse en el contexto global europeo a nivel de los estratos más profundos...”<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> Ibidem, p. 38.

<sup>93</sup> Ibidem, p. 33.

<sup>94</sup> Ibidem, p. 34.

<sup>95</sup> Ibidem, páginas 33 y 34.

Volviendo al hilo de la exposición, Rodríguez Iglesias y Valle Gálvez se han situado en posiciones muy cercanas a los planteamientos de Häberle al afirmar, refiriéndose a los sistemas jurídicos nacionales, comunitario y del CEDH, que “entre estos sistemas jurídicos se produce (...) una complementariedad de hecho en una suerte de espacio constitucional europeo común que requiere una aproximación diferente a la clásica estructura piramidal de jerarquía normativa de reminiscencia kelseniana imperante en los ordenamientos jurídicos estatales, por referencia a la idea de no exclusividad constitucional de los Estados o de la relatividad de los espacios constitucionales nacionales”<sup>96</sup>.

### 3.3.4.3 El aspecto procedimental en la construcción del *demos* europeo

Al margen de que el planteamiento de Häberle sobre el Derecho constitucional común europeo pueda ser considerada referida a una homogeneización de la cultura constitucional más desde la Ciencia del Derecho que respecto del Derecho objetivo<sup>97</sup>, lo cierto es que con ello, y con su aproximación al concepto de espacio público europeo se reafirma algo que ya ha venido poniéndose de relieve a lo largo del análisis que efectuamos: el esencial papel del Derecho en la conformación del *demos*, y en especial las formas jurídicas (abstractas) referidas a los procedimientos de participación política y las condiciones jurídicas que conforman el *status* del ciudadano activo, participante. No se parte sin más de datos prejurídicos (o prepolíticos), sino que se reconoce el poder de configuración del Derecho.

---

<sup>96</sup> Rodríguez Iglesias, G. C., Valle Gálvez, A., “El Derecho comunitario...”, ob. cit., p. 367.

<sup>97</sup> En este sentido, el autor reconoce desde el inicio (p. 8) la importancia de la ciencia jurídica, en todas sus ramas, que, al igual que el Arte, con mayúscula (entre cuyas expresiones cita “la fuerza de textos clásicos, estimulante e inspiradora, desde Aristóteles a Popper, de Beethoven (Tercera y Novena Sinfonías...) (...) se ve obligada a colaborar a su modo, es decir, con sus metodologías y sus materias, en la «europeización de Europa»”, de ahí que quepa deducir que sus reflexiones pretenden ser una aportación a dicha tarea. Así se demuestra también cuando reconoce que “cada vez se hace más necesaria una doctrina sobre metodología común europea. Esbozada ya en materia de Derecho civil, es todavía hoy por hoy un *petitum* o *desideratum* del Derecho constitucional” (Ibidem, p. 40). Por ello también insiste respecto de las materias jurídicas, la sistemática y la dogmática en la necesidad de “elaborar un libro de texto de tal modo que la interacción disciplinaria incluya a toda Europa”. En este terreno, es la Teoría del Derecho y del Estado la que puede ser que “dé los primeros pasos de un *ius commune* (ahora léase *constitutionale*), como ya los dio la ciencia privatista en los pasados siglos”. Ibidem, páginas 42 y 43.

Si por un momento nos situamos en el debate en torno al poder constituyente y la existencia de una Constitución europea, cuestión que más adelante será abordada, podemos extraer una conclusión capital de los posicionamientos de Häberle en torno al poder conformador del Derecho y, más concretamente, sobre el carácter esencial que el procedimiento participativo, encauzado jurídicamente, tiene en la presencia del *demós*. Esta conclusión se refiere a la necesidad de enfatizar el proceso en lugar del acto, esto es, de entender que, como sucede en la conformación del sujeto, no siempre estamos ante el resultado de un acto puntual, sino que podemos hallarnos en una partida que se desarrolla como proceso en el que los distintos elementos que pueden acabar originando una situación constitucional van tomando forma.

Habermas, quien ha destacado en diversas aportaciones el poder estructurador de lo jurídico<sup>98</sup>, expresa estas ideas de la siguiente manera: “la autocomprensión ético-política de los ciudadanos de una comunidad democrática no se presenta como un *prius* histórico-cultural que posibilita la formación democrática de la voluntad, sino como un flujo en un proceso circular que se pone en marcha mediante la institucionalización jurídica de la comunicación ciudadana. Así es exactamente como se formaron en la Europa moderna las identidades nacionales. Por ello es de esperar que las instituciones políticas que se crearían mediante una constitución europea tengan un efecto *inductor*”<sup>99</sup>.

En definitiva, “el autoentendimiento ético-político de los ciudadanos de una comunidad democrática no debe ser tomado como un *a priori* histórico-cultural que hace posible la formación de voluntad democrática, sino más bien como el flujo de contenidos de un proceso circulatorio que se genera por medio de la institucionalización legal de la

---

<sup>98</sup> De manera especialmente central en *Facticidad y validez*, obra que pretende ofrecer algunas respuestas a interrogantes planteados en su teoría de la acción comunicativa, y en especial la pregunta nuclear: ¿Cómo es posible el orden social? En dicha teoría, Habermas había resaltado la capacidad del Derecho de colonizar esferas privadas. En *Facticidad y validez*, el autor entra de lleno en estas cuestiones partiendo de la gran potencialidad del Derecho como posibilitador del orden social en sociedades muy fragmentadas que no pueden apoyarse en elementos metafísicos, espirituales. La norma, para Habermas no es simplemente el texto contrapuesto a la realidad. La norma es un hecho social (facticidad) y la validez es la pretensión de legitimidad de la norma. El Derecho positivo ayuda a mantener los vínculos de la reproducción social. Por qué? Debido a sus características formales. Habermas, J., *Facticidad y validez*, ob. cit.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 144.

comunicación de los ciudadanos. Es precisamente así como se formaron las identidades nacionales en la Europa moderna”<sup>100</sup>.

No hay más salida que aferrarse a la noción de ciudadanía democrática, entendida en una versión esencialmente procedimental, aunque, como ya hemos señalado, a partir de una serie de condiciones para el buen funcionamiento de dicho procedimiento. “Veo el quid del republicanismo –señala el autor- en el hecho de que las formas y los procedimientos del Estado constitucional junto con el modo democrático de legitimación producen un nuevo nivel de cohesión social”. “La ciudadanía democrática establece una solidaridad entre extraños comparativamente abstracta, y en cualquier caso, mediada jurídicamente; y este modo de integración social que surge por primera vez con el Estado nacional se lleva a cabo mediante la forma propia de un contexto comunicativo que interviene hasta en la socialización de la política”<sup>101</sup>.

No cabe hablar en ningún caso de una “identidad colectiva *independiente del propio proceso democrático* y en este sentido existente con anterioridad a dicho proceso. Lo que une a una nación de ciudadanos –en contraposición con una nación étnica (*Volksnation*)- no es su sustrato previo, sino un contexto compartido intersubjetivamente de entendimiento posible”, esto depende, ciertamente, “de la satisfacción de importantes requisitos funcionales que no cabe realizar fácilmente por medios administrativos. A éstos pertenecen las condiciones bajo las cuales puede configurarse y reproducirse comunicativamente una autocomprensión ético-política de los ciudadanos”<sup>102</sup>.

Tales requisitos, y es ahí donde se sitúa una de las consideraciones esenciales de Habermas, se fundamentan normativamente, y por ello afirma que “este punto de vista normativo prejuzga en cierto modo la evaluación empírica de las dificultades existentes. Éstas tienen que parecer, *for the time being*, como insuperables si se considera necesario una identidad colectiva que sólo se articule con la satisfacción de los requisitos funcionales mencionados. No obstante, una comprensión de la democracia en términos de la teoría comunicativa (...), no se puede apoyar por mucho tiempo en un concepto tan concretista de

---

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>101</sup> Habermas, J, *La inclusión del otro...*, ob. cit., p. 141.

<sup>102</sup> *Ibidem*.

«pueblo» que tiene apariencia de homogeneidad allí donde sólo tropezamos con algo todavía heterogéneo”<sup>103</sup>.

Ahora bien, hay que insistir que la fuerza configuradora o inductora del Derecho no es capaz de crear las condiciones que incluso Habermas, por mucho que defienda una homogeneidad más laxa basada en un concepto más o menos amplio de “cultura política común”, considera imprescindibles para poder hablar de que estamos en presencia de un *demos* europeo. En este sentido, el autor considera que la integración o cohesión social necesaria debe partir de un determinado sustrato cultural, y concretamente se refiere a un escenario “en el cual diversas anticipaciones, en un proceso circular, se apoyan y se estimulan mutuamente”; de este modo, una Constitución europea “sólo podría funcionar si el procedimiento democrático, que siempre abre camino, se da realmente. Este proceso de legitimación debe ser impulsado por un sistema de partidos europeo que sólo podría formarse si los partidos existentes debatieran primero en sus foros nacionales sobre el futuro de Europa y, a partir de ahí, logran articular unos intereses que traspasaran las fronteras nacionales, esta discusión debe encontrar nuevamente resonancia en la opinión pública política de toda Europa, opinión pública que, por su parte, presupone una sociedad civil europea, con sus asociaciones de intereses, sus organizaciones no gubernamentales, movimientos ciudadanos, etc.”<sup>104</sup>.

Como vemos, la manera de defender la relevancia del Derecho en la configuración del *demos*, por autores como Habermas o Häberle, poco tiene que ver con la del positivismo kelseniano<sup>105</sup>.

---

<sup>103</sup> *Ibidem*, páginas 142 y 143.

<sup>104</sup> Habermas, J., “La constelación...”, *ob. cit.*, p. 134.

<sup>105</sup> Desde su propósito de alejar a la teoría del Derecho constitucional de toda “contaminación” extrajurídica, Kelsen quiso concebir la noción de pueblo a partir de su identificación únicamente como realidad jurídica. Concretamente, incluso antes de abordar su *Teoría General del Estado*, Kelsen apuntó que al pueblo sólo se lo podía considerar como unidad en sentido normativo, pues no es otra cosa que una “unidad de ordenación jurídica del Estado reguladora de la conducta de los hombres sujetos a ella” (Kelsen, H., *Esencia y valor de la democracia*, Labor, Barcelona, 1934, p. 31). Según Kelsen, por medio de tal unidad de ordenación jurídica (conjunto de normas de un ordenamiento jurídico), se realiza la unidad de una pluralidad de acciones, y es de este modo como queda caracterizado el pueblo como elemento de la ordenación social específica calificada de Estado. Desde este punto de vista, el pueblo deja de ser un conglomerado de personas más o menos homogéneo para pasar a constituir un sistema de actos individuales regulados por la ordenación jurídica del Estado. En su *Teoría General del Estado*, Kelsen elimina toda consideración subjetiva del pueblo (factor considerado anteriormente junto con la perspectiva objetiva), hasta el punto de afirmar que “mientras que una

Visto lo anterior, las diferencias entre la mayor parte de las visiones que hemos podido examinar no son tan grandes. Al lado de una distinta concepción de los elementos que deben concurrir para la configuración del *demos*, poniendo algunos el acento en parámetros de tipo jurídico o procedimental y otros en aspectos sociológicos, finalmente la diferencia se reduce a la aceptación de un distinto, y no excesivamente dispar, grado de homogeneidad necesaria.

### 3.4 Conclusiones

Como hemos podido ir viendo en la recuperación de la idea de ciudadanía como noción independiente, esto es, no necesariamente unida a la nacionalidad y, en general, no subordinada a los atributos impuestos por la forma histórica del Estado nacional, se halla la clave para la comprensión de un *demos* como sujeto colectivo “sin el cual las instituciones representativas no pasan de ser sino el disfraz democrático de un poder despótico”<sup>106</sup>. Es ahí donde debemos situar el punto de partida conceptual que nos ha de servir para cuestionar algunos de los atributos que tradicionalmente han acompañado a la idea de pueblo como fundamento de la legitimidad de un determinado orden jurídico y, a partir del mismo, fundamento de su autonomía como ordenamiento.

Ya dijimos que el objetivo propuesto no era tanto poder llegar a concluir sobre la existencia o inexistencia actual de un pueblo europeo, sino clarificar los elementos que dicha noción debe comprender en un contexto en el que no necesariamente debemos partir

---

pluralidad de hombres no constituye un Estado sino en tanto en cuanto su conducta se halla determinada como contenido de deberes jurídicos regulados por el orden estatal, este orden puede, aunque no necesariamente, investir de facultades jurídicas a esta pluralidad de hombres, concediéndoles una participación en el proceso de creación del Derecho”, y es que “el pueblo no necesita tener derechos políticos, es decir, no es preciso que participe de alguna manera en la creación de normas generales”. El factor determinante para determinar la pertenencia al pueblo es, así pues, únicamente la relación pasiva (Kelsen, H., *Teoría General del Estado*, Editora Nacional, México, páginas 207 a 210). En su deseo por separar el ser del deber-ser (*sein/sollen*), de distinguir entre una teoría sociológica y una teoría jurídica del Estado, Kelsen insiste en que todas las teorías que ven el fundamento de la unidad estatal en la existencia de una comunidad de intereses o una especie de voluntad colectiva, en realidad adolecen de un mismo error: la tendencia a construir ficciones afirmando como ser aquello que tan sólo podría fundamentarse como un deber ser (la misma ficción que lleva a separar el Estado del Derecho).

<sup>106</sup> Rubio Llorente, F., “El futuro político...”, ob. cit., p. 30.

del Estado-nación como única forma posible de organización jurídico-política de carácter autónomo.

Pero no basta con salirse del Estado-nación. Lo que se propone es la posibilidad de salirse de la propia idea de Estado en tanto en cuanto dicha idea se sigue identificando con el principio de unidad jurídico-política que debe comprender cualquier fenómeno jurídico. En este sentido, incluso aquellas voces que más frontalmente se han alzado frente a las tesis del TCF en su sentencia *Maastricht*, y que más argumentos han empleado para desterrar la vinculación entre ciudadanía y nacionalidad, lo han hecho en realidad en la consideración de nacionalidad como vínculo nacional, pero no como vínculo estatal.

De uno u otro modo, en los planteamientos de autores como Habermas o Häberle, se pone de manifiesto la aceptación de que el vínculo estatal, aunque sea desligado de factores identitarios que vinculen *ethnos* con *demos*, *Volk* con pueblo, acaba pudiendo reclamar para sí un principio de *vinculación más fuerte*, que es lo que finalmente fundamenta las posiciones monistas, pues llegados al conflicto entre legitimidades, se opta por dar primacía a una de ellas.

Así, en realidad Habermas basa su modelo discursivo en la negación del Estado nacional como único contexto en el que puede producirse la consecución del Estado constitucional democrático<sup>107</sup>, pero no abandona de todo la idea de Estado. En este sentido, cuando critica los planteamientos de autores como Grimm, insiste en su incapacidad de desprenderse no la idea de Estado sino la de Estado-nación<sup>108</sup>.

En definitiva, Habermas defiende una postura que no deja de poder ser calificada como estatalista, ya que su propuesta de *demos* se refiere principalmente a un *demos*

---

<sup>107</sup> Volviendo de nuevo a sus tesis, vemos su insistencia en constatar que “son precisamente las artificiales condiciones de la aparición de la conciencia nacional las que hablan en contra del supuesto derrotista de que la solidaridad entre ciudadanos extraños sólo puede producirse dentro de las fronteras de una nación. Si esta forma de identidad colectiva se debe a ese aumento en el grado de abstracción de las formas de conciencia que va desde las formas locales y dinásticas hasta las formas de conciencia nacional y democrática, ¿por qué no habría de proseguir un proceso de aprendizaje de este tipo?”. Habermas, J., “La constelación...”, ob. cit., páginas 133 y 134.

<sup>108</sup> Concretamente afirma que “los euroescépticos (que) se resignan de antemano a la supuestamente irresistible erosión de la sustancia democrática para no tener que abandonar lo que se presenta como el seguro albergue del Estado nacional”. Considera el autor que Grimm deja en exceso abierta la cuestión de cómo concebir la reclamada identidad colectiva, y al hacerlo no presenta alternativas posibles a un Estado nacional cada vez más alejado de la posibilidad de responder a asuntos de dimensión supranacional. Habermas, J., “Observaciones a «¿Necesita Europa una Constitución?»”, *Debats*, núm. 55, 1996, p. 22 (páginas 21 a 24).

estatal, un *Staatsvolk*, por mucho que sea entendido “en el sentido jurídicamente neutral de «pueblo que forma el Estado»”<sup>109</sup>. Así, en sus planteamientos existen referencias explícitas al horizonte del Estado federal europeo<sup>110</sup>, y resultan igualmente significativas afirmaciones como las de que “nada habla *a fortiori* en contra de que, con tal de que exista voluntad política y tan pronto como esté *preparada constitucionalmente*, pueda crearse el contexto comunicativo –políticamente necesario- en una Europa que lleva largo tiempo integrándose económica, social y administrativamente, toda vez que puede apoyarse en un trasfondo cultural común y en la experiencia histórica de haber superado felizmente el nacionalismo (...). La identidad europea puede en todo caso no significar nada más que unidad en la diversidad nacional. Y, dicho sea de paso, quizás el federalismo alemán, después de la desarticulación de Prusia y del compromiso entre las distintas confesiones, no represente para ello el peor modelo”<sup>111</sup>.

En este mismo sentido se puede decir que, en cierto modo, Häberle también apunta hacia un horizonte de tipo estatal, pues no deja de reconocer que mientras Europa no forme un único Estado constitucional no pueda existir en puridad más que un conjunto de principios constitucionales comunes que no parecen poder constituir el referente de una organización política que pueda reclamar para sí una vinculación ciudadana equivalente a la de un Estado.

El espacio público, también el europeo, se erige como “algo más que un simple «instrumento» o «caja de resonancia». Constitución y espacio público hasta hoy se hallan íntimamente hermanados, como se demuestra histórica y comparativamente, relación ésta que ciertamente siempre está puesta en peligro”<sup>112</sup>. Esa unión la sigue ubicando Häberle no

---

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 141.

<sup>110</sup> Así por ejemplo en “Ciudadanía...”, *ob. cit.*, p. 628, cuando habla de que “también en un futuro Estado federal europeo habrán de interpretarse los mismos principios jurídicos...”.

<sup>111</sup> Habermas, J. *La inclusión del otro...*, *ob. cit.*, p. 143. Una idea parecida ha sido defendida por el Ministro alemán de exteriores, Joshka Fischer, el 12 de mayo de 2000 en un discurso en la Universidad Humboldt de Berlín. No obstante, el propio Habermas ha señalado posteriormente que el modelo federal alemán no puede ser trasladado sin más, ya que “en un Estado federal europeo la segunda cámara debería tener un papel más importante que un Parlamento de representantes populares elegidos directamente...”. Habermas, J., “La constelación...”, *ob. cit.*, p. 131.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 119.

sólo con la Constitución, sino con el Estado constitucional democrático, sin atreverse a borrar del todo el atributo de la estatalidad.

Así pues, pese a las diferencias, el TCF, Offe, Grimm, Habermas y el propio Häberle coinciden en una cuestión esencial: todos ellos centran el debate, pese a que especialmente en Habermas y Häberle exista también una visión más amplia que permite llegar a superar ese enfoque, en si ha llegado o no el momento (o si puede llegar) de contar con un Estado (federal) europeo. Con ello, la perspectiva estatalista, aunque sea a partir de un Estado distinto a su formulación como Estado-nación, resulta coincidente.

Pero aun así, no hay duda de que los términos de la discusión que hasta ahora se ha venido recogiendo nos sirven perfectamente cuando de lo que se trata es de poder dar un paso más allá para preguntarnos por la viabilidad de una nueva entidad política no estatal que sin embargo responda con la misma capacidad a la cuestión de la legitimidad democrática, tan relacionada, como se ha intentado mostrar, con la existencia de un pueblo y de un ordenamiento constitucional.

A partir de las enseñanzas de autores como Habermas, podemos concluir con convicción que la existencia de un sujeto colectivo que tome como propio un espacio de participación común no tiene porque ir necesariamente conectada a la existencia de un ente de tipo estatal, como tampoco requiere un grado de homogeneidad relevante. Puede bastar una *congruencia estructural*, recuperando así la noción empleada para las relaciones interordinamentales.

Es evidente que el grado de dicha congruencia está llamado a ser un debate inconcluso<sup>113</sup>, siendo el propio proceso de integración y el modo en que éste acierte a

---

<sup>113</sup> Sin duda, el carácter inconcluso del debate se arrastra ya desde su formulación en el período de entreguerras en Alemania, donde pese a las importantes diferencias el elemento común era la relación de la noción de pueblo con la de homogeneidad, situándose la discusión en el grado y en los parámetros de la misma. Así, Heller era consciente de que “hay un cierto grado de homogeneidad social sin el cual no resulta posible la formación democrática de la unidad. Esta cesa de existir allí donde las partes del pueblo políticamente relevantes no se reconocen ya en la unidad política (...). En este momento se ha quebrado la unidad y se tornan posibles la guerra civil, la Dictadura, la dominación extranjera”. Democracia y un cierto grado de homogeneidad social son elementos inseparables, por ello “el pueblo como pluralidad debe constituirse, a sí mismo y de manera consciente, en pueblo como unidad. Para que sea posible la formación de unidad política tiene que alcanzarse un cierto grado de homogeneidad” (Heller, H., “Democracia política y homogeneidad social”, *Escritos Políticos*, Alianza Universidad, Madrid, 1985, páginas 257 a 268). Pero, en contraposición con las tesis de Schmitt, Heller asevera que “la homogeneidad social no puede nunca comportar suspensión de la estructura social antagonista por naturaleza (...). Homogeneidad social es siempre un estado socio-psicológico en el que, en un conciencia y un sentimiento del «nosotros», en una voluntad

configurar un espacio en el que puedan tratarse temas de relevancia común el que tiene la palabra. De todos modos, no basta, como se ha recogido, que se traten temas de interés común, pues es obvio que eso ya sucede, sino que realmente se configure un espacio de participación del colectivo de ciudadanos y ciudadanas, espacio que como hemos visto sin ser exclusivamente institucional viene claramente condicionado por una correcta institucionalización, que debería servir, en el contexto actual, como punto de arranque en la conformación de una opinión pública europea en el sentido activo del término.

De esta manera llegamos a la cuestión del déficit democrático tantas veces denunciado, y más allá, de la posibilidad de que el contexto de la integración comunitaria sea capaz de ser garante de los principios del constitucionalismo, cuestión sobre la que más adelante se volverá.

Como ya se ha dicho y se seguirá insistiendo, la propuesta comunitaria, al menos hasta ahora, lejos de pretender la eliminación del Estado, busca la creación de un régimen en el que los intereses estatales confluyan en una nueva disciplina. El reto consiste, según Weiler, en controlar en un nivel societario los incontrolados reflejos de los intereses nacionales en la esfera internacional. La Comunidad no ofrece recetas mágicas pero por lo menos ofrece la posibilidad de repensar de una manera creativa los conceptos de política, de pertenencia y de pueblo, pensando en lo que se puede conservar y en lo que no del concepto clásico de Estado-nación europeo<sup>114</sup>.

De ahí también que Weiler, en otro lugar, observe con preocupación la posibilidad de que, tras la aprobación del TUE de la supranacionalidad se llegue a una nueva forma de estatalismo. “De hecho, Comunidad era una buena palabra para capturar dicho valor. Ahora la retórica operativa es Unión, no Comunidad”. Y especialmente quiere advertir de la ironía

---

actualizada de comunidad, aparecen reconciliados los siempre existentes antagonismos y luchas de intereses” (Ibidem, p. 262). Nos advierte en realidad Heller ante las interpretaciones formuladas por autores como Schmitt, quien ve en la existencia de una comunidad homogénea social y políticamente el ideal en el que se desarrolla la “verdadera” democracia, en contraposición con Smend y el propio Heller, quienes parten de que la realidad de un pueblo revela, y debe revelar, pluralismo. Podría añadirse que de un modo u otro lo que quiere poner de manifiesto Heller, es que en una sociedad de clases, hablar de unanimidad política no es sencillamente una visión romántica de las cosas, sino que constituye un instrumento dirigido a esconder los antagonismos políticos. En este sentido, ver Solé Tura, J., *Catalanisme i revolució burgesa*, Edicions 62, Barcelona, 1967, páginas 50 a 53.

<sup>114</sup> Weiler, J. H. H., “The State...”, ob. cit., p. 1654.

que puede suponer que esa sea la manera de cerrar la evolución, el círculo, pues la construcción europea, sostiene Weiler, debe ir encaminada a una disminución de la incidencia de la nacionalidad en el marco de un discurso transnacional, y no hacia la construcción de una identidad europea excluyente en donde el “nosotros” sean los europeos y “ellos” los no-europeos. Si así fuera, se pregunta el autor, ¿con qué razones morales podríamos responder al Frente Nacional francés o a los Republicanos alemanes en sus discursos nacionalista?, ¿con base en que han escogido el nacionalismo equivocado?<sup>115</sup>.

En estrecha conexión con lo que acaba de ser señalado, debe también indicarse que el debate alrededor de la determinación de los contornos de la ciudadanía y su alejamiento de la noción de nacionalidad no puede dejar de postular el acercamiento entre la posición jurídica del ciudadano y la del ser humano. Como ha indicado Bastida, “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 una “unidad de destino” (...). 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”. Señala el autor, que el pueblo debería definirse “con criterios de homogeneidad jurídica, de igualdad formal (...). La diferencia entre ciudadano y ser humano debería ser mínima y lo contrapuesto a ciudadano no debería ser el extranjero, sino el no residente, el transeúnte. Es contrario a la democracia identificar la ciudadanía con la nacionalidad...”<sup>116</sup>.

#### **4. Elementos de una Constitución europea**

##### ***4.1 Introducción***

Hasta ahora se ha preferido orientar la atención hacia los parámetros en los que se debe desarrollar el debate en torno a los atributos que debe tener un pueblo, sin pretender entrar a fondo a valorar las opiniones doctrinales acerca de la existencia o inexistencia de

---

<sup>115</sup> Weiler, J. H. H., “The Selling of Europe...”, ob. cit., p. 17.

<sup>116</sup> Bastida, F. J., “La soberanía borrosa...”, ob. cit., páginas 412 y 413.

*demos* europeo o de poder constituyente. Se parte pues de la idea de que más allá de las apreciaciones que puedan ser mantenidas al respecto, lo verdaderamente importante es poder delimitar con la mayor precisión posible los conceptos a emplear, decantando las conclusiones que aquí se mantienen hacia el terreno de una amplia consideración de la noción de pueblo y poder constituyente.

A partir de esa amplitud, y tal y como ya ha sido señalado, surge el convencimiento en el protagonismo que tienen los cauces procedimentales llamados a asegurar la participación de una ciudadanía que debe ser activa, y de ahí se deriva también, como igualmente se ha puesto de manifiesto, la importancia del entendimiento de la configuración del *demos* como un proceso. Incluso, en este contexto, no habría impedimento alguno para que fuera el texto (constitucional) el que configurara el pueblo europeo y no al revés. Al hallarnos ante un proceso, deja de ser necesario poder contar con un sujeto previamente bien definido que da lugar a una Constitución mediante un acto constituyente puntual. El sujeto puede ir conformándose una vez identificado (por un texto que en puridad aún no será constitucional), pero es sólo una posibilidad, esto es, no se trata de una consecuencia necesaria. Para que así sea, debe poder contarse con un grado mínimo de cohesión y unos cauces de participación en los que dicha cohesión pueda irse consolidando.

Pese a no pretender llegar a definir por el momento hasta qué punto podemos hablar de un Constitución europea en la actualidad, lo cierto es que siguiendo con el debate sobre la posible existencia de un *demos* europeo, puede resultar de ayuda examinar en qué medida concurren en el plano comunitario los distintos elementos que conforman una Constitución.

En la ecuación que se plantea, debemos ver si, a excepción del pueblo europeo, contamos con todas las restantes premisas que exige la existencia de una Constitución. Tras ello, pudiendo argumentar si no su pleno desarrollo sí al menos un grado de consolidación suficiente de los elementos que han de configurar una Constitución europea, podremos entonces aceptar la existencia de un pueblo europeo que ejerce un poder constituyente.

Por otro lado, la importancia de poder llegar a determinar cuáles han de ser tales componentes y si concurren en el contexto europeo es uno de los aspectos clave en la comprensión de la relación interordinamental que se da entre los sistemas jurídicos

comunitarios y estatales radica precisamente en que pueda o no sostenerse la autonomía del sistema comunitario, autonomía basada en su *constitucionalización*.

Hasta ahora hemos empezado a perfilar los contornos de una de los conceptos que más directamente se hallan conectados con la existencia de una Constitución, el concepto de pueblo. Ahora llega ya el turno de, con el bagaje extraído en la delimitación conceptual abordada, enfrentarnos a la noción de Constitución. Las dudas desde las que partimos aparentemente tienen la misma entidad que cuando iniciamos el análisis del concepto de pueblo, pero, como enseguida veremos, las conclusiones extraídas en tal análisis nos van a resultar de gran utilidad.

Una de tales dudas sigue siendo la que ya ha surgido en diversas ocasiones: ¿cabe una entidad política no estatal de carácter autónomo? La respuesta a este interrogante a partir del concepto de Constitución nos lleva a preguntarnos si a parte de aceptar que sin Constitución no hay Estado<sup>117</sup>, hay o no que estar de acuerdo con que “sin Estado no hay Constitución”<sup>118</sup>.

#### **4.2 La Constitución como compendio de valores**

Podemos empezar la andadura contando con un sencillo esquema: una Constitución viene a fijar los valores superiores del orden jurídico y político de una determinada sociedad: ¿están ya identificados tales valores en los Tratados tal y como han sido interpretados por el TJ? Si no es así, ¿es posible abrir un proceso (constituyente) que lo haga?

Formalmente, como sabemos, no existe un texto denominado “Constitución europea”. Según también es de sobras conocido, ante dicha carencia, y más allá de que aun existiendo un texto con tal denominación faltaría por comprobar su autenticidad como tal, la discusión en torno a la Constitución europea se halla en el terreno de la dimensión que

---

<sup>117</sup> Así lo entiende por ejemplo Carré de Malberg, para quien “el Estado debe su existencia, sobre todo, al hecho de que posee una Constitución”. Carré de Malberg, R., *Teoría General del Estado*, UNAM-Fondo de Cultura Económica, México, 1999, p. 76. Posteriormente se hará más extensa mención de los planteamientos de este autor al respecto.

<sup>118</sup> Como asegura Sáiz Arnáiz, A., “El Tribunal de Justicia...”, ob. cit., p. 223.

pueda darse a la llamada *constitucionalización* de los Tratados constitutivos de la Comunidad, normativa cuyo carácter originario no es otro que el de una norma de carácter internacional.

Como es sabido, el TJ, máximo impulsor de la doctrina de la constitucionalización de los Tratados, parte de la idea de que el fundamento del principio de primacía y efecto directo de la normativa comunitaria, no reside en los preceptos constitucionales de cada Estado miembro, sino que es la propia naturaleza de la Comunidad y de su ordenamiento, la propia esencia del proceso de integración tal y como se deriva de una interpretación sistemática y teleológica de los Tratados, la que exige la vigencia de tales principios.

A partir de ahí, los Tratados constitutivos, cuya naturaleza constitucional se demuestra en la capacidad que tienen sus previsiones de vincular jurídicamente no sólo a los Estados sino también y de manera inmediata a los individuos, dejan atrás su posición como creadores de un “un ordenamiento jurídico de Derecho internacional” (sentencia *Van Gend en Loos*)<sup>119</sup> a ser el origen de un “ordenamiento jurídico propio” (sentencia *Costa/ENEL*)<sup>120</sup>.

Más allá de la constatación de un conjunto de “hechos consumados” que separan los Tratados comunitarios de la normativa internacional entendida en su forma tradicional, el TJ no ha profundizado en exceso en sus argumentos, dándose por satisfecho con apuntar los elementos llamados a asegurar la aplicación uniforme de la normativa comunitaria. El problema es que, como sabemos, han existido muestras de rechazo a la posibilidad de llevar a sus últimos extremos la primacía comunitaria, y es por tal razón que debemos abordar la discusión sobre la constitucionalización de los Tratados. De lo que se trata es de comprobar la verdadera dimensión de la mencionada constitucionalización, pues en ella puede encontrar el ordenamiento comunitario una fuente de fundamentación de su legitimidad, abriéndose además una puerta para la clarificación del grado de autonomía de dicho ordenamiento.

Debemos realizar el intento de hallar en los Tratados y la lectura que de los mismos se ha venido consolidando a partir de la jurisprudencia del TJ, “atributos de

---

<sup>119</sup> Sentencia de 5 de febrero de 1963, (*Van Gend en Loos*, asunto 26/62), ya citada.

<sup>120</sup> Sentencia de 15 de julio de 1964, (*Costa v. ENEL*, asunto 6/64, Rec. 1964, p. 1141).

constitucionalidad”, para posteriormente, si en su conjunto son de suficiente entidad, poder concluir con la afirmación de la existencia de una Constitución europea. Es importante señalar que no se va a recurrir a la fundamentación de la presencia de un *demos* europeo que haya ejercido el poder constituyente, ya que precisamente es esa una premisa que no hemos podido demostrar.

Es importante señalar que, por separado, ninguna premisa es por sí sola suficiente para poder fundamentar la existencia de la mencionada Constitución. Esto es así porque cualquiera de ellas nos sitúa en un círculo vicioso que impide aceptar sin más la conclusión a la que se llega. Así por ejemplo, si argumentamos que los Tratados comunitarios dan cuerpo a un texto constitucional porque producen efectos directos no sólo sobre los Estados, sino también sobre los particulares, el problema está en que dicha realidad no cuenta con mayor fundamento que el siguiente: son Tratados *constitucionalizados* por cuanto tienen capacidad de obligar a las personas, y tienen dicha capacidad porque no son meros Tratados internacionales, porque tienen carácter constitucional. Lo mismo sucede si nos referimos a las técnicas de interpretación empleadas por el TJ. Como señala Fernández Esteban, “La «constitucionalización» de los Tratados implica una evolución circular a través de la cual, éstos son interpretados prefiriendo técnicas asociadas a la interpretación constitucional, a técnicas empleadas en la interpretación de los tratados multilaterales. Esto implica que los Tratados asumen, a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los atributos de norma fundamental de una Constitución, como causa y efecto de este proceso”<sup>121</sup>.

### **4.3 Los distintos elementos de una Constitución**

Dicho lo que antecede, podemos ya pasar a identificar cuáles son las premisas mínimas con las que un texto normativo debe poder contar para ser calificado como Constitución. A partir de la clásica construcción kelseniana, toda Constitución debe erigirse como la regla que instituye el sistema normativo, de la cual deriva la validez de todas las

---

<sup>121</sup> Fernández Esteban, M. L., “La noción de Constitución europea en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas”, *REDC*, núm. 14, 1994, páginas 242 y 243 (páginas 241 a 289).

demás normas del mismo. Al lado de esta vertiente descriptivo-formal del concepto, se ha coincidido generalmente en añadir una vertiente prescriptiva, según la cual, la Constitución “no se trata de cualquier organización política o regla fundamental, sino únicamente de aquéllas que encarnan y salvaguardan ciertos valores. Es éste un enfoque axiológico que exige de la Constitución que encarne y salvaguarde determinados valores. La Constitución, en pocas palabras, debe ser una limitación jurídica del poder como medio para garantizar la libertad política; y sus instrumentos técnicos han de ser, de acuerdo con la proclamación lapidaria del artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, la tutela de los derechos fundamentales y la división de poderes”<sup>122</sup>.

Díez-Picazo<sup>123</sup>, ha considerado que existen cuatro parámetros a la hora de constatar el sentido prescriptivo o axiológico de una Constitución: 1) el valor de las características constitucionales de escritura, rigidez y supremacía; 2) la incidencia del control judicial de constitucionalidad en el funcionamiento de la Constitución; 3) la importancia del poder constituyente para la existencia de una Constitución; 4) la relación entre Constitución y democracia.

Los dos primeros puntos son necesarios como componentes que aseguran el valor normativo de la Constitución. Respecto del primero, referido a características formales, es consciente el autor de que se trata de la faz externa de la jerarquía normativa, pero que, en realidad, la Constitución “es tal por tener un valor constitutivo del entero orden jurídico-político, de manera que puede decirse fundamental por ser fundacional. De aquí, que los requisitos formales, como la rigidez, sean garantías añadidas al servicio de la Constitución, cuya incondicionada superioridad emana primordialmente de su contenido”<sup>124</sup>. En cuanto al control jurisdiccional de constitucionalidad, que “es absolutamente consustancial con la supremacía de la Constitución”, sostiene el autor que no basta con que se haga efectivo en

---

<sup>122</sup> Díez-Picazo Giménez, L. M., “Reflexiones...”, ob. cit., p. 544.

<sup>123</sup> *Ibíd.*

<sup>124</sup> *Ibíd.*, p. 545.

el plano de la distribución de competencias (*Staatsgerichtsbarkeit*), sino que en todo caso debe referirse al control sobre la legislación en general (*Verfassungsgerichtsbarkeit*)<sup>125</sup>.

Respecto del tercero de los parámetros, referido a la importancia del poder constituyente, en conexión con lo que ya tuvimos ocasión advertir, el autor señala que “el problema real no estriba en si en un momento dado del pasado ha habido o no un acto revolucionario, es decir, el establecimiento *ex novo*, sin vinculación a un Derecho anterior, de una organización política y de un ordenamiento jurídico”, puesto que la experiencia histórica de procesos de instauración de una Constitución ha mostrado casos que se han desarrollado sin una ruptura total con la situación precedente. “Más bien, el meollo de la cuestión –aparte del interrogante (...) acerca de a quién se imputa la autoría de la Constitución- radica en el valor unificante de la Constitución misma. Ese valor unificante no es sólo jurídico, en el sentido de que todas las normas del ordenamiento traen su validez de la Constitución, sino también político: la Constitución origina una organización política diferenciada, que ha de asentarse en ciertos valores básicos de la convivencia política que no son ni pueden ser ya puramente procedimentales (...)”<sup>126</sup>. Con ello el autor ratifica una idea que ya había sido puesta de manifiesto a la hora de intentar definir la esencia del *demos* y del poder constituyente: la unidad la crea la Constitución pero contando con una previa homogeneidad en cuanto a una serie de valores sustanciales.

Finalmente, respecto de la relación entre Constitución y democracia, Díez-Picazo nos recuerda de esta manera la inevitable tensión existente: “es notorio –señala- que el constitucionalismo es expresión del liberalismo, entendido como limitación jurídica del poder (*rule of law*, Estado de Derecho); y en esa medida mantiene una relación ambivalente

---

<sup>125</sup> Tal constatación no contradice el hecho de que, en realidad, la función básica y la razón del surgimiento de los órganos de jurisdicción constitucional concentrada tenga su origen en la necesidad de asegurar la unificación jurídica a través de la eliminación de los conflictos entre el centro y la periferia en Estados descentralizados políticamente. Así fue el caso, tal y como indica Aparicio, de Austria y Checoslovaquia, cuyo TC se crea por tratarse de dos países “nuevos” con escasísima capacidad de integración política y social necesitados de un órgano que controle la unidad política y que se dedique a controlar que los Estados miembros no contravienen la voluntad del Estado federal. también en la II república española: la función del tribunal de garantías constitucionales era precisamente la de lograr la unidad del Estado integral. Y pasará también en Italia y luego en la RFA: en Europa el origen del TC no es tanto el control de la constitucionalidad de las leyes como el de la unificación del Estado. Es la búsqueda de la integración por el Derecho. Aparicio Pérez, M. A., dentro del curso de verano sobre “Formas de Estado”, *Els Juliols de la UB*, Universidad de Barcelona, julio de 1999.

<sup>126</sup> Díez-Picazo Giménez, L. M., “Reflexiones...”, ob. cit., páginas 546 y 547.

con la democracia (...).” Advierte el autor que “si la fecundidad de los valores incorporados en la Constitución (...) es exagerada, se corre el riesgo de renunciar al pluralismo y de transformar la vida pública en una extraña tecnocracia jurídica (...)”, situación ante la cual “no se trata de retornar a una concepción puramente procedimental de la Constitución; pero hay que insistir en que la democracia exige un ámbito reservado a la regla de la mayoría y, por tanto, a la decisión política, cuyo contenido no puede verse siempre predeterminado con mayor o menos precisión por valores constitucionales”. Cabe pues partir del concepto de “Constitución abierta” para exigir que en el caso europeo queden definidas las líneas fundamentales de la convivencia a partir no tanto de los fines positivos como de los límites negativos, única manera de frenar una “potencial degeneración del constitucionalismo” que llegara a sustraer las bases del pluralismo a partir de una excesiva fijación de los valores<sup>127</sup>.

De esta manera centra el autor los rasgos definitorios del concepto contemporáneo de Constitución, tras lo cual pasa a reconocer “que la mayor parte de ellos concurren en alguna medida en la (...) idea de Constitución europea”<sup>128</sup>. Desde el punto de vista descriptivo-formal, los Tratados ocupan, según sabemos, la cúspide del ordenamiento comunitario. Formalmente concurren las notas de escritura, rigidez y supremacía, y cuenta además con la garantía jurisdiccional que le ofrece en último extremo el TJ, a modo de control de constitucionalidad, carácter reforzado por la impronta constitucionalizada de los métodos de interpretación que dicho Tribunal emplea.

Ahora bien, al lado de tales elementos existen una serie de importantes lagunas: en primer lugar, en cuanto a la observancia de los dos principales ejes exigidos desde el conocido art. 16 de la revolucionaria Declaración de derechos francesa, por lo que respecta a la división de poderes puede aceptarse que, pese a no responder a los esquemas estatales tradicionales, ello “no empece a la virtualidad del *ethos* de la no concentración del poder”, pero, en cambio, no puede decirse lo propio de la tutela de los derechos fundamentales, “y ello, porque la sola protección jurisprudencial, más allá de cualquier consideración acerca de su eficacia práctica, pasa por alto el hecho de que las declaraciones de derechos poseen

---

<sup>127</sup> *Ibidem*, páginas 547 y 548.

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 548.

un carácter lógicamente previo al resto de la Constitución en tanto en cuanto definen las condiciones de aceptación del acto constituyente”<sup>129</sup>.

Con ello, Díez-Picazo parece partir de la idea de Constitución como texto fruto de un acto puntual de afirmación colectiva del pueblo, que cuando menos acepta unas líneas generales de convivencia entre las que se deben encontrar previamente delimitados los valores sustantivos básicos, incluidos los plasmados en un listado de derechos fundamentales. Sabemos que dicha forma de ejercicio del poder constituyente, que también parece reclamar Fernández Esteban<sup>130</sup>, no se ha producido en el nivel comunitario, de modo que no se podría hablar de Constitución europea.

Ahora bien, hay que señalar, frente a la posición del autor que citamos, que la forma de expresión del poder constituyente no puede estar en ningún caso predeterminada<sup>131</sup>, cabiendo cualquier cauce siempre y cuando sea capaz de asegurar que la presencia de los distintos elementos formales y sobre todo axiológicos que hemos ido desgranando.

Así pues, la objeción relativa a la inexistencia de un listado de derechos no resulta totalmente convincente ya que un sistema de protección distinto, concretamente la vía pretoriana empleada por el TJ, puede acabar desarrollando un papel equivalente<sup>132</sup>, si no en el plano de la eficacia, donde pueden darse algunas diferencias, sí en el de “las condiciones

---

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 549.

<sup>130</sup> Concretamente, sostiene la autora que pese a que quepa decir que de un modo u otro “los Tratados *funcionan como* una Constitución”, en realidad no hay una real Constitución europea, y esto es así “porque el auténtico sentido de constitución implica el recurso a una Asamblea Constituyente y la votación subsiguiente por el pueblo europeo, que como tal debe darse una auténtica Constitución”. Fernández Esteban, M. L., “La noción de Constitución europea...”, *ob. cit.*, p. 289.

<sup>131</sup> Así, Böckenförde ha insistido en la dimensión política del pueblo como poder constituyente, entendiendo que en ningún caso éste “puede ser regulado jurídicamente por la Constitución misma ni, en consecuencia, pueden establecerse de un modo fijo sus formas de manifestación. Tiene y mantiene siempre un carácter originario, inmediato e incluso elemental; y de acuerdo con ello, es él mismo quien es capaz de buscar y crear sus propias formas de manifestarse”, Böckenförde, E. W., *Estudios sobre...*, *ob. cit.*, p. 167. Por su parte, Pace considera que “un «nuevo» orden constituye, por definición, ejercicio de poder constituyente y éste, por una parte, no tiene una forma predeterminada de manifestarse (...); por otra carece de límites jurídicos, no podría crear un «nuevo» orden, sino que se movería en el marco del orden preexistente y, por tanto, no sería constituyente sino constituido”, Pace, A., “La instauración de una nueva constitución. Perfiles de teoría constitucional”, *REP*, núm. 97, 1997, p. 15 (páginas 9 a 44).

<sup>132</sup> Ya han sido comentados los inconvenientes de la vía pretoriana, especialmente por lo que a las dificultades para garantizar un grado de predicibilidad y de seguridad jurídica suficientes. Ello no obstante, dependerá en buena medida de la consolidación de dichos sistema y de su aceptación por parte de los operadores jurídicos y políticos.

de aceptación del acto constituyente” a las que se refería el autor, aunque entendiéndolas referidas no tanto a un acto singular como a un proceso y su resultado.

De todas formas no es la ausencia de un listado de derechos la carencia más relevante. Por encima de tal ausencia, es “la democracia la laguna más notoria para la existencia de una Constitución europea”. Para argumentar tal posicionamiento, acude Díez-Picazo a la noción ya comentada de Constitución abierta, para poner seguidamente de manifiesto que en el esquema “constitucional” europeo, “la Comunidad no puede, siempre dentro de su esfera material de competencias, legislar de acuerdo con las preferencias políticas de la mayoría en cada momento, sino que está constreñida a perseguir objetivos ya predeterminados en cierto detalle por los Tratados constitutivos”<sup>133</sup>.

Se trata pues de una carencia estructural, y no meramente decisional u organizativa, ya que deriva de la propia esencia de la organización que instauran los Tratados: una organización política incompleta, limitada a la consecución de fines esencialmente de carácter económico (*latu sensu*), y “la sola unión económica no es base suficiente para una Constitución europea”<sup>134</sup>. En este sentido, ese carácter incompleto de la Comunidad se pondría de manifiesto, según el autor, a parte de las cuestiones ya señaladas, en que, en realidad, el tipo de control “de constitucionalidad” que realiza el TJ refleja un planteamiento más próximo a la *Staatsgerichtsbarkeit*, pues parte de la Comunidad como organización con fines limitados, y en tales condiciones la llamada Constitución “tiende más a imponerse en cuanto orden competencial que por su sola cualidad de regla suprema”<sup>135</sup>.

De esta manera el autor, al igual que hacía referencia a una concreta forma de expresión del poder constituyente, parte de una noción de Constitución también muy específica: la que la vincula necesariamente a la existencia de un Estado; para Díez-Picazo

---

<sup>133</sup> “Así, éstos tienden a funcionar, más que como límites negativos, como estrictos fines positivos; y el Derecho comunitario derivado se aproxima más a los reglamentos ejecutivos que a las leyes, expresión de una libre opción política”. Como muestra de ello, el autor hace referencia a la obligación de motivar cualquier acto de las instituciones comunitarias, que en los Derechos nacionales suele limitarse a los reglamentos y, sobre todo, a los actos administrativos. Díez-Picazo Giménez, L. M., “Reflexiones...”, ob. cit., p. 551.

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 553.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 550.

resulta *conditio sine qua non* poder hablar de una organización política completa, que persiga la universalidad de fines, que es lo que diferencia al Estado.

Esta vinculación entre Estado y Constitución, que está presente en algunas de las voces más autorizadas de la doctrina alemana, como Isensee o Kirchhof<sup>136</sup>, nos lleva a movernos de nuevo en el espacio de la exclusión: sólo puede existir una única fuente de legitimidad, esa es la esencia de la idea de Estado, por ello Díez-Picazo afirma con contundencia que “una Constitución exige entablar un nuevo vínculo jurídico-político básico que sustraiga la fuente originaria de legitimación y ejercicio del poder a las antiguas partes. La Comunidad Europea ha avanzado mucho en esta dirección; pero, en contra de las principales tendencias jurisprudenciales y doctrinales (...), quien esto escribe cree que el símil adecuado a la situación actual (...) es el de un conquistador que quema sus naves impidiéndose el viaje de vuelta”<sup>137</sup>.

La misma idea es mantenida por Piris, quien a la hora de analizar la pretendida existencia de una Constitución europea desde la comparación entre los rasgos de la organización comunitaria y los de una entidad estatal, reconoce en los Tratados constitutivos importantes elementos presentes en lo que generalmente se define como Constitución (estatal). En primer lugar, destaca la implantación de un sistema de *Rule of law*, situando a los Tratados como norma suprema. En segundo lugar, la caracterización del sistema jurídico comunitario como un nuevo orden legal, y finalmente, la protección de los derechos fundamentales en sede comunitaria (ya plenamente recogidos tras el Tratado de Ámsterdam)<sup>138</sup>.

Al lado de tales semejanzas, aparecen una serie de carencias que provienen del carácter no estatal de la UE. En primer lugar, destaca Piris, la UE carece de un aparato administrativo propio suficiente para la aplicación de su normativa, así como de los recursos humanos y financieros propios necesarios. Tampoco cuenta la UE con

---

<sup>136</sup> Isensee, J., “Staat und Verfassung”, en Kirchhof, P. e Isensee, J. (editores), *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, Heidelberg, 1995, páginas 591 a 661; Kirchhof, P., “Der deutsche Staat im prozess...”, ob. cit.

<sup>137</sup> Díez-Picazo Giménez, L. M., “Reflexiones...”, ob. cit., páginas 554 y 555.

<sup>138</sup> Piris, J. C., “Does the European Union have a Constitution? Does it need one?”, *ELR*, núm. 24, 1999, páginas 561 a 564 (páginas 557 a 585). Existe una traducción al alemán en Piris, J. C., “Hat die Europäische Union eine Verfassung? Braucht sie eine?”, *EuR*, núm. 35, Heft 3, 2000, páginas 311 a 339.

mecanismos propios de coerción (policía y ejército). Por otra parte, puede también alegarse que la existencia de diversos pueblos nacionales conllevan la inexistencia de un pueblo europeo, elemento indispensable para cualquier realidad estatal. No obstante, respecto de esta aseveración, considera el autor, en línea con opiniones como las de Weiler, que “podemos pensar en nosotros no sólo en términos de ciudadanía nacional o en referencia a un idioma común, sino también en referencia a la localidad o región de la que provenimos (...). Resulta indudable que los europeos compartimos elementos distintivos importantes, que nos distinguen de otros pueblos y sociedades, geográficamente, históricamente y culturalmente”<sup>139</sup>.

Menos flexible se muestra el autor con el atributo de la soberanía que considera también indispensable en un Estado: “muy claramente, la UE y la Comunidad no ostentan una «soberanía independiente» o «Kompetenz-Kompetenz», como la llaman los alemanes. Por el contrario, la Comunidad se rige por el principio de atribución de poderes, tal y como dispone el TCE”. Finalmente, nos recuerda la ausencia de poderes comunitarios plenos en materia de relaciones exteriores (debido al principio de atribución limitada de competencias)<sup>140</sup>.

Tanto en Díez Picazo como en Piris se repite un esquema que ya habíamos rechazado desde la noción de *demos*: la necesaria identificación entre Estado y Constitución. Que los Tratados no puedan ser considerados como norma constitucional no puede ser justificado en términos de ausencia de Estado, sino de ausencia de los elementos que conforman la realidad constitucional, que no forzosamente deben llevar a tener que hablar de un Estado con los atributos tradicionales del mismo.

Por su parte, Sáiz Arnáiz constata también las dificultades que plantea la consideración constitucional de los Tratados. A pesar de que en el sentido estricto, formal, del término no existe una Constitución europea, sin embargo, reconoce el autor, a los efectos descriptivo formales (escritura, rigidez y supremacía), “los tratados fundacionales o institutivos de las Comunidades cumplen en alguna medida el papel predicable de una Constitución”. Ello no obstante, su constitucionalidad puede ponerse en duda “desde la

---

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 567.

<sup>140</sup> *Ibidem*, páginas 567 a 569.

perspectiva de su modo de elaboración (proceso constituyente democrático) y contenidos (separación de poderes y garantías de los derechos fundamentales), aspectos ambos reconducibles en última instancia al problema que suele aludirse como el «déficit democrático» de las Comunidades o de la Unión”<sup>141</sup>.

Desde la primera perspectiva, la de la elaboración, reitera el autor la necesidad de poder contar con un pueblo europeo, actualmente inexistente, “titular de la soberanía y por ende del poder constituyente<sup>142</sup>”, con lo que “la (indiscutible) legitimidad democrática de los Tratados (...) tiene que reconducirse de modo obligado a la voluntad estatal expresada, al aprobarse aquéllos, de conformidad con los procedimientos establecidos en sus ordenamientos internos”<sup>143</sup>. Desde el ámbito de los contenidos, “la ausencia (clamorosa hasta el Tratado de Maastricht) de una carta de derechos (incluso por remisión), y el reflejo más que deficiente en aquellos tratados del principio de la separación de poderes (...) son una prueba evidente de la falta de adecuación a una «materia constitucional» de los contenidos de los Tratados”.

No obstante, el autor introduce algunas matizaciones de importancia al planteamiento expuesto. En primer lugar, reconoce el autor que la tarea de *Constitution-building*, para emplear los términos de Weiler<sup>144</sup>, realizada por el TJ no sólo en materia de protección de derechos fundamentales, sino también favoreciendo un mayor equilibrio institucional, y en especial reforzando la posición del PE<sup>145</sup>, ha mitigado en parte las carencias referidas al contenido constitucional de los Tratados.

En segundo lugar, cuestiona también en parte posturas que, como la de Díez-Picazo, ponen el acento en el carácter incompleto de la organización comunitaria (y de ahí su

---

<sup>141</sup> Sáiz Arnáiz, A., “El Tribunal de Justicia...”, ob. cit., p. 233.

<sup>142</sup> En el mismo sentido, al margen de autores ya citados, ver König, Ch., “Anmerkungen zur Grundordnung der Europäische Union und ihrem fehlenden «Verfassungsbedarf»”, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1996. Citado por Zuleeg, M., “The European Constitution...”, ob. cit., p. 20.

<sup>143</sup> *Ibidem*, páginas 233 y 234.

<sup>144</sup> Weiler, J. H. H., “La transformación...”, ob. cit., p. 32.

<sup>145</sup> En este sentido, Mancini y Keeling han querido resaltar la consolidación del papel del Parlamento gracias a la labor jurisprudencial del TJ, lo que, junto con otros factores, en especial las distintas revisiones de los Tratados han permitido una reducción del todavía persistente déficit democrático. Mancini, G. F., Keeling, D.

carácter no estatal). En este sentido, resalta que “la Unión Europea supone una nítida ampliación de los (limitados) fines que caracterizaban a las Comunidades, de manera que los dos nuevos pilares implican una incorporación al ámbito de aquella organización (no tanto en su vertiente supranacional como intergubernamental) de sectores materiales esenciales en la estructura de cualquier Estado”<sup>146</sup>.

Para Sáiz Arnáiz, otro de los elementos que vendrían a reforzar, pese a las carencias apuntadas, la consideración de los Tratados como Constitución comunitaria sería el hecho de que, a diferencia de los tratados internacionales insertos en las reglas del Derecho internacional público, “de un acto constituyente, cuando este es fruto de la confluencia de voluntades de varios Estados no cabe la denuncia o desvinculación unilateral, de manera que ninguna de las partes puede imponer su autoridad o voluntad frente a cualquier decisión de los órganos comunitarios (...). Y esta parece ser la situación en las Comunidades en el momento presente, en la que no es imaginable ni la separación unilateral por la sola voluntad de una de las partes, ni puede ningún Estado (...) anular cualquier decisión comunitaria por su pretendida oposición ya sea al propio Derecho comunitario (originario), ya sea a la Constitución interna”<sup>147</sup>.

No queda claro si el autor, al afirmar de manera incondicionada precisamente la conclusión que debería ser contrastada, esto es, la relativa a la absoluta primacía del Derecho comunitario, se está refiriendo a una cuestión fáctica o jurídica. Al hablar de la separación unilateral, se sitúa en el terreno de lo fáctico (“no resulta imaginable...”), mientras que respecto de la primacía de la normativa comunitaria parece que los términos sean de posibilidad jurídica (“ni puede ningún Estado anular –más exactamente, inaplicar- (...)”). Con ello queremos decir que en el intento por recoger argumentos que nos lleven a poder fundamentar la existencia de una Constitución europea (con base en el cual sostener la primacía comunitaria) sólo nos sirve, de los recién aportados, el relativo al de la situación fáctica de la imposibilidad de desvinculación unilateral, que sin duda tiene una

---

T., “Democracy and the European Court of Justice”, *Modern Law Review (MLR)*, núm. 2, 1994, páginas 175 y siguientes (según cita de Sáiz Arnáiz, A., “El Tribunal de Justicia...”, ob. cit., p. 236).

<sup>146</sup> Sáiz Arnáiz, A., “El Tribunal de Justicia...”, ob. cit., p. 236

<sup>147</sup> *Ibidem*, páginas 236 y 237.

enorme importancia en el debate en torno a la naturaleza de los Tratados y de la organización que éstos instituyen.

Acaba de aparecer en escena un elemento llamado a tener un notorio peso en nuestro análisis: el de las condiciones fácticas que puedan ayudar a fundamentar la existencia de un espacio verdaderamente constitucional. Teniendo en cuenta, como ya se ha indicado, que nos hallamos en el análisis de una realidad que es fruto y que forma parte de un proceso inconcluso, inevitablemente algunos de los criterios que empleemos estarán referidos a circunstancias de hecho que quizás en un origen no se hallaban consolidadas (o ni tan siquiera apuntadas) y que en cambio en la actualidad sí aparecen. Al margen de que ello nos sitúe en los terrenos siempre movedizos de la apreciación sobre la realidad, lo cierto es que debemos ser conscientes del papel de tales parámetros fácticos. Sin olvidar que no hay que confundir lo fáctico con lo no jurídico, no obstante, por hallarnos en el espacio en el que nos hallamos, no podemos pretender que la separación entre el ser y el deber-ser sea nítida. En este sentido, el propio concepto de pueblo y también el de poder constituyente se muestran como inevitable mezcla de ambos parámetros: hay una parte del ser que constituye también deber-ser, y el deber-ser, pues esa es su función, acaba conformando el ser.

Esta cuestión, sobre la que volveremos a incidir, cobra una relevancia especial en la discusión sobre la existencia de una Constitución europea. Frente de la jurisprudencia del TJ, que como hemos visto parte de distintas argumentaciones jurídicas para fundamentar el carácter constitucional de los Tratados constitutivos, se sitúa la realidad del funcionamiento comunitario. Esta dualidad nos lleva a analizar, con Eleftheriadis, la tensión entre dos tipos de pensamiento constitucional. El primero, es el constitucionalismo *formal*, cuyo origen se sitúa en la construcción kelseniana de la pirámide normativa, que fundamenta la validez de las normas en una estructura jerárquica que se remonta en último término a la Constitución. El segundo, es el constitucionalismo *sustancial*, que concibe el orden institucional y normativo en función de las aspiraciones e ideales políticos de la comunidad. Este tipo de planteamiento, según Eleftheriadis “está pasado de moda en las democracias occidentales, porque sólo fue relevante cuando se abordó la fundación de órdenes legales nuevos –en el contexto de las revoluciones norteamericana y francesa-”<sup>148</sup>.

---

Si analizamos la jurisprudencia del TJ, veremos que lo que hace dicho Tribunal es partir del concepto formal de Constitución y colocar a los Tratados en el punto más alto de la pirámide normativa, la “norma básica” de Kelsen, o la “regla de reconocimiento” de Hart<sup>149</sup>, que separa las normas jurídicas de las que no lo son. Esa construcción es difícilmente rebatible por la sencilla razón de que la consideración de una norma como norma suprema no puede ser jurídicamente fundamentada, como reconocen tanto Hart como Kelsen.

Ahora bien, precisamente porque se trata de una cuestión fáctica, y dado que la aplicación de la normativa comunitaria depende de su aceptación por los órganos administrativos y judiciales estatales, el planteamiento del TJ puede encontrar su punto débil en el hecho de que la mayoría de tales órganos acepten la aplicabilidad de la normativa comunitaria en tanto en cuanto así lo previene la propia Constitución, que es considerada norma suprema del propio ordenamiento. Este extremo, que sin duda constituye un elemento esencial del debate, no obstante, no puede ser afirmado de forma categórica, como más adelante tendremos ocasión de referir.

Sea como sea, desde esta perspectiva, la única manera de romper la subordinación del Derecho comunitario al sistema constitucional estatal es poder sostener su carácter independiente, y así lo que hace el TJ es constatar que los Tratados instauran un orden normativo nuevo que tiene su propia Constitución y no se halla vinculado a las Constituciones de los Estados miembros, de modo que ocupa el lugar jerárquicamente superior y no se sujeta a otros parámetros de validez. Y así volvemos al mismo sitio, ya que tal construcción jurisprudencial necesita de la aceptación de los órganos estatales, exige que tales órganos acepten cambiar la norma básica de su sistema legal.

Al margen de que se pudiera responder a los planteamientos recién referidos desde la crítica dirigida a mostrar las insuficiencias de los planteamientos monistas, esto es, desde la perspectiva pluralista que ya fuera apuntada y que más adelante tendremos finalmente ocasión de retomar para desarrollarla, es importante ahora ver que la insuficiencia de la propuesta viene dada también por otras causas que han sido identificadas por Eleftheriadis.

---

<sup>148</sup> Eleftheriadis, P., “Aspects of European Constitutionalism”, *ELR*, núm. 21, 1996, páginas 33 y 34 (páginas 32 a 42).

El citado autor considera que el problema de las visiones formalistas de la Constitución radica en que no es posible desde dichas visiones fundamentar en parámetros de validez normativa un cambio de las bases de dicha validez: un cambio de la norma básica de un determinado orden jurídico no puede ser, por definición, jurídicamente vinculante para los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, “la construcción de la norma básica sólo tiene sentido dentro de un sistema legal existente. La norma básica sólo puede defender la independencia conceptual de un sistema legal dado”<sup>150</sup>.

Continúa el mismo autor diciendo que “el argumento del TJ se basa en una errónea extensión de la metodología positivista hacia áreas donde no puede tener lugar. La creación de un orden legal nuevo no puede ser algo que pueda o deba presuponerse por los académicos en los mismos términos que se presupone la norma básica de un ordenamiento (...). En la cuestión del reconocimiento de un nuevo orden legal los parámetros del positivismo legal son inútiles”. Y esto es así porque la argumentación positivista no nos proporciona información sobre el ordenamiento en cuestión visto desde fuera. De hecho, lo que postula es que la perspectiva externa debe ser excluida de la argumentación legal”. Por esta razón, “la aceptabilidad de un nuevo orden legal es una cuestión de contenido y por tanto sólo puede ser defendida o atacada sobre la base de sus atributos sustantivos”<sup>151</sup>.

Lo que plantea el autor con claridad es que no puede aceptarse sin más la constitucionalización de los Tratados a partir tan sólo de la jurisprudencia del TJ, ya que ésta no es capaz de ofrecer razones suficientes para la creación de un orden legal nuevo. La fundamentación debe buscar asideros de tipo sustantivo sobre la base de una idea sencilla: la limitación del poder. La Constitución como instrumento que asegura el control del poder.

Señala Eleftheriadis la importancia de distinguir entre los objetivos de la organización política y la estructura de ejercicio del poder, que debe en cualquier caso adecuarse a la idea de *Rule of law* o total sujeción del poder público al Derecho. La garantía de esa sujeción conlleva la presencia de cinco aspectos sustanciales: el aseguramiento de la eficiencia en el ejercicio de la toma de decisiones colectivas (mediante

---

<sup>149</sup> Sobre el concepto hartiano de “reglas de reconocimiento” tendremos ocasión de referirnos con mayor detenimiento posteriormente.

<sup>150</sup> *Ibidem*, páginas 37 y 38.

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 39.

adecuados cauces procedimentales); la protección de los derechos fundamentales para lo cual resulta necesaria la división de poderes y en especial la independencia del poder judicial; la concurrencia de un activo ejercicio de la ciudadanía; la estabilidad y continuidad en el ejercicio del gobierno; el mantenimiento de la paz en el propio contexto geográfico<sup>152</sup>.

Como se puede comprobar, los elementos sustanciales que el autor considera imprescindibles para que podamos hablar de la existencia de una Constitución son en su mayoría parámetros cuya concurrencia se halla muy directamente ligada al empleo de instrumentos jurídicos llamados a asegurar su vigencia. De esta manera, de nuevo lo sustancial y lo formal se entrelazan, pues no en vano son las formas un mecanismo para fijar la sustancia.

El planteamiento “sustantivista” recién aludido renuncia sorprendentemente a centrar la argumentación en el concepto de pueblo y de homogeneidad social para enfrentarse al monismo comunitarista del TJ. De todas formas, podría decirse que, por paradójico que parezca, aunque el autor aborda una propuesta sobre bases de carácter sustancial (derechos fundamentales, estabilidad en el ejercicio del gobierno, paz...), al hacerlo “desustancializa” (en parte) el debate en torno a la noción de Constitución. Así sucede porque lo que hace el autor es partir de argumentos de tipo sustancial que por poder quedar recogidos en formulaciones de tipo jurídico, potencian el contenido formal de la discusión. No obstante, sin duda, no puede negarse que nos hallamos finalmente ante elementos cuyo verdadero desarrollo no queda asegurado a partir tan sólo de su reconocimiento formal.

De los cinco aspectos sustanciales referidos, el único que puede generar algún tipo de duda respecto de su adecuación al contexto comunitario, es el relativo al activo ejercicio de la ciudadanía, siendo posible circunscribir la materialización de tal exigencia sólo a ámbitos en los que el grado de solidaridad social permita una implicación elevada de la ciudadanía en los procesos políticos. Si así fuera, se volvería a la eterna discusión sobre las condiciones necesarias para que dicho grado de solidaridad se dé, y concretamente sobre si sólo puede llegar a darse en un contexto estatal. Pero en las consideraciones del autor al

---

<sup>152</sup> *Ibíd*em, p. 41.

que nos referimos, salta a la vista que la propuesta pasa por deslindar Constitución y Estado, y así se demuestra por el hecho de que en sus condicionantes para la existencia de una Constitución no se plantea la necesidad de que exista un orden normativo soberano y por tanto excluyente de otras formas jurídicas en un mismo territorio.

Se va dibujando, de este modo, un escenario en el que no tienen por qué aparecer impedimentos para el desarrollo de un orden normativo autónomo, basado en su propia Constitución, pero no necesariamente excluyente de otros órdenes normativos.

Otra manera de llegar a una conclusión la encontramos a partir de la reflexión realizada por Kumm, quien considera necesario poner de manifiesto que en contraposición con los planteamientos del TCF, el TJ asume la posibilidad de un orden autónomo sin referencia a la estatalidad, de modo que se divorcia analíticamente el ideal liberal del *Rule of Law* de la concepción del Estado nación soberano (en el cual ha sido dicha *Regla* ha sido puesta en práctica por razones de contingencia histórica). El problema, señala el autor, es que al hacerlo, el TJ se muestra incapaz de integrar la perspectiva sustancial de la concepción liberal democrática del *Rule of Law*<sup>153</sup>.

La posibilidad de superar el marco estatal se pone pues de manifiesto, pero paralelamente surge la duda de si en el marco del nuevo modelo pueden realizarse los valores del constitucionalismo. Esa es la cuestión que deberemos acabar enfrentando, una vez hayamos profundizado en las causas que nos han de llevar a la superación del marco estatal y a la posibilidad de deslindar los conceptos de Estado y Constitución.

---

<sup>153</sup> Kumm, M., “Who is the Final...?”, ob. cit., p. 374.

## **CAPÍTULO QUINTO. Las bases para un planteamiento pluralista (II): El cuestionamiento del principio de unidad jurídico-política**

### **1. Introducción: las transformaciones del Estado y del concepto de Constitución**

#### **1.1 Las transformaciones del Estado**

La importancia de la aceptación del carácter constitucional de los Tratados es, como ya a estas alturas comprendemos, capital pues se sitúa en el centro de la explicación de las relaciones interordinamentales que la integración comporta, constituyendo para quienes defienden las posturas comunitaristas, la fundamentación jurídica de la supremacía de los Tratados por encima de las Constituciones estatales. Salta a la vista, en consecuencia, que la discusión en torno a la aceptación de dicha constitucionalización, aunque se desarrolle en el ámbito de lo jurídico, tiene evidentes y profundas motivaciones políticas. Y es que, como nos recuerda Von Bogdandy, “desde siempre, la ciencia jurídica ha edificado disputas políticas sobre cuestiones aparentemente técnico-conceptuales (...) así durante la primera mitad del s. XIX la lucha de poder entre la Corona y una cámara elegida (burguesía) fue presentada como un debate sobre el concepto jurídico de soberanía y su titular”<sup>154</sup>.

Aunque en el contexto de la integración comunitaria las líneas políticas en conflicto sean más difíciles de identificar con claridad que respecto del debate histórico entre soberanía (del monarca) y ley (del parlamento), considera el autor recién citado que igualmente existen una serie de ambiciones de poder institucional que deben ser tenidas en cuenta: “el conflicto de los Tribunales superiores inserto en la cuestión sobre la Constitución ha de leerse como una lucha de poder enmascarada (...) además la construcción de una Constitución europea socava la previa unidad política y jurídica que la Constitución del Estado-nación había producido y que el sistema conceptual en torno al Estado expresaba”<sup>155</sup>.

---

<sup>154</sup> Von Bogdandy, A., “Notas sobre la ciencia del derecho europeo (contexto, debates y perspectivas de desarrollo de la teoría general del derecho de la Unión Europea desde el punto de vista alemán)”, *Teoría y Realidad Constitucional (TRC)*, núm. 5, 2000, p. 212 (páginas 203-237).

<sup>155</sup> *Ibidem*.

En este debate, de clara raíz política, la respuesta a las cuestiones relativas a la interpretación de los Tratados, la dimensión de la autonomía del Derecho comunitario, los límites a la reforma de los Tratados, la licitud o ilicitud de la secesión singular, etc., han tenido respuesta en la que sin duda es “la construcción más vigorosa del Derecho comunitario”: el potencial argumentativo que ofrece la naturaleza constitucional de los Tratados<sup>156</sup>.

Hasta ahora hemos podido adentrarnos en el debate mediante el análisis de los conceptos de pueblo y su relación con la Constitución. Ahora, ha llegado el momento de remover en el tradicional binomio Constitución-Estado con el fin de hallar más elementos que nos permitan comprender las implicaciones del proceso de integración comunitaria.

Pues bien, la negación de la constitucionalización de los Tratados puede venir por varios flancos. El primero de ellos nos sitúa en el contexto del debate que hasta ahora se ha venido abordando ya que de igual modo como sucedía respecto de la discusión sobre la existencia o no del pueblo europeo, se puede simplemente rechazar que el Derecho comunitario reúna las características constitucionales que el TJ afirma que tiene, poniendo el énfasis en el carácter derivado, no autónomo, y subordinado de tal ordenamiento respecto de los ordenamientos estatales<sup>157</sup>.

Ahora bien, el tipo de respuestas recién referidas no acaba de resultar satisfactorio ya que mantiene el debate en un espacio en el que predomina con claridad la posibilidad de encontrar apreciaciones distintas respecto del grado de autonomización que el ordenamiento comunitario ha llegado a conseguir con el transcurso de los años y a partir de las distintas reformas de los Tratados.

Abriendo un paréntesis, hay que decir que, evidentemente, nunca la formulación jurídica de un debate político puede llegar a eliminar de manera absoluta el margen de

---

<sup>156</sup> *Ibidem*, páginas 211 y 212.

<sup>157</sup> Los argumentos, al margen de recurrir al origen internacional de los Tratados, se centrarían en recordar el control que los Estados miembros tienen por un lado de las reformas de los Tratados, para las que, recordemos, se requiere el acuerdo unánime de todos los Estados (art. 48 TUE), y por otro de la propia toma de decisiones en el nivel comunitario. Por otro lado, a la hora de reforzar el papel de “Señores de los Tratados”, se podría aludir a que algunas de las cláusulas constitucionales de apertura al Derecho comunitario, que son las verdaderas causas de la aplicabilidad de la norma comunitaria en el territorio de cada Estado miembro, disponen de manera explícita las limitaciones impuestas al Derecho comunitario, esto es, su subordinación respecto de al menos determinados dictados constitucionales.

apreciación; no puede “objetivizar” todos los parámetros en juego, siendo inevitable la utilización de conceptos que aunque jurídicos, encierran un componente político evidente que sigue permitiendo un cierto espacio de subjetiva apreciación. No obstante, la función de la dogmática jurídica consiste precisamente en ser capaz de acotar el mencionado espacio de discusión, y la crítica respecto a las respuestas recién comentadas consiste en poner de manifiesto su escasa capacidad de demarcar dicho terreno.

Un segundo flanco, que es el que ahora nos interesa, nos sitúa en una fase previa a la de la discusión precedente: se trata de una doble negación: la Comunidad/UE no es un Estado y sin Estado no hay Constitución. De esta manera, queda bloqueada toda posibilidad de sostener que el grado de autonomización del ordenamiento comunitario pueda llegar a ser concebido en términos de constitucionalización, de modo que, existiendo sólo la Constitución de los Estados y siendo ésta por definición norma suprema respecto de todas las normas que se aplican en el propio territorio, los Tratados, y con ellos la totalidad del ordenamiento comunitario, se hallan subordinados, al menos en último extremo y respecto de determinados contenidos *esenciales*, a las previsiones de las Constituciones estatales.

Otra cosa sería que éstas dispusieran expresamente su supremacía, pero en cualquier caso será en los términos establecidos por la Constitución, que en último extremo no puede renunciar a su carácter supremo, tal y como lo demuestran los casos en que constitucionalmente se ha recogido la superioridad de la normativa internacional incluso por encima del texto constitucional. Por otra parte, incluso allí donde existe una norma de las características comentadas, como es el caso de la Constitución holandesa<sup>158</sup> y de la austriaca<sup>159</sup>, se presentan dificultades a la hora de extender la aplicación de unas normas que más bien están pensando en normas de Derecho internacional cuyo contenido es aceptado explícitamente, caso por caso, por el Parlamento o a lo sumo se trata de normas

---

<sup>158</sup> El art. 92 en relación con el art. 91.3 permite la derogación de disposiciones constitucionales mediante Tratado o disposición de una organización internacional, exigiendo para ello una aprobación en sede parlamentaria que cuente al menos con dos tercios de los votos de la Cámara (mayoría que equivale a la exigida para la reforma constitucional, regulada en el art. 137.4).

<sup>159</sup> A imagen y semejanza del caso holandés, el art. 50.3 en relación con el art. 44 (apartados 1 y 2) de la Constitución austriaca se refiere a la posibilidad de que un Tratado modifique la Constitución federal, siempre y cuando se reúnan los votos exigidos para la reforma constitucional. La única diferencia es que conforme al art. 44.3, el poder de reforma total permanece en todo caso en el Parlamento y en el cuerpo electoral que deberá dar su consentimiento mediante referéndum.

de organizaciones internacionales de tipo tradicional, con un ámbito de intervención estrictamente sectorial y delimitado.

Pues bien, a partir de ubicar el espacio de discusión en el terreno de las nociones de Estado y Constitución y en su pretendida vinculación excluyente, debemos poder llevar el debate a las cuestiones verdaderamente centrales: las características del Estado en la actualidad y, acorde con tales caracteres, la naturaleza de la organización supranacional.

De esta manera, nos situaríamos en posición de poder superar también algunas de las concepciones estatalistas compartidas de igual modo por visiones comunitaristas. Ya vimos con anterioridad que la discusión sobre la *Kompetenz-Kompetenz* nos llevaba, también en el plano comunitarista, a soluciones basadas en criterios de jerarquía, esto es, soluciones que surgen de la esencia de cualquier planteamiento monista (tanto estatalista como comunitarista): la unidad última de las normas aplicables en un mismo territorio y población, unidad que se fundamenta en un pacto de tipo constituyente que da lugar a una organización jurídico-política dotada de primacía sobre su territorio y población.

Ya adelantamos inicialmente que el cuestionamiento de la unidad ordinamental iba a resultar absolutamente central en el curso de nuestro análisis. Pues bien, es ahora cuando estamos en condiciones de empezar a profundizar en ello.

De manera previa a adentrarnos en las características de un escenario en el que dicha unidad última del ordenamiento no sea imprescindible para poder predicar su juridicidad, haremos frente, no obstante, a la separación existente entre las posturas (monistas ambas) estatalista y comunitarista. La línea divisoria entre ambas, como también se dijo, radica en una distinta concepción de cuáles han de ser los atributos de esa forma política cuyo ordenamiento dota de unidad al sistema jurídico. Dicho de manera concisa, desde un punto de vista estatalista, la unidad del ordenamiento, a partir de la cual debe hablarse de la primacía final de un único cuerpo normativo (el constitucional), se halla en directa relación con la noción de soberanía, un atributo exclusivo del poder político estatal.

El Estado, empleando la conocida tríada de Jellinek, es el resultado de la conjunción de tres tipos de “fragmentos”<sup>160</sup>: territorio, población y poder político. En cuanto a la población, hay que añadir que al mantenerse vigente el concepto de Estado-

---

<sup>160</sup> Jellinek, *Fragmentos de Estado*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1981.

nación se tiende a concebir como “pueblo” en el sentido germánico –*Volk*–, esto es, exigiéndose un notable grado de homogeneidad social. El poder político, que implica necesariamente el monopolio de la coacción física, cuenta además con dos atributos esenciales: su unidad y su carácter soberano, tanto en su vertiente interna como externa.

Las posiciones comunitaristas, al margen de que en muchas ocasiones no aborden en profundidad el debate que ahora planteamos y opten, siguiendo la estela del TJ, por tratar de asegurar la primacía del Derecho comunitario sin acudir a excesivas elaboraciones teóricas, en su mayoría parten, explícita o implícitamente, de que en la actualidad la UE puede ya concebirse, pese a carencias que deben ir siendo superadas, como un Estado de rasgos federales, aunque partiendo, eso sí, de una noción de Estado que superaría la estricta equiparación a la idea de Estado-nación.

De hecho, desde tal perspectiva lo de menos es la denominación que se le dé a la nueva forma de dominación política, pues finalmente de lo que se trata es de garantizar la primacía de la normativa comunitaria y su aplicación uniforme. Los atributos de esta organización política, estatal si se quiere, diferirían en algo respecto a los del Estado en su concepción tradicional. En primer término, el de la presencia de un pueblo en el sentido fuerte del término (*Volk*). Por lo que respecta al poder político, se considera suficiente con que las normas que del mismo emanen ocupen la suprema posición en el ordenamiento, siendo posible que su aplicación última dependa de los órganos políticos de los Estados, pues éstos se hallan en una posición de subordinación, que es la que les otorgan tales normas.

Pese a ello, debemos concluir que las visiones comunitaristas llegan finalmente a planteamientos que en último extremo están pensando en la existencia de una realidad comunitaria de tipo estatal, por mucho que con especialidades respecto de formulaciones anteriores del concepto de Estado. Y eso es así porque hay que sostener que lo verdaderamente definitorio del concepto de Estado es la unidad del poder y del ordenamiento (aunque, si se prefieren los términos kelsenianos, bastaría con referirse a la unidad del ordenamiento), más allá de los atributos en los que dicha unidad se fundamente.

La diferencia que separa ambas visiones consiste, en resumen, tan sólo en una distinta apreciación respecto de algunos de los atributos estatales, y no en la necesidad misma de la existencia del Estado. Así es, como ya fuera planteado, la necesidad de hallar

un fundamento propio de la validez de las normas comunitarias como mecanismo para asegurar la no intersección de ningún tipo de norma estatal en la aplicación uniforme del Derecho comunitario, ha llevado a la mayor parte de las visiones comunitaristas a la convicción del carácter imprescindible del marco estatal. La divergencia con las posturas estatistas radica en que para unos ello les lleva a reivindicar la necesidad de asegurar el control de los Estados miembros sobre el desarrollo de la UE, y en otros la propuesta consiste en defender la existencia de un supra-Estado de carácter federal que, aunque en proceso de consolidación, consigue ya en la actualidad cobijar las distintas realidades estatales hoy existentes.

Dado que el objetivo propuesto es, tal y como ha ido apareciendo a lo largo de las páginas anteriores, prescindir de las explicaciones de raíz monista sobre el fenómeno de la integración comunitaria, y puesto que en la esencia de las mismas se halla el concepto de Estado en los términos que hemos visto, el siguiente paso nos dirige inevitablemente al cuestionamiento del carácter imprescindible y excluyente de la estructura jurídico-política que ha venido representando hasta la actualidad la noción de Estado.

A donde se quiere llegar es a poder contar con los elementos de análisis necesarios para replantear la necesidad de partir de la unidad última de las normas aplicables en un determinado territorio. Tal unidad ha sido, como se ha puesto de manifiesto, uno de los elementos definitorios del concepto de Estado. En consecuencia, si logramos cuando menos relativizar dicha necesidad, nos habremos situado en posición de tener que reformular la propia idea de Estado, si bien no para darla por caduca, sí para que sea capaz de responder a las condiciones en las que se desarrolla su existencia en la actualidad.

Evidentemente, desde aquí no se espera más que poder apuntar las líneas de un cuestionamiento convertido por la realidad de la integración comunitaria en completamente inaplazable, pues sin duda el desarrollo de tales ideas no puede ser abordado más que por un debate en profundidad, animado por la necesidad de responder con instrumentos teóricos a las transformaciones que nuestra realidad jurídico-política viene experimentando de manera acelerada en los últimos cincuenta años.

## **1.2 Las transformaciones del concepto de Constitución**

Antes de entrar en el análisis de dichos cambios, debe señalarse, no obstante, que cuando se haya puesto de manifiesto la extraordinaria dimensión de la crisis contemporánea del Estado, y más concretamente la crisis de uno de sus atributos esenciales, el de la soberanía, no sólo se habrá demostrado el carácter ineludible de la relativización de la necesidad de que exista una unidad última de las normas aplicables en un determinado territorio, sino que con ello se deduce inevitablemente algo más.

En efecto, dado que la vinculación que tradicionalmente ha unido las nociones de Estado y Constitución ha sido precisamente que la función de la Constitución, como ha señalado Hesse<sup>161</sup>, no ha sido otra que la consecución de la unidad política y del orden jurídico, con el decaimiento, fruto de la crisis de la idea de soberanía (a la que posteriormente se dedicará una atención especial), de la necesaria unidad de las normas aplicables en un determinado territorio, se acompañaría la relativización del papel de la Constitución como fundadora de unidad, al menos entendida en su expresión tradicional de primacía y exclusividad.

Si nos fijamos, la imposibilidad de hallar en el contexto comunitario una normativa que pudiese fundar dicha unidad ha sido una de las causas a las que se han venido aferrando quienes de manera sistemática han rechazado la posible existencia de una Constitución europea. En efecto, esa unidad es todavía hoy considerada verdadera nota definitoria de lo estatal, y lo estatal, se sostiene, sólo puede tomar forma a partir de la norma constitucional, de igual modo que la norma constitucional sólo puede estar referida a lo estatal. Rota la necesaria unidad de ordenamiento y poder, la Constitución, si es que puede seguir subsistiendo como categoría normativa más allá de la absoluta unidad ordinamental, deja de tener que ubicarse en contextos necesariamente unitarios, y al suceder esto habrá caído una de las principales objeciones a la existencia de una Constitución europea.

Esa noción de Constitución, que quedaría como decimos superada, tiene como principal exponente a Hesse, quien ha sido capaz de darle una cobertura especialmente bien trazada. Para este autor, “lo que sea una Constitución es algo que sólo puede ser concebido a partir del cometido y de la función de Constitución en la realidad de la vida histórico-

---

<sup>161</sup> Hesse, K., *Escritos de Derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, páginas 6 a 8.

concreta. En la misma aparecen como objetos inexcusables la unidad política y el orden jurídico. Objetivo a perseguir es la *unidad política* del Estado. Porque Estado y poder estatal no pueden ser dados por supuesto, como algo preexistente. Ellos sólo adquieren realidad en la medida en que se consigue reducir a una unidad de actuación la multiplicidad de intereses, aspiraciones y formas de conducta existentes en la realidad de la vida humana, en la medida en que se consigue producir una unidad política”<sup>162</sup>.

La concepción estatalista se pone de manifiesto cuando el mismo autor afirma que “esta reducción de la multiplicidad nunca queda definitivamente concluida, de tal modo que pueda, sin más, presuponerse existente, sino que se trata de un proceso continuo y por lo mismo planteado siempre como objetivo. Es un objetivo que viene ya impuesto en el sentido de la convivencia humana sólo es posible en el Estado y a través del Estado”<sup>163</sup>.

Pero Hesse es también, y ante todo, constitucionalista, y por ello parte de que “el concepto de «producción de la unidad política» no se refiere a una –presupuesta o pretendida- unidad sustancial nacional, religiosa, ideológica o del tipo que sea, ni tampoco una unidad basada en la común experiencia existencial (*Erlebnisenheit*), por más que elementos de ese género puedan operar con virtualidad unificadora. Por el contrario, la unidad política debe ser constantemente perseguida y conseguida en el sentido aquí adoptado de una *unidad de actuación* posibilitada y realizada mediante el acuerdo y el compromiso, mediante el asentimiento tácito o la simple aceptación y respeto, llegado el caso incluso, mediante la coerción realizada con resultado positivo; en una palabra, una unidad de tipo *funcional*”<sup>164</sup>.

Y como se trata de un proceso permanente, lo verdaderamente esencial no es sólo la creación sino también el mantenimiento de dicha unidad, por ello debe existir una ordenación, unos cauces procedimentales, unas reglas llamadas a asegurar dicha unidad. La Constitución, de este modo, se ve situada en un proceso permanente de afirmación, una especie de plebiscito de todos los días semejante al que Renan asociaba con el concepto de nación. De esta manera se ratifica una idea que ya había aparecido con anterioridad, y que

---

<sup>162</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>163</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>164</sup> *Ibidem*, p. 9.

la habíamos situado en la necesidad de enfatizar el proceso en lugar del acto, cuestión que tenía lugar tanto en la conformación del sujeto del poder constituyente (pueblo) como en la pérdida de importancia de la discusión en torno al acto constituyente entendido como acto puntual, que según vimos era una de las cuestiones que podía poner en duda la existencia de una Constitución europea.

En este sentido, Wyduckel ha puesto de manifiesto cómo la Ley Fundamental de Bonn fue promulgada “con un déficit plebiscitario evidente en su proceso de formación, dado que no fue aprobada por una Asamblea nacional elegida por el pueblo, sino por el Consejo Parlamentario, un colectivo compuesto de representantes de los Estados”. Y así vemos como “el Preámbulo de la LF, que proclama que el pueblo alemán ha actuado en uso de su poder constituyente no sólo es impreciso sino normativamente incierto. No obstante este déficit ha sido más que compensado mediante una apropiación continua y consensual de aquélla por la ciudadanía”<sup>165</sup>, destacándose así el mencionado carácter procesual, continuo que la existencia de una Constitución comporta.

Volviendo a Hesse y su concepción de Constitución, una vez constatada como ineludible la necesidad de un orden jurídico, prosigue añadiendo que no puede tratarse de “un orden jurídico cualquiera, sino un orden determinado que garantice el éxito de esa cooperación creadora de unidad, así como la realización de las tareas estatales, eliminando el abuso de las competencias de poder encomendadas o acatadas en orden al cumplimiento de tales tareas”<sup>166</sup>. Con ello pasa de nuevo a primer plano otra de las cuestiones que habían sido subrayadas, y que es la importancia del elemento fáctico en el debate alrededor del concepto de Constitución.

El autor busca hacer hincapié en que “el orden jurídico necesita ser formulado y declarado vinculante por los poderes estatales en amplias partes del mismo, debiendo ser «concretizado» y habiendo de quedar asegurada su observancia”. Pero no acaba ahí la cosa, ya que dicho orden “no aparece como algo a alcanzar en cuanto orden por el orden”, sino que superando la versión formal del Estado de Derecho (el Estado legislativo de Derecho), Hesse se refiere al Estado constitucional de Derecho, esto es, el Estado que nos sitúa ante

---

<sup>165</sup> Wyduckel, D., “La soberanía en la historia de la dogmática alemana”, *Fundamentos*, núm. 1 (Soberanía y Constitución), 1998, páginas 279 y 280 (páginas 203 a 293).

un “orden *de un contenido determinado, «recto», y, por ello, legítimo*”<sup>167</sup>. Ello lleva al rechazo de un concepto políticamente neutro de Constitución, en la línea de lo que señala García Pelayo, para quien, partiendo de algún modo de la distinción germana entre *Verfassung* y *Konstitutionelle Verfassung*<sup>168</sup>, “sólo vale como Constitución aquello que realiza el programa del Estado liberal-burgués, aquello que establece una limitación de la actividad del Estado y que de modo racional finalista provee los medios orgánicos para su realización”<sup>169</sup>.

Por todo ello, “no cabe, pues, partir ni de un Estado preexistente, independiente de la actuación humana, ni de un Derecho del mismo carácter, sino únicamente de los cometidos ya expuestos. A fin de responder a los mismos se hace necesario un orden constitutivo: la Constitución. La Constitución es el orden jurídico fundamental de la comunidad. La Constitución fija los principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política y se deben asumir las tareas del Estado”. Ello no significa que este juego se halle libre de tensiones y contradicciones, pero sí, y esta es la idea que más nos interesa ahora, “que la Constitución sólo puede ser comprendida e interpretada correctamente cuando se la entiende, en este sentido, como unidad”<sup>170</sup>.

La cohesión de los planteamientos de Hesse no se puede poner en duda, pero es precisamente esa cohesión la que nos permitirá considerar superada su visión sobre el concepto de Constitución. Así es, tal y como el mismo autor advierte al iniciar su reflexión, “lo que sea una Constitución es algo que sólo puede ser concebido a partir del cometido y de la función de Constitución en la realidad de la vida histórico-concreta”. Pues bien, en el momento en que podamos afirmar que la realidad estatal no se refiere más a un centro único y superior de imputación del poder político, la función de la Constitución ya no podrá ser la de asegurar la existencia del orden unitario del que partían las consideraciones del autor.

---

<sup>166</sup> Hesse, K., *Escritos...*, ob. cit., p. 14.

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>168</sup> Tal y como ha sido recogido por Ruipérez, J., *La “Constitución europea”...*, ob. cit., p. 93.

<sup>169</sup> García-Pelayo, M., *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Universidad, Madrid, 1984, p. 63.

<sup>170</sup> Hesse, K., *Escritos...*, ob. cit., p. 18.

Enseguida tendremos ocasión de abordar cómo se produce la fragmentación del poder a la que se viene aludiendo; hasta aquí sólo se trataba de poner de manifiesto que la tradicional vinculación (excluyente) entre Estado y Constitución hace que los cambios en la realidad del primero vengan a repercutir directamente sobre la segunda.

De todas formas hay que advertir ya desde ahora, que pese a lo que a continuación podremos analizar, la idea de unidad no debe ser desterrada por completo. Incluso en un contexto como es el contemporáneo, en el que asistimos, según se intentará demostrar, a una marcada fragmentación de poder, el hecho de que los centros de poder puedan conservar su unidad interna, lo que ya no es equivalente a primacía absoluta y exclusividad, está llamado a tener una importancia capital. De lo contrario, no sólo asistiríamos a una mera disgregación relativamente ordenada, o a un desorden que como ha señalado Frosini refiriéndose al contexto de la regulación internacional, puede ser entendido no como falta de orden, sino como presencia de muchos órdenes<sup>171</sup>. Sin la unidad interna de al menos los centros de poder ubicados en las realidades estatales (aunque también en las realidades supraestatales con mayor potencialidad reguladora, como es el caso de la Comunidad/UE), el desorden no lograría ser relacionado con una multiplicidad de órdenes en coordinación, sino que sería un desorden en el sentido común del término, un caos en el que imperarían las fuerzas fácticas y donde el papel regulador del Derecho sufriría un ataque letal.

En definitiva, en el contexto de unas sociedades cada vez más plurales en un mundo además cada vez más interconectado, la función de la Constitución y del Derecho constitucional sigue vigente, y en cierto sentido incluso se refuerza. La necesidad de impulsar una dinámica de coordinación y no de dispersión entre los distintos centros de poder, y el objetivo de que tales centros se hallen legitimados democráticamente tanto en su origen como en su actuación, impone la presencia de una serie de reglas y procedimientos, cuya plasmación normativa debe poder seguir contando con el instrumento constitucional,

---

<sup>171</sup> Concretamente Frosini afirma que “la realidad del ordenamiento jurídico internacional es una realidad compuesta por una pluralidad de formas y de órdenes parciales, una realidad caracterizada por el desorden, entendido este término no en el sentido negativo de falta de orden, sino en el positivo de redundancia o exceso de órdenes, esto es, de estructuras evanescentes, según las cuales el desorden es la matriz inagotable de nuevos órdenes en un proceso epigenésico de formas. El jurista está destinado a coordinarse con esta realidad que debe reconocer e interpretar en su semiología (...) “. Frosini, “Kelsen y las interpretaciones...”, ob. cit., p. 73.

aunque adaptado a una realidad con rasgos distintos, profundamente marcados por la crisis de la soberanía estatal.

## **2. La transformación del Estado: la crisis de la noción de soberanía**

### **2.1 Introducción: la noción de soberanía (el nexo entre Estado y Derecho)**

El debate en torno a la crisis del Estado no es ni mucho menos nuevo. Como es sabido, durante la República de Weimar, que recordemos presencié un conjunto de transformaciones de la realidad constitucional cuya profundidad y celeridad nos obligan, como ya ha sido comentado, a trazar paralelismos con la situación actual, algunos autores entendieron que los cambios afectaban no sólo a la Teoría del Estado y de la Constitución sino a la propia pervivencia del Estado como venía siendo conocido.

Concretamente, Schmitt partía del convencimiento ya en 1932 de que “la parte europea de la humanidad vivió, hasta hace poco tiempo, en una época cuyos conceptos jurídicos venían totalmente referidos al Estado y presuponían el Estado como modelo de la unidad política. La época de la estatalidad está ya arribando a su fin: sobre esto no corresponde derrochar palabras. Con ella desaparece toda la supraestructura de conceptos relativos al Estado, erigida por una ciencia del derecho estatal e internacional de carácter eurocéntrico en el curso de un trabajo conceptual que duró cuatro siglos. El Estado como modelo de la unidad política, el Estado como titular del más extraordinario de todos los monopolios, el monopolio de la decisión política, esta brillante creación del formalismo europeo y del racionalismo occidental, está por ser destronado”<sup>172</sup>.

---

<sup>172</sup> Schmitt, C., *El concepto de lo político...*, ob. cit. p. 4. Es necesario advertir que Schmitt pretendía con su análisis certificar la agonía de un concepto de soberanía y de Estado más propio del s. XVI que del s. XX, aunque es necesario contextualizar la frase dentro de el posicionamiento teórico de un autor que, como nos recuerda Wyduckel, “como muy tarde a principios de los años cuarenta renuncia al concepto tradicional de Estado a 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. 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 u teórico-jurídica destruida y descompuesta, que pronto muestras 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”. Wyduckel, “La soberanía en la historia...”, ob. cit., p. 273.

Pese al transcurso de casi setenta años desde tales aseveraciones y a pesar también de que las transformaciones que han afectado a las distintas realidades estatales de nuestro entorno no han hecho más que reforzar el contenido de las afirmaciones recién transcritas, lo cierto es que aún hoy puede considerarse vigente entre la doctrina un concepto de Estado no separado en exceso de aquél que tomara forma a partir del sistema de Westfalia; por muy intensos que hayan sido los cambios, el modo de entender el Estado a partir de la ruptura de la unidad religiosa anterior y la consiguiente atribución al Estado “de la capacidad potencialmente ilimitada para ejercer su poder en relación con cualquier asunto”<sup>173</sup>, permanece en el discurso no sólo político sino también jurídico de la actualidad, como hemos tenido ocasión de comprobar con el repaso de las distintas visiones en torno al fenómeno de la integración comunitaria.

De nuevo sale a la superficie una constante que viene guiando las reflexiones hasta ahora expuestas: la tensión entre realidad política y realidad jurídica, el desfase entre normalidad y normatividad, que por mucho que sea algo que “forma parte de la propia dialéctica del proceso normativo al que, por ordenar un mundo cambiante (...), no se le puede exigir un acoplamiento absoluto...”<sup>174</sup>, debe mantenerse dentro de unos ciertos márgenes, siendo el desacoplamiento actual a todas luces excesivo.

Así es, hoy en día sigue viva una imagen del Estado no muy lejana a la que describiera Carré de Malberg. “El Estado es una formación que resulta de que en el seno de un grupo nacional fijado sobre un determinado territorio, existe una potestad superior ejercida por ciertos personajes o asambleas sobre todos los individuos que se encuentran dentro de los límites de ese territorio”<sup>175</sup>.

Potestad superior que implica unidad del poder y del ordenamiento jurídico, a partir además de la vinculación necesaria y excluyente entre Constitución y Estado. No es sólo que “el Estado debe su existencia, ante todo, al hecho de que posee una Constitución” y que “el nacimiento del Estado tiene lugar en el preciso momento en que se encuentra provisto de su primera Constitución”, sino que sólo el Estado puede tener Constitución ya

---

<sup>173</sup> Como nos recuerda Rubio Llorente, F., “El futuro político...”, ob. cit., p. 35.

<sup>174</sup> De Vega, P., “Mundialización y Derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *REP*, núm. 100, 1998, p. 30 (páginas 13 a 56).

que ésta, que “no es sino un mero hecho al que es imposible asignar un origen jurídico”<sup>176</sup>, determina siempre la formación de una persona estatal, cuya creación precede igualmente a la aparición del Derecho; y es que la diferencia capital entre la formación de la persona estatal y la de las demás personas colectivas precisamente se sitúa en ese punto: las asociaciones o agrupaciones de todas clases que se forman en el Estado una vez constituido éste, nacen en un medio jurídico y bajo el imperio del orden jurídico establecido en ese Estado<sup>177</sup>.

De todas formas, la idea de potestad superior resulta insuficiente por sí sola ya que “la existencia de un poder superior de la corporación sobre sus miembros no es privativa del Estado”. De lo que se trata, como bien señala el mismo autor, es de distinguir al Estado del resto “de formaciones humanas en las cuales la organización dada al grupo realiza la unidad personal de éste por encima de las personalidades de sus miembros”. “Importa, pues, indagar cuál es el signo característico que permite distinguir al Estado de todas estas otras agrupaciones. Este signo característico es la potestad propia del Estado”, pues “la potestad que pertenece al Estado le es propia en (el) sentido de ser de una esencia aparte (...) por lo que se la podría caracterizar ya suficientemente designándola con el nombre de *potestad del Estado*”<sup>178</sup>.

Como podemos ya deducir esa especialidad que acompaña la potestad estatal no es otra que la de la soberanía, noción que tomada en su acepción precisa designa “no ya una potestad, sino una cualidad, cierta forma de ser, cierto grado de potestad. La soberanía es el carácter supremo de un poder; supremo, en el sentido de que dicho poder no admite a ningún otro ni por encima de él ni en concurrencia con él”<sup>179</sup>.

Como nos recuerda Díez-Picazo, “si bien tiene raíces bajomedievales, el concepto de soberanía se consolida a partir del siglo XVI como elemento fundamental del proceso de centralización del poder político que da vida al Estado moderno”. Con el proceso de progresiva sujeción de las diversas autoridades o poderes tanto inferiores (señoríos

---

<sup>175</sup> Carré de Malberg, R., *Teoría General...*, ob. cit., p. 78.

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>177</sup> *Ibidem*, páginas 75 a 77.

<sup>178</sup> *Ibidem*, páginas 80 y 81.

feudales, municipios libres, etc.) como superiores (con la ruptura de la unidad religiosa coronada por el Papado y el Imperio), “las emergentes monarquías territoriales devienen, así, el único y obligado punto de referencia en materia de poder político. En este contexto, la soberanía es el instrumento conceptual que explica y justifica la nueva realidad estatal”<sup>180</sup>.

En *Los seis libros de la República*, Bodin recoge las implicaciones de la noción de soberanía estatal al afirmar que la República (el Estado “es un recto gobierno de varias agrupaciones y de lo que es común, con poder soberano”<sup>181</sup>), siendo la soberanía “el poder perpetuo y absoluto de la república”<sup>182</sup>. A Bodin, “la potestad se le aparece, pues, como la más alta potestad posible, y la soberanía como el grado más elevado de la potestad. Por otra parte, la definición de Bodino tiene de notable que se eleva de golpe hasta el concepto de Estado. Mientras que, anteriormente a él, la soberanía sólo había sido considerada como un atributo personal del monarca, Bodino despeja la idea de que es, además, un elemento constitutivo del Estado”<sup>183</sup>.

Y pese a que el concepto de soberanía “es un inequívoco producto del pensamiento absolutista”<sup>184</sup>, al permitir la exclusión de todos los centros de poder y decisión ajenos al Estado y neutralizar las diferentes doctrinas del Derecho natural, ha acompañado la evolución del Estado y de la teoría del Derecho, sirviendo de base tanto a los planteamientos del positivismo jurídico como visiones más sociológicas de la teoría del Estado y de la Constitución<sup>185</sup>.

---

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 81.

<sup>180</sup> Díez-Picazo. L. M., “Las insidias...”, *ob. cit.*, p. 11.

<sup>181</sup> Así inicia Jean Bodin el primer capítulo del Libro I de *Los seis libros de la República*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 9.

<sup>182</sup> *Ibidem*, p. 47 (Libro I, capítulo VIII).

<sup>183</sup> Carré de Malberg, R., *Teoría General...*, *ob. cit.*, p. 85.

<sup>184</sup> Díez-Picazo. L. M., “Las insidias...”, *ob. cit.*, p. 11.

<sup>185</sup> Ello no obstante, hay que recordar que, principalmente en la doctrina germana de finales del s. XIX e inicios del XX, surgieron voces que han querido subrayar que la soberanía, entendida como calificativo de la potestad estatal, no resulta una condición esencial del Estado. Carré de Malberg ha recogido en su *Teoría General del Estado* algunas de las aportaciones que han venido a cuestionar la soberanía como verdadero signo distintivo del Estado y de su potestad: este autor no se contenta con aceptar el concepto francés de Estado, y por ello se pregunta si “¿es la soberanía el criterio, el signo distintivo del Estado?”. Lo es en un

En este sentido es Heller quien afirma que “el Estado se diferencia de todos los otros grupos territoriales de dominación por su carácter de unidad soberana de acción y de decisión. El Estado está por encima de todas las demás unidades de poder que existen en su territorio”. Esa soberanía le otorga “la capacidad, tanto jurídica como real, de decidir de manera definitiva y eficaz en todo conflicto que altere la unidad de cooperación social-territorial (...) y además, de imponer la decisión a todos”. De este modo, el poder del Estado deviene, dentro de su territorio, un poder “supremo, exclusivo, irresistible y sustantivo” lo cual le permite constituirse en “creador supremo de las normas”, y tener “el monopolio del poder de coacción física legítima, la *última ratio* de todo poder”<sup>186</sup>.

Soberanía y Derecho quedan de este modo vinculados; el Derecho no tiene razón de ser fuera del Estado (soberano), pues es éste el que lo dota de uno de sus caracteres esenciales, el de la posibilidad de su imposición mediante el ejercicio de la coacción física (legítima).

---

sentido, “puesto que sólo el Estado puede ser soberano. Pero si la soberanía no puede concebirse más que en el Estado, recíprocamente, ¿no puede el Estado concebirse sin la soberanía?” Carré de Malberg, R., *Teoría General...*, ob. cit., p. 83. Después de examinar las tesis de autores como Rosin, Brie, Laband y Jellinek, autor éste último que subraya la potestad de autoorganización como característica del Estado, y no la de potestad soberana, Carré de Malberg llega a la conclusión de que “en el derecho público contemporáneo la soberanía no es una condición esencial del Estado”; un Estado puede tener una potestad de dominación sin por ello ser soberano. De todas formas, prosigue el mismo autor, “después de haber comprobado que la soberanía no le es indispensable al Estado, importa no caer en una exageración inversa imaginándose que al excluir la condición de soberanía de la definición del Estado se haya modificado con ello de un manera esencial el concepto de Estado y de su potestad estatal”. Con ello, el autor quiere hacer hincapié en que si bien es cierto que la soberanía puede y debe ser entendida como la facultad del Estado que se halla investido de ella de determinar su competencia en virtud de su voluntad exclusivamente, esto es, la “competencia de la competencia”, sin embargo “la competencia de la competencia, la libertad de elegir libremente sus cometidos, el derecho a determinarse en virtud de su propia voluntad, la facultad de auto-obligación y limitación, todo eso no es exclusivo del Estado soberano, sino que son facultades comunes a todos los Estados, sean o no soberanos”. *Ibidem*, páginas 172 y 173.

<sup>186</sup> Así recoge la fórmula weberiana Heller, H., *Teoría del Estado*, ob. cit., páginas 263 y 264. El mismo autor señala en otro lugar la necesidad de no entender que “la institución *estado* asegura, como instancia última y dentro de un territorio determinado, la coordinación de todos los actos sociales”. A fin de asegurar la satisfacción de las necesidades sociales, el Estado “excluye de la posibilidad de la auto-defensa, y a fin de evitar los conflictos y desajustes entre los hombres, centraliza la determinación de los casos y condiciones en que podrá hacerse uso de la coacción sobre los habitantes de su territorio”. Habla pues el autor del monopolio de la coacción, un monopolio “que es el hecho mismo en el que está enraizada la soberanía del estado; y lo cierto es que son la comprensión cabal del fenómeno no es posible entender con exactitud la verdadera naturaleza del estado, ya que solamente la idea de soberanía permite explicar la cualidad que pertenece al estado moderno de constituir, dentro de un territorio determinado, la unidad decisoria universal. Conviene, sin embargo, aclarar que la universalidad de la facultad decisoria del estado es sólo potencial, más no necesariamente actual: la naturaleza de la soberanía debe buscarse menos en hechos reales cuanto en la posibilidad de imponer... una decisión definitiva y efectiva...”. Heller, H., *La soberanía...* ob. cit., páginas 203 y 204.

## 2.2 El debate de entreguerras sobre la soberanía: Kelsen y Heller

### 2.2.1 Introducción

La integración comunitaria, como ya se ha dicho desde el inicio, y como más adelante podrá comprobarse, es en parte muestra (y en parte consecuencia) de un fenómeno más amplio, el de la globalización (principalmente económica) cuyos efectos sobre la realidad estatal son comparables a los cambios experimentados por el Estado tras el fin del dogma de la soberanía compartida entre monarca y pueblo. De este modo, acudir a los autores de entreguerras resulta de enorme interés: tanto la coyuntura weimariana, que con tanta precisión ha sabido analizar Lucas Verdú<sup>187</sup>, como la actual coinciden en un mismo punto: la ubicación del replanteamiento del dogma de la soberanía en el centro de la discusión.

Puede entonces decirse que la envergadura de la actual crisis de la teoría del Estado es comparable a la situación de la Alemania que asiste al fin de la época guillermina y que Wyduckel describe de la siguiente manera: “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 por 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

---

<sup>187</sup> Así es, Lucas Verdú ha sido capaz de recoger sucinta y claramente los distintos posicionamientos del debate en torno al Estado y la Constitución en el período de entreguerras, Lucas Verdú, P., *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. (La teoría constitucional de Rudolf Smend)*, Tecnos, Madrid, 1987.

imperio hubiera perdido su carácter evidente, mientras no se había encontrado una nueva base para el consenso”<sup>188</sup>.

En este sentido, De Vega, quien también ha trazado el paralelismo entre el momento actual y la república weimariana, resume de la siguiente manera las principales posturas presentes en dicho momento: “por un lado estaban (...) quienes pretendían seguir operando con los viejos esquemas del positivismo jurídico de Gerber, Laband y Jellinek, y, olvidando la política terminaban convirtiendo al Estado en una realidad metafísica y a la Constitución en una entidad simbólica. Por otro lado, contrariamente, aparecían las doctrinas del positivismo sociológico (que tuvieron en Schmitt a su más valioso y significativo representante) y que, proclamando el valor supremo de la realidad, terminaban reduciendo la política a pura decisión, considerando a la normativa constitucional como un apócrifo, injustificado y fantasmagórico sistema reductor de lo político. Frente a ambas posiciones extremas es donde habría que situar y comprender el valor de las tesis integracionistas de Smend (...) y Heller...”. De los últimos autores, se deriva la concepción de un Derecho constitucional que rescata las categorías de espacio y se reivindica como conjunto normativo que se involucra en la realidad social y política concretas sin renunciar a su sentido histórico y hacer valer sus proposiciones normativas, aunque reconociendo que son las transformaciones de la realidad las que deben determinar los cambios en la normatividad y no al revés<sup>189</sup>.

Si recordamos, esa posición intermedia, convencida de que la interacción entre lo jurídico y lo político es inevitable puesto que surge de la imposibilidad de separar con claridad el ser y el deber-ser en los conceptos-límite de la Teoría del Estado y de la Constitución, ha sido la defendida al abordar nuestro análisis sobre el concepto de pueblo. Según veremos, los paralelismos entre el debate sobre la noción de pueblo y el que ahora abordamos van a ser inevitables.

### *2.2.2 La soberanía en Kelsen: su disolución en el concepto de Derecho*

---

<sup>188</sup> *Ibidem*, p. 262.

Kelsen trata de superar algunas de las insuficiencias de la teorización del concepto de soberanía a partir de propugnar su disolución dentro del concepto de Derecho. Parte el citado autor de que si bien “el poder estatal unitario e indivisible consta, según la teoría, de tres poderes coordinados idealmente (...), no se dice claramente cómo es posible que esta trinidad constituya una unidad”<sup>190</sup>.

Como nos recuerda De Cabo, según Kelsen la contradicción se debe a la mezcla de criterios racionales y jurídicos con intereses políticos pero si se separan es perfectamente superable mediante la articulación lógica de los poderes a través de la jerarquía de los actos, y por tanto a ese orden jurídico unitario que es el Estado<sup>191</sup>.

A partir de estas consideraciones, Kelsen subsume la soberanía en el principio de unidad que a su vez sólo puede hallarse en el mundo de lo jurídico: “es sabido (...) que aquella unidad específica que ponemos en el concepto de Estado no radica en el reino de la realidad natural, sino en el de las normas o valores; que el Estado es, por naturaleza, un sistema de normas o la expresión para designar la unidad de tal sistema (...) el Estado, como orden, no puede ser más que el orden jurídico o la expresión de su unidad”<sup>192</sup>.

Kelsen, en su concepción de la soberanía y el Estado viene de alguna manera a proseguir la labor llevada a cabo por la doctrina del s. XIX cuando, como nos recuerda Ferrajoli, “se llegará a atribuir un ropaje científico a la imagen antropomórfica del Estado soberano (metáfora aún hoy dominante en la doctrina iuspublicística originaria de Hobbes en *De cive*, para quien el Estado «es una sola persona cuya voluntad, como consecuencia de los acuerdos de muchos hombres, ha de tenerse en lugar de la de todos (...)») y cuando esta imagen llegará a convertirse en fundamento de la nueva ciencia del derecho público”, desde Gerberd y Laband hasta Orlando y Romano<sup>193</sup>.

Aparece de este modo ya “la figura jurídica y no meramente política el Estado-persona como sujeto originario, fundante pero no fundado, titular de una soberanía que ya

---

<sup>189</sup> De Vega, P., “Mundialización...”, ob. cit., páginas 32 y 33.

<sup>190</sup> Kelsen, H., *Teoría General del Estado*, ob. cit., páginas 299 y 300.

<sup>191</sup> De Cabo, C., *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), México, 1997, p. 45.

<sup>192</sup> Kelsen, H., *Teoría General del Estado*, ob. cit., p. 300.

<sup>193</sup> Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 139.

no recae en el princeps ni en el pueblo (...) soberano ya no es ni el rey ni el pueblo, sino el Estado mismo personificado. Se trató de una compleja operación de desplazamiento y ocultamiento del elemento constituyente del Estado, de claro sentido anti-ilustrado y anti-contractualista, dirigida a obtener dos resultados: por un lado, neutralizar y naturalizar el Estado y por tanto atribuir un carácter «científico-objetivo» a la doctrina del derecho público y, a través de ella, por una suerte de legitimación de retorno, una carácter «jurídico-objetivo» al Estado mismo y a sus instituciones contingentes; y, por otro lado, como consecuencia de lo anterior, conferir a una determinada imagen del Estado, y asimismo a la naciente doctrina del derecho público, una función de unificación nacional y de reforzamiento de las frágiles identidades nacionales»<sup>194</sup>.

Como ya fuera advertido con anterioridad al referirnos a la concepción kelseniana de la noción de pueblo, podríamos poner de manifiesto, en este caso con Wyduckel, la falta de total congruencia de algunas de las construcciones de Kelsen, concretamente en relación con el hecho de que, pese a su intento de deslindar lo jurídico de lo político, Kelsen no logra dejar de exigir un cierto grado eficacia de la norma, esto es, no logra separar del todo el *sein* y el *sollen*<sup>195</sup>.

De todas formas, constituye Kelsen, como sucedía en el debate sobre el concepto de pueblo, un referente esencial ya que logra sacar a la superficie la centralidad de lo jurídico cuando de la discusión sobre conceptos-límite de la Teoría del Estado se trata. Que podamos criticar las tesis de Kelsen por lo a que su convencimiento en la total separación entre el ser y el deber-ser se refiere, no implica que la totalidad de sus construcciones deban ser puestas en tela de juicio. Lo que se puede discutir de Kelsen es que trate como premisas lo que en muchas ocasiones no son sino el resultado de una serie de factores cuyos componentes no sólo son estrictamente jurídicos (al menos desde el concepto de juridicidad positivista). Pero al margen de ello, el contenido de tales premisas es difícilmente objetable de modo que su aportación es esencial a la hora de delimitar el ámbito de la discusión.

---

<sup>194</sup> *Ibidem*, p. 140.

<sup>195</sup> Wyduckel, D., “La soberanía en la historia...”, *ob. cit.*, p. 266. Heller, que no oculta su crítica hacia los planteamientos de Kelsen, se muestra así de contundente cuando habla de dicho autor: “por regla general... siempre que se ve colocado delante de un auténtico problema de la ciencia del derecho, abandona los campos de la Teoría pura del derecho mediante una habilísima fuga”. Heller, H., *La soberanía...*, *ob. cit.*, p. 182.

En el espacio en el que ahora nos movemos, podemos cuestionar que la soberanía pueda ser concebida como mero reflejo de una premisa previa, la unidad del ordenamiento, pero sin embargo resulta clara la vinculación entre soberanía y unidad; al vincular unidad jurídica y soberanía, Kelsen sitúa ya en qué terreno hay que enmarcar las consecuencias de una posible ruptura de alguno de los dos términos de la relación.

En este sentido, más allá de que podamos llegar a replantear la existencia del Estado ahuyentando el carácter necesariamente soberano de su potestad, el hallarnos ante una situación en la que no pueda hablarse de unidad jurídica conlleva que tampoco quepa hablar de soberanía. Y viceversa: si llegamos a la conclusión de que no cabe hablar ya de Estados soberanos querrá decir que no existirá tampoco la unidad jurídica que la soberanía comporta. Esta reflexión está llamada a ocupar un lugar central en la descripción de la situación generada por el proceso de integración comunitaria, de modo que será rescatada con posterioridad.

### *2.2.3 La soberanía en Heller: la individualización del poder y sus limitaciones*

Uno de los autores que con mayor empeño reaccionan frente a los intentos de diluir la cuestión política del poder es Heller. Este autor sitúa con claridad la crisis de la teoría del Estado en una crisis del concepto de soberanía pero no para propugnar su desaparición sino precisamente, y como muestra de su incansable empeño de liberar al Derecho y al Estado del aislamiento positivista, para 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. Se plantea, pues, los límites del poder soberano. Heller no tiene en cuenta una limitación iusnaturalista, pero no quiere renunciar a los principios jurídicos como límite. Sin embargo estos principios jurídicos (de origen claramente moral) no hallarán mayor concreción. 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”<sup>196</sup>.

Heller se muestra especialmente incisivo en su crítica a los planteamientos kelsenianos cuando afirma que la concepción de la unidad de los sistemas jurídicos como un todo lógico “es radicalmente falsa”. “La unidad de un sistema jurídico –afirma el mismo autor– es de naturaleza teleológica e histórico-social y descansa en la unidad de una voluntad valorativa soberana. Antes de que se formen la unidad de voluntad legislativa y la unidad de validez de sus mandamientos, no puede hablarse de unidad y plenitud de un ordenamiento jurídico (...). Sólo podrá hablarse de la unidad lógica de un sistema jurídico, si la voluntad dominante puede contar normalmente con la obediencia de todos aquellos a quienes se dirige, y a condición, además, de que dicha voluntad no depende de la aprobación, más o menos probable, de otra unidad de voluntad; a lo expuesto debe agregarse, que únicamente desde el punto de vista valorativo de la unidad de voluntad de que se trate, podrá hablarse de unidad lógica del sistema jurídico”. Lo contrario supone confundir dos cuestiones diversas: la validez lógica con la validez jurídica y la unidad lógica con la unidad jurídica, y entender, como lo hace Kelsen, que la unidad del sistema como “un simple producto de su normativismo logicista, independiente de la sociología y de la ética”<sup>197</sup>.

A partir de estas consideraciones, que constituyen una de las líneas que atraviesan todas las reflexiones contenidas en la obra que citamos, Heller añade, respondiendo con ello también a Kelsen y su concepción del Derecho internacional y de la unidad lógica del ordenamiento internacional, que “el nacimiento y muerte de una unidad decisoria soberana dependen de su existencia como poder social de hecho; de lo cual se deduce, a su vez, que el nacimiento y muerte del estado no están determinados por el derecho internacional, sino que, por lo contrario, son ellos los que determinan el derecho internacional”<sup>198</sup>.

Esa centralidad del Estado y de la soberanía como situación fáctica queda reflejada también cuando Heller señala que “precisamente porque el concepto de positividad del

---

<sup>196</sup> *Ibidem*, p. 268.

<sup>197</sup> Heller, H., *La soberanía...*, ob. cit. páginas 184 a 186.

<sup>198</sup> *Ibidem*, p. 274.

derecho presupone una unidad de decisión y acción y porque estos dos últimos conceptos implican la existencia de una unidad de voluntad, la cual, y debido a la centralización moderna de la función legislativa, no es otra que el estado, resulta que la subsistencia del estado es una norma jurídica fundamental, suprema y absoluta. Esta norma jurídica fundamental es un presupuesto jurídico indispensable, tanto para las normas jurídicas estatales cuanto para las de derecho internacional, ya que unas y otras sólo pueden positivizarse mediante actos estatales de voluntad o por los de quienes han recibido una delegación del estado”<sup>199</sup>.

El planteamiento de Heller es claramente funcionalista: a diferencia de Kelsen, Heller parte de cuál es el fin del Estado y cómo puede ser materializado. El fin del Estado no es otro que el de su función social y su consecución pasa necesariamente por la acción unitaria del Estado. “La soberanía, como cualidad del Estado que es para Heller, se convierte en una categoría transformadora. De ello resulta una tensión insuperable (...) entre legalidad y legitimidad”<sup>200</sup>.

Así se demuestra en el hecho de que aquél intento de acudir a principios jurídicos como límite a la actuación del Estado en realidad acabe fracasando en favor de una consideración superior de determinados principios éticos, prejurídicos. Como nos recuerda De Cabo, definiendo el concepto de soberanía como “capacidad de decidir de manera definitiva y eficaz en todo conflicto que altere la unidad de la cooperación social territorial, en caso necesario incluso contra el Derecho positivo”, Heller alude a una capacidad libre de decisión pero a partir de unos principios prejurídicos de contenido ético, basados en el mantenimiento de la unidad estatal<sup>201</sup>.

En este mismo sentido, Punset ha señalado cómo incluso en Bodin, “la potestad de creación (o de homologación) normativa en que la soberanía consiste no resulta enteramente libre. El voluntarismo jurídico bodiniano encuentra límites derivados del

---

<sup>199</sup> *Ibidem*, páginas 290 y 291.

<sup>200</sup> *Ibidem*, p. 269.

<sup>201</sup> De Cabo, *Contra el consenso...*, ob. cit., p. 48. La cita de Heller: Heller, H., *Teoría del Estado*, México, 1963, páginas 217 y siguientes.

derecho divino y del derecho natural, así como lo procedentes de las llamadas «leyes fundamentales»<sup>202</sup>.

Si trasladamos esta cuestión al terreno del poder constituyente, poder incondicionado por definición, veremos que llegaremos a la misma conclusión: incluso en un momento en el que en teoría la fuerza creativa (constitutiva) del sujeto colectivo debe poder desplegarse en su máximo grado de libertad, aparecen una serie de restricciones que con exactitud no son clasificables como jurídicas pero se sitúan en la difusa línea divisoria que diferencia el ser del deber-ser.

Así es: “la voluntad y las concepciones del *poder constituyente* en una situación concreta no tienen en modo alguno mero carácter fáctico, no están vacías de ética y moral; antes bien, se encuentran determinadas también por ideas espirituales sobre el orden, por concepciones y principios éticos y morales, por impulsos políticos que están presentes en el pueblo o en la Nación (...). Lo importante es que cuando el pueblo entra en acción como poder constituyente, haya en él una conciencia jurídica viva, existan ideas operativas sobre el orden y una nueva voluntad ética-política de configuración (...), que sea portador de un «espíritu» que pueda articularse en instituciones, reglas y procedimientos”<sup>203</sup>.

En términos semejantes se expresa De Vega cuando afirma que “se pueden admitir sin demasiados escrúpulos las definiciones abstractas y generales del poder constituyente propuestas por Sieyès, como poder soberano, supremo y total, siempre y cuando no se olvide que, en cuanto poder efectivo y real, opera siempre en unas coordenadas espacio temporales de las que no puede prescindir. Todo poder constituyente responde al *ethos* de creencias políticas, convicciones jurídicas e intereses colectivos que conforman la realidad social y que, como poder soberano, traslada y plasma en la Constitución. Lo que no significa que por ser soberano sea un poder independiente e ilimitado. Al contrario, es ese *ethos* y ese conglomerado de creencias y fuerzas colectivas el que marca la orientación y

---

<sup>202</sup> De todos modos, el mismo Punset reconoce que en el pensamiento de Bodin tales límites son ciertamente tenuous, de modo que hay que seguir considerándolo “como el teórico verdaderamente revolucionario en el que confluyen por vez primera soberanía y positividad del Derecho”. Punset, R., “En el Estado constitucional hay soberano (reflexiones para una teoría jurídica de la soberanía nacional)”, *Fundamentos*, núm. 1 (Soberanía y Constitución), 1998, p. 333 (páginas 329 a 359).

<sup>203</sup> Böckenförde, E. W., *Estudios sobre...*, ob. cit., páginas 179 y 180.

da sentido a la labor constituyente”]; la constitución material es el presupuesto inexcusable de la constitución formal<sup>204</sup>.

Esa imposibilidad de trazar una nítida separación entre el ser y el deber-ser, entre lo político y lo jurídico, a parte de llevarnos a relativizar, aunque con cautela, la máxima que concibe el poder constituyente como *res facti, non iuris*, exige también matizar afirmaciones como las de Pace, para quien la tesis “según la cual el poder constituyente debe en cualquier caso respetar los valores de dignidad humana, de igualdad y de libertad propios de las democracias liberales, presenta como «jurídico» un límite (el respeto de tales valores) que es, en cambio, exclusivamente «político»; confunde la noción de constitución (que es descriptiva e históricamente condicionada) con el constitucionalismo (que es una filosofía política axiológicamente caracterizada)”<sup>205</sup>.

En este sentido, Mortati ve en el poder constituyente y en el *demos* en el que se sitúa unos rasgos predeterminados: “la sociedad de la que emerge y a la que se liga cada particular formación estatal posee una normatividad intrínseca que le viene dada por su carácter de ordenarse en torno a fuerzas y a fines políticos”<sup>206</sup>.

Pues bien, nos encontramos ahora en una situación muy semejante pero referida al concepto de soberanía. Así, a partir del planteamiento de Heller se puede llegar a lo que señalan Pisarello y De Cabo cuando afirman que la soberanía, o más exactamente las distintas acepciones de soberanía (soberanía constituyente, soberanía de los órganos constituidos y soberanía del ordenamiento), son conceptos que “son prescriptivos porque se trata de conceptos normativos. Es decir, aunque se utilicen para afirmar una pretendida ilimitación, su carácter de concepto dentro de un sistema de normas, implica ciertas

---

<sup>204</sup> De Vega, P., “Mundialización y Derecho constitucional...”, ob. cit., p. 49.

<sup>205</sup> Pace, A., “La instauración...”, ob. cit., páginas 15 y 16. Considera el autor, corroborando sus planteamientos, que los derechos humanos no constituyen límite jurídico alguno al poder constituyente ya que de darse el caso “los sujetos políticos detentadores del poder constituyente valorarán políticamente si, no obstante una tal elección o una tal violación, podrán continuando ejerciendo aquel poder, y consecuentemente, si la constitución que van a crear podrá adquirir el necesario consenso popular y radicarse en la sociedad”. *Ibidem*, p. 18. Pero, cabría preguntarse, ¿no tiene esa limitación a lo que el consenso popular permita una limitación (casi)jurídica?. De todos modos, Pace insiste: “el poder constituyente consiste en un poder fáctico. Por tanto, éste tendrá sólo aquellos límites procedimentales y sustanciales que el detentador de tal poder considerará, por *motivos políticos*, vinculantes”. *Ibidem*, p. 19.

<sup>206</sup> Mortati, C., “La Costituente” (1945), *Raccolta di scritti*, vol. 1, Milán, 1972, citado por Pace, A., “La instauración...”, ob. cit., p. 19.

limitaciones estructurales. Dicho en otros términos, la consideración de un poder como soberano supone someterlos a un sistema del que ocupa la cúspide pero no es ajeno. En definitiva, se trata de escapar al mero ejercicio fáctico del poder, y de su sustitución por una norma de reconocimiento”<sup>207</sup>.

Precisamente, esa remisión a una serie de principios limitadores de la libre decisión es lo que separa la visión de Heller de la de Schmitt, quien al identificar soberanía con potestad de decisión sobre el estado de excepción, parte del predominio incondicional de la decisión sobre la norma, llevando la discusión a un terreno en el que el Estado subsiste y el Derecho desaparece. La unidad en Schmitt se crea a partir de la existencia de una voluntad única e ilimitada, que se demuestra en el estado de excepción y condensa los atributos de la noción misma de soberanía<sup>208</sup>.

En tal contexto, desaparece la tensión entre legalidad y legitimidad que planeaba en Heller: “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. 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 solamente el «qué» de la discusión pero no el «cómo» ni el «para qué». La soberanía se convierte así en un mecanismo para la instrumentalización ilimitada del Derecho, en lo que todo es posible siempre que sea decidido”<sup>209</sup>.

Aunque, de nuevo con Pisarello y De Cabo, en realidad, partiendo de que con la referencia a la noción de soberanía de lo que se trata es de escapar al mero ejercicio fáctico del poder, “la noción schmittiana de excepcionalidad es una no soberanía”<sup>210</sup>.

---

<sup>207</sup> De Cabo, A., Pisarello, G., (eds.), *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía. Algunos efectos en América Latina y en Europa*, Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2000, p. 58.

<sup>208</sup> Hay que recordar que la idea de Schmitt tiene un precursor en Anton Menger (en su *Neue Staatslehre*). Como nos recuerda Heller, “Menger encuentra la doctrina de la soberanía del estado, desde el punto de vista interno, *completamente insuficiente*; en realidad, es soberano aquel que en el estado, «en caso de necesidad puede, aun en contra del derecho, imponer su voluntad»; el príncipe lo es si, en caso de necesidad, puede dar un golpe de estado. En todos los tiempos, la condición de la relación de poder, *en caso extremo*, ha tenido una significación decisiva”. Heller, H., *La soberanía...*, ob. cit., p. 154, nota 38.

<sup>209</sup> Wyduckel, D., “La soberanía en la historia...”, ob. cit., p. 272.

<sup>210</sup> De Cabo, A., Pisarello, G., *Constitucionalismo...*, ob. cit., p.48.

No obstante lo anterior, “al decisionismo de Schmitt –sostiene el propio Heller- se le debe reconocer el mérito de haber considerado, con razones excelentes y en oposición a la doctrina imperante en nuestros días, que el problema de la soberanía es el problema de la decisión mediante una individualidad de la voluntad”<sup>211</sup>. Ahora bien, seguidamente Heller añade lo siguiente: “pero Schmitt, que en términos generales ve en el estado una dictadura de la voluntad, no ha podido, como tampoco lo logró Kelsen en su defensa del estado de derecho liberal racionalista, descubrir una unidad de voluntad como sujeto de la soberanía: la teoría pura de la soberanía del derecho del jefe de la Escuela vienesa no puede captar el significado esencial de la decisión individual para el derecho positivo; en tanto la doctrina de la soberanía del órgano desconoce el papel decisivo que corresponde a las normas jurídicas fundamentales sobre la individualidad de voluntad soberana”<sup>212</sup>.

Según acabamos de comprobar, el debate en torno a la noción de soberanía se nutre de elementos semejantes a los que alimentan la discusión alrededor del concepto de pueblo y de poder constituyente. Así, las dudas que surgían sobre el papel del Derecho en la conformación de la noción de pueblo y sobre la imposibilidad de concebir el poder constituyente como un poder totalmente ilimitado, como *res facti, non iuris* sin matización alguna, se repiten ahora. Al abordar la noción de soberanía, como se pone de manifiesto en Heller, aparecen sin tapujos las dificultades a las que tenemos que hacer frente, pues nos muestra con claridad que el espacio de debate, que debe ser resuelto y si no superado, se halla en el intento de conjugar soberanía y Derecho.

---

<sup>211</sup> Heller, H., *La soberanía...*, ob. cit., p. 158. Hay que decir que, no obstante, la idea de soberanía en Heller asume algo más del decisionismo schmittiano de lo que parece el autor dispuesto a reconocer. De esta manera, en una idea presente en varias partes del libro que comentamos, el autor afirma que “puede sonar a paradoja, pero es una verdad incontrovertible: la existencia o positividad de un orden jurídico están condicionadas por la existencia o facticidad de una unidad decisoria que pueda violarlo en caso de necesidad. Si se reconoce como presupuesto de la positividad del derecho la existencia de una unidad decisoria individualizadora del derecho, al que, además, proporciona validez, debe asimismo aceptarse que esa unidad decisoria, cuando vea amenazada su existencia por alguna causa, puede a fin de salvar el orden jurídico como totalidad, lesionarlo en algunos de sus aspectos, esto es, debe ser *legibus soluta potestas*”. Con ello el autor plantea una crítica frontal al positivismo kelseniano que diluye el Estado en el Derecho, que, por lo visto, considera más pernicioso que el decisionismo schmittiano, del que, no obstante, y en la línea que ya ha sido apuntada algo más atrás, trata también de desmarcarse al recalcar la necesidad de que la voluntad decisoria que determina y mantiene la validez del derecho debe partir de su normal sujeción a las normas jurídicas fundamentales. *Ibidem*, páginas 227 y 228.

<sup>212</sup> *Ibidem*, p. 158.

Vale la pena insistir en los paralelismos del debate que ahora abrimos con el referido a la noción de pueblo. De hecho, el interés de Heller “se centra no tanto en el anclaje de la soberanía en el Estado como una unidad de decisión 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. Para él no hay duda de que la soberanía se halla en el pueblo, de que el Estado no puede ser concebido sin su titular, dado que siempre se ha pensado en la soberanía popular junto con la soberanía estatal”<sup>213</sup>.

En efecto, Heller insiste en la necesidad de admitir “la impotencia de la doctrina alemana para encontrar un sujeto adecuado de la soberanía y la vaciedad de su concepto de estado”. Según este autor, las razones de tales carencias son de carácter histórico y político: “en una época en la que los fundamentos del pensamiento político eran la legitimación democrático-nacionalista y la explicación inmanente del estado, el constitucionalismo monárquico obligó a la doctrina a convertirse en una teoría del principio monárquico y a fijar en el príncipe la totalidad del poder estatal. Por esta razón, el concepto alemán de la soberanía del estado fue una tergiversación del verdadero problema, que no es otro que el antiguo debate entre los partidarios de la soberanía del pueblo y los defensores de la soberanía del príncipe”<sup>214</sup>.

En tal contexto, “la doctrina alemana tuvo que purgar la localización del estado en el gobierno, con el doloroso resultado de tener que aceptar un estado-ficción o un estado-abstracción. Este resultado se habría evitado si, a semejanza de la doctrina norteamericana del estado, hubiera podido identificar la soberanía del estado con la soberanía nacional o

---

<sup>213</sup> Wyduckel, D., “La soberanía en la historia...”, ob. cit., p. 269.

<sup>214</sup> Heller, H., *La soberanía...*, ob. cit., p. 159. Para Heller, uno de las más claras muestras de tal fenómeno se halla en el “fundador de la teoría de la soberanía del estado”, Hegel quien “recorriendo caminos sinuosos, procuró unir la doctrina de la soberanía del pueblo con el derecho originario del monarca. Hegel afirma, primeramente, que no tiene nada que objetar a la idea misma de la soberanía del pueblo, en cuanto expresa que «un pueblo, particularmente en sus relaciones con otras naciones, es independiente y hacedor de su propio estado». Tampoco tiene nada que objetar en cuanto se expresa, con el citado principio, que «la soberanía interna reside en el pueblo, especialmente si se habla de éste como de un todo». Pero, por otra parte, encuentra que la concepción inmanente del estado parece excluir en principio monárquico absoluto. Hegel cree, no obstante, que la reconciliación es posible, a cuyo efecto formula las consideraciones siguientes: «la soberanía del pueblo no debe concebirse como algo contradictorio con la soberanía que reside en el monarca; la contradicción que frecuentemente se ha creído encontrar deriva de un equívoco, de una idea errónea de lo que es el pueblo; en efecto, el pueblo, sin su monarca, sería una masa informe y no constituiría un estado». El profesor de la Universidad de Berlín rechaza enérgicamente la posibilidad de que la idea de soberanía del pueblo permita concebir una república o una democracia sin un monarca...”. *Ibidem*, p. 160.

con la soberanía del pueblo (...). La doctrina norteamericana, en su *location of sovereignty in the body politic*, encontró un sujeto de la soberanía más adecuado del que postula la doctrina alemana, pues para ésta (...) dicho sujeto es un *espectro del pensamiento*". El principal objeto de la crítica de Heller lo constituye, como se puede intuir, "la concepción racionalista del estado de derecho, que ha desnaturalizado totalmente los conceptos de estado, pueblo, representación y soberanía. ¡Es en verdad asombroso comprobar que nuestros demócratas contemporáneos podrían aprender la idea de la democracia en las obras de Bodino, de Hobbes y aún del mismo Hegel!"<sup>215</sup>.

Por todo ello, concluye Heller, "si la doctrina de la soberanía del estado tiene que dejar de ser una tergiversación del verdadero problema (...) y si la teoría del poder soberano del estado ha de adquirir significado, entonces, es indispensable determinar quién el sujeto del poder soberano"<sup>216</sup>.

## **2.3 El advenimiento del Estado constitucional: el fin de la soberanía**

### *2.3.1 Introducción: la vigencia de la soberanía en el discurso teórico*

Nos hallamos ya situados cara a cara con la noción de soberanía, concepto que va a resultar central en nuestro intento por describir los caracteres del proceso de integración comunitaria y las transformaciones que de tal proceso se derivan para las realidades estatales. Y así es porque el recurso a dicha noción se ha convertido en un lugar común a la hora de sostener cuál debe ser el esquema de relación entre el ordenamiento comunitario y los estatales, dónde hay que fijar los límites a la integración y quién debe velar en última instancia por el respeto de tales limitaciones.

Así es, como ha indicado Díez-Picazo, "en la actual polémica acerca del significado y el futuro de la Unión europea, uno de los argumentos más frecuentemente utilizados por quienes (...) se oponen a cualquier ulterior avance en la integración es la soberanía de los

---

<sup>215</sup> *Ibidem*, páginas 162 y 163.

<sup>216</sup> *Ibidem*, p. 163.

Estados miembros”, y no sólo en el terreno del debate político, sino también en las discusiones jurídicas y más en concreto en ciertas decisiones judiciales<sup>217</sup>.

Podría afirmarse que el límite no está en la soberanía sino en la Constitución, y de hecho aparentemente es así como en muchas ocasiones son alegados tales límites, como límites constitucionales y no como límites impuestos sin más por la “soberanía estatal”. Pero las cosas cambian si analizamos un poco más en profundidad los supuestos en los que los Tribunales constitucionales han reivindicado su competencia para controlar los excesos competenciales de la normativa comunitaria o la posible vulneración de los derechos fundamentales. En tales casos, los citados tribunales se han acabado agarrando con fuerza al argumento de la soberanía estatal, entendiendo que los límites constitucionales al fin y al cabo no son otros que los que “las condiciones esenciales de la soberanía”, para emplear la expresión que recoge el art. 89.2 de la Constitución francesa, determinan.

Los límites no los marca la Constitución por sí misma, a modo de consecuencias predeterminadas jurídicamente, sino que los marca por representar el cauce jurídico a través del que se expresa la soberanía estatal. Así, en la doctrina contenida en la sentencia *Maastricht* del TCF, la Constitución, en sí misma considerada, no es más que la formulación jurídica de una estructura unitaria de poder, el Estado, que hallando su legitimidad en el origen democrático de los órganos que tienen encomendado el ejercicio de dicho poder, identifica los límites a la integración con el respeto de la pervivencia de la estructura estatal como tal, esto es, dotada de una serie de competencias mínimas que definen el poder estatal como poder soberano.

Ese recurso a la noción de soberanía más allá de la estricta consideración de la Constitución se encuentra en el tipo de límites que el TCF alega ante el proceso de integración. En primer lugar, si recordamos, se sitúa el límite impuesto por la insuficiente legitimidad democrática de la UE, un límite estructural por cuanto no puede hablarse de la existencia de un pueblo europeo a quien referirse una legitimidad propia democrática de la UE. El TCF está pensando, aunque no lo explicita, en el concepto de soberanía estatal ya que por mucho que se base en la soberanía popular, y no necesariamente estatal, en realidad se refiere al concepto de pueblo estatal, dotado de un cierto grado de homogeneidad

---

<sup>217</sup> Díez Picazo Jiménez, L. M., “Las insidias...”, ob. cit., p. 8.

cultural, como antes hemos podido comprobar. En este sentido, podemos citar la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés, que en sentencia de 30 de diciembre de 1976 constató que, incluso pese a pasar a la elección mediante sufragio universal, el PE no puede participar en el ejercicio de la soberanía en territorio francés, ya que ésta resulta indivisible y su ejercicio es exclusivo del pueblo por medio de los representantes en la Asamblea Nacional<sup>218</sup>.

En segundo lugar, la soberanía estatal aparece como límite, esta vez explícito, al referirse el TCF a que la UE no es más que una *Staatenverbund*, esto es, una Unión de Estados, y esto es así porque Alemania “mantiene su condición de Estado soberano”, y desde esa soberanía, se sitúan los Estados miembros como auténticos “Señores de los Tratados”<sup>219</sup>.

Puede resultar sorprendente la vivacidad de un concepto que ha sido cuestionado en infinidad de ocasiones y que, quien más quien menos, acepta que ni en los tiempos más álgidos del Estado nacional hemos podido asistir a un desarrollo pleno de sus implicaciones. Como señala Jáuregui, “en realidad, esa noción de soberanía exclusiva y hermética ha sido siempre más un mito que una realidad, un mito que ha servido para legitimar la supresión de la competencia política, tanto en asuntos internos como internacionales, que para poder ejercer un poder real”<sup>220</sup>.

---

<sup>218</sup> Así lo ha recogido Stephanou, C. A., *Reformes et mutations de l'Union Européenne*, Paris, 1997, p. 90, haciendo referencia a que en dicha ocasión el primer ministro del General de Gaulle, M. Debré, postuló con tenacidad a favor de la no conformidad de la reforma del sistema de elección al PE con la Constitución francesa, alegando que al pasar a la elección directa se produciría una separación de la soberanía popular.

<sup>219</sup> Sentencia de 12 de octubre de 1993 (sentencia *Maastricht*), -C II 1a)-. En efecto, el juez Kirchhof, como vimos, ha insistido en sus escritos extrajudiciales en que la transferencia de soberanía supondría la existencia de un ente estatal cosa que no ha sucedido. “El ejercicio de poderes por la Comunidad se basa en autorizaciones constitucionales por parte de Estados que preservan su soberanía. Se trata de una reafirmación solemne del principio de soberanía popular en la cual el pueblo se identifica con el *Staatsvolk*, lo que revela que el TCF defiende los principios fundamentales del orden constitucional, pero no defiende sin más los principios universales de la democracia, sino también la identidad del orden constitucional de un estado en particular; otro nombre para ello es la soberanía estatal”. De Witte, B., “Sovereignty and European Integration: the weight of legal tradition”, *Maastricht Journal of Public International Law*, núm. 2, 1995, p. 168 (páginas 145 a 173).

<sup>220</sup> Jáuregui Bereciartu, G., “El Estado, la soberanía y la Constitución ante la Unión Europea”, *RVAP*, núm. 53 (II), 1999, p. 72 (páginas 71 a 93). Añade el autor que “siempre ha existido en el mundo contemporáneo una clara divergencia entre la división formal del mismo en Estados nacionales y la realidad social, ec, cultural, etc., subyacentes. Así, frente a los 194 estados que componen el mapa político mundial, la ONU cifra en 5.000 el número de los grupos étnicos extendidos por el mundo y algunos autores calculan que actualmente

No obstante, como acabamos de comprobar, en el núcleo de las construcciones estatistas que tratan de ofrecer una respuesta teórica a las implicaciones de la integración comunitaria se hallan los elementos centrales de una idea de soberanía entendida como lo fuera originalmente, esto es, “como situación eficiente de una fuerza material empeñada en construir y garantizar su supremacía y unicidad en la esfera política”<sup>221</sup>. En esa idea, sostiene Zagrebelsky, “se encontraba implícito, *in nuce*, el principio de exclusión y beligerancia frente a lo ajeno. De ahí derivaba para el Estado –de cara al interior- la necesidad de anular a sus antagonistas y –de cara al exterior- la tendencia, alimentada por la economía y la ideología, al imperialismo o la «catolicidad» en el sentido de la teología política de Carl Schmitt. El Estado soberano no podía admitir competidores. Si hubiese permitido una concurrencia, el Estado habría dejado de ser políticamente el «todo» para pasar a ser simplemente una «parte» de sistemas políticos más comprensivos, con lo que inevitablemente se habría puesto en cuestión la soberanía y, con ello, la esencia misma de la estatalidad”<sup>222</sup>.

### *2.3.2 El advenimiento del Estado constitucional como respuesta a la crisis del Estado: ¿la disolución del concepto de soberanía en el Derecho?*

El advenimiento del Estado constitucional supone una respuesta a la crisis del Estado y de la teoría del Estado basada en el concepto original de soberanía. La dimensión de la crisis vivida en el período de entreguerras queda suficientemente demostrada en el cauce de su resolución, la Segunda Guerra Mundial, y su incidencia en la propia idea de Estado soberano queda reflejada de manera diáfana en la cita de Schmitt recogida al inicio.

Ante tal situación, el problema, como advierte también Zagrebelsky, consiste en “considerar si este ocaso lleva aparejado el retorno a la situación política premoderna de inseguridad e imposición por la fuerza, a la que se había intentado poner remedio mediante la construcción del Estado soberano, o si tras esta muerte se esconde en realidad el

---

existen unas 10000 sociedades o colectividades étnicas, lingüísticas, raciales, religiosas o con identidades de algún otro tipo”. *Ibidem*, páginas 72 y 73.

<sup>221</sup> Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1995, p. 10.

nacimiento, o la premisa para el nacimiento, de un nuevo derecho independiente del contexto unívoco representado por la soberanía estatal. La respuesta está contenida, precisamente, en lo que llamamos el «Estado constitucional» y en la transformación de la soberanía que el mismo comporta”<sup>223</sup>.

En efecto, a partir de una reubicación del lugar de la soberanía, el Estado constitucional de posguerra intenta superar una de las antinomias que han acompañado la noción de Estado soberano desde sus inicios. Según Ferrajoli, “al menos desde la perspectiva de la teoría del derecho, la soberanía se ha revelado como un pseudo-concepto o, peor aun, como categoría anti-jurídica”. De ahí que, tanto en la dimensión interna como en la externa de concepto de soberanía, su crisis “se origina en el momento en que entra en contacto con el derecho, pues ella misma es la negación del derecho, al igual que el derecho es su negación. Y es que la soberanía es ausencia de límites y de reglas, es decir, lo contrario de lo que caracteriza el derecho”<sup>224</sup>.

Por su parte, Wyduckel parte de una posición semejante cuando afirma que “existen carencias y contradicciones en el concepto de soberanía, cada vez más claras. Así, la relación de tirantez inherente a la soberanía y consecuencia del monopolio de la creación jurídica y del poder a ella vinculado, 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 parece 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 prohíbe en todo caso un poder extraconstitucional soberano”<sup>225</sup>.

Frente a dicha antinomia, sobre la que discutían Kelsen, Heller y Schmitt, las Constituciones europeas de posguerra contestan a partir de una propuesta efectiva para la juridificación de lo político. La antinomia entre Derecho y soberanía trata de superarse, al

---

<sup>222</sup> *Ibidem*.

<sup>223</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>224</sup> Ferrajoli, L., *Derechos y garantías...*, ob. cit., p. 147.

menos en el plano interno, “con el nacimiento del Estado constitucional de derecho: en virtud del cual el derecho se regula a sí mismo imponiendo a su producción vínculos que no son ya solamente formales sino también sustanciales (...) en este Estado de derecho no existe pues ningún soberano, a menos que entendamos como «soberana» con un puro artificio retórico, la Constitución misma”<sup>226</sup>.

Con ello, el Estado constitucional, a partir esencialmente de la previsión de un verdadero sistema de protección de los derechos fundamentales y de control democrático del poder político, vendría a completar la lucha iniciada contra el absolutismo por parte de las democracias liberales negando, como lo hiciera Kelsen, la vertiente subjetiva o material de la noción de soberanía para afirmar la exclusiva soberanía del Derecho (en la Constitución).

Como nos recuerda De Cabo<sup>227</sup>, ya en Constant se encuentra formulada con precisión la soberanía de la Constitución. Esta idea, antes de poder llegar a consolidarse, fue objeto de severos ataques doctrinales, incluso antes de Schmitt, a partir de la separación entre la idea de Estado y la de Derecho (con autores como Krabbe<sup>228</sup>), situación que, como sabemos, le sirvió a Kelsen para fundir ambos conceptos como única salida para evitar la final subordinación, aunque fuese en casos excepcionales, del Derecho al Estado.

Pero como se ha dicho, “con el surgir de los Estados constitucionales, cuando el concepto de Derecho Público se confunde con aquel de Derecho constitucional y, por ende, no puede ser fundamentado sobre el criterio del «imperio», sino sobre el de la pública actividad y de un acuerdo primigenio sobre los ideales y los procedimientos de la sociedad política (...), la soberanía de los modernos Estados constitucionales siempre más se connota como un procedimiento de formación de la voluntad pública y no como un poder de última

---

<sup>225</sup> Wyduckel, D., “La soberanía en la historia...”, ob. cit., p. 287.

<sup>226</sup> Ferrajoli, L., *Derechos y garantías...*, ob. cit., p. 148. También Wyduckel hace referencia a la misma idea afirmando que “no sin razón se ha destacado por ello que en el Estado constitucional no puede haber un soberano, es decir, nadie ostenta un poder íntegro, incondicionada e ilimitado para crear o modificar el Derecho”. Wyduckel, D., “La soberanía en la historia...”, ob. cit., p. 287.

<sup>227</sup> De Cabo, C., *Contra el consenso...*, ob. cit. páginas 43 y 44.

<sup>228</sup> Krabbe, *La idea moderna de Estado*, 1906, citado por De Cabo, C., *Ibidem*, p. 44.

instancia, el de determinar el estado de excepción (o, mejor dicho, la derogación de la Constitución), con el que sueña Schmitt”<sup>229</sup>.

Situando el énfasis en el aspecto procedimental de la democracia constitucional, cuestión que enlaza directamente con la preponderancia del proceso sobre el acto que ya fuera comentada al hablar de poder constituyente y acto constitucional, añade La Torre que “soberanía es el procedimiento para llegar a decisiones vinculantes para todos los ciudadanos”<sup>230</sup>. De esta manera adopta el autor el hilo conductor utilizado por Habermas y recogido en la idea de *modelo de política deliberativa*, donde las condiciones procedimentales y sustantivas se entrelazan. Según vimos, esa era la base del concepto de ciudadanía no sólo en Habermas, sino también en Häberle, Weiler y hasta en Böckenförde.

Y esa también puede ser la base del propio concepto de soberanía, pues es Habermas quien señala que la “soberanía popular exenta de sujeto (esto es, no asociada a sujeto alguno), que se ha vuelto anónima, que queda así disuelta en términos intersubjetivistas, se retrae, por así decirlo, a los procedimientos democráticos y a los exigentes presupuestos comunicativos de la implementación a esos procedimientos democráticos”<sup>231</sup>. “El Estado de Derecho –apunta La Torre- requiere para su legitimación que la ley sea el resultado de un procedimiento de discusión racional y pública”<sup>232</sup>, y la garantía de dicho procedimiento, habría que añadir, viene dada por la Constitución, que se erige, en consecuencia como lugar de la soberanía.

De esta manera, aun sin necesidad de llegar a compartir todas las conclusiones a las que llega Kelsen, lo cierto es que finalmente buena parte de los autores acaban aceptando la tesis de la disolución del concepto de soberanía en el Derecho.

Pero como pone de manifiesto Díez-Picazo, en realidad se llega así a un razonamiento circular ya que al sostener “asépticamente que, hoy en día, la soberanía es un simple sinónimo de ordenamiento o sistema jurídico originario, es decir, de ordenamiento

---

<sup>229</sup> La Torre, M., “Derecho y conceptos de Derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 16, 1993, p. 74 (páginas 67 a 93).

<sup>230</sup> *Ibidem*.

<sup>231</sup> Habermas, J., *Facticidad y validez...*, ob. cit., apéndice “La soberanía popular como procedimiento (1988)”, p. 612

<sup>232</sup> La Torre, M., “Derecho y conceptos...”, ob. cit., p. 74.

que no halla el fundamento de su validez en otro ordenamiento superior, si se pregunta por qué el Estado es un ordenamiento originario, antes o después se termina volviendo a la noción de Estado. He aquí un vano ejercicio de formalismo jurídico<sup>233</sup>, cuestión que, si recordamos, ya fue denunciada por Eleftheriadis.

Hay que insistir en que el carácter insatisfactorio de la equiparación entre soberanía y ordenamiento jurídico genera respuestas como la de Schmitt, que al ver el terreno libre para rescatar la idea de soberano y ubicar su titularidad en quien ostenta el poder de decidir sobre el estado de excepción, convierte a la normalidad constitucional, a la democracia, en una situación sujeta a la tolerancia del soberano (una “democracia vigilada”<sup>234</sup>). Tras llegar a este punto, se entiende que una vez consolidados los sistemas constitucionales de posguerra, se alcance a afirmar 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”<sup>235</sup>.

### *2.3.3 El distinto alcance de la crisis respecto de la vertiente externa de la soberanía*

#### *2.3.3.1 Introducción*

¿Cómo explicar que siendo el principal carácter del Estado constitucional la disolución de la soberanía en la primacía de la Constitución, permanezca sin embargo el recurso, no sólo político sino también jurídico, a la noción de soberanía estatal? Una posible explicación, al margen de poder pensar en mecanismos de justificación ideológica (ante un conflicto de poderes), puede hallarse en la distinción entre soberanía estatal interna (relaciones del Estado con sus ciudadanos) y soberanía externa (relaciones entre Estados).

Como ha señalado Díez-Picazo, “en el pensamiento absolutista (...) ambas facetas de la soberanía coincidían: poder omnímodo en el interior y defensa activa de los propios

---

<sup>233</sup> Díez-Picazo, L. M., “Las insidias...”, ob. cit., p. 12.

<sup>234</sup> Schmitt, C., *El concepto de lo político*, ob. cit.

<sup>235</sup> Kriele, M., *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, 1980, p. 149.

intereses frente al exterior eran, de hecho, dos aspectos de un mismo fenómeno”<sup>236</sup>. “La distinción entre soberanía externa e interna puede ser realizada pero son dos dimensiones del mismo concepto. Un carácter jánico que lo ha tenido desde el principio, desde que Bodin afirmara la autoridad de los reyes franceses internamente (contra la nobleza feudal) y externamente (contra las pretensiones supranacionales del papado y del imperio). Hoy se puede afirmar que la soberanía externa no es sino un reflejo de la interna”<sup>237</sup>.

Así, “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 los otros Estados, así como en el orden jurídico internacional”<sup>238</sup>, o lo que es lo mismo, ahora en palabras de Jellinek, “la primera 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”<sup>239</sup>.

Lo que sucede es que a medida que el Estado absolutista va tocando a su fin, la doctrina absolutista de la soberanía, pese a querer ser adaptada sin excesivas variaciones a la nueva realidad estatal, empieza a alejarse de la realidad que pretendía describir y justificar, y así va perdiendo poco a poco su apoyo legitimador a la forma del poder político. El desgaste de la doctrina de la soberanía conlleva, y aquí es a donde queríamos llegar, una separación entre sus vertientes interna y externa<sup>240</sup>.

---

<sup>236</sup> Díez-Picazo, L. M., “Las insidias...”, ob. cit., p. 12.

<sup>237</sup> De Witte, B., “Sovereignty...”, ob. cit., p. 147.

<sup>238</sup> Wyduckel, D., “La soberanía en la historia...”, ob. cit., p. 288.

<sup>239</sup> Jellinek, G., *Teoría General del Estado*, Albatros, Buenos Aires, 1981. p. 359..

<sup>240</sup> De hecho, autores como Chiarelli han querido deslindar conceptualmente ambas nociones, entendiendo que no es posible reducir a la unidad el poder preeminente en el interior y el de independencia exterior por dos razones fundamentales: 1) por su diferente contenido y porque se refieren a ordenamientos de distinto tipo (posición de supremacía en un ordenamiento autoritario, porque su eficacia no depende de la voluntad de los obligados, que es el ordenamiento interno, la independencia internacional implica ordenamientos paritarios, no existe supraordenación de sujetos); 2) entre ambos aspectos no se da una coincidencia necesaria (casos en que estados no son sujetos de derecho internacional –por ser miembros de una federación- o que no ejercen directamente la tutela de sus intereses en el ámbito internacional –confederación o sujetos administración fiduciaria). Así lo ha recogido De Cabo, C., *Contra el consenso...*, ob. cit., páginas 42 y 43. En sentido contrario se pronuncia Heller, para quien “la existencia de una unidad decisoria universal no permite, esto es, prohíbe, el desgarramiento de la soberanía en una soberanía jurídico-estatal y en otra soberanía de derecho internacional. En la medida en que esta división significara exclusivamente la presencia de dos aspectos de una misma soberanía, nada habría que objetar, pero es preciso no perder nunca de vista que la

Aunque esté Ferrajoli en lo cierto cuando señala que la irresoluble antinomia entre soberanía y Derecho se da “no sólo en el ámbito del derecho interno donde la soberanía se encuentra en conflicto con el paradigma del Estado de derecho y de la sujeción a la ley de cualquier poder, sino también en el ámbito del derecho internacional, donde ha entrado en contradicción con las modernas cartas constitucionales internacionales y, en particular, con la Carta de la ONU de 1945 y con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948”<sup>241</sup>, lo cierto es que el desgaste sufrido por la soberanía interna como consecuencia de la consolidación de los sistemas constitucionales es mucho más intenso que el que la normativa internacional ha logrado hasta fechas muy recientes en el ámbito de la soberanía externa.

### 2.3.3.2 El distinto alcance de la crisis respecto de la vertiente externa de la soberanía

El propio Ferrajoli, en otro lugar, ha descrito cómo en contraste con el principio de soberanía interna, que desaparece con el advenimiento del *Rechtsstaat*, “el principio de soberanía externa ha seguido una trayectoria en dirección precisamente opuesta (...). La superación hacia adentro del estado natural y su conservación (o establecimiento) hacia fuera se convirtieron (...) en las dos líneas de desarrollo a lo largo de las cuales se desarrolló la historia de los Estados modernos (...). En consecuencia, el Estado moderno es un sujeto soberano basado en dos principios opuestos: la negación y afirmación del estado natural (...). Estas tendencias opuestas alcanzaron su más completo desarrollo durante el siglo XIX y comienzos del XX. Mientras el Estado-nación liberal-democrático se basaba internamente en la sujeción de todos los poderes públicos al Estado de derecho y a la representación popular; en sus relaciones externas, se mantenía libre de todo límite legal. Los dos procesos fueron simultáneos y estaban paradójicamente conectados (...). Mientras el Estado más limitaba su soberanía interna y ganaba en legitimidad imponiendo sobre sí mismo esos límites, más absoluta y legítima se volvía su soberanía externa

---

idea de un poder decisorio supremo y universal implica necesariamente la existencia de una sola y nunca de dos realidades”. Heller, H., *La soberanía...*, ob. cit., páginas 225 y 226.

respecto a otros Estados (...) y mientras el Estado más se desarrollaba como un ordenamiento jurídico, más se afirmaba a sí mismo como una entidad autosuficiente, identificada con el derecho pero, precisamente por esto, no sujeta al derecho”<sup>242</sup>.

El Derecho internacional de posguerra pretende poder llegar a cumplir la misma función que el Estado constitucional, de modo que la soberanía externa “decaiga en presencia de un sistema de normas internacionales que pueden ser caracterizadas como *ius cogens*, es decir, como derecho inmediatamente vinculante para los Estados miembros”. En este sentido, “la Carta de la ONU marca el nacimiento de un nuevo derecho internacional y el final del viejo paradigma –el modelo de Westfalia- difundido tres siglos antes tras el final de la guerra de los 30 años. Representa un auténtico pacto social internacional –histórico y no metafórico (...)- por medio del cual el derecho internacional se transforma estructuralmente, dejando de ser un sistema *pacticio*, basado en tratados bilaterales *inter pares*, y convirtiéndose en un auténtico ordenamiento jurídico supraestatal: ya no un simple *pactum associationis*, sino además un *pactum subiectionis* (...) llegados a este punto, caen todos los presupuestos y todos los caracteres de la soberanía, tanto interna como externa”<sup>243</sup>.

De todas formas, aun sin poner en duda el papel del sistema internacional especialmente en materia de derechos humanos, los verdaderos sujetos del Derecho internacional no son otros que los Estados, quienes jurídicamente siguen siendo considerados libres e iguales (soberanos) frente al resto a la hora de comprometerse internacionalmente. Pese a que se haya llegado a afirmar que en la actualidad también los individuos y los pueblos son sujetos del Derecho internacional<sup>244</sup>, en realidad sólo lo pueden ser considerados de manera mediata, como sujetos-objeto, a través de los acuerdos adoptados por sus respectivos Estados.

Por otra parte, los mecanismos que aseguran la efectividad de la normativa internacional no han logrado todavía, pese a su progresivo perfeccionamiento, la eficacia

---

<sup>241</sup> Ferrajoli, L., *Derechos y garantías...*, ob. cit., p. 126.

<sup>242</sup> Ferrajoli, L., “Más allá de la soberanía...”, ob. cit., páginas 399 y 400.

<sup>243</sup> Ferrajoli, L., *Derechos y garantías...*, ob. cit., p. 145.

<sup>244</sup> El propio Ferrajoli lo hace en la obra que venimos citando: “En el nuevo ordenamiento pasan a ser sujetos de derecho internacional no sólo los Estados sino también los individuos y los pueblos”. *Ibidem*, p.145.

que tiene el monopolio de la coacción legítima, que sigue ubicada en los Estados. El propio Ferrajoli, pese a su convicción en el debilitamiento de la soberanía externa estatal, reconoce que “la parábola de la soberanía está aún lejos de haber concluido. También la ONU, a pesar de su inspiración y su vocación universalista, sigue estando condicionada por el principio de soberanía de los Estados, en el plano de los hechos pero también en el jurídico”<sup>245</sup>.

En este sentido, han sido numerosas las voces que han calificado el sistema de las Naciones Unidas como un “modelo caduco de orden internacional”, entendiendo que “la ONU de 1945 no se corresponde en absoluto con la realidad internacional de finales de siglo”, desfase que explica el fracaso actual de la ONU, “consustancial al propio modelo diseñado en su carta constitutiva”, basada formalmente en la igualdad soberana de todos su miembros (art. 2, apartado primero) pero estructurada en función de la división del mundo según distintos niveles de poder geopolítico de los Estados. De esta manera, la Carta condiciona la actividad de la ONU a la soberanía de los Estados y en consecuencia la incapacita como ente autónomo frente a las presiones de dichos Estados<sup>246</sup>.

De nuevo Ferrajoli, ahondando en la misma línea, ha advertido en otro lugar que “el derecho internacional es ineficaz por ausencia de garantías de sus normas fundamentales, así del principio de la paz como de los derechos fundamentales; y que, semejante ausencia, hoy se configura como una *laguna* insalvable, la cual exige ser cubierta mediante una

---

<sup>245</sup> *Ibidem*, p. 146.

<sup>246</sup> Jáuregui Bereciartu, G., *La democracia planetaria*, ob. cit., páginas 97 y 98. El mismo autor cita algunas muestras de la corriente de opinión a favor de la reforma de la ONU, tanto de entidades con carácter extrainstitucional como desde la propia ONU. El propio autor recoge los tres ámbitos en los que una futura reforma debería incidir: en primer lugar, la composición y funcionamiento del Consejo de Seguridad. Un segundo ámbito es “el relativo al control jurisdiccional de los actos internacionales y, más concretamente, al reforzamiento del Tribunal de Justicia de La Haya. En tal sentido, su competencia no debería quedar limitada por la necesidad del consentimiento previo de los estados sino que tendría que ser impuesta obligatoria y automáticamente. Además, habría que otorgar carácter obligatorio a sus sentencias...”. Finalmente, al margen de potenciar otras formas de control judicial como el Tribunal Penal Internacional, resultan imprescindibles un conjunto de reformas institucionales que al margen del Consejo de Seguridad, pasan por el reforzamiento de la propia Asamblea General otorgándole más poderes, la promoción del desarrollo de la regionalización política a través de organismos como la UE y similares, la creación de una agencia económica coordinadora en los niveles global y regional, y el establecimiento de una fuerza militar internacional. “Como señala Whittaker, la ONU no debería ser considerada tanto como un actor más en el orden internacional sino como un auténtico régimen definido como un conjunto de expectativas mutuas, normas, regulaciones, principios explícitos, energías organizadas y apoyos financieros previamente aceptados por el conjunto de los estados” (Whittaker, D. J., *United Nations in the Contemporary World*, Londres, 1997, páginas 120 y 121). Jáuregui Bereciartu, G., *La democracia planetaria*, ob. cit., páginas 100 a 103.

profunda reforma de la ONU”. Lo que defiende Ferrajoli es la necesidad de lograr la vigencia de un Derecho universal que “no es otra cosa que la perspectiva del derecho internacional «tomada en serio» –según una muy bella imagen de Ronald Dworkin-, (que) se basa hoy sobre el hecho de que el tiempo de una reforma de la ONU –dirigida a poner fin a la sociedad natural de los Estados, suprimiendo la soberanía salvaje y subordinándolos efectivamente al derecho-<sup>247</sup>.

De esta manera, la noción de soberanía externa del Estado permanece, aunque adopte un significado más modesto que tradicionalmente. Se puede decir, con Díez-Picazo, que “se limita a definir la condición misma del Estado, es decir, de sujeto primario de las relaciones internacionales”, espacio en el que formalmente sigue siendo considerado en igualdad jurídica en las relaciones con los demás Estados, lo que lleva a prohibir “el uso arbitrario de la fuerza y, en menor medida, la intervención de terceros en asuntos meramente internos”<sup>248</sup>.

A partir de la pervivencia de ciertas atribuciones tradicionalmente ligadas al espacio de la soberanía estatal externa, han sido numerosas las voces que han seguido acudiendo a la noción de soberanía para hacer frente a la primacía de la normativa comunitaria en los términos planteados por el TJ. Ahora bien, con ello tales argumentaciones nacen debilitadas por el hecho de que parten de una situación que poco tiene ya que ver con la realidad.

### 2.3.3.3 Las limitaciones extrajurídicas a la soberanía externa estatal

No basta con considerar el papel del Derecho internacional y de los diversos grados de eficacia ofrecidos por las distintas organizaciones y normativas internacionales. No resulta de recibo obviar del análisis el hecho de que al lado de las formas institucionalizadas de creación del Derecho internacional (y no sólo al lado sino en muchas ocasiones por debajo, sin apenas salir a la superficie) existen poderosas fuerzas

---

<sup>247</sup> Ferrajoli, L., “La conquista de América y la doctrina de la soberanía exterior de los Estados”, Bergalli, R., Resta, E., *Soberanía: un principio que se derrumba*, Paidós, Barcelona, 1996, páginas 169 y 179 (páginas 145 a 176).

<sup>248</sup> Díez-Picazo, L. M., “Las insidias...”, ob., cit., p. 13.

principalmente económicas que vienen socavando de manera intensísima la realidad que encierra el concepto de soberanía estatal.

A diferencia de lo que sucede con la vertiente interna de la soberanía, que como sabemos ha logrado resistir durante algún tiempo la ficción jurídica que la equiparaba con la propia Constitución<sup>249</sup>, en el plano exterior las dificultades con las que choca cualquier operación de formalismo jurídico son casi insuperables. No exige en este sentido excesivos esfuerzos el descrédito de la afirmación que concibe al Estado como ente no sometido a ningún tipo de limitación jurídica que, al margen de la existencia de algunas normas de *ius cogens*, no sea aceptada mediante acto propio, esto es, el concepto mismo de soberanía estatal externa. En efecto, de poco nos sirve conocer qué normativa internacional vincula a un determinado Estado cuando la mayor parte de los condicionantes, limitaciones o directas imposiciones que acechan desde “el exterior” a la soberanía de un Estado no se cifran en términos jurídicos.

Así es: al margen de las notorias desigualdades en el potencial político, económico y militar entre los Estados, que ya de por sí convierten en espejismo la igualdad jurídico-internacional de los Estados (consecuencia de la soberanía), la ausencia de limitaciones al

---

<sup>249</sup> Según vimos, pese a que pueda llegar a aceptarse la construcción que en el nivel interno ve en la Constitución el lugar de la soberanía, entendiendo que el Estado constitucional asegura una situación, como ha señalado Palombella, “por la cual el Derecho se regula a sí mismo”, mediante, además, “vínculos no sólo formales, sino también sustanciales”, incluso esto debe ser cuestionado dado que el poder constituyente, como ya se dijera, no es en toda su significación un *res facti, non iuris*, y por tanto no puede dar lugar a una Constitución que presuma de total soberanía, esto es, de no sometimiento a limitación jurídica alguna. Y si como poder constituyente el pueblo no puede reclamarse completamente como *superiorem non recognoscens*, menos aun como ostentador del ejercicio de la soberanía. En este sentido, Palombella pone de manifiesto cómo según el art.1 de la Constitución italiana “la soberanía pertenece al pueblo”, pero que el pueblo la “ejercita”, se añade inmediatamente, “en las formas y dentro de los límites de la Constitución”. Palombella, G., *Constitución y soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, Comares, Granada, 2000, p. 99.

Pero, pese a todo, aunque no deje de ser una ficción jurídica, la construcción referida puede ser defendida como válida pues al fin y al cabo logra acercarse a la descripción de una realidad que en buena medida se halla si bien no totalmente si muy determinada por los cauces previstos en la Constitución. Así es, dada la legitimidad que todavía logra conservar gracias a la implementación de los mecanismos de democracia representativa y la eficacia en último extremo asegurada por el monopolio de la coacción (legítima), la capacidad demiúrgica del Derecho es en el interior del Estado aún muy importante, y por ello, y mientras dure –o precisamente para que dure-, puede llegar a aceptarse la ubicación en la Constitución del lugar de la soberanía interna. De todas formas, como a continuación veremos, las referidas fuerzas principalmente de carácter económico que actúan de modo transnacional no desarrollan su capacidad de influencia sólo en el terreno de las relaciones internacionales sino también de modo directo en el interior de los Estados, de modo que también la soberanía de la Constitución es puesta en entredicho a medida que ganan intensidad tales fuerzas.

poder de los Estados que no sean estrictamente jurídicas (esto es, fruto de la aceptación del Estado o consideradas como *ius cogens*) se difumina por la presencia de fuerzas principalmente de carácter económico que ponen en entredicho su consideración como sujetos libres en el escenario internacional.

Por todo lo recién expuesto, hay quien afirma que el concepto de soberanía deja de tener sentido en la actualidad pues “ya no puede reconocerse con (...) claridad como realidad política operante. Desde finales del siglo pasado actúan vigorosamente fuerzas corrosivas, tanto interna como externamente: el pluralismo político y social interno, que se opone a la idea misma de soberanía y de sujeción; la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado, que operan en el campo político, económico, cultural y religioso, con frecuencia en dimensiones totalmente independientes del territorio estatal”<sup>250</sup>.

#### 2.3.3.4 Conclusión: el carácter insatisfactorio de la distinción entre soberanía interna y soberanía externa

A partir de ahí, puede también sostenerse que, al ritmo de la erosión de la soberanía externa de los Estados (incrementada de manera extraordinaria por el proceso de integración comunitaria), la nítida separación entre lo externo y lo interno se difumina. Las fuerzas que socavan la soberanía no pueden ya separarse sin más entre las fuerzas que pugnan con el poder soberano desde el interior y las que lo hacen desde el exterior, pues precisamente, a medida que se desdibujan las fronteras estatales (al menos en ciertos ámbitos) deja de tener sentido, progresivamente, seguir hablando de “dentro” y “fuera”.

El ámbito internacional no es ya el escenario donde los únicos actores son los Estados; la intromisión en los asuntos internos no corresponde en exclusiva a los otros Estados, de modo que no siempre ha de resultar fácil separar de dónde vienen los ataques. Ataques que, al fin y al cabo, tienen un idéntico destino final: el cuestionamiento de que sea la Constitución el cauce real en el que se diriman los conflictos que afectan a la sociedad plural asentada en un determinado territorio.

---

<sup>250</sup> Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil...*, ob. cit., p. 11.

De esta manera acabamos topándonos con un resultado, el del carácter insatisfactorio de la distinción entre soberanía externa y soberanía interna, ya presente en la conclusión a la que Kelsen llegara por los cauces del positivismo jurídico a partir de la consideración de los sistemas jurídicos estatales como subsistemas del orden jurídico internacional, donde se halla ubicada la norma suprema de la que parte la validez de todas las normas que componen el sistema jurídico que, en consecuencia, es unitario<sup>251</sup>.

## **2.4 Conclusiones. La soberanía y el principio de unidad política y ordinamental**

A partir de lo que hemos ido viendo, debemos concluir que pese a que la reformulación del concepto de soberanía efectuada ya desde la etapa de entreguerras y consolidada más adelante no pueda desmerecerse, en realidad no llega a afectar alguno de sus atributos básicos: el *Estado constitucional* tal y como acaba conformándose en las Constituciones de posguerra no consigue, pues acaso ni lo pretende, superar la esencia de la noción de soberanía y su conexión con el Estado y con el Derecho.

Sin duda, la idea de Estado-persona dotado de un poder absoluto viene a ser matizada de manera importante por la consolidación de los Estados constitucionales europeos de posguerra, pero, de nuevo volvemos al mismo punto: la unidad última del ordenamiento, aspecto que no deja de considerarse irrenunciable, sigue dibujando un

---

<sup>251</sup> Frosini ha recogido la idea kelseniana de ordenamiento internacional como “realidad compuesta por una pluralidad de formas y de órdenes parciales, una realidad caracterizada por el desorden, entendido este término no en el sentido negativo de falta de orden, sino en el positivo de redundancia o exceso de órdenes, esto es, de estructuras evanescentes, según las cuales el desorden es la matriz inagotable de nuevos órdenes en un proceso epigenésico de formas”. En tal contexto, la soberanía no se divide en dos caras sino que aparece como “poder que representa el punto de encuentro entre el ordenamiento jurídico interno y el internacional”. De todas formas, como apunta el mismo autor, Kelsen viene a reconocer que su construcción es todavía más ideal que realidad, y que forma parte de su búsqueda por asegurar la paz y los derechos humanos. De alguna manera, Kelsen estaría tratando de conseguir la unidad y la cohesión del ordenamiento en el plano internacional como proyección de la racionalidad administrativa vigente en el plano estatal. De este modo, se vendría a coronar su concepción del ordenamiento “como portador de la idea, e incluso de la ideología, de la soberanía, entendida, según la concepción kelseniana, como exigencia de la unidad y la globalidad de un ordenamiento y como justificación del poder jurídico de coerción. Esta visión ideal del ordenamiento jurídico como conjunto de normas, o mejor, como sistema de conexión y mutación lógica entre las proposiciones normativas, que son el objeto de la ciencia jurídica, es una interpretación epistemológica a la que Kelsen confiere un carácter matemático absoluto a pesar de su relativismo filosófico; pero es también una interpretación operativa, ya que proporciona el modelo metodológico del trabajo técnico del jurista, tanto para

escenario de exclusividad y exclusión de otras formas jurídicas que no se hallen aceptadas por el ordenamiento estatal.

De Cabo nos recuerda con claridad qué es lo que define la idea de soberanía: la unidad del poder. “Bodino trata de evitar la dispersión y defiende la concentración del poder a través (...) de caminos no metafísicos sino reales (...). En Hobbes, igualmente puede decirse que, inseparable del concepto de poder absoluto, está el de la unidad del poder. En buena medida toda su construcción está presidida de que sólo con base en la unificación del poder cabe la existencia colectiva. Por eso, Sabine<sup>252</sup> ha propuesto no hablar, con respecto a Hobbes, de pacto o contrato, sino de persona ficticia (...) para referirse precisamente a esta unificación de la colectividad por un centro único de poder actuante; y efectivamente, en el famoso capítulo XVII del *Leviatán* (...) la generación de una república se concibe en los siguientes términos: «el único modo de erigir un poder común capaz de defenderlos (a los hombres) (...) es conferir todo su poder y fuerza a un solo hombre o a una asamblea de hombres que pueda reducir todas sus voluntades (...) a una sola voluntad (...) esto es más que consentimiento o concordia; es una verdadera unidad de todos ellos en una e idéntica persona, hecha por pacto de cada hombre con cada hombre (...) esta es la generación del gran Leviatán, o, más bien (...) de ese dios mortal a quien debemos (...) nuestra paz y nuestra defensa»<sup>253</sup>.

En el mismo sentido, Zagrebelsky nos recuerda como la formulación originaria de la soberanía exigía “la reconducción de cualquier manifestación de fuerza política a la «persona» soberana del Estado: una grandiosa metáfora que permitía a los juristas hablar del Estado como un sujeto unitario abstracto y capaz, sin embargo, de manifestar su voluntad y realizar acciones concretas a través de sus órganos”<sup>254</sup>.

---

el Derecho interno como para el Derecho internacional”. Frosini, V., “Kelsen y las interpretaciones...”, ob. cit., páginas 72 a 74.

<sup>252</sup> Sabine, G., *Historia de la teoría política*, México, 1973, p. 346, según cita de De Cabo, C., *Contra el consenso...*, ob. cit., p. 36.

<sup>253</sup> De Cabo, C., *Contra el consenso...*, ob. cit., páginas 36 y 37. La cita de Hobbes: Hobbes, T., *El Leviatán*, Cap. XVII, “De las causas, generación y definición de una República”, p. 266.

<sup>254</sup> *Ibidem*, p. 11. Continúa el autor la explicación sobre la concepción originaria de la noción de soberanía y de Estado añadiendo que “la vida de esta “persona” venía regulada por el derecho, cuya función era análoga a la que desempeñan las leyes de la fisiología respecto a los cuerpos vivientes. La ciencia política ha desenmascarado una y mil veces esta ficción y ha mostrados las fuerzas reales, los grupos de poder, las élites,

Las transformaciones acaecidas con posterioridad, siendo radicales, han partido de un intento de adaptar a los propios intereses las estructuras anteriores, lo que se deriva en el mantenimiento, aunque sea incorporando rasgos indudablemente nuevos, de algunos de los elementos del pasado. “Las revoluciones burguesas cambiaron muchas cosas, pero, evidentemente, no lo cambiaron todo. Entre lo que no cambiaron destaca precisamente el seguirse sosteniendo la soberanía como principio del Estado. Los revolucionarios perpetuaban así al «príncipe», es decir, al modelo estatal. De ahí la trascendencia de Maquiavelo, Bodin o Hobbes mucho más allá de su tiempo. Todo el discurso posterior va a continuar siendo el discurso del Estado (...) con sus sucesivos «príncipes»: el príncipe pueblo o el príncipe partido en la Revolución de Octubre”<sup>255</sup>.

Se podría decir que el edificio se mantiene en cuanto a su estructura externa y lo que cambia es la disposición del espacio interior. Frente a la concentración absolutista del poder, lo que se opone no es el desmembramiento del Estado sino una distinta estructura de poder: la de la división liberal dentro de la unidad. En este sentido, los cimientos no se mueven: la necesidad de encontrar un centro único de imputación de voluntad, lo que implica la indivisibilidad del Estado y su poder soberano. “Y de hecho, así ha ocurrido en todas las Constituciones históricas. La forma inequívoca de explicar satisfactoriamente la naturaleza jurídica del Estado, de captar y traducir jurídicamente el hecho del Estado como unidad colectiva, es la concepción del mismo como sujeto de derecho; sólo así, según Jellinek, es posible comprender jurídicamente la unidad del Estado, la de su organización y la voluntad que ella engendra”<sup>256</sup>.

En este sentido, cabe hablar de que el Estado constitucional representa una concepción monista del Estado pluralista, pues lo que pretende, esencialmente, es la integración unitaria del pluralismo jurídico, como (único) medio de asegurar la ausencia de

---

las clases políticas o sociales, etc., de las que la “persona” estatal no era más que una representación, una pantalla o una máscara. Pero, desde el punto de vista jurídico, esta concepción desempeñaba una función de gran importancia e incidencia práctica: permitía dotar a cuantos actuaban en nombre del Estado y según su derecho, es decir, operando como sus “órganos” (he aquí la metáfora de la “persona estatal” que aún funciona), de la misma autoridad que, por principio, era característica del propio Estado en el campo político. El derecho relativo a esta “persona” soberana y a sus “órganos” era el “derecho del Estado” (*Staatsrecht*), que es la representación de la soberanía estatal. *Ibidem*.

<sup>255</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>256</sup> *Ibidem*, p. 42.

contradicciones y la coherencia del sistema jurídico en su conjunto. En tal contexto, en el advenimiento del Estado constitucional no sólo debe destacarse la perspectiva material que marca la cesura entre el constitucionalismo clásico liberal y el constitucionalismo moderno, y que, como ha señalado De Cabo, consiste en la virtualidad “de incorporar a sus normas un contenido específicamente valorativo, la de vincular inseparablemente «el ser» al «deber ser»”<sup>257</sup>.

Al proveer de un cuadro axiológico al pluralismo social, el principio de constitucionalidad, que viene a sustituir al principio de legalidad en cuanto principio supremo del ordenamiento, actúa, es cierto, en el plano material, pero igualmente debe actuar en el plano formal, en el que la Constitución se erige como la norma de las fuentes. Siguiendo con De Cabo, la Constitución tiene como cometido ineludible regular “los distintos centros de creación del Derecho que en la actualidad comprende no sólo los órganos del Estado con capacidad normativa sino los diferentes agentes jurídico-políticos de los Estados no unitarios, los organismos supraestatales y las distintas formas en que las fuerzas sociales e intereses privados participan en la elaboración del Derecho; con esta regulación se establecen los criterios básicos de *validez* de las fuentes (...) Pero precisamente en la medida en que los ordenamientos modernos se hacen más complejos, hasta el punto de que la multiplicidad de sus fuentes y la fragmentación normativa han hecho pensar (Luhmann) en su incapacidad para responder a la complejidad de las sociedades contemporáneas, se hace más necesario que la Constitución, a través de reglas formales, logre a coexistencia de los diferentes centros de producción jurídica”<sup>258</sup>.

En realidad, lo único que el advenimiento del Estado constitucional trae a discusión es si dicha unidad puede concebirse exclusivamente en términos jurídicos, que sería la propuesta kelseniana, o es necesario seguir refiriéndose a una unidad previa de carácter teleológico e histórico-social, fundada en la idea de poder soberano, opción reclamada por Heller en respuesta al formalismo positivista.

En este contexto asistimos a una situación paradójica: como enseguida veremos, mientras que por un lado se reconoce de manera generalizada la falta de vigencia de la

---

<sup>257</sup> De Cabo, C., “Las fuentes del Derecho...”, ob. cit., p. 257.

<sup>258</sup> *Ibidem*, p. 255.

noción tradicional de soberanía, por otro lado se incorpora su esencia al discurso político y jurídico reivindicando el principio de unidad política y ordinamental.

Tal adaptación debe ser frontalmente rebatida pues el conjunto de transformaciones de orden social, político y jurídico que vivimos en las últimas décadas, hace que seguir ubicando esa versión retocada de la idea de soberanía en el núcleo de la idea de Estado constitucional convierte al Estado en un agente incapaz de asegurar la vigencia de los valores y principios del constitucionalismo.

Ese conjunto de transformaciones merecen ser objeto de análisis, pues están en la base de la comprensión de la dimensión del proceso de integración, como tendremos ocasión de fundamentar.

### **3. El cuestionamiento del principio de unidad jurídico-política estatal en el contexto de la globalización**

#### **3.1 Introducción**

En el camino por evidenciar la quiebra que el principio de unidad ordinamental experimenta en el contexto contemporáneo, presupuesto necesario para poder sostener una visión pluralista de las implicaciones del proceso de integración, el siguiente paso nos lleva al análisis del papel que en esa quiebra juega el fenómeno de la globalización, principalmente pero no solamente económica.

Hay que señalar, por otra parte, que el proceso de integración comunitaria tal y como se configura en la actualidad no puede ser comprendido si no es en relación con el contexto económico y político global. De esta manera, la aproximación al fenómeno de la globalización no se justifica sólo por lo que supone en el marco de la quiebra de la soberanía y del principio de unidad ordinamental, sino porque explica en sí mismo algunos de los elementos definitorios del proceso comunitario.

Ya aludimos al hacer referencia a la vertiente externa que la ausencia de limitaciones al poder de los Estados que no sean estrictamente jurídicas chocaba frontalmente con la presencia de fuerzas principalmente de carácter económico que ponen en entredicho su consideración como sujetos libres e iguales en el escenario internacional.

No desvelamos nada si afirmamos que las referidas “fuerzas de carácter principalmente económico” pueden ser reconducidas mayoritariamente a un mismo fenómeno conocido con el nombre de globalización o mundialización<sup>259</sup>. Así es, como señala Jáuregui, “el acelerado proceso de interdependencia y transnacionalización que estamos viviendo actualmente de los órdenes tecnológico, científico, económico, cultural, humanitario, etc., está provocando un desfase absoluto entre el orden político y la realidad social (...)”<sup>260</sup>. En la misma línea, Habermas afirma con contundencia que “ni la capacidad política de acción de los viejos Estados nacionales, ni tampoco la de las recientes uniones de Estados, ni la de las conferencias internacionales que han logrado institucionalizarse, guardan ninguna proporción con el tipo de autorregulación que ofrecen unos mercados global y mundialmente entrelazados y enredados unos con otros”<sup>261</sup>.

Esa autorregulación que afecta a los mercados incide directamente, como es natural, en los Estados, quienes hasta no hace mucho venían proclamándose como “dueños” del espacio económico interior. “Se produce una quiebra profunda del principio de soberanía. Las fronteras son penetrables y pierden su significado cuando actores no estatales pueden comunicarse a través del espacio”<sup>262</sup>. “El Estado ha dejado de ser el actor unitario para

---

<sup>259</sup> Pese a que se trate de un fenómeno sobre el que sólo en los últimos años se ha empezado a tratar con insistencia, existen referencias tempranas a tal preocupación en autores como Luhmann, N., “Die Weltgesellschaft”, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 57, 1971, páginas 1 a 35, tal y como nos recuerda Arnaud, A. J., *Entre Modernidad y Globalización. Siete lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 23.

El mismo autor aborda el debate sobre la conveniencia de la utilización del término “globalización”, el utilizado por los autores anglosajones, o el de “mundialización”, propuesto por autores franceses. Después de una prolija argumentación sobre las razones que le llevan a ello, el autor opta por la utilización del primero de ellos. Hay que decir, no obstante, que se trata de un debate estéril, pues basta con precisar que el término “globalización”, que es el más utilizado, hace referencia al globo (terrestre) y no necesariamente a lo global en el sentido de conjunto. De este modo ambos términos son sinónimos y resulta indiferente el recurso a uno u a otro. Pero es que además, pese a la carácter discontinuo y heterogéneo del fenómeno, lo cierto es que es también “global”, en el sentido de afectar a muchos ámbitos (no sólo el económico). Personalmente utilizaré preferentemente el de “globalización” por resultar distintivo y portador de un significado específico y ampliamente compartido.

<sup>260</sup> Jáuregui Bereciartu, G., “El Estado, la soberanía...”, ob. cit., p. 74.

<sup>261</sup> Habermas, J., *Más allá del Estado...*, ob. cit., p. 153.

<sup>262</sup> Un buen ejemplo lo constituye la incapacidad del Derecho penal estatal para luchar contra actos ilícitos que puedan tener lugar a través de internet, ya que el lugar desde donde se realiza el acto puede situarse sin dificultad fuera de las fronteras estatales y afectar de igual modo en el interior. En este sentido, recientemente ha salido a la luz la incapacidad de las autoridades alemanas de actuar ante supuestos de utilización de simbología nazi a través de páginas web.

convertirse en un marco más, no el único, en el que se negocian y resuelven las diferencias políticas (...). Quizá donde la disminución de soberanía se manifieste de un modo especialmente dramático sea en el ámbito de la política militar y de defensa. Un terreno que, como se sabe, constituye una de las razones más importantes, si no la fundamental que otorga al Estado nacional su propia razón de ser, la propia justificación histórica de su existencia...»<sup>263</sup>.

Por ello, “cada vez resulta más difícil mantener la idea de Estado como el garante, o al menos como el único garante, del «interés general». En el mundo actual el protagonismo de las relaciones internacionales no es ya exclusivo de los Estados, sino que corresponde a otros muchos entes, instituciones u organizaciones (intergubernamentales, no gubernamentales, infraestatales, o incluso entidades privadas de carácter mercantil, profesional, cultural, social, etc...)»<sup>264</sup>.

Según Hegel, nos recuerda Habermas, toda forma histórica debe considerarse al ocaso en el mismo momento en que llega a su madurez. En este sentido, “el Estado nacional representaba en su época una convincente respuesta al desafío histórico consistente en encontrar un equivalente funcional para las formas de integración social de la modernidad temprana que habían entrado en decadencia. Hoy nos hallamos ante un desafío similar. La globalización del tráfico económico y de las comunicaciones, de la producción económica y de su financiación, de las transferencias en tecnología y armamento y, sobre todo, de los riesgos tanto ecológicos como militares, nos confronta con problemas que ya no pueden solucionarse dentro del marco de un Estado nacional o por las vías habituales hasta ahora de los acuerdos entre Estados soberanos”<sup>265</sup>.

Ha sido Offe quien ha calificado a los Estados nacionales como “organización estructural subóptima”. Según el mismo autor, “los Estados nacionales son en primer lugar económicamente subóptimos porque impiden con sus fronteras la movilidad de las mercancías y de los factores de producción, causando así una pérdida de eficiencia que sólo

---

<sup>263</sup> Jáuregui Bereciartu, G., “El Estado, la soberanía..”, ob. cit., páginas 75 y 77.

<sup>264</sup> Jáuregui Bereciartu, G., “Globalización y crisis del Estado-nación: soberanía y autodeterminación en la perspectiva del siglo XXI”, en *Los nacionalismos: globalización y crisis del Estado nacional*, CGPJ, Madrid, 1997, p. 179 (páginas 170 a 191)

<sup>265</sup> Habermas, J, *La inclusión del otro...*, ob. cit., páginas 82 y 83.

puede ser evitada con un Mercado Común (...). En segundo lugar los Estados nacionales son subóptimos políticamente porque impiden, debido a sus prioridades y rivalidades limitadas por su condición nacional, la solución de problemas sociales transnacionales...”<sup>266</sup>.

### 3.2 La globalización económica

En la actualidad, la globalización “es algo más que un fantasma que recorre el orbe”<sup>267</sup>. Dicho fenómeno corresponde de manera simplificada a “la emergencia de una nueva economía global a escala planetaria (...) (que) está dando lugar al surgimiento de un nuevo sistema económico cuyos protagonistas principales no son ya los estados nacionales sino una serie de corporaciones multinacionales o, en su caso, transnacionales (...)”. Siendo el terreno de lo económico el núcleo del proceso, “la globalización no se limitaría, sin embargo, al ámbito estrictamente económico sino que constituiría un fenómeno mucho más complejo. En efecto, la propia mundialización de la economía, acompañada del desarrollo de la tecnología, particularmente de las tecnologías de la información, estaría provocando, a su vez, un efecto globalizador en todos los sectores de la vida humana...”<sup>268</sup>.

En este sentido más amplio, Giddens, ha definido la globalización como una intensificación de las relaciones a escala planetaria que provoca una influencia recíproca entre sucesos de carácter local y otros que acontecen en lugares bien distantes<sup>269</sup>. El mismo autor lo ha expresado de otra manera afirmando que “sería un error pensar que la mundialización simplemente es el proceso de crecimiento de la unidad mundial. La

---

<sup>266</sup> Offe, C., “Democracia y Estado...”, ob. cit., p. 252.

<sup>267</sup> Ruipérez, J., *La “Constitución europea”...*, ob. cit., p. 15.

<sup>268</sup> Jáuregui Bereciartu, G., *La democracia planetaria*, ob. cit., páginas 27 y 28. En el mismo sentido Giddens pone algunos ejemplos esclarecedores del significado de la globalización no sólo económica refiriéndose, por ejemplo a que en los años ochenta alrededor del 90% de las películas exhibidas en Tailandia fueron de origen norteamericano. Giddens, A., *Sociología*, Alianza Editorial, Madrid, 1993, p. 578.

<sup>269</sup> Giddens, A., *Consecuencias de la modernidad*, Alianza Editorial, Madrid, 1993, páginas 67y 68.

mundialización de las relaciones sociales debería entenderse fundamentalmente como el reordenamiento del tiempo y la distancia en nuestra vida”<sup>270</sup>.

Arnaud<sup>271</sup>, afirma que cabe hablar de globalización cuando se cumplen una serie de condiciones: un cambio en los modelos de producción que conlleva una dislocación de la actividad económica, que facilita las transferencias de una parte de las operaciones de trabajo de un país a otro (nueva división internacional del trabajo); el desarrollo de los mercados de capitales ligados entre sí más allá de las naciones; una expansión creciente de las multinacionales (una economía planetaria); la importancia creciente de los acuerdos comerciales entre naciones que forman bloques económicos regionales (UE, Mercosur, NAFTA); un ajuste estructural que pasa por la privatización y la disminución del papel del Estado; las propias estructuras jurídicas se ven afectadas, adaptadas a la interacción económica; la hegemonía de los conceptos neoliberales en materia de relaciones económicas; una tendencia generalizada a la democratización interna de los países y a la protección internacional de los derechos humanos; la aparición de actores sociales supranacionales y transnacionales (organizaciones no gubernamentales) que tienen como cometido la promoción de la democracia, los derechos humanos, la protección medioambiental, etc<sup>272</sup>.

Por su parte, Fröbel, Heinrichs y Kreye hablan, tal y como recoge de Sousa Santos, de una nueva división internacional del trabajo<sup>273</sup>, basada en la globalización de la producción llevada a cabo por las empresas transnacionales, que son, de manera más prominente que nunca, los agentes clave de la nueva economía mundial. “Las principales características de esta nueva economía mundial –continúa de Sousa Santos- son: obtención de recursos alrededor del mundo; sistemas de producción flexibles y costos de transporte

---

<sup>270</sup> Giddens, A., *Sociología*, ob. cit., p. 553.

<sup>271</sup> Basándose en el compendio propuesto por Trubek, D. M., Dezalay, Y., Buchanan, R., Davis, J. R., “Global Restructuring and the Law: The Internationalization of Legal Fields and the Creation of Transnational Arenas”, *Case Western Reserve Law Review*, 44/2, 1994, páginas 407 a 498.

<sup>272</sup> Arnaud, A. J., *Entre Modernidad y Globalización...*, ob. cit., páginas 33 y 34.

<sup>273</sup> Fröbel, F., Heinrichs, J., Kreye, O., *The New International Division of Labour*, Cambridge University Press, Cambridge, 1980, citado por De Sousa Santos, B., *La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, UNC-ILSA, Bogotá, 1998, p. 39. Así lo ha puesto de manifiesto también Giddens, A., *Sociología*, ob. cit., p. 567.

bajos que permiten la producción de componentes industriales en la periferia y la explotación hacia el centro, surgimiento de tres grandes bloques comerciales: los Estados Unidos, basado en las relaciones privilegiadas con Canadá, México y América Latina; Japón, basado en las relaciones privilegiadas con los cuatro pequeños tigres y el resto de Asia Oriental; y Europa, basado en la Unión Europea y en las relaciones privilegiadas con Europa Central y Oriental y África Septentrional”<sup>274</sup>.

En materia de política económica, y pese a las matizaciones que se introdujeron tras momentos como el de la crisis de los llamados “tigres asiáticos”<sup>275</sup>, las implicaciones de las referidas transformaciones pueden ser expresadas de la siguiente manera: “las economías nacionales deben estar abiertas al comercio, y los precios domésticos deben estar conformes con los precios internacionales del mercado; las políticas fiscal y monetaria deben estar prudentemente dirigidas al mantenimiento del precio y a la estabilidad de la balanza de pagos; los derechos de propiedad privada deben ser claros e inviolables; las empresas productivas de propiedad del Estado deben ser privatizadas; la toma de decisiones privada, guiada por precios no distorsionados, debe dictar los patrones nacionales de especialización, distribución de recursos y remuneración de factores de producción, con

---

<sup>274</sup> De Sousa Santos, B., *La globalización del Derecho...*, ob. cit., p. 40.

<sup>275</sup> Así es, hasta que en julio de 1997 se empezara a desencadenar dicha crisis a partir de la brusca devaluación de la moneda tailandesa (básicamente porque su auge había sido fruto en buena medida de operaciones especulativas del capitalismo financiero, sin base material), el paradigma neoliberal había ido consolidándose con rapidez especialmente en las “nuevas economías” asiáticas. Si recordamos, las consecuencias de dicha devaluación no se extendieron sólo por los países limítrofes, sino que, en una clara demostración de hasta dónde había ya llegado el proceso globalizador, afectó de manera directa también a Japón, que sufrió la recesión más profunda desde la recesión más profunda desde la Segunda Guerra Mundial, China, y América Latina (en especial Brasil). Como ha señalado Estefanía, “alrededor del 60% del mundo entró en recesión, después de un baile de monedas y de un descenso generalizado de los valores. El mercado, dejado a sus propias fuerzas, es naturalmente inestable, no al contrario (...). Se habían olvidado las regulaciones necesarias para que una crisis regional –por ejemplo la asiática– no devenga de forma irremediable en una crisis sistémica”. Estefanía, J., “El final del final de la historia (económica)”, *El País Semanal*, diciembre, 1998, páginas 57 y 58.

A partir de ahí, se han sucedido una serie de reacciones que se dirigen en el sentido de no confiar plenamente en la autorregulación del mercado y hacer cuando menos un seguimiento de los procesos económicos que permitan prever y evitar las crisis, al menos en su nivel global. Así, se temen las consecuencias de la construcción del mercado totalmente fuera del Estado, como sucede en Rusia, y se demanda por ello, en algunos aspectos, la vuelta al mismo. De todas formas, y por eso hablábamos de matices, por el momento son meras correcciones a un proceso que sigue conservando sus señas de identidad.

regulación o política sectorial gubernamentales mínimas; el presupuesto gubernamental residual debe ser dirigido a una política educativa y social con propósitos definidos”<sup>276</sup>.

Hay que reconocer que la internacionalización de la economía no es para nada un fenómeno nuevo, pero la diferencia entre la gran fase de la expansión capitalista en el plano internacional que tuvo lugar entre el último tercio del s. XIX y el estallido de la Primera Guerra Mundial y lo que se conoce con el nombre de globalización económica está en los protagonistas del fenómeno: en el primer caso son los Estados colonialistas, y en el segundo son las empresas monopolistas que pese a estar ancladas inicialmente en una concreta realidad estatal con la consolidación del fenómeno tenderán paulatinamente a adquirir una dimensión primero multinacional, lo que implica la existencia de un centro del que parten tales empresas y que se halla ubicado en alguno de los Estados del llamado “primer mundo” (con lo que el papel de éstos sigue siendo clave), y luego transnacional, esto es, a partir de empresas que “carecen de centro y se configuran como una red de relaciones que basa su actividad en criterios de pura racionalidad económica...”<sup>277</sup>.

El nuevo período rompe con el anterior de manera tajante en todos los terrenos: en el terreno técnico-productivo y organizativo, en el que no sólo hay que hablar de globalización o mundialización, sino también de la consolidación de la tercera revolución industrial (que consiste esencialmente en el empleo de nuevos materiales de origen químico, en la introducción generalizada de la informática en la producción y en el consumo privado, y en la adopción de nuevas formas organizativas para desarrollar los procesos económicos); en el plano económico-político, en relación con el modo de apropiación y de reproducción social; en el ámbito socio-poblacional, en relación con el tipo de estratificación social que se genera; en definitiva en el espacio de lo cultural, lo político y lo jurídico<sup>278</sup>.

Como señala Jáuregui, “la internacionalización hace referencia al proceso de intensificación de conexiones mutuas entre los diversos territorios, ámbitos o esferas

---

<sup>276</sup> De Sousa Santos, *La globalización del Derecho...*, ob. cit., p. 40. El autor cita en este punto a Stalling, B., “International Influence on Economy Policy: Debt, Stabilization and Structural Reform”, en Haggard y Kaufman (eds.), p. 3 (páginas 41 a 88).

<sup>277</sup> Jáuregui Bereciartu, G., *La democracia planetaria*, ob. cit., p. 36.

<sup>278</sup> *Ibidem*, p. 32.

nacionales. La globalización va mucho más allá ya que supone una situación de desaparición o, cuando menos, reducción al máximo de las distancias y las fronteras”. De todos modos, es importante recalcar que “eso no significa que la globalización afecte de forma directa a todas las personas, lugares y esferas de actividad de todo el planeta o, al menos, que los afecte de la misma forma (...). La globalización no implica (...) una homogeneización o superación de las diferentes culturas, ni tampoco supone, desgraciadamente, el surgimiento de una nueva comunidad mundial asentada en la paz. Bien al contrario (...), está suponiendo (...) un aumento de las desigualdades, los conflictos, los antagonismos sociales y políticos y de los problemas de toda índole”<sup>279</sup>. Por esta razón, resulta más indicado hablar de la existencia de una economía global regionalizada, asimétrica, en la que la exclusión social llega a zonas enteras del planeta borradas por completo del contexto geopolítico mundial, a la vez que se traslada a capas amplias de la población del resto de zonas, incluso en las denominadas del “primer mundo”<sup>280</sup>.

En este sentido, aunque resulte obvio, no está de más recordar que los efectos de la globalización económica en los márgenes de autonomía estatal son mucho más intensos en los Estados “en vías de desarrollo” (también llamados “semi-periféricos”, desde un punto de vista mercantilista), más incluso que en los subdesarrollados (Estados “periféricos”), cuya situación los margina incluso de los intereses transnacionales; a diferencia de los Estados “hegemónicos”<sup>281</sup>, que cuentan con una mayor capacidad de resistencia y negociación incluso sin tener que acudir a fórmulas de integración regional. Así es, en los Estados en vías de desarrollo es donde se dejan sentir con su mayor fuerza la imposición de las políticas económicas de corte neoliberal como manera de atraer las inversiones de empresas multinacionales o transnacionales o como condiciones para la concesión de

---

<sup>279</sup> *Ibidem*, páginas 34 y 35. Al referirse a los efectos negativos de la globalización, el autor cita a Scholte, J. A., “Beyond the Buzzword: Towards a Critical theory of Globalization”, en Kofman, E., Youngs, G., *Globalization: Theory and Practice*, Londres, 1996.

<sup>280</sup> En este mismo sentido, Giddens ha indicado que “la mundialización de las relaciones sociales no se ha desenvuelto de forma uniforme: desde el principio, ha estado asociada a diferencias entre la distintas regiones del mundo”. Giddens, A., *Sociología*, ob. cit., p. 554.

<sup>281</sup> Giddens, por su parte, los viene denominando “países del núcleo”, aludiendo también a la “semiperiferia” (en la que entrarían, para servirnos de guía, los Estados menos desarrollados económicamente de la UE), la “periferia” (en la que se situarían los países en vías de desarrollo) y el “escenario externo” (referido a los

ayudas por parte de las instituciones financieras internacionales (el Banco Mundial o, en el nivel regional, el Banco Interamericano de Desarrollo, por ejemplo), instituciones, no olvidemos, controladas en el plano institucional por los Estados hegemónicos<sup>282</sup>, quienes sirven cumplidamente los intereses de las empresas multinacionales, con sede en dichos Estados, y transnacionales.

Por las razones expuestas, no puede entenderse el fenómeno de la globalización como un proceso homogéneo y continuo, sino como algo “selectivo, dispar y cargado de tensiones y contradicciones. Pero no es anárquico. Reproduce la jerarquía del sistema mundial y las asimetrías entre las sociedades centrales, periféricas y semiperiféricas”<sup>283</sup>. De hecho, de Sousa Santos considera que la clave está en que el fenómeno no es otra cosa que “la globalización exitosa de un localismo dado”. Hay que partir, en consecuencia, de una serie de asimetrías que se explican a partir del entendimiento de la globalización como el resultado de, principalmente, dos manifestaciones distintas. Por un lado, el *localismo globalizado*, que “consiste en el proceso por el cual un fenómeno local dado es globalizado con éxito, ya se trate de la operación mundial de las empresas transnacionales<sup>284</sup> (...) o de la adopción de las leyes de propiedad intelectual norteamericanas sobre software para computadoras”; la segunda forma de globalización es el *globalismo localizado*, que consiste “en el impacto específico de las prácticas e imperativos transnacionales en las condiciones locales, que son así desestructuradas y reestructuradas con el fin de responder a dichos imperativos. Tales globalismo localizados incluyen: enclaves de libre comercio; deforestación y deterioro masivo de los recursos naturales para pagar la deuda externa (...);

---

países y regiones que apenas cuentan para el capitalismo mundial, en especial el África subsahariana). Giddens, A., *Sociología*, ob. cit., p. 566.

<sup>282</sup> El caso más paradigmático es el del FMI, cuya autoridad es ejercida por un *Consejo de Gobernadores* (formado por los ministros de finanzas de los países miembros) en el que los votos tienen un valor proporcional a la cuota aportada por cada país a la institución, que se determina en función del nivel del Producto Nacional Bruto. El reparto es el siguiente: países industrializados (63.1%), África (6.6%), Asia (10.2%). Hay que decir que sólo un país, los EEUU acapara el 19.9% de las cuotas, esto es, del poder de decisión.

<sup>283</sup> De Sousa Santos, B., *La globalización del Derecho...*, ob. cit., p. 56.

<sup>284</sup> Hay que señalar que el autor utiliza la expresión “transnacional” para referirse a todo fenómeno supraestatal, sin atender a la distinción entre multinacional y transnacional que antes se ha indicado.

conversión de la agricultura de subsistencia en agricultura orientada a la exportación (...)»<sup>285</sup>.

A partir de ahí, el autor que citamos entiende que “el sistema mundial y, más específicamente lo que es designado como globalización, es una red de globalismos localizados y localismos globalizados”<sup>286</sup>.

De todas formas, y retomando así el hilo de un análisis que trata de mostrarnos los efectos de la globalización sobre las realidades estatales, incluso teniendo en cuenta la esencial asimetría que dicho proceso incluye, ni tan siquiera los Estados más poderosos quedan fuera de las consecuencias que para su autonomía política tiene la concentración de poder económico en las empresas multinacionales y transnacionales, pues, precisamente porque buena parte de dichas empresas siguen referidas a un Estado concreto, la defensa de sus intereses se convierte la defensa de intereses hegemónicos dentro del propio Estado<sup>287</sup>, ya sea de empresas multinacionales asentadas en el mismo, ya sea de los intereses inversores en empresas transnacionales que, igualmente, se concentran en tales Estados<sup>288</sup>.

De nuevo, aparece con fuerza el carácter contradictorio del fenómeno globalizador. Como señala de Sousa Santos, “la ideología y la práctica del liberalismo económico impulsada por fuerzas domésticas e internacionales, combinadas con las prácticas de las empresas transnacionales, han llevado ciertamente a una pérdida relativa del papel protagónico del Estado-nación dentro del sistema mundial. La mayoría de los autores

---

<sup>285</sup> De Sousa Santos, B., *La globalización del Derecho...*, ob. cit., p. 57.

<sup>286</sup> *Ibidem*. Vale la pena insistir en la imposibilidad de comprender en su integridad el fenómeno de la globalización sin referirse a la intensa interrelación existente entre lo global y lo local. En este contexto, las nociones de *localismo globalizado* y de *globalismo localizado* son muy explicativas; “global” presenta la ventaja complementaria de hacer referencia a “local”, su antónimo, que está llamado a jugar un papel dialéctico en la dinámica de globalización de los intercambios”. La importancia de las dinámicas locales ha llevado a que empiece a utilizarse el término de “glocalización”, ya sea para reflejar el entendimiento de la interrelación referida como elemento esencial en la comprensión del proceso global, ya sea para aludir a un concepto que ve en el reforzamiento de lo local, aunque desde la perspectiva de su ubicación en un proceso más amplio, global, la mejor manera de poner freno a los efectos más devastadores del proceso.

<sup>287</sup> En el terreno de las telecomunicaciones se halla un buen ejemplo de cómo un Estado, concretamente los Estados Unidos de Norteamérica, cumple la función de defender en el plano internacional los intereses de tales empresas. El ejemplo se halla explicado en la nota 741.

<sup>288</sup> Como nos recuerda Giddens, en los años ochenta, 89 de las 200 corporaciones transnacionales (Giddens no realiza la distinción que comentamos entre las empresas transnacionales y las multinacionales) del mundo tenían su sede principal en los Estados Unidos. Giddens, A., *Sociología*, ob. cit., p. 568.

tienden a aceptar que, en áreas decisivas, el Estado está siendo desconectado tanto del capital como del trabajo nacionales, perdiendo así la capacidad de garantizar por sí mismo los ajustes institucionales necesarios para una reproducción y acumulación estables”. Pero como decíamos, “este es, sin embargo, un proceso muy complejo y lleno de desarrollos contradictorios, debido a que gran parte de la pérdida del papel central del Estado está de hecho siendo conducida por el mismo Estado”<sup>289</sup>.

Así las cosas, y yendo al ejemplo que ofrecen los procesos de integración regional, se puede afirmar, con Mercado Pacheco, que “la adhesión e integración en entidades supranacionales es una renuncia a la propia soberanía económica sólo en un sentido formal. En términos sustanciales, estas cesiones de soberanía nacen del reconocimiento de que la dimensión nacional no es ya la dimensión idónea en la que puede ejercerse un gobierno efectivo de lo económico”<sup>290</sup>. La dimensión de los cambios ha sido tal y con tanta rapidez que hay quien sostiene que “el siglo XX puede darse por concluido hacia la primera mitad de la década de los setenta. Una serie de factores pone fin al modelo social representado por las políticas económicas keynesianas y por el Estado intervencionista asistencial”<sup>291</sup>.

### **3.3 La crisis de legitimidad**

#### *3.3.1 Introducción*

Los efectos de la globalización, al incidir, como acabamos de ver, de manera directa e intensísima en la ya mermada soberanía estatal, dan pie a otro resultado de enorme envergadura: una quiebra en la legitimidad de la toma de decisiones políticas, antes

---

<sup>289</sup> De Sousa Santos, B., *La globalización del Derecho...*, ob. cit., p. 87.

<sup>290</sup> Mercado Pacheco, P., “El «Estado comercial abierto». La forma de gobierno en una economía desterritorializada”, en Capella, J. R. (coord.), *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, CGPJ, Madrid, p. 132 (páginas 125 a 158).

<sup>291</sup> Capella, J. R., *Fruta Prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del Estado*, Trotta, Madrid, 1997, p. 231.

referidas al contexto estatal, que las instituciones supraestatales de diversa índole no han sido capaces, por el momento, de restituir.

Como sabemos “el Estado nacional constituyó una vez el marco en el interior del cual se articuló y en cierto sentido también se institucionalizó la idea republicana de la actuación consciente de la sociedad sobre sí misma. Para el Estado nacional, tal y como se ha mencionado, resultaba típica una relación complementaria entre el Estado y la economía, por un lado, y la política interior y la competencia de poder entre los Estados, por otro lado. Este esquema, ciertamente, sólo se ajusta a determinadas relaciones donde la política nacional aún puede influir en una «economía nacional»<sup>292</sup>. En otras palabras, “el Estado territorial, la nación y una economía circunscrita a unas fronteras nacionales formaron una constelación histórica en la cual el proceso democrático, en mayor o menor medida, pudo adoptar una convincente forma institucional. Si queremos entender por qué hoy el Estado social se encuentra en dificultades deberemos recordar la constelación en que tiene lugar su origen”<sup>293</sup>.

El fenómeno de la globalización produce un desplazamiento de la política por parte de los mercados. Los mercados, fundamentalmente de carácter financiero<sup>294</sup>, han conseguido separarse del terreno de lo político, esto es, de la discusión sobre una pluralidad de alternativas, bajo el disfraz de una pretendida racionalidad económica que va camino de adoptar en el terreno económico la faz de un auténtico “pensamiento único”<sup>295</sup>. Así se pretende llegar al “fin de la historia”<sup>296</sup> y hacer pasar como apolítico el credo neoliberal,

---

<sup>292</sup> Habermas, J., *La inclusión del otro...*, ob. cit., p. 98.

<sup>293</sup> Habermas, J., “La constelación...”, ob. cit., p. 83.

<sup>294</sup> Según recoge Harnecker, “a mediados de los noventa en un solo día se negociaba en Londres un monto de divisas equivalente al PIB mexicano de un año entero y los mercados financieros internacionales tenían una dimensión diecinueve veces mayor que todo el comercio mundial de mercancías y servicios. Estas cifras han aumentado enormemente desde entonces. Por su parte, Ramonet... sostuvo que el 95% de la actividad económica actual es de tipo financiero. Este 95% sólo existe en el mundo virtual de las órdenes de compra y venta; se trata de una pura comunicación que se traslada por las autopistas de la información, mientras que sólo un 5% de la economía es economía real”. Harnecker, M., *La izquierda en el umbral del siglo XXI*, Siglo XXI editores, Madrid, 1999, p. 74.

<sup>295</sup> Así lo han denominado Estefanía (Estefanía, J., *Contra el pensamiento único*, Taurus, Madrid, 1997) y Ramonet (Ramonet, I., *Un mundo sin rumbo. Crisis de fin de siglo*, Debate, Madrid, 1997). Resulta también de interés la lectura de Martín Seco, J. F., *La farsa neoliberal*, Temas de Hoy, Madrid, 1995.

cuyas recetas, altamente políticas, consisten, como sabemos, en medidas de desregulación, privatizaciones, equilibrio presupuestario y libertad absoluta de movimientos de capitales, y, aunque todavía en menor medida, bienes y servicios<sup>297</sup>.

Toma cuerpo una actividad, calificable con el nombre de “parapolítica”, que “está permitiendo a las corporaciones transnacionales ocupar, de forma imperceptible, sin revolución, sin cambio de leyes ni de Constitución, mediante el simple desenvolvimiento de la vida cotidiana, los centros materiales vitales de la sociedad”<sup>298</sup>. La fuerza de los hechos es convertida después en regla jurídica ya sea por impulso de la labor ejercida por las instituciones económicas y financieras internacionales surgidas de los acuerdos de Breton Woods en 1945 (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional y Organización Mundial del Comercio –antiguo GATT (Acuerdo General sobre Aranceles aduaneros y Comercio)-), ya sea por organizaciones supranacionales cuyo carácter no sólo es económico, como la UE, por medio de acuerdos regionales de libre comercio como el que vincula a México, EEUU y Canadá, o directamente por los Estados individualmente considerados que adoptan tales medidas como “única” respuesta ante las exigencias de empresas transnacionales que, valga como orientación, tienen el poder que les otorga generar en la actualidad más de una tercera parte de la producción industrial del mundo<sup>299</sup>.

### 3.3.2 El surgimiento de una nueva lex mercatoria

---

<sup>296</sup> Fukuyama, F., *El fin de la historia y el último hombre*, Planeta, Barcelona, 1992. Publicado originalmente como *The end of history*, en 1989.

<sup>297</sup> López Pina ha recogido los términos en los que el discurso liberal-conservador se expresa con las siguientes palabras: “*privatícese todo; abandónese las grandes empresas y el mercado a su autorregulación; confíese toda relación humana a la lógica mercantil y (...) tendremos el mejor de los mundos. Con independencia de cual sea el problema, su solución pasa por fomentar el individualismo, y evitar la iniciativa pública o el desarrollo de las instituciones públicas. Estas comportan gasto público, y lo que es peor, impuestos. Gravar con impuestos la actividad económica es el peor de los males. Si nuestras instituciones públicas no pueden ser plenamente privatizadas, deberán ser reformadas conforme a los patrones del sector privado. Es perverso regular las actividades económicas del sector privado. La regulación pública del mercado supone tanto como dirigir la conducta privada en formas no voluntariamente elegidas (...)*”. López Pina, A., “Las tareas...”, ob. cit., p. 368, (la cursiva es del original).

<sup>298</sup> Jáuregui Bereciartu, G., *La democracia planetaria*, ob. cit., p. 53.

<sup>299</sup> Así lo recoge de Sousa Santos, B., *La globalización del Derecho...*, ob. cit., p. 41. Por su parte, Giddens ha indicado que las ventas de las 2000 compañías principales, ya en 1985 fueron equivalentes a un tercio de la producción total del mundo, y que los ingresos de esta 200 compañías se multiplicaron por diez entre mediados de los años 70 y mediados de los 80. Giddens, A., *Sociología*, ob. cit., p. 568.

Ningún Estado, ni siquiera aquellos que reúnen mayores índices de desarrollo, deja de experimentar la reducción, cuando no supresión, del ámbito propio de decisión en el terreno económico cuando de manera previa ya se han fijado las condiciones por parte de las principales empresas multinacionales y transnacionales. De esta manera, a lo sumo se viene a dotar de cobertura jurídica a una norma de antemano fijada por la emergente nueva *lex mercatoria*.

Situados en el interior de cada Estado, vemos cómo el papel que desempeña no puede salirse demasiado de los compases marcados por los intereses transnacionales. Quizás no haya mejor manera de entender de qué estamos hablando que recurriendo al que fuera Gobernador del Banco de España, Luis Ángel Rojo, quien constata como “el aumento de la competencia ha alcanzado a las políticas económicas de los gobiernos. En un primer sentido, porque los mercados financieros, globalizados y potentes (...) someten las distintas economías a un examen continuo, dispuestos a abandonar posiciones en activos de todo país cuya evolución y cuyas previsiones no le satisfagan. Los gobiernos han de competir, por tanto, en estabilidad si quieren evitar el castigo de los mercados; las autoridades nacionales se ven sometidas así a una presión persistente para que desarrollen políticas monetarias y fiscales disciplinadas. En un segundo sentido, los gobiernos han de competir en cuanto a sus regulaciones y a sus normas fiscales en un mundo donde la producción y las inversiones se caracterizan por una notable movilidad internacional. Atraer y retener actividades productivas e inversiones exige de los Gobiernos atención a sus políticas de competencia, de estándares, de normas reguladoras de mercados y de impuestos en relación con las aplicadas en otros países”<sup>300</sup>.

Asistimos a un proceso de autorregulación dentro de los mercados mundiales a partir del cual la política y el Derecho se van uniformizando en el conjunto de las regiones y de los Estados. Las condiciones que impone el Banco Mundial para otorgar créditos a países de los llamados “en vías de desarrollo” es otra muestra de la imposición de unos criterios, considerados como únicos, que pugnan por anular la pluralidad de opciones eliminando el terreno de la decisión política.

---

<sup>300</sup> Rojo, L. A., “La economía mundial en el fin de siglo”, *Claves de la Razón Práctica*, 65, 1996, p. 5.

Recogiendo estas ideas, Mercado Pacheco ha señalado que “la uniformización del derecho de los mercados mundiales es producto de la autorregulación y del contrato. En efecto, lo que cuantitativa y cualitativamente domina la escena jurídica contemporánea, al menos en el ámbito comercial y económico, no son precisamente las convenciones internacionales de derecho uniforme (ni siquiera en el ámbito europeo, a pesar de la importancia cuantitativa y cualitativa de las directivas de armonización), sino instrumentos normativos no estatales (...) asistimos a la emergencia de una nueva *lex mercatoria*, un verdadero Derecho transnacional creado exclusivamente por el grupo empresarial sin la mediación del poder legislativo de los Estados, y constituido por reglas destinadas a disciplinar de manera uniforme, más allá de los estados, las relaciones comerciales que se instauran en la unidad económica de los mercados. Las concepciones clásicas de las fuentes del Derecho no colocaban el contrato entre las fuentes normativas, pero si continuásemos concibiendo el contrato como una mera aplicación o derivación del derecho legislado y no como fuente del derecho nuevo, no estaríamos en condiciones de comprender cómo cambia el derecho de nuestro tiempo<sup>301</sup>.”

Se habla de nueva *lex mercatoria* porque, en realidad, la *lex mercatoria* existe desde que aparecen los primeros intercambios económicos entre sujetos sometidos a distintos ordenamientos jurídicos. Dado el carácter insatisfactorio del recurso a las fórmulas clásicas de Derecho internacional privado que buscan la solución de posibles conflictos jurídicos a partir de la determinación del Derecho nacional aplicable, en el flujo de intercambios económicos en el nivel mundial, cuya intensificación se ha hecho meteórica desde el final de la Segunda Guerra Mundial, se ha ido imponiendo la necesidad de poder acudir a un conjunto desterritorializado de principios y reglas (provenientes del Derecho internacional público, como el *pacta sunt servanda* o la cláusula del *rebus sic stantibus*, o de las relaciones *inter privatos*, como la prohibición del enriquecimiento sin causa, o la buena fe contractual) y paralelamente considerar los contratos transnacionales, a menudo contratos tipo impuestos por las empresas con mayor potencial, como autorregulativos, sujetos sólo a sus propias previsiones.

---

<sup>301</sup> Mercado Pacheco, P., “El “Estado comercial abierto”...”, ob. cit., p. 134.

Así es, “las empresas multinacionales, convertidas en los actores centrales de la globalización de las relaciones económicas, escapan en gran medida a la regulación tanto nacional como internacional. El derecho estatal, que siempre ha tenido, en principio, el monopolio del derecho, aparece como una estructura cada vez más ausente cuando se trata de relaciones jurídicas de hecho, que se desarrollan cada vez más al margen del derecho estatal. Esto se observa así mismo en la materia, cada vez más desarrollada, de las formas alternativas de resolución de conflictos que emergen y funcionan fuera de la regulación estatal en sentido estricto y, en consecuencia, escapan al control del Estado”<sup>302</sup>.

Como indica de Sousa Santos, “aunque sea informal, la nueva *lex mercatoria* no es amorfa ni neutral; las costumbres y los usos no son necesariamente universales ni mucho menos tradicionales o inmemoriales. La nueva *lex mercatoria*, como campo jurídico transnacional emergente, es un localismo globalizado, constituido por gruesas expectativas cognitivas y delgadas lealtades normativas reproducidas por la repetición rutinaria de un gran número de relaciones contractuales originariamente diseñadas por sociedades transnacionales y sus abogados<sup>303</sup>, así como por bancos y organizaciones internacionales dominadas por unos y otros”. En todo caso, “un balance de poder relativo entre los socios en las transacciones se obtiene sólo en raras ocasiones. En la mayoría de los casos, las prácticas dominantes que se encuentran en la base de este derecho global son las de los actores dominantes”<sup>304</sup>.

### 3.3.3 La pérdida de espacios políticos: el vacío de legitimidad

---

<sup>302</sup> Arnaud, A. J., *Entre Modernidad y Globalización...*, ob. cit., p. 176.

<sup>303</sup> El protagonismo creativo de las grandes empresas y de los grandes bufetes asociados de abogados ha sido también resaltado por Galgano, F., “Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio”, *Contratto e impresa*, 2000, páginas 198 y 199, tal y como recoge Rodotà, quien añade que el papel de los grandes bufetes no se manifiesta sólo en el momento de la producción de la regla sino que tiende a producir uniformidad sobre todo en el momento de la gestión ordinaria de la actividad, dando lugar, de este modo a “una más intensa y difusa globalización”. Rodotà, S., “Diritto, diritti, globalizzazione”, *Rivista Giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 4, 2000, p. 771 (páginas 765 a 777). Una ampliación de este tipo de planteamientos puede hallarse en Ferrarese, M., R., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000.

<sup>304</sup> De Sousa Santos, B., *La globalización del Derecho...*, ob. cit., páginas 106 a 108.

Hay quien identifica la existencia de una especie de “constitucionalismo mercantil” convertido en amenaza contra los derechos y la democracia. Se denuncia que “pese a que formalmente ha existido una apertura constitucional progresiva a las normas de Derecho internacional en materia de derechos humanos, en realidad se ha producido una apertura a disposiciones mercantiles más bien secretas, apareciendo un Derecho no oficial dictado por múltiples legisladores que a merced de su poder económico acaban transformando lo fáctico en norma. La globalización, en consecuencia, se convierte en la cobertura de un nuevo Derecho económico internacional que suprime la participación democrática en beneficio de un descarnado decisionismo tecnocrático, a la vez que sepulta los más elementales principios de publicidad bajo el imperio de la opacidad y del secreto”<sup>305</sup>.

Ante esa situación, de Vega ha querido situar en primer plano que es precisamente en el momento de “la universalización de los derechos humanos y del estado constitucional” cuando “se presentan con más contundencia y mayor patetismo los demoledores efectos de la mundialización económica. Resulta chocante y resulta aterrador que cuando las Constituciones dejan de ser un mero conjunto de principios orientadores de la vida pública, como sucedía en el siglo XIX, y se convierten en un verdadero sistema de preceptos con fuerza jurídica vinculante (...) y cuando son las propias Constituciones las que establecen los más escrupulosos y prolijos mecanismos de control del poder, sea justamente cuando nos convirtamos todos en testigos de excepción del singular espectáculo de la impotencia generalizada del Estado”<sup>306</sup>.

Una vez desplazados el Estado y el Derecho estatal de la centralidad del discurso económico y político, las instituciones supraestatales llamadas a recuperar para el ámbito de lo político y de lo jurídico el espacio de lo económico, esto es, llamadas a invertir los términos de la relación de subordinación, no sólo no lo han hecho sino que se han erigido, por lo general, como firmes valedoras del proceso de globalización económica en los términos que se viene desarrollando hasta la actualidad<sup>307</sup>. Al menos por el momento, ni tan

---

<sup>305</sup> De Cabo, A. y Pisarello, G., (eds.), *Constitucionalismo, mundialización...*, ob. cit., p. 32.

<sup>306</sup> De Vega, P., “Mundialización y Derecho constitucional...”, ob. cit., p. 29.

<sup>307</sup> De hecho muchas veces se convierten en el espacio institucionalizado que determinados Estados utilizan para imponer los intereses de las empresas multinacionales a ellos vinculados. Un buen ejemplo lo proporciona el terreno de las telecomunicaciones, tal y como se describe con detalle en la nota 741.

siquiera una organización de proyección también política como es la UE está siendo capaz de contrarrestar con contundencia los efectos descritos. Más adelante se volverá sobre esta cuestión.

Sin entrar por el momento pues en el ámbito comunitario, merece la pena recordar, con Mercado Pacheco, que en el marco de los acuerdos internacionales entre Estados, los que predominan son los que proveen una “integración negativa (desregulación...) (...) y ningún avance en acuerdos de integración positiva como podría ser la tasa Tobin<sup>308</sup>, por no hablar de medidas más ambiciosas (...). En vez de llevar a cabo una coordinación de políticas comunes en los terrenos fiscal, económico y social para evitar la fuga de capitales (...) los gobiernos se ven cada vez más implicados en una carrera de desregulaciones con el fin de rebajar los costes (...) lo que inflige daños irreparables en la cohesión social y en la legitimidad democrática”<sup>309</sup>.

En el contexto actual, cuando asistimos a una rescisión del compromiso del Estado social, en el ámbito de gobierno se parte de la existencia de una especie de suma cero en donde una serie de “ineludibles objetivos económicos (...) sólo pueden alcanzarse a costa de objetivos políticos y sociales”. En el marco de una economía globalizada, “los Estados nación sólo pueden mejorar la competitividad internacional de sus economías nacionales mediante una autolimitación de su propia capacidad de intervención. Esto justifica las políticas de “adelgazamiento” del Estado que dañan la cohesión social y someten a una

---

<sup>308</sup> Impuesto ideado por el premio Nobel de Economía James Tobin. Gravaría las transacciones especulativas de capital. Según sus defensores, si se fijara en un 0,1% recaudaría 160.000 millones de dólares al año (32 billones de pesetas). Naciones Unidas ha sostenido que con la mitad se cubrirían las necesidades del planeta de un año. Fuente: dirección electrónica de *El País* en la sección de especiales: “El movimiento antiglobalización” (<http://www.elpais.es/especiales/2001/antiglobalización/index.html>, consultada el 14 de agosto de 2001). Hay que añadir que recientemente diversas personalidades de la política en el contexto europeo se han pronunciado de modo favorable al impulso de dicha tasa. Recientemente se ha realizado el “Llamamiento Mundial de Parlamentarios por la tasa Tobin”, suscrito por más de 687 parlamentarios de Europa (a fecha de 5 de septiembre) y apoyado por mandatarios como el primer ministro francés Lionel Jospin (ver *El País* de 29 de agosto de 2001). Los promotores del manifiesto han sido en su mayoría miembros del PE, y han querido constatar cómo en los últimos años las transacciones financieras diarias en el mundo han pasado de 70.000 millones de dólares a más de 1,5 billones de dólares, que en buena parte no corresponden a intercambios de bienes y mercancías, sino a maniobras de especulación que en ocasiones provocan fuertes crisis financieras en países con economías débiles (así ha sucedido en México, el Sudeste asiático y Rusia). El interés por la adopción de un tipo de tasa como la referida, aunque cuente todavía con numerosos detractores, ha hecho que en el Consejo de Ministros de Finanzas de la UE (Ecofin) de finales de septiembre de 2001 se incluya en el orden del día un punto al respecto. Así se recoge en *El País* de 5 de septiembre de 2001.

<sup>309</sup> Mercado Pacheco, P., “El “Estado comercial abierto”...”, ob. cit., p. 106.

dura prueba la estabilidad democrática de la sociedad. Al Estado nacional le quedan cada vez menos opciones (...) quedan excluidas el proteccionismo y el retorno a una políticas orientada a la demanda (...)y en una economía globalizada el «keynesianismo de un solo país» no funciona”<sup>310</sup>.

Desde esta visión, que como podemos comprobar coincide plenamente con el análisis del gobernador del Banco de España citado anteriormente, Habermas concluye de la siguiente manera: “se mire como se mire, la globalización económica destruye la constelación histórica que el compromiso social del Estado, transitoriamente, hizo posible. Y aunque no representaba de ninguna manera la solución ideal al problema latente del capitalismo, es decir, el de los costes sociales del mismo, por lo menos los mantuvo en unos límites aceptables”<sup>311</sup>.

Debe insistirse en la importancia del retroceso del compromiso social del Estado en el plano de la crisis de legitimidad del poder. Trasladando el debate al ámbito de la integración comunitaria, como ha señalado Castells, una de las más profundas y duraderas consecuencias que la configuración de la unificación europea por la globalización consiste en “la dificultad de conservar el Estado de bienestar en su forma presente”, pues, con políticas como las que introdujera el gobierno conservador de Thatcher y las que el resto de gobiernos europeos han empezado a diseñar, “en última instancia la legitimidad política se verá socavada, ya que el Estado de bienestar es uno de sus pilares”<sup>312</sup>.

Por todo lo anterior, la conclusión a la que se llega es que la legitimidad del poder, antaño aferrada a la estructura de participación democrática, política pero también social, asegurada en el ámbito de lo estatal, sufre en estos momentos uno de los embates más fuertes de los últimos tiempos. Embate que se proyecta en diversos flancos: en primer lugar, el provocado por la drástica reducción del espacio de lo políticamente posible (lo que socava la pluralidad); en segundo, dentro de lo políticamente posible, el resultante del

---

<sup>310</sup> Habermas, J., “La constelación...”, ob. cit., p. 72.

<sup>311</sup> *Ibidem*, p. 73.

<sup>312</sup> El autor, al hilo de estas consideraciones, aporta un dato referido a los cambios en las características de la contratación laboral en Alemania que llevan el camino de equipararse a las condiciones que se dan en los EEUU y en Asia: se calcula que para el 2015 en torno al 50% de los trabajadores alemanes no tendrán trabajo estable de tiempo completo. Castells, M., *La era de la información (Vol. 3. Fin de milenio)*, Alianza Editorial, Madrid, 1997, p. 369.

alejamiento del centro de decisión a ámbitos supraestatales; en tercero y último, el de la precaria legitimidad democrática, tanto desde el ámbito de la participación, como en el de la transparencia y control, de las instituciones supraestatales. Dejando de lado la UE, cuyo déficit democrático nos es de sobra conocido, instituciones como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional, certifican tal extremo con suficiente contundencia, según vimos. En definitiva, asistimos a una crisis profunda de legitimidad tanto en el seno de los Estados como respecto del orden internacional concebido por ellos.

### **3.4 La transformación del Derecho**

Una de las más visibles manifestaciones de esa crisis de legitimidad se refleja en la propia crisis del Derecho (al menos en relación con su formulación tradicional). En este sentido se expresa Ferrajoli, quien sostiene que en la actualidad el Derecho se enfrenta a una profunda crisis que se deja sentir de diversas formas y en múltiples planos. Uno de tales aspectos en la crisis del Derecho se encuentra directamente ligado a la crisis del Estado nacional, “y se manifiesta en el cambio de los lugares de la soberanía, en la alteración del sistema de fuentes, y, por consiguiente, en un debilitamiento del constitucionalismo. El proceso de integración mundial, y específicamente europea, ha desplazado fuera de los confines de los Estados nacionales los centros de decisión tradicional reservados a su soberanía, en materia militar, de política monetaria y políticas sociales. Y aunque este proceso se mueva en una línea de superación de los viejos y cada vez menos legitimados y legitimables Estados nacionales y de las tradicionales fronteras estatalistas de los derechos de ciudadanía, está ahora poniendo en crisis, a falta de un constitucionalismo de derecho internacional, la tradicional jerarquía de las fuentes”<sup>313</sup>.

El problema, según apunta el propio Ferrajoli, es que esa crisis del Derecho “corre el riesgo de traducirse en una crisis de la democracia. Porque, en efecto, en todos los aspectos señalados, equivale a una crisis del principio de legalidad, es decir, de la sujeción de los poderes públicos a la ley, en la que se fundan tanto la soberanía popular como el paradigma del Estado de derecho. Y se resuelve en la reproducción de formas

---

neoabsolutistas del poder político, carentes de límites y controles y gobernadas por intereses fuertes y ocultos, dentro de nuestros ordenamientos”<sup>314</sup>.

En el plano de la integración comunitaria, asegura Ferrajoli en otro lugar, nos hallamos ante un claro escenario en el que se conjugan los aspectos de dicha crisis originándose “la apertura a un nuevo espacio de poder neoabsolutista en contraste con todos los principios del Estado de Derecho”<sup>315</sup>, contraste sin duda advertido por una ciudadanía cuya adhesión al proceso de integración no es ni mucho menos incondicional<sup>316</sup>. Sobre estas cuestiones, tan directamente referidas al problema de la legitimidad del poder, tendremos ocasión de volver más adelante.

Situados ya de lleno en los efectos que sobre el Derecho tiene la globalización, es fácilmente deducible, por lo visto hasta el momento, que necesariamente con la soberanía se derrumba también el monopolio estatal sobre la creación normativa, o viceversa. Como ha explicado Capella, “el nuevo campo de poder de la mundialización produce un derecho dual”. Por un lado subsiste el Derecho estatal o intergubernamental, aunque con menor intensidad, como “*deprimido* bajo el azote de las políticas de desregulación”. Ahora bien, y ahí se expresa el carácter dual, “«desregulación» no significa *ausencia de normas*. Todo lo contrario. Las normas subsisten, y para la mayoría de las poblaciones resultan mucho más gravosas que en la etapa anterior. La desregulación tiene en realidad dos aspectos fundamentales: a) en el plano del derecho de los estados abiertos<sup>317</sup> (...) o de las asociaciones regionales de estados abiertos, la desregulación tiene el significado general de

---

<sup>313</sup> Ferrajoli, L., *Derechos y garantías...*, ob. cit., páginas 16 y 17.

<sup>314</sup> *Ibidem*, p. 117.

<sup>315</sup> Ferrajoli, L. “Lo stato di diritto tra passato e futuro”, versión mecanografiada, 2001, p. 16 (páginas 1 a 36).

<sup>316</sup> En una encuesta del Eurobarómetro, realizada tras la cumbre de Niza de 2000, la mayor parte de la población comunitaria (el 56%) se declara insatisfecha con la “construcción europea” y sólo un 38% se muestra conforme. Crece por otro lado el rechazo a la ampliación, especialmente en el caso de los ciudadanos franceses y alemanes. También más de la mitad (el 52%) rechaza el euro, alcanzándose en Alemania una oposición del 66%. Otro de los datos contundentes es el referido a la participación en las últimas elecciones al PE: en Gran Bretaña alrededor del 23%, en Holanda del 29,9%, en Portugal el 40,4%, en Alemania el 45,2%, en Francia el 47%, según recoge EL PAÍS de 15 de junio de 1999. El mismo medio recoge en su edición de 15 de enero de 2001 el descenso en el sentimiento europeísta de la ciudadanía española, mostrándose frente al euro un 48% en contra y un 41% a favor.

<sup>317</sup> El concepto de “Estado abierto” es empleado por Mercado Pacheco en la obra que ha sido citada, en contraposición con el Estado autárquico fichteano. A dicha noción nos referiremos más tarde al tratar los caracteres del Estado inmerso en el proceso de globalización.

un desplazamiento de la capacidad de normar hacia la esfera privada, de traslado del peso de las obligaciones hacia los sujetos más débiles (...) y de la liberación de cargas o deberes al empresariado; b) en el plano de la soberanía privada supraestatal difusa, el derecho toma la forma de una nueva *lex mercatoria metaestatal*, establecida y garantizada por los grandes sujetos económicos transnacionales, previamente negociada por grandes gabinetes jurídicos que actúan en numerosos países a la vez”<sup>318</sup>.

Esta última implicación ha sido también observada por Rodotà, quien ha afirmado que “*deregulation* no significa una reducción más o menos drástica de la dimensión jurídica. Consiste más bien en la sustitución por un derecho de origen y fuente privada del derecho de exclusiva producción pública”. De este modo, nos hallamos ante “la creación de un circuito de producción del derecho, realizado sobre todo en la forma de los modelos contractuales uniformes, que dominan «la escena jurídica de nuestro tiempo», tomando el puesto de las convenciones internacionales de derecho uniforme y de las directivas comunitarias de armonización”<sup>319</sup>.

Otra lectura es entender que esa *depresión* del Derecho estatal debe ser calificada como *transnacionalización* de la regulación jurídica, término con el que se quiere definir cualquier situación en la que se pueda establecer que los cambios en el Derecho estatal de un país dado han sido influidos decisivamente por presiones consecuencia del proceso de globalización. Así lo entiende de Sousa Santos, quien alude al conjunto de transformaciones que sobre todo en el terreno de lo económico han venido afectando al Derecho estatal. Así, las políticas de “ajuste estructural” que “cubren una enorme gama de intervenciones del Estado en los ámbitos económico, comercial y social, provocando turbulencias en amplios campos jurídicos y en escenarios institucionales. La liberalización del comercio, la privatización de las industrias y de los servicios, la liberalización agrícola, el desmantelamiento de agencias reguladoras y mecanismos de licencias, la desregularización del mercado laboral y la «flexibilización» de la relación salarial, la reducción y comercialización de los servicios sociales (...)”<sup>320</sup>.

---

<sup>318</sup> Capella, J. R., *Fruta Prohibida...*, ob. cit., p. 268.

<sup>319</sup> Rodotà, S., “Diritto, diritti...”, páginas 769 y 771.

En síntesis, no queda otra salida que constatar que no resulta posible seguir hablando de regulación jurídica y más allá de toma de decisiones políticas sin tener en cuenta si no el derrumbe sí la fragmentación de la soberanía (aunque al fragmentarse en puridad deja de ser soberanía y por ello se derrumba) y la segmentación del poder. Una segmentación que aparece porque en la medida que la mencionada fragmentación coincide con campos de acción específicos, como veremos cuando a continuación abordemos las funciones resultantes del Estado, “el poder se fracciona en campos de regulación más o menos autónomos que tienen cada uno su objeto, sus actores y sus modos de decisión y de implementación de estas decisiones. Se entenderá que los modos de producción de la regulación –y más precisamente, los modos de producción del derecho- no puedan evitar verse afectados por ello”<sup>321</sup>.

Sea como sea, el resultado, como acabamos de ver, es el de un desplazamiento de la capacidad de normar hacia la esfera privada, aunque dicho desplazamiento deba contar con la fuerza reguladora estatal no sólo en el mismo proceso, sino también tras el mismo, pues,

---

<sup>320</sup> De Sousa Santos, B., *La globalización del Derecho...*, ob. cit., p. 82. El mismo autor hace referencia a lo que él considera uno de los ejemplo más impactantes de la transnacionalización del Derecho estatal, que es el ocurrido en el terreno de las telecomunicaciones. Como nos recuerda el autor, “este es un terreno en el que, hasta mediados de la década de los setenta, el campo jurídico estaba dominado del todo por el Estado. La mayoría de los países adoptaron la idea de un “monopolio natural” sobre las telecomunicaciones... (como) vía más eficiente y equitativa para prestar el servicio público... Se creía también que se serviría mejor a la seguridad nacional a través de tales monopolios controlados”. En los últimos años, esta situación ha empezado a cambiar, pese a los intereses políticos (el autor hace referencia a la rentabilidad política de poder ofrecer el servicio de telecomunicaciones a zonas más alejadas a precio de promedio, con lo que se contenta a votantes que por estar en zonas despobladas tienen más peso proporcional), y la tendencia general ha pasado a ser el fortalecimiento del principio de mercado frente al principio de Estado. La razón hay que hallarla según el autor en la formación de un poderoso lobby, consolidado al hilo de la innovación tecnológica que expulsa del sector a empresas menores –o las obliga a la concentración empresarial- que empezó a actuar en los Estados Unidos, donde empezó la transformación jurídica en el sector. “Habiendo ganado la batalla en casa, las empresas transnacionales de telecomunicaciones norteamericanas se convirtieron en los exponentes más prominentes de la reforma de la regulación de muchos países, usando el poder negociador de los Estados Unidos para hacer posible la reforma global. Los países centrales están siguiendo dos caminos para cambiar el régimen de telecomunicaciones. El primero es el camino de la “gran explosión” (“*big bang*”), seguido por los Estados Unidos, el Reino Unido y Japón, que conjuntamente constituyen el sesenta por ciento del mercado mundial de telecomunicaciones. Consiste en la liberalización general y unilateral de las telecomunicaciones, incluye los servicios básicos y avanzados, los equipos y los instrumentos. El segundo es el camino de la “pequeña explosión” (“*little bang*”), seguido por los otros países centrales, principalmente los europeos -en el contexto, además, de las imposiciones comunitarias, habría que añadir-. Consiste en la liberalización parcial a través de varios mecanismos, tales como la separación entre los servicios postales y los telefónicos y entre los servicios básicos y los avanzados.. la creación de entidades reguladoras con mayor autonomía frente al gobierno...”. *Ibidem*, páginas 83 y 84.

<sup>321</sup> Arnaud, A. J., *Entre Modernidad y Globalización...*, ob. cit., p. 181.

como enseguida veremos, el Estado *transnacional* sigue teniendo importantes funciones que cumplir.

Estévez, a la luz del proceso de integración comunitaria, recalca que la creación del mercado único como respuesta europea al proceso de globalización económica, ha dado lugar, hasta el momento y especialmente desde la firma del AUE, a un “proceso de «privatización» del modo de producción del derecho a nivel europeo. Este proceso todavía está en marcha”. La “procedimentalización privatizadora” supone, según el mismo autor, “la transferencia en mayor o menor grado la facultad de determinar el contenido de las normas jurídicas a los representantes de los grupos de intereses afectados. En esta modalidad, el Estado puede reservarse más o menos poderes de regulación del proceso de decisión y aplicación: puede estar en condiciones de regular el proceso de negociación, puede no ser sino una parte en ese mismo proceso, o puede dejar que los grupos de interés se auto-regulen y, luego, limitarse a poner el marchamo oficial a sus decisiones. Por el contrario, la procedimentalización «democratizadora» supone un incremento del poder de participación en el proceso de producción de las normas jurídicas de las personas en cuanto ciudadanos”<sup>322</sup>.

Esa procedimentalización privatizadora, que es manifestación de la pérdida de centralidad estatal, consolida un tipo de expresión jurídica que ha sido definida por Teubner como *programa relacional*. Concretamente, según nos recuerda La Torre, partiendo de Teubner y Willke, en la época moderna hay tres estadios del derecho: programa condicional (es el propio del Estado liberal clásico y se basa en reglas que marcan condiciones sobre las que los individuos deciden); el programa instrumental (el derecho regula directa y específicamente conductas de individuos concretamente determinadas, no existe autonomía de los individuos, son meros destinatarios (el tipo ideal de Estado social); el programa relacional: reglas que establecen condiciones no para la acción de individuos sino de grupos. Se sustancia en el derecho reflexivo en el que el legislador no persigue objetivos inmediatos sino que con normas procesuales se sitúa a los interesados en condición de regular en primera persona sus propios asuntos (ejemplo: concertación salarial). Sirve para realizar el control jurídico de la autorregulación social y

---

<sup>322</sup> Estévez, Araujo, J. A., “La ciudadanía europea en el mundo de la globalización”, Capella, J. R. (coord.), *Transformaciones del Derecho...*, ob. cit., páginas 350 y 351 (páginas 343 a 365).

permitir la expansión del pluralismo de las fuentes del derecho: a este nuevo estadio evolutivo corresponde el tipo ideal de un Estado social liberal o -mejor dicho- neocorporativista”<sup>323</sup>.

La Torre ve con claridad que es necesario hablar de Derecho más allá del Estado, en primer lugar porque, como hemos ido viendo, “el Estado ya no puede presentarse como «soberano» en el plano interno (en razón del creciente pluralismo social, de procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos jurídicos y de la evolución de un concepto de constitución vinculado a derechos y principios morales) ni en el plano externo (al crearse ordenamientos jurídicos supranacionales que absorben las competencias del ordenamiento nacional). El «soberano» ya no se presenta tanto como un sujeto, un ente, un «cuerpo» sino más bien como una red de comunicaciones cuyo fin es la formación de una voluntad pública universalizable y por ende vinculante, es decir, se presenta como un «procedimiento»”. Por esta razón, y acercándose a la postura defendida por Estévez, “se pone en duda que el programa dominante del derecho sea el condicional sin caer en su opuesto (el programa instrumental). Ambos están basados en las virtudes de un poder centralizado fuerte que, en el primer caso, garantice la autonomía de los sujetos y en el segundo realice directamente los fines útiles para el desarrollo de la sociedad. El derecho reflexivo y el programa relacional o el derecho procesual, desafían esta centralidad del Estado y pueden ser los motores de un pluralismo jurídico efectivo donde las fuentes del derecho no sean sólo las del Estado”<sup>324</sup>.

En este mismo contexto, De Cabo se ha referido también al llamado “Derecho controversial”, entendido como “«composición dialógica del conflicto de intereses mediante la cooperación de las partes» en el que se trata de evitar la norma general y previa establecida por una autoridad (estatal) exterior a las relaciones que se trata de regular y en el que el juez, más que legislador del caso concreto, es mediador entre intereses en específicos y la justicia aparece como pacto o consenso”<sup>325</sup>.

---

<sup>323</sup> La Torre, M., “Derecho y conceptos...”, ob. cit., páginas 88 a 90. Teubner, G., Willke, H., “Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 1984, páginas 4 y siguientes. Ver también Luhman, N., “Einige probleme mit «reflexiven Recht»”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 1984, páginas 1 a 18.

<sup>324</sup> La Torre, M., “Derecho y conceptos...”, ob. cit., p. 91.

En otro lugar, el propio De Cabo ve con preocupación algunas de las consecuencias apuntadas trasladando el debate al terreno de los principios de constitucionalidad y legalidad: en cuanto al primero se advierte “no sólo una utilización meramente procedimental y neopositivista del texto, sino su desconocimiento o funcionalización a los intereses del Ejecutivo (...), de manera que se ha utilizado con frecuencia para lo contrario de aquello para lo que fueron establecidas sus previsiones: para legitimar actuaciones atentatorias a los principios protegidos en nuevas manifestaciones de lo que he llamado «alienación» constitucional o Constitución alienada; asimismo, el desarrollo resulta tan empobrecedor y distordionante (...) que en España la tesis de la vuelta a la Constitución al *original intent*, que en otros ámbitos jurídicos era, según se vio, una propuesta conservadora<sup>326</sup>, parece cada vez más defendible”<sup>327</sup>.

En cuanto al principio de legalidad, lo que se da es más bien una sumisión de la ley a la administración; “leyes puramente procedimentales que dejarían a la Administración la decisión real, a la deslegalización de materias como en el caso de la reforma del mercado laboral; y en el orden material, de manera mucho más claramente patológica se procede a la utilización de las posibilidades de intervención que ofrece el Estado social, para, a través de la ley (con desnaturalización frecuente del procedimiento parlamentario) conseguir el predominio de intereses específicos, como se manifiesta en el predominio de leyes microsociales (...)”<sup>328</sup>.

Esa procedimentalización del Derecho, y en conjunto buena parte de las transformaciones que viene el mismo sufriendo, es resultado del papel que se le asigna a un Estado que ya no puede seguir reclamándose como único centro de imputación del poder. Nos hallamos pues en un contexto nuevo en el que, como hemos ido comprobando en el

---

<sup>325</sup> De Cabo, C., “Las fuentes del Derecho...”, ob. cit., p. 256.

<sup>326</sup> Se refiere al impulso de la ideología conservadora que en los EEUU ha llevado a tratar de reducir al Estado a un ente “puramente operativo que hace de su carácter regulador y de la dimensión del sector público una estricta función del mercado”, lo que en el plano del Derecho se traduce en “una defensa radical del individualismo en materia de derechos fundamentales como exigencia insoslayable de la libertad (...). Y en el ámbito más estrictamente constitucional, se corresponde con un entendimiento de la Constitución en el sentido más literal y concreto posible (especialmente visible en los Estados Unidos), tratando de evitar su expansión y de conseguir reducirla a «sus orígenes» (*original intent*)”. De Cabo, C., *Contra el consenso...*, ob. cit., p. 327.

<sup>327</sup> *Ibidem*, páginas 340 y 341.

análisis que se viene realizando, “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 desregulación y *autopoiesis* social y por ello no sólo no va a minorar sino incluso va a aumentar su rendimiento y capacidad de actuación tanto hacia dentro como hacia fuera. Esto se manifiesta también en el concepto de Derecho que no sólo puede ser concebido como un orden coactivo garantizado por sanciones sino como un sistema regulador complejo”<sup>329</sup>.

Las transformaciones sufridas por las formas jurídicas en el contexto contemporáneo están llamadas a jugar un papel decisivo en el marco de la comprensión del fenómeno comunitario, por lo tendremos ocasión de volver sobre ellas.

### **3.5 La crisis de soberanía como crisis del principio de unidad de poder y de ordenamiento**

Hasta aquí se ha puesto en evidencia la dimensión de la crisis de la noción de soberanía y con ella se ha aludido también a la no menos importante crisis de legitimidad que el relativo abandono del marco estatal comporta. Ahora bien, al margen de tal constatación lo que más nos interesa es otra de las consecuencias que la crisis de la soberanía arrastra: la quiebra de la unidad de poder y de ordenamiento. Porque la soberanía es, tal y como hemos podido comprobar, lo que sostiene la unidad. Sólo puede existir unidad de poder y de ordenamiento si el conjunto de normas e incluso de (sub)sistemas jurídicos referidos a un mismo territorio y población se hallan bajo la estructuración jerárquica que sitúa un determinado sistema jurídico o un determinado poder del que emana dicho sistema, como sistema soberano, como *superior non recognoscens*. Con recordar la definición de Estado soberano dada por Carré de Malberg, o la de Heller (“el Estado se diferencia de todos los otros grupos territoriales de dominación por su carácter de unidad soberana de acción y de decisión. El Estado está por encima de todas las demás unidades de poder que existen en su territorio”), nos basta.

---

<sup>328</sup> *Ibidem*, p. 341.

<sup>329</sup> Wyduckel, D., “La soberanía en la historia...”, *ob. cit.*, páginas 292 y 293.

En este sentido ya advertimos de que cuando Kelsen, a partir de la consideración de que soberanía es unidad y que la unidad sólo puede hallarse en el mundo de lo jurídico, desmaterializa el concepto de soberanía para referirlo exclusivamente al Derecho, lo más importante de dicha operación, al margen de que pueda ser criticada por basarse en la cuestionable separación tajante entre *sein* y *sollen*, era su punto de partida: la estrecha vinculación entre unidad y soberanía, de modo que la quiebra de una conllevaría la quiebra de la otra.

Es importante además reseñar que el modo en el que el Estado constitucional reformula el concepto de soberanía no sirve para superar su esencia, esto es, la unidad de poder y jurídica a la que se refiere. Lo único que logra, como también se indicara, es variar el lugar que ocupa la soberanía que, al menos en el plano interno, se refiere a la Constitución, llegando así a una construcción parecida a la propuesta en su día por Kelsen.

Y es que como bien puede deducirse de lo hasta ahora analizado, toda situación de unidad jurídica queda desmentida en el contexto de las modificaciones que la posición del Estado ha sufrido como consecuencia de distintos fenómenos, entre los cuales hay que remarcar, por la intensidad en que se deja sentir en el momento actual, el de la globalización.

Como ha puesto de manifiesto Capella, deja de ser necesario hallar un centro único de imputación de voluntad, porque “el campo de poder contemporáneo parece constituido por la interrelación de un *soberano privado supraestatal difuso* y (...) un «*Estado Abierto*» o unas «*asociaciones estatales*» (como puede ser la Unión Europea en el ámbito económico o la OTAN en el militar) *permeables, abiertas o porosas*”<sup>330</sup>. El carácter de soberano privado supraestatal difuso, “se atribuye al titular «privado» de un poder supraestatal que produce efectos de naturaleza pública o política (...) el *soberano privado supraestatal* de carácter difuso no es sin embargo un poder enteramente autónomo: se interrelaciona con los *Estados Abiertos* integrando un *campo de poder*”.

En efecto, tal y como se ha señalado antes, tanto los Estados individualmente considerados como las instituciones internacionales de base estatal vienen cumpliendo el cometido de trasladar al terreno de la normativa interna proposiciones que ya anteriormente

---

<sup>330</sup> Capella, J. R., *Estado y Derecho...*, ob. cit., p. 106.

tienen carácter normativo pues, aunque partan del acuerdo entre privados, esto es, aunque tengan un origen contractual en principio no legitimado y sostenido por un ordenamiento estatal, se erigen como normativa propia de agentes económicos que escapan al ámbito de lo estatal. Es el fenómeno de la autorregulación y del contrato que dan forma a la nueva *lex mercatoria* más allá del monopolio estatal de la producción normativa, al que ya se aludió.

De esta manera, se erige un poder soberano supraestatal privado que, pese a su carácter privado, “tiene efectos de naturaleza *pública* precisamente porque determina las políticas estatales. El *soberano difuso* no sólo es capaz de imponer sus opciones políticas a los Estados penetrando la voluntad de sus instituciones sino que además dificulta llevar a la práctica las políticas decididas por las instituciones estatales cuando son incoherentes con sus propias opciones”. Para lograr esta incidencia, dicho poder cuenta con el apoyo de instancias de diverso tipo: “convencionales interestatales como el G7 (conferencias del grupo de los países más industrializados), fundamental para la reglamentación del comercio; de instituciones como el BM y el FMI, o de la OCDE, o de la OMC; también se impone a través de instancias privadas de creación de derecho como las que establecen para interrelacionarse los grandes grupos económicos transnacionales: a través de la nueva *lex mercatoria* acordada entre ellos”<sup>331</sup>.

En este contexto, puede acordarse, con Ferrajoli, que “hablar de «Estados soberanos» no resulta aceptable ya en el campo de la teoría del derecho, pero tampoco resulta aceptable en el de la teoría política. En realidad, lo que ha entrado en una crisis irreversible, mucho antes que el atributo de la soberanía, es precisamente su objeto: el Estado nacional unitario e independiente, cuya identidad, posición y función deben ser revisadas a la luz de sus actuales transformaciones de hecho y de derecho en las relaciones internacionales”<sup>332</sup>.

En este contexto, el monopolio de la creación jurídica desaparece, y soberanía y Derecho, conceptos hasta hace poco tan inseparables como irreconciliables, dejan de hallarse vinculados de manera excluyente, pues por un lado el Derecho surge de unos Estados que ya no pueden seguir siendo considerados como entes soberanos, y, por otro

---

<sup>331</sup> *Ibidem*, páginas 107 y 108.

<sup>332</sup> Ferrajoli, L., *Derechos y garantías...*, ob. cit., p. 148.

lado, el Derecho surge también de fuentes no estatales, algunas ni tan siquiera de carácter público. El Derecho sí tiene razón de ser fuera del Estado, pues aunque éste mantenga el monopolio de la coacción (legítima), en un mundo tan interconectado como el presente y en el que la dimensión espacial-temporal se ha reducido enormemente (en ciertos ámbitos como el del mercado financiero, hasta desaparecer), contar con dicho poder coactivo ya no resulta imprescindible para hablar de Derecho. A lo sumo, dicha capacidad de imposición coactiva vendrá en una fase posterior cuando el Estado, individualmente o en el marco de alguna institución supraestatal, asuma como norma propia lo que ya existe como norma jurídica previamente a su aceptación.

Ante esta situación, Castells, por su parte, considera que “lo que realmente importa es que el nuevo sistema de poder se caracteriza (...) por la pluralidad de fuentes de autoridad (...), siendo el estado-nación sólo una de ellas. Hirst y Thompson, cuya vigorosa crítica de los enfoques simplistas sobre la globalización resalta la importancia continuada de los estados-nación, reconocen, no obstante, el nuevo papel del estado: «las formas emergentes de gobierno de los mercados internacionales y otros procesos económicos incluyen a los principales gobiernos nacionales, pero en un nuevo papel: los estados funcionan menos como entidades «soberanas» y más como componentes de un «sistema de gobierno» internacional. Las funciones centrales del estado-nación serán proporcionar legitimidad y asegurar la responsabilidad de los mecanismos de gobierno supranacionales y subnacionales»<sup>333</sup>.

Esa idea sobre la existencia de un nivel de gobierno superior no supondría, a la luz de los planteamientos de Castells, la presencia de nuevo de un poder último de carácter unitario, jerárquicamente superior, esto es, nuevamente un poder soberano. Por el contrario, la propuesta del autor citado es que los Estados son “nodos de una red de poder más amplia”, y como tales seguirán existiendo. “Los estados-nación puede que retengan su capacidad de toma de decisiones, pero, al convertirse en partes de una red de poderes y contrapoderes, son en sí mismos impotentes: dependen de un amplio sistema de aplicación

---

<sup>333</sup> Hirst, P., Thompson, G., *Globalization in Question: the international Economy and the Possibilities of Governance*, p. 171, Polity Press, Cambridge, 1996, según cita de Castells, M., *La era de la información (Vol. 2. El poder de la identidad)*, ob. cit., p. 334.

de la autoridad y la influencia de múltiples fuentes”<sup>334</sup>. De esta manera el Estado, y el ordenamiento estatal, aparecen como elementos dentro de una compleja red de relaciones entre distintos centros, y no en el marco de una posición de subordinación jerárquica como subsistema respecto de un sistema global, como subordenamiento dentro de un ordenamiento unitario más general, fuente de validez de todas las formas jurídicas.

El Estado ya no aparecerá más “como la única forma de organización de la vida social, 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 monopolio de la decisión”<sup>335</sup>.

### **3.6 La reformulación de las funciones estatales**

Lo anterior nos sirve para confirmar que las transformaciones que está experimentando el Derecho parten de los cambios en las funciones del Estado, que pese a sufrir un duro embate al ver debilitado uno de sus rasgos definitorios, el de soberanía, no obstante permanece, sin verse, además, relegado a un plano totalmente secundario. Lo que varían son las funciones, pero su papel, aunque menor, sigue siendo importante. El Estado no desaparece, asume nuevas funciones y por ello aparece un nuevo Derecho estatal.

Se generan incluso unas tendencias en parte contradictorias ya que al lado de la pérdida del papel de la política estatal y de la acción pública en la orientación de las opciones económicas (en la línea de lo que se puso de manifiesto al recoger las afirmaciones del que fuera Gobernador del Banco de España), “asistimos a una expansión cuantitativa de la presencia del Estado en el sistema económico y comercial”. Como señala Mercado Pacheco, “a pesar de las apariencias, la mundialización no exige menos Estado, sino la funcionalización de los instrumentos económicos, políticos y jurídicos del Estado a los imperativos de las estrategias de la mundialización”. En este sentido, “la globalización de la economía parece exigir al Estado justamente lo inverso a lo que según Fichte la

---

<sup>334</sup> Castells, M., *La era de la información (Vol. 2. El poder de la identidad)*, ob. cit., páginas 334 y 335.

<sup>335</sup> Wyduckel, D., “La soberanía en la historia...”, ob. cit., p. 289.

Razón exigía del Estado en relación al comercio y a la industria”<sup>336</sup>. A partir de ahí califica el autor al Estado contemporáneo como “Estado comercial abierto”.

Así es, pese a que el Estado haya “dejado de ser un actor unitario para convertirse en un marco más, no el único, en el que se negocian y se resuelven las diferencias políticas”, y que se pueda afirmar que “la acción colectiva cada vez se escapa más de la jurisdicción del Estado”, de modo que cada vez resulta más difícil mantener la idea de Estado como el garante, o al menos como el único garante, del “interés general”, pese a todo, ello no comporta “que los actuales Estados vayan a desaparecer necesariamente”<sup>337</sup>.

El Estado nacional sigue manteniendo, al menos en principio, una cierta capacidad para determinar aspectos fundamentales de la actividad política tanto interna como internacional. “Y lo sigue haciendo, entre otras cosas, porque el actual proceso de globalización no garantiza la configuración de una integración global entendida en el sentido de un solo orden mundial político o social unificado y homogéneo. Ello hace que el desplazamiento del Estado sea y seguirá siendo, desigual e incompleto. La propia resistencia al proceso de globalización puede incluso justificar un reforzamiento temporal de la soberanía estatal en ciertos aspectos, al mismo tiempo que un debilitamiento en otros”<sup>338</sup>.

Incluso, hay quien ha llegado a afirmar la necesidad de tener en cuenta “que la externalidad del Estado en relación con el capital y las relaciones de producción es tan fundamental hoy para el capital mundial como lo era para el capital nacional en el pasado, sólo el Estado-nación puede formular ideologías nacionalistas creíbles para compensar las prácticas nacionalistas imposibles, y un Estado represivo fuerte puede ser necesario a menudo para hacer facilitar la satisfacción de las exigencias del capital global”. La función

---

<sup>336</sup> Mercado Pacheco, “El «Estado comercial abierto»...”, ob. cit., p. 146. El mismo autor nos recuerda la hipótesis autárquica y anticapitalista que Fichte delineó en 1800 en el Estado comercial cerrado: “por lo que se refiere al comercio y a la industria, el punto esencial del tránsito de todos los sistemas políticos actuales (...) al sistema (...) exigido por la razón, consiste en que el Estado se cierre completamente a todo intercambio con los países extranjeros, y de ahora en adelante forme un cuerpo comercial separado, lo mismo que hasta el momento ya ha formado un cuerpo jurídico y político separado (...) y las medidas que seguir de ahora en adelante no pertenecen al ámbito de la política, sino al de la pura doctrina del derecho (Fichte, J. G., *El Estado comercial cerrado*, Tecnos, Madrid 1991, p. 116).

<sup>337</sup> Jáuregui Bereciartu, G., “El Estado, la soberanía...”, ob. cit., p. 78.

<sup>338</sup> *Ibidem*.

de legitimación del sistema, que aún se carga sobre las espaldas estatales, debe contar con tales variables. “Esto es evidente en particular en el área del bienestar social, donde la estrategia de acumulación del Estado ha estado tradicional e inextricablemente combinada con estrategias de legitimación. Es en esta área donde el Estado hace sus mayores esfuerzos por hacer compatibles los intereses de acumulación del capital, que el Estado garantiza, con los objetivos de legitimación democrática que le permiten al Estado gobernar por consenso y no sólo por coerción”<sup>339</sup>.

Como demuestra De Cabo, la mejor manera de entender por qué, pese a las transformaciones y en general las fuertes inercias generadas por el fenómeno de la globalización, el Estado no sólo permanece sino que va a seguir constituyendo un elemento indispensable del modelo económico imperante, se encuentra yendo a las finalidades que la afirmación de la supremacía y la unidad cumplen como principios básicos que garantiza la soberanía estatal. En primer lugar, la afirmación de la supremacía del Estado se erige en el contexto de la “separación relativa entre lo político y lo económico, en otra terminología, entre Estado y sociedad civil, que procede, en último término, de que la obtención del excedente (...) tiene lugar a través de mecanismos estrictamente económicos y no ideológico-políticos”. El Estado es llamado a ser concebido “como representante del interés general de toda la sociedad (...) a través de una serie de procesos ideológicos en los que la nueva manifestación de la doctrina de la soberanía, la soberanía nacional, le proporciona: en primer lugar, un mecanismo de legitimación a través de un proceso ideológico (...). En segundo lugar, se atribuye al Estado en último término la supremacía y atribuciones necesarias para la nueva forma de dominación política”<sup>340</sup>.

Por otra parte, la unidad del Estado “es una necesidad inscrita, en última instancia, en la propia configuración de las relaciones de producción capitalistas, las cuales, a su vez, la posibilitan al permitir el llamado «efecto aislamiento» (...), el que facilita la configuración del Estado como elemento cohesionador de la dispersión social y organizador objetivo de la necesaria unidad política de intereses dominantes”<sup>341</sup>.

---

<sup>339</sup> De Sousa Santos, B., *La globalización del Derecho...*, ob. cit., p. 88.

<sup>340</sup> De Cabo, C., *Contra el consenso...*, ob. cit., páginas 51 y 52.

<sup>341</sup> *Ibíd*em, p. 53.

Por lo expuesto, considera el autor que “debe relativizarse el contenido e importancia de la llamada crisis de la soberanía y del Estado soberano. Porque si, efectivamente, los principio en que se basa y los hechos a que responde la doctrina de la soberanía son los apuntados, el Estado del que se predica sigue siendo hoy pieza básica del sistema mundial capitalista. Por eso no me parece aceptable la tesis de A. Negri cuando afirma que la supranacionalización de la soberanía es la correspondencia a la coordinación capitalista internacional. Más ajustada es, a mi juicio, en cambio, la tesis de Poulantzas, al afirmar no sólo la necesidad del Estado en cuanto mantenedor de las funciones tradicionales de cohesión, unidad y dominación en las respectivas formaciones sociales (...) sino su especial relevancia actual por el nuevo papel que juega en la fase presente del capitalismo monopolista”<sup>342</sup>.

Volviendo a la noción de *Estado comercial abierto*, vemos cómo se va confirmando que “no implica menos Estado, sino la despolitización de la decisión pública en el gobierno técnico-mundial del nuevo orden económico legitimado exclusivamente en el plano de los hechos por la constitución en valores universales de la racionalidad económica y los imperativos de la eficiencia”<sup>343</sup>.

A partir de esa idea, Capella insiste en lo mismo: “lejos de ser contrario al estatismo, el capital multinacional exige un «Estado activista», que desmantele el *Welfare state* a favor de la mundialización. El Estado Abierto o permeable, que experimenta una pérdida de soberanía, ha de intervenir en la economía con políticas de desregulación (...) socialización de los costes del ajuste laboral, desregulación del mercado de trabajo, paz social, privatización de cualquier innovación social, financiación a las empresas multinacionales para que inviertan en el territorio, invertir en innovación tecnológica, reparar daños ecológicos (...)”<sup>344</sup>.

---

<sup>342</sup> *Ibidem*, páginas 54 y 55. El autor parte de Poulantzas, N., *Las clases sociales en el capitalismo actual*, Madrid, 1977, páginas 66 y siguientes.

<sup>343</sup> Añade Mercado Pacheco que “lo que está sucediendo hoy en la práctica no es una neo-regulación o desregulación del orden económico, sino una re-regulación, la creación de nuevas normas, de nuevas instituciones de las que cada día los ciudadanos están más lejos de controlar e influir en sus decisiones (...). El verdadero poder constituyente es un poder tecnocrático que rediseña el mundo bajo los imperativos de los criterios técnicos de la competitividad global y de la eficiencia económica (G7, FMI, BM, OMC). Éste es el envite fundamental en el campo jurídico y en el campo de las relaciones entre sistema jurídico y sistema económico”. Mercado Pacheco, “El «Estado comercial abierto»...”, *ob. cit.*, p. 149.

Y esto es así, porque, al fin y al cabo, “la reducción del Estado no puede ser obtenida sino a través de una amplia intervención estatal. El Estado debe intervenir con el fin de no intervenir. Por eso, la desregulación implica re-regulación”<sup>345</sup>.

En un aparente juego de paradojas, “el derecho estatal, en efecto, puede, a la vez, comprometerse menos y estar más presente. De un lado, por ejemplo, se desentiende de manera progresiva y declarada de su papel de Estado providencia; pero al mismo tiempo, desarrolla su apoyo a las corporaciones y al capital transnacional. Por un lado, parece perder algo de su soberanía, al comprometerse con un proceso comunitario (por ejemplo, en el nivel de la Unión Europea); pero al mismo tiempo, refuerza su posición al estar muy presente en los organismos comunitarios y supraestatales (...)”<sup>346</sup>.

Y así es como “mientras está cada vez menos presente, por el hecho de la aparición de autoridades concurrentes, el Estado acaba por fortalecerse en esta dinámica compleja que se sitúa entre lo global y lo local. Y lo hace, en lo esencial, según modalidades de producción de la norma jurídica tradicionales”, porque al lado de un auge en la importancia de las políticas públicas, el medio empleado sigue siendo el Derecho<sup>347</sup>.

En definitiva, el Estado sufre las consecuencias de un fenómeno que, como antes se ha puesto de manifiesto, no es homogéneo ni lineal, sino asimétrico y en parte contradictorio. Un buen ejemplo de ello lo hallamos en las funciones que el Estado ocupa en materia de privatización, donde se requiere una compleja intervención del Estado que se extiende mucho más allá de la mera operación de privatización de una determinada empresa de titularidad estatal. Como señala de Sousa Santos, “en tales casos, el lugar central del Estado es de alguna manera confirmado en el mismo proceso de su muerte”. El mismo autor nos ofrece más muestras de ese complejo proceso: “la actividad estatal se está volviendo tan heterogénea, con ramas diferentes desarrollándose a ritmos diferentes y algunas veces en direcciones opuestas, que en ocasiones no se puede discernir un patrón

---

<sup>344</sup> Capella, J. R., “Estado y Derecho ante la mundialización: aspectos y problemáticas generales”, Capella, J. R. (coord.), *Transformaciones del Derecho...*, ob. cit., p. 110 (páginas 85 a 121). Un claro y cercano ejemplo lo tenemos en el desastre ecológico provocado por la rotura de la presa de contención de materiales tóxicos provenientes de la explotación de una empresa privada sueca en Aznalcollar, Sevilla.

<sup>345</sup> De Sousa Santos, B., *La globalización del Derecho...*, ob. cit., p. 82.

<sup>346</sup> Arnaud, A. J., *Entre Modernidad y Globalización...*, ob. cit., p. 183.

<sup>347</sup> *Ibidem*, p. 185.

coherente de acción estatal. La pérdida del papel central de la acción estatal en algunas áreas (relaciones laborales, bienestar social) puede, por tanto, coexistir con la recuperación de ese papel en otras áreas (entrenamiento laboral, vigilancia política, ajuste de la política exterior a las operaciones de las empresas transnacionales)". Además "la relación entre el Estado-nación y el capital transnacional varía no sólo de Estado a Estado, sino también dentro del mismo Estado, de sector a sector (...)"<sup>348</sup>.

El fenómeno que venimos describiendo sitúa al Estado en una posición compleja: "por una parte es factor necesario para desarrollar políticas que permitan la integración de las economías internas en el orden internacional, todo lo cual parece debilitar progresivamente su papel y función en beneficio de las organizaciones internacionales o de integración comunitaria, pero, a la vez, esa interrelación produce situaciones que conducen a un fortalecimiento de esos papeles y función del Estado: tal ocurre con (...) las exigencias de apoyar la competitividad a través de políticas recesivas que (...) frenan la demanda interna, con lo que se acentúa la demanda de Estado social (...)"<sup>349</sup>.

En este sentido, Arnaud señala que "incluso aquellos que abogan por una «gobernancia global» (*global governance*)<sup>350</sup> proclaman que el Estado de derecho ha sido piedra angular ética de toda la sociedad libre; respetarlo es tan esencial para la comunidad de vecindad global como para la comunidad nacional. Hablar de *governance* global sin

---

<sup>348</sup> *Ibidem*, páginas 87 y 88. En este sentido, Ramonet señala lo poco confortable del papel que el Estado debe ocupar en la economía global: alejado de los medios para oponerse a los mercados, sin control sobre los cambios y los flujos de dinero y comercio, deben asumir la formación de los ciudadanos y el control sobre el orden público. Ramonet, I., *Un mundo sin rumbo...*, ob. cit., p. 76.

<sup>349</sup> De Cabo, C., *Contra el consenso...*, ob. cit., p. 337.

<sup>350</sup> Con dicho término se hace referencia a la voluntad de los defensores de la propuesta neoliberal de sustituir el gobierno por la "gobernancia", término anglosajón (*governance*, en contraposición con *government*) que sugiere el ocaso de las funciones clásicas de gobierno en lugar de las cuales aparece un Estado cuya función deja de reclamarse omnipotente y asume el objetivo de conducir los procesos decisorios en los que participan individuos e instituciones tanto en la esfera pública como en la esfera privada. Se espera que el Estado pueda erigirse como instancia "capaz, por su posición de exterioridad y de (formal) superioridad frente a los intereses en presencia, de volver a llevar la diversidad hacia la unidad; la heterogeneidad hacia la homogeneidad, el desorden hacia el orden". De esta manera, se buscaría en el Estado "el principio de orden y de cohesión", aunque partiendo de que el mercado posee una capacidad reguladora mucho más susceptible que el Estado de armonizar de manera racional y equitativa los comportamientos. Al Estado, entonces, se le pide, en consecuencia, que lleve a cabo políticas de desregulación. Incluso cabe hablar de «gobernancia» sin «gobierno». Arnaud, *Entre Modernidad y Globalización...*, ob. cit., páginas 190 y 191. El autor se apoya en Chevallier, J., "De quelques usages du concept de régulation", Miaille, M. (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, 1995, p. 86 (páginas 71 a 93).

derecho sería contradictorio. Su primacía es una condición previa de una *governance* global efectiva”<sup>351</sup>. Salta a la vista que los autores a los que se refiere Arnaud, que no dudan en defender los beneficios de la globalización neoliberal, siguen atribuyendo al Estado el monopolio sobre la producción jurídica. De esta manera, vendrían a situar los mecanismos de creación normativa de carácter transnacional en el plano de lo fáctico, con lo que asegurarían por un lado el libre desarrollo de verdaderas regulaciones jurídicas (informales) junto con el reconocimiento del papel de un Estado dirigido a estimular de manera equilibrada las energías del sector privado hacia los mercados globales, garantizando un buen marco de regulación para la competitividad, y unos mínimos de equidad y cohesión social combinados con funciones de seguridad y control social.

En conclusión, el Estado ni mucho menos desaparece, sino que interviene conservando una de las funciones básicas del Estado social, que es la de mediar el conflicto. Sigue De Cabo constatando que “el Estado continúa configurándose como el lugar a través del cual se produce la relación entre lo social y lo económico, de manera que sigue siendo el lugar específico de la lucha de clases (...), en toda reivindicación colectiva se encuentra el Estado o se hace frente a él”, mientras que además se siguen condicionando mutuamente la instancia política y la económica, “por consiguiente, los cambios del orden económico siguen demandando respuestas concretas del orden político, lo que conduce a una acentuación del «consenso» de carácter objetivo en las sociedades postindustriales a consecuencia de la necesaria coincidencia de partidos y programas con su correspondiente proyección en la crisis de la democracia representativa”<sup>352</sup>.

De todas formas, se podría añadir que si el Estado sigue siendo el espacio de mediación y de reivindicación no lo es tanto porque conserve intactas las posibilidades de incidencia en la resolución del conflicto entre el capital y el trabajo, sino porque pese a que el centro de decisión se haya trasladado a otros ámbitos, no ha existido por el momento una paralela traslación a tales nuevos lugares de los mecanismos (participativos, de formación de la opinión pública, etc.) que conforman dicho espacio de mediación. Así se demuestra en un espacio institucionalizado como es el de la UE, y ya no digamos en el resto de

---

<sup>351</sup> Se trata de una cita del Informe de la Comisión on Global Governance, *Our Global Neighborhood* (p. 67), según recoge Arnaud, A. J., *Entre Modernidad y Globalización...*, ob. cit., p. 186.

centros de decisión que conforman el *poder soberano difuso* ya referido. Una vez precisado tal extremo, sí podemos estar de acuerdo con que el Estado sigue manteniendo un papel protagonista.

Por último, merece la pena volver sobre el carácter desigual del poder estatal e incluso en algunos puntos contradictorio. Así, mientras por un lado se ve muy debilitado en aspectos fundamentales propios de su tradicional función reguladora (función que se reduce al ritmo que se segmenta la razón jurídica que venía girando alrededor de la idea de soberanía nacional), por otro lado, se refuerza en ciertas funciones que devienen esenciales para asegurar la buena marcha del proceso.

Sin duda alguna, una de las muestras más evidentes de este reforzamiento, y a la vez del carácter contradictorio al que se aludía, es las cada vez más intensas funciones estatales dirigidas al control de los flujos migratorios. Dicho control no se limita a la vigilancia de unas fronteras que, contrariamente, tienden a desaparecer si de libre circulación de capital, mercancías y servicios se trata, sino que se despliega a lo largo y ancho de todo el territorio con severa intensidad, en aplicación de una regulación que lejos de desaparecer se consolida en su vertiente más represiva<sup>353</sup>. El Estado vuelve en parte a su antigua condición de Estado-vigilante nocturno, en parte sólo, porque al margen de las otras importantes tareas reguladoras ya comentadas, en realidad también es vigilante diurno.

### **3.7 La integración regional en el marco de la globalización**

#### *3.7.1 Introducción*

Los vacíos de legitimación que arrastra consigo el proceso globalizador, y que son parte de las razones que explican la necesidad de que el Estado siga estando presente –esta

---

<sup>352</sup> De Cabo, C., *Contra el consenso...*, ob. cit., páginas 337 y 338.

<sup>353</sup> Basta con acudir a las previsiones de la vigente Ley Orgánica de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (Ley de Extranjería), que tras las importantes y extensas modificaciones introducidas por la LO 8/2000 permite que la sanción consistente en la expulsión de personas extranjeras indocumentadas sea recuperada como instrumento esencial de control, en detrimento de las medidas orientadas a su establecimiento e integración en el país de acogida. Hay que añadir que la situación no parece que vaya a

vez como espacio de desarrollo de una democracia cada vez más representativa (en el sentido teatral)-, hacen que debamos convenir que “las funciones del Estado social han alcanzado actualmente tal dimensión que sólo pueden ser cumplidas si son transferidas desde el Estado nacional a unidades políticas que en cierta forma alcancen y se pongan al mismo nivel que la economía transnacional”<sup>354</sup>.

A partir de ahí, los fenómenos de integración regional, y entre ellos de manera señalada la UE pueda ser considerada como “una respuesta organizada a la vulnerabilidad del Estado”<sup>355</sup>.

Podemos partir con Habermas, que los acuerdos que llevan a la creación de organizaciones de integración regional “son una condición necesaria para una recuperación de la política frente a las fuerzas de la economía globalizada”<sup>356</sup>. La duda que surge de modo inmediato es hasta qué punto pueden dichos procesos de integración llegar a posibilitar un cambio de curso del contexto global, hasta qué punto se adquiere verdadera capacidad de influencia política.

Y es una duda que nos asalta sobre todo a partir de la comprobación de las líneas de actuación que hasta ahora ha venido consolidando la Comunidad/UE. Castells, en este sentido, ha visto en la integración europea “al mismo tiempo, una reacción al proceso de globalización y su expresión más avanzada”<sup>357</sup>.

Esa doble faceta del proceso de integración comunitaria merece ser examinada.

### *3.7.2 La integración europea como factor de globalización*

#### *3.7.2.1 El impulso globalizador de la integración europea*

---

modificarse, todo lo contrario, cuando se acaben de consolidar las competencias en materia de extranjería que vayan siendo asumidas por las instituciones comunitarias.

<sup>354</sup> Habermas, J., “La constelación...”, ob. cit., p. 74.

<sup>355</sup> Noblecourt, V., “Essai d’une construction juridique de la supranationalité”, *Civitas Europa*, sept-dic 1999, p. 282, páginas 279 a 308.

<sup>356</sup> Habermas, J., “La constelación...”, ob. cit., p. 75.

<sup>357</sup> Castells, M., *La era de la información (Vol. 3. Fin de milenio)*, ob. cit., p. 369.

El mismo autor recién citado ha sabido describir cómo “el alineamiento de las economías europeas en un conjunto dado de parámetros macroeconómicos no es más que un paso más hacia su alineamiento en las normas internacionales, al menos frente a los países de la OCDE. En efecto, los requisitos básicos establecidos por el Tratado de Maastricht y precisado más adelante por el Pacto de Estabilidad y Crecimiento de Dublín de diciembre de 1996, reflejan fielmente los criterios habituales impuestos por el FMI en todo el mundo (bajo déficit presupuestario, deuda pública relativamente baja, baja inflación, tipos de interés a largo plazo bajos y cambio estable). La armonización de las economías europeas es inseparable de la armonización de los parámetros macroeconómicos globales (...)”, y buena prueba de ello son las condiciones que dieron lugar a la aparición de la moneda única<sup>358</sup>.

Hay incluso quien no ha dudado de hablar del “rpto de Europa por el capital”, entendiendo que la Europa que se construye, especialmente de manera más acelerada desde los años ochenta, y que el Tratado de Niza consolida, es un proyecto “de las élites económicas y financieras de la Europa occidental (...)”, en el que las reformas institucionales y competenciales que han de llevar a la ampliación hacia el Este constituyen una fase más del proceso de globalización económica de carácter neoliberal que la UE se encarga de asentar en nuestro contexto geográfico<sup>359</sup>.

---

<sup>358</sup> Como explica el mismo autor, el euro, que constituye la decisión esencial que asegura la unificación de Europa, aparece como consecuencia “de la necesidad de mantener un grado mínimo de estabilidad monetaria y financiera en las economías europeas, como se puso de manifiesto especialmente tras el intento fallido del primer gobierno Mitterrand de realizar una política expansionista de manera independiente que le llevó a tener que devaluar sucesivamente el franco y sólo poder recuperarse con sucesivas etapas de restricción presupuestaria. La segunda experiencia fue la crisis del sistema monetario europeo en otoño de 1992 y verano 1993 cuando la libra y la lira tuvieron que salir del sistema y se forzó la devaluación de peseta y escudo”, demostrándose la impotencia de los bancos centrales europeos ante los movimientos de divisas que tuvieron lugar y el dominio de los mercados financieros sobre todas las demás oportunidades de inversión, auténtico rasgo estructural de la nueva economía internacional y regional. Castells, M., *La era de la información (Vol. 3. Fin de milenio)*, ob. cit., páginas 369 y 370.

<sup>359</sup> Así, frente a las tesis que defienden que la creación de la Europa ampliada va a permitir “que la UE proyecte su modelo económico, social y medioambiental a escala internacional, ayudando a dar «un rostro humano a los procesos de globalización», y que es una de las formas de poder resistir mejor a los posibles impactos negativos de ésta y, en especial, los embates de los mercados financieros”, en realidad “la ampliación al Este supone un incremento notable del área de mercado de la UE. Más de cien millones de nuevos consumidores potenciales (...) pero el verdadero atractivo de la ampliación es el acceso para las principales fuerzas económicas de la UE a amplios recursos productivos, así como energéticos y naturales, y sobre todo la posibilidad de utilizar una mano de obra cualificada con muy bajo coste laboral, y poca capacidad de defender sus derechos. Como ha expresado gráficamente la ERT (European Round Table of

En esta misma línea, Cassen ha querido poner de manifiesto cómo Mario Monti, desde su cargo como Comisario comunitario para la Competencia, ha expresado claramente, en respuesta a las reivindicaciones de tipo social venidas sobre todo desde Francia, que “hacen falta protecciones sociales, pero que interfieran lo menos posible en el buen funcionamiento de los mercados”<sup>360</sup>. El mismo Cassen, nos recuerda que “en materia de competencia la Comisión tiene poderes propios que le permiten, prescindiendo de la opinión de los Estados, tomar cualquier decisión que considere útil”<sup>361</sup>.

El autor recién citado denuncia, asimismo, que “intentar desviar, por poco que sea, esta carrera resulta, en la mayoría de los casos, una misión imposible para el gobierno que se lo proponga. En los terrenos que dependen de la mayoría cualificada, es prácticamente seguro que estará en minoría (...). En el mejor de los casos, se podrá retrasar la ejecución de una medida (...). En los terrenos que dependen de la unanimidad, cualquier Estado será acusado si se aprovecha de esta prerrogativa para frenar medidas de liberalización, y se verá obligado a ir tirando lastre progresivamente”<sup>362</sup>. Por eso, durante el Consejo Europeo de

---

Industrialist) un *lobby* de presión donde están presentes la gran mayoría de las principales transnacionales europeas... «es como si se hubiera descubierto (de repente) un nuevo sudeste asiático en nuestro patio trasero»”. Además, en la firme voluntad de proceder a la ampliación existiría otra razón: la creencia en la necesidad sobre la construcción de una superpotencia europea, política y militar, que respalde al euro. “Detrás de una moneda que se quiere fuerte, y que pretende disputar al dólar su papel de divisa de reserva internacional, siempre hay, o tiene que haber, un poder político y militar asimismo fuerte”. Fernández Durán, R., “Capitalismo Global, Resistencias Sociales y Estrategias del Poder”, en Fernández Durán, R., Etxezarreta, M., Sáez, M., *Globalización Capitalista, Luchas y Resistencias*, Virus-Baladre, Barcelona, 2001, páginas 167 a 171 (páginas 61 a 233)

<sup>360</sup> Entrevista en *Le Monde*, 1 de agosto de 2001, citada por Cassen, B., “Un proyecto nuevo para un viejo continente”, *Le Monde Diplomatique* (versión castellana), septiembre 2001, p. 8 (páginas 8 y 9).

<sup>361</sup> *Ibidem*.

<sup>362</sup> No obstante, es preciso objetar que la misma complejidad que entraña el proceso de integración impide ser taxativo a la hora de identificar la defensa de la unanimidad con la protección, al menos en el nivel nacional, de las conquistas sociales frente un avance globalizador que vendría a ser abanderado por la UE. Sin discutir el peso que hasta la actualidad han tenido las medidas que por uno y otro flanco se han adoptado en el marco de la unificación europea, lo cierto es que el propio panorama político demuestra la dificultad de encasillar las posiciones al respecto. Como ha observado Robert, “Para unos, es necesario hacer saltar el «cerrojo» de la unanimidad y construir una federación (Los Verdes europeos, los gobiernos de Alemania y Bélgica). «*El interés nacional es el interés del capital*», escribe así Alain Lipietz. Para otros. Ante los efectos sociales desastrosos del libre mercado, la unanimidad se ha convertido en el último escudo contra la conversión de todo en mercancía, porque mantiene la posibilidad de presión de los movimientos sociales sobre los Gobiernos. Finalmente, otros, en primer lugar el Reino Unido, estarían encantados viendo la construcción europea limitada al gran mercado. En los tres casos, la cuestión esencial no se plantea nunca: ¿Qué Europa se quiere hacer?”. Robert, A.-C., “Propuestas para una reconversión democrática de la UE”, *Le Monde Diplomatique* (versión castellana), septiembre 2001, p. 9 (páginas 8 y 9).

Niza de diciembre de 2000 (...) la delegación francesa (...) se vio obligada a renunciar a mantener el derecho de veto íntegro (...) sobre el mandato a la Comisión para sus negociaciones con la Organización Mundial del Comercio (OMC) en materia de servicios”<sup>363</sup>.

### 3.7.2.2 La construcción del Mercado Único como expresión de globalización: la reducción del espacio de decisión política

Algunos de los caracteres que definen el concepto de globalización que venimos manejando, y especialmente por lo que respecta al “rapto” de los espacios de decisión política, se ven directamente plasmados en las provisiones comunitarias que tiene por objeto asegurar la construcción y consolidación del Mercado Único.

Así, son los propios Tratados los encargados de delimitar con claridad el terreno: el art. 4.1 del TCE establece con claridad que “para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de los Estados miembros y de la Comunidad incluirá (...) la adopción de una política económica (...) que se llevará a cabo de conformidad con el respeto de una economía de mercado abierta y de libre competencia”; en el art. 4.2 se ratifican idénticos principios económicos en el marco de la moneda única; tales principios tienen diversas manifestaciones a lo largo del TCE, pero basta con citar el contenido del art. 86.1, en virtud del cual, “los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12, y 81 a 89, ambos inclusive”, es decir, la normativa que hace referencia a la prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad y toda la normativa referida a la competencia, en la que se establece que “salvo que el presente Tratado diga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante

---

<sup>363</sup> *Ibidem*.

fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones” (art. 87.2)<sup>364</sup>.

Resulta manifiesto el modo en el que se concreta la reducción del espacio de decisión política al que se ha hecho reiterada referencia y que corrobora la impresión expresada por Thibaud, según el cual “al ser Europa su propio fin en sí, escapa a priori de cualquier examen crítico”<sup>365</sup>. No es que los Estados acepten una transferencia de competencias que lleve a un nivel supranacional la decisión sobre determinadas cuestiones de la política económica y que a consecuencia de ello quede reducido su espacio de decisión (de soberanía): lo que consagra el TCE son los principales rasgos de un modelo de política económica predeterminado que obliga tanto a la Comunidad como a los Estados pro futuro y por tiempo indefinido (hasta que exista una reforma de los Tratados en sentido diverso, para lo que se requiere la aceptación por parte de todos los Estados miembros). En este sentido, el deterioro que sufre la soberanía estatal viene más motivado por la reducción del espacio de lo político a favor de las reglas del mercado que por la transferencia de competencias a la Comunidad.

La unión monetaria, más que la unión económica que como ha indicado Olesti en realidad sólo ha ocupado un segundo plano dentro de los propósitos del Tratado de Maastricht<sup>366</sup>, conlleva inevitablemente que los Estados dejen de tener competencia sobre

---

<sup>364</sup> Hay que añadir que el mismo art. 87 establecen en sus apartados segundo y tercero los supuestos excepcionales en los que sí se aceptan ayudas estatales a empresas (ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo, ayudas destinadas a favorecer el desarrollo de determinadas actividades “siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común”, ayudas destinadas a promover la cultura...).

<sup>365</sup> La cita se halla recogida por Cassen, B., “Cumbre de Niza: mercaderes contra ciudadanos”, *Le Monde Diplomatique*, diciembre, 2000, p. 7, de Thibaud, P., “Europa para Europa no es estimulante”, *L’Express*, 29 de junio de 2000. Para Cassen, “no es seguro que lo que deberían saludar como un gran éxito pedagógico sea del gusto de los «europeístas» más fervientes que han logrado hasta ahora colocar la situación europea «por encima de las querellas partidarias». Si lo que quieren decir con eso es que ellos habían llegado a instalar un agujero negro que absorbiera la política como el aspirador absorbe el polvo, tenían perfectamente razón”.

<sup>366</sup> Así es, Olesti señala que en el ámbito del TCE “los planteamientos hacia una unión económica son tímidos; ya que.. la unión económica se nuclea esencialmente en la consecución del mercado interior, y no a partir de la unión de las diferentes políticas económicas de los Estados miembros. Es por ello que únicamente los aspectos directamente vinculados con la consecución de la unión monetaria, como la necesidad de una disciplina presupuestaria en los Estados miembros, hayan sido objeto de una especial atención por los redactores del TCE”. Olesti Rayo, A., “El proceso de integración europea, la Unión monetaria y la soberanía de los Estados miembros”, *GJ*, Serie D, núm. 28, 1997, p. 171 (páginas 137 a 185).

los instrumentos de política monetaria, pues ésta, su diseño y ejecución, queda en manos de un órgano de la Unión Europea, el SEBC (Sistema Europeo de Bancos Centrales).

Se puede alegar, señala Olesti, “que en la práctica y atendiendo a la autonomía de los bancos centrales de los Estados miembros en la fijación del diseño y aplicación de la política monetaria, de hecho los Gobiernos poco margen de actuación tienen ya en la actualidad (...) pero una vez iniciada la unión monetaria los Estados, y no sólo sus Gobiernos, perderán todo instrumento de influir en la actuación económica en el ámbito de la política monetaria”. Como prosigue el mismo autor, “una vez cedida la competencia en el ámbito de la política monetaria, y añadiendo la obligada disciplina presupuestaria, cuantificada en un déficit máximo del 3%, los Estados asimismo pierden una gran parte de su capacidad en la elaboración de una política fiscal. En efecto, y en períodos de recesión económica, se limita en buena medida la posibilidad de los Gobiernos de poner en práctica políticas fiscales que sean anticíclicas y que intenten evitar grandes oscilaciones en la actividad económica”. Salta a la vista que “no se trata de un aspecto estrictamente económico, sino que supone una pérdida de capacidad de actuación política. En última instancia el diseño de una política monetaria responde a una orientación de carácter político”<sup>367</sup>.

Montes se muestra más explícito al entender, conectando así con la opinión de López Pina para quien Maastricht y la jurisprudencia del TJ representan un buen exponente de la acometida liberal<sup>368</sup>, que “el Tratado de Maastricht representó un salto cualitativo en el intento de configurar a escala supranacional un sistema económico y social basado en los postulados del capitalismo neoliberal: un mercado libre sin trabas, con la mínima participación y regulación del Sector Público, funcionando con una moneda única cuyo manejo será independiente de las decisiones de los gobiernos (...). La supranacionalidad del sistema que se pretende construir no es inocua (...) al responder a un compromiso de los Estados miembros, ninguno de ellos podrá romper las reglas de funcionamiento, lo que

---

<sup>367</sup> *Ibidem*, p. 181.

<sup>368</sup> López Pina, “Las tareas...”, *ob. cit.*, p. 370.

proporciona una coartada para eludir las presiones a favor de una intervención social y económica más activa del Estado”<sup>369</sup>.

Perfilando un poco más si crítica, el autor nos recuerda que “para aumentar su participación en la economía o para intervenir anticíclicamente en la evolución económica, los Estados contaban en el pasado, aparte de los impuestos, con la posibilidad de financiarse a través de los Bancos Centrales, mientras que con las reglas de actuación del BCE, los poderes públicos no tendrán acceso al recurso monetario, teniendo que financiarse, en el caso en que incurran en déficit, en los mercados de capitales, lo mismo que el sector privado. Por otro lado, Maastricht consagra un ámbito económico en el que regirá una única política monetaria determinada por una autoridad independiente, pero sin contar con la homogeneización de otras condiciones económicas y sin las posibilidades de redistribución derivadas de un presupuesto común”<sup>370</sup>.

En este contexto, “existirá un Mercado Único en el que, a semejanza de los mercados dentro de los Estados, no habrá obstáculos a la circulación de mercancías, servicios, capitales y mano de obra, pero las integraciones social y económica serán muy endebles, porque no se contempla la homogeneización de la legislación socio-laboral ni habrá un presupuesto común para toda la Comunidad, sino que cada Estado contará con un presupuesto propio, cuyos ingresos provendrán de la renta y riqueza que se genere en cada país. Habrá diferencias económicas y sociales muy acusadas entre los países miembros (...). La convergencia real entre los países no entra en los objetivos de la UEM, ni será impulsada por ella”. Para Montes, “a nivel supranacional no habrá ninguna institución para desempeñar el papel de los actuales Estados en la corrección de los efectos negativos del mercado. El presupuesto de la CE representa poco más del 1% del PIB de los países de la CE, del cual una pequeña parte se destina a fondos estructurales, lo que elimina cualquier posibilidad de actuar eficazmente contra las desigualdades regionales”, es más, “una misma política monetaria aplicada sobre realidades económicas diferentes tenderá a perjudicar a los países con mayor propensión a la inflación (...)”<sup>371</sup>.

---

<sup>369</sup> Montes, P., *La integración en Europa. Del plan de estabilización a Maastricht*, Trotta, Madrid, 1993, p. 145.

<sup>370</sup> *Ibidem*.

Según lo que acabamos de ver, de nuevo podemos afirmar que la reducción de la soberanía estatal que el desarrollo de la UEM (Unión Económica y Monetaria) implica, va más allá de la que supone la transferencia competencial. Estamos ante la emergencia de una especie de *cuarto poder*, el poder “monetario”, junto con los poderes tradicionales, ante el cual no sólo dejan los órganos estatales de poder ejercer determinadas competencias en materia monetaria y fiscal, sino que el nuevo espacio de decisión ve sensiblemente reducido sus márgenes como consecuencia de la imposición de los criterios de una determinada política económica.

López Pina, recogiendo algunas de las consideraciones de Böckenförde sobre la materia, se ha referido en este sentido al “problema estructural que supone segregar de la política general como sector autónomo las cuatro libertades comunitarias del *Marktbürger* –dotadas además por mor del Derecho Comunitario de primacía respecto del resto de políticas nacionales. El pleno despliegue de tales libertades económicas desata una *Sociedad industrial capitalista de intensa competencia* no compensada por medidas sociales”<sup>372</sup>.

Dada su relevancia, más adelante dedicaremos un apartado específico al comentario del espacio social en el contexto comunitario, de modo que por el momento no ahondaremos en la ejemplificación del papel que la construcción del Mercado Único en el contexto de la economía global.

### 3.7.2.3 Los problemas de legitimidad en el proceso de integración comunitaria

Como venimos comprobando, asistimos a un desapoderamiento que afecta no sólo al ámbito de lo estatal sino, de manera más preocupante, en general al ámbito de lo político, y buena prueba de ello lo tenemos en un ámbito como el de la autoridad monetaria en la Europa comunitaria tras Maastricht, que sólo de manera muy indirecta puede referírsele

---

<sup>371</sup> *Ibidem*, p. 148.

<sup>372</sup> López Pina, A., “Las tareas...”, *ob. cit.*, páginas 362 y 363. Las consideraciones de Böckenförde se hallan en *Welchen Weg geht Europa?*, München: Veröffentlichungen der Siemens-Stiftung, 1997, y “Wenn der europäische Stier vom goldenen Kalb überholt wird. Die Politik in der ökonomischen Falle: Wirtschaftliche Einigung schafft noch keine politische Solidarität”, *Frankfurt Allgemeine Zeitung*, de 24 de julio de 1997.

una representatividad democrática, siendo además muy escasas las vías en las que hacer efectivo algún tipo de control político por medio de órganos democráticos<sup>373</sup>.

Según lo que hemos recogido hasta ahora, parece claro que el mercado único europeo “no es sólo un programa tecnocrático para remover los obstáculos subsistentes al libre tránsito de todos los factores de producción. Es al mismo tiempo una opción altamente politizada en cuanto al *ethos*, la ideología y la cultura política: la cultura de «el mercado» (...). Lo anterior tiene como premisa la aceptación de la igualdad formal entre los individuos (...). Dos *slogans* el «Mercado Unidimensional» y el «Gran Mercado como Gran Hermano» han sido utilizados para poner de relieve la falacia de la neutralidad ideológica (...). Esta necesidad de un mercado satisfactorio no sólo acentúa la presión a favor de la uniformidad, sino que pone de manifiesto también una opción social (y por tanto ideológica) que prima la eficiencia del mercado y la neutralidad de la competencia en el territorio europeo frente a otros rivales”<sup>374</sup>.

El hecho de que no se haya producido la traslación de los mecanismos que aseguran la participación política y social del ámbito estatal al comunitario no es simplemente un producto de las inercias de las experiencias organizativas estatales, sino que las dinámicas supraestatales se basan y refuerzan el camuflaje de lo político tras una tupida red de “exigencias de carácter económico”, como se comentó al hablar de la pretendida apoliticidad del credo neoliberal que impulsa el proceso de globalización económica.

Un buen ejemplo de ello lo constituye la UE, que fundamenta buena parte de los avances de la integración en una pretendida neutralidad ideológica de la Comunidad. Como

---

<sup>373</sup> Como se recoge en *La Unión Económica y Monetaria: siete estudios*, Escuela de Economistas de Madrid, Civitas, Barcelona, 1993, p.34), una de las características esenciales del SEBC es su independencia, que se traduce en que “cuando ejerzan sus facultades y desempeñen las funciones y deberes correspondientes, ni el BCE (Banco Central Europeo), ni los b.c.n. (Bancos Centrales de los Estados miembros), ni ningún miembro de los órganos rectores recabarán ni aceptarán instrucciones procedentes de las instituciones y órganos comunitarios, de ningún Gobierno de un Estado miembro ni de ningún otro organismo”. Esa independencia se asegura además por la elección y la duración del mandato de sus responsables. Así, como establecen los artículos 105 y siguientes del TCE, el presidente del BCE, junto con el vicepresidente y demás miembros del Comité Ejecutivo, son nombrados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros sobre la base de una recomendación del Consejo previa consulta al PE y al Consejo de Gobierno del BCE (que lo forman los miembros del Comité Ejecutivo del BCE y los gobernadores de los Bancos Centrales de cada Estado). La duración del mandato del presidente del BCE es de ocho años no renovable.

<sup>374</sup> Weiler, J. H. H., “La transformación...”, ob. cit., páginas 118 y 119. La misma idea puede encontrarse en Bieber, Dehousse, Pinder y Weiler, “Back to the Future: Policy, Strategy and Tactics of the White Paper on

reflejo de la fingida apoliticidad del proceso económico global, en sede comunitaria se vendría a constatar una “una inhibición del debate ideológico que deriva de la estructura de la comunidad: en el Consejo están gobiernos de distinto signo, con lo que las decisiones son cuestiones pragmáticas de centro o sino se postergan. La Comisión en teoría no puede ser un mero secretariado sino que debe impulsar la política (que es una determinada) pero a la vez que no puede favorecer ni a unos ni a otros, porque trabaja como mediador (...) aunque empiezan a verse cambios tras el fin del veto, empiezan ya algunos debates ideológicos y el miedo que «entre el socialismo por la puerta de atrás (...)»<sup>375</sup>.

En directa conexión con lo anterior aparece la cuestión del déficit democrático europeo: “no existen conflictos europeos. En efecto, el proceso democrático no sólo se basa en la representación y construcción de un consenso, sino en los conflictos representados democráticamente entre autores que rivalizan por sus intereses específicos (...). Las expresiones de movilización colectiva transnacional orientada a la toma de decisiones europea son insignificantes. No hay un aprendizaje de ciudadanía europea, en buena medida debido a que las instituciones europeas suelen contentarse con vivir en su mundo cerrado de organismos tecnocráticos y consejos de ministros donde se toman los acuerdos”<sup>376</sup>.

Y esta cuestión enlaza a su vez con la discusión acerca de la posibilidad de emergencia en sede comunitaria de un sentimiento de pertenencia lo suficientemente implantado, aquella cohesión social mínima de la que hablábamos a la hora de sostener la posibilidad de coexistencia de varios *demos*, uno de los cuales sería el *demos* europeo. Pues bien, esa ocultación del debate político viene a consolidar las dificultades de lograr el espacio de solidaridad social al que Habermas aludía como presupuesto de la convivencia democrática. Intuyendo esa debilidad, Offe, según vimos, cargaba contundentemente contra quienes sigan confiando en que el espacio supranacional pueda hallarse una legitimidad democrática directa, más allá de los Estados.

---

the Creation of a Single European Market”, 1992: *One European Market?*, páginas 18 a 20, 1988. Citado por Weiler, J. H. H., *ibidem*, p. 119.

<sup>375</sup> Weiler, J. H. H., “La transformación...”, *ob. cit.*, p. 118.

<sup>376</sup> Castells, M., *La era de la información (Vol. 3. Fin de milenio)*, *ob. cit.*, p. 378.

En este sentido, Offe nos recuerda como “desde ámbitos competentes se ha sostenido incluso la tesis de que la democracia, un principio que sin duda debe considerarse como un valor «europeo», no sólo no se fortalece con la integración política de Europa sino que se lesiona”<sup>377</sup>.

Esa es la razón por la cual el debate político en Europa (y hasta cierto punto sobre Europa) brilla por su ausencia. Esa es una de las razones por las cuales las instituciones comunitarias deben mantener un perfil bajo (*low profile*) y por las que la UE debe estructurarse, cada vez más, a partir de una dinámica de “geometría variable” o “varias velocidades”, tal y como ha demostrado tras la aprobación del Tratado de Niza<sup>378</sup>.

En este contexto, no es de extrañar, como señala Castells, que los ciudadanos sigan atrincherándose en sus países e incluso en algunos casos afirmen cada vez más sus naciones. Y por esta razón, puede estar conformándose una dinámica en la que “aunque las instituciones europeas quizá adopten la versión francesa de identidad nacional, construida en torno a la identidad política, las naciones europeas puede que estén encaminándose hacia la versión alemana de identidad nacional, basada en un *Volk* lingüísticamente unido. Pese a que parezca paradójico, es posible que sólo la articulación institucional y social de ambos principios de identidad permita el desarrollo de una Unión Europea que sea algo más que un mercado común”<sup>379</sup>.

Por otra parte, lo cierto es que la tendencia hacia la “desaparición” de la sociedad como lugar de conflicto se explica a partir de un fenómeno que De Cabo ha sabido recoger a la hora de argumentar cómo actualmente el Estado ha asumido principalmente un papel

---

<sup>377</sup> Offe, C., “Democracia y Estado...”, ob. cit., p. 270, donde cita a Scharpf, “Demokratische Politik in Europa”, en Grimm D., *Zur Neuordnung der Europäischen Union: die Regierungskonferenz*, Baden-Baden, Nomos, 1996.

<sup>378</sup> Hay además quien ve en las “cooperaciones reforzadas”, que en palabras de Prodi ante el PE serán utilizadas por la Comisión “para permitir que aquellos países que quieran unir aún más sus destinos para alcanzar grandes objetivos”, la apertura de un camino que, dicho claramente, pretende cristalizar “una estructura central de la UE (aquella que avanza más rápido en su integración) y una estructura periférica que queda progresivamente descolgada, y que se vería obligada a aceptar, a posteriori, las decisiones adoptadas, en su día, por dicho Centro, o a sufrir sus consecuencias. Algo así ha ocurrido ya con el euro (...) y con Schengen, y también con los «avances» que se están produciendo en materia de política militar (...). Se acabó pues lo que, en teoría, y formalmente, era el espíritu de la Unión, es decir: «el café para todos». A partir de ahora queda claro, expresado en clave institucional, que dentro de la Unión habrá países de «primera» y de «segunda» (o de «tercera» y hasta de «cuarta», en el caso de los países del Este)”. Fernández Durán, R., “Capitalismo Global...”, ob. cit., páginas 177 y 178.

de mediación que, podríamos añadir, más allá de solucionar el conflicto muchas veces lo que pretende es anularlo. Señala este autor que lo característico del momento actual es que el capitalismo ha conseguido la subsunción del trabajo por el capital, a la que “corresponde la subsunción de la sociedad por el Estado. Y ello porque la sociedad, entendida como espacio en donde tiene lugar el conflicto «desaparece» en la medida en que «desaparece» el conflicto al «subsumirse» el trabajo en el capital (...)”<sup>380</sup>.

“La manipulación prestidigitadora del capitalismo obtiene su máxima perfección: se oculta la existencia del trabajo, parece no ser ya necesario, no existir, el capital ha terminado realizando su sueño (Negri) de apartarse definitivamente de ese inseparable e inquietante compañero. El sistema capitalista aparece como una máquina dotada de movimiento propio que se autorregula de manera independiente”<sup>381</sup>.

Y a partir de este fenómeno, se nos presenta “la desaparición de la política como espacio de mediación y, por tanto, de los partidos, de los sindicatos, de las instituciones representativas como medios de esa política, como mediadores de aquel conflicto ya inexistente”. La desvinculación de las líneas de política económica en la Comunidad y en el conjunto de Estado miembros del espacio de discusión política nos ofrece un claro ejemplo al respecto. El espacio de mediación identificable por la ciudadanía es el estatal, y aunque sea cierto que pese a todo el conflicto entre capital y trabajo subsiste y con ello las posibilidades de transformación en el seno del espacio político, el Estado cada vez más tiene que cumplir la función de “construir la «apariencia» de la política, pero como realidad virtual ya que desaparece la mediación real de una sociedad en conflicto que «ya no existe»”<sup>382</sup>.

### 3.7.3 *La integración regional como factor de recuperación del espacio de lo político*

---

<sup>379</sup> Castells, M., *La era de la información (Vol. 3. Fin de milenio)*, ob. cit., p. 379.

<sup>380</sup> De Cabo, C., *Contra el consenso...*, ob. cit., p. 331.

<sup>381</sup> *Ibíd.*

<sup>382</sup> *Ibíd.*

No obstante las evidencias recogidas de la fuerza del impulso globalizador en el proceso de construcción europea, lo cierto es que el modelo de integración encierra en sí mismo una altísima potencialidad de recuperación del espacio de decisión política perdido por los Estados individualmente considerados. Lo que no puede hacerse es negar la potencialidad transformadora que, pudiendo adoptar distintos sentidos, y más allá de que actualmente sólo uno de ellos sea el verdadero protagonista, guarda la integración comunitaria en un contexto general en el que el Estado se ve abocado a un proceso en el que la toma de decisiones económicas se sitúa en ámbitos cuyo acceso es cada vez más difícil, especialmente si se pretenden alcanzar desde el aislamiento.

No es de esperar que el Estado por sí solo, individualmente considerado, pueda transformar las dinámicas existentes en el plano de lo económico. Pese a que pueda darse un supuesto en el que un determinado Estado, o mejor, una determinada sociedad estatal, reaccione con contundencia en un esfuerzo por retomar la capacidad de decisión en el terreno económico, el grado de transnacionalización alcanzado en las relaciones comerciales y financieras impide que dicha reacción pueda llegar a resultar eficaz<sup>383</sup>. Ahora bien, dado que el Estado sigue representando para la ciudadanía el principal espacio de mediación del conflicto, que en dicho terreno se inicie una respuesta que reivindique un mayor control puede constituir el primer paso para lograr que dicha dinámica se imponga en los espacios supraestatales, donde las posibilidades de que una decisión que afecte al espacio económico sea efectiva son mucho mayores<sup>384</sup>.

---

<sup>383</sup> Un buen ejemplo lo constituye la reacción del gobierno francés ante los despidos masivos de empresas como *Marks & Spencer* o *Danone*. Así, ante el anuncio de la primera de ellas de la supresión de más de 1700 puestos de trabajo de los que mantiene en Francia, el primer ministro francés, Lionel Jospin, señaló que se iban a reforzar los mecanismos legales por medio de una “Ley de Modernización Social” llamada a establecer la prohibición de tomar este tipo de decisiones sin una previa negociación, especialmente cuando se trata de empresas con beneficios netos. La información recogida se contiene en una noticia aparecida en *El País*, 1 de abril de 2001.

<sup>384</sup> Para seguir con el mismo ejemplo, si en lugar de Francia en solitario fuesen las instituciones comunitarias las que se atrevieran a llevar a cabo la imposición de tales sanciones, la capacidad de influenciar en las decisiones de las empresas se eleva notablemente, puesto que las condiciones que ofrece el territorio comunitario para las inversiones productivas (red de comunicaciones, estabilidad política y monetaria, estabilidad social, innovaciones tecnológicas, mercado de consumidores, etc.) pueden seguir siendo atractivas pese a las restricciones impuestas por la normativa de carácter social. En este sentido, a raíz de las reacciones que los despidos masivos de las empresas citadas y de otras del sector de la telefonía móvil que han tenido lugar a lo largo del primer trimestre de 2001, la UE parece más dispuesta a aprobar una Directiva, bloqueada desde hace más de dos años, llamada *de Información y Consulta*, que obligaría a las empresas con más de cincuenta trabajadores a informar de sus estrategias y consultar con la plantilla antes de tomar una decisión de

En este sentido, como ha señalado Habermas, el contexto comunitario puede cumplir esa función ya que “el espacio económico europeo, a causa de su tupida combinación regional de comercio e inversiones directas, disfruta de una comparativamente alta independencia de la competencia global”<sup>385</sup>.

Y ese Estado de potencialidades diversas es el que se enfrenta en el contexto comunitario a un proceso de integración cuyo motor cuenta con distintos intereses que convergen mostrando, no obstante, tendencias que pueden llegar a enfrentarse entre ellas. Como han descrito Streeck y Schmitter, “si se quiere una explicación sintética del impulso renovado de la integración europea a mediados de la década de los ochenta, probablemente se diría que es el resultado de un alineamiento entre dos tipos de intereses: los de las grandes firmas europeas, que pugnan por superar las ventajas competitivas percibidas en relación con el capital japonés y estadounidense, y los de las elites estatales, que tratan de restablecer, al menos, parte de la soberanía política que han perdido de forma gradual en el ámbito nacional como resultado de la creciente interdependencia internacional”<sup>386</sup>.

Así por ejemplo, y pese a que el diseño final escogido vaya en dirección contraria, el ámbito de las políticas fiscales y monetarias es uno en los que en mayor medida se puede sostener que el proceso de integración comunitaria, lejos de suponer una suma cero en la que el aumento de poder comunitario equivale a la pérdida de poder estatal, puede generar una recuperación de poder de decisión. Así es, por paradójico que parezca los Estados, a pesar de ceder competencias, pueden acabar recuperando poder de influencia, situación que en el terreno monetario y fiscal se explica por la cada vez más mermada capacidad de acción que los Estados vienen ostentando en la materia, y también porque el diseño institucional comunitario, lejos de excluir a los Estados de la toma de decisiones, otorga una presencia decisiva a los representantes gubernamentales.

Por todo ello, de nuevo hay que recordar que “la pérdida de los elementos históricos de la estatalidad: capacidad de acción unitaria, centralidad indiscutible en la existencia

---

la trascendencia de una plan de regulación como el de las empresas que hemos mencionado. De todas formas, la firme oposición del Reino Unido e Irlanda supone un importante obstáculo. La información recogida se contiene en una noticia aparecida en *El País*, 15 de abril de 2001.

<sup>385</sup> Habermas, J., “La constelación...”, ob. cit., p. 130.

humana, su diferenciación de la sociedad civil y su soberanía (monopolio de los medios colectivos de violencia que hoy comparte con numerosos ejércitos privados y alianzas internacionales). Ya va siendo hora, pues, de que su empleo indiscriminado quede desterrado del análisis político (...) y nada más apropiado para empezar esta «purga» que el estudio de las instituciones y prácticas emergentes de la CE (...). Habría que considerar a la CE como un prototipo, como una especie de terreno de prueba supranacional para las nuevas formas de dominación política organizada que también están emergiendo tanto a nivel nacional como subnacional»<sup>387</sup>.

#### *3.7.4 La doble faceta de la organización comunitaria ante el proceso de globalización: el ejemplo de las políticas sociales*

Acabamos de identificar de modo separado las dos caras del proyecto comunitario en el marco de la globalización: al tiempo que viene insertándose como pieza del engranaje de la globalización, ofrece, por el contrario, las condiciones para la recuperación del espacio político de decisión absorbido por la dinámica del mercado globalizado.

Merece la pena no obstante detenernos en el ejemplo que ofrecen las notas que acompañan la construcción de la *Europa social*, dada su altísima significación respecto del papel del proceso comunitario frente a la pérdida de espacio político de los Estados.

En este sentido, Arnaud señala que “los acuerdos regionales, al estar ampliamente basados en una voluntad de fusión económica y monetaria, aparecen como posibles defensas contra una globalización de tendencia imperialista –«a la americana» como se suele decir hoy- por importación de un modelo que debe en parte su eficacia a su precariedad. La Unión Europea –se toma este ejemplo en la medida en que este acuerdo regional aparece como uno de los más avanzados, tanto desde el punto de vista de su realización económica y monetaria como desde un punto de vista político e identitario- podría ser el marco adecuado para una nueva fundación de un posible modelo social

---

<sup>386</sup> Streeck, W., Schmitter, P. C., “From national corporatism to transnational pluralism: organized interests in the single European market”, *Politics and Society*, núm. 19 (2), 1991, p. 148 (páginas 133 a 163), según cita de Castells, M., *La era de la información (Vol. 2. El poder de la identidad)*, ob. cit., p. 295.

<sup>387</sup> Schmitter, P. C., “La Comunidad Europea como forma emergente de dominación política”, Benedicto, J., Reinares, F., (eds.), *Las transformaciones de lo político*, Alianza Universidad, Madrid, 1992.

europeo en busca de una identidad que le permita escapar a lo que de devastador puede tener el flujo de la globalización”<sup>388</sup>.

No es que podamos contar al día de hoy con excesivas muestras de que así pueda llegar a ser. De hecho, más bien las evidencias apuntan hacia una consolidación de los patrones de política económica impuestos desde los Estados Unidos, plataforma de los intereses económicos transnacionales<sup>389</sup>. En este sentido, el propio TCE, como antes comprobamos, contiene una limitación de las líneas de política económica a seguir tanto por la Comunidad como por los Estados en un sentido muy determinado, y, por otro lado, basta con advertir de la ausencia de logros relevantes en materia de política social comunitaria.

Deteniéndonos por unos instantes en la dificultad que la acogida de las propuestas sociales ha tenido en el contexto comunitario, vemos como hasta la aprobación del Tratado de Ámsterdam no se encuentra referencia alguna a los derechos sociales, y en general hay que decir que “el proceso de incorporación formal de los derechos sociales en el ordenamiento comunitario ha sido lento y problemático”<sup>390</sup>, como mucho, se ha podido contar con normas de coordinación del derecho social de los Estados miembros, y de algunas normas de “derecho blando” (*soft law*) como la Carta comunitaria de derechos

---

<sup>388</sup> *Ibidem*, ob. cit., p. 35.

<sup>389</sup> Un ejemplo de ello lo encontramos en la denuncia elaborada por Joseph Stiglitz, quien fuera vicepresidente del Banco Mundial –cargo que dejó de ocupar por desavenencias con las líneas impuestas de orden incondicionalmente neoliberal- y presidente del consejo de asesores económicos del Gobierno Clinton, según el cual la actual Administración norteamericana está doblegándose ante los intereses de las grandes empresas. El ejemplo que pone el autor es el de la reciente disputa entre los Estados Unidos y Europa respecto a la fusión entre *General Electric* y *Honeywell*, que las autoridades de control de la competencia comunitaria han vetado, pese a las presiones de EEUU, cuyo secretario del Tesoro, Paul O’Neill, anterior presidente de la multinacional de aluminio *Alcoa*, “es considerado frecuentemente como el portador semioficial del capitalismo global”. Con ello, se estaría pasando por alto que “uno de los papeles más importantes del Gobierno es crear las “reglas de juego” que permiten el funcionamiento de una economía de mercado. Entre las más importantes están las que regulan la competencia. Lo que hoy trata de pasar por una “economía de libre mercado” es una economía corporativista, en la que el Gobierno utiliza su poder para proteger los intereses de las empresas, frecuentemente a expensas de los consumidores”. Stiglitz, J., “Europa se anima a ser competitiva (La base de una economía dinámica y democrática)”, *El País*, 12 de agosto de 2001, Internacional, p. 5.

<sup>390</sup> Maestro Buelga, G., “Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea”, *RDCE*, núm. 7, 2000, páginas 126 y 127 (páginas 123 a 153). Del mismo autor, ver también “Los derechos sociales en la Unión Europea: una perspectiva constitucional”, *RVAP*, núm. 46, páginas 119 a 141.

sociales fundamentales de los trabajadores, de 19 de diciembre de 1989<sup>391</sup>. Finalmente, hay que añadir también el Protocolo y Acuerdo sobre política social, referido no a contenidos sociales sino a la asunción de nuevas competencias en la materia, aunque, recordemos, al no ser aceptada por Gran Bretaña nacía muy debilitada en cuanto al papel que debía cumplir en el proceso de integración.

Como señala Maestro Buelga, “en cualquier caso, lo que está claro es que la Constitución económica de la Comunidad interioriza una lógica sustancialmente distinta a la Constitución económica del Estado social, en la que el vínculo social se conformaba como criterio de la relación público privado y fundamento de la intervención económica”. Y es que, no en vano, “los Tratados definen y justifican la existencia de la Comunidad en torno exclusivamente al vínculo económico”, tal y como se demuestra por el art. 2 TCE, que fija los objetivos en torno a tres parámetros: desarrollo, crecimiento y estabilidad del sistema económico y establece como medio la creación del mercado común, “quedando el vínculo social en un plano marginal con la tangencial referencia a la elevación del nivel de vida”<sup>392</sup>.

Por otra parte, el Título XI del TCE, en el que se contiene la regulación relativa a la política social, de educación, de formación profesional y de juventud, acoge más bien recomendaciones, ni siquiera mandatos, y en cualquier caso no derechos subjetivos directamente invocables por los particulares. A modo de ejemplo bastará con citar precepto con el que se abre el citado título, en el que se afirma que “la Comunidad y los Estados miembros, teniendo presentes los derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea (...) y en la Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida del trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social (...)” (art. 136 TCE). Los preceptos que desarrollan tales declaraciones no van mucho más allá, pues se limitan a

---

<sup>391</sup> Parlamento Europeo, Resolución A2-3/89, de 12 de abril de 1989 por la que se aprueba la *Declaración de los derechos y libertades fundamentales de los trabajadores* (DOCE nº C 120, de 16 de mayo de 1989). Sobre la gestación de este texto se puede acudir a Vogel-Polsky, A., Vogel, J., *L'Europe sociale 1993: illusion, alibi ou réalité?*, Institut d'Études européennes, Université de Bruxelles, Bruselas, especialmente las páginas 153 a 184.

<sup>392</sup> *Ibidem*, p. 126.

establecer que para la consecución de tales objetivos la Comisión “apoyará y complementará la acción de los Estados (...)” (art. 137), o “fomentará la colaboración entre los Estados miembros (...)” (art. 140). De manera semejante se refiere el TCE a las medidas relativas al empleo, que tras la reforma operada por el Tratado de Ámsterdam ocupan un título específico denominado “Empleo”<sup>393</sup>.

Únicamente se desmarca el art. 141, pues en su virtud se establece en términos imperativos que “cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor”, con lo que se plasma una manifestación del principio general de no discriminación por razón de sexo recogido en el art. 3.2 TCE, que exige que en todas las actividades destinadas a alcanzar los fines de la Comunidad comprendan “el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”<sup>394</sup>.

Ello no obstante, hay que decir que, sobre todo teniendo en cuenta el desértico panorama de partida, el Tratado de Ámsterdam ha supuesto, o al menos podría posibilitar, un paso adelante en la vinculación de la Comunidad a la protección de los derechos sociales, si bien no directamente, sí recogiendo las mencionadas líneas generales en materia social y, sobre todo, habilitando al Consejo de la capacidad de adoptar Directivas en la materia (art. 137.2 y .3 TCE), que una vez desarrolladas por los Estados (o incluso sin tal desarrollo, bajo determinadas condiciones<sup>395</sup>) han de acabar dotando de un contenido directamente exigible a algunas de las previsiones del Tratado.

---

<sup>393</sup> Así es, los artículos 125 a 130 se limitan a constatar que “los Estados miembros y la Comunidad se esforzarán de conformidad con el presente título, por desarrollar una estrategia coordinada para el empleo...” (art. 125), “la Comunidad contribuirá a un alto nivel de empleo mediante el fomento de la cooperación entre los Estados miembros...” (art. 127), pudiendo el Consejo, previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones “adoptar medidas de fomento para alentar la cooperación entre los Estados miembros...” (art. 129), pero en ningún caso tales medidas “incluirán armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros” (art. 129, segundo párrafo).

<sup>394</sup> La más completa monografía sobre el tema hasta el momento es la de Ordóñez Solís, D., *La igualdad entre hombres y mujeres...*, ob. cit., en cuyas páginas finales se contiene una completa bibliografía al respecto.

<sup>395</sup> Así es, en garantía del mayor grado de eficacia posible del Derecho comunitario, el TJ ha elaborado una jurisprudencia en función de la cual se asegura que las disposiciones de Directivas o Decisiones que no reúnan las condiciones exigibles para que posean efecto directo (vertical), puedan igualmente desplegar una cierta aplicabilidad. El Tribunal de Luxemburgo ha precisado que en todo caso, una Directiva podrá ser alegada por los particulares ante los órganos jurisdiccionales nacionales “con la finalidad de hacer verificar por éstos si las autoridades nacionales competentes, en el ejercicio de la facultad que les está reservada en cuanto a la forma y a los medios para la aplicación de la directiva, han permanecido dentro de los límites de

Puede concluirse, en relación con el Tratado de Ámsterdam, que pese a las carencias, ofrece un cierto viraje en sentido social, y si bien no se puede contar con excesivos anclajes normativos que ofrezcan posibilidades de actuación o resistencia realmente efectivas sin un desarrollo normativo posterior, sí que puede hablarse de la entrada de algunos aires nuevos, sobre todo por cuanto, como ha indicado López Pina, “el ordenamiento fundamental de la Unión es simultáneamente un orden de valores”. De este modo, se podría llegar a ofrecer una valoración algo más optimista de las novedades introducidas, ya que frente a la ausencia de garantías de eficacia (medios financieros y jurisdiccionales) para las previsiones en materia de política social o de empleo, estaríamos ante un cambio en el terreno de los valores, como lo pone de manifiesto la garantía sobre los servicios públicos que establece el art. 16 TCE tras Ámsterdam<sup>396</sup>.

La tesis de López Pina radica en que “según la consolidada jurisprudencia constitucional, la dimensión objetiva de los derechos obliga a los poderes públicos a

---

aplicación trazados por la directiva” (Sentencia de 1 de febrero de 1977 -*Nederlandse Ordenemingen*, asunto 51/76, Rec. 1977, p. 113-). Además, en ningún caso pierde sus efectos hermenéuticos, ya que, como establece la sentencia de 4 de abril de 1984 (*Van Colson et Kamann*, asunto 14/83, Rec. 1984, p. 1891), “al aplicar el derecho nacional, y en particular las disposiciones de una ley nacional especialmente introducida para ejecutar una directiva, el órgano jurisdiccional está obligado a interpretar su derecho nacional a la luz del texto y de la finalidad de la directiva”. Esta doctrina, llamada de la *interpretación conforme* del Derecho nacional a la Directiva, y también conocida con el nombre de doctrina del *efecto indirecto* de la Directiva, fue posteriormente superada por la necesidad de asegurar de manera más efectiva la tutela de los derechos subjetivos, por mucho que fueran imperfectos, esto es, no articulados de manera incondicional y precisa. Concretamente ha sido a partir de la sentencia de 19 de noviembre de 1991 (*Francovich y Bonifaci*, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. I-5403). Se trata de dos cuestiones prejudiciales acumuladas presentadas por tribunales italianos con el objeto de clarificar los efectos a un caso concreto de la Directiva 80/987, no transpuesta por las autoridades italianas, en virtud de la cual se establecían unos mínimos comunitarios que debían guiar la aproximación de legislaciones en materia de protección para los trabajadores por cuenta ajena en caso de insolvencia del empresario. En la resolución, el TJ establece que los derechos subjetivos reconocidos en las Directivas no sólo generarán efectos directos cuando se trate de derechos perfectos (incondicionales y precisos) y en relaciones de los particulares con el Estado (efecto vertical), sino que incluso siendo imperfectos, siempre y cuando sean identificables a partir de las propias disposiciones que los contienen, o alegándose en relaciones entre particulares, pueden generar también efectos directos, más allá de la doctrina del efecto indirecto. Y tales efectos directos, que no podrán ser nunca la propia aplicación del derecho en sí mismo, pueden manifestarse básicamente de dos maneras: permitiendo, aunque la normativa interna lo prohibiera, la adopción de medidas cautelares que faciliten el futuro goce del derecho; imponiendo al Estado una indemnización por daños y perjuicios como sustitución del pleno goce del derecho subjetivo. Esta última opción, la de la indemnización, será posteriormente confirmada en la sentencia de 16 de diciembre de 1993 (*Wagner Miret*, asunto C-334/92, Rec. 1993, que resuelve el caso abordado por el TC en el asunto FOGASA, STC 180/1993, de 31 de mayo, comentada en un capítulo anterior), aunque configurada, no obstante, como última opción, ya que el objetivo que busca el Tribunal es la efectiva satisfacción del derecho.

<sup>396</sup> López Pina, A., “Las tareas...”, ob. cit., p. 374. El mismo autor hace referencia en su texto a una revisión por parte del TJ de su anterior jurisprudencia en materia de la consideración de los servicios públicos, como lo

garantizar las condiciones materiales de su ejercicio”, y la garantía de los servicios públicos del art. 16 TCE “es su expresión más decidida”. Hasta Ámsterdam, prosigue el mismo autor, “el poder ejecutivo comunitario ha operado a partir de criterios sectorial-instrumentales, endosando a los Estados las secuelas económicas y sociales (...). La normativa sobre empleo y política social y la garantía de los servicios públicos de Ámsterdam aunada a la coordinación de las políticas económicas acordada en Maastricht y ratificada en Luxemburgo, cambian las reglas de juego”. De un modo u otro, concluye el autor, “la normativa aprobada en Ámsterdam estaría (...) politizando la Comunidad y colocando en primer plano la relación entre derechos y democracia”<sup>397</sup>.

Con ello, aunque reconozca el autor que “todavía no cabe registrar más que un giro, un cambio de tendencia sin mayor alcance que la mera coordinación e incentivación”, debe remarcarse cómo en el plano europeo la procura existencial aparece definida como una tarea pública: “si bajo el Tratado de Maastricht la garantía de los servicios públicos como traducción de la vertiente institucional de los derechos fundamentales tenía lugar a reserva de la libertad de circulación de capitales y la libre competencia, después del Acuerdo de Ámsterdam la libertad de circulación de capitales y la libre competencia se ven limitados por la centralidad del empleo y de la política social y la garantía de los servicios públicos para la política económica como condiciones materiales del ejercicio de los derechos”<sup>398</sup>.

Ahora bien, con algo más de perspectiva podemos señalar que el giro apuntado en Ámsterdam, sin negar su potencialidad, apenas a conseguido modificar el rumbo, al menos por el momento, y buena prueba de ello resulta la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada en el Consejo Europeo de Niza. En efecto, el citado texto muestra las debilidades del compromiso social comunitario, suponiendo un acuerdo de mínimos bastante por debajo de buena parte de las normativas constitucionales de los Estados miembros y de algunos textos de carácter internacional como la Carta Social Europea y algunas de las Convenciones de la OIT<sup>399</sup>.

---

demuestran las sentencias, anteriores incluso al Tratado de Ámsterdam, sobre los asuntos *Corbeau* y *Amelo*, a las que más adelante haremos referencia.

<sup>397</sup> *Ibidem*, páginas 385 y 386.

<sup>398</sup> López Pina, A., “Las tareas...”, *ob. cit.*, p. 375.

En este sentido, debe destacarse la ausencia del reconocimiento de derechos sociales como el referido al trabajo o a un salario justo, y la levedad del reconocimiento del derecho a una vivienda adecuada, que se reduce a una “ayuda de vivienda” (art. 34.3)<sup>400</sup>. Quizá baste con recordar, tal y como ha puesto de manifiesto el secretario general de la Confederación Europea de Sindicatos, Emilio Gabaglio, las enormes dificultades encontradas a la hora de que el derecho de huelga acabara siendo reconocido en la Carta<sup>401</sup>.

Igualmente, no se puede decir que en el Tratado de Niza se vaya mucho más allá de lo ya establecido en Ámsterdam. Así, el nuevo redactado del art. 137 TCE no introduce

---

<sup>399</sup> Es importante advertir además de una característica relevante en el terreno de la protección de los derechos sociales en el ámbito comunitario como es la situación desigual y en ocasiones desamparada de los trabajadores y trabajadoras procedentes de terceros países, ya que pese a la ampliación de la regulación comunitaria en relación con determinados derechos sociales, siguen sujetos a los acuerdos entre la Comunidad y sus países de origen, que como nos recuerda Fernández Tomás, “no responden a un modelo uniforme (de modo que) cabe la posibilidad de que determinados derechos sociales sean reconocidos a los trabajadores de un Estado –Turquía, por ejemplo, y pensemos en derechos tan importantes, y al mismo tiempo tan *peligrosos* (cursivas añadidas) desde la perspectiva del control de las migraciones como el de la reintegración familiar, por ejemplo- y en cambio no a quienes vengan de otro país diferente –Argelia, quizá- a trabajar en suelo comunitario, y ello porque la concesión o no de tales derechos puede depender del clima general de las relaciones entre la CE y el tercer Estado”. El mismo autor concluye que en tal contexto, “la futura inserción en el TUE de un catálogo de derechos sociales como el reflejado en la Carta contribuiría a dar la falsa impresión de que se unifica la posibilidad de disfrutar esos derechos subjetivos en beneficio de los más desfavorecidos. Sin embargo, para que ello ocurriera realmente, no bastaría con insertar la Carta en los Tratados, sino que sería preciso atribuir expresamente el goce de tales derechos a categorías nuevas de sujetos”. Fernández Tomás, A., “La Carta...”, ob. cit., p. 27. Un análisis interesante sobre la dimensión del reconocimiento de los derechos sociales en la Carta se puede hallar en De Schutter, O., “La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l’Union Européenne à la garantie des droits sociaux dans l’ordre juridique communautaire”, *Revue Universelle des Droits de l’Homme*, 2000, páginas 33 a 47.

<sup>400</sup> Tomando como ejemplo el derecho a una vivienda adecuada, hay que destacar que, como nos recuerda Pisarello, “casi todas las Constituciones del planeta, así como los principales sistemas legales existentes, con independencia de su cultura, nivel de desarrollo, religión o sistema económico establecen una serie de obligaciones estatales relativas a la vivienda. Casi la mitad de las Constituciones contemporáneas estipulan obligaciones referidas a cuestiones habitacionales o prevén, de manera específica, el derecho a una vivienda adecuada (...). Ya la Constitución de Weimar de 1918 dedicaba a la vivienda un artículo específico, el 155, que se convirtió en el primero en reconocer el derecho: «el reparto y la utilización del suelo serán vigilados por el Estado, en forma que impida el abuso y tienda a proporcionar a todo alemán una morada sana...»”. A su vez, son numerosos los textos internacionales y regionales que tratan de dotar al derecho a una vivienda adecuada de un contenido específico. Así por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11.1); la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5); La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer (art. 14); la Convención de los Derechos del Niño (art. 27). Desde el punto de vista regional, hay que citar el CEDH (art. 8) y la Carta Social Europea (art. 31). Pisarello, G., “El derecho a una vivienda adecuada: notas para su exigibilidad”, por publicar.

<sup>401</sup> Así aparece en el diario *Libération*, de 12 de octubre de 2000, tal y como recoge Robert, A. C., “Una Carta de derechos fundamentales bajo mínimos”, *Le Monde Diplomatique*, Diciembre, 2000, p. 12. Por su parte, Carrillo Salcedo ha hecho referencia a conocida oposición del Reino Unido al reconocimiento en general de

excesivos cambios, más allá de resituar algunos ámbitos de intervención trasladándolos al sector de los supuestos en los que se encomienda al Consejo la adopción de directivas con las “disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros”. Tales ámbitos, que anteriormente se hallaban en su mayoría también contemplados, aunque de manera separada y exigiendo unanimidad en el Consejo, son los de la seguridad social y protección social de los trabajadores; la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral; la representación y defensa de los intereses de los trabajadores y empresarios; las condiciones de empleo de lo nacionales de terceros países con residencia en territorio comunitario; la lucha contra la exclusión social y la modernización de los sistemas de protección social.

El sistema de decisión por unanimidad sigue rigiendo en la mayor parte de los ámbitos señalados, introduciéndose tan sólo la posibilidad de que, también por unanimidad, decida el Consejo adoptar el sistema de mayoría cualificada, excepto en el caso de la seguridad social y la protección social de los trabajadores.

Resulta significativo, asimismo, que el mismo art. 137 introduzca una precisión según la cual “las disposiciones adoptadas en virtud del presente artículo: no afectarán a la facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social, ni deberán afectar de modo sensible al equilibrio financiero de éste” (art. 137.4 TCE).

Finalmente, no aparece en Niza ninguna previsión que pueda ofrecer respuestas a la aparición de las llamadas “crisis asimétricas” (sobre las que ha alertado el PE), que afectan de manera diferencial a distintos países y en concreto regiones de la Unión. Así es, ningún mecanismo compensatorio eficaz se establece en el marco de la UEM permaneciendo además el presupuesto comunitario en una cifra no superior al 1,27% del PIB total, mientras que en realidades como la estadounidense se acerca al 20%. “De esta forma, al haber perdido los distintos países las posibilidades de adaptación ante posibles crisis, como el tipo de cambio –que son inamovibles- o los tipos de interés –que los fija el BCE-, sólo les quedará la posibilidad de dejar que actúe el mercado de trabajo, con una caída masiva

---

los derechos sociales, y no sólo por lo que a la Carta se refiere. Carrillo Salcedo, J. A., “Notas sobre el significado...”, ob. cit., p. 10.

de salarios o incremento brusco del paro, como única vía de adaptación a la nueva coyuntura”.<sup>402</sup>

Por su parte, la jurisprudencia del TJ no ha hecho más que confirmar tal marginalidad, pues muy excepcionalmente se hallan en sus resoluciones alusiones a la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 (normativa elaborada en el seno del Consejo de Europa a la que se podría acudir de igual modo que se empezó a acudir en su día al CEDH), o a la mencionada Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores. Sobre la base de tal comprobación, el autor recién citado considera que no es posible por el momento interpretar el art. 136 introducido en el TCE tras Ámsterdam en el sentido de hallar en él la consagración de derechos sociales y no de meros objetivos de la política social comunitaria.

Así es, pese a que el mencionado precepto tenga un contenido parecido al art. 6.2 TUE, pues en su virtud, “la Comunidad y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea (...) y la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo (...)”, no resulta por el momento posible construir un sistema de protección de derechos sociales similar al elaborado en materia de derechos fundamentales y consagrado por el citado art. 6.2 puesto que en este caso, a diferencia del ámbito de los derechos sociales, dicho sistema ya existía con anterioridad como fruto de la labor pretoriana llevada a cabo por el TJ.

Por todo lo anterior, Maestro Buelga se muestra contundente al afirmar que en realidad lo que sucede es que “la constitución económica del postfordismo y la globalización que interiorizan los Tratados en esta nueva fase demuestran su incompatibilidad con los derechos sociales, tal y como fueron contruidos en el constitucionalismo social. La constitución económica de la Comunidad, verdadera constitución material, impide que los derechos sociales traspasen el umbral normativo, manifestándose sólo bajo las fórmulas devaluadas de la política social cuya vinculación

---

<sup>402</sup> Fernández Duran, R., “El Capitalismo Global...”, ob. cit., p. 194.

jurídica se expresa sólo en el ámbito administrativo y el derecho derivado subordinados a los límites de la compatibilidad expresado por la constitución económica postfordista”<sup>403</sup>.

Sea como sea, difícilmente se puede objetar que con sus pronunciamientos, el TJ, en cooperación con la Comisión, ha adoptado una línea bastante definida orientada por una “tendencia federalista y desreguladora, (que) ha favorecido a la Unión en detrimento de los miembros individuales, y al mercado en detrimento del Estado”<sup>404</sup>.

En efecto, en el camino por lograr la aplicación uniforme de la normativa comunitaria mediante el aseguramiento de los principios de primacía y efecto directo, la Comunidad ha asistido a un proceso en el que la consolidación de su poder y de sus capacidades de actuación se ha visto sobre todo posibilitada por el protagonismo de un proceso carente de discusión política, basado en la consecución de objetivos presentados como meramente económicos, decisiones técnicas necesarias para el efectivo desarrollo de las previsiones contenidas en los Tratados, según tuvimos ocasión de ver.

A todo lo anterior hay que sumarle el hecho de que la propia dinámica institucional y competencial comunitaria sumada al camino que los Tratados han trazado para llegar a la consecución de la unidad europea (que sigue delimitado por las pautas de carácter económico), han llenado de dificultades la concreción de líneas que apunten avances en la construcción de una “Europa social”. En este sentido, López Pina sostiene que nos hallamos ante un fenómeno de difuminación de la competencia pública para el bienestar, puesto que al difuso método de distribución competencial, por tareas y objetivos y no mediante limitadas habilitaciones específicas referidas a áreas objetivas, se suma la consagración de la unidad de mercado, y más recientemente monetaria, y las cuatro

---

<sup>403</sup> *Ibidem*, p. 152.

<sup>404</sup> De Sousa Santos, B., *La globalización del Derecho...*, ob. cit., páginas 97 y 98. En la misma línea, López Pina ha señalado que “durante un largo período de tiempo ciertos preceptos han tenido fuerza determinante para el Tribunal de Justicia: principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia (art. 3A TCE; los Estados miembros adecuarán progresivamente los monopolios nacionales de carácter comercial de tal modo que... quede asegurada la exclusión de toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros respecto de las condiciones de abastecimiento y de mercado (art. 37 –actual art. 31- TCE); las normas por demás rigurosas sobre la competencia (arts. 85 y ss –actuales 81 y ss- TCE) con explícita previsión de aplicación a empresas públicas (art. 90.1 –actual 86- TCE). Ello explica que para el Tribunal de Justicia las basuras sean una mercancía en el sentido del art. 30 –actual 28- (STJCE, 9.07.1992 –as. C-2/90 *Comisión/Bélgica*, Rec. 1992, p. I-443), la radio televisión sea materia de libertad de circulación de servicios conforme al art. 59 –actual 49- (STJCE, 18.06.1991, *ERT/DEP*, as. C-260/89, Rec. 1991, p. I-2925) y la

libertades de los “ciudadanos de mercado” como objetivos y principios supremos a realizar<sup>405</sup>.

Como ha puesto de manifiesto Cassen, mientras que, como ya vimos, en los terrenos que dependen de la unanimidad, “cualquier Estado será acusado si se aprovecha de esta prerrogativa para frenar medidas de liberalización (...)”, en cambio, “cuando la unanimidad permite a un Estado conservar una posición ventajosa para el *dumping* social o fiscal (¿no se trata, después de todo, de una «ventaja competitiva» y, por tanto, de un forma ejemplar de competencia?) tan sólo se le reprochará levemente (...) Anthony Blair no ha tenido ningún problema en mantener la línea *tatcheriana* de negativa a la armonización europea de la fiscalidad de las rentas de capital y de las empresas. El propio Blair (...) ha exigido un plazo de siete años para trasponer al Derecho británico la futura Directiva (...) sobre la información y la consulta de trabajadores (...)”<sup>406</sup>.

Para Cassen, esta “es la realidad de la Europa que se hace: por una parte, la vía rápida para las muchas decisiones favorables a los financieros (entre 3 y 5 años para la liberalización de todos los movimientos de capitales (...) el arreglo de las paridades fijadas para el euro en enero de 1999); por otra parte, el sendero tortuoso para las (pocas) decisiones de orden social que, conviene decirlo de paso, no son más que un mínimo denominador común europeo (...)”<sup>407</sup>.

#### 4. Recapitulación a modo de conclusiones

---

interrupción médica del embarazo un servicio en el sentido del art. 60 –actual 50- (STJCE, 4.10.1991, *Grogan*, as. C-159/90, Rec. 1991. p. I-4685)”, López Pina, A. “Las tareas...”, ob. cit., p. 369.

<sup>405</sup> Con ello, concluye el autor, “los Estados nacionales únicamente disponen hoy de una reducida facultad (...) para llevar a cabo un política de creación de contrapesos a las estrategias del capital –por más que los Estados continúen *competencialmente* capaces de iniciar una política económica activa, de regular las relaciones laborales y de poner en práctica políticas sociales de distribución”. El mismo autor señala que “los Estados miembros no pueden influir en la normativa comunitaria dirigida a realizar las cuatro libertades de los *Marktbürger*. Es decir, por virtud de los Tratados, los europeos hemos abdicado estos años de la unidad tan arduamente labrada entre territorio estatal, espacio económico y espacio social, en suma, de los fundamentos jurídicos para la economía social de mercado y el Estado de bienestar”. López Pina, A., “Las tareas...”, ob. cit., p. 363.

<sup>406</sup> Cassen, B., “Un proyecto...”, ob. cit., p. 9.

<sup>407</sup> *Ibidem*.

## 4.1 Recapitulación

No hace falta seguir con el análisis de algunas de las distintas expresiones en que se manifiesta el fenómeno de la globalización económica de corte neoliberal para poder ratificar la envergadura y características de las transformaciones que el Estado viene experimentando. Como hemos visto, algunos de los atributos que han acompañado al Estado a lo largo de los últimos tiempos, y especialmente el referido a la noción de soberanía y lo que de ella se deriva, han perdido su fisonomía y deben ser por tanto objeto de un serio replanteamiento.

Según lo hasta ahora analizado, y en la línea de las dinámicas a veces encontradas que se han señalado, aparece en cierta medida un Estado que es lobo y pastor al mismo tiempo. Por un lado, es la mano que ejecuta las decisiones tomadas en el espacio de los intereses de la economía globalizada, cumpliendo además la importante función de vestir de legitimidad tales decisiones, escasamente democráticas, para lo cual cuenta con los mecanismos que le permiten disimular en buena medida un conflicto que sin embargo perdura con intensidad.

Pero al mismo tiempo, el espacio estatal, aunque sin duda no exactamente de la manera en que se viene estructurando, resulta un ámbito en el que los distintos intereses deben poder enfrentarse en la búsqueda de la definición del interés común. Se confía en que mediante los cauces existentes en el contexto estatal, al margen de la necesidad de abrir realmente los nuevos ámbitos de decisión a la participación y control democráticos, pueda llegarse a una verdadera gestión democrática de las decisiones económicas, esto es, pueda devolverse la economía al espacio de la decisión política partiendo de un impulso que, aunque deba llegar a otros ámbitos, surja del Estado<sup>408</sup>, para después trasladarse a ámbitos supraestatales<sup>409</sup>.

---

<sup>408</sup> Ha sido López Pina quien, tras constatar como uno de los efectos de la integración y del Tratado de Maastricht la generalización en todos los países de una auténtica ola de privatizaciones de los servicios públicos, ha querido insistir en las posibilidades de reacción desde los propios Estados, en primer término, y también, desde la propia Comunidad. Concretamente se refiere este autor a la reacción política con la que en algunos países se ha intentado contrarrestar ciertos efectos negativos de la “acometida liberal” comunitaria. Así, “inicialmente en Holanda, paulatinamente en Inglaterra y más polémicamente en Francia la controversia y la respuesta han sido políticas. Entre 1983 y 1996, Holanda ha ensayado una política económica y social apoyada en amplias bases de consenso social (...) con éxitos espectaculares: crecimiento de empleo, reducción del paro, aumento de la renta *per capita* (...)”. Igualmente, “la Inglaterra, avanzadilla en Europa de las

A partir de ahí, también se ha dicho que el espacio que propone el proceso de integración comunitaria reproduce esa dual potencialidad; frente a las intensas evidencias de su papel como factor de globalización, aparece su capacidad correctora, una capacidad mucho mayor a la que tendrían los Estados individualmente considerados.

Lo que queda claro, al menos así se ha tratado de demostrar, es que el desplazamiento del Estado y del Derecho estatal de la centralidad del discurso económico y político sitúan las propuestas de integración regional en buena posición para abordar el reto de la recuperación para el ámbito de lo político y de lo jurídico del espacio de lo económico, esto es, invertir los términos de la relación de subordinación.

La propuesta comunitaria, llega el momento de insistir en ello, podría ser un factor esencial en la devolución de la economía al espacio de la discusión política. La realidad europea, asentada aún en un principio de legitimidad ligado no sólo a los mecanismos formales de participación política democrática sino también a la satisfacción por parte del Estado de ciertos logros sociales, hace que, teniendo en cuenta que como señala Castells “muchas empresas poseen una visión mundial lo suficientemente amplia como para

---

privatizaciones, comienza a reaccionar a sus excesos y a cuestionar políticamente la bondad de sus efectos: no está claro que la gestión privada sea por principio eficiente, ni por qué razón haya de imponer a las instituciones públicas una idea elemental, contable, exclusivamente lucrativa, privada de eficiencia. Más, la regulación pública es indispensable para un buen funcionamiento del propio mercado (...). Según el emergente discurso político alternativo inglés –que no es identificable sin más con un Gobierno Blair y un *New Labour*, volcados tan sólo a administrar el legado ideológico de la Sra. Thatcher- no es aceptable por más tiempo la irresponsabilidad con que se produce el poder económico y financiero (...). En Francia, sigue relatando el mismo autor, “el debate en defensa de los derechos sociales ha sido predominantemente político. Pero se está yendo más lejos en la definición antagonista y en la concreción de medidas. Se ha identificado como enemigo público al *capitalismo anglosajón* (...). El debate francés ha puesto el dedo en la llaga del ataque directo a la democracia inherente a la actual subversión financiero-liberal: el fundamentalismo monetarista de una inflación tendiente a 0, la demonización del déficit presupuestario y del gasto público, la renuncia a la iniciativa pública y a la reglamentación del mercado con insensibilidad para el crecimiento, el empleo y los derechos sociales (...)”, esto es, buena parte de las recetas que se vienen aplicando en España desde hace más de dos legislaturas. López Pina, A., “Las tareas...”, ob. cit., páginas 370 y 371.

<sup>409</sup> En conexión con lo que acabamos de ver, el mismo López Pina ha advertido de la existencia de un cierto giro en la jurisprudencia del TJ hacia posiciones de mayor sensibilidad social, en la línea de la garantía de los servicios públicos introducida después por el Tratado de Ámsterdam (art. 16 TCE). Así frente a la jurisprudencia anterior, en la que el parámetro de control lo constituía siempre alguna de las cuatro libertades de mercado, con las sentencias *Corbeau* (servicio público belga de Correos) y *Amelo* (servicio público holandés de suministro de energía eléctrica), el Tribunal de Luxemburgo opta por proteger los servicios públicos, hasta entonces considerados como meros servicios sometidos a la libre competencia de mercado, con lo que, de algún modo empezaría a poder entreverse el convencimiento de que “en fin, la libertad no es reducible a la libertad de contrato –por otra parte, ilusoria a falta de condiciones materiales para la igualdad de oportunidades y de la preservación institucional de la libre competencia frente al abuso de las posiciones dominantes”. *Ibidem*, p. 371

comprender su responsabilidad social y la necesidad de conservar la estabilidad social”<sup>410</sup>, no deban considerarse inexorables los efectos de la globalización económica tal y como han sido descritos.

En este sentido, en la propia construcción de una (cierta) identidad europea, base necesaria para asegurar la legitimidad de una realidad institucional cada vez más compleja y completa, deberían hallarse tales rasgos sociales, llamados a situar el proceso de integración en una dimensión que asegure la mencionada estabilidad y cohesión social. Por otra parte, como sabemos, cualquier construcción de identidad acaba en algún momento recurriendo a su identificación por exclusión a otras realidades, y el rasgo social sería una marcada nota distintiva en relación con los EEUU y los modelos asiáticos.

Retomamos así una cierta óptica funcionalista del proceso de integración, aunque claramente orientada a la consecución de un grado de legitimidad social que resulta esencial en la conformación política y social del *demos*, como presupuesto inexcusable para la conformación de un orden democrático.

Otra de las conclusiones necesarias es que el Estado lejos de desaparecer está llamado a seguir desempeñando un papel central. En este sentido, y por lo que más nos interesa en nuestro análisis, incluso un fenómeno en el que la atribución de competencias es tan importante como en el comunitario, en realidad continúa siendo el Estado el protagonista. Como ha señalado García Roca, “el Estado sigue jugando en Europa un papel indispensable, la superación de la forma estatal no ha sido la finalidad de la integración europea tal y como fue diseñada; la Unión Europea no fue pensada para ahogar a los Estados sino para reforzarlos mediante la acción común”<sup>411</sup>.

De hecho, el avance en el proceso de integración comunitaria no se entendería sin la pervivencia de los Estados, pues como han señalado Pernice y Mayer, “el ejercicio conjunto de la soberanía nacional en la era de la mundialización aparece como un medio lógico para reencontrar las posibilidades de acción. La participación en la integración europea supone en sí misma una condición esencial del ejercicio (efectivo) de la soberanía

---

<sup>410</sup> Se apoya Castells en las consideraciones de Touraine, A., “La globalización como ideología”, *El País*, 16 de septiembre de 1996, y “Detrás de la moneda: la economía”, *El País*, 22 de diciembre de 1996, según cita de Castells, M., *La era de la información (Vol. 3. Fin de milenio)*, ob. cit., p. 358.

<sup>411</sup> García Roca, J, “Estatalidad versus soberanía...”, ob. cit., p. 307.

nacional de cada Estado miembro”<sup>412</sup>. En el mismo sentido, Castells afirma que el progreso de la integración en parte “obedece a que la UE no sustituye al Estado-nación existente, sino que, por el contrario, es un instrumento fundamental de su supervivencia a condición de conceder cuotas de soberanía en la era de la globalización”<sup>413</sup>.

Por su parte Jáuregui ha apuntado que “resulta difícil determinar cuál va a ser, en el futuro, el grado de autonomía de los estados frente a las nuevas estructuras. Ello dependerá de circunstancias muy diversas, entre ellas, la evolución del proceso de globalización, las diferentes condiciones, interna e internacionales, en que se encuentren los diversos estados, y su propia capacidad de adaptación a las nuevas realidades. Pero parece obvio que, en cualquiera de los casos, los Estados van a tener garantizado un lugar propio en el futuro orden global”<sup>414</sup>.

Resulta importante insistir en que esa función que lo estatal debe desarrollar no se va a realizar de fronteras hacia dentro, sino que, en un mundo cada vez más interconectado donde el Estado, recordemos, debe ser calificado como “organización estructural subóptima”<sup>415</sup>, la dimensión supraestatal ha de constituir la pieza clave, y no sólo en su vertiente internacional, esto es, interestatal, sino, sobre todo, en su formulación supranacional, entendiendo por tal una realidad que contando con los Estados como elementos constitutivos, da lugar a un ordenamiento propio, autónomo y directamente aplicable no sólo a los Estados sino también a todos los ciudadanos, considerados verdaderos sujetos del mismo.

Otra de las ideas que han sido recogidas y merecen ser subrayadas, es la de la necesaria perspectiva local-global. Al tratar de describir el fenómeno de la globalización y de los efectos que comporta en las realidades estatales, se ha hecho cumplida referencia a la necesidad de partir tanto de su carácter complejo y multidimensional como de la manera contradictoria en que transforma lo local (en un proceso de debilitamiento-reforzamiento). Pues bien, cuando nos situamos en el plano de la integración regional, en nuestro caso la

---

<sup>412</sup> Pernice, I., Mayer, F. C., “De la contitution composée de l’Europe”, *Revue Trimestrielle de Droit européen*, núm. 4, 2000, p. 644 (páginas 623 a 647).

<sup>413</sup> Castells, M., *La era de la información (Vol. 3. Fin de milenio)*, ob. cit., p. 381.

<sup>414</sup> Jáuregui Bereciartu, G., *La democracia planetaria*, ob. cit., p. 73.

europea, nos hallamos igualmente, respecto del fenómeno en su conjunto, en el terreno de lo local, por lo que idénticas reflexiones deben ser trasladadas, aunque en ocasiones requieran matices, al plano comunitario, que no puede ser objeto de una atención limitada, pues “las unidades de análisis locales convierten en incompleta la comprensión de lo local”<sup>416</sup>.

Para cerrar esta recapitulación, de manera además muy relacionada con lo que acaba de recordarse, merece la pena poner un ejemplo del grado de complejidad que encierra cualquier intento encaminado a la recuperación de los espacios de decisión. El ejemplo nos lo brinda el principio de subsidiariedad, principio que en el marco comunitario apunta al respeto del ámbito estatal de decisión, especialmente importante en tanto en cuanto la Comunidad no logre mayores cotas de democracia. Pues bien, en determinadas decisiones, el respeto del espacio estatal en detrimento del comunitario puede provocar un fenómeno de inevitable desregulación, en lugar de ampliar las posibilidades de regulación; en lugar de una recuperación de la política puede acabar dándose un nuevo episodio de reforzamiento del mercado sobre la política.

Como ha señalado de Sousa Santos, en lugar de que el otorgamiento de cierta autonomía a los Estados miembros lleve, mediante la competencia entre las diferentes legislaciones nacionales, a una mejor legislación, la situación puede ser muy distinta: “debido a que los estados pueden imponer sus propias regulaciones sobre sus productos nacionales pero tienen que aceptar productos extranjeros sujetos a otras regulaciones, que pueden ser eventualmente menos drásticas, la presión será puesta sobre la desregulación en el nivel nacional, esto es, sobre una carrera hacia el fondo antes que hacia la cúspide”, por ejemplo en medidas sociales o medioambientales, que sucumbirían ante el principio supremo de la libre competencia en el espacio comunitario. Continúa el mismo autor señalando que “en una subversión aparentemente total de la distinción entre mercado y regulación, le será permitido al mercado escoger la mejor regulación a la que desea ser sometido, lo que significa que la competencia legislativa desembocará en la mejor legislación, no en términos regulativos sino mercantiles”<sup>417</sup>.

---

<sup>415</sup> Offe, C., “Democracia y Estado...”, ob. cit., p. 252.

<sup>416</sup> Arnaud, A. J., *Entre Modernidad y Globalización...*, ob. cit., p. 36.

## 4.2 La Unión Europea como Unión de Estados integrados

A estas alturas, una vez hemos podido detenernos en el examen de las nociones de pueblo, poder constituyente, Constitución, Estado, soberanía estatal y Derecho a la luz del contexto contemporáneo, contamos ya con los elementos que nos van a permitir abordar un análisis mucho más ajustado de la verdadera dimensión del proceso de integración comunitaria.

Y se ha hecho especial énfasis en la situación en la que se encuentra el Estado (en nuestro contexto geográfico) y el Derecho estatal de la actualidad porque desde aquí se parte de que, efectivamente, los protagonistas del proceso de integración son y seguramente seguirán siendo los Estados. Pese a haber tratado de demostrar lo erróneo de los planteamientos defendidos por el TCF en su sentencia *Maastricht*, hay una cuestión que sí hay que aceptar: la Comunidad/UE no es otra cosa que una “Unión de Estados” (*Staatenverbund*). Ahora bien, esa Unión lo es de unos Estados que poco tienen que ver con la concepción que de lo estatal tiene el TCF, y en general las posiciones jurisprudenciales y doctrinales que defienden lo que hemos venido llamando como monismo estatalista.

Se trata de una “Unión de Estados *integrados*”<sup>418</sup>, entendiendo dicho calificativo no sólo en el contexto de la integración comunitaria en sí misma considerada, sino también a partir de la transformación que los atributos estatales vienen sufriendo en el contexto más amplio, el de la globalización, que hemos tratado de examinar en las páginas anteriores, contexto en el que los Estados también se *integran*, y de una manera tal que viene a calificar su contenido, pudiendo incluso hablar de una *nueva forma de Estado*, como más adelante tratará de ser desarrollado.

El presupuesto principal del que se parte es que una vez asumida la ausencia de supremacía y unidad de poder y de ordenamiento, una vez desdibujada la clásica noción de soberanía estatal, es posible concebir las implicaciones del proceso de integración

---

<sup>417</sup> *Ibidem*, páginas 98 y 99.

<sup>418</sup> El término “Estados integrados” aparece ya en Rubio Llorente, F., “El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa”, *ob. cit.*, aunque no aludiendo a la dimensión que de tal noción se pretende dar desde aquí, como a continuación se verá.

comunitaria con base en una concepción pluralista de las relaciones entre los ordenamientos comunitario y estatal.

Al tiempo que se rechazan las notas de supremacía y unidad, ya sea desde la perspectiva estatal referida a los Estados miembros, como en relación con un supuesto Estado federal europeo, y con ello las perspectivas monistas (ya sean estatalistas o comunitaristas), se reivindica la imposibilidad de entender el fenómeno comunitario, tanto desde el punto de vista institucional (la Comunidad/UE como ente político), como jurídico (el ordenamiento comunitario), sin partir de los Estados. No tiene sentido enzarzarse en una discusión acerca de la naturaleza de la Comunidad, de sus atributos, de sus principales caracteres, si no es abordando su comprensión desde los Estados.

La labor de análisis que nos queda por hacer consiste pues en rellenar el contenido del calificativo “integrado” que se le añade a un sustantivo, el de “Estado” que, pese a las transformaciones sufridas en uno de sus atributos esenciales, el de la soberanía, debe ser conservado por resultar válido para la descripción de una determinada realidad jurídico-política. El Estado contemporáneo sigue siendo Estado porque mantiene su conformación como estructura de actuación que es capaz de conectar los tres parámetros clásicos, el territorio, la población y el poder político, en un sistema jurídico que pese a no constituir la fuente última de validez de todas las normas aplicables en el propio territorio, y por tanto haber perdido su (pretendida) exclusividad interna, sigue siendo capaz de otorgar un especial grado de cohesión a la realidad social a la que se refiere, cohesión bajo la que pueden coexistir otras realidades jurídico-políticas referidas a partes del territorio (entidades subestatales, que, de momento, siguen conservando la relación de subordinación) y que le permite, por su carácter no excluyente, formar parte de realidades supraestatales no necesariamente en términos de subordinación jerárquica.

Así es, una vez la ecuación Estado (-nación)-soberanía-Derecho se rompe y ya no puede ser defendida ni tan siquiera la apariencia de su validez, el escenario resultante debe construirse a partir de la forma heredera del Estado nacional soberano, pues, al margen de estar situados en un proceso siempre cambiante que aún debe proseguir y consolidar las transformaciones que viene sufriendo el Estado, se debe partir de que algunos de los principales atributos estatales que todavía perduran seguirán vigentes en una forma

jurídico-política que, sin poder llegar a ocupar el lugar central del orden mundial que se viene estructurando, si está llamada a jugar un papel de enorme relevancia.

#### **4.3 De la quiebra de la soberanía al debate sobre la legitimidad**

Hay que enfatizar que mediante el recurso a fórmulas supraestatales, a diferencia de lo sucedido en el momento de consolidación de los Estados constitucionales, al ocaso de la soberanía estatal no se estaría respondiendo a partir de su identificación con la Constitución, que conseguía hacerla desaparecer evitando así la discusión respecto de su verdadero ostentador u ostentadores (especialmente por lo que respecta a la soberanía externa).

Ahora se trata de aceptar la fragmentación de la soberanía para luego, una vez identificados los lugares en que las funciones antes propias de la soberanía estatal se llevan a cabo, tratar de recuperar el control sobre las mismas en un espacio cuya institucionalización permita garantizar la legitimidad democrática de la toma de decisiones.

Porque en realidad la verdadera cuestión que encierra el debate sobre la soberanía estatal y su debilitamiento es el de la legitimidad del poder. Con el Estado constitucional, la legitimidad del poder quedaba asegurada de manera insatisfactoria, no tanto por los mecanismos previstos (cauces de participación), sino porque una amplia esfera de poder, cada vez más grande, quedaba fuera de las posibilidades reales del Estado. Por ello, el paso que debe darse en estos momentos es el de centrar el debate sobre los elementos llamados a asegurar la legitimidad de un poder que como hemos visto no es concentrado sino difuso. Y en ese contexto uno de los mecanismos a los que se ha acudido es el que constituyen los procesos de integración supranacional que, como es el caso de la integración europea, pretenden responder precisamente a la crisis de legitimidad de unos Estados incapaces de hacer frente con suficiente autonomía al impulso regulador de las fuerzas económicas transnacionales, fuerzas alejadas de cualquier forma de legitimidad democrática (mecanismos de participación, transparencia, control de las decisiones, etc.).

Adviértase que en el centro del debate no se sitúa el Estado y el alcance de su soberanía, sino la legitimidad y la democracia como única forma de legitimidad. Partiendo de ahí, de lo que se trata es de hallar las respuestas que aseguren un mayor grado de

legitimidad democrática en el ejercicio del poder. Dadas las condiciones impuestas por la globalización, que hacen incapaz al Estado individualmente considerado e ineficaz el esquema de relaciones internacionales basado en una soberanía estatal intacta, a quienes defienden que sólo en el contexto de un Estado puede desarrollarse un gobierno democrático, sólo les queda buscar la formación de macro-Estados a partir de los cuales pueda recuperarse el espacio de decisión política al que aludíamos. En el contexto de la integración comunitaria, tal postura coincidiría con las visiones comunitaristas que argumentan la actual existencia de un Estado federal europeo, o con las visiones estatelistas de quienes pese a constatar su inexistencia propugnan su rápida conformación.

Sin embargo, no es cierto que no quepa democracia más allá de los Estados. Aceptando que la fórmula del Estado-nación ha tenido la virtud de asentar la democracia en un grado llevado por el constitucionalismo a sus cotas más elevadas, ello no obstante se ha de afirmar que la presencia de las condiciones necesarias para poder hablar de democracia no depende del carácter estatal del poder.

Uno de los obstáculos que se deben enfrentar para desterrar dicha premisa consiste en que tras mucho tiempo se ha venido consolidando tanto jurisprudencial como doctrinalmente la equiparación conceptual entre soberanía popular y soberanía estatal, equiparación equivalente a la realizada entre ciudadanía y nacionalidad. Su mantenimiento supone la perpetuación de una ficción que no es otra que la que se deriva del concepto de soberanía formal, una realidad que “no existe en ausencia de una efectiva capacidad de los Estados de adoptar una línea de acción de manera autónoma, una capacidad que los Estados miembros de la UE han perdido en mayor o menor grado”<sup>419</sup>. Y es que esa es la laguna que el Estado constitucional no logra cubrir; hoy en día el problema es precisamente que “los exigentes requisitos funcionales de la formación democrática de la voluntad ya apenas pueden ser satisfechos suficientemente dentro del marco del Estado nacional”<sup>420</sup>.

Esa ficción aún hoy presente nos arroja a situaciones en las que el Derecho se aleja en su normatividad de la realidad normada. En el contexto comunitario Offe ha sabido describir una de las manifestaciones de la ficción de la soberanía, y lo ha hecho de la siguiente manera: “en conjunto, podemos hablar de una separación entre la capacidad de

---

<sup>419</sup> De Witte, B., “Sovereignty...”, ob. cit., p. 170.

<sup>420</sup> Habermas, J. *La inclusión del otro...*, ob. cit., p. 142.

actuación y el mandato para actuar. Mientras que la capacidad está ya en las instituciones europeas, el mandato le corresponde todavía a los gobiernos nacionales”<sup>421</sup>.

En efecto, hasta hace poco, estatalidad era equivalente a unidad de poder y de ordenamiento, y en dicho contexto todo poder político y toda forma jurídica estaban referidas necesariamente a una realidad estatal (o interestatal), por lo que, en consecuencia, no quedaba más remedio que vincular la democracia, como noción referida al origen y ejercicio del poder político, al Estado. Una vez alterada la identidad de partida, una vez producida y, sobre todo, aceptada como hecho incontestable la fragmentación del poder político, o bien se rompe dicha vinculación o bien se acepta como inevitable la existencia de poderes no democráticos (o se opta por su eliminación a partir del poder que aún conserven los Estados, propuesta que de momento no parece que sea factible).

Superada la identificación entre ciudadanía y nacionalidad y aceptada la posibilidad de hablar de un *demos* mínimamente cohesionado al margen de las condiciones ofrecidas por el Estado-nación, no deben existir impedimentos para la concurrencia de un centro de poder político democrático más allá del Estado-nación cuyo carácter supranacional le dote de una fortaleza suficiente como para poder hacer frente a las imposiciones del poder económico transnacional, y no limitarse, en cambio, a actuar como un nuevo y más fuerte valedor del mismo.

Resulta esencial la comprensión de la centralidad que en nuestra argumentación tiene el que nos hayamos trasladado de la cuestión de la soberanía a la de la legitimidad<sup>422</sup>. Se confunden los términos cuando en el contexto del proceso de integración comunitaria se

---

<sup>421</sup> Offe, C., “Democracia y Estado...”, ob. cit., páginas 258 y 259.

<sup>422</sup> Punset ha considerado 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* (regia) y propugnadora de otra nueva”. Así lo hace el autor en su interpretación del art. 1.2 de la Constitución española, que conlleva el deber de “proporcionar al precepto que declara la titularidad de la soberanía aquella interpretación que posibilite el despliegue de su máxima eficacia”, pues así lo exige la supremacía de la Constitución”. En este sentido, constata el autor que “no ha sido la nación, sino el Estado, quien ha recibido en herencia la *supremitas* regia”. Con ello Punset quiere llegar a 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 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, no obstante, importantísimas consecuencias para la estructura constitucional, o sea, para la organización de proceso de creación y aplicación jurídicas”. Punset, R., “En el Estado constitucional...”, ob. cit., páginas 329, 357 y 358.

acude a la noción de soberanía (estatal) cuando en realidad lo que debe discutirse es la cuestión de la legitimidad. En la sentencia *Maastricht*, a diferencia de otros supuestos, sí que existe una clara conciencia de que lo que está en juego atañe en último extremo a la legitimidad del poder comunitario, pero sucede que aun siendo así se recurre directamente al concepto de soberanía estatal como concepto que presupone quién es el ostentador de la legitimidad popular.

El debate varía sensiblemente si se estructura en términos de soberanía o en términos de legitimidad. Como ha afirmado Chamont, la legitimidad puede llegar a entenderse como “la cualidad ideológica de una entidad que pretende no depender de nadie para justificar su existencia y a la que se imputan los poderes esenciales ejercidos en una determinada colectividad humana”. La exclusividad que parece reclamar esta noción de legitimidad, que la acercaría en buena medida a las implicaciones de la soberanía en cuanto no sería posible “más que un solo titular de la legitimidad para una misma colectividad o para una misma situación”<sup>423</sup>, no impide seguir defendiendo la radical distinción entre las dos nociones que comentamos.

Así es, situados en el plano de la legitimidad, el protagonismo es asumido por la suma de individuos, por una determinada colectividad de individuos. La exclusividad se refiere pues a que la fuente de la legitimidad de una determinada realidad institucional sólo puede provenir de dichos individuos. En cambio, la noción de soberanía nos traslada a la perspectiva del propio ente y reclama una exclusividad referida a su esfera de poder, que debe quedar resguardada de cualquier intromisión tanto externa como interna. Sentada esta premisa, cuando se habla de soberanía popular en puridad se está aludiendo a la cuestión de la legitimidad y no de la soberanía. Y es precisamente esta confusión la que ha sido utilizada frecuentemente (y quién sabe si conscientemente) al utilizar la noción de soberanía popular como sinónimo de soberanía estatal (por ejemplo, en la sentencia *Maastricht*).

Pues bien, como ha señalado Noublecourt, “el espacio de solidaridad social que se crea con el sentimiento de pertenencia a una misma comunidad fundada sobre unos mismos

---

<sup>423</sup> Chamont, Ch., *Rapport préliminaire sur* “Communauté européenne et légitimité (à propos du rôle idéologique de la Cour de Justice des Communautés)”, colloque du 20 de septembre 1980 sur *La souveraineté du droit français*, citado por Noublecourt, V., “Essai d’une construction...”, ob. cit. p. 292.

valores”, puede ir “más allá de las fronteras nacionales y es el elemento esencial en la legitimación individual de Europa, que explica la sumisión de los destinatarios a las reglas comunitarias. Es una inmediatez descendente que se debe combinar con una inmediatez ascendente que haga del sujeto parte entera del orden jurídico supranacional. Ahí reside la esencia de la supranacionalidad (...) a diferencia del Derecho internacional que no tiene en cuenta la persona humana sino es a través del Estado que es quien impone en último término las obligaciones del individuo a través de quien deben ser protegidos los derechos”<sup>424</sup>.

Por esta razón, en el contexto de la integración comunitaria pueden llegar a concurrir de modo no excluyente dos legitimidades, aunque a partir de una misma fuente: la legitimidad de las realidades estatales y la legitimidad comunitaria. La clave entonces se traslada a las condiciones en que sobre todo esta última legitimidad puede llegar a tener lugar, y es ahí donde, de nuevo, la interrelación entre la realidad estatal y comunitaria aparece en todo su esplendor.

Nos situamos pues en el plano del ejercicio democrático del poder, aspecto clave en el debate sobre la relación entre sistemas jurídicos ya que como ha indicado Bastida, “con el principio democrático el sistema democrático el sistema jurídico se reafirma como sistema. La soberanía popular, en cuanto principio democrático de autogobierno, es garantía de la soberanía del ordenamiento (...) 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”<sup>425</sup>.

---

<sup>424</sup> *Ibidem.*

<sup>425</sup> Bastida, trasladando su reflexión a la discusión sobre el “déficit democrático” observado en el proceso de integración europea, señala que en realidad el debate gira alrededor de que “la «cesión de soberanía» conlleva 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. El llamado «déficit constitucional de la integración europea» 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, como queda tras esa reforma la autorreferencialidad democrática”. Bastida, F. J., “La soberanía borrosa: la democracia”, *Fundamentos*, núm. 1 (Soberanía y Constitución), 1998, p. 392 (páginas 381 a 459). Señala incluso el autor que “podría hablarse

Partiendo de las dificultades que aparecen en la realización de las condiciones necesarias del ejercicio democrático de un poder de carácter supraestatal, principalmente como consecuencia de la quebradiza cohesión que la heterogeneidad cultural (lingüística) y social de partida permite, el Estado, de nuevo en una situación dominada por dinámicas paradójicas, está llamado a resultar decisivo. En efecto, el Estado sigue siendo la estructura institucional de la democracia, y en consecuencia no puede tratar de fundarse una experiencia institucional supraestatal (no meramente interestatal), sin los Estados. Se trata de ir más allá de los Estados-nación, pero con ellos.

Incluso, junto con el Estado, se podría defender la necesidad de no renunciar a la propia noción de soberanía como categoría ordenadora. Ahora bien, en todo caso sería a partir de una reformulación y una nueva concepción instrumental en la que no se exija demasiado al Estado y a la soberanía (...), 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 interdependientes. El Estado ya no aparecerá más como la única forma de organización de la vida social, 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 monopolio de la decisión”, en el contexto de las estrategias de consenso más que de imposición a las que ya hicimos referencia que se enfrentaba el Derecho estatal. “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”<sup>426</sup>.

Queda claro, en cualquier caso, que aún rescatando el uso del término soberanía, el sentido que vendría a transmitir estaría muy alejado de la concepción tradicional de soberanía que hemos tenido ocasión de comentar. Como apunta Wyduckel, “se discute pues el concepto y función de la soberanía sin negar que sigue estando presente tanto en el

---

de la «cláusula del camaleón cautivo» para referirse a aquellas disposiciones consitucionales que contemplan una transferencia de soberanía sin la garantía de un permanencia de autorreferencialidad. Por ejemplo, los arts. 91.3 y 92 de la Constitución de los Países Bajos (...). Lo mismo podría decirse del art. 93 de nuestra Constitución si es interpretado como una vía más de reforma constitucional”. *Ibidem*, páginas 392 y 393, nota 16. Sobre la diferencia entre reforma e integración, aspecto esencial de nuestro análisis, tendremos ocasión de volver con mayor detenimiento en el último capítulo.

<sup>426</sup> Wyduckel, D., “La soberanía en la historia...”, *ob. cit.*, p. 293.

lenguaje jurídico como en el político. Es necesario una nueva definición de concepto y función, que haga de la soberanía 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 debiera hacerlo 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<sup>427</sup>.

De todas formas, se pueden poner en duda las ventajas de seguir acudiendo al término soberanía cuando, una vez ha perdidos sus caracteres tradicionales, se busca en el mismo un criterio diferenciador, una categoría ordenadora de una realidad, la estatal, cuya principal característica es, precisamente, la de no poder seguir reputándose como entidad soberana. Otra cosa sería que con ello se estuviese pretendiendo recurrir a la fuerza configuradora que siguen teniendo los conceptos jurídicos, de modo que tras la reformulación del concepto en realidad se hallaría un intento de ayudar a conservar algunos de los atributos que la soberanía en su sentido tradicional conlleva.

#### **4.4 La comprensión del fenómeno de la integración en el marco de la reconsideración de los Estados**

Como se puede fácilmente deducir de lo hasta ahora analizado, es necesario afrontar una nueva consideración de las realidades estatales, para lo cual el contexto comunitario nos ofrece valiosísimos instrumentos, puesto, no olvidemos, se trata de un fenómeno que se halla juridificado. De hecho, como ha sido apuntado, la propia UE no puede tratar de ser definida si no es a través de la tarea de redefinir el Estado, cometido que además debe ser realizado bajo los parámetros resultantes de la certera intuición kelseniana que recurre al Derecho para poder describir el Estado.

---

<sup>427</sup> *Ibíd*em p. 290.

Por esta razón, los cambios experimentados por el Derecho estatal constituyen nuestra medida de redefinición de lo estatal, y ello nos obliga a recurrir al contexto del proceso de integración comunitaria en busca del modo en que el Derecho estatal se reformula por efecto del mismo.

Una de las características esenciales de la integración comunitaria, que la propia estructura institucional comunitaria se encarga de consolidar, es que la transferencia de competencias de los Estados a la Comunidad no produce un efecto de suma cero, en primer lugar, como ya se dijo, porque los Estados (y más en concreto sus ejecutivos) mantienen una posición de control respecto de las decisiones en el Consejo (incluso a partir de la ampliación del principio decisorio mayoritario) y, sobre todo, porque ciertas competencias creadas en el nivel comunitario (como la realización del mercado común) no tienen correspondencia en el plano nacional. Hay quien afirma, en este sentido, que lo que sucede es que la “Comunidad no es extranjera, no es «otro» en su relación con los Estados. Es una parte de los Estados, lo mismo que los Estados están presentes en las instituciones de la UE”<sup>428</sup>.

De todas formas ya se dijo que aunque el Estado sea uno de los elementos constitutivos de la experiencia supranacional, hay que advertir de que, por un lado, no es el único, ya que precisamente una de las características definitorias de lo supranacional es la consideración directa de los ciudadanos como inmediatos sujetos del ordenamiento resultante, y, por otro, de que se trata de un Estado que ha dejado atrás algunos de los atributos esenciales del anterior Estado-nación pretendidamente soberano: es un Estado “integrado”.

De esta manera se estaría haciendo frente a lo que Habermas ha calificado como estrategia dirigida a los Estados-nación desde la “paradójica expectativa de tener que perseguir desde hoy, dentro de los límites de sus actuales posibilidades de acción, un programa que sólo pueden realizar más allá de sus fronteras”. La importancia de conservar el referente organizativo estatal se hace evidente al comprobar la visión posmodernista que ve “«un final de la política» en el que cifra sus esperanzas un neoliberalismo que apuesta

---

<sup>428</sup> Maclet, J. C., en la obra de Maus, D., Passelecq, O (dir.), *Le traité d'Amsterdam face aux constitutions nationales*, 1998, p. 48, citado por Pernice, I., Mayer, F. C., “De la contitution composée de l'Europe”, ob. cit. p. 644.

por dejar al mercado las funciones de dirección y control”. Por ello, concluye el autor, “sólo podemos hacer frente de manera racional a los desafíos de la globalización si logramos desarrollar dentro de la constelación posnacional nuevas formas de autocontrol democrático de la sociedad. Hay que analizar las condiciones para una política democrática más allá del Estado-nación tomando como ejemplo la Unión Europea”<sup>429</sup>.

No va a ser este el lugar para ahondar en el debate acerca de la existencia o inexistencia de un *demos* europeo, acerca de los requisitos necesarios que han de posibilitar un esquema institucional comunitario legitimado democráticamente, acerca de la actual o futura existencia de una Constitución europea. Tales cuestiones han sido abordadas con el objetivo de poner de manifiesto el carácter erróneo de los presupuestos en los que se basan los planteamientos monistas, en especial los de carácter estatista cuya más importante expresión se halla en la sentencia *Maastricht* del TCF.

Dicho objetivo no sólo nos ha llevado a poner en duda algunas de las afirmaciones principales de dicho pronunciamiento, sino a argumentar la posibilidad y la conveniencia de partir de nociones más amplias, más comprensivas, de ciudadanía y de pueblo, de poder constituyente, de Constitución, de poder político y de Derecho, que las basadas en una concepción estatal-soberanista.

A partir de ahí, una vez resituados dichos conceptos en el contexto global en el que se desarrolla el proceso de integración comunitaria, en lugar de abordar un análisis conducente a la fijación de una postura concreta sobre hasta qué punto concurren o no uno por uno en la realidad comunitaria, lo que se va a hacer es acudir al Derecho, y en concreto al tipo de relaciones interordinamentales que se están dando entre los sistemas jurídicos estatales y comunitario, como manera de tratar de describir, desde el Derecho, las implicaciones de la integración comunitaria a las que da pie en nuestro caso el art. 93 de la Constitución española. Esa descripción va a partir de algunas de las conclusiones a las que se ha llegado hasta el momento, que convergen, por lo que principalmente nos interesa, hacia la constatación de la imposibilidad de ver en los ordenamientos estatales (y en el comunitario) un ordenamiento unitario y supremo, fuente de validez de todas las normas que se aplican en el propio territorio.

---

<sup>429</sup> Habermas, J., “La constelación...”, ob. cit., páginas 117 y 118.

Debe ser precisado que la opción por el Derecho, por un lado, no comporta la consideración de que lo jurídico determina lo económico y lo político. La realidad comunitaria, sin duda, expresa una interconexión de factores diversos entre los que el Derecho es uno más. Ahora bien, sí se parte de que debido a la complejidad de las implicaciones de dicho proceso y, dado que además la integración comunitaria ha sido en buena parte jurídica, una aproximación no puramente formalista desde el Derecho ha de resultar de enorme utilidad para identificar el terreno en el que el proceso de integración tiene lugar. Por otra parte, la opción por el Derecho no es lo que desmarca a la perspectiva que aquí se propone de las explicaciones de raíz monista, sino el hecho de la consideración central de la dinámica de la interrelación entre ordenamientos autónomos aunque recíprocamente condicionados, como tendremos ocasión de comprobar.

El siguiente peldaño nos dirige pues a adoptar tales presupuestos como base para el análisis de las relaciones interordinamentales, esto es, partir de la posibilidad, que debe ser contrastada, de que ambos ordenamientos, el comunitario y los estatales, no se relacionen, aunque sea en último extremo, en parámetros de subordinación jerárquica. Dicho en términos positivos, se trata de comprobar si, tal y como se ha venido anunciando, las relaciones entre ambos sistemas se basan en la autonomía y en la interrelación de los mismos, es decir, en una visión pluralista y no monista.

Y sería después de haber abordado el propósito recién mencionado que, desde el Derecho, se podría retomar la discusión en torno a la existencia de un pueblo europeo sobre el que fundar una Constitución, puesto que ésta no es ni más ni menos, una vez desligada del concepto de Estado soberano, que la norma suprema de un determinado ordenamiento jurídico y el “acto prístino de afirmación del poder de un pueblo sobre sí mismo”<sup>430</sup>.

---

<sup>430</sup> Rubio Llorente, F., “El constitucionalismo...”, ob. cit., p. 18.