

# La soberanía y las transformaciones del Estado y del Derecho: Leon Duguit y la realidad existencial del poder

## Sovereignty and the transformations of the State and Law: Leon Duguit and the existential reality of power

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada.  
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.  
Director de las Revistas de Derecho de la Seguridad Social y Crítica de las Relaciones de Trabajo, Laborum*  
 <https://orcid.org/0000-0002-0230-6615>

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L. «La soberanía y las transformaciones del Estado y del Derecho: Leon Duguit y la realidad existencial del poder». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 12 (2024): 243-320.

### Resumen

Las relativas imprecisiones e inestabilidad del concepto de soberanía encuentran en la historia contemporánea y en la coyuntura actual nuevos factores de complejización y de comprensión explicativa. El Estado moderno es sustancialmente un Estado soberano. El sistema de los Estados soberanos se vio afectado por una crisis particularmente grave con las dos grandes guerras mundiales. Se percibe la extraordinaria concentración del poder político-militar en manos de organismos supranacionales que reducen sensiblemente las prerrogativas soberanas de los Estados nacionales. En la presente coyuntura el proceso de globalización ha cuestionado seriamente la originaria concepción del mundo occidental sobre la soberanía y su alcance. Es generalizada la afirmación —discutible en sí— de que los Estados se ven «imponentes» («¿Estado imponente?») para hacer frente a los problemas del gobierno global, entrando en crisis el Estado-nación y la teoría del Estado moderno. Pero también concurriendo con un movimiento de signo aparentemente distinto, consistente en la emergencia de identidades, gobiernos locales y deconstrucción interna del Estado-nación. Lo que parecería estar emergiendo es la relativa pérdida de peso, poder, del Estado-nación dentro del ámbito de la soberanía «compartida» y diferenciada que caracteriza al escenario de la política mundial actual. Aunque una visión simplista es inaceptable, pues la globalización no es independiente de los Estados nacionales que la impulsan, lo que, sin duda, ha determinado un nuevo papel del Estado en el escenario global. De hecho la hiperglobalización de las últimas décadas ha sido impulsada deliberadamente, desde su origen, por los grandes Estados de potencia mundial, señaladamente Estados Unidos E incluso actualmente se aprecian ciertas tendencias innegables hacia un retroceso de la hiperglobalización neoliberal con el retorno de más poderes efectivos para los Estados nacionales más avanzados y un proceso de globalización menos absorbente.

### Abstract

The relative imprecision and instability of the concept of sovereignty find in contemporary history and in the current situation new factors of complexity and explanatory understanding. The modern state is substantially a sovereign state. The system of sovereign states was affected by a particularly serious crisis with the two great world wars. The extraordinary concentration of political-military power in the hands of supranational organizations was perceived, which significantly reduced the sovereign prerogatives of national States. At the present juncture, the process of globalization has seriously questioned the original Western conception of sovereignty and its scope. There is a widespread assertion - debatable in itself - that states are becoming "imposing" ("imposing state?") to deal with the problems of global governance, bringing the nation-state and the theory of the modern state into crisis. But also concurring with a movement of apparently different sign, consisting of the emergence of identities, local governments and internal deconstruction of the nation-state. What seems to be emerging is the relative loss of weight, power, of the nation-state within the realm of "shared" and differentiated sovereignty that characterizes today's world political scenario. Although a simplistic view is unacceptable, globalization is not independent of the nation-states that drive it, which has undoubtedly determined a new role for the state on the global stage. In fact, the hyperglobalization of recent decades has been deliberately driven, from the outset, by the major world power states, notably the United States. And even today there are certain undeniable trends towards a reversal of neo-liberal hyperglobalization with the return of more effective powers to the more advanced nation states and a less absorbing globalization process.

### Palabras clave

¿Qué es la soberanía?, Poder Político, Poder "Constituyente", Poder "Constituido", Solidarismo jurídico-social de Duguit, Estado Social de Derecho, Estados Soberanos y Relaciones Internacionales

### Keywords

What is sovereignty, Political Power, "Constituent" Power, "Constituted" Power, Duguit's juridical-social Solidarism, Social Rule of Law, Sovereign States and International Relations

*«Se ha llegado al punto en que la mentira suena como verdad, y la verdad como mentira. Cada pronunciamiento, cada noticia, cada pensamiento están preformados por los centros de la industria cultural».*

THEODOR W. ADORNO<sup>1</sup>

## 1. LA TENSIÓN ENTRE SOBERANÍA Y LIBERTAD EN LA MODERNIDAD: DE LA CONCEPCIÓN CLÁSICA A LAS POSICIONES «REVISIONISTAS» Y «NEGATIVISTAS»

El concepto de soberanía siempre ha sido un concepto controvertido tanto para el Derecho como para la ciencia política. Toda sociedad organizada requiere para su supervivencia de la existencia de un poder social que garantice un orden y su dinámica de funcionamiento. Tratándose de sociedades estatalmente organizadas, el poder de la nación se encarna en el Estado, como entidad que personifica a dicha nación. El Estado es el titular de la personalidad de la nación y el titular propio de la potestad nacional. En el enfoque clásico, la potestad del Estado constituye una potestad que sería un rasgo caracterizador del mismo. Esa potestad suele designarse con la expresión «soberanía» estatal, la cual más que una potestad sería, así, una cualidad. En esa lógica discursiva, la soberanía expresa el carácter supremo de un poder; un poder que no está subordinado otro, ni situado simétricamente en concurrencia con él. El Estado soberano ejerce un poder de dominación en el espacio político definido en un doble sentido: en el interior de su territorio (soberanía interna donde se sitúa como poder supremo frente a otros poderes sociales subordinados) y en el exterior (soberanía externa en el marco de las relaciones internacionales entre Estados pretendidamente soberanos, que postulan su independencia en relación con los demás Estados).

Los Estados ejercen una potestad suprema, en el sentido de que su potestad se encuentra libre de toda sujeción o limitación respecto a una potestad exterior y son formalmente iguales los unos a los otros. La soberanía externa adquiere una significación negativa, mientras que la soberanía interna tendría una significación más positiva, pues comporta un poder de dominación que se ejerce sobre los individuos y grupos sociales, los cuales solo pueden ostentar un poder inferior o subordinado al que detenta el Estado. No obstante, esas dos facetas de la soberanía son dos caras de una misma medalla, toda vez que ambas se reducen, básicamente, a esa concepción única de ostentación de un poder que postula su dominio, independencia y no subordinación respecto a los demás poderes sociales, más o menos organizados. Esa no subordinación se predica de todo poder ajeno, interno o externo.

Conforme a la doctrina tradicional, el elemento distintivo principal del Estado es precisamente su soberanía, la cual aparece a modo de una condición esencial del Estado moderno. La soberanía no pertenece a las categorías absolutas, sino a las *categorías históricas*, pues se ha ido construyendo por la concatenación de diversos factores determinantes. Y en estas coordenadas histórico-críticas, la soberanía ha sido en su origen histórico «una concepción de índole política, que sólo más tarde se ha condensado en una de índole jurídica»<sup>2</sup>. De ahí su intrínseca historicidad. La noción de soberanía aparece diferenciada de la potestad estatal. Ésta se resuelve en poderes efectivos, en derechos y facultades activas de dominación, con un contenido fundamentalmente positivo. Por el contrario, en esa estricta idea la soberanía adquiere una dimensión negativa, de manera que el término soberanía, considerado en sí mismo, no revelaría en nada la consistencia misma de la potestad que es soberana. En su originaria significación histórica, la soberanía no es un carácter de la potestad del Estado, y no

<sup>1</sup> ADORNO, TH. W.: *Minima moralia. Reflexiones desde la vida dañada* (1951), trad. CHAMORRO MIELKE, J., Madrid, Taurus, 2001, pág. 107.

<sup>2</sup> JELLINEK, G.: *Teoría general del Estado*, traducción y Prólogo de Fernando de los Ríos Urruti, edición al cuidado de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, espec., cap. 14, págs. 427 y sigs., en particular pág. 427.

se confunde con esta última<sup>3</sup>. La evolución histórica de la soberanía pone de relieve que ésta significó la negación de toda subordinación o limitación del Estado por cualquier otro poder. Poder soberano de un Estado equivale a afirmar que no reconoce ningún otro superior a sí; tratándose de un poder supremo e independiente<sup>4</sup>.

Desde una acepción amplia político-jurídica, la soberanía indicaría el poder de mando en última instancia en una sociedad política. Se trataría de un poder supremo, exclusivo y originario (no derivado). Esa concepción está ligada al poder político, pues la soberanía pretendería ser una *racionalización jurídica del poder*, en el sentido de transformar la fuerza o poder social en poder legítimo, el poder de hecho en poder de Derecho<sup>5</sup>. Así, la soberanía como poder de mando en última instancia, está vinculada a la realidad existencial primordial de la política, esto es a la paz y a la guerra. Pero histórica y actualmente han existidos distintas formas de concebir la soberanía, señaladamente la «soberanía del Estado» o la «soberanía popular»: desde la afirmación de una soberanía absoluta (arbitrario o no, pero donde el poder soberano no conoce limitaciones jurídicas significativas) a los que postulaban una soberanía limitada, aunque discrecional (enmarcada en un sistema de límites jurídicos en cuanto a su orientación y ejercicio). Las teorías políticas realistas no se contentan con esa visión sino que tratan de buscar los factores base de poder y de las fuerzas que de hecho lo ostentan (Marx, Weber, Laski, Mosca, Michel, Schmitt, Heller, Freund, etcétera, pero ya antes originariamente el mismo Bodin). Se advierte ya esa difusa disociación entre política y Derecho, entre realismo y formalización e institucionalización jurídica. El límite de las concepciones realistas y abstractas y formalistas es el intento de identificar poder soberano y Derecho, de manera que el poder soberano, en cuanto que ostenta el monopolio de la producción jurídica, es *legibus solutus*, es la fuente de producción creadora del ordenamiento jurídico, mientras que en las dos grandes teorías (tanto la que habla de soberanía del Estado como la que afirma la Soberanía del Pueblo) *permanecen prisioneras del ordenamiento jurídico*, en el cual creen haber anulado, neutralizado y racionalizándolo a través del propio orden jurídico, el poder soberano<sup>6</sup>.

En los hechos, no obstante, se perciben no tanto poderes simplemente de hecho como de poderes *diversamente* constituidos. Pero la realidad política permite apreciar que el relevante proceso de formalización e institucionalización del poder tiende a ocultar al observador las fuerzas que ostentan de hecho ese poder en última instancia en una sociedad política determinada y, actualmente, global. De lo que se trata es de buscar dónde se encuentra ese poder último de decisión, que desde el mismo momento en que tuvo conciencia de sí, se definió como poder soberano. El proceso de juridización del Estado y del mismo poder constituyente ha permitido operar una suerte de reducción

<sup>3</sup> CARRÉ DE MALBERG, R.: *Teoría general del Estado* (1922), trad. J. Lión Depetre, «Prefacio» de Héctor Gros Espiell, México, FCE-Facultad de Derecho/UNAM, 2000, págs.80 y sigs., con amplia referencia a Le Fur, Duguit y Jellinek. También JELLINEK, G.: *Teoría general del Estado*, traducción y Prólogo de Fernando de los Ríos Urruti, edición al cuidado de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Ed. Comares, 2000, espec., cap. 14, págs. 427 y sigs., el cual sitúa la soberanía en el cuadro de las propiedades del Estado, y dentro de la tradición alemana del Derecho público, realza más el binomio «soberanía-Estado», en detrimento de la «soberanía-Nación». Extremo, que como se verá después, será objeto de crítica por Duguit. Sobre el desarrollo histórico de la idea de voluntad soberana y de la soberanía en sí, puede consultarse JOUVENEL, B.: *La soberanía*, trad., y Prólogo de L. BENAVIDES, edición al cuidado de J. L. MONEREO PÉREZ, Granada, Ed. Comares, 2000, espec., Tercera Parte, págs. 179 y sigs.

<sup>4</sup> JELLINEK, G.: *Teoría general del Estado*, cit., espec., cap. 14, págs. 427 y sigs., en particular págs. 466-467.

<sup>5</sup> Con todo, sin ignorar, como indicara Carl Schmitt, que “el poder es una magnitud independiente, aun respecto del consenso que haya logrado, y quisiera señalarle que también lo es respecto del poderoso mismo. El poder es una magnitud objetiva, con reglas propias, respecto de cualquier individuo en cuyas manos se encuentre”. Cfr. SCHMITT, C.: *Diálogo sobre el poder y el acceso al poderoso*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2010, pág. 25.

<sup>6</sup> MATTEUCCI, N.: «Soberanía», voz del *Diccionario de Política*, vol. 2, dirigido por N. BOBBIO y N. MATTEUCCI, trad. J. ARICÓ y J. TULA, México D.F., Madrid, Siglo XXI editores, 1983, del págs. 1534 a 1546, en particular pág. 1541; y en una perspectiva más general, MATTEUCCI, N.: *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, trad. F.J. ANSUÁTEGUI ROIG y M. MARTÍNEZ NEIRA, Madrid, Trotta, 1998.

de esos poderes de soberanía en el ordenamiento jurídico, tanto más si el orden jurídico-político se afirma como «pluralista». Aquí el orden jurídico configura a los poderes como poderes constituidos, por lo que existe la tentación (no sólo del jurista sino también del politólogo) de estar en condiciones de afirmar que la soberanía en cuanto tal carecería de sentido dentro de un ordenamiento jurídico evolucionado y configurador de un Estado constitucional. Su virtualidad reside en configurar una soberanía limitada (tanto en la esfera del Estado-institución de la sociedad, como en la esfera del poder social del pueblo como expresión del principio democrático).

En esa perspectiva, y no obstante su formalización jurídico-institucional, la soberanía no ha desaparecido como expresiva de tal poder social con fuerza política y normativa creadora. En cierto modo, puede que el Derecho neutralice en parte y provisionalmente sus modos de manifestación, pero al tiempo, sobre todo (aunque no exclusivamente) en circunstancias excepcionales, o situaciones límites de excepción, siempre es capaz de reaparecer haciendo visible su potencia, la fuerza de transformación del orden existente y la creación de otro nuevo. La soberanía es un poder constituyente, capaz de cambiar el orden y crear un nuevo sistema jurídico y político, porque su neutralización, domesticación o adormecimiento siempre se ha venido antojando como decididamente provisional; y sin duda emerge siempre en situaciones límite, de carácter excepcional o sencillamente extraordinario.

Esos poderes constituyentes pueden aparecer, sin embargo, como dictadura soberana (y como tal antidemocrática más o menos explícita) o, por el contrario, como soberanía popular. Pero ésta última es, en el fondo, una síntesis de poder y Derecho, de ser y deber ser, de acción y consenso político, ya que cimenta el establecimiento de un nuevo orden social en el *iuris consensu*. Con todo, soberanía y poder constituyente tienden a ser «atrapados» en el orden y poder constituido, neutralizando sus potencialidades disolventes del orden constituido, pero aportan «ex origen» un fundamento legitimador de dicho orden. Por ello, puede que pueda hablarse, pero tan sólo en términos relativos, de una «crisis» e incluso de un «eclipse» de la soberanía tanto estatal como popular, pero no desde luego su desaparición. Lo relativo deriva de un doble fenómeno: en el interior porque el Estado no constituye frecuentemente el único centro de poder dentro de sus fronteras; y en el exterior, porque el Estado nacional (o plurinacional), sobre todo, si no se trata de un Estado de potencia mundial efectiva, se inserta en un orden político-jurídico y económico internacional, con la presencia de fuerzas políticas y poderes económicos que limitan, con mayor o menor intensidad, su efectivo poder de toma de decisiones autónomas o verdaderamente independientes. Los nuevos espacios no siempre pueden ser controlados por todos los Estados «soberanos» en una sociedad global<sup>7</sup>. En los nuevos espacios, lejos de desaparecer el poder, y los «poderes soberanos», lo que se produce es una creciente complejización del poder político y socio-económico, con distintas formas de manifestación que todavía no han encontrado una síntesis racionalizadora en el nuevo orden emergente tanto en el plano político como en el estrictamente jurídico. Cuando no de la emergencia de poderes «salvajes» del mercado<sup>8</sup>.

Resulta hartamente significativo que Duguit haya negado la existencia de una soberanía interna y pretendiera que la noción de soberanía no podía entenderse más que en las relaciones internacionales de interconexión de los Estados, porque exclusivamente en el exterior es donde expresaría la idea de independencia con arreglo a su sentido y alcance originario. Pero, al razonar así, no parece tomar en consideración que el Estado no puede actuar como soberano en el exterior si no es al mismo tiempo soberano en el interior. La contradicción aparece cuando se percibe que en el *Manual de Derecho*

<sup>7</sup> Puede consultarse, por todos, GALLI, C.: *Espacios políticos. La edad moderna y la edad global*, trad. J. TULA, Buenos Aires, Ed. Nueva Visión, 2002, espec., págs. 91 y sigs., y 119 y sigs.

<sup>8</sup> Sobre esto último, véase FERRAJOLI, L.: *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Prólogo de P. ANDRÉS IBAÑEZ, Madrid, Ed. Trotta, 2011.

*Constitucional*<sup>9</sup>, Duguit entendió que la soberanía interna y la soberanía externa son inseparables e indisolubles, de modo que la una no puede existir plena y eficazmente sin la otra<sup>10</sup>.

Hay mucha confusión conceptual, y no exclusivamente en el ámbito doctrinal, porque en los mismos textos constitucionales se aprecia, con harta frecuencia, la confusión entre la soberanía y la potestad estatal. Algo que advirtió y criticó Leon Duguit<sup>11</sup>.

Pero, igualmente, las relativas imprecisiones e inestabilidad del concepto de soberanía encuentran en la historia contemporánea y en la coyuntura actual nuevos factores de complejización y de comprensión explicativa. El Estado moderno es sustancialmente un Estado soberano. El sistema de los Estados soberanos se vio afectado por una crisis particularmente grave con las dos grandes guerras mundiales. Se percibe la extraordinaria concentración del poder político-militar en manos de organismos supranacionales *que reducen sensiblemente las prerrogativas soberanas de los Estados nacionales*. En la presente coyuntura el proceso de globalización ha cuestionado seriamente la originaria concepción del mundo occidental sobre la soberanía y su alcance. Es generalizada la afirmación —discutible en sí— de que los Estados se ven «imponentes» («¿Estado imponente?») para hacer frente a los problemas del gobierno global, entrando en crisis el Estado-nación y la teoría del Estado moderno. Pero también concurriendo con un movimiento de signo aparentemente distinto, consistente en la emergencia de identidades, gobiernos locales y deconstrucción interna del Estado-nación. Lo que parecería estar emergiendo es la relativa pérdida de peso, poder, del Estado-nación dentro del ámbito de la soberanía «compartida» y diferenciada que caracteriza al escenario de la política mundial actual. Aunque una visión simplista es inaceptable, pues la globalización no es independiente de los Estados nacionales que la impulsan, lo que, sin duda, ha determinado un nuevo papel del Estado en el escenario global. De hecho la hiperglobalización de las últimas décadas ha sido impulsada deliberadamente, desde su origen, por los grandes Estados de potencia mundial,

<sup>9</sup> DUGUIT, L.: *Manual de Derecho Constitucional*, edición y estudio preliminar, «La teoría jurídica de León Duguit», a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ y J. CALVO GONZÁLEZ, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005.

<sup>10</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, Cap. III (sobre el problema de la soberanía en el nuevo orden internacional: Estados soberanos y orden global), págs. 277-631. Véase CARRÉ DE MALBERG, R.: *Teoría general del Estado* (1922), trad. J. LIÓN DEPETRE, «Prefacio» de H. GROS ESPIELL, México D.F., FCE-Facultad de Derecho/UNAM, 2000, págs.88-89. Por otra parte, del análisis histórico resulta que el término soberanía ha adquirido históricamente tres significados principales diversos. En su sentido originario designa el carácter supremo de una potestad plenamente independiente, y en particular de la potestad estatal. En una segunda acepción significa el conjunto de los poderes comprendidos en la potestad de Estado, siendo por lo tanto sinónimo de esta última. Finalmente, sirve para caracterizar la posición que dentro del Estado ocupa el titular supremo de la potestad estatal, y aquí la soberanía se identifica con la potestad del órgano. Ahora bien, estos tres conceptos, tan diferentes, de la soberanía, se han conservado hasta la época actual: se les encuentra de nuevo en la literatura contemporánea, enmarañados uno con otro, y esta persistencia de conceptos diferentes sólo puede naturalmente embrollar y oscurecer la teoría de la soberanía (Duguit; Rehm; Jellinek). En la sociedad moderna el término soberanía continúa utilizándose en sentido negativo, según el cual hace referencia a la cualidad de potestad de un Estado que no reconoce ninguna potestad superior a la suya en el exterior; ninguna potestad igual a la suya en el interior (*ibid.*, pág. 89). Véase MONEREO PÉREZ, J.L., y CALVO GONZÁLEZ, J.: «León Duguit (1859-1928): jurista de una sociedad en transformación», en *Revista de derecho constitucional*, núm. 4, 2005, págs. 483-551. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1972289>

<sup>11</sup> Véase CARRÉ DE MALBERG, R.: *Teoría general del Estado* (1922), *cit.*, pág. 91. Carré de Malberg reflexiona al respecto: ¿Es la soberanía un elemento esencial de la potestad de Estado? La doctrina tradicional que confunde en un solo y mismo concepto las nociones de potestad de Estado y potestad soberana contiene en todo caso el error de hacer planear un grave equívoco sobre la cuestión fundamental de saber si la soberanía es un elemento esencial del Estado. Si por soberanía se entiende la potestad de Estado misma, no hay duda de que la soberanía forma una condición absoluta del Estado, pues el Estado no puede concebirse sin potestad de dominación. Si, por el contrario, se quiere designar con el nombre de soberanía la cualidad de un Estado cuya potestad no depende de ningún otro, es ya muy discutible que la soberanía pueda ser considerada como un elemento indispensable del Estado (*ibid.*, pág. 96-97).

señaladamente Estados Unidos E incluso actualmente se aprecian ciertas tendencias innegables hacia un retroceso de la hiperglobalización neoliberal con el retorno de más poderes efectivos para los Estados nacionales más avanzados y un proceso de globalización menos absorbente<sup>12</sup>.

Desde esta perspectiva, parecería que los Estados-Nación ya no serían instancias políticas adecuadas para hacer frente a los grandes dilemas de la modernidad tardía (como la paz, el desarrollo económico, la garantía de los derechos humanos, la tutela del medio ambiente y el equilibrio demográfico), los cuales tienen una dimensión global y requieren el diseño de estrategias de políticas, instituciones y ordenamientos jurídicos que presenten esa dimensión mundializada. Interesa recordar que en el marco de la forma política del histórico «Estado absoluto», en lo concerniente a la configuración de las relaciones internacionales (en los términos propios del *ius publicum europaeum*), se afirmó el principio de soberanía absoluta del Estado-nación. Dicho principio se concreta en el que se ha dado en llamar «modelo de Westfalia»<sup>13</sup>, conforme al cual los sujetos primordiales del Derecho internacional son exclusivamente los Estados nacionales por el simple hecho de su conexión de dominio sobre un determinado territorio y población instalada en el mismo. En este contexto no hay una instancia legislativa internacional investida de poder de promulgar normas de validez «erga omnes» de inmediata aplicación. La autoridad de los Estados soberanos es fuente del Derecho internacional en la medida en que los mismos concierten tratados (bilaterales y multilaterales) o procedan a reconocer la vigencia de normas de carácter consuetudinario. De conformidad con el modelo westfaliano, la igualdad jurídica y la autonomía normativa de los Estados nacionales constituye un principio insoslayable que no admite condiciones establecidas por sujetos externos. Por otra parte, el Derecho internacional, en ese modelo político, carece de normas de ordenación relativas a las estructuras políticas internas de cada Estado o concernientes a su actuación en relación con sus ciudadanos; tampoco se encuentra la previsión sobre la creación de un poder de injerencia o intromisión de un organismo de carácter internacional o de otro Estado en las cuestiones internas de otros Estados. Y en la misma lógica del modelo de relaciones internaciones, no se reconoce derecho alguno de un Estado o un organismo internacional en los asuntos internos de otro u otros Estados o derecho o deber de intervención a favor de uno de los Estados contendientes respecto de otros Estados nacionales.

En la controversia originaria, tanto para los detractores de la soberanía del monarca como para los defensores del principio de soberanía popular, el concepto de soberanía se asimilaba a un poder que no conocía límites y de carácter indivisible. Se trata de una soberanía ilimitada. Pero este criterio nunca fue unánime y progresivamente se fue consolidando a la par un criterio favorable a la consideración del carácter limitado de la soberanía. Ese carácter limitado fue defendido ya originariamente para garantizar el respecto a las libertades y los derechos fundamentales (Benjamin Constant, Montesquieu, Tocqueville, etcétera), y encontraría expresiones en la sociedad contemporánea en las doctrinas pluralistas (Laski<sup>14</sup>, y en general los socialistas fabianos y gremiales; los krausistas social liberales

<sup>12</sup> ASÍ, CASTELLS, M.: *La era de la información. Vol. 2. El poder de la identidad*, Madrid, Alianza Editorial, 1998, págs. 271 y sigs.; HELD, D.: *La democracia y el orden global. Del Estado al gobierno cosmopolita*, Barcelona, Paidós, 1997, págs. 53 y sigs.; *Ibid.*, *Cosmopolitismo. Ideales y realidades*, Madrid, Alianza Editorial, 2012, págs. 29 y sigs., y 37 y sigs.

<sup>13</sup> Sobre el modelo de Westfalia, véase ZOLO, D.: *Cosmópolis. Perspectivas de un gobierno mundial*, Barcelona, Eds. Paidós, 2000, espec., págs. 29 y sigs.

<sup>14</sup> LASKI, H.J.: *La gramática de la política*, edición y estudio preliminar, «La filosofía política de Harold J. Laski» (XV-C), a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La democracia en crisis: Harold J. Laski*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2004.; MONEREO PÉREZ, J. L.: «Democracia social y económica en la metamorfosis del Estado moderno: Harold J. Laski», en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 11, núm. 1, 2021, pp. 298–377. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5426>.

como Giner de los Ríos<sup>15</sup>, etcétera) y constitucionalistas (Hugo Preuss). Las limitaciones a los poderes soberanos que imponen las sociedades pluralistas serían destacadas también por Joseph Schumpeter, Raymond Aron, Robert Dahl<sup>16</sup>, Raf Dahrendorf, Noberto Bobbio, Giovanni Sartori, etcétera). En esas teorías pluralistas el Estado no sería ya una instancia totalmente soberana, centralizada y monista en las esferas política y jurídica; el Estado en las sociedades pluralistas se entiende como una instancia de mediación entre los intereses de los grupos políticos y sociales organizados. La soberanía del Estado tiende a perder su connotación fuerte y a ser identificada con la máxima autoridad estatal o una prerrogativa jurídica abstracta y difusa de los poderes<sup>17</sup>.

En Hans Kelsen lo que preside es una soberanía *desplazada hacia otras instancias de poder democráticas*. Critica lo que considera el «dogma de la soberanía», porque entiende que se trata de una noción que no se corresponde ya con las democracias constitucionales y con la construcción del Derecho internacional contemporáneo. En este contexto, ningún poder público puede postular su carácter soberano. Kelsen considera que los Estados constitucionales son poderes incompatibles con los postulados absolutistas que estarán implicados en la categoría jurídico-política de la ciudadanía. La misma incompatibilidad deriva del Derecho internacional contemporáneo, el cual establece principios y reglas que configuran los poderes de los Estados nacionales como poderes limitados. En el nuevo orden internacional se establece un Derecho con fuerza vinculante bilateral, con eficacia tanto respecto de los Estados nacionales como respecto a los individuos pertenecientes a dichas unidades políticas estatales<sup>18</sup>.

El caso de Carl Schmitt es completamente diferente, porque —aun antes de su deriva autoritaria— él defiende la utilidad y vigencia de la noción de soberanía como dimensión de lo político, oponiéndose a la concepción kelseniana. La concepción de Carl Schmitt entronca con la más moderada defendida por Hermann Heller (un decisionista *moderado* defensor —y su máximo teorizador— con el Estado Social de Derecho) y Rudolf Smend. Como se sabe, según Schmitt la condición de sujeto soberano no remite a una situación de normalidad (la soberanía institucionalizada o normal hace referencia a la instancia que en circunstancias normales ostenta la autoridad política o el monopolio del poder legislativo o del poder ejecutivo), sino a la instancia de poder que es capaz de imponer su decisión en una situación crítica, esto es, es el sujeto que decide el —y sobre el— Estado de excepción. Es la instancia de poder que de hecho detenta el poder de suspender el ordenamiento jurídico vigente y eventualmente ostenta la capacidad de fundar uno nuevo. Es así, que para Schmitt,

<sup>15</sup> GINER DE LOS RÍOS, F.: *La persona social. Estudios y fragmentos*, edición y estudio preliminar, «», a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2008. Para un profundo y exhaustivo estudio sobre el pensamiento pedagógico y sociopolítico de Francisco Giner de los Ríos, puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L.: *El pensamiento sociopolítico y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos*, Barcelona, Atelier, 2023, y abundante bibliografía citada tanto del propio autor (pues culmina una línea de investigación seguida hace más de dos décadas) como de los investigadores relevantes que se han venido ocupando de la figura y aportaciones decisivas de Giner de los Ríos.

<sup>16</sup> DAHL, R.A.: *La poliarquía. Participación y oposición*, trad. Julia Moreno San Martín, Madrid, Tecnos, 1997.

<sup>17</sup> ZOLO, D.: *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, trad. Roger Campione, Madrid, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2005, págs. 100 y sigs.

<sup>18</sup> KELSEN, H.: *Das Problem der Souveränität und die Theorie der Völkerrechts*, Tubinga, J. C. B. Mohr, 1920; KELSEN, H.: *Principios de Derecho Internacional Público* (1931), trad. H. CAMINOS Y E. C. HERMIDA, revisión, edición y estudio preliminar, “Soberanía y Derecho Internacional en Hans Kelsen” (pp. IX-LVII), a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2013; KELSEN, H.: *Teoría General del Estado*, edición y estudio preliminar, «Los fundamentos del Estado en la teoría jurídico-política de Kelsen» (XXI-CLXXV), a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Ed. Comares, 2002; GARCÍA AMADO, J.A.: *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Madrid, Marcial Pons, 1996; MONEREO PÉREZ, J. L.: *La democracia en el pensamiento de Kelsen*, estudio preliminar a KELSEN, H.: *Esencia y valor de la democracia*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002; MONEREO PÉREZ, J.: *Los fundamentos de la democracia. La Teoría Político Jurídica de Hans Kelsen*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, espec., Capítulo 5 (“Soberanía y Derecho Internacional en Hans Kelsen: Mito y realidad”), págs. 297-470.

la soberanía no pertenece realmente al poder constituido en cada momento, sino al poder constituyente que subsiste siempre. Es un poder sobre la decisión última en situaciones de excepción, precisamente por el hecho de que es en dichas situaciones críticas o de emergencia cuando se hace visible el rostro auténtico del poder y de lo político. Esta visión extrema de la soberanía tiene la virtualidad de poner de manifiesto la realidad de lo político y del conflicto en la sociedad, donde la contraposición de intereses contrapuestos resulta inevitable, y el papel de la teoría política y jurídica es partir de esa realidad y establecer cauces para afrontar la solución pacífica de tales conflictos. La negociación de la soberanía supondría para Schmitt afirmar la posibilidad existencial de un orden social sin conflicto y antagonismo político, lo que resulta contrario a la naturaleza de las sociedades humanas. Y, así, corresponde al Estado el enojoso papel de ser uno de los centros de poder llamado a decidir poniendo a prueba en cada momento histórico su pretensión de monopolio del ejercicio de la fuerza legítima en la sociedad. En este sentido Schmitt se opone a todas aquellas concepciones ideológico-políticas (como el liberalismo y la socialdemocracia) que pretenden neutralizar, a su entender, lo político a través de formas antipolíticas de democracia deliberativa y de orden cosmopolita, las cuales primando el momento de consenso político dejan en un plano secundario la realidad adversarial y del antagonismo. Por lo demás, según Schmitt el poder constituyente del pueblo continúa subsistiendo más allá de su cristalización provisional en los poderes instituidos<sup>19</sup>.

Es lo cierto que en el mundo contemporáneo ha existido, y existe, una tensión permanente entre soberanía y Constitución Jurídica en la sociedad. En la segunda postguerra mundial se produce un proceso de refundación constitucional de los sistemas democráticos y se refuerza la idea de crear un orden internacional donde los Estados constitucionales pueden ostentar una soberanía limitada y al mismo tiempo se internacionalicen los derechos fundamentales con independencia de las fronteras nacionales. Las posiciones más radicalizadas, en este sentido, como se verá después, afirmarán que existe una antinomia entre la admisibilidad del concepto de soberanía y el Derecho constitucional moderno. Para ello se parte de una premisa discursiva conforme a la cual hablar de soberanía es hacer siempre referencia a un poder absoluto y liberado de reglas formales y de condicionamientos sustanciales. Elevada, así, al campo de lo absoluto (y cristalizada en ese ámbito), la soberanía expresaría en sí un poder no subordinado a ninguna regla y, por supuesto, a ningún orden constitucional. Tras todo ello se rememora el clásico y permanente debate sobre los límites del poder constituyente, su relación con el poder constituido y la naturaleza y los límites del poder de revisión constitucional<sup>20</sup>.

Pero, además, el mundo contemporáneo ve complejizada no sólo la problemática de la soberanía, sino también la de los poderes constituyentes y constituidos y la «autonomía» relativa de los órdenes constitucionales actuales. Efectivamente, la globalización está replanteando la tradicional

<sup>19</sup> Véase SCHMITT, C.: *El Leviathan en la teoría del Estado de Tomas Hobbes*, trad. Francisco Javier Conde, edición y Est. prel., «El Espacio de lo político en Carl Schmitt», a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Ed. Comares, 2004. Véase al respecto MONEREO PÉREZ, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, trad. R. QUIJANO, revisión, edición a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CLXXXV; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021.

Pero en parte también HELLER, H.: *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, México, FCE, 1995; HELLER, H.: *Teoría del Estado*, edición y Est. prel., «La teoría político-jurídica de Hermann Heller», a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004. Véase, por todos, el estudio monográfico sobre MONEREO PÉREZ, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009, espec., Capítulo I.2. («Decisionismo político moderado y teoría antiformalista del Estado y de la Soberanía»), págs. 19-62, y Capítulo 2 («La «Constitución política» de la Sociedad en el pensamiento de Hermann Heller»), págs. 80-112.

<sup>20</sup> ZOLO, D.: *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, cit., págs. 112-113, con referencia a L. FERRAJOLI, Böckenförde; P.P. PORTINARO y G. ZAGREBELSKI. Sobre ello se volverá más adelante.



conformación de los sistemas de Estados nacionales soberanos. El proceso de globalización entraña en el plano político-jurídico el sometimiento de los Estados nacionales a reglas de juego político-institucional y a órdenes normativos que limitan ámbitos importantes de su soberanía, generando tensiones entre poderes internos e internacionales que podrían ostentar una suerte de soberanía supranacional. Esta tensión se revela como realmente existe, pero opera precisamente sobre la base de una persistente tensión de poderes que se pretenden soberanos, respectivamente, de manera que la realidad apunta más que a la desaparición de la soberanía a la evidencia de su relatividad y la coexistencia de «soberanías limitadas» a través de siempre renovados sistemas de límites internos y externos.

A pesar de esa realidad de coexistencia efectiva de «soberanías limitadas» no se puede desconocer que se ha venido produciendo un desplazamiento del «modelo de Westfalia» por el denominado «modelo de la Carta de las Naciones Unidas». Este proceso genera nuevas tensiones entre los poderes nacionales y los poderes supranacionales. Pero también entre los defensores de un orden cosmopolita («democracia cosmopolita») y los partidarios del mantenimiento de la persistencia de un mayor espacio de autonomía de los Estados nacionales. Esta última posición se mantiene bien por realismo político, bien por rechazo a la subordinación de las grandes potencias más influyentes, bien porque la diversidad cultural y político-institucional impiden la creación de ese orden cosmopolita; bien, porque se objeta que la democracia ha venido encontrando su núcleo privilegiado de desarrollo y participación ciudadana en el ámbito del Estado nacional, o bien, finalmente y en otra lógica discursiva enteramente distinta, por entender que la creciente institucionalización del orden internacional sería perjudicial para el libre funcionamiento de los mercados<sup>21</sup>: La crisis económica actual hace bien visibles estas pretensiones de «autonomía de la economía» respecto a la esfera de la política pública, nacional e internacional.

Pero existe igualmente otra vertiente del problema, que conecta el cosmopolitismo como opción de política del Derecho y la temática de la paz mundial. Para el establecimiento de un orden mundial más justo y garantizar la paz internacional, existe toda una corriente de opinión sólidamente construida durante el pasado siglo veinte (con autores de la talla de Kelsen, Bobbio, Held y Ferrajoli, entre otros, que encuentra la solución más adecuada a la creación de una suerte de «Superestado» o «Estado Mundial», dotado de «soberanía universal», aunque no ilimitada por el respeto a la persistencia de una relativa autonomía para los Estados. Con independencia de su viabilidad en la práctica política, tampoco se pueden ignorar los riesgos políticos de su instauración y lo que supone de desplazamiento de ámbitos de soberanía de los Estados nacionales, sobre todo si no se garantiza la *plena democratización* de sus estructuras institucionales y del sistema de garantías de los derechos fundamentales atendiendo a la diversidad de principios y de valores existentes a escala mundial. En este sentido, el caso del proceso de construcción de la Unión Europea resulta bien significativo, porque ciertamente la Unión, a pesar del avance de la institucionalización, no puede equipararse al sistema democrático propio del constitucionalismo democrático-social con Estado Social y Democrático de Derecho; no estando disponibles mecanismos de legitimación democrática y de garantía *efectiva e integral* de los derechos fundamentales a nivel de la Unión Europea<sup>22</sup>; mecanismos insuficientes como para poder legitimar democráticamente la instauración de un Estado federal europeo con *soberanía limitada y repartida*<sup>23</sup>. Y tan sólo dispone de una Constitución en sentido material integrada por el Sistema de los Tratados de la Unión. También se plantea el problema de la construcción de una

<sup>21</sup> Sobre esta problemática puede consultarse ZOLO, D.: *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, cit., págs. 115-116.

<sup>22</sup> Para una visión crítica más detenida y matizada, véase VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coords.), Granada, Comares, 2012.

<sup>23</sup> ZOLO, D.: *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, cit., pág. 118, con referencia a crítica al exceso de optimismo realizada, entre otros, por RALF DAHRENDORF, D. GRIMM, y M. LUCIANI.

jurisdicción penal supranacional para la tutela de la paz, con la tendencia a concentrar en organismos supranacionales parte del poder antes detentado por los Estados nacionales<sup>24</sup>.

En este contexto es difícil admitir aquellas posturas que niegan la soberanía. Pero aun así suele negarse no sólo su legitimidad sino incluso su realidad existencial. Se afirma, en tal sentido, que la soberanía es un residuo de la modernidad de género absolutista; que la soberanía interna tiende a desaparecer con el establecimiento de los Estados constitucionales, mientras que la soberanía externa progresivamente está en vías de desaparición ante el perfeccionamiento de un Derecho internacional de orientación cosmopolita; y que, por último, se produce una irreductible antinomia entre la idea de soberanía y Derecho, que impide su utilización técnica para la comprensión de los problemas del poder y del Derecho en la sociedad contemporánea<sup>25</sup>. Para ello se parte de una noción de soberanía absolutista, como poder supremo no sujeto a límites y condiciones formales y sustanciales para su ejercicio legítimo, desconociendo que los sistemas democráticos han venido estableciendo límites y condiciones precisas, transitando del modelo de soberanía absoluta a un modelo de soberanía limitada o relativa para hacerla compatible con los regímenes democráticos de Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho. Por lo demás, resulta objetable que la crítica se centre reductivamente en la «soberanía estatal», sin reparar en el carácter immanente de la «soberanía popular» a los presupuestos constitutivos de los sistemas democráticos de Estado Constitucional. Un debate no simplificador sobre la soberanía tiene que abarcar sus distintas dimensiones y no quedar limitado a la pervivencia o no del Estado nacional unitario e independiente.

Luigi Ferrajoli —uno de los teóricos más críticos con la idea de soberanía— ha hecho referencia, inicialmente, a la «crisis actual de la soberanía» en esa línea simplificadora respecto a aspectos neurálgicos para la democracia contemporánea. Según Ferrajoli, el paradigma de la *soberanía externa* alcanza su máximo esplendor y a la vez el momento de su trágico fracaso en la primera mitad de nuestro siglo con la nueva guerra europea de los treinta años (1914-1945), en la que se incluyen las dos guerras mundiales, y que conducen, en cierto sentido, al suicidio de Europa. Este final quedaría sancionado institucionalmente en el Derecho internacional por la Carta de la ONU, aprobada en San Francisco el 26 de junio de 1945, y que después se reflejaría en la Declaración Universal de Derechos del Hombre, aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de Naciones Unidas. Dichos textos internacionales —de valor fundamental— operan una transformación, en sede eminentemente jurídica, en el orden jurídico-político de la sociedad internacional. Para Ferrajoli, al menos en su posición mantenida originariamente —como ahora se verá—, este proceso de internacionalización implica la desaparición de los presupuestos y rasgos constitutivos de la soberanía (del Estado), atendiendo tanto a su vertiente interna como a su dimensión externa. De este modo, arguye, la soberanía del Estado, ya privada de contenido hasta disolverse en su vertiente interna con la consolidación del Estado Constitucional de Derecho, se diluye igualmente en su vertiente externa ante la instauración de un sistema jurídico de carácter internacional que se impone con carácter imperativo e inmediatamente vinculante para todos los Estados miembros de las organizaciones internacionales, aparte de hecho de que en el nuevo Derecho internacional emergente los sujetos de Derecho internacional ya no serían los Estados nacionales, sino también directamente los individuos y los pueblos adscrito al territorio de cada Estado<sup>26</sup>.

De ahí se infiere la consecuencia de la negación radical de la soberanía estatal por su pretendida contraposición e incompatibilidad con el Estado constitucional y con el Derecho internacional

<sup>24</sup> Sobre toda esta problemática, véase ZOLO, D.: *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, Madrid, Trotta, 2007, Capítulo 3 (“Universalidad de los derechos y guerra humanitaria”), págs. 87 y sigs.

<sup>25</sup> FERRAJOLI, L.: «La soberanía en el mundo moderno», en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. ANDRÉS IBAÑEZ Y A. GREPPI, Madrid, Ed. Trotta, 1999.

<sup>26</sup> FERRAJOLI, L.: «La soberanía en el mundo moderno», en *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, trad. P. ANDRÉS IBAÑEZ Y A. GREPPI, Madrid, Ed. Trotta, 1999, págs. 125 y sigs., en particular págs. 144-145.

contemporáneo de orientación cosmopolita. La crítica se hace entonces frontal y sin fisuras, cuando se indica que desde el punto de vista de la teoría del Derecho la soberanía se revela como un «pseudo-concepto» o, peor aún, como una «categoría antijurídica», pues en sí misma resultaría ser la negación del Derecho, porque la soberanía «per se» siempre supondría ausencia de límites y de reglas (sustanciales y de procedimiento), lo que evidenciaría su carácter contrario al Derecho. Puede avanzarse aquí ya una crítica de la crítica, pues parece discutible este acotamiento absolutista de la soberanía, por la misma razón de que en los Estados constitucionales contemporáneo preside no la idea de una soberanía absoluta, sino, por el contrario, de una soberanía limitada —pero no negada necesariamente— por el Derecho.

De esa perspectiva, observa Ferrajoli, la historia jurídica de la soberanía sería la historia de una antinomia entre los términos Derecho y soberanía, incompatibles e históricamente enfrentados entre sí (sic.). Para Ferrajoli, en el Estado de Derecho no existe ningún soberano, a menos que entendamos como «soberana», como un puro artificio retórico, la Constitución misma, esto es, el sistema de límites y vínculos jurídicos que se imponen a poderes públicos que ya no tienen la condición de soberanos. La referencia a un «Estado soberano» es inaceptable tanto en el ámbito de la teoría del Derecho, como en el de la teoría política. Entiende que, lo que está en una crisis irreversible, mucho antes aun que el atributo de la soberanía estatal, es su objeto, a saber: el Estado nacional unitario e independiente, cuya identidad, posición y función ha de ser objeto de una revisión radical en función de las transformaciones operadas, de hecho y de Derecho, en el campo de las relaciones internacionales en condiciones de globalización. En definitiva, el Estado nacional como sujeto soberano se halla actualmente en crisis irreversible tanto por arriba como por abajo, y por la concurrencia de un conjunto de factores de causación de carácter esencialmente irreversible<sup>27</sup>.

Posteriormente, en el marco de ese quizá prematuro pronóstico de la muerte de la soberanía, Ferrajoli se ha reafirmado, en lo principal, en esa negación de la soberanía interna y externa en la sociedad contemporánea dotada de un Derecho internacional con instituciones de gobierno global y de normas imperativas. Así afirma que se ha producido un «cambio de paradigma del derecho internacional producido con la Carta de la ONU»<sup>28</sup>. Pero la relativa novedad es que Ferrajoli constata, correctamente, que en el momento presente se corre el riesgo de quebrar a causa de la crisis de las soberanías nacionales, *no compensada por la construcción de una efectiva esfera pública en el ámbito supranacional*. De ahí que hable de las aporías de la soberanía y de la ciudadanía en un nuevo paradigma constitucional que se abre paso en un entorno presidido por graves peligros para el futuro orden internacional<sup>29</sup>. Y señala, significativamente, que la historia de la soberanía se encuentra muy lejos de haber concluido. Por lo demás, también en la Carta de la ONU permanece el principio de la soberanía de los Estados. La ONU, expresa su art. 2, «está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros», lo que comporta la prohibición de «injerencias» sistemáticas en las cuestiones internas de cada Estado nacional.

<sup>27</sup> FERRAJOLI, L.: «La soberanía en el mundo moderno», cit., págs. 125 y sigs., en particular págs. 147 a 149. Ferrajoli llega a afirmar que «No es casualidad, por lo demás, que el último gran defensor de la soberanía haya sido Carl Schmitt, quien, en polémica con Kelsen, *considera que la soberanía tenía como fundamento una categoría tan incompatible con la lógica del Estado de derecho como el «estado de excepción»*. (pág. 147). Pero parece olvidar que desde el realismo político no son poco los autores que defiende la persistencia de la soberanía sin perjuicio de su compromiso con el Estado Social de Derecho. Es el caso harto significativo de Hermann Heller. Cfr. HELLER H.: *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

<sup>28</sup> FERRAJOLI, L.: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia (2007)*, trad. P. ANDRÉS IBAÑEZ y otros, Madrid, Ed. Trotta, 2011, pág. 475 y sigs.

<sup>29</sup> FERRAJOLI, L.: «La soberanía en el mundo moderno», cit., págs. 125 y sigs., en particular págs. 480 y sigs.

Ahora para Ferrajoli, en esa línea de parcial auto-revisión, sería *más que nada, en el plano fáctico donde la soberanía continuaría caracterizando la conformación de las relaciones internacionales*. De manera que la soberanía pervive de hecho como la principal aporía en el presente del sistema de relaciones internacionales, debido a la creciente disparidad de las fuerzas existentes, en condiciones de soberanía desiguales, esto es, de la soberanía absoluta de la superpotencia estadounidense a las soberanías de los demás Estados, desmedidas y limitadas en distintos grados, vinculados a sus respectivos niveles de poder. Y observa que, simétricamente, existe una aporía análoga que incide también sobre la ciudadanía, cuyos confines estatales han entrado en contradicción con el proclamado universalismo de los derechos fundamentales al más alto nivel<sup>30</sup>.

Con todo, el orden jurídico internacional se puede equiparar a lo que sería un ordenamiento jurídico estatal que estuviera dotado solamente de Constitución jurídica y de pocas instituciones sustancialmente *carentes de poder efectivo*. La que se podría llamar «Constitución embrionaria» internacional, ciertamente promete paz, seguridad para los pueblos y tutela de los derechos de los seres humanos del planeta, sin embargo, está destinada a la *inefectividad estructural por la falta de las correspondientes leyes de actuación*. El déficit es manifiesto por lo que se refiere a las garantías primarias y secundarias de los derechos fundamentales proclamados. Por otra parte, el proceso actual de la globalización pone de manifiesto la inadaptación de la política y del Derecho, de manera que los nuevos espacios económicos y financieros no se han visto acompañados de la correspondiente integración de las instancias políticas y jurídicas. Hay, pues, una crisis de gobernabilidad político-jurídica. Las *promesas incumplidas* de igualdad y de garantía de los derechos contrastan con el incremento extraordinario de las desigualdades, el atentando a los bienes colectivos y a los derechos fundamentales formalmente proclamados y el fortalecimiento de los poderes económicos (las fuerzas económicas de nuestro tiempo) sin verdadero control democrático. Pero, en relación a ello, se comprueba un *reforzamiento de la soberanía* de los Estados de potencia mundial. Es ahora el propio Ferrajoli quien hace notar la falta de actuación de un constitucionalismo global, que no sólo impide el desarrollo de una democracia cosmopolita, pues, adicionalmente, genera el riesgo de alterar enteramente el edificio de la democracia constitucional en los mismos ordenamientos estatales internos. Y es que, en verdad, la democracia constitucional interna y el Derecho internacional están hoy cada vez más estrechamente conectados debido a los efectos que produce la actual globalización sin reglas de control democrático de poderes que efectivamente actúan como soberanos y sin garantías sociales más allá de las garantías a favor del mercado, esto es, de apoyo a la liberalización de las fuerzas del mercado y a la (re)mercantilización de bienes colectivos y derechos sociales a nivel interno y mundial<sup>31</sup>.

Lo que quizás no se aprecia suficientemente, al menos en el primer Ferrajoli, es que la soberanía pertenece al terreno de las *realidades políticas que se imponen como efectivamente existentes y al carácter irreductible del poder*. El «segundo Ferrajoli» ya toma buena nota de las realidades políticas del primado de la Política sobre el Derecho a escala mundial (no como algo deseable, sino como hecho que forma parte de lo político), y en relación a ello la preeminencia de los poderes soberanos más fuertes, a saber: el de las grandes potencias soberanas (que sí pueden continuar postulando y reafirmando su condición soberana) y el de las fuerzas económicas liberadas prácticamente de toda responsabilidad jurídica y social. Al final se tiene que convenir en la realidad existencial de lo político que ha caracterizado contradictoriamente a la modernidad, donde todo orden aparece constantemente asediado por la excepción y el conflicto, y urgido de nuestras neutralizaciones siempre provisionales y revisables sobre los intereses y valores aceptados. Y en un nexo indisoluble entre soberanía y decisión:

<sup>30</sup> FERRAJOLI, L.: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia* (2007), trad. P. ANDRÉS IBAÑEZ y otros, Madrid, Ed. Trotta, 2011, págs. 480-481.

<sup>31</sup> Véase FERRAJOLI, L.: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, cit., pág. 484 y ampliamente págs. 485 y sigs.

la vida del Derecho exige un orden de normalidad (de ahí la mutua remisión de decisión y orden). El sujeto que lo garantiza es el que de manera renovada decide la situación sobre esa normalidad a través de la decisión relativa a la excepción y la identificación del enemigo o sujetos contrarios —o adversarios— a dicho orden en cada momento. En este sentido, la Modernidad ha venido siendo singularizada como normalización de la excepción, lo que hace necesaria la existencia de una instancia soberana que decida sobre el enemigo y el tipo de regulación pertinente<sup>32</sup>.

Ahora bien, Carl Schmitt no reflexiona exclusivamente sobre la Modernidad, pretende ir más allá caracterizando a lo político como tal. En esa lógica el rasgo decisionista de la soberanía exige del reclamo de una antropología existencialmente pesimista, por lo que la situación de caos y la falta de mediaciones alcanzan a la mistificación del paradigma moderno de comprensión del espacio de lo político. Carl Schmitt y Hermann Heller, sin perjuicio de sus innegables diferencias, coinciden en señalar que la crisis de soberanía se resuelve fundamentalmente en la crisis de identificación del sujeto titular de la misma (sujeto soberano)<sup>33</sup>.

El que no parece haber tomado buena nota de estas realidades políticas (o si se quiere realidades constitucionales) es Held, el cual reflexiona en los siguientes términos: la consolidación del Derecho público democrático en el ámbito internacional exige una revisión de la noción tradicional de soberanía. Hay que tener en cuenta que en el paradigma clásico de soberanía el Estado ejerce el poder efectivo y sin limitaciones en su espacio territorial. Después de la Segunda Guerra Mundial y la formación del sistema internacional de derechos humanos, el modelo clásico de soberanía sería cuestionado por el «modelo liberal de soberanía». Este último modelo redefine la relación entre Estado y por sus ciudadanos y vincula la legitimidad estatal a la tutela de los derechos humanos fundamentales, los cuales constituyen el fundamento de la legitimidad político-democrática.

En esta dirección de pensamiento, entiende que el Estado actual de relaciones políticas en el mundo actual exige una nueva revisión cualitativa. El modelo liberal de soberanía requiere ser «reemplazado» por lo que Held denomina «modelo cosmopolita de soberanía», que estaría llamado a redefinir el conjunto de atribuciones del poder político. Esta «soberanía cosmopolita» sería capaz de desafiar la misma idea tradicional de fronteras fijas y territorios gobernados exclusivamente por los Estados nacionales, de manera que todas las unidades políticas nacionales estarían vinculadas entre sí e interconectadas mediante una autoridad política global. Ya no hay un solo centro de poder legítimo, pues la toma de decisiones de política democrática se entiende que forman parte de un universo más amplio de interacción política en el que el legítimo proceso de toma de decisiones se lleva a cabo en distintos *loci* de poder, tanto en el interior como el exterior del Estado nacional. Para abordar los problemas comunes, se necesita establecer un marco de interacción política y moral con la finalidad

<sup>32</sup> Puede consultarse también, en cierta medida, la reflexión crítica de BENJAMIN, W.: *Angelus Novus*, trad., H.A. Murena, revisión, edición y estudio preliminar, «La filosofía política de Walter Benjamin: Historia, modernidad y progreso» (IX-CIII), a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2012.

<sup>33</sup> Véase SCHMITT, C.: *Legalidad y legitimidad* (1932), traducción directa del alemán de la 4ª edición, Duncker & Humblot, Berlin, 1988, realizada por C. MONEREO ATIENZA, edición y estudio preliminar, “La tensión entre los principios de legalidad y legitimidad en Carl Schmitt” (pp. IX-XXIX), a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ y C. MONEREO ATIENZA, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006; HELLER, H.: *La soberanía* (1927), trad. Mario de la Cueva, México, FCE, 1995, págs. 107, 85 y 163; *id.*: *El sentido de la política y otros ensayos*, trad. HERNÁNDEZ Y E. VELA, Valencia, Pre-Textos, 1996; *Teoría del Estado*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Ed. Comares, 2004; y sobre su teoría política, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. EL pensamiento político de Hermann Heller*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009. Pero según Heller, un decisionista moderado, el soberano de Bodino y el moderno no posee un poder ilimitado (*La soberanía*, cit., págs. 80-83). El debate conducirá finalmente a la separación de soberanía y Estado, y a su declinación jurídica, como ya fue evidente en JELLINEK, G.: *Teoría general del Estado*, traducción y Prólogo de Fernando de los Ríos Urruti, edición al cuidado de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000.

de garantizar la cooperación y la coexistencia pacífica en la resolución de tales problemas (catástrofes ecológicas, crisis financieras, terrorismo, etc.). Ese cosmopolitismo institucionalizado sería para él no la hegemonía ideológica de occidente, sino el triunfo de las diferencias y filiaciones locales. No habría en ello pretensión de uniformidad, sino de búsqueda de un marco común de gobernabilidad de la globalización. Ese horizonte cosmopolita podría garantizar la paz y la colaboración mundial. De no ser así nos encontraríamos ante un mundo sin principios de cosmopolitismo en el que el poder (en sus diferentes manifestaciones) controlaría la resolución de dichos problemas de modo interesado<sup>34</sup>.

Hay que tener en cuenta que lejos de haber desaparecido, la *geopolítica crítica permite todavía comprender —hoy más que nunca— la política mundial realizada no sólo por los Estados sino también por las organizaciones y fuerzas internacionales*. La geopolítica describe al mundo actual como un mundo de Estados nacionales, donde se expresa la mima *la espacialidad del poder* en la política moderna. Capta la realidad de la lucha por la supremacía de las grandes potencias, y apunta al advenimiento de una nueva era de la geopolítica global. Precisamente, la justificación de la espacialidad del poder centrada en el Estado nacional, lo que constituye la «trampa territorial», es la proyección histórica de un mundo en el cual el poder respecto a los demás se entiende «repartido» entre unidades políticas de *soberanía territorial* análogas, de ordinario entre los Estados militarmente más potentes, es decir, las grandes potencias mundiales. Por otra parte, la lucha por la supremacía de las grandes potencias no queda relegada a la historia, sino que preside actualmente las relaciones de poder a escala internacional, existiendo una tensión entre, por una parte, la declaración jurídico-formal de la igualdad esencial de todos los Estados en su «estatalidad» que está *implícita en la idea de soberanía estatal y en el Derecho internacional*, y, por otra, *la realidad histórica de la radical desigualdad de poder existente entre los mismos*. Dicha tensión ha pretendido ser resuelta entendiendo la declaración jurídico-formal de «igualdad soberana» como una situación de partida análoga a una «condición natural», y percibiendo la desigualdad y la correspondiente jerarquía de los Estados nacionales como al resultante del inevitable proceso de competición que se opera entre los distintos Estados en la dinámica sociopolítica. La realidad es, pues, la existencia de una *jerarquía de Estados nacionales* (que como tal es jerarquía de poderes de soberanía asimétrica) como la condición «normal» de la política mundial». Pero resulta también innegable el carácter fuertemente cambiante de sus premisas, esto es, las condiciones histórico-geográficas en las que tenían sentido en cada momento y las dificultades a las que se enfrenta ante las circunstancias político-económicas del mundo actual<sup>35</sup>.

Mucho antes, un prestigioso partidario del realismo político, Hans J. Morgenthau, encontraba en las relaciones internacionales la lucha por el poder y por la paz mundial en condiciones adversas. Para él, la directiva principal en que se apoya el realismo político para encontrar su ruta a través del horizonte de la compleja política internacional es la noción del interés definido en función del poder. Esta idea aporta el eslabón entre la razón (que procura comprender la política internacional) y los hechos que han de ser explicados. Determina la política como un ámbito de acción autónoma y fija su comprensión como distinto del de otros ámbitos, como sería la economía (concebida bajo términos de interés definido como riqueza), el Derecho, la ética, la estética o la religiosa<sup>36</sup>. Sin embargo, esto no le impidió afirmar la configuración del Derecho Internacional como ordenamiento jurídico, pero subordinado a la dinámica política y los cambiantes equilibrios de poder que operan en el ámbito de las relaciones internacionales. Su punto de contacto realista conecta más con el pensamiento de Carl

<sup>34</sup> HELD, D.: *Cosmopolitismo. Ideales y realidades* (2010), trad. D. Fernández Bobrovski, Madrid, Alianza Editorial, 2012, págs. 30-31.

<sup>35</sup> AGNEW, J.: *Geopolítica: Una revisión de la política mundial*, trad. M. D. LOIS BARRIO, revisión A. DESPUJOL RUIZ-JIMENEZ y H. CAIRO CAROU, Trama Editorial, 2003, págs. 57 y sigs. y 79 y sigs.

<sup>36</sup> MORGENTHAU, H.J.: *La lucha por el poder y por la paz* (1960), trad. Francisco Cuevas Cancino, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1963, pág. 16. Consúltese, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, Cap. III (Sobre el problema de la soberanía en el nuevo orden internacional), págs. 277 y sigs.

Schmitt (pero también Heinrich Triepel<sup>37</sup>) que con el de autores más partidarios del globalismo jurídico y de la primacía en el espacio político internacional de la política sobre el Derecho internacional (por ejemplo, Kelsen, Scelle, en su época, o matizadamente con el enfoque de autores posteriores como Habermas o Ferrajoli). Por ello Morgenthau otorga una particular importancia al análisis sociológico en relación con el específico campo en el que actúan las normas jurídicas<sup>38</sup>. En realidad, lo político y lo jurídico son en la vida social las dos caras de una misma medalla. En este sentido la realidad del Derecho está orientada por la decisión política<sup>39</sup>. El Derecho Internacional no ha suprimido los espacios de poder soberano y sólo ha limitado el poder de decisión unilateral epidérmicamente a las grandes potencias que ejercen y poder soberano en el exterior y con un poder conformador determinante de las reglas de juego de los Estados en el espacio geopolítico y de política del Derecho mundial. Al respecto sería necesario hablar más propiamente de comunidad internacional dominada por las grandes potencias mundiales. Desgraciadamente, la experiencia muestra que la política de las grandes potencias mundiales y de las nuevas instancias políticas (la llamada “gobernanza” mundial) y económicas (los poderes económicos privados y su “*lex mercatoria*”<sup>40</sup>) internacionales se impone a un Derecho Internacional desbordado en su operatividad por las instancias de decisión política imperantes en las relaciones internacionales: la realidad del poder se impone al orden jurídico internacional formalmente institucionalizado. Esto no significa que no se pueda y deba apelar al garantismo efectivo de los derechos fundamentales a través de un renovado Derecho Internacional de los Derechos Fundamentales dotado de garantías de efectividad y justiciabilidad<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> Para verificarlo, sería suficiente remitir a sus consideraciones sobre las relaciones existentes entre la política y el Derecho público, TRIEPEL, H.: *Derecho público y política*, Discurso de toma de posesión del Rectorado de la Universidad Federico Guillermo de Berlín el 15 de octubre de 1926, Prólogo, traducción y Apéndices de J.L. CARRO, MADRID, Civitas, 1974. Por lo demás, para Triepel lo político se resuelve en el contenido inherente a una parte del ordenamiento jurídico; y afirmando la superación de la contradicción de lo político y lo jurídico en un entendimiento material de la Constitución. De ahí la vinculación de lo político al Derecho Internacional Público. Para él la ciencia jurídica pública debe pretender necesariamente una estrecha vinculación con lo real, por lo que ha de situar a las normas jurídicas en la más íntima relación con las fuerzas políticas que las crean y las configuran, fuerzas políticas que a su vez se ven sometidas al Derecho público. Hasta tal punto es así que según Triepel, “el Derecho público no tiene absolutamente otro objeto que lo político. El profesor de Derecho público no puede, por tanto, renunciar a analizar los fenómenos o intenciones políticas con criterios jurídico-públicos” (*Ibid.*, pág. 42).

<sup>38</sup> Véase GARCÍA RUIZ, J.A.: *Kelsen versus Morgenthau. Paz, política y Derecho Internacional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, págs. 348 y sigs. García Ruiz realiza un detenido estudio sobre el pensamiento de Morgenthau y abunda en sus conexiones con el Pensamiento de Hans Kelsen.

<sup>39</sup> MORGENTHAU, H.J.: *La réalité des normes. En particulier des normes du droit international*, Paris, Alcan, 1934; y de manera más contundente y definida, MORGENTHAU, H.J.: “Positivisme mal compris et théorie réaliste du droit international”, en *Colección de Estudios históricos, jurídicos, pedagógicos y literarios ofrecidos a D. Rafael Altamira y Crevea*, Madrid, Bermejo, 1936, págs. 446-465; MORGENTHAU, H.J.: *La lucha por el poder y por la paz* (1960), trad. F. CUEVAS CANCINO, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1963, y los trabajos recogidos en MORGENTHAU, H.J.: *Escritos sobre política internacional*, edición y traducción de E. BARBÉ, Madrid, ed. Tecnos, 1990; MORGENTHAU, H.J.: “The Problem of Sovereignty Reconsidered”, en *Columbia Law Review*, vol. 48, núm. 3, 1948, págs. 341-365; MORGENTHAU, H.J.: “L’Etat universel et les institutions supranationales”, en *Comprendre*, vol. 23, núm. 4 (1962), págs. 1-11; MORGENTHAU, H.J.: “International Law and International Politics: An Easy Partnership”, en *Proceedings of the Annual Meetings of the American Society of International Law* (1974), págs. 331-334.

<sup>40</sup> Puede consultarse JESSOP, R.: *El futuro del Estado capitalista*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2001 (2ª ed., 2008), espec., Capítulo 3, págs. 117 y sigs., y Capítulo 7, págs. 303. Jessop nos habla de tendencial construcción de un “Estado competitivo schumpeteriano”; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La Teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2014, espec., Capítulo III (“El problema de la soberanía en el nuevo orden internacional y el pensamiento de Carl Schmitt”), págs. 277-631; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del derecho del trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017, espec., Capítulo I, págs. 9, sigs., Capítulo II, págs. 29-136, y Capítulo IV, págs. 213 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L.: “La racionalización jurídica de las relaciones laborales y la emergencia de nuevas fuentes reguladoras en el orden internacional. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 8, núm. 1, 2018, págs. 1-44.

<sup>41</sup> FERRAJOLI, L.: *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, Roma-Bari, Ed. Laterza, 2007; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Bomarzo, 2009; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017; MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO

Morgenthau contempla un espacio político internacional donde las luchas por el poder reflejan la fuerza de las grandes potencias y de las distintas formas de imperialismo, haciendo notar que el sistema estatal moderno no ha perdido totalmente su funcionalidad en la configuración de los equilibrios políticos en el escenario internacional, aunque los Estados nacionales se sometan a un sistema de límites impuesto por el orden internacional. En este contexto la soberanía se mantiene, aunque no como soberanía absoluta, sino relativa en cuanto sujeta a ciertas limitaciones. Y recuerda el párrafo 3 del artículo 27 de la Carta de las Naciones Unidas, según el cual en tanto miembros permanentes del Consejo de Seguridad los Estados conservan su soberanía<sup>42</sup>. Pero también ve comprensible —al menos en un plano teórico— la posición de aquellos que encuentran la necesidad de avanzar hacia la construcción utópica de un «Estado mundial». En tal sentido, el argumento de los que postulan un Estado mundial es incontrovertible desde un punto de vista de lo políticamente deseable: no puede existir una paz internacional permanente sin un Estado que se superponga a los confines del mundo político. No obstante, habría que inquirir sobre la manera de cómo puede ser establecido ese pretendido «Estado mundial». Ahora bien, en ninguna sociedad equiparable al campo presunto de un «Estado mundial» emergente existe actualmente. Por el contrario, lo que sí *existe es una sociedad internacional de naciones con pretensiones soberanas* (cuestión distinta es que todas estén, por igual, en condiciones de ejercerlas en determinados ámbitos). En el mundo actual, no existe una sociedad supranacional que abarque a todos los miembros individuales de todas las naciones y, por lo tanto, que sea idéntica a la humanidad políticamente organizada. La sociedad más amplia, en la cual la mayor parte de los hombres viven y actúan en nuestro tiempo, es la sociedad nacional, y su forma política, el Estado nacional. Es la nación el recipiente de las más altas lealtades seculares del hombre. Más allá de ellas hay otras naciones, pero ninguna comunidad por la que el hombre esté dispuesto a actuar sin atender a lo que estima como los intereses de su propia nación<sup>43</sup>.

Así pues, en una perspectiva de realismo político que atienda a los hechos, se afirma que, al tiempo, la paz internacional no podrá ser permanente sin un «Estado mundial», y que, sin embargo, un «Estado mundial» no puede ser establecido bajo las actuales condiciones morales, sociales, políticas y culturales. En realidad, en ningún periodo de la historia moderna ha habido más necesidad de paz permanente y, por consiguiente, de algo parecido a un «Estado mundial»; y también que en ningún periodo de la historia moderna han sido menos favorables las circunstancias morales, sociales, políticas y culturales del mundo para el establecimiento de dicho «Estado mundial». Ha de llegarse a la conclusión de que puesto que no puede existir Estado sin una sociedad apta y dispuesta a apoyarlo firmemente, no puede haber «Estado mundial» sin una comunidad política mundial que esté dispuesta y apta para apoyarlo con todas sus fuerzas y hasta sus últimas consecuencias.

Es más, la paz internacional no puede garantizarse mediante la limitación de la soberanía nacional, por la misma naturaleza de las relaciones internacionales. Se puede extraer, efectivamente, la conclusión crítica de que la paz internacional, a través de la transformación de la sociedad actual compuesta por naciones soberanas en un «Estado mundial», es inalcanzable bajo las condiciones morales, sociales, políticas y culturales predominantes en el mundo actual. Ahora bien, si ese deseable «Estado universal» resulta inalcanzable hoy, aunque sea indispensable, al tiempo, para la supervivencia de este, es necesario crear las condiciones político-jurídicas y culturales precisas que

---

PÉREZ, J.L. (DIRS.): *El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, ed. Comares, 2014, 1043 páginas.

<sup>42</sup> MORGENTHAU, H.J.: *La lucha por el poder y por la paz* (1960), trad. F. CUEVAS CASCINO, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1963, págs. 65 y sigs., 297 y sigs., y 364 y sigs., págs. 416 y sigs. Al respecto, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*; extenso y completo estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, trad. R. Quijano, Granada, ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CLXXXV.

<sup>43</sup> MORGENTHAU, H.J.: *La lucha por el poder y por la paz* (1960), cit., págs. 673 y sigs.



lo hagan posible. Un primer paso para la instauración de dichas condiciones, sería la mitigación y minimización de aquellos conflictos políticos que en nuestros tiempos ponen a las superpotencias en contraposición permanente y evocan el espectro de una guerra cataclísmica o de una catástrofe ecológica. A ese método para crear las precondiciones de una paz permanente, lo llama Morgenthau «paz por acomodación». Su instrumento típico es la diplomacia y la intensificación de los mecanismos de cooperación entre los distintos Estados en el escenario mundial<sup>44</sup>.

Pero, además, esa lucha por la supremacía de las grandes potencias (Estados o imperios) se hace más compleja con las nuevas formas de imperialismo. Se ha advertido, al respecto, que aparte de la estrategia político-económica y social, la estrategia militar de las grandes potencias del capitalismo mundial (iniciada con la primera guerra del Golfo en 1991, afianzada durante la década de 1990 en los Balcanes y en África central, y culminada con la invasión de Iraq en 2003— y las políticas de privatización de buena parte de los servicios públicos y de los recursos comunes a escala planetaria (desmantelamiento del Estado Social avanzado —Estado del Bienestar— en los países desarrollados y ajuste estructural en los países pobres) indican con precisión y elevada visibilidad los dos vectores de intervención del sistema capitalista en nuestros días. La guerra y la «*acumulación por desposesión*» de bienes colectivos y derechos sociales son los mecanismos primordiales que el capitalismo histórico está utilizando en la actualidad para resolver sus crisis sistémicas y para modelar un mundo quizá más injusto todavía que el conocido durante los últimos cien años<sup>45</sup>.

No es baladí hacer notar que los Estados han tenido —y tienen— un papel fundamental con su intervención en el proceso de mundialización de la economía y de dominio del capital. Es en este escenario donde aparece la política territorial del Estado y el imperio exigiendo un papel protagonista en el continuo proceso de ordenación de las actividades económicas. El Estado nacional es la entidad política más capacitado para instrumentar los dispositivos instituciones y manejar las fuentes moleculares de la acumulación de capital a fin de preservar la pauta de asimetrías en el intercambio desigual más beneficiosa para los intereses del capitalismo dominante que se desenvuelven en su ámbito. De manera que el panorama general es el integrado por un mundo interconectado espacio-temporalmente por flujos económico-financieros de capital excedente, con aglomeraciones de poder político y económico en puntos nucleares determinantes (Nueva York, Londres, Tokio), bien para absorber y dirigir los excedentes hacia la producción, sobre todo en proyectos a largo plazo en diversos lugares (desde Bangladesh hasta Brasil o China), bien para utilizar el poder especulativo con la finalidad de descargar el peso de la sobreacumulación, mediante crisis de devaluación, sobre territorios más vulnerables y subordinados<sup>46</sup>.

Se tendrá que convenir que la tesis negativa de la soberanía, que se predica ante la existencia de un Derecho que se regularía a sí mismo, mostrando la capacidad efectiva de imponerse de un determinado orden jurídico-política, no encuentra, por el momento (y no parece que esto vaya a cambiar), una plasmación en la práctica jurídico-política. El equívoco se produce cuando se entiende, sin atender a la verificación en los hechos de relevancia político-jurídica, que la pérdida de la soberanía sería una consecuencia estrictamente necesaria de la superación del decisionismo y se identifica sin más ahistóricamente, como se indicó, soberanía con poder absoluto, ilimitado e incontrolable. Así

<sup>44</sup> MORGENTHAU, H.J.: *La lucha por el poder y por la paz* (1960), cit., págs. 678 y sigs., y su desarrollo en págs. 711 y sigs. Véase también MORGENTHAU, H.J.: *Escritos sobre política internacional*, estudio preliminar, traducción y notas de Esther Barbé, Madrid, Ed. Tecnos, 2001, espec., págs. 63 y sigs., y 153 y sigs. véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, extenso y detenido estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, trad. R. Quijano, Granada, ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CLXXXV.

<sup>45</sup> HARVEY, D.: *El nuevo imperialismo* (2003), Madrid, Eds. Akal, 2007, espec., págs. 39 y sigs.

<sup>46</sup> AGNEW, J.: *Geopolítica: Una revisión de la política mundial*, trad. M. D. LOIS BARRIO, revisión A. DESPUJOL RUIZ-JIMENEZ Y H. CAIRO CAROU, Trama Editorial, 2003, págs. 109-110.

preconcebida, la soberanía devendría por su sola existencia en un grave peligro para el sistema de democracia constitucional a todos los niveles imaginables.

Pero, además, el debate adquiere una función de *ocultamiento ideológico-político* de otra vertiente fundamental, indispensable y de verdadera función democrática, cual es de la *Soberanía Popular*, y toda la problemática del poder constituyente del pueblo. No sin cierta paradoja —aunque si bien se mira siempre ha mostrado reticencias al respecto—, el constitucionalismo liberal ha mantenido una desconfianza sobre la soberanía popular, a la cual se le ha pretendido clausurar a través de la lógica inmanente a los poderes constituidos en su nombre. Le ha parecido incontrolable y potencialmente revolucionaria. En realidad, las democracias pluralistas presuponen el tránsito de la soberanía unitaria de la razón jurídica a la soberanía como proceso dinámico, como ámbito de la búsqueda por parte de los interesados de un paulatino equilibrio del pluralismo, de las «res pública», de la hegemonía política. En esa perspectiva pluralista, no hay un ocaso de la soberanía popular, sino el reclamo de la participación de la ciudadanía. Lo político no queda clausura en los procesos electorales encadenados, sino que permanece vivo en todo tiempo, de manera que no hay un consenso definitivo, cronologizado como se ha pretendido desde la ilusión del liberalismo, sino que siempre existen nuevas aperturas al conflicto, al antagonismo y a la consiguiente nueva búsqueda de equilibrios de poder. La democracia contemporánea se legitima a partir de encontrar su fuente dinámica en la participación de la ciudadanía y del reclamo del poder constituyente del pueblo<sup>47</sup>.

En realidad, referir a la soberanía popular supone poder valorizar la controversia conducida a través de procedimientos que obligan al debate público y a presentar argumentaciones. Cuando las Constituciones Europeas (y el mismo sistema de los Tratados de la Unión Europea, al menos en el plano declarativo) hacen referencia a la soberanía popular, más que realizar un acto de proclamación formal persiguen (o deberían hacerlo) un concreto propósito, el de *desplazar* hacia el pueblo el eje de la soberanía, sustrayéndola a la doctrina del Estado, elitista y autocrático, heredada del siglo diecinueve y de la iuspublicista germana; operan un salto cualitativo precisamente en relación a la idea del Estado-Sujeto, del Estado-persona, de la idea de la Soberanía del Estado, para avanzar más allá en el proceso de democratización. No se pretendía *negar* la soberanía, y por tanto tampoco se entendían los textos constitucionales como mónadas que se generaban por sí mismos, cuya positividad resulta autofundada. Así, el reconocimiento jurídico-político de la subjetividad del pueblo y la conexa soberanía no es un «recuerdo» trasnochado de las ideas democráticas; sino que, por el contrario, es el único dique real a la apropiación de la Constitución por parte de otros, de otras ideologías, de otros poderes (incluida, en esa época, la soberanía del Estado). El principio de soberanía popular comporta igualmente, además, que las constituciones derivan de ella, y *no viceversa*, como se pretende desde ciertas concepciones neutralizadoras del poder constituyente en un sistema de democracia abierta a la propia expresión de la sociedad y que presupone la pervivencia de una lucha constante por el Derecho, aunque sea dentro de los límites por ella misma impuestos. Y en nada lo impide el hecho de que la soberanía popular se obligue a permanecer, en esta fase álgida de la lucha por el derecho, dentro de los límites de ejercicio que ella misma ha fijado. La soberanía popular tendrá que tener —en coherencia con la democracia constitucional— un papel determinante en la toma de decisiones relevantes para la comunidad política. Y es coherente porque la misma legalidad constitucional se basa en la premisa de que es la voluntad del pueblo soberano (en formulación metafórica de la participación política de todos) la que posee siempre mayor autoridad que la de los representantes que actúan en su nombre. De ahí el nexo permanente entre lo instituyente y lo instituido, de manera que el poder constituyente o instituyente esta siempre con potencialidad actuante dentro de la sociedad instituida jurídicopolíticamente, siendo la garantía de que la legislación sea objeto de discusión y, llegado el caso, de

<sup>47</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021, págs. 63 y sigs., 151 y sigs., y Capítulo IV (“Derecho social y sociedad democrática: el derecho social en la constitución de la democracia participativa”), págs. 157 y sigs.

revisión para dotarse de nuevas leyes, que siempre podrán ser puestas en discusión. Esto supone que es inherente a la democracia constitucional la persistencia de la soberanía popular<sup>48</sup>. En realidad, lo que se verifica en la experiencia político-jurídica es que un sistema jurídico requiere de un mínimo de *facticidad*, es decir, de unos fundamentos fácticos del Derecho<sup>49</sup>.

El proceso de integración europea es bien significativo de las aporías en la que se encuentran hoy los conceptos fundamentales de la teoría política y jurídica y del predominio de las «realidades constitucionales» sobre sus formalizaciones jurídicas e institucionales. La pretensión de los que defiende una «Constitución europea» como una «Constitución sin Estado» tiene que *medirse no tanto con la categoría de la soberanía estatal, sino con la profunda interiorización por parte de la cultura jurídico-política europea en la segunda postguerra mundial, del modelo de Estado constitucional*. Un modelo que ha repensado la soberanía estatal, fundándola sobre la autoridad del pueblo y de la Constitución. Los textos constitucionales de las democracias constitucionales más avanzadas reconocen que la soberanía pertenece al pueblo que la ejerce en las formas y con los límites establecidos en la Constitución<sup>50</sup>. La misma realidad actual, y propuestas de su consolidación, de implantar una Unión Europea con varios núcleos directivos residenciados en dos grandes potencias soberanas como Alemania y Francia resulta significativa de la pervivencia (le satisfaga o no al observador atento) de las grandes categorías de la teoría política; y expresa cómo pueden ser compatibles los procesos de integración y el mantenimiento revisado de las soberanías nacionales (con especial énfasis en el fortalecimiento de las grandes potenciales estatales).

Es necesario enfatizar que la democracia es un elemento fundamental de la Constitución, pues el pueblo es, ante todo como cuerpo electoral, el que únicamente puede legitimar la actuación de los órganos estatales, y en las elecciones se actualizan en especial los elementos democráticos de la Constitución jurídica<sup>51</sup>.

En la teoría democrática del poder constituyente se parte de la idea de que la fuente legítima de poder público radica en la soberanía del popular (a veces asimilada problemáticamente a soberanía nacional). Se trata de un poder constituyen del pueblo que perdura siempre, aun a través del orden jurídico por él constituido, y que, en cuanto tal, podrá en todo momento modificarlo sustancialmente, cuando así lo estime oportuno. Es la soberanía popular, siempre latente por encima del orden constituido, de manera que los poderes constituidos derivan su título de la unidad del poder soberano constituyente. Conforme a la teoría democrática, el sujeto o titular del poder constituyente es la nación, como unidad capaz de obrar, dotada de la conciencia de su realidad política, con su voluntad de afirmarse como tal. Dicho poder constituyente no está vinculado en su actuación a normas o rígidos procedimientos previos. Por ello, el complejo de factores que integran en su plenitud la realidad y la vida del Estado trascienden del método estrictamente jurídico, porque atiende a elementos fácticos que condicionan los materiales del campo jurídico. Así, la Constitución jurídica que sirve de base unitaria a un sistema jurídico se apoya en última instancia en un poder precedente a todo Derecho establecido, *sobre un fenómeno real de existencia política*. En esa perspectiva, la condición para que pueda existir válidamente un sistema normativo de Derecho establecido ya no es algo exclusivamente normativo, sino fáctico, real, esto es, la voluntad social que integra la comunidad política e imprime a

<sup>48</sup> PALOMBELLA, G.: *Constitución y soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, traducción y Prólogo de J. CALVO GONZÁLEZ, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. 134 y sigs.; BARCELONA, P.: «La costituzione politica della società», en *Democrazia e diritto*, núm. 4 (94-1/95), pág. 135.

<sup>49</sup> Aunque en una perspectiva general, es útil la consulta de HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, Madrid, Ed. Trotta, 1998, *passim*.

<sup>50</sup> CANTARO, A.: *La Europa soberana. La Constitución de la Unión entre guerra y derechos*, Prólogo de P. BARCELONA, traducción G. PISARELLO y Antonio de Cabo, Barcelona, El Viejo Topo, 2006, pág. 69.

<sup>51</sup> STENBERGER, D.: *Patriotismo constitucional*, Estudio preliminar J.M.ª ROSALES, trad. y notas, L. VILLAR BORDA, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pág. 104.

la misma cierta dirección; voluntad social o «nacional» que no debe entenderse, al modo romántico, como una sustantiva entidad misteriosa, sino como una resultante unitaria de la comunidad política. El poder constituyente del pueblo no puede encontrarse sometido a ningún Derecho positivo, porque es superior y previo a toda norma establecida. La voluntad constituyente del pueblo es una voluntad inmediata, previa y superior a todo procedimiento estatuido.

Con todo, la actuación del poder constituyente implica una formación originaria del Estado y del orden jurídico. El acto constituyente aparece como un acto primordial y originario de soberanía, superior y anterior a los actos de soberanía ordinaria, cuya futura regulación él mismo habrá de establecer. En la teoría democracia, el poder constituyente permanece siempre en potencia, latente por encima de toda Constitución jurídica derivada de él y de todas las leyes aprobadas en el marco de la Constitución en vigor. No se debe confundir el poder constituyente con la competencia legal establecida por una Constitución jurídica para la reforma parcial o revisión de alguna de sus normas. El poder titular de esa competencia para la reforma de las normas no esenciales de la Constitución no posee el carácter de poder constituyente por la razón de que recibe sus facultades de la misma Constitución, cuya identidad fundamental perdura a través de todas sus modificaciones normales. El poder constituido encuentra su fundamento en la Constitución jurídica. Por el contrario, el poder constituyente es previo y superior al Derecho establecido, y no está ligado por ninguna norma positiva. Se justifica por sí mismo, de manera que su fundamentación no es estrictamente jurídica, sino política y ontológico-existencial, esto es, un poder existencialmente pre-jurídico. Por eso mismo, la reforma normal de la Constitución no puede llegar hasta la sustitución del poder soberano; no puede transformar una democracia en una autocracia, o viceversa<sup>52</sup>.

Pero en la teoría tradicional el poder constituyente es reducido a la norma de producción del Derecho, interiorizado en el poder constituido. Se opera una reabsorción del poder constituyente en el Derecho constituido a través de un mecanismo de más estadios que, imanentizando al sistema el poder constituyente, le quite originalidad creativa. De manera que el poder constituyente queda neutralizado. Pero si se alcanza a superar esa reconducción al orden, el ponerse del sujeto constituyente como ruptura y alternativa al poder constituido, sitúa esta subjetividad y su racionalidad más allá de las convencionales definiciones de la racionalidad moderna y de la subjetividad adecuada. Se comprende, pues, que la racionalización instrumental de dicho poder conduce a negar toda posibilidad de que el poder del pueblo pueda expresarse como subjetividad autónoma y alternativa al orden existente como orden constituido. Lo instituido en lo político (resultado de la racionalización limitativa del poder constituyente) es separado, así, artificioosamente, de la esfera antagonista de lo social, con todas sus consecuencias mistificadoras y neutralizadoras, pues el poder constituyente (con posible potencia alternativa del orden) es atrapado en las redes tejidas por el poder constituido<sup>53</sup>.

La tensión entre el poder constituyente y el poder constituido no podía pasar desapercibida para un pensador tan lúcido como Maurice Hauriou, según el cual «el poder constituyente está más próximo a la nación y el poder legislativo está más próximo al Estado. Es cierto que la nación y el Estado son dos aspectos de un solo y mismo grupo, pero hay esta diferencia: la nación el grupo

<sup>52</sup> RECASENS SICHES, L.: *El poder constituyente. Su teoría aplicada al momento español*, Madrid, Javier Morata, Editor, 1931, espec., págs. 69 y sigs.

<sup>53</sup> Véase, en una perspectiva general, NEGRI, A.: *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, trad. C. DE MARCO, Madrid, Libertarias/Prodhufl, 1994, espec., págs. 17 y sigs., y DE VEGA, P.: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Ed. Tecnos, 1991, espec., págs. 15 y sigs.; y en una perspectiva más específica poniendo de manifiesto esa reconducción de la potencia social de las clases trabajadoras hacia el orden constituido, en una gran operación de política del Derecho y de ideología jurídica, puede consultarse, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, espec., cap. 4 («Derecho social, socialismo democrático y constitución jurídica de la clase trabajadora»), págs. 191 y sigs.

considerado como materia social, mientras que el Estado es este mismo grupo revestido de una determinada forma política. Decir que el poder constituyente está más cerca de la nación que del Estado, significa que el Estado se constituye en virtud de iniciativas que parten de la nación; que son los poderes individuales de la libertad primitiva los que, para realizar la idea del Estado, engendran la forma estatal; y, en consecuencia, significa que el Estado no se engendra a sí mismo, lo cual aparece como perfectamente razonable, aunque, desde el punto de vista de la legitimidad absoluta del derecho del Estado, pueda considerarse esto como revolucionario»<sup>54</sup>.

La concepción de Hermann Heller —pensador determinante en la formulación del Estado Social de Derecho— es particularmente esclarecedora en todo esto. Según Heller la soberanía es aquella propiedad que implica absoluta independencia de una unidad de voluntad con respecto a otra unidad de decisión de carácter universal y efectivo; y en sentido positivo aquella unidad de voluntad es la más alta unidad decisoria universal en aquel orden concreto de *imperium*. De ahí que la soberanía reside en el poder de resolver de modo definitivo y eficaz toda cuestión que pueda incidir en la unidad política, incluso si fuere el caso contra el Derecho positivo, procediendo a instaurar un nuevo orden jurídico. La soberanía simboliza esa unidad política, y la posibilidad de que esa unidad pueda dotarse de un orden jurídico siempre adaptado a las exigencias de la comunidad política. Se comprende, pues, que la soberanía es un concepto límite de la teoría política y jurídica<sup>55</sup>.

En todo caso decir que el poder constituyente reside en el pueblo es una cuestión indiscutida, por generalmente admitida, en la teoría constitucional<sup>56</sup>. Es regla generalizada la referencia expresa en las constituciones democráticas al pueblo como poder constituyente. De ahí la afirmación del principio de soberanía popular. El poder constituyente que se dota de una Constitución jurídico-política tiene que existir continuamente, de manera que el poder constituyente no se agota con la aprobación de una Constitución, sino que tiene vocación de permanencia. Es tarea suya no solamente crear la Constitución, sino también mantenerla y, llegado el caso, derogarla en los términos libremente decididos. Si a las decisiones fundamentales de la Constitución les falta un soporte permanente y que les permita su renovación constante a través de la convicciones jurídicas, políticas y culturales radicadas en la específica comunidad política que vive en una Estado nacional, es la propia Constitución jurídico-política la que se encontraría inmersa indefectiblemente en un proceso de erosión; su normatividad se desvanecería entre las convicciones esenciales político-constitucionales contrapuestas, que pretenderían la instauración de un ordenamiento constitucional distinto, o caería en una apatía generalizada. Debe garantizarse la existencia duradera del poder constituyente del pueblo en una democracia constitucional. Por lo mismo, el consenso constitucional duradero se ha de estabilizar a través de modificaciones y adaptaciones del sistema constitucional al entorno en continua transformación. El poder constituyente del pueblo no puede sino mostrarse permanente activo, apoyándose el texto constitucional en la continuada participación y acepción activa de todo el pueblo.

<sup>54</sup> HAURIU, M.: *Principios de Derecho Público y Constitucional*, trad., estudio preliminar, Notas y Adiciones de C. RUIZ DEL CASTILLO, edición al cuidado de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2003, págs. 350-351. Pero es el propio Hauriou quien afirma que «la soberanía nacional significa que la nación llega a ser propietaria de su gobierno», partiendo de la concepción de que la soberanía es la propiedad del poder y el problema que se plantea consiste en averiguar en nombre de quién se gobierna, y esto en la sociedad moderna significa que la nación adquiere la propiedad del poder de gobierno. Por otra parte, y en relación con ello, la soberanía comportará, pues, esencialmente el poder constituyente, que es el derecho de disposición del poder (*Ibid.*, págs. 268 y sigs.).

<sup>55</sup> HELLER, H.: *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, México D.F., FCE, 1995.

<sup>56</sup> De manera singular —y dentro de su etapa típicamente institucionalista el Estado es una constitución, es decir, una forma específica y concreta de la existencia estatal, pues el Estado existe como un orden concreto o *nomos*. Cfr. SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución*, trad. F. AYALA, Madrid, Alianza editorial, 1996, págs. 29-30; SCHMITT, C.: *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, trad. M. HERRERO, Madrid, Tecnos, 1996, págs. 14 y 24-25.

Una Constitución jurídica es el *resultado de procesos políticos reales*, pudiéndose verse en ello la expresión de las estructuras de poder en la sociedad (Ferdinand Lasalle<sup>57</sup>), de transacciones (Elster<sup>58</sup>) o de la búsqueda de compromisos renovables (Löewenstein<sup>59</sup>). Sin embargo, como componente constitutivo del orden institucional del Estado tiene que ser impulsada y aceptada por la ciudadanía. En el marco del Estado constitucional, la Constitución jurídica se configura como la norma jurídica fundamental del ordenamiento jurídico que se construye a través de ella, adquiriendo esa fuerza vinculante bilateral mediante un consenso pluralista que ha de renovarse constantemente<sup>60</sup>.

En realidad, interrogarse sobre el poder constituyente remite a la problemática del origen y la razón de la validez de la Constitución jurídica. En esta perspectiva, el poder constituyente (como concepto de la teoría y la dogmática constitucionales) no puede ser definido como una norma fundamental hipotética, ni tampoco exclusivamente como una norma fundamental de «Derecho natural». Puesto que se ha de entender también como una *magnitud política real existente que fundamenta la validez normativa de la Constitución jurídica*. En cuanto tal no es susceptible de poder existir dentro o sobre la base de la Constitución jurídica, por ejemplo, como un «órgano» creado por dicha Constitución, sino que tiene que preceder —en el plano de la política real del Derecho— a la Constitución y a los poderes constituidos y objeto de limitación por ella. Es justamente esa posición previa y superior frente a los poderes constituidos (instituidos) lo que constituye el carácter específico e identificador del poder constituyente. En este orden de ideas, el poder constituyente es aquella fuerza y autoridad (política) capaz de crear, de sustentar y de cancelar la Constitución jurídica en su pretensión normativa de validez. Así, no es un poder identificable con el poder establecido del Estado, sino que lo precede. En la medida en que se manifiesta o expresa, ejerce una influencia sobre él y opera igualmente dentro de él conforme a la forma que le corresponda para actuar. El poder constituyente se entiende, así como una categoría político-jurídica referida a la legitimación. Cuando se trata de indicar quien es el titular del poder constituyente, tan solo puede entrar en consideración el pueblo, pues el *poder constituyente es conceptualmente poder constituyente del pueblo*<sup>61</sup>.

Esto pone de relieve que la soberanía no es sólo una ideología, sino también una realidad política presidida por inevitables connotaciones ideológicas. Los Estados contemporáneos se enfrentan ante una realidad compleja, pues se inserta en un sistema-mundo más integrado e interdependiente (globalización) y también con procesos internos de fragmentación y diferenciación en el plano político y jurídico (se mueve entre “fragmentos de Estado” y pluralismo jurídico y pluriordinamental). Las

<sup>57</sup> LASSALLE, F.: ¿Qué es una constitución?, trad. y prólogo de W. ROCES, Introducción de E. AJA, Barcelona, Ariel, 1976.

<sup>58</sup> ELSTER, J. (Comp.): *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2001, espec., págs. 13 y sigs., 129 y sigs., 183 y sigs., y 207 y sigs.; ELSTER, J., y SLAGSTAD, R.: *Constitucionalismo y democracia*, Estudio introductorio de A. HERRERA, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1999, espec., págs. 49 y sigs., 217 y sigs., y 322 y sigs.; HABERMAS, J.: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discursos* (1992), Madrid, Trotta, 1ª ed., 1998 (6ª ed., 2010).

<sup>59</sup> LOEWESTEIN, K.: *Teoría de la Constitución* (1957-1965), traducción y estudio sobre la obra de Karl Loewenstein. “Constitución y política”, por A. GALLEGO ANABITARTE, Barcelona, Ariel, 2ª ed., 1976 (reimp. 1979).

<sup>60</sup> BENZ, A.: *El Estado moderno. Fundamentos de su análisis politológico*, trad. J. M. JIMÉNEZ Y E. VON CARSTENN-LICHTERFELDE, Madrid, CEPC, 2010, pág. 197. Véase MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los fundamentos de la democracia. La Teoría Político Jurídica de Hans Kelsen*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, espec., Capítulo 4, págs. 103 y sigs., y 232 y sigs., y 388 y sigs.

<sup>61</sup> BÖCKENFÖRDE, E.W.: «El poder constituyente del pueblo. Un concepto límite del Derecho constitucional», en BÖCKENFÖRDE, E.W.: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. de R. DE AGAPITO SERRANO, Madrid, Ed. Trotta, 2000, págs. 159 y sigs. Consúltense también PALOMBELA, G.: *Constitución y Soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, traducción y Prólogo de José Calvo González, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho. Sección Derecho Vivo), 2000, Capítulo Segundo (“Poder constituyente: ¿fin de una categoría?”), págs. 13 y sigs., y Capítulo Tercero (“Poder constituyente: por una hipótesis explicativa diferente”), págs. 33 y sigs., Capítulo Octavo (“La negación de la soberanía”), págs. 97 y sigs., Capítulo noveno (“Pluralismo y soberanía”), págs. 115 y sigs., y Capítulo Décimo (“Pueblo y pueblo constituyente”), págs. 133 y sigs.

grandes potencias mundiales marcan los tiempos de la política y en gran medida los tiempos de los procesos de globalización (como lo han hecho con la “hiperglobalización” neoliberal). Para estas grandes potencias imperiales no existe una verdadera crisis de la soberanía por espacio de efectivo de decisión política, en el sentido de dimensiones estructurales como sí acontece con los Estados subordinados que están al albur de las fuerzas económicas y financieras y a las decisiones de aquellas grandes potencias imperiales. La época histórica actual es la época de la policentralidad de los centros poder, superando –de la manera ciertamente limitada- de bipolaridad establecida desde la llamada “guerra fría”. En este sentido la tensión dialéctica “interno”-“externo” en el espacio político se ha visto profundamente alterada, porque en el nuevo sistema-mundo ningún Estado pueda escapar a la lógica de interacción política y a la realidad de la multiplicidad de los centros de poder con estructuras de dominio “a dominante” conformando un nuevo universo de potencias imperiales y de potencias económicas “corporativas” que ejercer su poder a través de sus propias formas de autorganización (la compleja red tejida mediante la llamada “*Lex mercatoria*”). Todo ello dificulta la articulación de cualquier proyecto político alternativo que no tenga una dimensión geopolítica que atendiendo a la interconexión del espacio político “interno” y “externo”; o, en otras palabras, una soberanía compleja que tomo en consideración y da apertura al nuevo espacio político y jurídico, en cuyo marco las decisiones “soberanas” son limitadas y donde la acción política tiene que desplegarse para crear espacios comunes de regulación en el Derecho internacional. En este sentido toda afirmación precipitada de que el debilitamiento de la soberanía estatal (de la mayoría de los Estados subordinados, que son la mayoría) y correlativamente de inviabilidad del Estado Social de Derecho constituye un apriorismo sustancialmente ideológico (y ello a pesar del trilema político planteado por Rodrick<sup>62</sup>). Es lo cierto que la situación actual en que las empresas pueden elegir cualquier ubicación y pueden invertir en cualquier parte del mundo, lo que globaliza es la esfera económica-financiera empresarial, mientras que la esfera sociopolítica subsiste enmarcada todavía en el ámbito estatal. En pocas palabras, por primera vez en la historia el ámbito territorial decisorio de lo político no coincide con el ámbito territorial decisorio de lo económico<sup>63</sup>. Se opera así una disociación entre la forma de dominación política tradicional (el Estado soberano) y la forma más compleja de la organización de los mercados globales<sup>64</sup>. Dando lugar a una nueva dimensión en las relaciones entre Estado-soberanía y globalización; y al surgimiento de una marcada tendencia hacia la desnacionalización de las políticas estatales y la simétrica privatización de la producción de normas jurídicas reguladoras de los intercambios. Se trata de una nueva normatividad que proviene del poder privado, pero aun así se sitúa en la esfera pública y al hacerlo contribuye a desnacionalizar lo que históricamente se ha organizado mediante políticas estatales nacionales. Por otra parte, algunos elementos institucionales concretos del Estado nacional comienzan a funcionar como sedes institucionales del funcionamiento de las dinámicas poderosas constitutivas de lo que podríamos describir como capital global y mercado global de capitales productivos y financieros. Con ello, dichas instituciones estatales contribuyen a alinear las acciones producto de las políticas públicas y más ampliamente los programas políticos estatales, con las exigencias de la economía global y de las fuerzas operativas en ese gran espacio de intercambios liberados de ataduras. Por ello mismo se plantea el problema de identificar lo que es

<sup>62</sup> RODRIK, O.D. y YPERSELE, T. VAN: “When Does International Capital Mobility Require Tax Coordination?”, en *Journal of International Economics*, vol. 54, núm. 1 (2001), págs. 57-73.

<sup>63</sup> MASCARILLA I MIRÓ, O.: “El trilema económico y político-social de la globalización”, págs. 478-487. <http://revistas.bancomext.gob.mx/rce/magazines/79/1/RCE.pdf>. Asimismo, TUGORES, J.: *Economía internacional, globalización e integración económica*, Madrid, McGraw-Hill, 2002, cap. 1; PIKETTY, T.: *El capital en el Siglo XXI*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2014.

<sup>64</sup> Las fronteras entre lo “interno” (nacional, local) y lo “externos” se ha hecho fluidas y de creciente interdependencia en un espacio de mercado globalizado. Véase, en este sentido, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, Cap. III (“El problema de la soberanía en el nuevo orden internacional”), págs. 277-631, y bibliografía allí citada.

exclusivamente “nacional” en tales componentes institucionales de los Estados vinculados a puesta en práctica y a la regulación jurídica e institucional de la globalización económica<sup>65</sup>.

## 2. SOBERANÍA DEL ESTADO Y LIBERTAD EN LEÓN DUGUIT

La reflexión de León Duguit sobre la soberanía se centra ante todo en el ámbito específico del debate sobre la soberanía del Estado y su posible compatibilidad con el Estado constitucional. Para Duguit la idea de una soberanía ilimitada constituye un mito político-ideológico. Por ello se inserta en la amplia corriente de su época que trata de cuestionar esa idea absolutista de la soberanía con la pretensión explícita de poner límites precisos a la acción estatal. De lo que se trata es de contener la potencia temerosa del Leviathán hobbesiano. De ahí las limitaciones de la soberanía. Están los límites internos o constitucionales, y están los límites externos derivados del Derecho internacional contemporáneo que no admite soberanías absolutas e indiferenciadas sobre cuestiones de relevancia internacional (entre las que ya se incluyen —al menos formalmente— todo lo concerniente a la protección de los derechos humanos). La soberanía, de ser mantenida (algo que cuestiona el propio Duguit), tendría que ser limitada por su inserción en el orden jurídico-político de la sociedad internacional.

En diversas obras Duguit realiza una severa crítica a la soberanía del Estado. En su opinión, los gobernantes son individuos como lo demás, y su voluntad es una voluntad exclusivamente individual. Tales gobernantes no ostentan más derecho de potestad que los gobernados. A lo que añade la negación de la soberanía *del Estado*. Afirma que los gobernantes no tienen el derecho de mandar, como tales gobernantes, ya que una voluntad individual es siempre igual a otra voluntad individual, porque ningún hombre tiene el derecho de mandar a otro hombre. Y en esa dirección entiende que el Estado no es una persona soberana, que la noción de soberanía es un concepto sin valor y sin realidad, que de hecho existen en las agrupaciones nacionales grupos de individuos que retienen una fuerza, que son gobernantes. Para él los conceptos de potestad pública, de soberanía y de soberanía nacional *se han desmoronado ante la crítica positiva*, porque se hallan en fragante contradicción con los hechos verificables y que la fe de los hombres políticos, así como la de los juristas, en estas categorías, está actualmente socavada de modo irreversible. Ya no se cree en la exactitud del dogma de la soberanía nacional, ni tampoco se cree en el dogma del Derecho divino<sup>66</sup>.

Duguit cuestiona la soberanía también para imponer límites al poder político. Él pretende limitar la potestad efectiva de los gobernantes en cada momento. Duguit no pretende cuestionar el principio de autoridad en sí, sino que *busca la justificación y legitimidad del contenido de la decisión pública en el ejercicio de la soberanía*. En contra de este criterio se manifestó Carré de Malberg cuando reflexiona en los siguientes términos: «que lo característico de la potestad estatal es que los mandamientos expedidos de una manera regular, o sea conforme al estatuto orgánico vigente, en virtud de dicha potestad, no precisan de la debida y previa justificación de su contenido para imponerse a la obediencia de los gobernados. En esto precisamente consiste el carácter dominador, incondicional o

<sup>65</sup> SASSEN, S.: “Desnacionalización de las políticas estatales y privatización de la producción de normas” (2003), en TEUBNER, G., SASSEN, S. y KRASNER, S.: *Estado, soberanía y globalización*, estudio preliminar de L. Saldivia, Bogotá, Ed. Siglo del Hombre editores, 2010, págs. 103 y sigs.; y el estudio más amplio de SASSEN, S.: *Territorio, autoridad y derechos de los ensamblajes meievales a los ensamblajes globales*, Madrid, Katz, 2010.

<sup>66</sup> DUGUIT, L.: *Traité de Droit Constitutionnel*, Tome I, troisième édition, Paris, Fontemoing, 1927, pág.107; *id.*: *L'État les gouvernants et les agents*, Paris, Fontemoing, 1903 (reducción, Paris, Dalloz, 2005), págs. 350 y 424; *id.*: *Las transformaciones del Derecho Público y Privado*, edición y estudio preliminar «Objetivismo jurídico y teoría de los derechos en León Duguit», a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, y J. CALVO GONZÁLEZ, Granada, Ed. Comares, 2007, espec., págs. 9 y sigs. («El dogma de la soberanía nacional, objeto durante mucho tiempo de una fe religiosa, se deshace ante la crítica positiva»).



soberano de dicha potestad» (sic.)<sup>67</sup>. Esta reflexión mostraba una cierta persistencia de la concepción absolutista de la soberanía.

Para Carré de Malberg ni la legislación, ni la jurisprudencia, ni el estado actual de la doctrina pueden justificar la afirmación de Duguit de que el Derecho público sufre en la época presente una transformación rápida y profunda, que depende fundamentalmente de la desaparición del concepto de potestad pública y que aparece de un modo singularmente característico en la responsabilidad creciente del Estado. El desarrollo de la responsabilidad del Estado no supone la desaparición de la noción de potestad dominadora; tan sólo es la natural consecuencia de la idea de que el Estado, sin dejar de ser soberano, se encuentra normalmente sujeto a las reglas de Derecho que él mismo ha formulado. Entiende que la soberanía significa ciertamente potestad dominadora, más no potestad exenta de todo concepto de Derecho, de todo límite. Discrepa de Duguit cuando este defiende un «derecho de resistencia» a la ley, fundado en el hecho de que los gobernantes legisladores son «individuos como los demás», y que implicaría la posibilidad de rehusar obediencia a la ley contraria al derecho o sea la ley que no llena la condición de expresar de una manera suficientemente adecuada la regla ideal de Derecho, tal como ésta se forma, bajo la acción de la solidaridad social, en la conciencia de los individuos miembros de la colectividad. Para demostrar que la soberanía está en vía de desaparición o tan solo de decrecimiento habría que establecer que este derecho de resistencia o de negativa a conformarse con la ley empieza a ser reconocido por los tribunales en sus resoluciones<sup>68</sup>. Es discutible esta posición mantenida por Carré de Malberg, pues en el plano de la doctrina constitucional una Ley manifiestamente injusta merecería ser cuestionada por los llamados a obedecerla<sup>69</sup>.

En efecto, para Carré de Malberg la soberanía, no es una mera fuerza brutal, ya que es el producto de un equilibrio de fuerzas que ha llegado a ser lo suficientemente estable para que resulte una organización estable de la comunidad política. Precisamente, el Estado comporta esa organización que detenta la fuerza organizada. Se trata de una fuerza regida por principios jurídicos, que está llamada a ejercerse conforme a determinadas formas y procedimientos y por medio de ciertos órganos, y por lo tanto limitada por el Derecho. Pero hay que observar inmediatamente que toda potestad sólo puede nacer y subsistir mediante el establecimiento y la aplicación de una regla jurídica es necesariamente una potestad limitada por el Derecho. Ahora bien, si la soberanía no es poder ilimitado, por lo menos pertenece a la esencia del Estado soberano determinar por sí solo, por su propia voluntad, las reglas jurídicas que deberán integrar la limitación de su potestad soberana. El Estado dejaría de ser soberano si dichas limitaciones le pudieran ser impuestas por una voluntad o una potestad superiores a la suya<sup>70</sup>. Entonces, cabría objetar a esta argumentación, qué de ser así quedaría devaluada la Constitución jurídica como norma fundamental del orden jurídico-político.

<sup>67</sup> CARRÉ DE MALBERG, R.: *Teoría general del Estado* (1922), trad. J. LIÓN DEPETRE, Prefacio de H. GROS ESPIELL, México, FCE/UNAM, 2.ª ed., reimpresión 2000, pág. 199. Bien es cierto que después matiza ese criterio inicialmente expresado (págs. 215 y 220 y sigs.). Según Carré «la soberanía no es un poder sin límites» (epígrafe 78, págs. 220 y sigs.).

<sup>68</sup> CARRÉ DE MALBERG, R.: *Teoría general del Estado* (1922), cit., págs. 215-216.

<sup>69</sup> RADBRUCH, G.: *Arbitrariedad legal y Derecho suprallegal* (1946), trad. M.I. AZARETO DE VÁSQUEZ, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, espec., págs. 35 y sigs.; RADBRUCH, G.: «El fin del Derecho», en VV.AA.: *Los fines del Derecho*, México, UNAM, 1981, págs. 55 y sigs.; LARENZ, K.: *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad. L. Díez-PICAZO, Madrid, Ed. Civitas, 1993, págs. 21 y sigs. Recientemente, también VITALE, E.: *Defenderse del Poder. Por una resistencia constitucional*, Madrid, Ed. Trotta, 2012, y PALOMBELA, G.: *É possibile una legalità globale? Il rule of law e la governance del mondo*, Bologna, Il Mulino, 2012, obras en las que se reflexiona sobre el Derecho como límite del poder y en la que se estima la necesidad de establecer mecanismos que eviten que los derechos límite del poder estén a disposición exclusivamente de los más fuertes.

<sup>70</sup> CARRÉ DE MALBERG, R.: *Teoría general del Estado* (1922), cit., págs. 220 a 222.

Por otra parte, Duguit considera que la cuestión del poder constituyente es el problema capital del Derecho público<sup>71</sup>. Según Carré de Malberg el «Estatuto» por el cual una pluralidad de hombres, que en un determinado espacio territorial concurren en formar una misma nación, se constituyen en un cuerpo estatal unificado, debe ser obra de estos mismos hombres. Es así que la «soberanía primaria», el poder constituyente, reside existencialmente en el pueblo, en la totalidad de sus miembros. En esa concepción se reconocen los principios característicos de la doctrina del Contrato Social. En su lógica interna, la Constitución es el acto a través del cual los ciudadanos convienen en fundar entre sí el Estado por medio de la creación de la organización nacional, y por tanto un pacto social. Siendo así que toda Constitución jurídica nueva constituye una especie de nuevo contrato social; pacto en cuya renovación es necesario que los miembros que forman la nación intervengan de una manera efectiva, con el fin de llevar a cabo, a través del consentimiento de todos, la reorganización de la asociación nacional. Por la Constitución jurídica el pueblo delega algunos ámbitos de su potestad en el conjunto de las autoridades públicas constituidas, pero conservando siempre para sí el poder constituyente o instituyente. Por otra parte, el concepto *jurídico-político* de poder constituyente presupone la preexistencia de cierto orden y de determinada organización constitucional<sup>72</sup>.

Las relaciones del poder constituyente con el principio de soberanía del Estado son complejas, pues parte de la separación del poder constituyente y de los poderes constituidos. Y es entonces cuando se opera la «trampa» de la absorción del poder constituyente del pueblo en el poder constituido y su dinámica política. En efecto, se observa, al respecto, que «la nación, en estas condiciones, ya no tiene plena libertad para modificar su Constitución, y su soberanía se convierte en objeto de apropiación para las autoridades constituidas, puesto que éstas no pueden ser despojadas de ella sino por su voluntad»<sup>73</sup>. Este criterio refleja el enfoque clásico de la soberanía popular, y su poder constituyente del orden jurídico-político que ha de imperar en la comunidad política. Pero reténgase que esta concepción supone una privación del poder constituyente del pueblo o nación, si se quiere englobar así, de manera que éste queda atrapado indefinidamente en las redes creadas en el poder constituido. La «soberanía popular» es absorbida en la «soberanía del Estado», de manera en la tensión entre «poderes» constituyentes, se hace absorber en la teoría política tradicional la «soberanía del pueblo» en la «soberanía del Estado» como poder constituyente llamado a ser preeminente en la práctica jurídico-política. Ello tiene un particular sentido respecto de la posición constitucional (en la realidad constitucional) de las clases subalternas de la sociedad (que son las que en su inmensa mayoría integran el «pueblo» como categoría sólo formalmente indiferenciada) y los límites que ello impone a una alternativa radical al orden existente. Lo que se produce es una fuerte separación entre el orden constitucional instituido y el poder originario que lo constituye.

Las reflexiones críticas de Leon Duguit se enmarcan en ese clima o entorno crítico de la crisis de la noción de soberanía en los inicios del siglo veinte. Para Duguit la soberanía era una concepción mítica y metafísica, que en cuanto tal era necesario rechazar en la modernidad en el plano científico jurídico y político. En su opinión, la «teoría ordinaria y corriente de la soberanía» es artificial y contradictoria generando una controversia improductiva<sup>74</sup>.

<sup>71</sup> Especialmente en DUGUIT, L.: *L'État*, cit., vol. II, p. 52, y DUGUIT, L.: *Traité de Droit Constitutionnel*, t. I, 3.<sup>a</sup> ed., cit., pág. 312.

<sup>72</sup> CARRÉ DE MALBERG, R.: *Teoría general del Estado* (1922), cit., págs. 1163 y sigs. Carré de Malberg critica la doctrina del contrato social de Rousseau, págs. 1166 y sigs.).

<sup>73</sup> CARRÉ DE MALBERG, R.: *Teoría general del Estado* (1922), cit., pág. 1180.

<sup>74</sup> DUGUIT, L.: *Manual de Derecho Constitucional*, trad. págs. 72 y sigs., señalando que la soberanía, tal cual la configuran los textos legales se distingue por la concurrencia de tres elementos: una potestad de querer; una potestad de mando y una potestad independiente de mando. Concebida la soberanía como un poder de voluntad del Estado, resulta ser por esto mismo, un derecho subjetivo del que el Estado es titular. Pero este concepto de la soberanía como potestad de mando del Estado, suscita en la práctica dificultades insuperables. Si, como se dice, la voluntad del Estado es, por su misma naturaleza, una potestad, una soberanía, no puede perder jamás este carácter. El Estado, a lo menos dentro de sus límites territoriales, no puede intervenir jamás sino como poder público, como soberano, y

Duguit refuta que haya una soberanía entendida como derecho subjetivo del Estado; una noción de soberanía que en Duguit se hace corresponder con el poder de dominación política del Estado. Para Duguit la soberanía estatal viene legitimada en el Estado moderno no a través de la invocación de un origen divino, como afirman las teorías teocráticas de la soberanía, sino que estaría, en principio, relacionada con la atribución de poder conferido por los individuos en los sistemas democráticos. En este sentido, el principio democrático de soberanía se recogería en las Constituciones jurídicas, afirmando su origen en la atribución colectiva realizada por los miembros que integran la comunidad política. Ahora bien, según Duguit este planteamiento no tiene una verdadera operatividad real, y ese poder se impone por la fuerza de los hechos. De ahí que afirme, resueltamente, que «el Estado es la fuerza material, cualquiera que sea su origen; es y sigue siendo un simple hecho. Pero se convierte en legítimo si quienes la detentan la emplean para la realización de las obligaciones negativas y positivas que les impone la regla jurídica, es decir, si la emplean para la realización del derecho»<sup>75</sup>. Por lo demás, aunque defiende el sufragio universal como criterio más adecuado para el régimen de gobierno, no cree en la idea de la voluntad general formulada por Rousseau<sup>76</sup>. Duguit critica, en toda su amplitud, todas aquellas teorías que tratan de justificar la soberanía mediante el reclamo del principio democrático. La soberanía se impone como poder con posibles legitimaciones, pero que no pueden ocultar el carácter irreductible del poder que se ejerce sobre los hombres, los cuales quedan sometidos, con mayor o menor libertad o voluntad de aceptación. Por más que se busquen criterios de legitimación jurídica, la soberanía refiere a un poder que se impone compulsivamente<sup>77</sup>. Duguit pone de manifiesto la índole metafísica de la idea de soberanía, pero al mismo tiempo es consciente de su significación sustancialmente política.

Pero Duguit no solo entiende que debe limitarse el poder soberano detentando —encarnado por el Estado—, sino que dado el carácter metafísico de la soberanía, ésta estaría destinada desaparecer por lo que supone de limitación a las libertades individuales la admisibilidad de un poder difícilmente regulable y controlable por el Derecho. Su pronóstico fue esa desaparición<sup>78</sup>; y los hechos posteriores lo desmentirían inequívocamente.

Es manifiesto, en efecto, que ese pronóstico no se ha cumplido en el sentido planteado por Léon Duguit, porque la soberanía —sea del Estado, sea especialmente del pueblo (soberanía popular)— continúa presidiendo los debates tanto en el campo de la ciencia política como en el campo de la ciencia y de la sociología jurídica. Pero lo que resulta no menos significativo es que está reconocida no sólo en las grandes Declaraciones de Derechos, sino en la inmensa mayoría de los Textos constitucionales contemporáneos. Tanto por quienes las reafirman con realidad insuprimible del poder en la sociedad, más o menos institucionalizado o establecido (Max Weber; Hermann Heller, Carl Schmitt, Hans Joachim Morgenthau, Julien Freund, Danilo Zolo, paradigmáticamente), como por parte de aquellos que cuestionan la legitimidad y coherencia de su existencia en un sistema democrático, esto es, que la consideran contraria al principio democrático e inadaptada a un contexto de mundialización y de construcción de la Unión Europea (Luigi Ferrajoli, y en parte Kelsen; y con una cierta proximidad Habermas). Para los primeros, la existencia del principio de soberanía se corresponde con la realidad

---

todos sus actos tienen que ser actos de poder público, esto es, actos unilaterales que contienen un mandamiento, una orden, y se imponen como tal. Pero esto es absolutamente contrario a los hechos, pues ocurre constantemente que el Estado no actúa como poder público, que ejecuta actos que no tienen carácter de órdenes.

<sup>75</sup> DUGUIT, L.: *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Fontemoing, 1903 (reedición, Paris, Dalloz, 2003), pág. 15.

<sup>76</sup> DUGUIT, L.: *Traité de Droit Constitutionnel*, t. I, 3.ª ed., cit., págs. 583-584

<sup>77</sup> DUGUIT, L.: *Traité de Droit Constitutionnel*, t. I, 3.ª ed., págs. 342-343.

<sup>78</sup> DUGUIT, L.: *Soberanía y libertad*, cit., pág. 142, afirmando que el principio de la soberanía es una construcción enteramente extraña a la realidad concreta, y que está hoy en trance de derrumbarse y desaparecer para siempre. De ahí que la fe en el dogma de la soberanía se encuentre hoy en decadencia, y acaso los jóvenes de ahora presenciarán su completa desaparición (pág. 170).

del poder y del conflicto; y reconocer esa realidad existencial sería precisamente una premisa para proceder a su limitación estableciendo las reglas de juego correspondientes entre los antagonistas y la misma posibilidad de alcanzar un consenso racional, que opere como síntesis siempre provisional entre las apuestas aspiraciones.

En las sociedades complejas lo político presupone el conflicto y la exigencia de toma de decisiones entre alternativas opuestas, en conflicto. De ahí la naturaleza conflictual de la política democrática (pluralista, deliberativa y estructuralmente conflictual) y de los procesos decisorios que le conciernen; y que, por tanto, más allá de la retórica de una concepción negativista del conflicto de poder subyacente, no se pueda eliminar la perspectiva «adversarial» en el espacio político<sup>79</sup>. La relación asimétrica de poder/subordinación pertenece a las categorías centrales de la teoría política moderna. Las desigualdades soberanas son constitutivas del mundo moderno, y tanto más en la fase actual del proceso de globalización. Ciertamente, la política remite a la actividad social que se propone garantizar por la fuerza, generalmente basada en el Derecho, la seguridad externa y la concordia interna de una unidad política particular garantizando el *orden en medio de luchas que nacen de la diversidad y de la divergencia de las opiniones y los intereses en oposición*. Esto supone que la política no se reduce a una simple tarea de policía o de gestión técnica o tecnocrática. Aunque el «político» tiene por objetivo velar por el bien común de la unidad política, y únicamente por este conducto, por el que le es propio a cada miembro, la «política» es dominación del hombre sobre el hombre y como tal corre el riesgo de hacer desviar la educación de su propio sentido. Es lo cierto que en todo tiempo siempre surgen nuevas teorías ideológicas que construyen la política a la medida del ideal y del deber ser —siempre variable según las doctrinas en curso— y que piensan poder sustituir la dominación por la educación. Nunca son más que «bellas negaciones» de la realidad. Por lo demás, es incuestionable que la política ha sido, junto a la ciencia, el ariete que dismanteló la fortaleza de la metafísica<sup>80</sup>.

Tanto en la perspectiva nacional como internacional el mundo es pluralista y multipolar, sin perjuicio de que puedan encontrarse puntos de encuentro en cuanto a principios, valores, reglas de juego e instituciones comunes en ambos niveles. Pero sin que se pueda ocultar la realidad política y cultural de la diversidad. No es de extrañar, pues, la permanencia, bajo nuevas formas, de las nociones de «soberanía», «poder constituyente», «Estado nación» (que no han llegado a su fin), etcétera, y su continuada revisión; aunque también de la coexistencia, dentro y fuera del de las fronteras estatales, de distintos centros de poder político, lo que impone límites a la autoridad soberana de los Estados (muchos ellos, estructurados como «Estados compuestos»). Eso sí, y en otra perspectiva, ahora se habla, significativamente y en un sentido amplio y un tanto impropio, de «soberanía del mercado» (que en realidad remitiría al poder decisorio supremo de las fuerzas económicas que gobierna los mercados mundiales y su capacidad efectiva para imponer sus intereses y decisiones a los Estados nacionales más débiles en el escenario mundial). Con todo, esas categorías políticas no son inútiles, ni están superadas, sino que más bien han de ser redefinidas y adaptadas en atención a los nuevos escenarios de la política. No hay una teoría política sin soberanía, sin poder constituyente y sin conflicto connatural a una sociedad compleja y fracturada por desequilibrios, desigualdades y diversidades culturales. La aceptación de esta realidad política del pluralismo y la diversidad, y de la existencia del poder, la soberanía y la hegemonía —fácilmente verificable en los hechos— es una

<sup>79</sup> Puede consultarse, págs. 41 y sigs.; ZOLO, D.: *Democracia y complejidad. Un enfoque realista*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1994, espec., págs. 37 y sigs.; ZOLO, D.: *Cosmópolis. Perspectivas y riesgos de un gobierno mundial*, Barcelona, Eds. Paidós, 2001, espec., págs. 89 y sigs.

<sup>80</sup> FREUND, J.: *¿Qué es la política?*, trad. S. NÓEL, M. V. ROSSLER, revisión de J. MOLINA, Editorial Struhart & Cía, 2003, págs. 185 y sigs. Sobre el pensamiento de Julien Freund puede consultarse MOLINA, J.: *Julien Freund. Lo político y la política*, Madrid, Eds. Sequitur, 2000; TAGUIEFF, P.-A.: *Julien Freund. Au Coeur du Politique*, París, La Table Ronde, 2008; VALDERRAMA ABENZA, J.C.: *Julien Freund. La imperiosa obligación de lo real*, Murcia, Sociedad de Estudios Políticos de la Región de Murcia, 2006.

condición necesaria para que la política y el Derecho internacional y los sistemas político-jurídicos nacionales puedan asumir de manera eficiente sus funciones típicas.

Ahora bien, es verdad que la legitimación democrática en términos constitucionales tales como que la soberanía pertenece al pueblo o la soberanía reside en la nación, no dejan de ser proclamas jurídico-formales que, a menudo, no se corresponden con la realidad atributiva del poder presente en una sociedad fragmentada. Aunque no se puede negar el valor de la forma jurídica —y su efecto psicológico sobre los destinatarios— para tener el efecto de que se corresponde con la realidad existencial del poder. Afirmar, verificando su existencia, el principio de soberanía no supone aceptar las consecuencias de un orden antidemocrático, o potencialmente totalitario, sin que la soberanía es expresión de un poder realmente existente e insoslayable —y en una sociedad compleja, hasta posiblemente útil— y que en un régimen democrático es necesario, eso sí, limitarlo en la plano jurídico-político. En una perspectiva próxima a la indicada, se ha hecho notar que la descalificación consecuencialista de la noción de soberanía que defiende Duguit resulta manifiestamente insuficiente, por lo que tiene de deformante representación de una realidad mucho más compleja de lo que él pretende hacer entender<sup>81</sup>. El mismo Duguit era, paradójicamente, consciente de que, en una sociedad compleja y conflictual, no es fácil prescindir de la noción de soberanía, y de que existía el riesgo de que ella pudiera ser sustituida por una idea «menos fecunda y menos humana»<sup>82</sup>. Duguit era un realista del fenómeno de lo político y de lo jurídico<sup>83</sup> y, por tanto, era necesario para el sustento de ese tipo de sociedades y que su simple existencia no tiene que suponer una deriva necesaria hacia el totalitarismo y el comportamiento arbitrario en el ejercicio del poder público.

No obstante, Duguit, niega la personalidad del Estado, y hasta el Estado mismo en su concepción clásica, pero no llega a negar las sociedades, la existencia de naciones, que son un *hecho*. «La nación, dice, es una realidad: nunca lo he negado»<sup>84</sup>. Tan sólo rechaza que exista una personalidad, con una conciencia y una voluntad colectivas, con soberanía. Pero parece imposible que, dado el *hecho*, sin metafísica alguna, no llegue Duguit a la consecuencia analítica de que el hecho pudo ser, y en tanto seguirá siendo, en cuanto perdure el poder que le dio la existencia. Y si al poder de realizar las más grandes funciones, le llamamos poder supremo, *poder soberano*, o de otro modo que exprese la adecuación, tampoco se falta a la realidad lógica. A partir de ahí surge el concepto de la soberanía, de manera que cuando una sociedad puede realizar todas las funciones por sí mismas, con plena suficiencia de modo que otra fuerza mayor no se lo impida, a ese poder se le llama *soberanía* y a la sociedad que la posee, Estado. Es así que Estado y soberanía se suponen necesaria y mutuamente (Jellinek) en donde esté aquél, estará la soberanía, y viceversa. En la crítica de Jardón, se observa que en virtud de ello la sociedad ostenta un poder de conservación. Si existe el poder ha de *encarnar* en alguien. Pero no puede tratarse de un poder ilimitado, Gierke —al que sigue Jardón— lo encuentra en el Derecho natural con la defensa de los derechos fundamentales que han de ser respetados y garantizados por el Estado. Señala Jardón que los derechos fundamentales no son más que la manifestación de la gran idea de que el hombre no se confunde enteramente con el súbdito, que el Estado no absorba más que una parte de la personalidad individual, que hay, finalmente, un dominio de libertad individual indelegable. Por otra parte, Duguit, pretende limitar el poder de los gobernantes por la solidaridad, que tiene para él la misma fuerza con más eficacia que el «Derecho natural» (sic.). Duguit, afirma que el Estado es limitado por el Derecho objetivo, por el Derecho anterior y superior al

<sup>81</sup> ARA PINILLA, I.: *El fundamento de los límites del poder en la teoría del Derecho de Léon Duguit*, Madrid, Dykinson, 2005, págs. 168-169.

<sup>82</sup> DUGUIT, L.: *Soberanía y libertad*, cit., pág. 170.

<sup>83</sup> También se había ocupado de la sociología del Estado moderno. Así, paradigmáticamente, DUGUIT, L.: «Des fonctions de l'État moderne. Étude de sociologie juridique», en *Revue Internationale Sociologie*, 1894.

<sup>84</sup> DUGUIT, L.: *Traité de Droit Constitutionnel*, t. I, 3.<sup>a</sup> ed., cit., epígrafe 21.

Estado, emanado de la solidaridad social, con la ventaja, en su opinión, sobre el «Derecho Natural», de que la limitación es a la vez positiva y negativa<sup>85</sup>.

La idea de la soberanía no sólo corresponde al campo de lo jurídico, sino también al ámbito de los hechos políticos y sociales, pues remite a un poder que existe empíricamente en la realidad social donde se aglutinan personas y grupos que tratar de articular sus intereses y hacerlos prevalecer sobre los otros, en virtud de diversos medios, coactivos o consensuales. La soberanía es un hecho. Si hablamos de soberanía estatal hay base de realidad, aunque solo relativamente cuestionado por el actual proceso de globalización (que parece acrecentar el carácter relativo de la misma); y si, por el contrario, hablamos de soberanía popular, es bien cierto que ello tiene un carácter metafórico, porque no hay manera de soldar las lógicas individuales en una esencia colectiva que los individuos atomizados no ostentan en una sociedad fracturada y deshomogénea, donde no hay un solo interés general que prescindiera de la composición y transacción entre los intereses particularistas —individuales y colectivos— en presencia. Pero más allá del carácter metafórico de la soberanía popular, se ha de convenir que ésta resulta un presupuesto legitimador imprescindible de cualquier sistema de democracia constitucional, pues remite al núcleo de la democracia, es decir, a la participación activa de todos en la conformación y gobierno de la comunidad política (unidad política).

En realidad, la admisibilidad de la soberanía sobre una base empírica implica la posibilidad de un conocimiento científico de la misma que fricciona con su consideración reductiva como derecho subjetivo. Caben, pues, otros fundamentos distintos. Ahora bien, la referencia a la sustitución de la soberanía por el Estado de los servicios públicos<sup>86</sup> no es capaz de aportar una solución correcta, toda vez que el Estado de los servicios públicos («Estado de Servicio Público») hace referencia a las nuevas tareas asumidas por el Estado Social de Derecho, sin incidir sobre la cuestión del carácter soberano del poder público que se ejercita sobre la sociedad. Aparte del poder de realizar tales servicios públicos, interesa retener, pues, el más amplio poder de imponerse que detenta en sí el Estado o poder público. Aunque Duguit puede afirmar que la soberanía «es un simple hecho, no un derecho»<sup>87</sup> conforme al criterio dominante en la cultura jurídica de la época, en el fondo se inclina por su configuración como derecho subjetivo. Su preocupación mayor residió en cuestionar y, en cualquier caso, limitar el principio de soberanía estatal y, por consiguiente, introducir limitaciones a los poderes del Estado y su fuerte tendencia hacia la deriva en arbitrariedad. Todo esto es lo que subyace a su crítica de la noción de soberanía.

Asiste la razón a quienes han advertido que las doctrinas francesa y alemana, que emplazan —con cierta abstracción de la realidad— respectivamente la titularidad de la soberanía en la nación y en el Estado, resultan indefendibles desde los presupuestos estrictamente realistas, y en sus propios términos expresión lingüística, si se atiende sólo a que ambas se sirven para otorgar coherencia a su análisis de sujetos colectivos que, por su propia estructura, carecen lógicamente de conciencia y voluntad. Duguit fue en este sentido coherente, si no con el orden lógico de su exposición, el cual se ve alterado por la relativa desconsideración de la dimensión empírica implícito en el concepto de soberanía, sí con sus propósitos declarados. Trató de eludir el deber exigible de reexaminar

<sup>85</sup> JARDÓN, A.: *Las ideas políticas de Duguit*, Madrid, Editorial Reus, 1919, págs. 56 a 61. Piensa Jardón que «con esta doctrina del Derecho natural respecto de la limitación de la soberanía por su propio objeto, resuélvese el perpetuo antagonismo de individualistas y socialistas en una posición armónica, que no es precisamente la del *juste milieu* matemático...» (pág. 62). Para Jardón las teorías de Duguit no han hecho mella en el Derecho político clásico, nacido del viejo Derecho Natural. «Subsiste el Estado, subsisten los derechos naturales, la Soberanía, la representación y todo permite pensar que mientras la naturaleza humana no varíe, estas instituciones no se extinguirán...» (pág. 74).

<sup>86</sup> DUGUIT, L.: *Traité de Droit Constitutionnel*, Tome 1,3.ª ed., cit., págs. 551.

<sup>87</sup> DUGUIT, L.: *Traité de Droit Constitutionnel*, Tome 1,3.ª ed., cit., pág. 176.

críticamente su propia construcción que le imponía su concepción del Derecho y del fenómeno jurídico en general<sup>88</sup>.

En cierto modo para Duguit el Derecho público y el Derecho privado mantienen una evolución paralela y similar, dentro de su propia especificidad sistematizadora. Él aprecia una serie de rasgos comunes: la *desaparición de la centralidad del sujeto de derecho* (en el Derecho privado la autonomía de la voluntad humana desaparece; la voluntad individual no puede por sí sola crear un efecto de Derecho. En el Derecho público ya no se cree que exista detrás de los individuos que detentan la fuerza en un país una substancia colectiva, personal y soberana de que ellos no serían sino los mandatarios o los órganos; lo que incumbe a los gobernantes es la obligación de desempeñar una cierta función social, es decir, organizar los servicios públicos, asegurar e inspeccionar su gestión)<sup>89</sup>. Su propuesta es «la eliminación de la noción de sujeto»<sup>90</sup> y el rechazo de lo que denominó «individualismo *propietarista*»<sup>91</sup>, tal como lo produjo la Revolución francesa, y que, en su opinión, está en camino de desaparecer, por la lógica individualista que está en colisión con la lógica solidarista que se impone en el Derecho contemporáneo<sup>92</sup>. Entiende, por otra parte, que el dogma de la soberanía nacional, objeto durante mucho tiempo de una fe religiosa, se deshace ante la crítica positiva, porque está en contradicción con los hechos ciertos; también lo encuentra inconciliable con los fenómenos expansivos de la descentralización y el federalismo (no se puede afirmar que la soberanía es ya una e indivisible)<sup>93</sup>. Significativamente, Duguit se opondrá tenazmente al principio de separación de poderes entendido, como él lo entendía, como separación rígida y absoluta de poderes. En efecto, afirma Duguit que «si hay muchos órganos de representación, la soberanía no puede ser dividida en muchos elementos y no se puede atribuir, con el nombre de *poder*; a cada uno de estos órganos un elemento parcial de la soberanía, la cual permanece, y no puede menos de permanecer, a pesar de esta división, una e indivisible. La soberanía es, en efecto, la voluntad de la nación-persona; toda persona es indivisible; toda voluntad que de ella emana, lo es también. Este concepto de un poder soberano, uno y trino a la vez, que sin dejar de ser uno, se descompone en tres poderes independientes, es, según Duguit, un *concepto metafísico*, análogo al misterio cristiano de la Trinidad, y que ha seducido a los espíritus, a veces quiméricos, de los hombres de la Asamblea de 1789, pero que es inadmisibles cuando se trata de una Constitución verdaderamente positiva del Derecho público. Cuando hay muchos órganos de representación, todos ellos colaboran forzosamente en todo lo que constituye la actividad general del Estado, pero su modo de participación es naturalmente diferente, hallándose regulada por la Constitución peculiar de cada país, de suerte que lo que impropiamente se llama separación

<sup>88</sup> PINILLA, A.: *El fundamento de los límites...*, cit., págs. 172 y 177.

<sup>89</sup> *Ibid.*, pág. 147.

<sup>90</sup> *Ibid.*, págs. 177 y sigs.

<sup>91</sup> Llama la atención —poniendo de manifiesto la fuerza creativa de Duguit— una cierta anticipación a los postulados de la obra de BARCELONA, P.: *El individualismo propietario*, presentación de M. MARESCA y traducción de J. E. García Rodríguez, Madrid, Ed. Trotta, 1996.

<sup>92</sup> *La transformación del Estado*, Prefacio a la tercera edición francesa, recogido en la edición especial, DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Derecho Público y Privado*, edición y estudio preliminar, «Objetivismo jurídico y teoría de los derechos en León Duguit», a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ y J. CALVO GONZÁLEZ, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007, pág. 258. *La transformación del Estado*, es la traducción castellana realizada por A. POSADA del libro de Duguit, *La droit social, le droit individuel et les transformations de l'État*, troisième édition, Paris, Librairie Félix Alcan, 1922.

<sup>93</sup> DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Derecho público y privado*, cit., págs. 9 y sigs. Llega a afirmar que el federalismo, «es, más aún todavía que a la descentralización regional, la negociación misma de la soberanía política del Estado» (*Ibid.*, pág.14). La cuestión de la descentralización, en confrontación directa con la centralización, había sido objeto de atención por la doctrina desde la segunda mitad del siglo XIX. Un libro expresivo de esa preocupación, e inquietud, es el de ODILON-BARROT: *De la centralización y sus efectos*, Madrid, Imprenta de la Biblioteca Universal Económica, 1869, bajo la influencia penetrante de Tocqueville. Reedición, Prólogo de Eduardo García de Enterría, Madrid, Civitas, 1997.

de poderes, no es más que la diversidad de participación, el diferente modo de actuar de los diversos órganos, en la actividad general del Estado»<sup>94</sup>.

Para Duguit el principio de soberanía nacional carece de utilidad práctica: Se trata de una ficción que carece de valor real; es no sólo indemostrable e indemostrado, sino también inútil. Esa inutilidad quedaría evidenciada en que el hecho del que tal principio no supone ninguna forma determinada de gobierno, sino que puede conciliarse con todas las formas gubernamentales, democracia, aristocracia o monarquía<sup>95</sup>. Su visión de la crisis de la soberanía nacional ejercería una influencia muy relevante en pensadores de la talla de Harold J. Laski<sup>96</sup> y, en menor medida, Hermann Heller<sup>97</sup>; y es totalmente contrapuesta a la autorizada posición decisionista mantenida por Carl Schmitt<sup>98</sup>.

Precisamente vinculado al fenómeno del «quebrantamiento de la fe de los hombres políticos en el dogma de la soberanía», estima que «la noción del servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del Derecho público»<sup>99</sup>. Se ha producido una transformación en el sentido de que el Estado-nación sustituye al del Estado-poder. Para él el Derecho público encuentra su centralidad no en las relaciones de poder del Estado con los individuos, sino en el conjunto de reglas establecidas en vista de la organización y la gestión de los servicios públicos. Se debe abandonar la noción de derecho subjetivo de poder y darle al Derecho público por único fundamento la noción de una función que se impone a los gobernantes.

<sup>94</sup> DUGUIT, L.: *Manual de Derecho Constitucional*, edición y estudio preliminar «La teoría jurídica de León Duguit», a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ y J. CALVO GONZÁLEZ, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005, págs. 143-144. Igualmente, DUGUIT, L.: *La separación de poderes la Asamblea Nacional de 1789*, trad. y presentación de P. PÉREZ TREMPs, Madrid, CEC, 1996, espec., págs. 132-134, donde considera que «lo que queda de esta teoría artificial de los tres poderes separados es suficiente para falsear los resortes de la vida social y política del país. Colocar a la cabeza del Estado dos poderes sin vínculo entre ellos, sin interdependencia, sin solidaridad, es condenarlos fatalmente a la lucha; y como de estos dos poderes uno estará necesariamente peor armado que su rival, éste absorberá a aquél» (pág. 132). Véase también, AGUILERA PORTALES, R., y ESPINO TAPIA, R.: *Repensar a Leon Duguit ante la actual crisis del Estado Social?*, en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 12, julio 2010. <https://e-archivo.uc3m.es/rest/api/core/bitstreams/c8e55081-a9ab-4610-82f9-be4ab00ac079/content>

<sup>95</sup> Cfr. DUGUIT, L.: *L'État*, vol. I, pág. 251, vol. II, pág. 59, y *Traité*, 2.ª ed., vol. I, pág. 435, citadas por CARRÉ DE MALBERG, R.: *Teoría general del Estado* (1922), trad. J. LIÓN DEPETRE, «Prefacio» de H. GROS ESPIELL, México, FCE-Facultad de Derecho/UNAM, 2000, pág. 897. Por cierto, para aquellos que dudan de la extraordinaria influencia del pensamiento de Duguit en el primer tercio del siglo veinte, sería suficiente observar atentamente las publicaciones especializadas de la época sobre la teoría del Derecho y del Estado, uno de cuyos exponentes es precisamente esta obra de Carré de Malberg, en sí clásica, en la cual, en todo momento, se toma en consideración las aportaciones innovadoras —aunque siempre problemáticas, cuando no abiertamente discutibles— de León Duguit, como hombre académico que se atrevió a pensar de forma resueltamente crítica y provocadora, pero también comprometida respecto de los problemas de su tiempo.

<sup>96</sup> Véase ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La democracia en crisis: Harold J. Laski*, Barcelona, El Viejo Topo, 2004, espec., págs. 88 y sigs., *passim*. Laski, a pesar de la indudable influencia que sobre él ejerció, siempre se situó en una posición de crítica constructiva respecto a León Duguit. Así, sirvan como ejemplos paradigmáticos, su discrepancia abierta sobre el alcance de la soberanía (separándose de la opinión de León Duguit, afirma que la soberanía interior y la exterior son dos lados de un mismo poder; no se trata de dos soberanía distintas, el Estado que no es soberano en el interior tampoco lo es en el exterior), y en relación al respeto a la libertad y los límites de la obediencia (discrepa de Duguit cuando este afirma que «el interés público en la continuidad del servicio es una consideración suprema que debe dominar a todas las demás, y no veo ninguna razón para aplicar sus adjetivos vituperantes a los que opinan de diferente manera»).

<sup>97</sup> Véase HELLER, H.: *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, México, FCE, 1995; ID.: *Teoría del Estado*, edición y Est. prel., «La teoría político-jurídica de Hermann Heller», a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2004. Sobre su pensamiento político y jurídico, puede consultarse, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. El pensamiento político de Hermann Heller*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009, espec., págs. 19 y sigs.

<sup>98</sup> Véase SCHMITT, C.: *El Leviathan en la teoría del Estado de Tomas Hobbes*, trad. F. JAVIER CONDE, edición y Est. prel., «El Espacio de lo político en Carl Schmitt» a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Ed. Comares, 2004. Vid. infra.

<sup>99</sup> *Las transformaciones del Derecho público y privado*, cit., cap. II («El servicio público»). Véase, al respecto, PISIER-KOUCHNER, E.: *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, París, 1972.



Tampoco ignora Duguit que en una sociedad civilizada el hecho de que el poder existe sobre la base de un orden jurídico y el concepto de Derecho como condición lógica del poder social. En este sentido, es este un orden normativo encaminado a la organización de un *Estado de servicio público*<sup>100</sup>, y por ello mismo, la noción del servicio público se convierte en noción fundamental del Derecho público moderno<sup>101</sup>, de manera que el Derecho público moderno se convierte en un conjunto de reglas que determinan la organización de los servicios públicos y aseguran su funcionamiento regular e ininterrumpido; «el fundamento del Derecho público no es el derecho subjetivo de mando, es la regla de organización y gestión de los servicios públicos. El Derecho público es el Derecho objetivo de los servicios públicos. Así como el Derecho privado deja de estar fundado en el derecho subjetivo del individuo, en la autonomía de la persona misma y descansa hoy en la noción de una función social que se impone a cada individuo, el Derecho público no se funda en el derecho subjetivo del Estado, en la soberanía, sino que descansa en la noción de una función social de los gobernantes, que tiene por objeto la organización y el funcionamiento de los servicios públicos»<sup>102</sup>.

Se advirtió tempranamente, con razón, que el concepto de servicio público es «el broche» de la doctrina duguitiana, siendo aquella actividad necesaria, que excediendo los límites de la fuerza individual, exige la colectividad de los gobernantes, como deber, como función, no como derecho<sup>103</sup>. Desde esta visión se puede comprender *su discutible concepción de la soberanía como facultad de organización de los servicios públicos*. Todo ello le conduce a defender el «Estado positivo» comprometido con la solidaridad y como garante de las condiciones en las que se desenvuelve la interdependencia social<sup>104</sup>. Ese enfoque le permite defender la legitimidad del Estado para regular las condiciones del trabajo, imponer la abstención de cuanto por su naturaleza pueda comprometer la salud física y moral del individuo. El concepto solidarista conduce también a reconocer al Estado obligaciones de orden positivo que el concepto individualista de la libertad era impotente para fundar. Estas son especialmente las obligaciones del Estado que a menudo se expresan, bajo una u otra forma, diciendo que los individuos tienen contra el Estado el derecho al trabajo, el derecho a la instrucción, el derecho a la asistencia<sup>105</sup>; aunque puntualiza que esa intervención debe tener un carácter esencialmente subsidiario: El Estado debe intervenir tan sólo en la medida en que la iniciativa individual no baste para asegurarle la existencia. Precisamente la noción de servicio público estaría fundada sobre la idea capital de obligación impuesta al Estado, o más exactamente, a los gobernantes y a sus agentes<sup>106</sup>.

Duguit critica, pues, el «dogma de la soberanía nacional», considerándola un «mito»<sup>107</sup>. Entiende que la soberanía nacional, la libertad individual o autonomía de la persona humana son «dogmas políticos y sociales venerados al igual de dogmas religiosos, y que han tenido sus apóstoles y sus mártires y han saturado la vida de las sociedades modernas desde 1789 hasta el día de hoy. Para

<sup>100</sup> En este sentido, Duguit anticipa a FORSTHOFF, E.: *El Estado de la sociedad industrial*, trad. L. LÓPEZ GUERRA Y J. NICOLÁS MUÑIZ, Madrid, IEP, 1975. Véase DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Derecho público y privado*, cit., Conclusión, pág. 147.

<sup>101</sup> *Las transformaciones del Derecho público y privado*, cit., págs. 23 y 28 y sigs.

<sup>102</sup> *Ibid.*, pág. 28.

<sup>103</sup> JARDÓN, A.: *Las ideas políticas de Duguit*, Madrid, Editorial Reus, 1919, pág. 16.

<sup>104</sup> DUGUIT, L.: *Soberanía y Libertad*, Lecciones dadas en la Universidad de Columbia (New-York), trad. y pról. de JOSÉ G. ACUÑA (Cónsul de España y Abogado del Ilustre Colegio de La Coruña), F. BELTRÁN, Madrid, 1924, págs. 222 y sigs. Reeditada, con revisión de la traducción y estudio preliminar a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2012.

<sup>105</sup> DUGUIT, L.: *Soberanía y Libertad*, cit., págs. 242 y sigs. Reeditada, con revisión de la traducción y estudio preliminar a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2012. Sobre la vinculación solidaridad-Estado de servicio público-garantía de los derechos sociales en Leon Duguit y su influencia en la doctrina reformista de nuestro país, y de modo especialmente marcado en Adolfo Posada. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, MTAS, 2003, *passim*.

<sup>106</sup> DUGUIT, L.: *Soberanía y Libertad*, cit., págs. 244 a 249.

<sup>107</sup> DUGUIT, L.: *Soberanía y Libertad*, cit., págs. 56-57.

él —y esto debe ser realizado aquí—, «el concepto de soberanía nacional comprende en sí mismo dos elementos, que si bien se compenetran íntimamente, se distinguen y caracterizan, al mismo tiempo, siendo cometido del sociólogo analizarlos separadamente. Estos elementos son: la nación, desde luego, y la soberanía nacional, como poder de mando, después». Hace notar «que la evolución realizada de un siglo a esta aparte ha consistido, precisamente, en que el elemento nación fue poco a poco adquiriendo la preeminencia sobre el elemento soberanía hasta llegar a eliminarlo casi completamente; y que el año 1918, es decir, la victoria de los aliados en la guerra, marca el término y remate de esta evolución, asegurando el triunfo del Estado-nación sobre el Estado-poder». Para él la primera guerra mundial fue la lucha entre dos conceptos, entre dos maneras de entender la vida social, entre dos formas de Estado: entre el concepto de *Estado-poder* y el de *Estado-nación*. La derrota de Alemania representó, en su opinión el triunfo del concepto nacional. Estos dos opuestos conceptos del Estado, el Estado-poder y el Estado-nación, se encuentran encarnados en el momento en que estalló la guerra, el primero por el Imperio alemán y el segundo por la República Francesa.

En Alemania publicistas y juristas habían formulado ya, desde muy atrás la teoría del Estado-poder: Treitschke, Laband, Jellinek. Para éste último la soberanía pertenece propiamente, no a la nación, sino al Estado considerado en sí mismo, y que la nación no es más que un elemento del Estado. Con coherencia argumental entiende que el fin de la gran guerra marcó el triunfo del Estado-nación sobre el Estado-poder, y al mismo tiempo señaló una profunda transformación del concepto y aplicaciones del principio de soberanía nacional<sup>108</sup>. Estas teorías jurídico-políticas del Derecho público germano habían, en realidad, culminado el proceso de «absorción» del poder constituyente del pueblo (a veces simbolizado metafóricamente en la nación) en el poder constituido (formalizado e institucionalizado en el «Estado»). En este sentido la operación ideológico-política era evidente: legitimar inicialmente (y con la pretensión de serlo definitivamente) el orden constitucional, para inmediatamente después conservarlo y sujetarlo a lógica político-institucional tendencialmente independiente, evitando, así, su posible mutación por el poder originario del pueblo.

La importancia de ese triunfo del Estado-nación se vislumbra ante el mismo concepto de nación que aporta Duguit: «Lo que realmente constituye el signo distintivo de una nación, lo que la crea y sostiene, en suma, es el hecho de que todos los miembros de la colectividad social establecida en un territorio determinado, desde el más humilde al más poderoso, desde el más ignorante al más sabio, tienen la conciencia más clara y resuelta de que persiguen conjuntamente la realización de cierto ideal que tiene sus raíces en el territorio habitado por ellos y que no podrían lograr si no tuviesen la posesión del territorio mismo. He aquí el fundamento por excelencia de la *unidad nacional*»<sup>109</sup>. Por otra parte, observa que si la soberanía es una voluntad que jamás se determina sino por sí misma, resulta, evidentemente, que no reconoce poder superior ni poder concurrente; que es un poder originario, esto es, que no ha recibido ese carácter de una voluntad anterior o superior a ella, pues de otro modo, dependería entonces de esta voluntad. La soberanía es ilimitada o absoluta, pues si no lo fuese, dependería de otra voluntad, que la limitaría y, por consiguiente, dejaría de determinarse exclusivamente por sí misma. Pero este enfoque no describe la propia concepción de Duguit como él mismo se ocupa de expresar: «Sabido es que en todo esto no son mis ideas las que expongo, sino que traduzco simplemente una doctrina, pero una doctrina que ha desempeñado un primordial papel y que es por sí misma un hecho social de primer orden. Del mismo modo, si es preciso que os diga mi pensamiento, estimo que esta doctrina de la soberanía, por muy lógica que sea, *no existe un átomo de realidad positiva*; es una construcción de metafísica formal curiosa y lógicamente edificada, pero,

<sup>108</sup> DUGUIT, L.: *Soberanía y Libertad*, cit., págs. 62-65. Véase, con lucidez, HINTZE, O.: *Historia de las formas políticas*, trad. J. DÍAZ GARCÍA, revisión, edición y estudio preliminar, “Otto Hintze y la renovación de la historia política y constitucional” (pp. IX-LVIII), a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2021, págs. 7 y sigs., 71 y sigs., 129 y sigs., y 211 y sigs. (“Esencia y transformación del Estado moderno”).

<sup>109</sup> DUGUIT, L.: *Soberanía y Libertad*, cit., pág. 89.

desde luego, extraña a la realidad concreta, y que está hoy en trance de derrumbarse y desaparecer para siempre»<sup>110</sup>.

Entiende Duguit que, desde su misma elaboración y configuración originaria, la soberanía es una voluntad siempre mandante, que detenta un poder de mando. Es una voluntad superior a todas las demás que existen en un territorio determinado. En consecuencia, no entra en relación con ellas por vía de contrato, sino únicamente por vía de mandato. Además, otra consecuencia derivada del carácter de la soberanía es su unidad y su indivisibilidad. El art. 1 del Preámbulo del título III de la Constitución francesa de 1791 rezaba que: «La soberanía es una, indivisible e inalienable». Esto era absolutamente lógico. La soberanía es una, lo que quiere decir que no puede existir en un territorio determinado más que una sola y única soberanía, y que los ciudadanos no pueden estar sometidos sino a una sola y única soberanía. La soberanía es una y además indivisible, lo que significa que no puede ser fragmentada en distintos elementos incorporados en órganos diversos. Una voluntad no puede ser fragmentada. Por último, la soberanía es inalienable, lo que implica que el ser que es titular de la soberanía no puede transferirla otro<sup>111</sup>.

Según Duguit, la nación es el «titular originario de la soberanía». Es también Rousseau el primero que ha formulado nítidamente la idea de que la soberanía pertenece a la nación, porque estando el individuo subordinado del todo a esta soberanía, permanece libre<sup>112</sup>. Duguit sorprendentemente olvida a Sièyes, que fue el que edificó, con gran rigor, la concepción de la soberanía y del poder constituyente del pueblo soberano<sup>113</sup>.

Pero la crítica de Duguit a la soberanía también apunta hacia el riesgo de que sea sustituida por algo peor, pues reflexiona: «La fe en el dogma de la soberanía nacional está hoy en decadencia, y acaso los jóvenes de ahora presenciarán su completa desaparición. Pero no me atrevo a esperar que no sea reemplazada por otra, acaso por no sé cuál religión bolchevista, que, ciertamente, sería menos fecunda y menos humana que lo ha sido esta de la soberanía nacional»<sup>114</sup>. Porque el problema de fondo que no acierta a vislumbrar Duguit es el carácter profundo y coherentemente democrático de la concepción de la soberanía apoyada, legitimada y limitada por un poder constituyente del pueblo o nación. Hablar de soberanía, como poder constituyente, no es sinónimo de «absolutismo» o autoritarismo, depende de su concreta configuración jurídico-política en el sistema político de que se trate.

Por otra parte, y en relación a esto último que se advertía, Duguit considera que la soberanía nacional no puede ser absoluta en las relaciones exteriores. Por ello mismo defendió el orden internacional surgido tras el Tratado de Versalles y la Liga de las Naciones<sup>115</sup>. Pero reflexiona de modo realista cuando hace notar que: «En las relaciones internacionales, el concepto de soberanía *de los Estados* es aún preponderante, y en tanto que conserve su fuerza será imposible dar un fundamento sólido al Derecho internacional, hacerlo verdaderamente obligatorio para los Estados e instaurar un sistema capaz de impedir y evitar la guerra. La Liga de Naciones no podrá seguramente alcanzar su objeto más que si llega, no a destruir, sin duda— temo que aún por mucho tiempo esto será imposible—, pero al *menos hacer pasar a segundo término este concepto absorbente de soberanía* y a poner en primer lugar, no ya la noción de derecho soberano, sino la del deber que impone a los gobernantes y a los pueblos no turbar la paz y respetar la autonomía nacional y territorial de las demás

<sup>110</sup> DUGUIT, L.: *Soberanía y Libertad*, cit., págs. 141-142.

<sup>111</sup> DUGUIT, L.: *Soberanía y Libertad*, cit., págs. 145-149.

<sup>112</sup> DUGUIT, L.: *Soberanía y Libertad*, cit., págs. 150 y sigs.

<sup>113</sup> Puede consultarse NEGRI, A.: *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, trad. C. DE MARCO, Madrid, Libertarias/Prodhufi, 1994, espec., págs. 17 y sigs.; MAIZ, R.: *Nación y revolución: la teoría política de Emmanuel Sieyès*, Madrid, Ed. Tecnos, 2007, espec., págs. 105 y sigs.

<sup>114</sup> DUGUIT, L.: *Soberanía y Libertad*, cit., pág. 170.

<sup>115</sup> DUGUIT, L.: *Soberanía y Libertad*, cit., págs. 172 y sigs., y 185 y sigs.

naciones. No desesperemos del porvenir. Han sido precisos esfuerzos para fundar el Derecho público interno, para limitar con obligaciones verdaderamente jurídicas y positivas los poderes del Estado sobre el de los individuos. No se está lejos de haberlo conseguido. Llegará también, tarde o temprano, un momento en que se sabrá fundar sólidamente un Derecho internacional público. Lo cual me lleva naturalmente a hablar de la soberanía en el interior»<sup>116</sup>. Esos esfuerzos de iniciativa político-jurídica se han dirigido también a limitar su poder de actuar en la esfera de las relaciones internacionales.

Precisamente, cuando la soberanía del Estado se ejerce en el interior, se encuentra con la libertad del individuo<sup>117</sup> y con la presencia de los grupos sociales, asociaciones y sindicatos con influencia político-social. Según Duguit el concepto de servicio público (el Estado de servicio público) «que ha venido a sustituir a la noción de soberanía, ha conducido a la formación de otro concepto en extremo importante: el de la responsabilidad jurídica. Cuando predominaba la noción de soberanía, se descartaba completamente, y era lógico, la responsabilidad del Estado, la responsabilidad de los detentadores o, más exactamente, de los representantes de la soberanía»<sup>118</sup>. Para él, el sindicalismo de los grupos es un fenómeno más de integración que de disgregación; un fenómeno que vincula con la «representación profesional»<sup>119</sup>, porque desde el momento en que dichas agrupaciones tienden a constituirse y a formar así elementos integrantes de la nación, tienden igualmente a adquirir una representación política, la cual no excluye, además, la representación proporcional de los partidos, pero que se puede establecer paralelamente a ella. Por eso confía en la creación de Cámaras profesionales con carácter complementario y no sustitutivo de la representación política propia del sistema de partidos: «No creo lejano el momento en que, en muchos países y en Francia especialmente, de las dos Cámaras que componen el Parlamento, una de ellas será elegida por sufragio directo y universal, con representación proporcional de los partidos políticos, y la otra elegida también por sufragio directo y universal con representación de los grupos profesionales»<sup>120</sup>. En la defensa de la creación de una Cámara parlamentaria se sitúa Duguit en la misma dirección que Durkheim, Laski, Giner de los Ríos, Adolfo Posada, Fernando de los Ríos...»<sup>121</sup>. Esta doble cámara modularía la soberanía «interna» en el espacio territorial de cada Estado nacional.

<sup>116</sup> DUGUIT, L.: *Soberanía y Libertad*, cit., págs. 204-205.

<sup>117</sup> DUGUIT, L.: *Soberanía y Libertad*, cit., págs. 206 y sigs.

<sup>118</sup> DUGUIT, L.: *Soberanía y Libertad*, cit., págs. 251 y sigs.

<sup>119</sup> DUGUIT, L.: *Soberanía y Libertad*, cit., págs. 285 y sigs.

<sup>120</sup> DUGUIT, L.: *Soberanía y Libertad*, cit., págs. 287-287.

<sup>121</sup> Puede consultarse al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, especialmente, págs. 214 y sigs. [«Reforma de los mecanismos de representación en el Estado democrático: representación política y representación de intereses específicos» («Parlamento industrial» o «Cámara social»)]; *id.*: «El pensamiento político-jurídico de Adolfo Posada», estudio preliminar a POSADA, A.: *Tratado de Derecho Político*, Granada, Ed. Comares, 2005, págs. VII a CLXXXIII; MONEREO PÉREZ, J.L.: «Cuestión social y reforma moral: las ‘corporaciones profesionales’ en Durkheim», estudio preliminar a DURKHEIM, E.: *Lecciones de sociología. Física de las costumbres y Derecho*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006, págs. VII a LI; MONEREO PÉREZ, J.L., «La filosofía social y jurídica de Durkheim: solidaridad y cuestión social», en *Civitas. Revista Española de derecho del trabajo*, núm. 131 (2006), págs. 587-648; DURKHEIM, E.: *Escritos selectivos*, introducción y selección de Anthony Giddens, edición, revisión y estudio preliminar, «La sociología política de Durkheim: integración social, sociedad civil y democracia» (pp. XI-LXII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada (Colección Crítica del Derecho), 2022; MONEREO PÉREZ, J.L.: «Sociología del ‘socialismo funcional’ en el pensamiento de Durkheim», estudio preliminar a DURKHEIM, E., *El socialismo*, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2022; MONEREO PÉREZ, J.L.: «El organicismo social de Giner de los Ríos», estudio preliminar a GINER DE LOS RÍOS, F.: *La persona social. Estudios y fragmentos*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2008, págs. IX a XXXIX; *Id.*: *La filosofía política de Harold J. Laski*, estudio preliminar a LASKI, H.J.: *La Gramática de la política. El Estado moderno*, trad. de Teodoro González García, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, págs. XV a C. (Nótese que Laski dedica un apartado específico de esta obra a

### 3. EN BUSCA DE LA SOBERANÍA: LA SOBERANÍA Y LA REALIDAD EXISTENCIAL DEL PODER POLÍTICO O «PODERES SOBERANOS»

En la actualidad, la soberanía vuelve a manifestar las tensiones y los límites del poder político en el mundo contemporáneo. No debe extrañar que Otto Kirchheimer pudiera titular un ensayo clásico precisamente de *En busca de la soberanía*<sup>122</sup>, donde trataba de plasmar los cambios que se venían produciendo en torno a la idea de soberanía en la doble dimensión interna y externa. La cuestión crítica alcanza a interrogarse sobre «si puede considerarse todavía el término «Estado» como punto de partida apropiado para una investigación acerca de la relación de poder de las fuerzas sociales en la sociedad actual». Las teorías pluralistas han cuestionado la imagen del Estado centralizado y han pretendido entronizar sobre sus ruinas el libre reinado de los grupos voluntarios. Las luchas sociales de poder operan no sólo en el campo del proceso de producción, sino también en la esfera de la distribución, con la presencia de organizaciones de los intereses económicos y de los partidos políticos. Entre los grupos privados y el gobierno se producen interacciones de distinto nivel e intensidad. Si puede obtenerse el consentimiento de los detentadores del poder público, las posiciones de poder existentes consiguen el beneficio adicional de la legitimidad. En la práctica importan más las políticas de apoyo estratégico que la ocupación de los centros neurálgicos de la dirección de la burocracia administrativa por representantes del mundo de los negocios.

En este contexto —como ya advirtieran autores como Durkheim, Duguit, Laski, Sorel<sup>123</sup> o Adolfo Posada<sup>124</sup>— los grandes sindicatos pueden desempeñar un importante rol, pues son un poder social de relevancia política (Autores como M.S. Giannini habían considerado que los sindicatos son «poderes públicos»)<sup>125</sup>, que operan en el mercado económico y en la esfera política. La misma lucha por la mejora de las condiciones de trabajo se convierte en un problema político general y los sindicatos articulan acciones políticas, de manera que más ampliamente inciden en los procesos de democratización y *legitimación* del ejercicio del poder político institucional.

Por otra parte, las instituciones tradicionales, como el Parlamento se situaban en una situación crítica: la aparición de bloques económicos sólidos —dice Kirchheimer— quebró el poder político del Parlamento como institución unificada y unificadora. En el estadio avanzado de infiltración universal de grupos en el parlamento, se impide también apelar a las decisiones del Parlamento ante el cuerpo electoral. Éste ha quedado relegado a un papel semejante al del consumidor en un sistema de competencia imperfecta. Con su estructura burocrática especializada y jerarquizada el Estado puede estar en condiciones de ejercer la soberanía garantizando la decisión política final o la elección final. Entiende que la coordinación permanente presupone la compatibilidad de distintas finalidades perseguidas por diferentes grupos o la supresión de «grupos indiseables» o ambas cosas al mismo tiempo. Pero tanto si hay acuerdo para la coordinación como si lo hay para la supresión, los

---

la soberanía, págs. 22 y sigs.); *Ibid.*, *La democracia en crisis: Harold J. Laski*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2004.

<sup>122</sup> KIRCHHEIMER, O.: «In Quest of Sovereignty», en *Journal of Politics*, vol. 6 (1944), págs. 139-176. Este ensayo *En busca de la soberanía* está traducido e incluido en DUGUIT, L.: *Soberanía y Libertad*, cit., págs. 129-159. Para un estudio exhaustivo sobre el pensamiento político y jurídico de Otto Kirchheimer, consúltese MONEREO PÉREZ, J.L.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, extenso y detenido estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, trad. R. Quijano, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CLXXXV, y la amplia bibliografía allí citada.

<sup>123</sup> SOREL, G.: *Reflexiones sobre la violencia*, edición y estudio preliminar, «Teoría e ideología del sindicalismo en Georges Sorel» (XI-LXIV), a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Ed. Comares, 2011.

<sup>124</sup> Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., págs. 506 y sigs.

<sup>125</sup> GIANNINI, M.S.: *El poder público. Estados y Administraciones Públicas*, trad. L. ORTEGA, Madrid, Ed. Civitas, 1991; y sobre el papel político de los sindicatos, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Concertación y diálogo social*, Valladolid, Lex Nova, 1999.

titulares del poder político supremo —un tribunal, un Parlamento o un grupo oligárquico de políticos y profesionales de la violencia —necesitan tener un poder residual suficiente para realizar los arreglos comunes precisos y crear las condiciones generales requeridas para los propósitos apropiados por los grupos. Una vez que existe el acuerdo general y que los órganos privados y públicos están imbuidos del espíritu de las finalidades comunes —sea cual fuere la estructura ideológica utilizada para crear ese espíritu— la *descentralización* y la *delegación de poder pueden ser instrumentos eminentemente útiles* para garantizar y mantener la autoridad de los titulares del poder político supremo. Con ello es posible que la soberanía pueda quedar limitada, pero no necesariamente suprimida.

Ahora bien, esas interferencias entre organizaciones privadas y poderes públicos, puede alcanzar —como hoy paradigmáticamente— a generar un conflicto entre los grupos y la realización de los fines públicos. Con ello, la soberanía de la comunidad sobre sus diferentes partes había quedado frustrada por la falta de capacidad del gobierno para impedir que las finalidades específicas de la comunidad quedasen sumergidas en la lucha de los diversos grupos por mejorar posiciones. Esto *no es más que un caso particular de sustitución de la soberanía (real o supuesta) de la comunidad por los intereses de los grupos particulares*. Sin embargo, cuando no es posible conciliar los diversos intereses entre las partes contendientes parece que ha de existir una instancia de decisión última que efectúe la «elección final» del Estado.

También el «decisionismo» de Carl Schmitt había abandonado, ya en 1922, la esperanza de encontrar un sujeto permanente de la soberanía que quisiese equilibrar los intereses y voliciones de los diferentes grupos y facciones, y que fuese capaz de asumir esa función. Schmitt atribuía a continuación la soberanía a aquellas personas o grupos que demostrasen ser capaces de ejercer la dominación política en circunstancias extraordinarias. Pero el propio Schmitt señalaba que su concepto de soberanía era estructuralmente afin al concepto teológico de milagro —lo que hace de su sujeto de la soberanía algo bastante problemático. Las circunstancias extraordinarias, como los milagros, pueden ser infinitas. Para reconocerlas como tales tiene que haber algún procedimiento que permita identificarlas. Las circunstancias extraordinarias, como los milagros, son excepcionales a las reglas que prevalecen en situaciones «normales». Sus contornos están determinados por aquellas reglas de «normalidad» a las que «confirman» por el hecho de ser sus excepciones. Ante la carencia de una regla auténtica, las circunstancias extraordinarias permanentes constituyen el símbolo auténtico de la ausencia misma de ese sistema de coordinación político-jurídica al que la historia otorga tradicionalmente el atributo de la soberanía.

Como expone Otto Kirchheimer, las teorías de las «circunstancias extraordinarias» no hacen sino señalar que *la sociedad ha alcanzado un estadio en el cual el equilibrio de las fuerzas de los grupos es enteramente inestable (y la estabilidad sólo puede ser establecida por la imposición de la fuerza o con carácter compromisorio)*; no hay una coordinación automática que pueda garantizar el funcionamiento de la «elección final» sobre la base del sistema de equilibrio eficiente. No obstante, cuando el mecanismo de la coordinación deja de funcionar y de garantizar los acuerdos fundamentales entre los grupos que luchan por el poder de tomar las decisiones finales, los más poderosos de esos grupos se ven obligados a recurrir a la creación de una maquinaria de violencia que les permita suprimir los «grupos indeseables» y restringir instrumentalmente la competencia entre los «deseables». El pacto entre unos pocos grupos se obtiene entonces gracias a un interés común fundamental en la eliminación o restricción de las actividades de muchos otros. El cumplimiento del pacto se confía por necesidad a la maquinaria recién construida, los operadores de la cual, «profesionales de la violencia», constituyen a su vez nuevos grupos, vinculados entre sí por enjambres de *rackets*. Los grupos antiguos tienen que compartir el poder con los nuevos. Los pactos iniciales que garantizaban originalmente la coordinación política tienen que ser revisados y adaptados a las nuevas circunstancias y se impone la exigencia de buscar un nuevo compromiso que exprese política y jurídicamente los nuevos equilibrios

de poder y su distribución asimétrica. Las relaciones entre los grupos están otra vez en estado de flujo y el equilibrio inestable se mantiene sólo por un interés común en la supresión de los «grupos indeseables» y en la decidida defensa de los intereses de los grupos que participan en estas prácticas compromisorias.

Advierte Kirchheimer que la realización más excluyente y totalitaria de esa simbiosis viene constituida significativamente por el fascismo. En efecto, la fuerza más característica de las que han estado operando para realizar transformaciones en las relaciones de los imperios de los grupos es el fascismo. Éste destruyó por entero la organización de todos los grupos considerados «indeseables» (por descontento, todos los de índole democrática), comenzando por las organizaciones de los trabajadores. No obstante, bajo la influencia de la guerra mundial, la política de coordinación política central de propósitos de los grupos se extiende y generaliza prácticamente a todo el mundo. Aunque queda igualmente por verificar si el beneficio diferencial que recibirán los países victoriosos será lo suficientemente firme como para garantizar un compromiso duradero de grupos, por inestable que sea, sin tener que recurrir posteriormente a eliminar y suprimir los intereses singulares de aquellos de los grupos más relevantes que se estime que puedan poner en serio peligro el funcionamiento de la coordinación política pluralista<sup>126</sup>.

Pero más allá de esta deriva totalitaria, las tendencias que enlazan los grupos de intereses con los poderes públicos y sus estructuras burocráticas atañen a un fenómeno de pluralismo más que sociopolítico (aunque en este caso tendría que ver con las tendencias del neocorporativismo democrático, la concertación y pacto social; y que parte precisamente de un pluralismo democrático) de carácter «empresarial», esto es, directamente de las fuerzas económicas dominantes y de sus organizaciones representativas (De ello resulta un exponente paradigmático la nueva forma política de «Estado-Mercado» o «Estado de competencia económica», donde se hace visible la alianza del poder público con las fuerzas económicas operantes y dominantes en el mercado).

#### 4. SOBERANÍA Y COMPLEJIDAD DEL SISTEMA POLÍTICO: ESTADOS «SOBERANOS» Y ORDEN GLOBAL

La soberanía enlaza con la idea de decisión orientada hacia el orden, su mantenimiento o instauración, en una situación político-jurídica normalizada o, más visible y propiamente, en una situación de excepción concreta; una situación excepcional o anormal —en este último caso— que exige la instauración de un nuevo orden, reflejo del *nomos*, esto es, del orden concreto subyacente<sup>127</sup> como elemento divisor del espacio político. Este planteamiento pone de manifiesto que Schmitt no comparte la concepción de Kelsen de la soberanía como *ficción*, y su definición formal o «jurídica» como «ordenamiento jurídico coercitivo»<sup>128</sup>. Pero más complejamente —pese a la simplificación que

<sup>126</sup> Sobre el pensamiento político-jurídico de Kirchheimer, puede consultarse, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Estado y democracia en Otto Kirchheimer*, estudio preliminar a KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política. Empleo de procedimiento legal para fines políticos*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII a CLXXXV. Kirchheimer había puesto de manifiesto la dificultad de poner los supuestos del pluralismo político y social como vía hacia la profundización del Estado democrático-social. Nótese que se suele hablar de «democracia negociada» como referente a la negociación política entre el gobierno y las organizaciones profesionales.

<sup>127</sup> Nótese que el ensayo de Schmitt hacía referencia explícita a los problemas de la soberanía, *Teología política: cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía*. Véase SCHMITT, C.: «Teología política» (1922; 20 ed., 1934), en *Escritos políticos*, trad. D.J. CONDE, Madrid, Editorial Doncel, 1975. Véase BONVECCHIO, C.: *Decisionismo. La dottrina di Carl Schmitt*, Milán, 1984; CASERTA, M.: *La decisione sovrana. Potere ed autorità fra Thomas Hobbes e Carl Schmitt*, Torino, 1996. Téngase en cuenta que la concepción schmittiana del orden no puede equipararse a la noción de «orden espontáneo», como orden autogenerado y autorregulado. Cfr. HAYEK, F.A.: *Derecho, legislación y libertad*, 3 vols., Madrid, Unión Editorial, 1978, en particular la «Introducción» del vol. 1.

<sup>128</sup> Véase KELSEN, H.: *Das Problem der Souveränität und die Theorie der Völkerrechts*, Tubinga, J. C. B. Mohr, 1920 (No hay traducción castellana, pero sí traducción italiana, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto*

hace Schmitt de su pensamiento—, para Kelsen la soberanía hace referencia a un proceso histórico de racionalización jurídica del poder político, cuya dirección va en el sentido de transformar la fuerza en ley formal, el hecho en Derecho, instaurando una autoridad legítima dotada de prerrogativas absolutas y controlable en todo momento<sup>129</sup>. La soberanía se asocia al Estado siendo equivalente a potestad pública, representando un *modo específico de juridificación del poder político*. Es la soberanía, dentro de una teoría jurídica del poder, una representación del poder en el mundo moderno: la forma moderna del poder político, un poder unificado atribuido al Estado y que refleja en sí el proceso de juridización del mismo. La soberanía presupone la invocación de un *principio de legitimidad del poder*, en cuanto justificación del poder como derecho de mandar<sup>130</sup>. El proceso de juridificación del Estado moderno y su reducción a ordenamiento jurídico-político supone una relativización del concepto de soberanía, porque se formalizan poderes constituidos y limitados, y no un poder constituyente absoluto, un poder domesticado que se manifiesta en situaciones límites cuando se produce una ruptura de la unidad y la cohesión social. En el plano de la soberanía interna, se realiza su dimensión unilateral traducida en una relación de subordinación entre el soberano y sus súbditos. En el plano de la soberanía externa, la lógica del poder es algo distinta, pues frente a la decisión unilateral se realiza la dimensión bilateral o multilateral de los distintos Estados implicados. De ahí que la soberanía externa o de Derecho internacional tiende a ser relativa, salvo el supuesto —no infrecuente— del ejercicio absolutista o imperialista de la misma<sup>131</sup>.

En el discurso de la soberanía adquiere un papel central el proceso de personificación del Estado («persona artificial»), en cuanto sujeto de la soberanía, el cual remitía a una estructura determinada de leyes e instituciones con una vida y una estabilidad propias. De ahí que la idea de la soberanía del Estado fuese la fuente de la idea del poder estatal impersonal. De manera que desde los orígenes la idea de soberanía queda íntimamente vinculada a la idea de Estado moderno<sup>132</sup>. Es el Estado un poder reconocido por la comunidad como la base legítima de la autoridad, la cual se traduce en un poder ilimitado e indivisible de hacer leyes; un poder supremo sobre los súbditos. Hasta tal punto es así que la soberanía es la característica definitoria del poder estatal (Bodin). Por su parte, Hobbes indica que los individuos deben transferir voluntariamente su derecho de autogobernarse a una autoridad única poderosa, para así dar lugar a un gobierno político efectivo capaz de garantizar la seguridad y una paz duradera.

Piensa Schmitt —y no está sólo en este punto— que la soberanía es un poder real, que según el principio democrático reside en el pueblo (sujeto soberano) pero que no desaparece cuando éste se dota de una Constitución (la Constitución es *acto* del poder constituyente y como tal reflejo de una decisión sustancialmente política<sup>133</sup>), ya que puede manifestarse en todo momento en cuanto poder originario

*internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto* (1920), trad. it., de A. CARRINO, Milán, Giuffrè, 1989).

<sup>129</sup> Véase Kelsen, H.: *Das Problem der Souveränität und die Theorie der Völkerrechts*, Tubinga, J. C. B. Mohr, 1920; *id.*: *Teoría General del Estado*, trad. L. LEGAZ LACAMBRA, y Est. prel., de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002; *id.*: *Esencia y valor de la democracia*, trad. L. LEGAZ LACAMBRA y R. LUENGO TAPIA, y Est. prel. de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002.

<sup>130</sup> Cfr. FERRERO, G.: *El poder. Los genios invisibles de la ciudad*, Madrid, Tecnos, 1998.

<sup>131</sup> Véase BEAUD, O.: *La Puissance de l'État*, París, PUF, 1994.

<sup>132</sup> Véase la exposición de síntesis de HELD, D.: *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Barcelona, Paidós, 1997, págs. 60 y sigs., y ZOLO, D.: *Cosmópolis. Perspectivas y riesgos de un gobierno mundial*, Barcelona, Eds. Paidós, 2000, págs. 29 y sigs.

<sup>133</sup> SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución*, trad. F. AYALA, Madrid, Alianza editorial, 1982, págs. 45 y sigs. La Constitución formaliza las decisiones políticas fundamentales sobre la forma de existencia política concreta del pueblo. En el pensamiento de Schmitt la Constitución en sentido absoluto con la decisión política fundamental, esto es, la decisión sobre la especie y forma de la unidad política del pueblo. Constantino Mortati reprochó a Schmitt, que a pesar de sus posiciones realistas, su concepto carece de determinación y los desarrollos que da a éste son inciertos y oscuros, porque queda enteramente impreciso quién debe considerarse autor de la decisión fundamental. Mortati concluye que, en definitiva, los dos elementos de los que, según Schmitt, se compone el ordenamiento jurídico, el normativo y el *Seinmässig* del orden concreto, en vez de estar fusionados en una unidad superior, siguen siendo,



con relevancia jurídica. Para Schmitt la soberanía popular reemplaza al monarca por el pueblo, de manera que la soberanía popular no descansa, sino que se encuentra siempre presente y con capacidad para actuar disponiendo del orden existente<sup>134</sup>. Él afirma la *permanencia del Poder Constituyente*; a éste le queda siempre la posibilidad de continuar existiendo, y se halla también por encima de toda Constitución jurídica, derivada de él, y de cualquier determinación legal-constitucional, válida en el marco de dicha Constitución. De ahí la inalienabilidad del *pouvoir constituant* del pueblo, que fue puesta de manifiesto por Sieyès<sup>135</sup>. Pero Schmitt más que defensor de la *soberanía del pueblo* es un acérrimo defensor de la *soberanía del Estado europeo*, y con la mirada puesta tanto en la soberanía externa como en la soberanía interna, aunque ello no le impidió detectar, de modo ciertamente anticipatorio, el declive de la forma estatal soberana (Estado nacional unitario e independiente) ante el proceso de mundialización de la sociedad contemporánea<sup>136</sup>. Schmitt asume la concepción tradicional que ve en la soberanía del Estado la condición para la paz interna, a través del monopolio de la fuerza y de los procedimientos para la solución de los conflictos planteados. En este plano Schmitt dentro de su concepción decisionista entiende que la soberanía interna debe ser absoluta, e incluso no ceder frente a una «reserva individualista inextirpable». De ahí la objeción que hace a Hobbes, quien dentro de una actitud prudente defendió esa reserva individual y la libertad de la conciencia en el plano subjetivo *interno*, aunque la rechazó desde el punto de vista externo donde sí tendría una repercusión directa en la gobernabilidad política. A lo cual objeta Schmitt que ello entraña una contribución a la destrucción del Estado soberano que presagiaba males mayores en el declive de la soberanía estatal<sup>137</sup>. Según Schmitt soberano es el que formalmente detenta el monopolio del poder legislativo o del poder ejecutivo, sino el que decide en la situación de excepción, y, por tanto, ostenta el poder de suspender el ordenamiento jurídico y eventualmente instaurar un nuevo orden legitimador en ese poder realmente ostentado. Es, la suya, una posición realista que le hace reivindicar la soberanía y su permanencia frente a la pretensión idealista y utópica de establecer un orden internacional cosmopolita, que supondría una superación de la soberanía de los Estados nacionales y la institucionalización de un nuevo orden internacional diferente al tradicional del *ius publicum europaeum*, pues este se concebía como un orden interestatal y no como un orden transnacional, que sería el resultante de la sociedad cosmopolita. Es cierto que la idea de Estado mundial y de paz mundial es hija de la Ilustración<sup>138</sup>, pero ya había sido formulada por Francisco de Vitoria, en el marco de su reflexión sobre la justificación de la toma de tierra en un Nuevo Mundo<sup>139</sup>.

---

como en Smend, expresiones de realidades diferentes. En todo caso, es mérito de Schmitt haber puesto de relieve cómo la constitución normativa postula un principio de ordenación, del que las normas reciben valor; principio que subsiste al lado y por encima de ésta y guía su cambio, superando el marco de toda competencia constitucional. Cfr. MORTATI, C.: *La Constitución en sentido material*, trad. y Est. prel., de A. BERGARECHE GROS, Madrid, CEPC, 2000, págs. 51 a 54.

<sup>134</sup> Véase SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución*, cit., epígrafe 8 y 10. Sobre esta cuestión consúltese VEGA, P. DE.: *La reforma de la Constitución y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985; PALOMBELLA, G.: *Constitución y soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, trad., y Est. prel., J. CALVO GONZÁLEZ, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, Cap. III (“El problema de la soberanía en el nuevo orden internacional”), págs. 277-631.

<sup>135</sup> SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución*, cit., págs. 108 y sigs. Deduce de ello que donde subsiste un Poder constituyente hay siempre por eso también un *minimum* de Constitución que no necesita ser afectado por el quebrantamiento de leyes constitucionales, revolución y golpes de Estado, en tanto permanezca al menos el fundamento de la Constitución, el Poder constituyente, sea del rey, sea del pueblo. Sobre la problemática de la continuidad política del poder constituyente y la reforma constitucional, véase la excelente obra de DE VEGA, P.: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1991, espec., págs. 60 y sigs.

<sup>136</sup> Véase infra, respecto a las relaciones internacionales.

<sup>137</sup> Véase, al respecto, SCHMITT, C.: *El Leviatán en la teoría del Estado de Tomás Hobbes*, trad. F.J. CONDE, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005.

<sup>138</sup> KAUFMANN, A.: *Filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pág. 457.

<sup>139</sup> Véase SCHMITT, C.: *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del «ius publicum europaeum»*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares (Colección Crítica del derecho), 2002, págs. 73 y sigs.

Por el contrario, se ha entendido contemporáneamente que el Estado constitucional era un *Estado sin soberano*, porque los textos constitucionales contemporáneos habían consagrado un poder político legítimo y limitado a través de un complejo entramado institucional. En sentido se ha podido hablar de una renuncia a la idea de soberanía y, de consiguiente, de soberano absoluto en el Estado constitucional, porque el Estado es formalizado y conformado por el sistema constitucional, sus funciones ordenadas y sus poderes divididos y asignados a órganos competentes diversos<sup>140</sup>. En respuesta a la afirmación schmittiana de que soberano dentro del Estado constitucional es aquel que decide sobre el estado de excepción, se ha argumentado que el derecho de excepción no crea ninguna soberanía. El estado de excepción entraña el riesgo de ser utilizado como medio para lograr la violación de la Constitución jurídica, para dejar de lado la constitución en forma permanente, aprovechando los poderes excepcionales. Pero entonces se trataría tan sólo de un golpe de Estado que se sirve del estado de excepción como mero instrumento. El órgano plenipotenciario traspasa sus competencias y se erige en soberano. No se trata entonces de un soberano en el Estado constitucional, sino del fin del Estado constitucional. En el Estado constitucional no puede haber un soberano<sup>141</sup>. En realidad, sólo dónde no hay soberano puede haber derechos humanos *como derechos* subjetivos en sentido propio, asegurados institucionalmente, y no como simples tolerancias<sup>142</sup>. Se afirma que en el

<sup>140</sup> En este sentido FRIEDRICH, C.J.: *Gobierno constitucional y Democracia*, vol. I, Madrid, CEC, 1975, espec., págs. 60 y sigs.; KRIELE, M.: *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1980, págs. 150 y sigs., y, en general, caps. 2 y 3. Señala Kriele que «el poder constituyente es el único poder soberano que existe para el Estado constitucional. Dentro del Estado constitucional no hay soberanos: sólo hay soberano en el absolutismo, que es justamente lo opuesto al Estado constitucional. La tesis de que en el Estado constitucional no puede haber ningún soberano es un desafío a la opinión dominante» (Ib., pág. 111). La tesis de que en el Estado constitucional no hay soberano se justifica en el epígrafe 28 de dicha obra. Sólo el pueblo cuando actúa como poder constituyente es soberano. Pero esto significa que en esa medida el pueblo está por encima del Estado constitucional, o visto en la perspectiva temporal, es anterior al Estado constitucional. Crea o deroga el Estado constitucional, pero no está dentro del Estado constitucional, de modo que la tesis: *en el Estado constitucional no hay soberano, queda intacto*. Por otra parte, según Kriele, el poder constituyente del pueblo es, ciertamente, de hecho, el poder indiviso, incondicionado e ilimitado de crear y violar el derecho. En esa medida cabe hablar de la *soberanía del pueblo*. Pero este poder sólo puede realizarse en el acto único de la *creación de la constitución*. La soberanía del monarca absoluto, en cambio, se realiza en la actividad de gobierno y legislación *permanente y detallada* (Ibid., pág. 152).

<sup>141</sup> KRIELE, M.: *Introducción a la teoría del Estado*, trad. de E. BULYGIN, Buenos Aires, Depalma, 1980, pág. 156. Para Kriele es preciso distinguir siempre entre la violación del Estado constitucional y la acción dentro del Estado constitucional. Sólo el desconocimiento de esta diferencia explica el malentendido que consiste en suponer la posibilidad de un soberano dentro del Estado constitucional. Aun un partidario tan fervoroso del Estado constitucional como Hermann Heller cae en este error. En su libro *Soberanía* define Heller: «Soberanía es la capacidad jurídica y fáctica de decidir cualquier conflicto que altera la unidad de la colaboración social en un territorio dado, en caso necesario aun en contra del derecho positivo». Pero no hay una capacidad «jurídica» de decidir en contra del derecho positivo. O bien se trata de una capacidad jurídica, en cuyo caso está contenida en el derecho positivo y no puede decidir en contra de este último, sino lo que se hace es dejar de lado provisionalmente determinadas normas del derecho positivo sobre la base de una autorización jurídico-positiva, lo cual es un procedimiento perfectamente legal. O bien se decide efectivamente en contra del derecho positivo; entonces no se trata de una capacidad «jurídica», sino de una *fuerza fáctica* que se impone al derecho o lo suprime, es decir, se trata de un acto delictuoso, de un golpe de Estado, de una revolución o del uso del poder constituyente democrático. En resumen, en el Estado constitucional no hay soberano: se trata, en cambio —histórica y conceptualmente—, de la división de la soberanía estatal entre la totalidad de los órganos del Estado y del derecho público (Ib., págs. 155 a 157).

<sup>142</sup> KRIELE, M.: *Introducción a la teoría del Estado*, cit., pág. 157. Más directamente para el tema que centra ahora la atención, según Kriele los derechos fundamentales y humanos son la *respuesta a las tendencias hacia la soberanía*. La doctrina de la soberanía es un desafío y los derechos humanos son el rechazo de este desafío. Encontramos que los derechos humanos están articulados allí donde hubo tendencias hacia la soberanía. Los derechos humanos son la respuesta a esta tendencia y su rechazo en función de la protección de la libertad humana elemental. Por eso la historia de los derechos humanos transcurre en forma paralela a la historia del Estado constitucional. La historia de los derechos humanos y la del Estado constitucional forman una unidad indivisible. Ciertamente, los derechos humanos ponen condiciones y límites (precisos) a aquel que tiene la competencia de crear y modificar el derecho y niegan el poder de violar el derecho. Ciertamente, los derechos no pueden hacer nada contra un poder fáctico, la desnuda *potestas*, como tampoco puede hacer nada la moral frente al cinismo. *Los derechos sólo tienen efecto frente a otros derechos*, los derechos humanos sólo frente a un poder jurídico, esto es, frente a competencias cuyo origen

Estado constitucional no puede haber un soberano y que únicamente cuando no existe un soberano, hay una libertad segura, basada en los derechos humanos, y no en mera tolerancia. De ahí se sigue que la democracia presupone un Estado constitucional en el cual no haya ningún soberano. Por otra parte, se afirma dentro de la *crítica negativista de la soberanía*, que la soberanía del pueblo no significa que el pueblo ejerce el poder, sino que el poder que está dividido y ejercido por diversos órganos constitucionales, «proviene» del pueblo. Para el Estado constitucional, la soberanía del pueblo significa, por tanto, que el poder constituyente y la titularidad del poder estatal los tiene el pueblo<sup>143</sup>. Así, puesto que el concepto de soberanía del pueblo se agota en estos dos elementos, cabe decir que la soberanía del pueblo es perfectamente compatible con la afirmación de que no hay ningún soberano dentro del Estado constitucional. La soberanía del pueblo sólo aparece al comienzo o al final del Estado constitucional, cuando éste es creado y cuando éste es abolido. Es así que el *soberano democrático* (el pueblo) renuncia a su soberanía al hacer uso de su poder constituyente<sup>144</sup>.

En una dirección análoga, se ha afirmado que la soberanía es un residuo moderno del pasado; que la soberanía interna como potestad absoluta desaparece o se disuelve en presencia de los Estados constitucionales y, en fin, que existe una irreductible antinomia entre soberanía y Derecho, susceptible de anular la legitimidad conceptual de la idea de soberanía: «una soberanía que se hallaría en contradicción no sólo en el ámbito del derecho interno de los ordenamientos avanzados, 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 Derechos Humanos* de 1948»<sup>145</sup>. En realidad, lo que en la actualidad se rechaza es una concepción absolutista de la soberanía, entendida como poder ilimitado. En este sentido se ha afirmado, con razón, que si hoy se puede seguir hablando de soberanía, y parece inevitable hacerlo en la medida en que se establece la soberanía popular como fuente de todos los poderes del Estado, tendrá que ser respecto al fundamento o legitimación de un Estado constitucional. Y ello comporta referirse no a una voluntad en abstracto, sino a un criterio de razón como fundamento del orden constitucional<sup>146</sup>. En defensa del principio de soberanía popular hay que señalar que el constitucionalismo actual persigue desplazar hacia el pueblo el eje de la soberanía, sustrayéndolo a la doctrina del Estado, elitista y autocrática, heredera del siglo anterior. De manera que el reconocimiento jurídico de la llamada subjetividad del pueblo y la conexas soberanía no es el único dique real a la apropiación de la Constitución por parte de otros, de otras ideologías, de otros poderes (incluida en la época del siglo diecinueve, la soberanía del Estado). Ello supone que las constituciones derivan de la soberanía popular, y no viceversa<sup>147</sup>. Es así que el Estado constitucional

---

jurídico y cuyo *status* jurídico sea respetado por el titular de la competencia. Ésta es la razón profunda de por qué los derechos humanos sólo pueden funcionar en un Estado constitucional (*Ib.*, pág. 159).

<sup>143</sup> Esa concepción del poder constituyente como poder para crear la Constitución, esto es, como poder soberano en las democracias constitucionales, es una aportación esencialmente debida a SIEYÈS, para el cual el poder constituyente no está sometido por anticipado a una determinada Constitución, siendo la nación libre para decidir. El poder constituyente se agotaría en el acto en que se manifiesta, como poder excepcional. De lo que resulta que la Constitución es obra del poder constituyente, no del poder constituido que queda sometido a la Constitución. Cfr. SIEYÈS, E.: *Escritos y discursos de la Revolución*, trad. R. Máiz, Madrid, CEC, 1990. Para su concepción de la nación, soberanía y Constitución, puede consultarse MÁIZ, R.: *Nación y revolución: la teoría política de Emmanuel Sieyès*, Madrid, Ed. Tecnos, 2007, págs. 105 y sigs.; y DAVID, M.: *La souveraineté du peuple*, París, PUF, 1996.

<sup>144</sup> KRIELE, M.: *Introducción a la teoría del Estado*, cit., págs. 315 y 317. Hace notar Kriele que el soberano democrático, a diferencia del soberano monárquico, ya no puede actuar en forma inmediata. Como factor político sólo existe en forma latente: entra a funcionar cuando el Estado constitucional se derrumba. Cabe decir también: la soberanía democrática descansa mientras existe el Estado constitucional (*Ib.*, pág. 318).

<sup>145</sup> En este sentido FERRAJOLI, L.: «La soberanía en el mundo moderno», cit., págs. 125 y sigs., en particular pág. 126.

<sup>146</sup> AGAPITO, R.: «Introducción» a SCHMITT, C.: *El concepto de lo político* (1932), cit., pág. 34.

<sup>147</sup> Cfr. PALOMBELLA, G.: *Constitución y soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, cit., pág. 105.

se construye bajo el presupuesto de la soberanía popular como fuente originadora de producción del mismo orden constitucional.

Cuestión distinta es su asimilación reflexiva de la crítica de Max Weber a la democracia parlamentaria como ficción de la soberanía popular, y su moderada inclinación hacia el cesarismo político<sup>148</sup>. La instancia soberana está dotada de una competencia excepcional para ir más allá — incluso en contra— del Derecho válido para hacer frente a situaciones de peligro. Ahí reside el criterio esencial de la soberanía, pues el soberano es quien decide efectivamente sobre la situación excepcional, porque es el que verdaderamente se halla en condiciones de garantizar sustancialmente el orden jurídico y social. Con ello, lo político queda reducido a la excepción, siendo así que la situación límite es contrapuesta a la normalización derivada del orden constitucional definido y del Derecho estatal. La situación de excepción se caracteriza en el pensamiento de Schmitt con base al hecho de eludir a las normas, incluso con el poder de suspender la misma constitución jurídica. El mismo ordenamiento jurídico reposa sobre una decisión político-jurídica y no en una norma por fundamental que ella pueda ser representada<sup>149</sup>. En este sentido ante una situación de excepción Schmitt considera que entre democracia y dictadura —en cuanto dos formas típicas de ejercicio de la soberanía— es ésta última (la cual, con evidente ambigüedad, entiende compatible con su concepción de la democracia<sup>150</sup>) la que permitirá imponer una decisión restauradora del orden o de establecer un orden nuevo adaptado a las nuevas exigencias de gobernabilidad política<sup>151</sup>. Para Schmitt la cuestión fundamental que ha estado en el origen del *ius publicum europaeum* ha sido la cuestión de quien decide sobre la situación de excepción. En esta dirección reformuló el concepto de soberanía como decisión sobre la situación de excepción. A partir de ahí defendió su teoría del decisionismo, la cual está fundada, en sentido histórico-dogmático, sobre la reinterpretación en clave decisionista de la

<sup>148</sup> Véase WEBER, M.: *Sociología del Derecho*, Est. prel., «La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: teoría e ideología», a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, espec., Parte II, epígrafe 6 («Parlamentarismo y democracia»). Para una inserción histórica del pensamiento de Schmitt sobre esta materia, véase LANCHESTER, F.: *Carl Schmitt: un giurista scomodo e Carl Schmitt e la storia costituzionale*, ambos en LANCHESTER, F.: *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Milán, Giuffrè, 1994, págs. 221 a 242 y 243 a 268. Entre nosotros puede consultarse GÓMEZ ORFANEL, G.: *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Madrid, CEC, 1986, págs. 89 y sigs.

<sup>149</sup> SCHMITT, C.: «Teología política» (1922), en *Escritos políticos*, trad. D.J. CONDE, Madrid, Editorial Doncel, 1975. En una posición coincidente, en esto, con la de Schmitt se ha señalado que «con razón se ha afirmado (Schmitt) que quienes están en situación de proclamar el estado de excepción y de suspender las garantías constitucionales son quienes verdaderamente ostentan el poder soberano». De ahí se infiere la necesidad de prever y limitar, sin embargo, dicho poder tendencialmente absoluto. Cfr. HAYEK, F.A.: *Derecho, legislación y libertad*, vol. 3, Madrid, Unión Editorial, 1978, págs. 214-215.

<sup>150</sup> Schmitt contempla a la democracia tanto como «forma política» (que corresponde al principio de identidad, el cual quiere decir identidad del pueblo en su existencia concreta consigo mismo como unidad política; el pueblo como portador del poder constituyente que se da a sí mismo una Constitución) y como «forma de Gobierno o de la Legislación», que significa que en el sistema de la distinción de poderes, uno o varios de éstos, por ejemplo, la Legislación o el Gobierno, se organizan según principios democráticos con una participación lo más amplia posible de los ciudadanos. Concluye definiendo la democracia (tanto en cuanto forma política como en cuanto forma del Gobierno o de la Legislación) como identidad de dominadores y dominados, de gobernantes y gobernados, de los que manda y los que obedecen. El poder del Estado y Gobierno emanan del pueblo en la Democracia. Pero el sistema de democracia parlamentaria muestra, según él, sus contradicciones en cuanto que refleja la pretensión de ser un sistema político intermedio entre la monarquía y la democracia proletaria. Cfr. SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución*, cit., págs. 221, 230-231 y 294 y sigs.

<sup>151</sup> Es discutible que pueda afirmarse una esencial continuidad entre en esto entre el pensamiento político de Schmitt y la dirección crítica abierta por Max Weber. Puede verse, MOMMSEN, W.: *Max Weber: Sociedad, política e historia* (1974), trad. E. GARZÓN VALDÉS, Barcelona, 1981; GALLI, C.: *Genealogía della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bolonia, Il Mulino, 1996, págs. 477 y sigs.; y MONEREO PÉREZ, J.L.: «La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: Teoría e Ideología», Est. prel., a WEBER, M.: *Sociología del Derecho*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, espec., págs. 49 y sigs.; y ampliamente, y MONEREO PÉREZ, J.L.: *Modernidad y capitalismo: Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013.

misma doctrina de Bodin y, en sede más estrictamente teórica, sobre la correlación del concepto de soberanía (y de «decisión soberana») por un lado a la noción de «teología política», y por el otro, a la de «lo político» (cuyo criterio viene individualizado en la antítesis amigo-enemigo)<sup>152</sup>. Para Schmitt, soberano es aquel que decide sobre el estado de excepción. Y en ese plano, observa que la soberanía es de todos los conceptos jurídico-políticos el que dominado se encuentra por intereses reales. Para Schmitt la excepción es un *concepto límite* (*Grenzbegriff*) que revela la decisión, no la norma en sí, como forma específica del Derecho. La excepción puede tener una previsión genérica (situaciones imprevisibles de emergencia o riesgo para la seguridad del Estado), pero no específica de ante mano en el sistema legal. Según Schmitt, en lo sustancial, el problema de la soberanía es ante todo un *problema de la forma jurídica y de la decisión*<sup>153</sup>. Esta concepción —ciertamente lúcida— culmina, sin embargo, en su modo de pensar, en la justificación de la dominación total del Estado como poder soberano, el cual se reserva para sí la verdad y la neutralidad valorativa característica de un instrumento técnico, que se fundamenta por el extraordinario poder del mecanismo de mando que detenta<sup>154</sup>.

Para Schmitt<sup>155</sup> el ámbito propio de la política se asimila unilateralmente a la esfera de relación y contraposición amigo-enemigo, presuponiendo el conflicto y su función de defensa del amigo y de combate del considerado enemigo. Llegado al extremo estos conflictos políticos sólo pueden ser resueltos mediante el uso de la fuerza que es monopolizada por el poder político (y cuya expresión más abierta sería el paradigma de la guerra como choque violento a través de la fuerza armada entre unidades políticas soberanas). Leo Strauss criticó el enfoque decisionista de Schmitt, porque su concepción conduciría a situar el estado de naturaleza (situación anormal) en el lugar mismo de lo político<sup>156</sup>. En efecto, en Schmitt el *status naturalis* es el estado auténticamente político; pues igualmente según él lo político reside no en la lucha misma, sino en un comportamiento determinado por esta *posibilidad real*. Con todo, de ello se desprende que lo político es para él el estado de naturaleza que sustenta toda cultura, de manera que Schmitt honra el concepto hobbesiano de estado de naturaleza. Así la diferencia específica de lo político reside en «el» *status naturalis*, el *status* fundamental y extremo del hombre. Sin embargo, es de destacar que Schmitt determina el estado de naturaleza de un modo fundamentalmente distinto al que le otorga Hobbes. Como señala Leo Strauss para Hobbes, el estado de guerra entre individuos —para Schmitt es el estado de guerra entre grupos (particularmente, entre pueblos). Para Hobbes, en el estado de naturaleza todos son enemigos entre sí —para Schmitt todo comportamiento político está adjudicado al *amigo* o al *enemigo*. La diferencia reside en que la

<sup>152</sup> Véase MARRAMAQ, G.: *Dopo Il Leviatano. Individuo e comunità nella filosofia politica*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1995, cap. 2 («Soberanía: por una crítica del concepto»), págs. 305 y sigs.; BOLAFFI, A.: *Il crepuscolo della Sovranità. Filosofia e politica nella Germania del Novecento*, Roma, Donzelli editore, 2002, espec., págs. 133 y sigs.

<sup>153</sup> Es significativo el ensayo de SCHMITT, C.: «El problema de la soberanía como problema de la forma jurídica y de la decisión», recogido como Anexo a la edición de su obra, *El Leviathan en la teoría del Estado de Tomas Hobbes* (1938), trad. F. JAVIER CONDE, revisión, edición y estudio preliminar, «El espacio de los político en Carl Schmitt» (IX-LXXIX), a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Ed. Comares, 2004, págs. 79 a 94.

<sup>154</sup> Cfr. SCHMITT, C.: *El Leviathan en la teoría del Estado de Tomas Hobbes* (1938), trad. F. JAVIER CONDE, revisión, edición y estudio preliminar, «El espacio de los político en Carl Schmitt» (IX-LXXIX), a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Ed. Comares, 2004, espec., págs. 59 y sigs. Sobre la concepción de la soberanía en Carl Schmitt, puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: *Soberanía y orden internacional en Carl Schmitt*, estudio preliminar a SCHMITT, C.: *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del «Ius publicum europaeum*, Granada, Ed. Comares, 2002, págs. XI a CXXVIII; KENNEDY, E.: *Carl Schmitt en la República de Weimar. La quiebra de una Constitución* (2004), Prefacio de E. GARCÍA, trad. P. LOMBA FALCÓN, Madrid, Ed. Tecnos, 2012, págs. 101 y sigs.

<sup>155</sup> Como también para FREUND, J.: *La esencia de lo político*, Madrid, Editora Nacional, 1968, que sigue, y profundiza, en esa dirección de pensamiento.

<sup>156</sup> STRAUSS, L.: «Apuntaciones sobre El concepto de lo político de Carl Schmitt», en *Persecución y arte de escribir y otros ensayos de filosofía política*, Valencia, Eds. A. EL MAGNÁNIM, 1996, pág. 38.; también en la versión francesa, STRAUSS, L.: «Comentaire de La Notion de politique de C. Schmitt» en MEIER, H.: *Carl Schmitt-Leo Strauss. Un dialogue entre absents*, Paris, Julliard, 1990.

determinación hobbesiana del estado de naturaleza se constituye *polémicamente*: el hecho de que el estado de naturaleza sea el estado de guerra de todos contra todos, debe motivar el abandono del estado de naturaleza. A esta negación del estado de naturaleza o de lo político contraponen Schmitt la posición de lo político<sup>157</sup>. Frente a la negación liberal de lo político Schmitt reafirma la realidad de lo político, más allá de que se considere deseable o no; la política es el sino del hombre. Con su teoría decisionista (conforme a la cual el corazón de la idea política reside en la omnimoda decisión) Schmitt trataba conscientemente de articular una ofensiva contra el Estado liberal en situación crítica<sup>158</sup>.

En el caso excepcional —dice— el Estado suspende el Derecho en virtud de un *derecho de autoconservación* del orden existente, a través del reconocimiento de poderes decisorios ilimitados a una instancia soberana<sup>159</sup>, lo cual no parece compatible con las exigencias de un moderno Estado de Derecho, sino de los Estados autoritarios<sup>160</sup>. La noción de *legitimidad* en la que acaso se pueda basar Schmitt es el concepto de *legitimidad funcional*, que remite a la cualidad de la instancia política de ser capaz de garantizar la paz. El Estado asume, pues, la función básica de asegurar la paz, como institución que existe para satisfacer necesidades sociales en un cierto estadio de desarrollo humano<sup>161</sup>. No le interesa la *legitimidad* a través del consentimiento, ni tampoco la legitimidad moral. Él opera más bien con la distinción problemática entre legitimidad dinástica y democrática de una Constitución, existiendo ésta cuando el poder y la autoridad del poder constituyente (el pueblo o un monarca), en cuya decisión se basa, es *reconocida*<sup>162</sup>.

El decisionismo encuentra una plasmación típica en la obra de Schmitt, *Politische Theologie (Teología Política)*, donde se justifica la necesidad de una instancia política que tome decisiones extraordinarias ante situaciones de excepción por ella misma definidas, y se argumenta que el objeto político del poder soberano es básicamente la conservación del orden estatal imponiendo con competencias ilimitadas las medidas de excepción necesarias. Todo orden —dice en frase memorable— se basa en una decisión<sup>163</sup>. Esa competencia ilimitada incluso para modificar una Constitución no puede ostentarla un parlamento, ya que éste, en tanto poder constituido legitimado a través de la Constitución, no tiene la *legitimidad* para revocar la decisión del poder constituyente del pueblo en favor de esa Constitución (el poder constituyente del pueblo está por encima de la Constitución). Nótese que para Schmitt el fundamento de validez de la Constitución reside en la voluntad del poder constituyente. Lo importante aquí no es tanto la racionalidad de la elección como la capacidad de imposición de un actor político, por contraposición al relativismo político liberal. De ahí a la formulación de que Derecho es lo que aprovecha al pueblo hay un sólo paso que Schmitt

<sup>157</sup> STRAUSS, L.: «Apuntaciones sobre *El concepto de lo político* de Carl Schmitt», cit., págs. 38-39. Prolonga su reflexión indicando que «Si es verdad que la definitiva conciencia de sí propio del liberalismo es la filosofía de la cultura, podemos decir a modo de resumen que el liberalismo, a salvo y sereno en un mundo de cultura, olvida el fundamento de la cultura, el estado de naturaleza, es decir, la peligrosidad y contingencia de la naturaleza humana. Yendo en contra del liberalismo, Schmitt retoma a su fundador, a Hobbes, para alcanzar la raíz del liberalismo en la expresa negación hobbesiana del estado de naturaleza. Mientras Hobbes cumple la fundación del liberalismo en un mundo liberal, Schmitt emprende la crítica del liberalismo en un mundo liberal» (*Ibid.*, pág. 41).

<sup>158</sup> Véase CONDE, F.J.: *Introducción al Derecho político actual*, estudio preliminar, «Un anticipador de la Constitución política española. Las posiciones jurídico-políticas de Javier Conde» (IX-LII), por J. MOLINA, Granada, Ed. Comares, 2006, págs. 96 y sigs.; y ampliamente ESTÉVEZ ARAUJO, J.A.: *La crisis del Estado de Derecho liberal*, Barcelona, Ariel, 1989.

<sup>159</sup> SCHMITT, C.: «Teología política» (1922), en *Escritos políticos*, cit.

<sup>160</sup> Véase KRIELE, M.: *Introducción a la teoría del Estado*, trad. de E. Bulygin, Buenos Aires, Depalma, 1980. Para la concepción schmittiana del Estado de Derecho, véase SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución*, cit., págs. 141 y sigs.

<sup>161</sup> La vinculación de ese institucionalismo schmittiano con el pensamiento de Arnold Gehlen es notoria. Véase la obra de GEHLEN, A.: *El hombre. Su naturaleza y su lugar en el mundo*, 2.ª ed., Salamanca, Eds. Sígueme, 1987, espec., «Introducción».

<sup>162</sup> Véase SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución*, cit. Véase, al respecto, KAUFMANN, M.: *¿Derecho sin reglas?*, trad. J. M. SEÑA, rev. E. GARZÓN VALDÉS, México, Distribuciones Fontamara, 1993, págs. 155 y sigs.

<sup>163</sup> SCHMITT, C.: «Teología política» (1922), en *Escritos políticos*, cit.

efectivamente dio en el plano discursivo y político: teorizando sobre el Derecho del Estado total del Führer, como expresión de un decisionismo orientado hacia la autoconservación del orden estatal frente a los enemigos internos y externos<sup>164</sup>. Una posición de la cual marca implícitamente las distancias oportunas en un ensayo posterior<sup>165</sup>. Es la consideración del Estado como una máquina de guerra.

La soberanía opera sobre un orden concreto, acotado desde el punto de vista físico, social, político y jurídico<sup>166</sup>. Para Schmitt el hombre es un ser situado en un espacio físico, la tierra. Sobre ese ámbito espacial se produce el asentamiento de los pueblos, se establecen los distintos modos de convivencia y las relaciones de poder<sup>167</sup>. Para él la Historia Universal no es sino la historia de la lucha permanente entre sí de las potencias marítimas y de las terrestres, aunque esa lucha se produce contemporáneamente también en el dominio de los nuevos espacios (el espacio aéreo o cósmico), más allá de que puedan ser «habitados» efectivamente por el hombre<sup>168</sup>. En el fondo, con ello evidencia la presencia en su pensamiento del modelo político espacial de la Grecia antigua, que representa la organización de la ciudad bajo la forma de un esquema espacial. En gran medida las mismas divisiones del espacio y del tiempo se correspondían, en dicha concepción, con la idea de que el espacio y el tiempo se modelan tanto el uno como el otro sobre orden divino del cosmos. Es en las

<sup>164</sup> Véase SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución*, cit. Al respecto, puede consultarse las reflexiones críticas de KAUFMANN, M.: *¿Derecho sin reglas?*, trad. J. M. SEÑA, rev. E. GARZÓN VALDÉS, México, Distribuciones Fontamara, 1993, págs. 166 y sigs. Este posicionamiento más proclive al nacionalsocialismo corresponde más propiamente a una época intermedia con algunos ensayos significativos, por lo que tienen de toma de posición al respecto: «Estado, movimiento, pueblo (1933)», «El Führer protege el Derecho (1934)» y «Posiciones y conceptos (1940)». Véase la trad. it., SCHMITT, C.: *Principii politici del nazionalsocialismo*, trad.it. D. CANTIMORI, Firenze, 1935; *Scritti politici giuridici: 1933-1942*, selección de A. CAMPI, Perugia, 1983. Véase también SCHMITT, C.: «Hacia el Estado total», en *Revista de Occidente*, mayo, 1931.

<sup>165</sup> SCHMITT, C.: «La revolución legal mundial. Plusvalía política como prima sobre legalidad jurídica y superlegalidad», en *REP*, núm. 10. Nueva Época (1979), espec., págs. 16 a 20.

<sup>166</sup> Véase HERRERO LÓPEZ, M.: «La categoría del orden en la filosofía política de Carl Schmitt», en NEGRO PAVÓN, D. (Coord.): *Estudios sobre Carl Schmitt*, Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, Colección Veintiuno, 1996, págs. 263 y sigs.; Id.: *El nomos y lo político: la filosofía política de Carl Schmitt*, Pamplona, Eunsia, 1997.

<sup>167</sup> Véase SCHMITT, C.: *Tierra y mar*, Madrid, IEP, 1952, pág. 7; SCHMITT, C.: *El Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del Jus Publicum Europaeum*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002. Véase SCHMITT, C.: *El Leviathan en la teoría del Estado de Tomas Hobbes* (1938), trad. F. JAVIER CONDE, revisión, edición y estudio preliminar, «El espacio de lo político en Carl Schmitt» (IX-LXXIX), a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Ed. Comares, 2004, espec., págs. 59 y sigs. Sobre la concepción de la soberanía en Carl Schmitt, puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: *Soberanía y orden internacional en Carl Schmitt*, estudio preliminar a SCHMITT, C.: *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del «Ius publicum europaeum*, edición a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, págs. XI a CXXXVIII; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, Cap. III (sobre el problema de la soberanía en el nuevo orden internacional: Estados soberanos y orden global), págs. 277-631; KENNEDY, E.: *Carl Schmitt en la República de Weimar. La quiebra de una Constitución* (2004), Prefacio de E. GARCÍA, trad. P. LOMBA FALCÓN, Madrid, Ed. Tecnos, 2012, págs. 101 y sigs.

<sup>168</sup> Cfr. SCHMITT, C.: *Tierra y mar*, Madrid, IEP, 1952, pág. 16; SCHMITT, C.: «Der Aufbruch ins Weltall», *Chist und Welt*, 23 junio 1955, Nr. 25 VIII. Jhg., pág. 10. Entiende, sin embargo, que la tierra es el dominio propio del hombre y la esfera determinante del poder: «Todos hablan de que la moderna técnica ha hecho nuestra Tierra irrisoriamente pequeña. Los nuevos espacios, de los que procede la nueva llamada, deben por eso buscarse en nuestra tierra y no fuera, en el cosmos. Aquel que logre apresar la técnica desencadenada para dominarla e insertarla en un orden concreto, habrá dado una repuesta a la actual llamada antes que aquel que intente, con los recursos de una técnica desencadenada, aterrizar en la Luna o en Marte». Cfr. SCHMITT, C.: «La tensión planetaria entre oriente y occidente y la oposición entre tierra y mar», en *REP*, núm. 82 (1955), pág. 28. Véase también su ensayo «El orden del mundo después de la segunda guerra mundial», en *REP*, núm. 122 (1962), págs. 19 y sigs., donde hace referencia a la «toma del espacio cósmico». Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, Cap. III (sobre el problema de la soberanía en el nuevo orden internacional: Estados soberanos y orden global), págs. 277-631.

*Leyes* de Platón donde el modelo de un espacio político geometrizado, que caracteriza a la civilización griega, se localiza en sus rasgos específicos más firmemente dibujados<sup>169</sup>.

El espacio es también determinante de un modo de ser del hombre, donde éste instaura su orden: es, pues, un espacio espiritual y civilizatorio<sup>170</sup>. En este espacio «localizado» física y espiritualmente encuentra su pleno sentido la noción de orden concreto, el cual tiene como elemento caracterizador fundamental el ser un orden del espacio concreto, un *nomos* de la tierra. El *nomos* es un acto espacial concreto que constituye y representa una disposición y un orden<sup>171</sup>. El *nomos* de la tierra, como espacio de actividad, tiene una fuerza explicativa sobre todos los ámbitos de la vida social, interna e internacional, porque a través de esa fijación espacial un pueblo adquiere una posición determinada y diferenciada respecto de los demás («los otros») y le permite ser soporte de un orden de convivencia y desarrollo del hombre.

Existe una estrecha relación entre espacio y poder, porque éste último opera bajo los límites de aquél y sobre esa localización originaria se enmarcan las relaciones entre los respectivos poderes soberanos<sup>172</sup>. El espacio físico es una condición del poder y un elemento delimitador del ámbito en que el mismo se ejerce. La frontera delimita la posición del «extranjero» y, en su caso, un enemigo y un modo de realizar la guerra<sup>173</sup>. Esa delimitación espacial del enemigo está en la base de su configuración como espacio político y las mutaciones que se operan en cada momento histórico sobre el espacio suponen una transformación de los modos de manifestación del poder<sup>174</sup>. Schmitt centrará su concepto de política en base a esa teoría amigo-enemigo<sup>175</sup>, que no obstante su indudable fuerza, ha podido expresarse críticamente que muestra una manifiesta *debilidad sistemática y su incoherencia lógica*<sup>176</sup>. Es dudoso, sin embargo, que sea acertado el desconocimiento de la utilidad histórico-analítica de ese esquema de pensamiento schmittiano<sup>177</sup>. Para él la distinción amigo y enemigo es la *distinción política*

<sup>169</sup> VERNANT, J.P.: *Mito y pensamiento en la Grecia Antigua* (1965), Barcelona, Ariel, 1983, cap. III («Organización del Espacio»), págs. 135 y sigs. Una perspectiva más general, en MUSTI, D.: *Demokratía. Orígenes de una idea*, Madrid, Alianza, 2000; *Ibid.*, *Exportar la libertad: el mito que ha fracasado*, Madrid, Ed. Akal, 2008; CONFORA, L.: *La democracia, historia de una ideología*, Barcelona, Ed. Crítica, 2004.

<sup>170</sup> SCHMITT, C.: *Glossarium. Aufzeichnung der Jahre 1947-1951*, Berlín, Duncker & Humblot, 1991, pág. 317. Traducción, SCHMITT, C.: *Glossarium. Anotaciones desde 1948 hasta 1958* (2015), trad. G. GONZÁLEZ VIÑAS, Sevilla, Ed. El Paseo, 2021.

<sup>171</sup> En este sentido HERRERO LÓPEZ, M.: «La categoría del orden en la filosofía política de Carl Schmitt», en NEGRO PAVÓN, D. (Coord.): *Estudios sobre Carl Schmitt*, Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, Colección Veintiuno, 1996, pág. 272. No se debe olvidar el peso cada vez mayor del pensamiento institucionalista de Hauriou en Schmitt. Sobre ello llamó la atención MORTATI, C.: *Brevi note sul rapporto fra Costituzione e Política nel pensiero di Carl Schmitt*, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, II, 1973, págs. 512 y sigs.

<sup>172</sup> Véase SCHMITT, C.: *El Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del Jus Publicum Europaeum*, cit. En realidad esta visión comprensiva de lo político enlaza también con misma actitud personal: «Schmitt vivió para la política; ninguna otra cosa podía penetrar en él. Cualquiera que fuera el alimento intelectual que ingiriera, al final emergía como política». Cfr. FRYE, Ch. E.: «Carl Schmitt's Concept of the Political», en *The Journal of Politics* (1966), págs. 818 a 830, en particular pág. 822.

<sup>173</sup> Schmitt hace entroncar su pensamiento con Hobbes, indicando que éste «hace lo político ya no es neutralidad, sino la clara delimitación de la línea de amistad». Cfr. SCHMITT, C.: *Ex Captivitate Salus*, cit., pág. 71.

<sup>174</sup> En este sentido HERRERO LÓPEZ, M.: «La categoría del orden en la filosofía política de Carl Schmitt», en NEGRO PAVÓN, D. (Coord.): *Estudios sobre Carl Schmitt*, Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, Colección Veintiuno, 1996, pág. 276.

<sup>175</sup> Véase, al respecto, BENDERSKY, J.W.: *Carl Schmitt teórico del Reich*, trad. it., e Introducción de M. GHELARDI, Bolonia, Il Mulino, 1989, cap. V («La tesis del amigo-enemigo y la constitución inviolable»).

<sup>176</sup> Véanse las reflexiones de KAUFMANN, M.: *¿Derecho sin reglas?*, trad. J.M. SEÑA, rev. E. GARZÓN VALDÉS, México, Distribuciones Fontamara, 1993, págs. 26 y sigs.

<sup>177</sup> Una posición manifiestamente contraria a la de Kaufman es la mantenida por FREUND, J.: *La esencia de lo político*, Madrid, Editora Nacional, 1968. Véase el propio SCHMITT, C.: *Teoría del partisano. Acotación al concepto de lo político*, trad. A. SCHMITT DE OTERO, Madrid, IEP, 1966.



*específica* a la cual pueden remitirse las acciones y motivos políticos<sup>178</sup>. Este criterio identificador de lo político y la teoría decionista en combinación con la teoría del orden concreto se mantiene y utiliza analíticamente por Schmitt también en los últimos años, en una obra más significativa de lo que se piensa del último Schmitt, y que lleva por subtítulo significativamente «Acotamiento al concepto de lo político»<sup>179</sup>. No puede equipararse lo estatal y lo político. Es más: el concepto de Estado *presupone* el concepto de lo político, sin identificarse con él, porque él no es más que el *status* político de un pueblo organizado en una unidad territorial, sin ostentar en la modernidad el monopolio de lo político. Habla de enemigo público en el sentido de *hostis*, no de adversario privado conforme al uso cotidiano del lenguaje<sup>180</sup>.

Con la formación del *ius publicum europaeum* se distingue entre el enemigo y el criminal, de manera que la noción *jurídica* de enemigo deja de ser objeto de aniquilación, haciéndose posible asimismo pactar un tratado de paz con el vencido: es así que el Derecho europeo de gentes permitió el acotamiento de la guerra con ayuda de la noción de Estado soberano. Se conseguía así un sistema de Estados europeos cuya ordenación quedó legitimada como un imperio de razón relativa: la igualdad de los Estados soberanos los convierte en «partenaires» de guerra con derechos idénticos y evita los métodos de la guerra de aniquilación<sup>181</sup>. El enemigo es el otro, el extraño, y es suficiente para su esencia el que en un sentido especialmente intenso sea existencialmente algo diferente y extraño, de modo que, en un caso extremo, sean posibles conflictos con él, que no pueden ser decididos por cauces normales (normación previa o decisión de un tercero imparcial). Esa distinción fundamental permite determinar una concreta unidad política respecto de otras unidades políticas diversas. La capacidad para determinar al enemigo «interno» o «externo» en cada caso corresponde a la unidad política soberana. Subyace a la teoría amigo-enemigo el entendimiento de del Estado como la expresión suprema de la unidad política, la delimitación de la guerra entre los Estados como un elemento de civilización en las relaciones humanas y la concepción del Estado como una instancia suprema de la sociedad capaz de garantizar el orden y la paz en la guerra civil y en las relaciones con otras unidades políticas soberanas. Ese elemento político traducido en la dialéctica amigo-enemigo es inevitable, en contra de la posición del liberalismo (que según él se caracteriza incluso como negación de lo político) que trata de introducir una moralidad universalista con la pretendida finalidad de evitar la posibilidad de una guerra, cuyo surgimiento, sin embargo, depende de factores reales no dependientes de principios morales. Lo político y sus manifestaciones dinámicas no tiene ningún sentido normativo, sino sólo *existencial* (de un pueblo políticamente existente donde el Estado es su *status* político) en la realidad de una situación concreta de la lucha real contra un enemigo real más allá de razones éticas o ideales<sup>182</sup>. La percepción del enemigo es una cualidad constitutivo del poder

<sup>178</sup> SCHMITT, C.: *El concepto de lo político* (1932), cit.

<sup>179</sup> SCHMITT, C.: *Teoría del partisano. Acotación al concepto de lo político* (1963), cit.

<sup>180</sup> Se ha señalado que la situación polémica es la de violencia abierta y directa o la del combate regulado. Representa una situación conflictiva o que corre el riesgo de llegar a serlo, poco importa la forma o el grado de la violencia, pues puede tratarse tanto de una querrela con golpes y heridas, como de un enfrentamiento en un espacio más vasto en el caso de la guerra (guerra exterior y guerra civil), de un motín, de una sedición, de un golpe de estado o de una revolución. *La característica esencial es que los protagonistas se enfrentan como «enemigos»*, lo que quiere decir que se dan, con o sin razón, legítima o ilegítimamente, el derecho de suprimir físicamente, llegado el caso o en último extremo, a los miembros del campo opuesto a fin de romper inmediatamente o a plazo fijo (en el caso de la lucha de clases) la resistencia de los que se oponen o de supuestos oponentes. Cfr. FREUND, J.: *Sociología del conflicto*, Madrid, Ed. Ministerio de Defensa, 1995, pág. 71.

<sup>181</sup> SCHMITT, C.: *El nomos de la tierra*, de la presente edición, págs. 126 y sigs.

<sup>182</sup> SCHMITT, C.: *El concepto de lo político* (1932), cit. La acotación a lo político está presente en toda obra fundamental de Schmitt. Así en su *catolicismo y forma política* señala que el Catolicismo es político en sentido eminente, a diferencia de esta objetividad absolutamente económica. Ahora bien, aquí «político» no significa precisamente el manejo y dominio de determinados factores de poder sociales e internacionales, como pretende el concepto maquiavélico de lo político, que hace del mismo una mera técnica, en la medida en que aísla un único momento (el externo) de la vida política. La mecánica política tiene sus propias leyes, que se hacen extensivas al catolicismo,

soberano, la cual se debilita en las sociedades industriales contemporáneas, con Estados de pluralidad de clases<sup>183</sup>, donde se resquebraja la unidad de la soberanía por la atribución de poderes políticos a asociaciones privadas, deviniendo el Estado en una instancia política más, como evidenciaron las teorías pluralistas de Laski y Cole<sup>184</sup>.

El binomio amigo-enemigo es un presupuesto constitutivo de lo político. La relevancia para la filosofía política de esa relación ha sido calificada justamente de genial, como elemento de comprensión no sólo de la guerra, sino como una de las bases de cualquier política<sup>185</sup>. Y es que ciertamente la pareja amigo-enemigo es criterio de la política, pudiendo presentarse con independencia de otros criterios (morales, económicos, estéticos, etc.). El enemigo es sencillamente «el otro» con cual se tienen relaciones de conflicto de difícil o imposible resolución por los cauces normales de institucionalización. De ahí que el Estado trata de impedir en su interior este tipo de conflictos abiertos. Dentro del pluriverso político, la unidad política presupone la existencia efectiva o posible de un enemigo. Para él sólo hay auténtica política donde existe un enemigo real o virtual, dividiéndose las colectividades en amigas y enemigas. El Estado ha constituido la unidad política histórica que ha conseguido —o al menos lo ha hecho en larga duración— suprimir al enemigo en el interior de su espacio, desplazándolo hacia el exterior, y como presupuesto de la política exterior. Lo que no significa que el enemigo interior renazca en una guerra civil, ni tampoco que el Estado sea la única unidad política capaz de conseguir una paz duradera. Ya en sí, al ser el Estado una soberanía absoluta dentro del largo proceso de racionalización del poder, se infiere que éste no admita una dependencia respecto de otra unidad política. En esta dirección interesa tener muy presente que el Estado no puede identificarse con lo político, es una instancia creada artificialmente. Pero, en todo caso, cualquiera que sea la unidad política, todas tienden por hecho de serlo inevitablemente a eliminar el enemigo interior para hacer reinar la concordia civil, porque de no ser así su existencia quedaría gravemente comprometida. De manera que el binomio amigo-enemigo acaba por condicionar la conservación de la unidad política<sup>186</sup>. Una unidad política soberana si quiere permanecer en el tiempo debe garantizar la concordia interior, la amistad<sup>187</sup> interna, y la independencia de decisión respecto de las demás unidades del pluriverso político. La política presupone en sí un enemigo: la pluralidad de los Estados proviene del concepto de lo político. La noción de unidad política presupone la posibilidad real del enemigo y, por este hecho, la coexistencia de otra unidad política. Esta es la razón por la cual habrá varios Estados mientras haya un Estado en la Tierra<sup>188</sup>. El enemigo político es el otro que se combate

---

como a cualquier otra magnitud histórica implicada en la política». Cf. SCHMITT, C.: *Catolicismo y forma política* (1923-1925), trad. y Est. prel. de C. RUIZ MIGUEL, Madrid, Tecnos, 2000, pág. 20.

<sup>183</sup> Por utilizar la fórmula expresiva de GIANNINI, M.S.: *El poder público*, trad. L. Ortega, Madrid, Civitas, 1991, cap. III. La perspectiva pluralista es especialmente singular en GURVITCH, véase, al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L.: Est. prel. a GURVITCH, G.: *Elementos de sociología jurídica*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001.

<sup>184</sup> LASKI, H.J.: *La Gramática de la Política. El Estado moderno* (1925), revisión técnica, edición crítica y estudio preliminar, “La filosofía política de Harold J. Laski (pp. XV-CXVIII)”, a cargo J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, págs. 446-469; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La democracia en crisis: Harold J. Laski*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2004; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Democracia social y económica en la metamorfosis del Estado moderno: Harold J. Laski”, en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 11, núm. 1, 2021, pp. 298–377. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5426>

<sup>185</sup> FREUND, J.: *La esencia de lo político*, Madrid, Editora Nacional, 1968, pág. 555. Reeditado: Traducción S. NÖEL, edición y estudio preliminar J. MOLINA CANO, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.

<sup>186</sup> FREUND, J.: *La esencia de lo político*, cit., págs. 562-563. Para Freund el Estado es una de las confirmaciones históricas posibles o una de las fisonomías históricas por la cual una colectividad afirma su unidad política y cumple su destino, es decir, se hace voluntad coherente y común (*Ibid.*, pág. 701).

<sup>187</sup> Para la relevancia política de la «amistad», véase el detenido análisis de FREUND, J.: *La esencia de lo político*, cit., págs. 565 y sigs. Véase la obra clásica de ARON, R.: *Paix et guerre entre les nations* 1.ª ed., París, 1962 (trad. *Paz y guerra entre las naciones*, 2 vols., Madrid, Alianza editorial, 1985).

<sup>188</sup> SCHMITT, C.: *El concepto de lo político* (1932), cit. En esa dirección discursiva se ha señalado que «la enemistad está relacionada con la simple coexistencia de los Estados o grupos políticos; quiere decirse que éstos son

en cuanto perteneciente a una unidad política. El enemigo político está integrado por el conjunto de miembros de una colectividad, que los miembros de otra combaten en nombre de los intereses de su colectividad, con posibilidad de usar, en ciertas condiciones, la violencia física<sup>189</sup>. El enemigo es una colectividad que discute la existencia de otra colectividad. La dialéctica entre el amigo y el enemigo, la guerra es la expresión extrema de la enemistad (*El concepto de lo político*). La guerra es, en efecto, una situación límite elevada a categoría política esencial en el esquema de pensamiento de nuestro autor<sup>190</sup>.

En el plano estrictamente jurídico, Schmitt se coloca frente al positivismo formalista (especialmente contra el normativismo de Kelsen), al considerar como elemento pre-jurídico que en la vida real existe un orden que es formalizado por el Derecho. El Derecho se encuentra determinado y prefigurado por el *nomos*, su misma fuente generadora es ese orden real concreto previo que ha sido formado en la vida de los pueblos en un espacio y tiempo determinado. Es así que el Derecho presupone un orden, esto es, un *nomos*. Para Schmitt existe, en efecto, una «unidad evidente de espacio y Derecho, de ordenación y asentamiento»<sup>191</sup>. En este sentido el Estado aparece como *entidad portadora de una ordenación espacial*<sup>192</sup> y esa cualidad presenta tanto una proyección interna como externa, ya que el propio carácter interestatal del Derecho de Gentes europeo, en su configuración clásica, sólo es comprensible a partir de una amplia ordenación del espacio en que se basan los propios Estados<sup>193</sup>. Según Schmitt, «el Estado es el *status* político de un pueblo organizado en el interior de unas fronteras territoriales»<sup>194</sup>. El Derecho exterioriza mediante reglas jurídicas un orden interno de un pueblo situado en un espacio en un momento histórico determinado. De manera que ese orden social se forma de modo esencialmente institucional, y no es generado artificialmente sino atendiendo al mismo orden material que se expresa en la forma jurídica<sup>195</sup>. El Estado es en el modo de pensar de Schmitt la unidad política del pueblo<sup>196</sup>. Más precisamente es un determinado *status* de un

espontáneamente rivales, aunque sean democráticos». Cfr. FREUND, J.: *La esencia de lo político*, cit., pág. 615.

<sup>189</sup> FREUND, J.: *La esencia de lo político*, cit., pág. 618. Como hace notar, en coincidencia con Carl Schmitt, la enemistad política, y correlativamente la guerra, son, por tanto, específicamente distintos a la vez de la enemistad privada y consecuentemente de la querrela, disputa o venganza de particulares y de la violencia que ejercen los ladrones y los «gangsters» (Ib., págs. 618 y sigs.).

<sup>190</sup> Véase GÓMEZ ORFANEL, G.: *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Madrid, CEC, 1986, págs. 71 y sigs.

<sup>191</sup> Cfr. SCHMITT, C.: *El Nomos de la Tierra*, cit., pág. 16, y más ampliamente a propósito de su conceptualización de la palabra «nomos», págs. 48 y sigs.

<sup>192</sup> Véase, por ejemplo, SCHMITT, C.: *El Nomos de la Tierra*, cit., págs. 157 y sigs.

<sup>193</sup> SCHMITT, C.: *El Nomos de la Tierra*, cit., pág. 258.

<sup>194</sup> SCHMITT, C.: *El concepto de lo político* (1932), cit., pág. 49.

<sup>195</sup> Son significativas las referencias de apoyo en el institucionalismo de Maurice Hauriou. Véase, por ejemplo, SCHMITT, C.: *El Nomos de la Tierra*, cit., pág. 259. Le atribuye expresamente la condición de «maestro de nuestra ciencia». Cfr. SCHMITT, C.: «Sobre las posibilidades y elementos no estatales del Derecho internacional», en *El concepto de lo político* (1932), cit., pág. 142. La vinculación de su teoría del orden concreto con el pensamiento institucionalista es desarrollada sistemáticamente en *Los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, trad. y estudio preliminar, de M. HERRERO, Madrid, Ed. Tecnos, 1996. Schmitt sustituyó la expresión «institución» por «orden» a fin de evitar la impresión de «fijación y anquilosamiento». En este sentido KAUFMANN, M.: *¿Derecho sin reglas?*, trad. J.M. SEÑA, rev. E. GARZÓN VALDÉS, México, Distribuciones Fontamara, 1993, pág. 188, nota 91.

<sup>196</sup> SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución* (1928), trad. y presentación de F. AYALA y Epílogo de M. GARCÍA-PELAYO, Madrid, Alianza Editorial, 1982, pág. 46. Precisamente, para él la Constitución es una decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta *por sí misma y se da a sí misma*. De modo que la unidad de la Constitución no reside en ella misma, sino en la unidad política, cuya particular forma de existencia se  *fija* (pero no se crea propiamente) mediante el acto constituyente (Ibid., pág.46). De ahí que, observa, el acto constituyente, del cual surge la Constitución, no contiene como tal unas normaciones cualesquiera, sino, y precisamente por un único momento de decisión, la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia. Este acto *constituye* la forma y modo de la unidad política. cuya existencia es anterior. No es, pues, que la unidad política surja porque se haya «dado una Constitución». La Constitución en sentido positivo contiene sólo la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política. Esta *forma* se puede cambiar, sin que el Estado (unidad política del pueblo) cese (Ibid., págs. 45-46).

pueblo, el *status* de la unidad política. El Estado es una situación la situación de un pueblo<sup>197</sup>. Pero, para él, el Estado, pieza brillante de forma europea y del racionalismo occidental, es una instancia que se sitúa por encima de la sociedad. El Estado es una instancia de intermediación y arbitraje que ostenta un poder absoluto sobre la sociedad civil y reflejo de un poder soberano en el ámbito de las relaciones con otros Estados, lo que le permite ser «parte» de las guerras civiles e interestatales, para así llevar a cabo su función característica de garantizar una paz duradera<sup>198</sup>.

Existe una cierta proximidad en esa dimensión espacial del poder como caracterizador de la soberanía con el pensamiento de *Hermann Heller*. Sucede, no obstante, que Heller se sitúa más bien en una posición intermedia entre el positivismo jurídico de Kelsen y el decisionismo Schmittiano<sup>199</sup>. En efecto, según Heller la soberanía es la propiedad específicamente política de una unidad de acción y de decisión universal sobre un territorio, por fuerza de la cual para garantizar el Derecho ella se afirma de modo absoluto, eventualmente también contra el Derecho vigente<sup>200</sup>. Sin embargo, aun todavía marcada por la connotación decisionista, su noción se desvincula de la elaboración de Schmitt para el cual la situación de excepción adquiere, como se vio, un significado equiparable al milagro en la teología. Indica que «al decisionismo de Carl Schmitt 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 voluntad. 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>201</sup>.

Heller reconduce la soberanía de la situación excepcional en que la sitúa Schmitt a la normalidad de la vida institucional del Estado de Derecho democrático. Se trata de resolver los problemas y conflictos sociales en una situación normalizada, formalizada e institucionalizada jurídicamente. En

<sup>197</sup> SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución* (1928), cit., pág. 205.

<sup>198</sup> SCHMITT, C.: *El concepto de lo político* (1932), cit.

<sup>199</sup> El mismo reconoce que la crítica de Schmitt a la doctrina de la soberanía «es, sin género alguno de duda, concluyente y, en muchos aspectos, nos ha servido de modelo». Pero, apunta de inmediato, que «su concepción de la soberanía, aun cuando hiciéramos a un lado su insuficiencia en el campo del derecho internacional, es contradictoria e insostenible». Cfr. HELLER, H.: *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, 2.ª ed., trad. y Est. prel., de M. DE LA CUEVA, México D.F., FCE, 1995, págs. 154-155. Heller articula su crítica en tres aspectos: En primer lugar, para él la posición de Schmit resulta contradictoria, pues no puede sostenerse, al mismo tiempo, que la dictadura del presidente sea del tipo comisario y que dicho funcionario sea, precisamente, la instancia a la que compete dictar actos soberanos. En segundo lugar, tampoco puede pensar Schmitt, cuando habla de «las medidas en casos extremos», en el estado de necesidad o en el llamado derecho del estado de necesidad, pues éste, según la definición excelente propuesta por el autor de la *Teoría de la Constitución*, consiste en que, a fin de salvar al Estado, cualquier órgano que tenga poder para actuar, debe obrar, en casos extremos e imprevistos, más allá o en contra de las disposiciones constitucionales, ejecutando todo aquello que demanden las circunstancias; la explicación no resuelve el problema, pues lo que Schmitt trata de contestar es la pregunta relativa al titular de la soberanía, esto es, al sujeto a quien corresponde resolver en los casos de conflicto. Por último, la definición de soberanía de Schmitt es, además, insostenible desde el punto de vista de su teología política: Schmitt entiende que, para la jurisprudencia, el estado de emergencia tiene el mismo significado que el milagro para la teología. Quién acepte seriamente esta analogía y la definición de soberanía de Schmitt, ¿no debería identificar la creencia en dios con la creencia en un hechicero o en un curandero? Pero dios no dispone sólo de milagros, ni siquiera los realiza de manera preponderante, sino que, compárense las ideas de Schleiermacher, actúa más bien sobre la totalidad del orden de la naturaleza, el cual, por lo demás, es tan milagroso como lo sería su rompimiento (Ibid., págs. 156-157).

<sup>200</sup> Cfr. HELLER, H.: *La soberanía*, cit., pág. 291 («La soberanía es la cualidad de una unidad territorial de decisión y acción, en virtud de la cual y en defensa del mismo orden jurídico, se afirma de manera absoluta, en los casos de necesidad, aun en contra del derecho»).

<sup>201</sup> HELLER, H.: *La soberanía*, cit., pág. 158.

esa línea de pensamiento entiende que la soberanía es la cualidad de la independencia absoluta de una unidad de voluntad frente a cualquiera otra voluntad decisoria universal efectiva. Ello supone que la unidad de voluntad a la que corresponde la soberanía es la unidad decisoria universal suprema del orden de poder de que se trate. De ahí que, en confrontación con Kelsen, no considera que la unidad del Estado no sea una simple ficción, porque todo concepto jurídico verdadero es la imagen reconfigurada de un proceso social real<sup>202</sup>. La soberanía es para él la cualidad esencial del Estado, siendo éste una *unidad decisoria* para un territorio determinado y, por consiguiente, es soberano; de ahí deriva su peculiaridad<sup>203</sup>. Se podría hablar así de «soberanía legal», haciendo referencia a la idea de supremacía y en función de la autoridad legal, de tal modo que afirmar que el Estado es soberano supone decir que sus normas tienen una autoridad final, una autoridad suprema; no puede recurrirse contra ellas contra otro conjunto de normas con mayor capacidad decisoria. Por el contrario, las normas creadas por otras asociaciones o comunidades, se encuentran subordinadas a la autoridad de las leyes estatales. Se ha considerado que el concepto legal es imperfecto para fines políticos. Junto a esa idea formal de soberanía se ha de atender también, en otra perspectiva diferente, a la «soberanía política» que se define en términos de relaciones de poder en vez de simple autoridad legal, esto es, como autoridad soberana<sup>204</sup>.

Reivindica el papel del Derecho del Estado constitucional para componer pacíficamente los conflictos sin tener que acudir a un «Dios» soberano en vía de excepción que se substraiga al sistema de formación y de controles que caracteriza a la democracia parlamentaria. Esa reivindicación de la normalidad de las decisiones en el sistema democrático contrasta no sólo con la proclividad hacia la dictadura de Schmitt, sino también con la base de su concepción de la política construida con base a la dialéctica amigo-enemigo<sup>205</sup>. En esta dirección se puede hablar de un decisionismo *moderado* en Heller (una soberanía «moderada»), no absoluta<sup>206</sup>, pues la soberanía es para Heller quien decide sobre la situación de excepción, incluso eventualmente contra la ley escrita, pero ateniéndose a principios de Derecho (puede decir «natural») que inspirar a todo sistema jurídico democrático dentro de un Estado como formación histórica real asentado en una comunidad social a partir del ámbito de actividad histórico-social<sup>207</sup>. El Derecho internacional positivo tiene como presupuesto inquebrantable la soberanía de Estados independientes<sup>208</sup>. En ese orden internacional, soberano es, dentro de su territorio, la unidad universal de decisión y acción. Quien no tiene poder necesario para garantizar el derecho no es soberano<sup>209</sup>.

Para Heller el concepto de sujeto de Derecho internacional presupone el de soberanía: son sólo las unidades territoriales decisorias (unidades decisorias soberanas) las que alcanzan la categoría de sujetos de Derecho internacional. Dada la conformación del mundo en unidades decisorias soberanas,

<sup>202</sup> Cfr. HELLER, H.: *La soberanía*, cit., pág. 197.

<sup>203</sup> HELLER, H.: *La soberanía*, cit., págs. 214 y sigs.

<sup>204</sup> Esa diferencia de perspectiva puede hallarse en RAPHAEL, D.D.: *Problemas de filosofía política*, Madrid, Alianza, 1983, págs. 65 y sigs.

<sup>205</sup> Véase HELLER, H.: *La soberanía*, cit.; I HELLER, H.: *Teoría del Estado* (1934), prólogo de G. Niemeyer, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Ed. Comares, 2004; y su ensayo *Bemerkungen zur staats und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart*, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1929, págs. 338 y sigs., con una crítica explícita a la concepción reductora schmittiana sobre la reconducción estricta del ámbito de lo político a la tensión amigo-enemigo. Véase, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho: El pensamiento político de Hermann Heller*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009.

<sup>206</sup> Véase FROSINI, T.E.: *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Milán, Giuffrè, 1997, págs. 37 y sigs.

<sup>207</sup> Véase HELLER, H.: *Teoría del Estado*, cit.

<sup>208</sup> HELLER, H.: *La soberanía*, cit., pág. 228.

<sup>209</sup> HELLER, H.: *La soberanía*, cit., pág. 237. Y añade que «el derecho positivo no puede ser soberano, porque, en primer término, necesita de uno o varios legisladores para su propia existencia o positividad y porque, en segundo término, necesita también de un sostén para su garantía total. Para caracterizar este elemento, que es, frente al derecho positivo, la *soluta potestas*, no existe más concepto que el de soberanía» (*Ibid.*, pág. 237).

se puede decir que la soberanía es un elemento constitutivo del concepto de Derecho internacional<sup>210</sup>. Por otra parte, el Derecho internacional se dirige directa y únicamente a los Estados, de manera que es indispensable el advenimiento de un acto especial de la voluntad del Estado encaminado a otorgar validez interna a la norma internacional. Por tanto, la soberanía no puede concebirse como una esfera de libre acción concedida por el Derecho internacional. Para Heller —en contra de la doctrina kelseniana— en realidad las normas de los Estados particulares y las del Derecho internacional *no* integran un sistema jurídico-político unitario; los Estados individuales se construyen en orden jurídico estable como miembros externos y autónomos del orden jurídico internacional<sup>211</sup>. Mientras exista el Derecho internacional y en la medida en que no se encuentre sustituido por una suerte de Estado mundial que actúe como una unidad decisoria universal, han de existir Estados soberanos, por lo que es posible que un acto estatal contrario al Derecho del Estado o del internacional, cree finalmente un Derecho nuevo. En su opinión la creación de organizaciones políticas internacionales como la Sociedad de las Naciones no comprometió la soberanía de los Estados, la cual quedó esencialmente salvaguardada<sup>212</sup>. Según Heller, no es la Sociedad de las Naciones, sino el Estado, la unidad decisoria universal. Por otra parte, no es el Derecho internacional quien delega la soberanía, sino que el Estado, a través de actos de su voluntad propia, delega ciertas competencias en la Sociedad de las Naciones<sup>213</sup>. La interdependencia social y económica de los Estados no suprime su independencia jurídica<sup>214</sup>.

La aspiración por el poder es el elemento diferenciador de la política internacional, al igual que de la política en general<sup>215</sup>. No es irrelevante realzar aquí que el modelo de soberanía estatal externa entra en crisis con el proceso de institucionalización de la comunidad internacional. Tras la guerra mundial el Derecho internacional y los distintos Derechos estatales tienden a concebirse como un ordenamiento jurídico unitario<sup>216</sup>. La Carta de la ONU de 1945 y la Declaración Universal de los derechos del hombre de 1948 (junto con otros grandes documentos internacionales, como los Pactos Internacionales de derechos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales de 1966, y del Derecho internacional regional como la Convención Europea de los derechos del hombre de 1950 y la Carta Social Europea de 1961) suponen la formación de un nuevo Derecho internacional supraestatal y el final del antiguo paradigma —el modelo de *westfalia*— implantado después de la guerra europea de los treinta años. En este sentido se ha expresado que esa construcción de un ordenamiento jurídico verdaderamente internacional conduce directamente a la crisis de la soberanía estatal externa (en un momento donde ya estaba siendo también puesta en cuestión la soberanía interna con la creación de los Estados constitucionales). Basta reparar en el hecho de que en el nuevo orden jurídico internacional

<sup>210</sup> HELLER, H.: *La soberanía*, cit., pág. 267.

<sup>211</sup> Véase HELLER, H.: *La soberanía*, cit., págs. 279-280.

<sup>212</sup> HELLER, H.: *La soberanía*, cit., págs. 281-282.

<sup>213</sup> HELLER, H.: *La soberanía*, cit., pág. 286.

<sup>214</sup> HELLER, H.: *La soberanía*, cit., pág. 289. Para él «en tanto la pretensión absoluta de los Estados a la propia conservación se encuentra únicamente asegurada por el Derecho internacional y en la medida en que no exista un Estado mundial como unidad territorial universal de decisión y acción que sustituya al Derecho internacional e impida que la historia universal se erija en jurado asimismo universal, cuya función consista en otorgar su aprobación al Estado delincuente internacional que logre imponer su voluntad, la soberanía de cada Estado particular debe ser, en el *caso de la soberanía*, ante todo el Derecho positivo y la Sociedad de las Naciones, *legibus soluta potestas*» (Ibid., pág. 304). Por otra parte, en el plano de la valoración ético-política entiende que un pensamiento socialista no puede desconocer que un movimiento que tiene como punto central de su programa el imperio de la voluntad popular, organizada en el Estado, libre delante de la economía, tiene que aspirar a un extraordinario aumento del dogma de la soberanía. Entiende que el Estado universal o el Estado europeo único es una utopía imposible de realizar. En esta perspectiva, esto es, desde el punto de vista de la organización social, considera que su época se caracterizaba por la urgencia de decidir en ese marco geopolítico (Ibid., págs. 310 y sigs.).

<sup>215</sup> MORGENTHAU, H.J.: *Politics among Nations* (1948), New York, Alfred A. Knopf, 1978, pág. 35.

<sup>216</sup> Esta es la concepción de Kelsen, H.: *Das Problem der Souveränität und die Theorie der Völkerrechts*, Tubinga, J. C. B. Mohr, 1920; ID.: *La paz por medio del Derecho*, Buenos Aires, Ed. Losada, 1946. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: Est.preliminar a Kelsen, H.: *Teoría del Estado*, trad. L. Legaz Lacambra, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002.

son sujetos tanto los Estados como los individuos y pueblos<sup>217</sup>. Es la «realización» formal del ideal de una comunidad internacional sometida al Derecho (Vitoria<sup>218</sup>; Kelsen y su doctrina del globalismo jurídico<sup>219</sup>).

En un orden internacional vinculante para los Estados no existe —al igual que en el Estado de Derecho interno— ningún soberano; de ahí —se afirma— que Schmitt tuviera que recurrir a la figura extrema de una situación de excepción como expresiva de la soberanía. Desde la perspectiva del garantismo o constitucionalismo internacionalista (de autores como De Stefani y de Ferrajoli en la dirección que marcará básicamente antes el mismo Hans Kelsen), la crisis no sólo de la soberanía sino de su mismo objeto, porque lo que está en serio declive es el Estado nacional unitario e independiente, cuya identidad, posición y función es necesario revisar en atención a las transformaciones contemporáneas que de hecho y de derecho se están produciendo en el sistema de relaciones internacionales. De ahí, se afirma, que el Estado nacional como sujeto soberano se encuentra actualmente en crisis tanto por arriba como por abajo, se podría decir igualmente tanto desde fuera como desde dentro<sup>220</sup>. No cabe duda que la dimensión internacional no puede ser ignorada ya como elemento esencial de garantía del sistema de valores de la democracia contemporánea. Sobre este esquema de pensamiento (el garantismo jurídico en su proyección universalista internacional) se ha podido defender la instauración de un *constitucionalismo mundial, de Derecho internacional*, en cuyo marco sea la humanidad el punto de referencia unificador en sustitución del viejo paradigma estatal, y el horizonte la consagración de la universalidad de los derechos fundamentales, incorporando una lógica propia de la racionalidad jurídico-material en las formas del Derecho internacional, de manera que la validez de las normas internacionales se sometan al mismo tiempo a las condiciones de validez formal y sustancial o material. En cualquier caso, si se desea garantizar efectivamente los derechos fundamentales es preciso dar una repuesta frente a la globalización del orden económico y cultural.

<sup>217</sup> FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías*, cit., pág. 145. Con cierta ligereza, todo hay que decirlo, Ferrajoli, se deja llevar por el juridicismo, cuando afirma sin más que «al menos desde la perspectiva de la teoría del derecho la soberanía se ha revelado como un pseudo-concepto o, peor aún, como una categoría anti-jurídica. Tanto en su dimensión interna como en la externa su crisis, podemos afirmar ya, 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 (*sic*), es decir, lo contrario de lo que caracteriza el derecho. De modo que la historia jurídica de la soberanía es la historia de una antinomia entre dos términos —derecho y soberanía— lógicamente incompatibles e históricamente enfrentados entre sí». Hay en su discurso cierta extrapolación de planos difícilmente asumibles. Es el caso de su posición de «reconsiderar el Estado en sus relaciones exteriores a la luz del derecho internacional actual es lo mismo que pensar el Estado en su dimensión interna a la luz del derecho constitucional» (*Ibid.*, págs. 147-148). Es equiparar algo que al menos por el momento no se puede equiparar ordenamiento jurídico internacional con Derecho constitucional nacional.

<sup>218</sup> De cuyo pensamiento se ocupó, por cierto, SCHMITT, C.: «La justificación de la ocupación de un Nuevo Mundo: Francisco de Vitoria», *Revista de Derecho Internacional*, Madrid, 1949, vol. II, págs. 13 a 46.

<sup>219</sup> Globalismo jurídico kelseniano que ha sido criticado con agudeza por ZOLO, D.: *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico* Roma Casa Editrice Caroci, 2004 (trad. *Los señores de la guerra. Una crítica del globalismo jurídico*, Madrid, Dykinson/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2005), espec., págs. 21 y sigs., y 133 y sigs. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: , MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los fundamentos de la democracia. La teoría política jurídica de Hans Kelsen*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, espec., Capítulo 4 (“La democracia parlamentaria en Kelsen. “Esencia” y “valor” de la Democracia”), págs. 103-295, Capítulo 5 (“Soberanía y Derecho Internacional en Hans Kelsen: Mito y Realidad”), págs. 297 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J. L.: “La ciencia jurídica en la crisis del constitucionalismo democrático: Hans Kelsen”, *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 12, núm. 2, 2022 1–74. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7370>.

<sup>220</sup> Esta es la posición de FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías*, cit., págs. 148 y sigs. Para Ferrajoli ante la crisis del Estado es necesario vislumbrar la superación de la forma misma del Estado nacional y la refundación del Derecho internacional no ya sobre la soberanía de los Estados sino sobre la autonomía de los pueblos (Ib., pág. 151). No deja de ser esto una bella aspiración cuya cristalización puede hoy más nunca ponerse en cuestión en la contemporaneidad. Se ha defendido una reforma de la ONU en el sentido de consagrar un *constitucionalismo jurídico de la comunidad humana mundial*. Cfr. STEFANI, P. DE: *Il Diritto internazionale dei diritti umani. Il diritto internazionale nella comunità mondiale*, Padova, Cedam, 1994, Parte 3ª, págs. 134 y sigs., también con referencia a Hans Kelsen, en un sentido coincidente con su pensamiento cosmopolita.

Es necesario globalizar los derechos fundamentales atendiendo al pluralismo cultural existente a nivel mundial, pero también a las pretensiones de hegemonía de las grandes potencias mundiales que utilizan instrumentalmente los derechos humanos y el “Derecho Internacional Humanitario” al servicio de sus propios fines geopolíticos.

Sin embargo, la *idea “evolutiva”* del reconocimiento y garantía de los derechos humanos, tiene que ser desplazada por la idea de *“lucha por el reconocimiento”* de tales derechos, pues ningún derecho humano ha sido verdaderamente reconocido –y menos aun efectivamente garantizado jurídica e institucionalmente–, sino a través de un proceso histórico de luchas de los movimientos sociales y políticos por el reconocimiento de tales derechos. Ha sido una lucha por una condición humana digna de la persona, que no ha sido alcanzada de una vez por todas, aunque ya las grandes Declaración y Cartas de Derechos Internacionales enuncian esos derechos y los fundamentan en la dignidad humana como eje de todos los derechos fundamentales. El que ahora se atribuyan a la persona no es un elemento ontológico, sino la expresión jurídica y política de un reconocimiento que se ha establecido tras largas luchas sociopolíticas<sup>221</sup>. Los nuevos derechos (derecho al desarrollo, al medio ambiente, derechos digitales, etcétera) no han sido una excepción a esa historicidad de luchas por el reconocimiento de los derechos. Es más, actualmente se ha acentuado la tensión entre los derechos humanos y la racionalidad económica de los mercados, lo cual se hace visible a través de las fuerzas las poderes fuerzas económicas de nuestro tiempo y de las distintas corrientes de pensamiento político y jurídico, que apuesta por la contracción del Estado Social de Derecho y una mayor liberalización de los mercados, con un ataque frontal a los fundamentos de los derechos económicos, sociales y culturales (unificados en la fórmula de síntesis: “derechos sociales”) y el sometimiento a la lógica de la transacción económica, una de cuyas manifestaciones más evidentes es la utilización de la reducción del “gasto social” como criterio de competitividad nociva para atraer empresas y capitales: el Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social queda, así, subordinado a la lógica de la racionalidad económica y la competitividad a escala internacional. Lo que nos hace ver que el problema del reconocimiento y garantía de los derechos humanos no es un problema de “esencias abstractas”, sino de “existencia concreta”, siendo particularmente relevante la acción colectiva para la creación de las condiciones sociales, materiales, de existencia y eficacia de estos. Por ello vienen exigidas transformaciones *en las mismas estructuras socio-económicas y culturales de las sociedades fragmentadas* del capitalismo en la era de globalización y de la financiarización de la economía mundial<sup>222</sup>. Los derechos deben contemplarse en la cultura jurídica y en la política del Derecho como imbricados con el conjunto de las relaciones sociales, político-jurídicas y económicas. El proceso de juridificación de los derechos humanos ha estado siempre vinculado a las luchas sociales por la remoción de las desigualdades y situaciones de vulnerabilidad que impiden el desarrollo de la personalidad y la dignidad humana.

Para ello, las Declaraciones y Cartas de Derechos Internacionales deberían contener verdaderas garantías jurisdiccionales y no simples declaraciones programática cuando no retóricas; en una línea

<sup>221</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996; *Ibid.*, *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2019, Capítulo I (“La dignidad de la persona: significación fundante y su fuerza normativa en el sistema multinivel de garantía de los derechos y capacidades humana. La dignidad de la persona como fundamento de los principios de la libertad, igualdad y solidaridad”), págs. 9 y sigs., Capítulo II (“La dignidad de la persona que trabaja como expresión “materializada” del principio de dignidad humana: la indivisibilidad de los derechos laborales genéricos o inespecíficos y de los derechos específicos sociales”), págs. 161 y sigs.

<sup>222</sup> No es posible entrar aquí a fondo en esta importante materia vinculada a las corrientes neoliberales y neoconservadoras. Se hace remisión, al respecto, a MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017. Sobre la ineffectividad real de los derechos humanos en condiciones de pobreza, véase POGGE, TH.: *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Barcelona, Paidós, 2005.



avanzada en la segunda postguerra mundial por Kelsen, en su obra *La paz por medio del Derecho*<sup>223</sup>, pero incluso antes que él por Gurvitch en su propuesta de *Declaración de los Derechos Humanos*<sup>224</sup>. El Derecho puede llevar a cabo las transformaciones de las estructuras sociales y económicas necesarias para la eficacia real de los derechos fundamentales y puede atribuir poder a los sujetos titulares de los derechos garantizados (especialmente de los individuos más débiles). Y más allá de ello —y con carácter complementario— su reconocimiento debe venir acompañado de acciones positivas encaminadas a remover todos los obstáculos que impidan que la libertad e igualdad sean reales y efectivas, en el sentido paradigmático de los artículos 3 de la Constitución Italiana y 9.2 de la Constitución Española. Ello enlaza con la superación de la escasa relevancia de la persona en el Derecho internacional tradicional (que era un sistema jurídico interestatal regulador de las relaciones de coexistencia y cooperación entre Estados soberanos), el cual se entendió como un sistema de Derecho pensado para los Estados como creadores y destinatarios de las normas jurídicas internacionales: a partir de la Carta de las Naciones Unidas (1945) y de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) se producirá un reconocimiento, y al mismo tiempo una tensión dialéctica, entre la soberanía de los Estados y la protección internacional de los derechos humanos en cuanto principios constitucionales del orden internacional<sup>225</sup>. Lo cual exigiría una reforma del modelo actual de jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia de la Haya, que ha mostrado una escasa operatividad. Por otra parte, se debería de prohibir el recurso a la guerra para resolver las contiendas internacionales y garantizar efectivamente esa prohibición a través de medidas adecuadas<sup>226</sup>. La guerra debe ser considerada como un fenómeno incompatible con el Derecho internacional, como *legibus soluta*. La guerra moderna debe estar fuera de todo posible criterio de legitimación y de legalización: ella es incontrolada e incontrolable por el Derecho, como un terremoto o como una tempestad. La guerra moderna, más allá de las modernas argumentaciones de la doctrina del *iustum bellum*, conducida con armas nucleares o cuasi-nucleares es un evento inconmensurable en el plano ético y jurídico porque tiene por su naturaleza la función de destruir —sin proporciones, sin discriminaciones y sin medida— la vida, los bienes y los derechos del hombre, prescindiendo de una consideración de sus comportamientos responsables<sup>227</sup>.

Ese discurso prolonga las reflexiones de Morgenthau sobre la irracionalidad actual de la guerra moderna, indicando que el aumento de la capacidad de destrucción de las armas ha alterado fundamentalmente la función de la guerra. La guerra ya no es la continuación de la diplomacia por otros medios. La guerra total de nuestra época ha alterado esta relación tradicional entre fines políticos y medios militares. La guerra en la *era atómica*, acometida por ambos bandos con todos los instrumentos de la tecnología moderna, se ha convertido en la *reductio ad absurdum* de la política. En la actualidad la guerra constituye un instrumento de destrucción universal, un instrumento que

<sup>223</sup> KELSEN, H.: *La paz por medio del derecho* (1944), L. Echávarri, Buenos Aires, Losada, 1946 (reeditada por editorial Trotta, Madrid, 2003). Sobre el pensamiento internacional de Hans Kelsen, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los fundamentos de la democracia. La teoría política y jurídica de Hans Kelsen*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, Capítulo 5 (“Soberanía y Derecho Internacional en Hans Kelsen: Mito y Realidad”), págs. 297-470.

<sup>224</sup> Véase GURVITCH, G.: *La Déclaration des droits sociaux*, París, Librairie Philosophique J.Vrin, 1946. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: «Pluralismo jurídico y Derecho social», Est. preliminar a GURVITCH, G.: *Elementos de sociología jurídica*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002; GURVITCH, G.: *La idea del Derecho Social*, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ y A MÁRQUEZ PRIETO, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005.

<sup>225</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A.: *Soberanía de los Estados y derechos humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Tecnos, 2001, págs. 12 a 15. Igualmente, STEFANI, P. DE.: *Il Diritto internazionale dei diritti umani*, cit., espec., Parte 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>.

<sup>226</sup> FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías*, cit., págs. 152-153.

<sup>227</sup> En este sentido ZOLO, D.: *I signori della pace*, cit., pág. 143; y BOBBIO, N.: *Una guerra giusta?*, Venecia, Marsilio, 1991. También el estudio más detenido del propio ZOLO, D.: *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, Madrid, Ed. Trotta, 2007, espec., págs. 67 y sigs.

destruye a los vencedores con los vencidos<sup>228</sup>. La primacía de la política sobre las reglas formalizadas del Derecho Internacional se impone aquí de manera visible y contundente, y así es analizada desde el realismo político<sup>229</sup>. No obstante, cabe matizar que superada la política de los dos bloques mundiales se están utilizando *estrategias de guerra controladas* que destruyen a los enemigos, pero sin cuestionar la subsistencia de los vencedores, utilizándose para ello armas convencionales o cuasi-nucleares. Las nuevas grandes potencias nacionales —todavía con el predominio de Estados Unidos— tienden a formular una «guerra justa» con base a la defensa de sus intereses nacionales<sup>230</sup>. En los inicios del siglo veintiuno se constata que el poder económico y militar de los Estados Unidos no tiene precedentes en la historia. Por el momento el mundo vive con el Estados Unidos «imperial», que en cuanto «Estado comercial abierto» («Estado de competencia económica» o «Estado-Mercado») ejerce un poder a escala planetaria capaz de instrumentalizar los grandes organismos comerciales y financieros internacionales y de controlar el desarrollo del comercio mundial. Ello le permite imponer un modelo de regulación autónoma del mercado a escala global.

También en una línea próxima y confluyente con la dirección constitucionalista se sitúa la propuesta de una *democracia cosmopolita*, la cual supondría un nuevo complejo institucional de alcance global que, siempre y cuando esté avalado por el Derecho democrático básico y lo respete, implemente y ejecute, puede adquirir el *status* de gobierno<sup>231</sup>. Una posición como esta, sin duda loable, puede carecer también de un mínimo de realismo político y jurídico, ante la conformación todavía actual y presente de un Derecho internacional del que forman parte Estados nacionales soberanos, que sólo han cedido en parte su soberanía, reservándose en muchos aspectos fundamentales su poder de decisión. Por tanto, no parece que debe caerse en un formalismo en la afirmación de una unidad indivisible en el plano jurídico de toda la sociedad internacional, olvidando el dato fáctico de relevancia jurídica y política de que en mucho el constitucionalismo internacional continúa siendo todavía más una aspiración que una realidad viva. Ello no impide valorar positivamente el avance civilizatorio innegable que ha supuesto el reconocimiento de cierto status del individuo y de los pueblos en el Derecho internacional y la obligación de respeto por parte de los Estados nacionales del *standard internacional* de derechos fundamentales.

<sup>228</sup> MORGENTHAU, H.J.: *Escritos sobre política internacional*, cit., págs. 80-81.

<sup>229</sup> MORGENTHAU, H.J.: *La lucha por el poder y por la paz* (1960), trad. F. CUEVAS CANCINO, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1963, el cual asume, significativamente, una teoría política realista en las relaciones internacionales y una concepción realista del Derecho Internacional público. Véase, RUSSEL, G.: *Hans J. Morgenthau and the Ethics of American Statecraft*, Louisiana State, University Press, 1990; SCHEUERMAN, W.: *Morgenthau. Realism and Beyond*, Cambridge, Polity, 2009; SCHUPMANN, B.A.: *Morgenthau Mal Compris: Investigating the Philosophical Roots of Han Morgenthau's Political Realism*, VDM, Saarbrücken, 2011; entre otros, GARCÍA RUÍZ, J.A.: *Kelsen versus Morgenthau. Paz, política y Derecho Internacional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, págs. 271 y sigs.

<sup>230</sup> Se ha señalado que «el mismo Estado nacional es obviamente un producto de la historia y, como tal, destinado a dar lugar con el tiempo a otros modos de organización política. Mientras que el mundo esté políticamente organizado en forma de naciones, el interés nacional constituye la última palabra en la política mundial. Cuando el Estado nacional haya sido reemplazado por otro modo de organización, la política exterior deberá proteger entonces el interés de supervivencia de esa nueva organización, la política exterior deberá proteger entonces el interés de supervivencia de esa nueva organización. En beneficio de quienes insisten en descartar el Estado nacional y construir organizaciones supranacionales a través de un mandato constitucional, debe señalarse que esas nuevas formas de organización aparecerán o bien por medio de la conquista, o bien gracias al consentimiento basado en el reconocimiento mutuo de los intereses nacionales de las naciones afectadas, pues ninguna nación renunciará a su libertad de acción si no tiene motivos para pensar que obtendrá beneficios para compensar esa pérdida». Cfr. MORGENTHAU, H.J.: *Escritos sobre política internacional*, cit., pág. 101.

<sup>231</sup> Es la posición mantenida en el conocido libro de HELD, D.: *La democracia y el orden global*, cit., 4.ª Parte. Held indica que «lo deseable es implementar el derecho público democrático como un derecho cosmopolita que puede sancionar y hacer cumplir sus provisiones a través de la vida económica nacional, regional y global» (Ib., pág. 302).

En las últimas décadas se ha redescubierto una concepción del «derecho de gentes», entendiendo por tal una concepción política particular de la equidad y la justicia que se aplica a los principios y las normas del derecho internacional y su práctica. Con ello se haría referencia no tanto al tradicional *ius gentium* como a los principios políticos que regulan las relaciones políticas entre los pueblos. Este derecho aspira a presentar cómo es posible una sociedad mundial de pueblos liberales y decentes<sup>232</sup>. A diferencia de los planteamientos de Schmitt sobre el rechazo de toda pretensión de una «guerra justa» en términos de moralización o conducción de la guerra, se ha señalado que es preciso establecer ciertos principios para la conducción de la guerra justa:

a) el fin de una guerra justa llevada a cabo por un pueblo justo y bien ordenado es una paz justa y duradera entre los pueblos y en especial con el actual enemigo del pueblo;

b) los pueblos bien ordenados no realizan la guerra entre sí, sino sólo contra Estados que no están bien ordenados y cuyas políticas expansionistas amenazan la seguridad y las instituciones libres de los regímenes bien ordenados, y fomentan la guerra;

c) en la conducción de la guerra, los pueblos bien ordenados deben diferenciar tres grupos: los dirigentes y funcionarios del Estado proscrito, sus soldados y su población civil, porque la guerra es obra de los dirigentes y funcionarios, con el apoyo de otras élites que controlan el aparato del Estado. Ellos son los responsables en la guerra; «y por eso son criminales» (sic). Sin embargo, la población civil, mantenida en la ignorancia y abrumada por la propaganda oficial, no es responsable en términos generales.

d) Los pueblos bien ordenados deben respetar, tanto como sea posible, los derechos humanos de los miembros del otro bando, por dos razones. Una es simplemente que el enemigo, como todos los demás, posee estos derechos según el derecho de gentes.

e) En sus actos y declaraciones, cuando ello sea factible, los pueblos bien ordenados deben prefigurar el tipo de paz y de relaciones que buscan. Y, en fin,

f) el razonamiento práctico (los medios más eficaces para alcanzar el fin) ha de ocupar un lugar restringido en la evaluación de las acciones o las políticas. Las normas sobre conducción de la guerra establecen ciertas líneas que no podemos cruzar, de suerte que las estrategias y tácticas de la guerra y de sus batallas se deben confinar dentro de los límites que ellas definen. La única excepción está constituida por las situaciones de emergencia suprema<sup>233</sup>. Dentro del esquema del liberalismo político se ha afirmado que éste «se basa en lo políticamente razonable. La paz no se logra mediante la guerra irracional o de desgaste, aunque puede ocurrir, sino a través del esfuerzo de los pueblos por desarrollar una estructura básica que sustente un régimen razonablemente justo o decente y que haya posible un razonable derecho de gentes». Por ello entiende que la sociedad de los pueblos es posible<sup>234</sup>, acabando así por concluir en una propuesta próxima a las direcciones del constitucionalismo internacional<sup>235</sup>, mediante el redescubrimiento de un derecho de gentes basado en la idea de humanidad<sup>236</sup>. Esta es

<sup>232</sup> En este sentido RAWLS, J.: *El derecho de gentes*, Barcelona, Eds. Paidós, 2001, págs. 13 y 16, y más ampliamente el cap. 2.

<sup>233</sup> Cfr. RAWLS, J.: *El derecho de gentes*, cit., cap. 14, con referencia a la obra de WALZER, M.: *Guerras justas e injustas* (1977; 3.<sup>a</sup> ed. 1997), Barcelona, Paidós, 2001, del cual llega a decir que «es un libro impresionante, del cual no me aparto en ningún aspecto esencial» (Ib., pág. 113, nota 2).

<sup>234</sup> RAWLS, J.: *El derecho de gentes*, cit., pág. 145.

<sup>235</sup> Con sustento en el garantismo de los derechos, aunque en términos más generales, en RAWLS, J.: *El derecho de gentes*, cit., págs. 165 y sigs.

<sup>236</sup> Sobre la emergencia de esa idea puede consultarse TRUYOL Y SERRA, A.: *La sociedad internacional*, cit., espec., págs. 81 y sigs., y 137 y sigs.

la base de la política exterior de una sociedad liberal en una razonablemente justa sociedad de los pueblos. En este sentido cabe retener nuevamente como uno de los principios del derecho de gentes que idealmente las democracias constitucionales bien ordenadas no libran la guerra entre sí y sólo lo hacen en defensa propia o en alianza para defender a otros pueblos liberales o decentes<sup>237</sup>.

En la postguerra Schmitt señaló que la particularidad del conflicto actual entre Oriente y Occidente consiste en que la tensión se ha hecho global y comprende a todo el Planeta<sup>238</sup>. Es de significar que el proceso de mundialización económica y cultural ha supuesto una transformación de la noción de espacio como límite de la política, y lo ha hecho en un sentido confirmatorio de la tendencia hacia la formación de «grandes espacios» en el dominio internacional. En verdad, la globalización económica representa un fenómeno muy selectivo y contradictorio, haciendo referencia a una integración sistémica de la economía en el ámbito supranacional, motivada en gran medida por la creciente diferenciación estructural y funcional de los sistemas productivos y la ampliación de las redes empresariales, comerciales y financieras a escala mundial, que actúa de manera cada vez independiente respecto del sistema de controles políticos y jurídicos en el ámbito nacional<sup>239</sup>. Es también la globalización un proceso de mercantilización del mundo de la vida a escala global o planetaria. Los Estados menos poderosos (no así las grandes potencias mundiales) disponen de un limitado margen de maniobra ante los imperativos económicos de las relaciones de comercio internacional y las exigencias de la división del trabajo en el plano global<sup>240</sup>. Ese limitado margen de maniobra encuentra expresiones tan significativas como las dificultades de construcción autónoma del Derecho económico y del Derecho social. Paradójicamente esas dificultades de regulación «autónoma» se aprecian también en el mismo Derecho internacional contemporáneo para elaborar un Derecho transnacional de viable realización y que cuente con plenas condiciones de efectividad. El «sistema-mundo», cuya gestación se viene produciendo desde la misma génesis del capitalismo<sup>241</sup>, ha encontrado un apogeo inusitado en la globalización económica contemporánea. Ese más intenso «sistema mundial» tiende a *insertar* en su propia a lógica a los Estados nacionales, los cuales encuentran en gran medida prefigurados sus ámbitos de decisión en cuestiones fundamentales. Con todo se produce un replanteamiento de la función de las políticas estatales en el gobierno de la economía mundial. Existe una elección por la desregulación en el gobierno internacional, lo que supone una política de *laissez-faire* como modelo de regulación jurídica autónoma, intencionalmente propiciada por los Estados nacionales y no sólo por la acción autónoma de las fuerzas económicas dominantes en la esfera económica internacional. Es éste «un modelo de gobierno y de «regulación» de la economía

<sup>237</sup> RAWLS, J.: *El derecho de gentes*, cit., pág. 148. Añade el autor que «si no es posible una razonablemente justa sociedad de los pueblos cuyos miembros subordinen su poder a fines razonables, y si los seres humanos son en gran medida amorales, si no incurablemente egoístas y cínicos, podríamos preguntar con Kant si merece la pena que los seres humanos vivamos sobre la tierra» (Ib., pág. 151).

<sup>238</sup> SCHMITT, C.: «La tensión planetaria entre oriente y occidente y la oposición entre tierra y mar», en *REP*, núm. 82 (1955), págs. 3 y sigs., en particular pág. 3. No obstante, Schmitt sin ignorar los nuevos aspectos del fenómeno percibe que el horizonte global ya existía mucho antes: «De todos modos —afirma— existía el horizonte global ya en tiempos de Napoleón y provocó la conciencia de una situación mundial, determinada por la oposición de los elementos, en la que debía optarse entre tierra y mar» (Ib., pág. 9).

<sup>239</sup> Véase FARIA, J.E.: *El Derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001, págs. 42 y sigs.; SANTOS, B. de S.: *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido del derecho*, Madrid, Ed. Trotta, 2009, págs. 29 y sigs., y 290 y sigs.

Es bien significativo, que la globalización se está realizando bajo el impulso y control de los Estados nacionales, con una redistribución interna de las relaciones de poder entre los mismos. De ahí que la globalización no sea una auténtica alternativa al poder estatal. De ser ello así se confirmaría en gran medida la tesis de Carl Schmitt sobre la relativa persistencia del Estado soberano en el proceso de mundialización.

<sup>240</sup> Véase HELD, D.: *La democracia y el orden global*, cit.; HABERMAS, J.: «Tres modelos de democracia: sobre el concepto de una política deliberativa», en *Debats*, Valencia, núm. 39 (1992), págs. 18 a 21.

<sup>241</sup> Véase BRAUDEL, F.: *Civilización material, económica y capitalismo*, Madrid, Alianza, 1984; WALLERSTEIN, I.: *El moderno sistema mundial*, 2 vols., Madrid, Siglo XXI, 1984-1987; WALLERSTEIN, I.: *El capitalismo histórico*, Madrid, Siglo XXI, 1988; HARVEY, D.: *El nuevo imperialismo*, trad. J. M. Madariaga, Madrid, Eds. Akal, 2007.

mundial. Esta visión de las tareas del Estado (que le convierte en un «Estado comercial abierto»<sup>242</sup>) se sitúa frente al paradigma liberal del «Estado comercial cerrado»<sup>243</sup>. No obstante, recuérdese que la era moderna se ha caracterizado por la existencia de dos procesos interdependientes: la creación de un sistema nacional de Estado y, ya originariamente, la formación de un sistema capitalista de alcance mundial. En realidad, la economía liberal suponía que el mercado era un árbitro suficiente del bienestar público o general. En la actualidad, los Estados se conforman como «Estados de competencia económica», cuyo principio axial es la eficiencia de la economía y la mejora de las condiciones de competitividad de las empresas<sup>244</sup>.

Existe así un cierto agotamiento —ya ampliamente reconocido— en el paradigma o modelo de configuración tradicional de las relaciones internacionales y del Derecho internacional. Éste último sigue centrado todavía en el esquema clásico del Estado nacional soberano, de ahí también muchas de sus aporías. Ciertamente, la creciente globalización reduce los ámbitos de autonomía decisoria (y por consiguiente de ejercicio material de la soberanía) del Estado nacional. En este sentido la nueva coexistencia de soberanías nacionales y la misma complejización de las relaciones internas se refleja en tensiones internacionales (nueva dialéctica entre la paz y la guerra, en sus distintas manifestaciones). En el plano jurídico-político las tensiones en el ámbito de la soberanía se traducen en nuevas manifestaciones del pluralismo jurídico internacional, superpuesto al monismo jurídico estatalista<sup>245</sup>, el cual ha perdido peso en el espacio geopolítico internacional, pero sin desaparecer en la teoría y en la práctica.

Los Estados nacionales siguen siendo instancias políticas que impulsan el proceso de mundialización y reivindican para sí un poder absoluto de autodeterminación política y jurídica (mediante la positivación en normas jurídicas fundamentales). Así se considera como atributo de la soberanía el «decir el Derecho» en cuanto Derecho «puesto» o «impuesto». Sin embargo, el avance de la mundialización ha supuesto la necesidad de introducir nuevos criterios de racionalización jurídica de la soberanía como poder tendencialmente absoluto, siendo cada vez menos expresión de un poder político incontrolable. El proceso de mundialización supone que la autonomía de los Estados-nación se encuentra gravemente comprometida por la misma interdependencia que se produce en el seno de una economía globalizada y, en general, en otros ámbitos de la sociedad mundial, aunque en el plano político-institucional la soberanía no es formalmente puesta en cuestión, en la práctica y en la experiencia jurídica se aprecia una cierta pérdida de control de los procesos de internacionalización y la tendencia a la fragmentación de la soberanía y la segmentación del poder como rasgo caracterizador de las sociedades contemporáneas: existen formas no estatales de autorregulación en el ámbito internacional, transferencias crecientes hacia organizaciones supraestatales y actores o instituciones no estatales<sup>246</sup>; donde cabe llamar la atención sobre la emergencia de movimientos sociales siempre

<sup>242</sup> Véase MERCADO PACHECO, P.: «Estado comercial abierto». La forma de gobierno de una economía desterritorializada», en CAPELLA, J.R. (Coord.): *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Madrid, CGPJ, 1999.

<sup>243</sup> Ese era el paradigma dibujado por FICHTE, J.G.: *El Estado comercial cerrado*, trad. y Est. prel., J. FRANCO BARRIOS, Madrid, Tecnos, 1991, *passim*. Fichte considera esencial el acotamiento del mercado nacional para conseguir una armonía perfecta entre producción y consumo.

<sup>244</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: «La organización jurídico-económica del capitalismo moderno: El Derecho de la Economía», Est. prel., a RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, espec., págs. LXVIII y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L.: «La organización jurídica del capitalismo (Parte I): constitución económica y estado social de derecho», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, nº 10, 2024, pp. 279-333 <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/942/1161>; MONEREO PÉREZ, J.L.: «La organización jurídica del capitalismo (parte II): las instituciones jurídicas de la economía», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, nº 11, 2024, pp. 161-224.

<sup>245</sup> Véase ARNAUD, A.-J.: *Entre modernidad y mundialización*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, págs. 83 y sigs., y 255 y sigs.

<sup>246</sup> Véase THOMSON, J.E.: «State Sovereignty in International Relations: Bridging the gap Between Theory and Empirical Research», en *International Studies Quarterly*, núm. 39, 1995, pág. 214.

nuevos y multiformes que piden la democratización de la sociedad internacional global. Es lo cierto que en un mismo espacio geopolítico coexisten diversos órdenes jurídicos estatales y no estatales que constituyen un desafío para la concepción clásica del Estado soberano.

Con todo, las herramientas conceptuales del Estado-nación<sup>247</sup> soberano están siendo replanteadas y redefinidas en el nuevo contexto del «sistema mundo», lo que se manifiesta, entre otras expresiones, en la relativa pérdida de autonomía para adoptar determinadas decisiones fundamentales respecto al gobierno político interno y externo del Estado. De este modo muchas categorías elaboradas en torno al principio de soberanía estatal (como el poder constituyente, el monismo jurídico, la norma fundamental, jerarquía normativa, seguridad jurídica, etc.) están siendo objeto de una transformación interna de sus contenidos y funcionalidad. Pero junto a la devaluación de ciertas categorías políticas clásicas emergen otras nuevas derivadas de las nuevas exigencias vinculadas, a su vez, a las nuevas formas de intervención económica y social que tal proceso de globalización requiere, porque es manifiesto que los Estados nacionales son todavía indispensables para estructurar el orden internacional actual. La crisis económica y político-institucional a escala mundial, con la puesta en cuestión del modelo de capitalismo tal como lo conocemos actualmente<sup>248</sup>, evidencia esa realidad política del carácter no suprimible de los Estados nacionales (ante todo de las grandes potencias estatales) en el horizonte de una intensa mutación de los equilibrios que presiden hoy el sistema de relaciones internacionales. El fenómeno de la globalización ha acrecentado un elemento ya presente en épocas pasadas, consistente en que la «seguridad» tiende a escapar de modo progresivo de la soberanía de los Estados nacionales. La seguridad global, exponente cualificado de la «sociedad del riesgo» del mundo contemporáneo, exige nuevos procedimientos de intervención y regulación pública. Aquí la sociedad civil ha sido absorbida como por el espacio de mercado, de manera se convierte en una sociedad de mercado, y como tal pivota sobre la primacía de la racionalidad económica que preside las instituciones económicas de la economía del capitalismo avanzado. Y se tiende a transitar del Estado Social de Derecho al “Estado de mercado” regulador y gestor de las nuevas reglas de juego del gran capital (detentario de un inmenso poder propiciado por la financiarización de la economía) y de los complejos empresariales transnacionales. Especialmente a partir del crack de 2008 –aunque el proceso iba madurando antes– el capital financiero ha articulado toda una estrategia de acumulación por desposesión de “lo público” y del Sector Público (pensiones, sanidad, etcétera, y servicios públicos de interés social), que conduce a una expansión de las bases de poder e influencia de la acumulación del capital privado con una absolutividad que relega a límites insospechados las políticas redistributivas y fomenta justamente lo contrario: las políticas antidistributivas. Con apoyo –a menudo– de las grandes potencias mundiales involucradas ese sector del capital financiero es capaz de arruinar a los Estados más débiles y desestructurar y desestabilizar las instituciones políticas nacionales y transnacionales. Todo ello con una importante incidencia del poder financiero en el control y condicionamiento económico de las políticas sociales del Estado Social y en el sistema de relaciones laborales orientándolas en un sentido neoliberal que se ha hecho dominante en la coyuntura actual. Ello supone una ruptura de los equilibrios existente entre la racionalidad económica dominante y la racionalidad social subordinada a la misma. Es un proceso de hegemonía del sector del capitalismo

<sup>247</sup> Para el análisis de esas herramientas constitutivas del Estado nacional en su formulación clásica continúan siendo muy útiles las indagaciones hechas por AKZIN, B.: *Estado y Nación* (1964), México, FCE, 1968, con particular insistencia en el estudio del último elemento del binomio («Nación»). Las discontinuidades respecto al paradigma pueden detectarse en HELD, D.: *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Barcelona, Paidós, 1997; y por lo que se refiere a las rupturas «internas» de la Nación, KYMLICKA, W.: *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós, 2000; *id.*: *Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*, trad. F. BELTRÁN, Barcelona, Eds. Paidós, 2009, espec., Primera Parte (La (re)internacionalización de las relaciones entre el Estado y las minorías) y Tercera parte («Paradojas de la difusión global del multiculturalismo liberal»).

<sup>248</sup> Véase ALTVATER, E.: *El fin del capitalismo tal y como lo conocemos*, trad. A. FERRERO Y R. ALFRED ENZENBACH, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2011, espec., capítulos sexto y séptimo.

financiero sobre el sector productivo, que ha supuesto una política de rentas regresiva y una creciente precarización de la fuerza de trabajo en el marco de unas relaciones de poder asimétrico entre los poderes colectivos del trabajo y del capital, lo cual conlleva una ruptura del pacto distributivo de inspiración keynesiana y un desmantelamiento parcial y degradación de las instituciones públicas estatales (que se mueven entre privatización total y recortes sociales que abren espacios vitales al mercado generando una re-mercantilización de los derechos sociales). El capital financiero actúa como un poder económico y político en un contexto presidido por la mayor limitación de la soberanía económico-política de la mayor parte de los Estados nacionales (que, por definición, no ostentan la condición de ser grandes potencias mundiales). Tanto en el sistema de relaciones laborales como en el sistema de Seguridad Social la financiarización de la economía ha acabado por traducir en una reconfiguración de las políticas sociolaborales del Estado del Bienestar marcada una dirección de política económica y del Derecho desequilibrada en el reparto de rentas en el capital y el trabajo, al acrecentarse la redistribución a la inversa en beneficio del gran capital financiero y económico en detrimento de las rentas del trabajo. La fractura social creada –fabricada– ha sido inmensa pues las relaciones laborales han quedado sometidas a una racionalidad técnico-científica y productivista desconociendo la politicidad y la “constitución social del trabajo” y lo que ello supone de atención a los problemas vinculados al respecto de los derechos de la persona que trabaja, en la lógica amplia de la justicia social. Ello plantea el problema de establecer un marco jurídico e institucional que sitúe el desarrollo de la economía y de la tecnología al servicio del progreso social y propicie las necesarias nuevas formas de organización y acción colectiva y la dignificación de la condición de la persona que trabaja en este nuevo contexto de época.

La justicia social presupone un *orden* social justo y para ello de suyo viene exigida la creación de las condiciones materiales de la libertad y esto conduce a la intervención correctiva y promocional de los poderes públicos a través de un derecho de la economía y un derecho social que van de la mano para garantizarla. En esa dirección se inserta el constitucionalismo de derecho privado imbricado con el constitucionalismo de derecho público. Este constitucionalismo de derecho privado (paradigmáticamente sintetizado disposiciones constitucionales como el artículo 3 de la Constitución Italiana y el artículo 9.2 de la Constitución Española) introduce un elemento redistributivo en la elección pública social a la par que un elemento de materialización de los derechos humanos en su conjunto, y en particular de los derechos sociales (como fórmula de síntesis y simplificación de los derechos económicos, sociales y culturales) para ser verdaderamente operativos desde un punto de vista existencial y no meramente retórico. Pero añadiendo inmediatamente que un derecho ineficaz no es negar su existencia sino afirmar la realidad de su incumplimiento y la posibilidad de su exigibilidad como tal, siendo así que legitima para acción colectiva y la actuación de los poderes públicos en el nivel de decisión correspondiente. Los derechos incorporar una dimensión de garantía jurídica e institucional y una dimensión de norma directiva que obliga a los poderes públicos y legitima las acciones colectivas a través del movimiento social correspondiente (lo que ha sido denominado como “ciudadanía de los poderes colectivos” que acompaña a la ciudadanía como dotación y garantía jurídica e institucional de los derechos)<sup>249</sup>. Y aquí cabe postular el pacto constitucional como elección colectiva de la sociedad que se constituye en comunidad política democrática. La ciudadanía activa en defensa del sistema democrático exige de una “democracia militante”. Juristas y politólogos como Heller, Radbruch, Kirchheimer, Neumann, e incluso el mismo Kelsen (para el cual la tolerancia es un valor esencial para la democracia, pero cuyo alcance no es ilimitado<sup>250</sup>) defenderían una

<sup>249</sup> En este sentido MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, espec., Capítulo III (“Una estrategia de la ciudadanía basada en los derechos y en los poderes colectivos: las dos formas de concebir y extender la ciudadanía”), págs. 159 y sigs.

<sup>250</sup> KELSEN, H.: *Esencia y valor de la democracia*, edición y estudio preliminar, “La democracia en el pensamiento de Kelsen” (pp. XI-LX), a cargo de J.L., MONEREO PÉREZ, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002; KELSEN, H.: *Principios de Derecho Internacional Público* (1952), traducción por H. CAMINOS y ERNESTO C. Hermida, revisión, edición y estudio preliminar, “Soberanía y Derecho Internacional en Hans Kelsen” (pp. IX-LVII), a cargo

“*democracia militante*”, en el sentido de defensa jurídica y política activa de los principios y valores fundamentales garantizados en la Constitución o Norma de rango fundamental de un régimen de democracia constitucional pluralista<sup>251</sup>. Karl Mannheim advertía sobre el peligro para la democracia constitucional de confundir la neutralidad con la tolerancia indiferenciada<sup>252</sup>.

Importa la delimitación del objetivo a alcanzar de una sociedad justa pero ante todo sus realizaciones efectivas y conquistas reales que se orientan a avanzar hacia ella, esto es, centrada en los instrumentos e institucionales para materializar y la percepción de sus realizaciones en la práctica. En todo esto la igualdad y la libertad están inevitablemente asociadas; y lo están en la defensa contra todos los poderes y para la realización del bienestar, la libertad efectiva y la participación activa en los distintos ámbitos donde se desarrolla la personalidad de los individuos<sup>253</sup>. Se trata de *materializar la idea de justicia social y de la democracia* en sus distintas dimensiones. De este modo, la libertad y la igualdad adquieren un carácter –y plasmación- multidimensionales dentro de los contenidos que las identifican y las condiciones de posibilidad que las hacen posibles. Y esta concepción compleja enlaza con la concepción de la democracia como razón pública por discusión, diálogo e interacción pública y de plasmación en las dimensiones de la democracia declinada como democracia procedimental, democracia sustancial, social y económica (traducida en la esfera de la producción –y del ciudadano como productor- en la denominada “democracia industrial”, lo cual conduce a una visión alternativa –“constitucional”- de las relaciones laborales dentro de la empresa y obliga a reconfigurar la problemática de la participación, el control, el poder y la división social del trabajo). Todo ello teniendo en cuenta los límites que impone la lógica de un contrato de trabajo “dependiente” o “subordinado” y los límites de la subjetivación colectiva/sindical del trabajo dentro de la empresa y atendiendo a los poderes directivos y libertades económicas de los empresarios en el contexto del modelo actual de capitalismo organizado de mercado.

Ello ha servido al modelo neoliberal, que se ha visto cuestionado precisamente por las políticas públicas de “salvamento” del sistema del capitalismo en virtud de las intervenciones estatales y de los organismos internacionales. Friedrich Hayek había defendido la privatización o remercantilización de los servicios públicos, la desregulación prácticamente completa de los mercados de trabajo, el desmantelamiento de las protecciones sociales públicas -hasta hacerlas meramente residuales-, e incluso una democracia limitada. Todo ello acompañado de una teoría (presupuesta al análisis

---

de J.L., MONEREO PÉREZ, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2013; *In extenso*, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los fundamentos de la democracia. La teoría político jurídica de Hans Kelsen*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, espec., Capítulo 4 (“La democracia parlamentaria en Kelsen. “Esencia” y “valor” de la Democracia”), págs. 103-295; MONEREO PÉREZ, J. L.: “La ciencia jurídica en la crisis del constitucionalismo democrático: Hans Kelsen”. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 12, núm. 2, 2022 1–74. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7370>.

<sup>251</sup> DENNINGER, E.: “Democracia militante y defensa de la Constitución”, en BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE, HEYDE: *Manual de Derecho Constitucional*, Presentación de Conrado Hesse, traducción y estudio preliminar de A. LÓPEZ-PINA, Marcial Pons/Instituto Vasco de Administración Pública, 1996, págs. 445 y sigs. El concepto es tributario de LOEWENSTEIN, K.: «Militant Democracy and Fundamental Rights, I». *The American Political Science Review*, vol. 31, (1937), nº 3, pp. 422 y 423; LOEWENSTEIN, K.: «Militant Democracy and Fundamental Rights, II». *The American Political Sciences Review*, vol. 31, nº 4, 1937, pp. 638-658

<sup>252</sup> MANNHEIM, K.: *Diagnóstico de nuestro tiempo*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1969, págs. 16-17. Véase, al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La sociología crítica de Karl Mannheim en una época de crisis*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2024, Capítulo 3.3. (Diagnóstico de su tiempo histórico. La crisis en la estimativa, las nuevas técnicas de control social y el tercer camino: “*democracia militante*” y educación de las masas para la democracia), págs. 173 y sigs.

<sup>253</sup> Más allá de que se coincide con toda su argumentación, importa hacer nota la concepción de la justicia social en SEN, A.: *La idea de justicia social* (2009), trad., H. VALENCIA VILLA, Madrid, Ed. Taurus, 2010, espec., págs. 61 y sigs, y 255 y sigs.



empírico) del orden espontáneo del mercado o “Catalaxia”<sup>254</sup>. Sin embargo, después del fracaso de las políticas neoliberales de austeridad para hacer frente al crack de 2008 y el reclamado generalizado de las políticas públicas para afrontar la “crisis social total” en la que se había convertido la pandemia covid-19, parece muy difícil sustentar las políticas neoliberales propias de un capitalismo “puro” supuestamente libertado –por innecesario y contraproducente- de todo intervencionismo público regulador y controlador; por no hablar del fracaso social del fracaso del supuesto orden espontáneo del capitalismo neoliberal para resolver los problemas sociales y de empleo (crisis de empleo) generados a causa de la pandemia. Está por ver que la ortodoxia neoliberal no reorienta su discurso para continuar apostando por orden espontáneo del mercado y la política de fomento público de las actividades económicas privadas (y en beneficios de intereses particularistas de una élite económica cada vez más selectiva)<sup>255</sup>. En una sociedad del riesgo la fragilidad de las sociedades humana exige de una sociedad organizada con intervención de los poderes públicos tanto a escala nacional como europea y mundial. Lo que se pone en cuestión en la práctica –y no sólo en la teoría- es la falsificación del discurso del neoliberalismo y su revolución del mercado, es decir, la pretensión de despolitizar las cuestiones distributivas, incluidas las muy desiguales consecuencias de los riesgos sociales, ya sean causados por cambios estructurales en el reparto mundial del trabajo, al daños medioambiental o a las enfermedades propiciadas por el crecimiento económico irresponsable desde el punto de vista social y ecológico. La versión ortodoxa del neoliberalismo radical en materia de política económica siempre había decaído en sus postulados ideológicos ante el pragmatismo que siempre ha aconsejado un *determinado modelo de intervención pública* en la regulación de la economía y de las condiciones materiales para el ejercicio de las libertades económicas. En las crisis de 2008 y la crisis provocada por la pandemia covid-19 exigieron un intenso intervencionismo en materia de política económica y social evidenciando no sólo los límites, sino también las falacias de los experimentos del neoliberalismo del “libre” mercado desregulado. La ideología liberal radical transmite la inherencia de la racionalidad económica (su apelación a la primacía de la eficacia en términos de rentabilidad sobre la racionalidad social en términos de justicia social y de redistribución y de participación activa en la creación del producto social) y la mentalidad empresarial como si constituyeran elementos necesarios para la democracia y la libertad, ignorando las condiciones materiales de la libertad social realmente practicable. En esa ideología neoliberal el Estado es un instrumento del mercado y al servicio de las fuerzas económicas que lo gobiernan como espacio de intercambio en condiciones de regulación –o en su caso desregulación- que prefigura condiciones favorables para los grandes grupos de intereses organizados y selectivos. Aquí se evidencia que el “laissez-faire” del poder estatal es una falacia mítica, esto es, un constructo ideológico que enmascara una función de cobertura del orden económico-social establecido precisamente encaminado a crear las mejores condiciones de su reproducción dinámica. El poder público y la legislación –o sus silencios o ausencia- establecen las reglas de juego unilateral y globalmente más favorable para la paz y el orden económico que conviene al mantenimiento del orden y de la lógica de racionalización instrumental imperante. A ello se añade un discurso político tecnocrático y el funcionamiento de una concepción de base economicista de la democracia política (que suele acabar en una democracia restringida, débil y elitista)<sup>256</sup>. La política y

<sup>254</sup> HAYEK, F.A.: *Derecho, legislación y libertad: Una nueva formulación de los principios liberales de justicia y libertad y de la economía política*, 3 Vols., Madrid, Unión Editorial, 1978-1979-1982, con varias reediciones posteriores; HAYEK, F.A.: *Camino de servidumbre*, Madrid, Alianza editorial 1978 (2ª ed., 1990); HAYEK, F.A.: *Los fundamentos de la libertad*, Madrid, Unión Editorial, 1975 (8ª ed., 1991).

<sup>255</sup> Son de interés, al respecto, las reflexiones de TOOZE, A.: *El apagón. Cómo el coronavirus sacudió la economía mundial*, trad. I. BARBELTOS, Barcelona, Ed. Crítica, 2021.

<sup>256</sup> Paradigmática es la elaborada construcción de HAYEK, F.A.: *Derecho, legislación y libertad: una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, Vol. 1: *Normas y orden*, Madrid, Unión Editorial, 1978 (2ª ed., 1985, 3ª ed., 1994), Vol. II: *El espejismo de la justicia social*, Madrid, Unión Editorial, 1979 (2ª Ed., 1988); Vol. III: *El orden político de una sociedad libre*, Madrid, Unión Editorial, 1982. En esta magna obra la defensa utópica del orden espontáneo de mercado (o “Catalaxia”) en condiciones de competitividad vinculada la optimización de los intercambios se hace acompañar un crítica de la “justicia social” (que para él es un “espejismo”: “el espejismo de la justicia social”) que deriva necesariamente en una “lógica redistributiva” a través

el Derecho constituye reguladores económicos garantizando reglas de juego y la reproducción de las condiciones de existencia de las fuerzas productivas y de los derechos y libertades cuya garantía es ineludiblemente necesaria para la organización jurídica del capitalismo; sin una política económica, un Derecho económico y un Derecho del Trabajo no es posible en el estadio histórico actual un buen funcionamiento del mercado bajo condiciones capitalistas de producción y financiarización y asimismo de organización de la sociedad. El capitalismo actual es un capitalismo “organizado” e intervenido (vale decir también, regulado, aunque sea regulador de los procesos de “desregulación” y “flexibilidad” requerida, porque desregulación jurídica es también “re-regulación” normativa). Por ello mismo la idea de un mercado autorregulado solo puede admitirse con carácter relativo y partiendo de la idea de una intervención pública en materia de política económica y de Derecho de la Economía, las cuales conforman la “constitución económica”.

La crisis integral ideológica<sup>257</sup> y práctica del neoliberalismo había quedado puesta de relieve; y con ella el cuestionamiento de su discurso y la irresponsabilidad organizada (respecto de los nuevos “riesgos” e incertidumbres) que pretendida por en su practicabilidad política. La crisis estructural de las primeras décadas del siglo veintiuno no se han resuelto con un modelo liberal residual de Estado del Bienestar, sino como un modelo social institucional-redistributivo e intervencionista de Estado Social de Derecho, en que se éste planifica y regula en orden económico y al mismo tiempo garantiza los derechos de ciudadanía social<sup>258</sup>. El modelo social institucional-redistributiva de ciudadanía social comporta una reconfiguración de la teoría de la ciudadanía plena enmarcada no sólo en obligaciones morales, sino ante todo en un típico lenguaje de los derechos fundamentales de las personas y el fomento del pluralismo y la democracia participativa. Y en particular en el campo de los derechos sociales éstos se configuran técnicamente como “derechos sociales de desmercantilización relativa del trabajo”, en virtud de los cuales se garantizan posiciones jurídico-subjetivas de ventaja en favor de las personas con independencia de su poder en el mercado de la provisión privada de bienes y servicios y en el mercado de trabajo; en la lógica interna del orden público socio-económico del orden normativo (del Estado u organización pública supraestatal) está la defensa del interés público en los términos constitucionalmente diseñados de defensa de la efectiva horizontal de los derechos, la dignidad de las personas y de los bienes comunes. Ello exige que de Estados Sociales Activos (u otros poderes públicos a distinto nivel) que dirigen, intervienen y regulación las relaciones económicas y sociales para garantizar los derechos a todas las personas, desvinculando su titularidad exclusivamente de la condición de la nacionalidad, de manera que pueda hablarse –a estos efectos- de una ciudadanía cosmopolita<sup>259</sup>. Este enfoque garantista presupone la existencia de distintos centros de poder

---

de una intervención pública conformadora del orden económico y de las relaciones sociales. Todo ello implica una intensa *politización y juridización del orden económico (como orden no tanto dado como construido) y de las relaciones sociales y las reglas del juego político que gobiernan también las sociedades avanzadas como sociedades eminentemente jurídicas.*

<sup>257</sup> Los límites del discurso de una economía desprovista de ideología y su falacia para una ciencia económica configurada como ciencia social, puede consultarse, MEEK, R.L.: “Economía e ideología”, en MEEK, R.L.: *Economía e ideología y otros ensayos. Estudios sobre el desarrollo del pensamiento económico* (1967), trad. M. SACRISTÁN, Barcelona, Ed. Ariel, 1972, págs. 294-338; POLANYI, K.: *La Gran Transformación. Crítica del liberalismo económico*, Madrid, Ed. La Piqueta, 1989.

<sup>258</sup> Para estos modelos de Estados del Bienestar, véase en los orígenes TITMUS, R.: 1981; y su desarrollo hacia la teoría de los derechos de ciudadanía social e industrial, en MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, págs. 27 y sigs., y Cap. II (“La desmercantilización relativa del trabajo como objetivo de la política social moderna en el capitalismo avanzado: El trabajo y su ordenación jurídica”), págs. 45 y sigs., y Cap. III (“Estado del Bienestar y ciudadanía social: Los derechos sociales como derechos de la ciudadanía”), págs. 159 y sigs.

<sup>259</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, págs. 27 y sigs., y Cap. II (“La desmercantilización relativa del trabajo como objetivo de la política social moderna en el capitalismo avanzado: El trabajo y su ordenación jurídica”), págs. 45 y sigs., y Cap. III (“Estado del Bienestar y ciudadanía social: Los derechos sociales como derechos de la ciudadanía”), págs. 159 y sigs.

organizados multinivel (Estatales y supraestatales) capaces de garantizar esa ciudadanía cosmopolita y el pleno disfrute efectivo de tales derechos. Y ello, en el campo político y jurídico, comparta la existencia de ámbitos de soberanías limitadas y ámbitos de soberanía compartidas en un espacio de lo común. (Paradigmática resulta la función promocional de los poderes públicos diseñada en artículos como el 3 de la Constitución Italiana y 9.2 de la Constitución Española, que ponen de manifiesto la necesidad de una política activa de dichos poderes para remover los obstáculos derivados de las estructuras económicas, sociales, culturales y políticas para que la libertad y la igualdad sean realidades y efectivas; al fin y al cabo, el Derecho y el Poder –privado y público- son la otra cara del Derecho). Este comportamiento pro-activo del Estado Social intervencionista es que permite evitar una disociación aporética entre el ordenamiento jurídico y la realidad social materialmente “constitucional”, presidida por poderes detentados por fuerzas sociales y económicas que pueden operar una ineffectividad de la Constitución jurídica e incluso operar en la práctica un “mutación constitucional” regresiva. En la Constitución del Estado Social Activo “lo constituido” (el poder constituido legítimo) debe de estar permanente nutriéndose de “lo constituyente” (el poder constituyente de sociedad donde se producen tensiones y conflictos que se resuelven según la conformación de la correlación de fuerzas; realidad social constitucional que enlaza con la constitución material); y el resultado de esa interconexión permanente da lugar al surgimiento de un nuevo Derecho vinculado a las constante transformaciones sociales y exigencias del sistema democrático. De este modo, el texto constitucional puede cumplir su función *dinámica* de servir a la organización de una determinada comunidad política organizada reflejando sus principios y valores, pero también su cultura (incluida la cultura de los derechos fundamentales); y puede ser también continuamente abierta y adaptable al cambio a través de los procesos de interpretación de la Constitución en una *sociedad abierta de sus intérpretes*<sup>260</sup>. Es así que la estructura interna de la Constitución jurídica combina dinámica la racionalidad jurídico-formal y la racionalidad jurídico-material en permanente apertura e interacción con la esfera discursiva y comunicativa pública y de los grupos sociales dotados de autonomía regulativa dentro de un sistema jurídico que impulsa el pluralismo como extensión del proceso de democratización. Lo cual introduce *en la misma lógica interna de la Constitución* la racionalidad jurídica-reflexiva de los grupos sociales organizados (paradigmática, la potencialidad reflexiva recogida en el bloque o grupo normativo sindical en la Constitución Española -Norma Fundamental del ordenamiento jurídico- en virtud de los artículos 7, 9.2, 28, 37, 103, 129.2, etcétera)<sup>261</sup>.

<sup>260</sup> Aunque no exactamente en el mismo sentido Peter Häberle ha pido hablar de la “constitución cultural”. Cfr. HÄBERLE, P.: *El Estado constitucional*, trad. H. FIX-FIERRO, estudio preliminar de Diego Valadés, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, espec., págs. 11 y sigs. (“La teoría de la Constitución como ciencia jurídica de los textos y la cultura”), y Capítulo Tercero (“Tratamiento por la ciencia cultural”), págs. 79 y sigs.; Capítulo Cuarto (“Proceso constituyente. Modificación e interpretación de la Constitución. Jurisdicción constitucional”), págs. 129 y sigs. Asimismo, HÄBERLE, P.: *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, traducción e introducción de E. Mikunda, Madrid, Tecnos, 2000, págs. 33 y sig., 39 y sigs., 68 y sigs., y 159-161.

En realidad, la fuente de inspiración de Häberle viene de Hermann Heller (en parte también con Rudolf Smend, y su teoría de la integración y la concepción de los derechos fundamentales como expresión de valores existentes en una sociedad), que vincula la Constitución jurídica con el hecho nacional y la comunidad nacional de cultural en la que se insertan los ciudadanos participando de una igualdad de condiciones materiales de existencia digna (esto es, la garantía del principio de igualdad material como condición de posibilidad de forjar una ciudadanía activa y la participación efectiva en la acción de gobierno de la sociedad democrática), elevada a precondition del sistema de democracia social que postula. La juridización de esa legitimidad material o sustancial establece las bases del ejercicio del poder en la democracia constitucional pluralista y la transición hacia un socialismo democrático capaz de construir una nueva constitución jurídica. Puede consultarse, al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009, espec., capítulo I.4. (“Teoría jurídico-social: homogeneidad social y Estado Social de Derecho”), págs. 67 y sigs., y Capítulo III.5 (“Heller y debate totalitario”), págs. 234 y sigs., con referencia a la labor de defensa de la democracia constitucional hecha junto con los pensadores socialistas Otto Kirchheimer y Franz Neumann.

<sup>261</sup> Para la inherencia y operatividad de la *racionalidad tridimensional* (racionalidad formal, racional material y racionalidad reflexiva y comunicativa de la “constitución del trabajo” en el constitucionalismo democrático social con Estado Social de Derecho, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso

En una línea de discurso crítico se ha acometido una crítica al sistema actual de relaciones internacionales (dominado por instancias internacionales tecnocráticas y políticas no elegidas democráticamente, como los grupos G-7 y G-8, FMI, Banco Mundial, etc., pero que ejercen como instancias legitimadas fácticamente)<sup>262</sup> y al modelo vigente de Derecho Internacional. Una línea que ha venido estando más cubierta en el plano económico-institucional de dicha teoría crítica<sup>263</sup>, pero que estaba más descuidada en la perspectiva jurídico-política. Danilo Zolo (perteneciente a la que se podría llamar «ala izquierda» de la escuela de Norberto Bobbio, y en todo caso a la teoría jurídica crítica italiana). Su crítica presenta una doble dirección: por un lado, al modelo vigente de globalización neoliberal que actúa como un mecanismo que disuelve al sistema democrático a favor de un orden internacional dominado por las grandes potencias estatales (incluido el recurso discrecional a la guerra)<sup>264</sup> y por las grandes empresas multinacionales; y, por otro, una crítica a la que se ofrece como alternativa a dicho orden internacional, el que el mismo denomina «globalismo jurídico» (especialmente en la tradición de la escuela analítica y que encuentra su expresión más reciente en la propuesta de Luigi Ferrajoli<sup>265</sup>, pero que incluye también la crítica a la propuesta de Jürgen Habermas de construir un «derecho cosmopolita»<sup>266</sup>), que en su opinión desconoce la realidad política del poder internacional y presenta el riesgo paradójico de una utilización totalitaria de la teoría y de los textos internacional sobre los derechos fundamentales<sup>267</sup>.

---

de racionalización jurídica de la “cuestión social””, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2001, págs. 197-254; MONEREO PÉREZ, J.L.: “La racionalización jurídica de las relaciones laborales y la emergencia de nuevas fuentes reguladoras en el orden internacional”, *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 8, núm.1, 2018, págs. 1-44. Recuperado a partir de [https://www.upo.es/revistas/index.php/lex\\_social/article/view/2896](https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/2896). Asimismo, MONEREO PÉREZ, J. L. : “El derecho social y los sujetos colectivos: la construcción jurídica fundacional de Otto Von Gierke”, en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, Vol. 10, núm. 2, 2020, págs. 682–735. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5080>; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría jurídica de Georges Gurvitch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021, espec., págs. 157 y sigs.

<sup>262</sup> ROSANVALLON, P.: *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*, Barcelona, Ed. Paidós, 2010, págs. 298 y sigs.

<sup>263</sup> Es suficiente con recordar las obras de neomarxistas como G. Frank, S. Amin, Arrighi, Palloix, Chesnais, Aglietta, Wallesterein, E. Hobsbawm y un largo etcétera.

<sup>264</sup> ZOLO, D.: *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, Madrid, Ed. Trotta, 2006; ZOLO, D.: *Los señores de la paz. Una crítica al globalismo jurídico*, Madrid, Dykinson, 2005. Zolo mantiene dos tesis confirmadas: En primer lugar, la tesis de que sólo las guerras perdidas son de hecho consideradas crímenes internacionales, mientras que las guerras ganadas, aunque se trata de guerras de agresión que conllevan una clara violación del derecho internacional, no están sometidas a reglas y los vencedores no sufren ninguna sanción política o jurídica. En segundo lugar, se confirma la idea según la cual la justicia internacional —incluida la justicia penal internacional— sigue la voluntad y sirve a los intereses de las grandes potencias, que son tales sobre todo gracias a su enorme superioridad militar. En tercer lugar, en fin, resulta llamativa la impotencia normativa y reguladora de las Naciones Unidas: ha sido hoy relegada a desempeñar una función legitimadora, acomodaticia y apologética del statu quo por las grandes potencias, y desde este punto de vista el Derecho internacional y sus instituciones parecen hoy del todo irreformables. Por ello, afirma, «la «justicia de los vencedores» es la regla de hierro que hoy domina las relaciones internacionales y que continuará dominándola todavía por mucho tiempo, mientras dure el actual, abismal desequilibrio en la distribución del poder y de la riqueza a escala global (cfr, ZOLO, D.: *La justicia de los vencedores*, cit., págs. 17 y 21).

<sup>265</sup> Anotar la por la demás excelente obra de FERRAJOLI, L.: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, 3 tomos, traducción de P. ANDRÉS IBÁÑEZ et. altri, Madrid, Ed. Trotta, 2011.

<sup>266</sup> HABERMAS, J.: «La idea kantiana de la paz perpetua. Desde la distancia histórica de 200 años», en *La inclusión del otro*, Barcelona, Eds. Paidós, 1999, págs. 147-187; *Ibid.*, «Bestialidad y humanidad. Una guerra en límite entre derecho y moral», en *Nueva sociedad*, núm. 162 (1999), págs. 60-67; y más recientemente, *id.*: *La Constitución de Europa*, Madrid, Ed. Trotta, 2012.

<sup>267</sup> ZOLO, D.: *Cosmópolis: perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*, Barcelona, Ed. Paidós, 2000; *ID.*: *Globalización: un mapa de los problemas*, Bilbao, Mensajero, 2006; *Los señores de la paz. Una crítica al globalismo jurídico*, Madrid, Dykinson, 2005. Véase también críticamente sobre el intervencionismo humanitario y la justificación de la guerra, LOSURDO, D.: *Marx e il bilancio storico del Novecento*, Napoli, La Scuola de Pitagora editrice, 2009, págs. 139 y sigs. y 371 y sigs. («Derechos humanos e «imperialismo de los derechos humanos»); y el propio véase ZOLO, D.: *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, Madrid, Trotta, 2007, Capítulo 3 (“Universalidad de los derechos y guerra humanitaria”), págs. 87 y sigs.

Danilo Zolo no cuestiona la necesidad de una protección internacional —y no sólo internacional— eficiente de los derechos fundamentales, pero entiende que resulta ilusorio pensar que sea posible construir una suerte de Estado de Derecho cosmopolita que sea capaz de trascender las estructuras de los Estados nacionales. Para él, el problema real es el de compatibilizar las intervenciones internacionales para garantizar los derechos fundamentales con la diversidad cultural, la identidad y la dignidad de los pueblos, con la integridad de las estructuras jurídico-políticas que ellos se dieron libremente en su momento constituyente. El militarismo de las grandes potencias ha producido un auténtico colapso del ordenamiento jurídico internacional, que es, al mismo tiempo, causa y consecuencia de la parálisis política de Naciones Unidas. Tras las intervenciones esporádicas, lo que se está dando lugar es a una guerra permanente e limitada<sup>268</sup>. Por el momento, no parecería exagerado afirmar que el «pacifismo jurídico» que, de Kant a Hans Kelsen, Norberto Bobbio y Jürgen Habermas, señaló al Derecho y a las instituciones internacionales como los grandes instrumentos principales (y casi exclusivos) para llevar a cabo la paz y la protección de los derechos fundamentales. Para Danilo Zolo, ello refleja una ilusión ilustrada, un optimismo normativo y la ingenuidad de un universalismo cosmopolita. Una vez rota la biopolaridad hasta el momento presente, las grandes potencias occidentales utilizan arbitrariamente la fuerza militar, y no contentándose con ello proceden a utilizar el Derecho internacional en nombre de su incondicionado *ius ad bellum*. En este balance de fracasos se añade la de la jurisdicción penal internacional, pues ante la creciente concentración del poder político-militar internacional, que está conformando una especie de «constitución imperial del mundo», una corte penal internacional puede convertirse en un simple instrumento tendencioso bajo el control subordinado de las grandes potencias imperiales. Y, en el caso de que pretenda asumir un papel independiente, puede que su destino sea el mismo que la Corte Penal Internacional de la Haya<sup>269</sup>.

En todo caso, resulta significativo el hecho de que las relaciones internacionales están sometidas a una lógica schmittiana de la excepción permanente —y excepción totalitaria—, donde imperan las relaciones de fuerzas y la decisión política de los Estados más poderosos respecto a un precario orden jurídico-institucional internacional<sup>270</sup>. La crisis económica de la primera década del siglo veintiuno y las decisiones aparentemente impuestas por los «mercados» reflejan esa situación de excepción.

El nuevo orden imperial no ha desplazado completamente a los Estados nacionales. Es más, aunque el capitalismo globalizado se dote de instituciones interestatales o supraestatales, es innegable que el horizonte político actual continúa necesitando y dependiendo de las políticas estatales. «Su forma política global es la de un sistema múltiple de Estados territoriales (no necesariamente nacionales). Para garantizar la seguridad y rentabilidad del capital, los Estados con pretensiones hegemónicas deben civilizar no sólo las relaciones sociales internas, sino también el sistema global de las relaciones internacionales. Ni el imperio de Negri ni el ultraimperialismo imaginado antaño por Kautsky ha tomado el relevo del orden internacional constituido por una jerarquía de Estados

<sup>268</sup> BENSÁID, D.: *Elogio de la política profana* (2009), Barcelona, Ed. Pensínsula, 2009, págs. 95 y sigs.

<sup>269</sup> ZOLO, D.: *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, Madrid, Ed. Trotta, 2006, págs. 84-85; ZOLO, D.: *Terrorismo humanitario. Dalla guerra del Golfo alla strage di Gaza*, Regio Familia, Diabasis, 2009; ZOLO, D.: *Tramonto globale. La paurla, i diritti, la guerra*, Firenze, UP, 2010. Nótese que esa idea de «justicia de los vencedores» debe conectarse con el extraordinario estudio, desde el marxismo crítico de la Escuela de Frankfurt, del KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política. Empleo del procedimiento legal para fines políticos*, edición y estudio preliminar «Estado y democracia en Otto Kirchheimer» (pp.XVII-CLXXXV), a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, el cual advertía de los riesgos de una neutralización de la distinción funcional entre política y justicia, pues si se consuma, el proceso penal acaba desplegando tan sólo funciones parajudiciales o extrajudiciales, es decir, la teatralización ritual de la lucha política, la personalización y la estigmatización del enemigo, la legitimación procedimental de las medidas que se pretenden tomar en su contra, el sacrificio expiatorio.

<sup>270</sup> La amplitud y alcance de esa lógica de la excepción, en BENSÁID, D.: *Elogio de la política profana* (2009), Barcelona, Ed. Pensínsula, 2009, págs. 54 y sigs., y 81 y sigs.

territoriales». El mercado capitalista requiere de mecanismos institucionales que garanticen su funcionamiento y reproducción. En relación a ello, no se trata de regresar hacia utópicos automatismos mercantiles supuestamente naturales, y ello es así tanto en el plano nacional como internacional. En el ámbito internacional la globalización capitalista —incluso bajo esquemas de una renovada ideología económica pragmática— exige una decida «contrarreforma» político-institucional con la finalidad imponer nuevos instrumentos jurídicos e institucionales globalizados, nuevos recortes territoriales, nuevas reglas comerciales y jurídicas internacionales<sup>271</sup>.

Lo que resulta hoy obvio es que el orden del capital descansa en una pluralidad de Estados, cuya cooperación en el marco de la «gobernanza global» no sustituye (todavía) a sus tradicionales funciones gubernamentales. Por el contrario, su función tendrá que evolucionar, en la medida en que ya no garantizan solamente sus mercados internos, sino que deben asegurar el crecimiento de la reproducción social y proteger la propiedad más allá de sus fronteras específicas<sup>272</sup>. No parece que todavía estemos ante el fin de la modernidad organizada de los territorios y los Estados-nación — como afirma Jürgen Habermas<sup>273</sup>—, porque el capital continúa necesitando del poder de regulación, racionalización y estrategia militar de los Estados nacionales<sup>274</sup>. Por lo demás, la utopía de la razón comunicativa y del formalismo jurídico se ve obstaculizada por el proceso liberal de desintegración y desafiliación social. La propuesta de Habermas de construir una democracia cosmopolita deliberativa y procedimental, cuyo marco normativo estaría representado por los derechos humanos, opera como la profesión de fe de un universalismo abstracto que oculta la razón del más fuerte. Los acontecimientos internacionales de los últimos años cuestionan seriamente este optimismo cosmopolita y ha hecho dudar al mismo Habermas de la viabilidad de su propuesta de entendimiento mutuo en el marco de su teoría de la acción comunicativa<sup>275</sup>. Es lo cierto que la inserción del Estado-nación en el mercado mundializado plantea una creciente tensión entre Estado-Mercado y democracia constitucional. La misma forma de «Estado-Mercado» incrementa la exclusión social y la precarización del trabajo (que eufemismos aparte determina una progresiva remercantilización del trabajo y de los derechos sociales de ciudadanía)<sup>276</sup>. Cuando el poder económico se impone a la política democrática, el autoritarismo acaba implantándose.

Sin duda, se está formando una nueva forma de «Estado-Mercado» comprometido al mismo tiempo con las condiciones de competitividad de sus economías y empresas y con la seguridad pública (el «Estado-Mercado» es también un «Estado de Seguridad»). Se plantea actualmente el tendencial

<sup>271</sup> BENSÁID, D.: *Elogio de la política profana* (2009), Barcelona, Eds. Pensínsula, 2009, págs. 242-243.

<sup>272</sup> BENSÁID, D.: *Elogio de la política profana* (2009), cit., pág. 248.

<sup>273</sup> HABERMAS, J.: *Más allá del Estado nacional*, Madrid, Ed. Trotta, 1997; *id.*: *El derecho internacional en la transición hacia un escenario posnacional*, trad. D. GAMPER SACHSE, Madrid/Buenos Aires, Editorial Katz, 2008.

<sup>274</sup> En esto coinciden a pesar de sus diferencias David Harvey (*El Nuevo imperialismo* (2003), Madrid, Ed. Akal, 2007; *ID.*: *Los límites del capitalismo y la teoría marxista*, México, FCE, 1990); E. M. WOOD (*Empire of capital*, Verso, 2003; *Capitalismo contra democracia*, México, Siglo XXI, 2000); HIRSCH, J.: *Globalización, capital y Estado*, México, UNAM, 1996.

<sup>275</sup> BENSÁID, D.: *Elogio de la política profana* (2009), cit., pág. 256. En realidad, la disolución del Estado-nación en el imperio, el Estado mundo o la «estatificación mundial» dista de ser algo inminente. En cambio, asistimos a la metódica destrucción del modelo keynesiano de regulación y al fracaso de los pactos sociales o populistas de la posguerra. Si bien estos Estados nacionales no han desaparecido en el contexto de la mundialización, sí que se han debilitado. Se efectúan traspasos de soberanía en beneficio de instituciones como las de la Unión Europea o las de la «gobernanza mundial». Es cierto que las formas democráticas se desintegran a medida que el Estado competitivo se impone sobre el Estado garante de solidaridades, pero los mecanismos de dominación no se debilitan, más bien todo lo contrario. El antiguo Estado social degenera en un Estado disciplinario de talante neoliberal, cuya prioridad es la seguridad pública. Paralelamente, el pueblo de ciudadanos se divide en grupos, comunidades, tribus y multitudes. La sociedad pierde sus espacios (págs. 264-265).

<sup>276</sup> Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La política de empleo como instrumento de lucha contra la precariedad laboral*, Albacete, E. Bomarzo, 2011.; *id.*: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social, Madrid, 1996.

desplazamiento de los Estados keynesianos de bienestar a una forma de Estado competitivo schumpeteriano o, más exactamente «Estado-Mercado», el cual prioriza la competitividad económica y la innovación. Pero sucede que este desplazamiento de formas políticas se ha hecho acompañar de retrocesos en materia de derechos sociales, destruyendo la solidaridad social y fomentando el individualismo posesivo, dando lugar a una creciente polarización social que se traduce en niveles, cada vez más elevados, de exclusión social. Este proceso de transición de formas políticas se está efectuando en las condiciones impuestas por una globalización neoliberal liderada por los intereses del capital financiero. Lo cual determina el surgimiento de un modelo de Estado competitivo, que lejos de optimismos precedentes, tiende visiblemente a conformarse como «Estado-Mercado» o «Estado de competencia económica» *subordinada* a escala internacional<sup>277</sup>. La arquitectura específica del Estado contemporáneo facilita que determinadas fuerzas sociales utilicen el poder público para defender sus intereses y valores por contraposición a otras fuerzas sociales con diversos horizontes de acción. En estas coordenadas políticas, no parece admisible la idea de que haya una *única* lógica del capital, pues se opera una serie de dinámicas que compiten entre sí, asociadas con las diversas fracciones del capital. De manera que la tarea de identificar los intereses del capital en su conjunto («capital colectivo») es difícil y siempre contingente<sup>278</sup>.

No parece que haya llegado la hora en que pueda afirmarse sin más que la era de la estatalidad estaría próxima o tocando a su fin. Ciertamente, se puede constatar que se viene produciendo una relativa pérdida de «soberanía» estatal, tanto en el ámbito interno, como en el externo. Pero ni los procesos internos ni los pretendidamente externos (la globalización) han comportado la pérdida del poder del Estado en términos generales. La desaparición y la pérdida de poder de los Estados nacionales es un mito político. No obstante, se tendrá que convenir que el orden establecido en la globalización neoliberal si ha supuesto el visible dominio e imposición de las «reglas de juego» por parte de los Estados más poderosos a nivel mundial (precisamente estos Estados son los más decididos impulsores de la globalización), con el consiguiente detrimento del espacio de poder y de maniobra política de los Estados «más débiles» en el sistema internacional. En todo caso, es difícil pensar en sociedad complejas (donde se garantizan los derechos fundamentales de la persona y se racionalizan las variables económicas) se produzca una ausencia de dominación política, y, por otra parte, solo se atisba a vislumbrar en la superposición a la forma Estado de estructuras supranacionales de organización política (paradigmáticamente, Unión Europea<sup>279</sup>, integrada como unidades constituyentes consistentes en Estados constitucionales democráticos que deciden formar

<sup>277</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017, espec., Capítulo I («Los cambios en curso y la política social en la crisis del Estado Social de Derecho»), págs. 8 y sigs., Capítulo II, págs. 137 y sigs., y 213 y sigs.

<sup>278</sup> JESSOP, R.: *El futuro del Estado capitalista*, Madrid, Libros de la Catarata, 2008; y, en una línea pluralista revisada, MILDAL, J.S.: *State in Society Studying How States And Societies Transform And Constitute one Another*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

<sup>279</sup> Ya es significativo, que al margen de la tradición cultural del pensamiento crítico, se haya apreciado la emergencia de una suerte de Estado multinivel como nueva forma de dominación política dentro de la transformación —que no desaparición— del Estado moderno. Así, BENZ, A.: *El Estado moderno. Fundamentos de su análisis politológico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, págs.456 y sigs. («¿Estado europeo o «Multilevel governance»?», y «el Estado multinivel como nueva forma de dominación»), que hace notar que el proceso de globalización e internacionalización no supone la decadencia del Estado muchas veces pronosticada. El Estado moderno sigue siendo más fuerte y capaz de lo que muchos observadores han supuesto o afirmado. En él se ponen, como ha sucedido siempre, las experiencias de los ciudadanos referidas a todas las funciones del Estado surgidas a lo largo de la historia. El Estado es, como siempre, la única institución verdaderamente reconocida en la que se ha podido *diseñar y ejecutar la dominación de forma democrática*. Y como ha sucedido siempre, las competencias de poder legítimo se han ejercido eficazmente sobre todo el Estado (págs.468-469). Pero no se puede dudar de que siempre se encuentra en constante proceso de transformación. Una reflexión crítica sobre la *Multilevel governance*, en SCARLATTI, P.: *Democracia y teoría de la legitimación en la experiencia de la integración europea. Contribución a una crítica del constitucionalismo multinivel*, trad. A. LASA LÓPEZ, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2010, espec., págs. 93 y sigs.

un nuevo orden superpuesto de dominación geopolítica definida), que no han surgido en lugar de la estructura de dominación estatal, sino como una nueva forma de dominación política asociada a los Estados miembros.

Nos encontramos, pues, con transformaciones de la estatalidad. Entre ellas la transformación del Estado Social intervencionista por una nueva forma de Estado neoliberal o postsocial, que puede calificarse de emergente «Estado-Mercado» o «Estado de competencia económica», donde la competitividad se hace prevalecer sobre el pleno empleo (éste se corresponde a lo que se dio en llamar, equívocamente, «Estado de Trabajo»). Ello es coherente con la perspectiva crítica que considera al Estado como la forma de dominación política específica de una época de la historia, y que como tal fenómeno histórico sufre transformaciones constantes que obligan a revisar la teoría política crítica. El Estado moderno se encuentra sometido a un proceso incesante de cambio. En este contexto la relación entre globalización y Estado nacional es compleja<sup>280</sup>. Por lo pronto es de señalar que la globalización capitalista y el Estado nacional de competencia económica («Estado-Mercado») tienen la virtualidad conjunta de socavar dos fundamentos principales de la democracia constitucional, a saber: el principio del gobierno responsable y el principio de un pueblo democrático con capacidad consensual efectiva, de manera que mientras se dicten mayores decisiones políticas fundamentales por parte de aparentes «circunstancias forzosas» de la economía global, más vacía y carente de sentido será la función de los procesos democráticos a nivel estatal nacional. Y mientras más pronunciadas sean las desigualdades de «ciudadanía». El «pueblo» se desintegra con mayor fuerza en grupos que no se toleran, combatiéndose entre sí<sup>281</sup>.

En ese nuevo contexto de mundialización del capital, el «Estado nacional de competencia», constituye un tipo de Estado cuya política y estructura internas son determinadas decisivamente por las presiones de la competencia internacional por el «lugar óptimo». Esta forma de Estado trata de hacer óptimas las condiciones de valorización del capital a escala nacional en relación con el proceso de acumulación rentable a escala global en continua competencia con otros «lugares óptimos nacionales». Por otra parte, se tiende hacia la des-democratización real dentro del marco institucional de la democracia liberal, lo que significa que las grandes decisiones políticas principales son abstraídas a los procesos democráticos de formulación de voluntades y de los intereses expresados por la población. Ese «Estado nacional de competencia» económica no es un Estado liberal a la antigua usanza (si alguna vez existió como tal), pues se caracteriza por un fuerte intervencionismo económico y social, ordenando los procesos económicos y sociales con sometimiento a las fuerzas de los hechos del mercado mundial, pero a costa de una desvirtuación y desnaturalización de las instituciones de la democracia representativa, quedando éstas relegadas a mecanismos para la implantación de los intereses del capital internacional y para la autorreproducción de las élites de poder político y económico. Interesa reparar en el dato fundamentalmente que fueron precisamente los propios Estados dominantes los que impulsaron la globalización y, con ello, su propia transformación. Su debilitamiento en cuanto a la efectividad de los procesos democráticos es el resultado de un cálculo político estratégico, con independencia —es preciso matizar— del éxito a largo plazo de dicha nueva estrategia de racionalización instrumental del capitalismo a escala nacional e internacional (como, por cierto, la crisis estructural del presente ha evidenciado; son, por así decir, los límites de autoracionalización eficiente del sistema capitalista contemporáneo). Al instante se vislumbra que la nueva forma de «Estado de competencia», y su política de «lugar óptimo» en el orden económico internacional (con la consiguiente exigencia de austeridad en el gasto social y subsidiariedad competitivas), facilita que se arguya, de modo abiertamente explícito y generalizado, que no existe una alternativa «realista»

<sup>280</sup> Para la relativa crisis de la soberanía estatal en el contexto de la globalización, por la pérdida de control de importantes aspectos decisionales, puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L.: *La tradición del marxismo crítico*, Granada, Ed. Comares, 2011, espec., cap. IV, págs. 119 y sigs.

<sup>281</sup> Véase HIRSCH, J.: *Globalización, capital y Estado*, México, UAM-X, 1996, pág. 119.



o «pragmática» al desmantelamiento progresivo y sistemático del Estado Social. De este modo, se comprenderá, que se afirmen y desarrollen rasgos totalitarios, aun ahí donde formalmente todavía funcionan las instituciones democráticas (propias de la democracia constitucional). Si la democracia ya no significa más que un medio para combatir a los otros y con esto se convierte en un mecanismo de administración del dominio, la explotación y la subyugación, entonces la democracia se transforma en su contrario<sup>282</sup>.

Esas dificultades se intensifican ante la concurrencia de dos fenómenos encadenados: el desplazamiento de la forma política de Estado Social por la distinta forma política de «Estado-Mercado», por un lado, y, por otro, la formación de un modelo de globalización «neoliberal» — gobernada por las grandes potencias y empresas internacionales— que deja poco espacio de maniobra para la realización de políticas reformistas comprometidas no ya sólo con la construcción progresiva de un Estado democrático de Derecho socialista, sino con el mantenimiento del actual Estado Social de Derecho.

Los Estados nacionales y sus respectivos ordenamientos internos están siendo intensamente afectados por el proceso de globalización, condicionando sus decisiones en materia política, económica y sociolaboral. Las grandes potencias estatales, además, son las grandes impulsoras de la globalización en las circunstancias actuales. En el plano político y jurídico se están poniendo en cuestión las grandes categorías de la teoría político-jurídica clásica, como las nociones de soberanía, representación parlamentaria, principio de responsabilidad política, democracia, participación política, Constitución jurídica (especialmente con la generalización del fenómeno de la «desconstitucionalización») y, en general, el papel que se le hace corresponder al Estado nacional en el contexto de la presente fase de la mundialización. Ello es el resultado del impulso de los nuevos espacios de poder y de la emergencia de nuevas realidades políticas e institucionales a escala internacional y europea. Todo ello en un contexto inestable donde coexisten los Estados nacionales (pretendidamente «soberanos» y con pretensión de soberanía, interna y externa) y las nuevas instancias de poder político «supranacional»; una coexistencia problemática con difícil punto de equilibrio de poderes.

En el proceso de integración europea ha quedado implicada la exigencia de una profundización teórica sobre el concepto de poder constituyente y la misma idea de democracia constitucional. En la lógica interna del constitucionalismo democrático el poder constituyente, que expresa la participación popular activa en el proceso político, constituye un elemento ineludible de la democracia constitucional<sup>283</sup>. Y es indiscutible porque no sólo pertenece a la esencia de la democracia moderna, sino que, en relación a ello, constituye el elemento primordial de legitimación de todo orden político-jurídico que merezca ser calificado como democrático<sup>284</sup>.

<sup>282</sup> HIRSCH, J.: *Globalización, capital y Estado*, México, UAM-X, 1996, págs. 100-104.

<sup>283</sup> Véase BÖCKENFÖRDE, E.W.: «El poder constituyente del pueblo. Un concepto límite del Derecho constitucional», en BÖCKENFÖRDE, E.W.: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad de Rafael de Agapito Serrano, Madrid, Ed. Trotta, 2000, págs.159 y sigs.; RUIPÉREZ, J. : *La «Constitución europea» y la Teoría del Poder Constituyente*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2000, espec., págs. 1 y sigs.; BUELGA, G. M.: «Poder constituyente, principio democrático y continuidad en el Tratado constitucional de la Unión Europea», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 15 (2004), págs. 133 a 158; MONEREO PÉREZ, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009; *id.*: *Fundamentos doctrinales del derecho socila en España*, Madrid, Ed. Trotta, 1999. En una perspectiva general, NEGRI, A.: *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, trad. Clara de Marco, Madrid, Libertarias/Prodhufo, 1994; HÄBERLE, P.: «Potere costituente (teoria generale)», en *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXIII, Roma, 2000; PISSARELLO, G.: *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Madrid, Ed. Trotta, 2011, págs. 70 y sigs.

<sup>284</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009, págs. 63 y sigs. También VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirección y Coordinación), Granada, Ed. Comares, 2012, espec., comentarios al Título VII de la Carta de la Unión Europea, págs. 1299 y sigs.

En ese contexto, se puede reflexionar sobre la problemática legitimación de la Unión Europea en la perspectiva del constitucionalismo «multinivel». La reflexión tiene que partir de la interrogante sobre la posibilidad de una Constitución europea independiente del marco territorial de un concreto Estado nacional: es lo que se ha dado llamar constitucionalismo multinivel, propuesta problemática y discutible que rompe con la tradición del constitucionalismo liberal, y que configuraría un sistema constitucional unitario integrado por las Constituciones jurídicas de los Estados miembros. Ese pluralismo constitucional interdependiente determinaría que el conjunto del sistema constitucional europeo sería *ordenamiento jurídico en continua evolución*; y, por tanto, un marco supranacional siempre en construcción.

En relación a esa «Constitución multinivel» se puede observar críticamente que esa Constitución jurídico-política «sin nación», «sin Estado» y «sin pueblo», se alejaría explícitamente de una opción en favor de un paradigma de Unión Europea del tipo «Estado federal» y sobre todo, y más importante, de la forma clásica de entender la democracia constitucional. Con ello, se prescinde de los clásicos fundamentos de legitimación social y cultural (la «nación»), políticos e institucionales (el Estado) y democráticos (el pueblo) del constitucionalismo moderno y de la teoría democrática de la Constitución, al que le es inherente los principios constitutivos de la democracia contemporánea<sup>285</sup>. Esta idea de una constitución compuesta de Europa y la propuesta de una Constitución europea entendida como «constitución de constituciones» (Unión de constituciones), expresa una reformulación de la idea político-jurídica de la Constitución, pues tiende a emanciparse de un fundamento único y homogéneo de legitimación del poder (europeo) orientado a satisfacer el «bien común» de la comunidad política formalizada al máximo nivel. No sólo se aparta de la idea (con independencia del hecho de que tuviera como máximo teorizador a Carl Schmitt) de unidad política de un Estado determinado por la decisión fundamental del poder constituyente respecto a fines, valores e intereses, sino que también se aparta de la idea de una Constitución jurídico-política reflejo de la integración de una sociedad pluralista en torno a valores comúnmente compartidos<sup>286</sup> y garantista de una identidad *plural* donde el poder constituyente de los pueblos europeos sea un instrumento de legitimación política de los poderes constituidos de la Unión Europea<sup>287</sup>.

Queda difuminada la idea de un sistema de democracia constitucional que formalice una identidad político-jurídica de todos los ciudadanos de la unidad política de referencia; una Unidad Política Europea que no podrá tener nunca una identidad única y excluyente si quiere reflejar el pluralismo realmente existente en la compleja sociedad europea. Precisamente, la Unión Europea debería de formalizarse en una Constitución jurídico-política que *funde, defina y organice una entidad política pluralista y determine los mecanismos de integración y valores compartidos*, que sirvan de soporte para hacer valer de manera autónoma, en el interior y en el exterior, el interés general y los valores europeos compartidos; es decir, una *Unión Europea de identidad plural* (y con un marco común compartido) de inevitable (y positiva) conformación pluralista y culturalmente abierta, dotada de entidades político-jurídicas comunes y tradiciones culturales diversas que la enriquecen y han de ser respetadas. La Unión Política Europea necesita de un *poder democrático*; necesita dotarse

<sup>285</sup> CANTARO, A.: *Europa sovrana*, Bari (Italia), Edizioni Dedalo, 2005; trad. *Europa soberana. La construcción de la Unión entre guerra y derechos*, Prólogo de P. BARCELLONA, trad. y presentación de Gerardo Pisarello y Antonio de Cabo, Barcelona, Eds. De Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2006, Capítulo cuarto («Europa mínima»), págs. 77 y sigs.

<sup>286</sup> SMEND, R.: *Constitución y Derecho Constitucional*, trad. J. M. BENEYTO PÉREZ, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, espec., págs. 62 y sigs., y 225 y sigs. («Contenido material de carácter integrador de las Constituciones. En especial los Derechos Fundamentales»). Véase también MONEREO PÉREZ, J.L.: *El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2020, págs. 127 y sigs., 161 y sigs., y 179 y sigs.

<sup>287</sup> Es significativa la concepción del Estado constitucional que realizara HELLER, H.: *Teoría del Estado*, edición y estudio preliminar, «La teoría político-jurídica de Hermann Heller» (pp. IX-XLIX), a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004.

de instituciones verdaderamente identificables como tales, que permita, ante todo, garantizar la participación política a todos los niveles, una identidad plural compartida y el respeto a la misma coexistencia de identidades particulares y culturales diversas.

No obstante, en el momento presente, lo que impera más bien es la ideología jurídico-política europea de una «soberanía compartida», *imperfecta e insuficiente*, que en el plano teórico se trataría de una soberanía plural al mismo tiempo europea y de carácter nacional, pero que en la práctica no se acaba construyendo una Unión Europea como unidad política definida; a la par que los Estados nacionales —parcialmente soberanos—, pierden ámbitos fundamentales de su autonomía decisoria en el plano político-jurídico, económico, fiscal y parcialmente iusocial (de manera que el Derecho Social del Trabajo en el ámbito europeo y nacional tiende a quedar siempre subordinado —e «infiltrado» por su lógica de racionalización instrumental— al Derecho Europeo Económico de la Competencia, dentro y fuera de las fronteras estatales, pues lo que impera es la constitución económica material europea sobre una debilitada constitución social europea)<sup>288</sup>.

Se puede, así, defender la instauración de una soberanía europea integrada y plural, a través de un proceso constituyente democrático que necesariamente tiene que reclamar el protagonismo de todos los ciudadanos de la Unión Europea. Dentro del equilibrio inestable que siempre ha existido entre el proceso de integración europeo y las soberanías nacionales, el proceso ha ido avanzando atendiendo a la concurrencia de diversas fuentes de legitimación (que giran sobre el principio de soberanía popular), que han permitido al mismo tiempo construir un poder europeo soberano y original distinto a los poderes nacionales de soberanía limitada situados en permanente tensión política y competencial. En todo caso, la teoría de la Constitución jurídica «supranacional» europea se emancipa, por así decirlo, del presupuesto clásico de estatalidad, es decir, fuera del espacio político acotado bajo la forma política del Estado nacional, y no sólo desde el particular enfoque del constitucionalismo «multinivel». Ello implica un replanteamiento de la teoría tradicional que delimita exclusivamente la idea de constitución jurídica a la Constitución propia del Estado-nación, pudiéndose hablar de una teoría constitucional que no se limite a las fronteras del Estado nacional, sino que pueda abarcar a las Constituciones jurídicas de unidades políticas supranacionales.

Ahora bien, el enfoque particular del llamado constitucionalismo multinivel resulta cuando menos problemático. La creación de un sistema constitucional europeo integrado y multinivel llamado a legitimar el propio poder soberano sobre su fundamento originario que se afirma sobre la base de una perspectiva unitaria, una teoría de la legitimación europea que incorporando al nivel supranacional la contribución de la dimensión democrática que pertenece a los Estado miembros identifica en los ciudadanos de la Unión el presupuesto de la legitimación democrática, es fuente de importantes ambigüedades y merecidas objeciones. Ciertamente, la necesidad de disponer de un fundamento democrático que legitime la Unión Europea parece, desde el punto de vista del constitucionalismo multinivel, redimensionar su relevancia, *ocultarse y tender diluirse o desaparecer en una fina red de reenvíos y continuas remisiones a los procedimientos y a las dinámicas específicas de las democracias nacionales*. Es así que el constitucionalismo multinivel postula una solución en la teoría político-jurídica de carácter artificial que presupone legitimado democráticamente por los ciudadanos

<sup>288</sup> En estas cuestiones la reflexión de Cantaro es altamente sugerente en muchos aspectos, aunque discutible en otros, que justifican su propuesta arriesga de reformación política de la Unión Europea como «Europa Soberana» frente a otras potencias que operan a nivel mundial y con carácter sustitutivo de la esfera de soberanía retenida aún por los Estados miembros. Véase CANTARO, A.: *Europa sovrana*, Bari (Italia), Edizioni Dedalo, 2005; trad. *Europa soberana. La construcción del a Unión entre guerra y derechos*, Prólogo de P. BARCELONA, trad. y presentación de G. PISARELLO y A. DE CABO, Barcelona, Eds. De Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2006, págs. 182-183. Sobre los procesos de involución actual del constitucionalismo democrático, despojando al principio democrático de su componente igualitario y emancipador, puede consultarse las sugerentes reflexiones críticas de PISARELLO, G.: *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Madrid, Ed. Trotta, 2011, págs. 169 y sigs.

Europeos un ordenamiento jurídico supranacional cuyo Derecho se fundamenta, por lo demás, en los principios de la primacía comunitaria (ordenación jerárquica del nivel europeo sobre el estatal) y del efecto directo de las normas europeas, y que al mismo tiempo diluye el contenido de aquella pretensión de legitimación en la relación de integración y compenetración que conecta los múltiples ordenamientos constitucionales de los Estados miembros al ordenamiento jurídico supranacional en un sistema unitario dotado de principios y reglas propias. Por otra parte, la remisión a los imperativos de funcionalidad, a una idea de supremacía comunitaria, revela una peligrosa apertura hacia una forma de legitimación de la Unión Europea autocomprensiva y de contenidos no atribuibles a la democraticidad<sup>289</sup>. Sin embargo, será necesario trabajar por la instauración de un constitucionalismo europeo que vaya más allá del Estado nacional, pero no en contra de su misma realidad existencial.

Se puede objetar, en este orden de ideas, atendiendo al estado actual del proceso de integración europea y a las propuestas del constitucionalismo multinivel, que las bases de legitimación democrática de la Unión son insuficientes y deficientes. En particular, el constitucionalismo multinivel está basado en un modelo de legitimación europea básicamente autorreferencial que remite a un concepto de legitimación no participativa, cerrada y, en consecuencia, no democrática, generando una fuerte revisión de las instituciones de legitimación directa y participativa que caracterizan a los modelos de legitimación contruidos por el constitucionalismo democrático sobre todo a partir de la segunda postguerra mundial de las experiencias históricas de los Estados europeos, y desatendiendo la importante cuestión de las carencias y los límites de democraticidad que afectan al ordenamiento jurídico de la Unión. De este modo, la solución político-jurídica que propone el constitucionalismo multinivel pone de manifiesto una apertura hacia un enfoque de la legitimación del poder europeo de carácter eminentemente tecnocrático y funcionalista. Será necesario establecer una síntesis equilibrada y coherente entre las constituciones nacionales y la experiencia de construcción jurídica de la Unión Europea. Ahora bien, la idea de una implicación no meramente formal y artificiosa de las dimensiones democráticas propias de los Estados miembros, de las instituciones públicas nacionales y de los espacios y circuitos de la política interna, si por un parte puede contribuir a la determinación de un espacio político-jurídico europeo democrático, por otra, no es susceptible de sustituir a una teoría de la legitimación democrática del ordenamiento jurídico-político de la Unión Europea propia y autónoma y, por tanto, constituir el presupuesto imprescindible en la actual configuración de un modelo de legitimación europea adecuado y coherentemente democrático. La garantía de una autónoma y más sólida legitimación democrática del ordenamiento jurídico-político europeo permanece como una exigencia fundamental e irrenunciable para el proceso de integración supranacional<sup>290</sup>.

No hay que olvidar que, partiendo de la relación biunívoca entre Poder y Derecho, el Estado constitucional de Derecho supone la progresiva positivación del sistema de límites y los vínculos jurídicos del poder detentados tanto en el ámbito interno (o nacional) como en el internacional y europeo. El Derecho contribuye a limitar y legitimar el poder, proceduraliza la decisión política, aunque sin poder clausurar «lo político», que no es susceptible de una juridización integral y definitiva. Es aquí donde debe fortalecerse la democracia mediante la persistencia y la potenciación del poder popular, precisamente como condición para el mantenimiento y profundización en la lucha por la garantía efectiva de los derechos. El poder constituyente del pueblo (metafóricamente, la «soberanía popular»), por más que a veces se afirme lo contrario, no se agota en su ejercicio, es decir, en el acto constituyente; está llamado —y es necesario que sea así— a persistir durante la vigencia del orden constituido. Es la única manera de contrarrestar al poder no sólo instituido, sino también a los

<sup>289</sup> SCARLATTI, P.: *Democracia y teoría de la legitimación en la experiencia de la integración europea. Contribución a una crítica del constitucionalismo multinivel*, A. LASA LÓPEZ, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2010, pág. 121 y sigs.

<sup>290</sup> SCARLATTI, P.: *Democracia y teoría de la legitimación en la experiencia de la integración europea*, cit., págs. 135 y sigs.

poderes fácticos que ostentan las grandes organizaciones de intereses económicos que estructuran en la práctica las Constituciones materiales de los sistemas democráticos actuales, pues la política no se agota en la política institucional legítimamente instituida. Esos poderes invisibles o intransparentes desvirtúan el principio democrático poniendo incluso los poderes públicos –estatales o supraestatales– al servicio de sus intereses particularistas<sup>291</sup>.

## 5. OBRAS SELECCIONADAS Y TRADUCCIONES AL CASTELLANO

Le droit constitutionnel et la sociologie, *Revue internationale de l'enseignement*, 1889.

La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789, *Revue d'économie politique*, 1893. *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, Presentación y trad. de P. PÉREZ TREMP, Centro de Estudios Cconstitucionales, Madrid, 1996.

Un séminaire de sociologie, en *Revue Internationale de l'Enseignement*, 1, 1893.

Des fonctions de l'Etat moderne, *Revue internationale de sociologie*, 1894.

*L'Etat, le droit objectif et la loi positive (Estudes de Droit public, I)*, 2 vols., Fontemoing, Paris, 1901.

*Les transformations générales du Droit privé depuis le code Napoléon*, Félix Alcan, Paris, 1902 (2ª ed.1920) ; *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, trad. de C. GONZÁLEZ POSADA, doctor en Derecho, de la 2ª ed. corregida y aumentada, Francisco Beltrán, editor, Madrid, 1921.

*L'Etat, les gouvernants et les agents (Estudes de Droit public, II)*, Fontemoing, Paris, 1903.

*Discours lors du Congrès national de la propriété bâtie de France*, G. Delmás, Bourdeaux, 1905.

*Manuel de Droit constitutionnel*, Fontemoing, Paris, 1907, 2 vols. (2ª ed. 1911, 4ª ed. 1923). *Manual de Derecho constitucional*, trad., prólogo y apéndice sobre “La representación proporcional” POR JOSÉ G. ACUÑA, FRANCISCO BELTRÁN, editor., Madrid, 1926.

*Manual de Derecho Constitucional*, edición y estudio preliminar, «La teoría jurídica de León Duguit», a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ Y J. CALVO GONZÁLEZ, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005.

*Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat (Conferencias impartadas en 1908)*, 3ª ed., 1921. *La transformación del Estado*, trad. de la 2ª ed., corregida y aumentada, seguida de un estudio sobre “La nueva orientación del Derecho político”, por A. POSADA, Profesor en la Universidad de Madrid, con un prefacio del autor, F. BELTRÁN, editor., Madrid, 1909.

*Las transformación del Estado*, incluida DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Derecho público y privado*, edición crítica y estudio preliminar, «Objetivismo jurídico y teoría de los «derechos» en León Duguit» (pp. XI-XXXIX), a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ Y J. CALVO GONZÁLEZ, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.

*Traité de Droit constitutionnel*, 1ª ed., en 2 vols., E. De Boccard, Paris, 1911, con sucesivas ediciones (2ª. ed. en 3 t. 1923; 3ª ed. y última, en 5 t., 1927-1928). La 3ª ed. del t. III, al cuidado de MICHAEL DUGUIT, E. De Boccard, Paris, 1930.

La représentation syndicale au Parlement, *Revue politique et parlementaire*, juillet 1911.

*Les transformations du Droit public*, Armand Colin, Paris, 1913 (otras eds. en 1914 y 1921. *Las transformaciones del Derecho Público*, trad con Estudio preliminar de A. POSADA Y R. JAÉN, F. BELTRÁN, editor, Madrid, 1915.

*The Law and the State*, número especial de la *Harvard Law Review*, noviembre, 1917.

Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel, *Revue du Droit Public*, 1918. (versión reducida del anterior estudio).

*Souveraineté et liberté*, Félix Alcan, Paris, 1922. *Soberanía y Libertad*, Lecciones dadas en la Universidad de Columbia (New-York), trad. y pról. de J. G. ACUÑA (Cónsul de España y Abogado del Ilustre Colegio de La Coruña), Francisco Beltrán, Madrid, 1924.

<sup>291</sup> De interés WOLFE, A.: *Los límites de la legitimidad: contradicciones políticas del capitalismo contemporáneo*, México D.F., Siglo XXI, 1980. Norberto Bobbio, hace también referencia a los poderes invisibles y la neutralización de los principios de la democracia constitucional. Véase BOBBIO, N.: *El futuro de la democracia*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 3ª ed., 2007.

*Soberanía y libertad*, Lecciones dadas en la Universidad de Columbia (New-York), trad. y Prólogo por J. G. ACUÑA, revisión y estudio preliminar, “La soberanía en la modernidad: León Duguit y la “crisis” de la soberanía” (pp. IX-LXXXVI), a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2013.

*El pragmatismo jurídico*, Conferencias pronunciadas en francés en la Universidad de Madrid, recogidas y traducidas por alumnos de doctorado bajo el encargo del Profesor Olariaga, Catedrático de Política Social, y la corrección del Profesor Saldaña, Catedrático de Derecho de la Universidad Central, quien realiza un Estudio Preliminar, F. BELTRÁN, Madrid, 1924.

*El pragmatismo jurídico*, México D.F., Ed. Coyoacán, 2008.

*Las transformaciones del Derecho (Público y Privado)*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1975. (Reedita y compendia en un mismo volumen las traducciones de *Les transformations générales du Droit privé depuis le code Napoléon* y *Les transformations du Droit public*). DUGUIT, L. : *Las transformaciones del Derecho público y privado*, edición crítica y estudio preliminar, «Objetivismo jurídico y teoría de los «derechos» en León Duguit» (pp. XI-XXXIX), a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ y J. CALVO GONZÁLEZ, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.

*Leçons de Droit public général*, E. De Boccard, Paris, 1926

*Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*, 7ª éd., Paris, 1952.