
LA REINVENCIÓN DE LA SOBERANÍA EN LA GLOBALIZACIÓN

LUIS FELIPE MARTÍ BORBOLLA

Quiero explicar cuáles fueron algunos motivos que me llevaron a la elaboración de este trabajo, uno de ellos fue la preparación de la tesina que me sirvió para acreditar el grado de suficiencia investigadora, que otorga la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

El tema de la tesina fue Democracia de oposición, o Democracia tipo Westminster vs. Democracia continental, o Democracia de consenso. La razón por la cual escogí esta línea de investigación fue en muy buena medida las clases de constitucional a las que asistí con los alumnos de licenciatura de mi maestro don Pedro de Vega, y una estancia de trabajo de un año en Inglaterra. Esta investigación de campo me permitió descubrir muchos antecedentes fundamentales, que tenemos en la Gran Bretaña del derecho constitucional, y de la forma como los ingleses entienden el término soberanía.

Esta investigación la he querido empezar con una metodología inductiva, donde analizo los conceptos más conocidos y concretos, para posteriormente centrarme a los más abstractos, y en ocasiones menos conocidos, como es el itinerario de hablar de las ideas de ley, constitución y Estado, y la relación que guardan con el término de la soberanía.

Me ha parecido útil a continuación describir en términos históricos, la evolución de la idea de la soberanía en el campo empírico, de diversas comunidades y organizaciones políticas a través de los últimos siglos.

En este terreno me he topado con algunas limitaciones, que veo en el presente estudio, como es no haber abordado con más detalle y extensión la genealogía histórica y cultural, que dieron como resultado, las distinciones de legitimidad de ejercicio y de origen, para la titularidad de la soberanía, y su más estrecha relación de esta última, con conceptos de derecho romano como el de *Auctoritas*. Me hubiera gustado profundizar más en el concepto de *Mayestas*, como el justo equilibrio de la *Auctoritas* y la *Potestas*, y de su triple componente, persuasión, coacción y solercia, con estos términos bien desarrollados a uno le queda claro como la *Auctoritas* es un hacer-querer, mientras que la *Potestas* es un hacer-hacer. Así como la *Potestas* se impone de arriba hacia abajo, la *Auctoritas* influye de abajo hacia arriba, por eso Eugenio D'ors hacía ese juego de palabras, en donde la *Auctoritas*, se reconoce con la cabeza, mientras que la *Potestas* se acepta con la voluntad, mientras que la *Auctoritas* persuade a la cabeza, la *Potestas* constriñe a la voluntad.

Dejo para publicaciones futuras, explicaciones que nos argumentan, como en la Edad Media, antes de soberanía se hablaba de majestad, y los *iura majestatis*, o los derechos de la majestad, y como estas ideas se fincan más en la realidad del ser, donde se arraiga la *Auctoritas*, que en la *Potestas*, que radica más bien en la función o cargo que se desempeña.

Pienso que es el principio de subsidiariedad, el que relaciona mejor la idea de *Auctoritas* y *Potestas*, como se puede expresar en el propósito de “tanta autoridad como sea posible, y tanta potestad como sea necesaria, en una comunidad política”.

Otra limitación que tuve, fue no haber abundado en una época que me parece reveladora como es el gobierno de los Austrias, ya que es durante su administración en la Nueva España, donde la soberanía del monarca se representaba en la emblemática de su tiempo con la alegoría del Ave Fénix, que venía acompañada con la divisa “a rey muerto, rey puesto” o

con aquella de “murió el rey, viva el rey”; que era una forma de entender que la soberanía nunca muere. Pero en ningún caso se entendía al poder soberano como absoluto e ilimitado.

Tan es así que los Austrias gobernaban la Nueva España con el Consejo de Indias, y eran respetuosos de las instituciones indianas. Con esto se entiende mejor aquel “obedézcase pero no se cumpla”, que solía poner al calce de sus cédulas reales, el soberano monarca.

Estoy consciente de que esta parte de la ponencia sirve como precedente para perfilar el nuevo concepto de la soberanía.

Otra asignatura en la que me hubiera gustado detenerme más, pero que, sin embargo, fue toral para el método empleado, fue la de derecho canónico, en donde encontré en buena parte, las bases para el *Common Law*, y para nuestro actual ordenamiento jurídico. Aprovecho este comentario para decir que el derecho constitucional tiene más de regla o precepto que de norma, para esta diferencia me sirvió enormemente la aclaración que hace don Álvaro D’Ors acerca de la regla, como instrumento de medición, con la cual se trazan líneas rectas y que evocan dirección o principio, y la norma que siendo también un instrumento de medición, servía para trazar ángulos rectos, lo que evoca más a un ajuste de cuadratura o sistema cerrado que a un precepto abierto o principio.

Es interesante ver que canon en griego significa regla, y que la palabra norma no se utiliza prácticamente en el derecho canónico sino hasta 1917, con la aparición del Código de derecho canónico.

Este matiz de filigrana jurídica nos sirve para afinar y precisar términos, y observar, con más claridad, como lo que es soberano debe ser el derecho, no el Estado, y que la Constitución no puede ser, como lo pretendía Kelsen, una “*norma normorum*”, en un vértice de una pirámide marmorea, donde las demás normas se escalonan en orden descendente y que en este mundo globalizado se nos presenta llena de fisuras, por donde se nos escapa a chorros esta supuesta soberanía kelseniana del Estado.

Lo que es soberano es el derecho constitucional, que es una realidad opuesta al Estado moderno. Mientras el primero, por

su propia naturaleza jurídica ha procurado la mayor concentración de la Libertad, el Estado, como su historia nos lo ha demostrado, ha procurado la mayor concentración de poder.

Es así como la historia del derecho, el derecho canónico y la filología son ciencias auxiliares del método de investigación, de las que me he servido y que me han ayudado a distinguir y a subdistinguir temas, que me parece que es la mejor forma de dominar el contenido y el orden de una ponencia.

El tema de esta ponencia es la soberanía, y su objetivo es formular la reinvencción de la soberanía, en un mundo interdependiente.

Para formular esta reinvencción es necesario primero aclarar algunos conceptos y distinciones, como es el término inventar, de donde vienen las expresiones en castellano toparse con, o encontrar, o como dice su raíz latina *in-venire*, traer algo que está en potencia y ponerlo en acto; y no como pretenden otras interpretaciones, sin soporte científico que inventar es mentir o sacar de la nada.

Para esta reinvencción de la soberanía en un mundo globalizado he tomado como base de estudio el concepto anglosajón de *Sovereignty*, que en castellano es soberanía, entendida como supremacía, no como poder omnimodo y absoluto.

De esta forma se entiende la soberanía más en términos de pacto, que como estatuto o contrato. Por lo tanto, se hablará de soberanía sólo en algunos núcleos duros, o en determinados aspectos políticos o jurídicos.

Ya Carnelutti en los años cincuenta, en el palacio Farnetcio de Roma, decía que ser soberano no debe significar necesariamente no tener ningún poder por encima, sino tener algunos poderes por debajo del mío.

Esta idea de pacto nos aproxima más al derecho de *Ius commune*, anterior a la codificación, más adecuado para un mundo globalizado; el cual debería de tener como fundamento el principio de solidaridad. Ya Bartolo de Sassoferrato decía que el *Ius comune* es como el sol que a todos ilumina con su luz jurídica, y el *Ius propium* es como la luna.

La soberanía ya no debería ser tomada como un elemento esencial del Estado, debería de ser una facultad discrecional del Estado, para poder garantizar el cumplimiento del principio de subsidiariedad en la sociedad; es decir, mientras más abajo en la escala social se coloque la soberanía mejor.

En cuanto a las distinciones, la primera que quiero señalar es que la soberanía puede ser entendida como concepto o como principio.

Para el concepto me parece interesante entenderlo en clave histórica, es decir la soberanía de cada época con su contexto, lo que no se puede hacer es tener una lectura de la soberanía en el siglo XXI, con gafas del siglo XVI.

Como principio entenderemos la soberanía, como lo hacen los ingleses, como *sovereignty* o supremacía.

Otra distinción que usé para la realización de esta investigación fue, como he citado un poco antes, la diferencia entre:

- I) La legitimidad de origen: que fundamenta la titularidad de la soberanía. Donde conceptos históricos y culturales son capitales.
- II) La legitimidad de ejercicio: que se explica con el acuerdo en lo fundamental o con el consenso constitucional. Este acuerdo da origen a expresiones tan coloquiales en el mundo anglosajón para la política y el derecho como la de: “*gentleman style*”, el estilo club, lo “*reasonable*”, el “*fair play*”, o aquel refrán que dice, “los ingleses no tienen alma sino sobreentendidos”.

Hay que tomar en cuenta que un buen acuerdo en lo fundamental, en la política y en el derecho, nos dará un más sensato y sólido acuerdo en lo procedimental.

La orientación que ha tomado esta ponencia es a partir del planteamiento de su hipótesis en forma de cuestionamiento: ¿se puede reinventar la soberanía, tomando el modelo de *Rule of Law*, para nuestro ordenamiento jurídico?

Para tratar de responder a este cuestionamiento, diría en primer lugar que el *Rule of Law* tiene algo que enseñarnos, y

tiene algo de aprovechable para este mundo cada vez más interconectado, por estar más libre de adherencias estatistas, y por ser un derecho que existe antes del Estado, al cual se antepone para frenarlo y controlarlo, mientras que el Estado de derecho, de tipo alemán, o el derecho administrativo de corte francés, es un derecho no anterior al Estado, sino un derecho que nace desde el seno del Estado para afinar y fortalecer el poder del Estado.

Por otra parte, el derecho administrativo rompe con dos principios esenciales de la judicatura; el principio de la unidad jurisdiccional y el principio de no ser en un mismo proceso juez y parte, como lo es el Estado en juicios administrativos.

Por otro lado, pienso que este ordenamiento jurídico del *Rule of Law* ha propiciado una forma de gobierno democrático representativo en Inglaterra, que ha facilitado la aparición de su derecho electoral, y de costumbres y convenciones constitucionales en su parlamento. A esta forma de gobierno se le conoce como Democracia de oposición, o Democracia tipo Westminster, que da señales de ser más fiel al respeto del principio de la soberanía popular, y al de su representación; entre otras cosas, en primer lugar por no haber alianzas de partidos como las hay en la Democracia de consenso, o Democracia tipo continental, donde se rompe la comunicación y el acuerdo vertical que debe de existir entre el representante y el representado, y en segundo lugar, porque no se conoce el contenido de esas alianzas, que se da de forma horizontal entre los jefes de partido, sin consultar a la base electoral. Y si hay algo importante en un ordenamiento democrático constitucional, es la transparencia, hacer patente quién tiene el poder y evidenciar bajo qué políticas se me gobierna.

Después de estas observaciones, pienso que puedo ir sentando algunas conclusiones con sus respectivas aplicaciones en el tiempo presente.

Una de éstas sería que se puede crecer en constitucionalidad, disminuyendo en estatismo, como se puede ver en la actual Unión Europea.

Actualmente instituciones internacionales de la talla del Fondo Monetario Internacional (FMI), o el Banco Mundial (BM),

han quedado rebasadas por las circunstancias. Propongo una corporación internacional de regulación de crédito; de esta forma podemos ir montando el andamiaje jurídico para engarzar dos principios fundamentales de la sociedad política y civil, como son la solidaridad y la subsidiaridad.

Hoy más que nunca, en un mundo globalizado, hay que rescatar la idea de derecho constitucional, como el derecho axiológico por definición, el derecho de las cabezas de capítulo y de los grandes enunciados. Ya que el tan citado fin de las ideologías en el mundo constitucional se manifiesta en la pérdida de la densidad jurídica de los preceptos constitucionales o, dicho de otra forma, la suplantación del derecho constitucional por el derecho administrativo.

Aquí el Estado tiene una función toral, para servir como equilibrio de fuerzas y definir y garantizar esos núcleos duros, donde se debe de ejercitar la soberanía del derecho, así como rescatar esos auténticos referentes políticos y espacios públicos, para vivir una verdadera democracia representativa, en especial en la atmósfera del congreso o parlamento.

Este ejercicio del Estado, de definir estos núcleos duros, guarda relación con principios tan importantes como la *Iustitia*, el *Ars iuris* y el *Ius*, pero más que nada con el *Ars iuris*, donde encontramos que el poder judicial tiene esa doble función de Arte y Prudencia. Con esta lógica constitucional podemos hablar, como lo hacen los ingleses, de “*multilevel government*” donde la *souvrenty* o soberanía, entendida como supremacía, se parece más al “*primus inter pares*”, que al “*Rex est imperator in regno suo*”.

Así, el derecho no se encierra en un monismo normativo, sino que discurre por un pluralismo de órdenes jurídicos, donde el Estado se parece menos al *Rex Legislador*, para situarse más de cerca al *Rex Iudex*, como se puede ver con la expresión que utilizaba Manuel García Pelayo de la “procura existencial” o con el no lejano caso de las “*Golden shares*”, durante las privatizaciones de empresas, en la administración de la señora Margaret Thatcher.

Es sobre todo la revolución informática la que ha puesto en crisis el monismo normativo, y pone de relieve la autoridad de la

naturaleza de las cosas, y de la historia con su valor dialéctico. Por esto no vale la pena casarse con un concepto de soberanía, que pudo haber acuñado Jean Bodino o Thomas Hobbes, y que en el mundo anglosajón nunca arraigó.

Esto se repite con otros términos como Estado, que como palabra ya existía antes de Maquiavelo; o nacional que ya se usaba antes de la Revolución francesa y que significaban cosas distintas.

Por lo tanto, actualmente no deberíamos entender por soberanía aquel “*Iubendae acto lendaes leges summa potesta*” del siglo XVI.

Es curioso detenerse en la Constitución mexicana, para notar que cuando se habla del municipio y del gobierno de las entidades federativas, el texto constitucional dice que estas entidades son libres y soberanas, como si estuvieran por encima del poder de la Federación.

El derecho constitucional norteamericano puede arrojar algo de luz a esta cuestión, con un instrumento jurídico que suelen usar los jueces en el Tribunal Superior de Justicia, para interpretar los preceptos constitucionales, que es la mutación constitucional, la cual funciona respetando los principios de la *ratio* y el *telos* de la ley. Por ejemplo, no se puede entender lo mismo por igualdad y libertad en Estados Unidos en 1787 –cuando entró en vigor la Constitución de aquel país–, que en pleno siglo XXI.

El hecho de que la Constitución norteamericana tenga tan pocas reformas –que no llegan a 30 en más de 200 años–, reviste de autoridad a la Constitución y da la impresión al ciudadano medio, que la Constitución es genuinamente soberana, aunque existe aquel refrán norteamericano que dice: “una cosa es la Constitución, y otra aquélla que dicen los jueces que es la Constitución”. Que se complementa con aquel dicho británico, que menciona que “el derecho está en el pecho del juez”.

Para concluir, quiero decir que ante la disyuntiva que planteaba al principio de este trabajo, de la soberanía como concepto o como principio, me quedo con el principio, en donde me parece que se mueve mejor el jurista, en el terreno de lo analógico, aproximativo y prudencial, y donde es el principio el que da contenido y coherencia al concepto. Como todo buen jurista sabe,

los principios de las cosas se desprenden de sus fines, por lo que el principio de *sovereignty* o supremacía, serviría como un mejor instrumento jurídico y político para algunas instituciones internacionales, como es el caso de las Naciones Unidas, para hacer respetar de una manera más eficaz la soberanía de los derechos humanos, y perseguir y castigar crímenes de *lessa* humanidad, como recientemente lo ha venido haciendo la Corte Internacional de Justicia de La Haya.

Con estas conclusiones no pretendo cerrar el tema, o dar la solución al problema, pero sí pretendo ser un provocador, para seguir pensando y proponer nuevas y diferentes líneas de acción.

