

La persistente soberanía*

GIUSEPPE DE VERGOTTINI**

Resumen

En la actualidad, el modelo de «Estado» acompañado de su soberanía, resulta confirmada. No obstante, en el seno de la Unión Europea, siendo todos los Estados formalmente iguales, sin lugar a dudas, existen soberanías que pesan más que otras, y soberanías evanescentes.

Palabras clave: Soberanía estatal. Estado. Universalización. Globalización. Territorialidad.

Sumilla

1. Una premisa
2. La visión tradicional de la soberanía estatal
3. El modelo de estado entre crisis y universalización
4. Una inevitable confirmación del papel estatal
5. El mercado no hace superflua la territorialidad
6. La globalización no anula la soberanía
7. El mercado, los derechos, la democracia
8. La soberanía comunitaria: un problema inexistente
9. Renuncias de soberanía y soberanía compartida: un problema falso e inútil
10. A manera de conclusión

* La presente contribución está destinada a los *Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre* (febrero de 2014). Traducción de Fort Ninamanno Cordova.

** Ha sido profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de la Universidad de Bologna desde 1974. Es presidente honorario de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional y miembro de la dirección de la Asociación Italiana de Derecho Constitucional.

1. Una premisa

La cuestión de la soberanía, aun siendo antigua, continúa siendo actual. En muchos lares se preguntan si todavía es un concepto útil para definir la naturaleza de los entes estatales, ya que es evidente la inevitable inserción de estos dentro de entes interestatales, ahora considerados necesarios en el panorama internacional. Hace ya tiempo que se presenta la dificultad de utilizar tal concepto, desde el momento en que al interior de los Estados empezaron a predominar entidades políticas territoriales menores. Al interior y al exterior de los ordenamientos estatales, prosperan realidades más o menos institucionalizadas que velan por intereses a veces compatibles con los estatales, a veces contrarios a estos, y que los Estados tienen dificultad en controlar.

Una reflexión serena sobre el tema también puede plantearse¹ a fin de despejar las dudas y ambigüedades de la «post-soberanía», que sería consecuencia de la actual confusión de roles entre las diversas entidades políticas presentes hoy en día².

Aprestémonos entonces a reflexionar sobre algunos de los actuales problemas que conciernen al concepto contemporáneo de soberanía. El hilo conductor de nuestras reflexiones en la constatación de la persistencia de la institución «Estado», caracterizado por su soberanía, sin que se pueda en absoluto minimizar el reforzamiento de influencias más o menos gravosas.

Es pacífico, desde hace tiempo, que el Estado de hoy es solo la sombra lejana del Estado territorial y cerrado del pasado. Su soberanía ha sido atacada, tanto por procesos de descentralización del poder en su interior, como de agregación pluriestatal a nivel internacional. Federalización de ordenamientos estatales unitarios, participación en fenómenos de integración entre Estados a nivel internacional, e inevitables relaciones de interdependencia entre Estados y entre estos y organizaciones o entidades de diversa naturaleza, constituyen elementos constantes en el panorama actual. La apertura a principios y reglas establecidas por centros de decisión externos que cubren áreas territoriales más vastas, incide sobre la concepción tradicional de la forma del Estado³. Al acercarse al Estado constitucional del presente, parece correcto reconocer los factores críticos para la soberanía estatal que están presentes en el actual momento histórico y que se refieren tantos a sus aspectos internos como externos. Desde hace tiempo se viene reconociendo que tales factores no alcanzan a conducir a una superación del modelo de Estado.

¹ Para algunas reflexiones actuales sobre el tema se puede ver AA.VV. *Sovranità vs. sovranazionalità*, en *Percorsi Costituzionali*, 1, 2013.

² Cf. MAC CORMICK, N. *Sovereignty and After*. En H. Kalmo y Q. Skinner. *Sovereignty in Fragment. The Past, Present and Future of a Contested Concept*. Cambridge, 2011, pp. 151 ss. Contra B. De Giovanni, B. *Il labirinto europeo. Lo Stato*, 1/2013, p. 16.

³ Cf. BARTOLE, S. *Stato (forme di)*. En *Enciclopedia del diritto, Annali*, II,2. Milán, 2008, p. 1132.

La soberanía, ayer como hoy, nunca se manifiesta como absoluta y su carácter limitado puede ser admitido sin que por tal razón deba arribarse a plantear su negación⁴.

El Estado constitucional del presente no deja de ser siempre un «Estado» que pretende mantener los atributos de la soberanía, pero no puede dejar de tener en cuenta las tendencias mencionadas. El problema que hoy se plantea es el de verificar si la soberanía estatal es todavía una característica de las organizaciones políticas y si los procesos de cambio en curso, al interior y al exterior del umbral estatal, permiten mantener la fe en los cánones del constitucionalismo que se derivan de los principios «clásicos» de la democracia liberal, sentada sobre la garantía de los derechos individuales y colectivos, así como en el balance de poderes.

Particularmente, la apuesta actual es hacer compatible la superación del concepto de Estado territorial, obra de la denominada globalización, con asegurar el mantenimiento de aquel patrimonio de derechos de libertad civil y política, en el cual debe reconocerse la esencia del Estado constitucional.

Obviamente —y esta es una premisa que debe tomarse con firmeza para evitar posteriores equívocos— debemos tener presente un presupuesto de no escasa importancia: «todo el debate sobre el rol y límites del Estado moderno está irremediablemente centrado sobre un área geopolítica que —*grosso modo*— coincide con la euroatlántica y sus propagaciones en otros continentes». Vastas áreas del globo permanecen, sin duda, excluidas de este tipo de debate, ya que en estas últimas la organización del poder y las concepciones de las garantías son, en general, diversas (y a veces a años luz remota). Donde se desconoce y no se comparte el bagaje cultural del constitucionalismo de origen euroatlántico, es absolutamente fuera de lugar plantearse el problema de una crisis de los conceptos de estatalidad y soberanía. Hay más. No es del todo fácil constatar que la portada jurídico-cultural del constitucionalismo euroatlántico y la conexas crisis de soberanía-estatalidad aparecen menos utilizables en algunas áreas territoriales. En particular, no parece utilizable en contextos en los cuales no se use la categoría «Estado-Nación» y el conexo elemento de territorialidad del Derecho. Esto vale, en particular, para la aplicación de principios de Derecho Islámico que debe realizarse no respecto a cierto Estado, y por ende a un territorio definido, sino respecto a una comunidad de fe y Derecho⁵.

⁴ Al respecto cfr. VERGOTTINI, G. de. *Garanzia della identità degli ordinamenti statali e limiti della globalizzazione*. En C. Amato y G. Ponzanelli (al cuidado de). *Global Law v. Local Law. Problemi della globalizzazione giuridica*. Turín, 2006, pp. 9 ss.

⁵ Cf. SBAILÓ. *Principi sciaritici e organizzazione dello spazio pubblico nel mondo islamico. Il caso egiziano*. Padua, 2012, pp. 91 ss.

2. La visión tradicional de la soberanía estatal

El Estado es habitualmente considerado como una institución «soberana», refiriéndose a la circunstancia por la cual el poder político que lo caracteriza, según la doctrina tradicional del Derecho Público, se presenta como supremo, originario y no condicionado por otros poderes superiores⁶. En la acepción prevalente, el concepto de soberanía se concilia con el de originalidad, en cuanto el Estado viene considerado como un ente capaz de autojustificarse y, por tanto, no derivado de otros entes. Obviamente, la no derivación, y por ende la originalidad, se entienden en sentido jurídico y no histórico, en cuanto históricamente son numerosos los ejemplos de Estados que derivan de un acto de voluntad de otros Estados (concesión unilateral de independencia o determinación que surge de un tratado internacional). Vinculada a la originalidad y a la independencia, que comporta la capacidad de evitar condicionamientos de parte de otros Estados, una vez que el Estado soberano sea constituido realmente. En este orden de ideas, soberanía e independencia, proyectadas en las relaciones internacionales, son consideradas sinónimas. En fin, la soberanía comporta la posibilidad jurídica del Estado para determinar, en todo caso, el ámbito de su competencia para intervenir (la llamada «competencia de la competencia»), así como aquella para adoptar todas las medidas necesarias para protegerse (la llamada «autogarantía»).

En un sentido diverso, se habla de soberanía del Estado con referencia a relaciones que se instauran con ordenamientos y sujetos comprendidos en el ordenamiento estatal, para resaltar la supremacía del poder estatal (Estado-Gobierno) sobre numerosos sujetos que se encuentran instituidos en su interior. En tal caso, se nota que la soberanía al interior del ordenamiento se articula en un cierto número de «potestades soberanas» que tienen por objeto las similares actividades de los órganos que ejercen el poder: legislativa, ejecutiva y jurisdiccional, según la tradicional tripartición, a la cual, empero, conforme a una atenta reflexión, se agregan al menos aquellas de dirección política y revisión constitucional. Las potestades que integran la soberanía pueden encontrarse concentradas en un único sujeto o ser articuladas entre varios, con una evidente riqueza de posibles combinaciones que explican la compleja variedad de las formas de Gobierno pertenecientes a las formas históricas del Estado⁷.

⁶ Sobre el aspecto histórico de la soberanía, para un enfoque actual de su concepto, cf. FERRAJOLI, L. *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello stato nazionale*. Milán, 1995; SILVESTRI, G. *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*. *Rivista di diritto costituzionale*, 1, 1996, pp. 26 ss.; PASSAGLIA, P. *Sovranità*. En S. Cassese (al cuidado de), *Dizionario di diritto pubblico*, IV. Milán, 2006, pp. 5643 ss.; BERTI, G. *Sovranità*, en *Enciclopedia del diritto, Annali*, 1. Milán, 2007, pp. 1067 ss.; MACCORMICK, N. *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*. Oxford, 2008; GRIMM, D. *Souveränität*, Berlín, 2009; Ídem, *Souveraineté*. En M. Troper y D. Chagnollaud (al cuidado de), *Traité international de droit constitutionnel*, I. París, 2011, pp. 547 ss.

⁷ Para una síntesis de estas reflexiones, largamente comunes en la doctrina constitucional, cfr. VERGOTTINI, G. de. *Diritto costituzionale comparato*, 9 ed. Padua, 2013, pp. 134 ss.

3. El modelo de Estado entre crisis y universalización

La soberanía del Estado contemporáneo sufre graves condicionamientos, así como también fragmentaciones y erosiones, esto a causa tanto de su introducción en la comunidad internacional y en sus organizaciones, como en la afirmación de autonomías políticas internas. Especialmente, también se ha hecho referencia al fenómeno de la globalización para remarcar la crisis del Estado.

Los cambios trascendentales que golpearon la política y la economía, han puesto en discusión el modelo de Estado y los tradicionales poderes estatales: el proceso de desmaterialización de la riqueza ha llevado a la disociación progresiva entre Estado y mercado; las comunidades supranacionales tienden a limitar significativamente las funciones soberanas, tanto desde el punto de vista de la relevancia interna, como del externo al territorio del Estado. A diferentes autoridades supranacionales con funciones jurisdiccionales (últimamente la Corte Penal Internacional para los crimines contra la humanidad, cuyo estatuto ha sido suscrito por 139 países en 1998, ratificado por 114 y operativo desde el 2002) se les ha reconocido la posibilidad de hacer aplicar sus decisiones por medio de los Estados con relación a casos concretos; las alianzas militares condicionan las disposiciones de las fuerzas armadas de los diversos países y realizan formas de limitación de la soberanía. Las empresas multinacionales operan en el mercado mundial libres de los tradicionales controles estatales. Con relación a estos fenómenos, desde diversas partes se ha hablado de crisis del Estado, en tanto se produciría un eclipse o erosión de la soberanía, notándose que el Estado no es más el único sujeto exclusivo de la política, el único centro autónomo del poder⁸. La Corte Constitucional italiana ha reconocido «la progresiva erosión de la soberanía nacional sobre el plano internacional, en tanto consecuencia especialmente de la afirmación gradual de la integración europea» (365/2007). En esta perspectiva, la erosión coincide con las limitaciones que el artículo 11 de la Constitución admite bajo condiciones precisas y que se revelan indispensables para permitir la satisfacción de intereses propios del Estado. Si esto es verdad, no se ve bajo qué título se deba hacer coincidir el fenómeno de las limitaciones de soberanía con la convicción de la superación del Estado. En realidad, debemos remarcar que las observaciones acerca de la crisis

⁸ Sobre la crisis del Estado, para una síntesis de las causas que de manera general son adoptadas para sostener dicha opinión, cf. RICCOBONO, F. *Crisi dello stato e legittimazione democratica*. En S. Labriola (al cuidado de). *Ripensare lo stato*. Milán, 2003, pp. 51 ss. Cf. también: SCHREUER, C. *The Waning of the Sovereign State: towards a New Paradigm for International Law*, en *European Journal of International Law*, 1993, pp. 447 ss.; BALDASSARRE, A. *Globalizzazione contro democrazia*. Roma-Bari, 2002; CASSESE, S. *Oltre lo stato*. Roma-Bari, 2006; BÖCKENFÖRDE, E.W. *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991 (trad. it. *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*. Milán, 2006).

del Estado versan precisamente sobre el debilitamiento del poder estatal (es decir de su soberanía) más que sobre el concepto mismo de Estado, institución que permanece y es imposible de sustituir de raíz por otras soluciones organizativas.

Tenemos la convicción, fundada en elementos de prueba, de que el Estado no ha desaparecido de la escena.

El Estado existe a pesar de su siempre recordada «crisis», y aquella forma de poder que se define como soberanía existe, no obstante sus cesiones y limitaciones legales o de hecho⁹. Al respecto, debemos reafirmar claramente, para dejar a un lado algunas argumentaciones superfluas muy recurrentes, que se debe diferenciar netamente el concepto de «limitaciones» de la soberanía del concepto de *cesiones* de soberanía. La diferencia no es de poca relevancia, y el *Conseil Constitutionnel* la ha descrito de manera clara en una sentencia de 1976: las limitaciones bajo condición de reciprocidad, son constitucionalmente admisibles.

Sin embargo, no es el caso de las «transferencias» de soberanía a organizaciones internacionales que de cualquier forma estarían prohibidas¹⁰. En la conocidísima sentencia sobre el tratado de Lisboa¹¹ el *Bundesverfassungsgericht* ha excluido cesiones/transferencias de soberanía. Las competencias asignadas a la Unión, son atribuciones limitadas, la soberanía permanece en los Estados y el efecto directo de los actos adoptados por la Unión Europea es consecuencia de la voluntad estatal. En el fondo, existe una lectura rígida del principio democrático protegido por el artículo 79-III de la Ley Fundamental que según el Tribunal es asegurado para el beneficio de los órganos estatales y no es confiado a la Unión¹². Una limitación es perfectamente comprensible cuando es efectuada como consecuencia de la libre determinación sin que con esto se comprometa la esencia de la soberanía. No obstante, una cesión es comprensible si es referida no a la soberanía, en tanto que en dicho caso se correría el riesgo de comprometer la esencia de un sujeto soberano, sino a particulares aspectos de las competencias estatales. En el caso extremo, una «cesión» en sentido radical significaría renuncia y por lo tanto superación del poder soberano a favor de otro sujeto del que se oscurece la fuerza de absorción, como en la hipótesis de transformación de una entidad confederativa en un Estado federal. Es este último el caso, hoy absolutamente inadmisibles, de la transformación de la actual Unión Europea, en algo que recuerde un estado federal. Al respecto, se debe decir claramente que en la fase histórica actual, los Estados, aunque fuertemente limitados, más o menos, en sus tradicionales poderes soberanos, no han abando-

⁹ Sobre la continuidad del concepto cfr. KALMO, H. y SKINNER, Q. *Sovereignty in Fragment*. cit., *passim*.

¹⁰ Déc. N° 76-71 DC del 30 de diciembre de 1976.

¹¹ BVerfGE 123 267 (2009).

¹² Sobre el punto, de manera difusa GRIMM, D. *Souveraineté*, cit., pp. 598 ss.

nado la idea de ser y de sentirse los soberanos, libres componentes de la Unión y de otras entidades asociativas internacionales. El artículo 88-1 C de la Constitución francesa modificada, prevé que la participación de la Unión descende de la voluntad libre de los Estados de ejercer de manera común, algunas competencias en virtud del Tratado de Lisboa del 13 de diciembre de 2007. Por lo tanto, es una elección soberana que controla la limitación del poder estatal y la transferencia de atribuciones a la Unión. Muy convincente es el ejemplo de la voluntad expresada por el Reino Unido en el *European Union Act* de 2001, donde se reivindica a la soberanía nacional el fundamento voluntario último del principio que permite la autolimitación del ordenamiento interno a favor de la primacía del derecho de la Unión (*Section 18: sovereignty clause*)¹³.

Desde hace algún tiempo, se viene hablando del crisis del Estado, confundándose situaciones de simple dificultad a desarrollar formas de organización adecuadas a la satisfacción de los intereses colectivos y de ineficiencia de la maquina pública, con situaciones en las que el poder estatal está jurídicamente limitado por la introducción del Estado en el marco de la comunidad internacional.

En otros términos, con referencia al «aspecto internacional», el concepto de «crisis» comprende situaciones de verdadera y propia desaparición de la soberanía, en hipótesis de disolución de un Estado, como en las consecuencias de la crisis yugoslava, hipótesis de devolución de competencias propias de la soberanía a entidades supranacionales, como en el caso de la progresiva realización de la Unión Europea, hipótesis de condicionamientos indirectos y de la introducción de vínculos jurídicos directos en el caso de la individualidad de diferentes limitaciones a la soberanía tradicional del Estado, entre los que quedan comprendidos los derechos humanos consolidados como núcleo de principios de Derecho Internacional que se imponen a los Estados.

Con referencia al «aspecto interno» de la estructura de poder, de vez en cuando la crisis del Estado ha sido vista como incapacidad de hacer frente a las exigencias de los ciudadanos (crisis del Estado social, crisis de gobernabilidad), inadecuación de hacer frente a sus expectativas que genera desconfianza (crisis de legitimación), limitación de las áreas de intervención del Estado a causa de la absorción de competencias por parte de sujetos paraestatales, como la Unión Europea (sustracción de competencias), subordinación a un sistema de derechos como límites infranqueables al poder estatal (soberanía de los derechos que disminuye la del ente Estado). Entonces, en la actualidad, la crisis del Estado está asociada inevitablemente a la

¹³ GORDON, M. y DOUGLAS, M. *The United Kingdom's European Union Act 2011: «Who Won the Bloody War Anyway?»*. *European Law Review*, 2012, pp. 6 ss.

grave crisis económica general que da origen a la incapacidad e impotencia de los Estados individuales, a ocuparse de ellos mismos, y hace evidente la necesidad de intervenciones de ayuda y de coordinación entre distintos niveles de poder público (Unión Europea–Estado–Regiones) y muestra cómo una vía de escape sea hallada en soluciones adoptables en el ámbito de organizaciones como la Unión Europea y mediante nuevos acuerdos que tengan por finalidad la restauración de las situaciones difíciles que surgen en el seno de las economías estatales, en particular. La crisis económica se refleja en crisis social, que a su vez pone en discusión la funcionalidad del Estado y de sus instituciones. En este punto, debemos insistir sobre el hecho de que la «crisis del Estado» evidenciada no es necesariamente crisis del «modelo» organizativo estatal, sino más bien es una crisis referible a casos específicos circunscribibles, en los que un Estado se encuentra en dificultad o incluso en quiebra.

Existen serios motivos que inducen a considerar creíble la permanencia en la actualidad de la forma de Estado sobre el escenario mundial. Y esto a causa de la falta de una forma política practicable de manera general, diferente del Estado, y de la carente legitimación democrática de las organizaciones internacionales y supranacionales (que no permite una adquisición ulterior de competencias o funciones soberanas en desmedro del estado nacional), en un marco de escasa efectividad concreta del Derecho Internacional¹⁴. Entonces, en general, es válida la elemental consideración por la cual hoy no existen, ni son identificables, organizaciones internacionales que puedan gozar de soberanía¹⁵. Además, las observaciones sobre la crisis del Estado no parecen poder contradecir la forma de Estado como modelo. En efecto, es posible hablar de crisis de un determinado Estado, cuando se verifique que el Estado ha perdido los requisitos de plenitud de poder y de autosuficiencia ideal, requisitos que por otra parte no siempre están presentes de manera efectiva en el mismo Estado territorial hermético del pasado, pero ello no es capaz de señalar la superación de la forma de Estado como modelo organizativo aún válido.

Como confirmación debemos observar que en las experiencias recientes y contemporáneas continuamos asistiendo a una «universalización del modelo»¹⁶ de Estado territorial de origen europeo y por lo tanto a la continuación de la difusión del modelo, toda vez que se tenga a disposición nuevas realidades políticas territoriales para su constitución como sujetos independientes. No existe comunidad nacional que obtenga independencia, que no pretenda recurrir a las instituciones típicas de la tradicional forma de Estado elaborada por la experiencia de los Estados europeos

¹⁴ MARCO, E. de. *La sovranità dello stato fra «pluralismo» e «integrazione sovranazionale»*. En «1989», 1994, pp. 223 ss.

¹⁵ Cf GRIMM, D. *Souveraineté*, cit., p. 594.

¹⁶ Cf CREVELD, M. van. *The Rise and Decline of the State*. Cambridge, 1999, pp. 263 ss.

del pasado, revistiéndola de una Constitución. A título de ejemplo, se puede mencionar la vicisitud de Kosovo, que con la ayuda de la comunidad internacional, aunque con duras reservas de algunos Estados que no han querido reconocer la soberanía, se ha transformado de provincia serbia en Estado territorial¹⁷. Otro ejemplo es el ofrecido por el obstinado intento palestino de conseguir el carácter estatal mediante el pleno reconocimiento de su soberanía, intento que no ha pasado de ser tal a causa de la oposición del Estado israelí¹⁸. Estado y constitución que derivan del desarrollo constitucional europeo, o si se quiere occidental, con las debidas adaptaciones hechas necesarias por los particularismos locales, han desarrollado incontestablemente el rol de modelo para la generalidad de los Estados de independencia reciente. Las operaciones de *state-building* o *nation-building* en el marco de las Naciones Unidas no son más que esfuerzos —a menudo absolutamente utópicos— dirigidos a trasplantar en sociedades desorganizadas las instituciones experimentadas por el Estado constitucional de derivación liberal occidental¹⁹. Estos nuevos sujetos, que recurren sin escrúpulos al concepto de la soberanía, tanto a su interior como al exterior, afirman la unidad e intangibilidad del territorio, consideran indiscutible la terna territorio, pueblo, poder estatal.

Su carácter estatal es afirmado tenazmente, mientras democracia y derechos humanos pueden ser considerados no indispensables para afirmar la presencia de la soberanía. Por lo tanto, todavía hoy, cada vez que se piensa en términos de constitución de nuevas identidades políticas, parece imposible renunciar a la idea de un espacio territorial tendencialmente cerrado a injerencias ajenas, como lo requiere el mismo estatuto de las Naciones Unidas, y recurrir a los conceptos tradicionales de Estado y Soberanía²⁰.

Y por lo tanto, incluso en las experiencias recientes identificables a nivel global, es fácil verificar cómo en realidad se ha asistido a una difusión generalizada del modelo del Estado territorial de origen europeo, y por lo tanto a una ulterior difusión del modelo. Como resultado, se debería admitir que el modulo tradicional del poder político que se define como «Estado» ha terminado por revelarse útil como vehículo formativo de la identidad nacional de muchas realidades territoriales

¹⁷ Cf. MAZZA, M. *L'ordinamento costituzionale del Kosovo*, Nápoles, 2008.

¹⁸ Cf. QUIGLEY, J. *The Statehood of Palestine*, Oxford, 2010.

¹⁹ Cf. REINHARD, W. *Storia del potere politico in Europa* (trad. it.). Boloña, 2001, pp. 581 ss.

²⁰ Cf. *amplius* G. DE VERGOTTINI y T. E. FROSINI (al cuidado de), *Libertà e sicurezza*. En *Percorsi costituzionali, 1/2008*; I. PAPANICOLOPULU y T. SCOVAZZI (al cuidado de), *Conflitti armati e situazioni di emergenza: la risposta del diritto internazionale: relazioni al ciclo di conferenze tenuto nell'Università di Milano-Bicocca (marzo-aprile 2006)*. Milán, 2007; SCHILLACI, A. *Diritti fondamentali e parametro di giudizio per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*. Nápoles, 2012; M. ANNATI y T. SCOVAZZI (al cuidado de), *Diritto internazionale e bombardamenti aerei*. Milán, 2012; A. LANCIOTTI y A. TANZI (al cuidado de), *Uso della forza e legittima difesa nel diritto internazionale contemporaneo*. Nápoles, 2012.

nuevas. Además, se puede verificar que la guerra sostenida en las décadas pasadas por muchos pueblos para lograr su independencia de las potencias coloniales, ha sido la «vía regia» para la formación del Estado y, donde sea incierta o falte, de la nación. En la segunda mitad del siglo pasado y a comienzos del actual, no ha habido comunidad nacional que haya obtenido la independencia que no tratase de utilizar las instituciones tradicionalmente típicas de la forma estatal elaborada históricamente en el desarrollo de los Estados europeos. En el intento, no siempre alcanzado como demuestra la experiencia de numerosos *failed states*, de consolidar nuevos poderes territoriales, no podía dejar de encontrarse una fácil referencia a la experiencia de realidades institucionales que se han consolidado en el tiempo. El instrumento constitucional tradicional estaba a disposición y era adecuadamente utilizado. «Estado» y «Constitución», que derivan del desarrollo constitucional europeo, o si se quiere Occidental, con las debidas adaptaciones y transformaciones que se han vuelto indispensables por la acción contingente de ideologías y programas políticos que han caracterizado los diversos ciclos constitucionales que han existido históricamente, han desarrollado el rol de modelo para la totalidad de los Estados de independencia más reciente.

Realizada esta puntualización necesaria, la crisis estaría referida más apropiadamente a Estados ya desarrollados que sufren una suerte de *regreso* en su desarrollo o a Estados en los que los mecanismos institucionales formalmente previstos se hayan revelado inadecuados. En cambio, no tendría mucho sentido hablar de crisis del Estado en aquellos casos en los que el Estado no ha tenido forma de afirmarse, de conformidad con el modelo del Estado constitucional europeo tomado como referencia, a causa de la ausencia de una sociedad civil estructurada sobre valores e infraestructuras socioculturales similares a los occidentales. En dichas circunstancias, el Estado simplemente no existe o es una mera apariencia. En estas hipótesis, el modelo ha podido ser reproducido solo parcialmente, en tanto faltan radicalmente los presupuestos de tipo occidental sobre el cual hacerlo funcionar.

El fenómeno de los Estados «ficticios» o «fallidos» (*failed states*)²¹, al que la doctrina politológica ha dedicado particular atención, tiene notables proporciones numéricas, pero escasa relevancia en lo que se refiere a la convalidación de la supuesta crisis del «modelo de Estado» en el ámbito de los Estados constitucionales que caracterizan hoy la forma de estado de derivación liberal.

²¹ Cf. JACKSON, R.H. *Quasi-States. Sovereignty, International Relations, and the Third World*. Cambridge, 1990. Sobre los estados de soberanía limitada cfr.: ORRÙ, R. y SCIANNELLA, L.G. (al cuidado de). *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*. Turín, 2004; RAVERAIRA, M. *La sovranità degli stati nel puzzle europeo tra sovranazionalità e intergovernatività. Percorsi Costituzionali*, 1/2013, pp. 33 ss.

En la realidad, el carácter estatal y soberano subsiste en los ordenamientos que demuestran en los hechos, la capacidad de imponer o al menos asegurar relevancia a las propias determinaciones en el ámbito de las comunidades internacionales. Y esto es válido para Estados que están en capacidad de dar preferencia a la tutela prioritaria de los propios intereses nacionales, recurriendo incluso a la fuerza y que, de cualquier modo, manifiestan una verdadera y propia vocación hegemónica imponiendo su voluntad sobre la escena internacional.

Esto es válido también para la generalidad de los Estados en el momento en que se ponga en riesgo su supervivencia por la amenaza terrorista. En estos casos, solo una invocación sin reservas a todas las potencialidades de reacción ofrecidas por la soberanía ha permitido realizar los instrumentos considerados inevitables para asegurar la protección de las propias comunidades amenazadas por agresiones.

4. Una inevitable confirmación del papel estatal

Por tanto, el Estado todavía tiene razón de ser. En las democracias contemporáneas su rol es reconsiderado y compatibilizado con la exigencia reconocida de recurrir a soluciones organizativas pluriestatales a las cuales confiar tareas que el Estado en particular no puede afrontar solo. En esta perspectiva, la intervención de organismos como la Unión Europea es útil para permitir la satisfacción de intereses que el Estado de manera individual no estaría en grado de tutelar. Como ejemplo se indican las intervenciones del *antitrust* comunitario que está en grado de controlar y mitigar los abusos de una posición dominante y las grandes concentraciones que vulneran la competencia que el Estado en particular no estaría en capacidad de controlar. Y, no obstante las inevitables limitaciones de soberanía libremente permitidas mediante acuerdos interestatales ad hoc, el Estado debe continuar subsistiendo en tanto tenga todavía un rol importante por desarrollar en la arena global, donde los intereses débiles encuentran respuesta solo si encuentran Estados que se hagan cargo de ellos²². Pero hay y continuarán habiendo sectores de actividad de los que el Estado no puede más que ocuparse de manera primaria, el mismo que, además puede también ser destinatario de nuevas misiones, vale decir del régimen jurídico de la ciudadanía, garantía de la seguridad de los ciudadanos, sistema de tutela jurisdiccional de los derechos, cultura, instrucción, gestión del territorio. Pero esta reflexión corre el riesgo de ser circunscrita al Estado constitucional del cual habitualmente nos ocupamos cuando afrontamos el argumento de la crisis. Es completamente diferente la situación si se abstrae de la dimensión euroatlántica

²² Cf. T. VASSALLI DI DACHENHAUSEN (al cuidado de), *Atti del Convegno in memoria di Luigi Sico: il contributo di Luigi Sico agli studi di diritto internazionale e di diritto dell'Unione europea: Università degli studi di Napoli Federico 2, 23 aprile 2010*. Nápoles, 2011; NINE, C. *Global Justice and Territory*. Oxford, 2012.

y nos ponemos en una perspectiva verdaderamente global. Aquí todo cambia, en tanto ciertamente es incomprensible no querer darse cuenta que donde quiera permanecen intactos los antiguos *tabús* del carácter estatal vinculado al control férreo del territorio.

En efecto, está confirmado que el territorio continúa manteniendo un valor específico, incluso en las constituciones más recientes que se inspiran en valores propios del Estado constitucional contemporáneo, al que se hace referencia principalmente en estas consideraciones. Y ha sido objeto y continúa siendo objeto de cláusulas específicas de tratados internacionales que establecen pactos de seguridad colectiva dirigidos a obviar los peligros de agresión por parte de terceros Estados. En especial, luego del segundo conflicto mundial, no solo se ha consolidado el principio de soberanía territorial, como afirma la misma Carta de las Naciones Unidas (artículo 2, párrafos 2 y 7), sino también los instrumentos internacionales establecen de manera puntual el principio de la no modificabilidad de los límites (Helsinki). Por lo tanto, bajo este aspecto, quedan confirmados los principios westfalianos tradicionales²³.

Además, es interesante remarcar cómo los múltiples casos en los que el Derecho Internacional y el Derecho de los Estados prevén hipótesis de superación del principio de territorialidad, siempre son vistos como derogaciones al mismo principio, que por lo tanto queda confirmado como parámetro de referencia.

Por consiguiente, en esta línea la extraterritorialidad está fuera del ámbito de una jurisdicción estatal. Pero sabemos que desde 1927 la Corte Internacional de La Haya ha admitido la jurisdicción del estado ofendido fuera de los propios límites (caso *Lottus*). Actualmente asistimos a una dirección extensiva de los efectos extraterritoriales de medidas estatales dirigidas a la protección de valores que asumen una extensión universal como los derechos humanos, el ambiente, el control de las armas de destrucción masiva. Específicamente debe señalarse lo que ocurre respecto a los principios que se han desarrollado en materia de persecución de ilícitos graves en violación del derecho humanitario. La afirmación del derecho de los Estados a incriminar y llevar a juicio al violador, incluso si el ilícito es realizado fuera del propio ámbito espacial (caso *Eichmann* 1961) siempre es considerado una derogación al principio territorial. En tal sentido se ha pronunciado expresamente el Tribunal de Estrasburgo en el caso *Bankovic* (2001). Y el respeto del principio de territorialidad vinculado por el juez a la soberanía, ha sido invocado por el Tribunal

²³ Cf. de todos modos L. S. ROSSI y G. DI FEDERICO (al cuidado de), *L'incidenza del diritto dell'unione europea sullo studio delle discipline giuridiche*. Nápoles, 2008.

de Luxemburgo respecto de medidas de tráfico aeroportuarias en el caso *The Air Transport Association of America* (causa C-366/10 del 21 de diciembre de 2011).

Por lo tanto, guste o no, «el principio territorial» continúa caracterizando la forma de Estado, tanto para Estados que ejercen un rol protagónico en el ámbito de la comunidad internacional, como para los Estados que presentan un aspecto absolutamente marginal.

Y en efecto, el territorio continúa siendo considerado esencial e irrenunciable para la posibilidad de existencia organizada de cualquier comunidad política que aspire a la autosuficiencia mediante la obtención de la independencia. Esto es válido en relación con la formación de nuevos Estados. La contienda entre las entidades palestinas e israelíes es emblemática, incluso en lo que se refiere a la esencia del reconocimiento del poder palestino sobre modestas extensiones territoriales. En todos los ejemplos de secesión manifestados luego de la disolución de la URSS y de la ex Yugoslavia, los amargos conflictos que se han desarrollado, han sido justificados por la voluntad de las realidades estatales en vía de constitución de ejercer el control total sobre el territorio propio. Además, aunque en una época de no corto periodo en la que se continúa hablando de decadencia de la forma de Estado, continúan afirmándose en todas partes del globo, nuevos Estados territoriales que se insertan en el marco de las Naciones Unidas.

El territorio también es relevante para la ampliación del área espacial del poder de los Estados existentes, y la adquisición de nuevos territorios constituye causa de tensiones y de posibles conflictos. Por dar un ejemplo actual, citamos la pretensión china de consolidar como territorio propio vastas áreas fuera de sus actuales fronteras políticas. En los nuevos pasaportes chinos está estampado un mapa de China que incluye en India el territorio del Arunachal Pradesh, que es rebautizado Tibet meridional, las islas del mar chino meridional, del archipiélago Paracel, del Spratly, territorios reivindicados por Vietnam, Filipinas, Malasia y Brunei, además de Taiwan. En los ordenamientos de las democracias occidentales, no obstante el incremento de formas de integración que ven el reconocimiento de mayores poderes a organizaciones supranacionales, como la Unión Europea, los Estados miembros, fundados en su tradicional territorialidad, ciertamente permanecen y no renuncian al control del territorio como demuestra el mantenimiento de un rol decisivo del modelo del acuerdo intergubernativo en la asunción de las decisiones que están referidas a la seguridad²⁴.

²⁴ Cf. G. FALCHI, L. y IACCARINO, A. *Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici - Colloquio giuridico internazionale*. Roma, 2012.

En síntesis, «el territorio continúa manteniendo un rol esencial» para la identificación de la forma de Estado que en su conjunto sigue siendo el modelo de referencia de la organización del poder político. Como también queda confirmado el vínculo inescindible entre Estado, soberanía y control del territorio, como por ejemplo lo indican los impulsos de los movimientos autonomistas que se orientan hacia la secesión. Por ejemplo, indicativo en dicho sentido es el contenido de la proclamación de soberanía del parlamento de Cataluña del 24 de enero de 2013 que, no obstante la intervención del Tribunal Constitucional de Madrid, debería ser seguida de «referéndum» popular en sentido aprobatorio en noviembre de 2014. Otro ejemplo lo encontramos en el referéndum relativo a la independencia de Escocia, previsto para setiembre de 2014.

En último análisis, el territorio sigue siendo el ámbito espacial coesencial a la subsistencia del Estado y a la relativa soberanía, y constituye el área de ejercicio del poder soberano, o de los poderes del Estado. Por lo tanto, la aplicación del derecho estatal está vinculada naturalmente al territorio, pero bajo determinadas condiciones puede ser también extraterritorial. Sobre el punto, por razones de organicidad expositiva no se indaga ulteriormente. Sin embargo, parece oportuno recordar que dicha observación es corroborada no solo por la doctrina sino también por numerosas argumentaciones pretorianas (cfr. por ejemplo *Conclusiones del abogado general Darmon del 25 de mayo de 1988*, en las causas reunidas 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85, 125-129/85²⁵). De igual forma, episodios como el reciente y conocido caso de los Maró que trataba sobre la valoración judicial de la conducta realizada por los infantes de la marina militar italiana en el desarrollo de labores de carácter de seguridad en el ámbito de una misión internacional contra la piratería, comprueban el carácter ordinario del ejercicio territorial de los poderes soberanos, y también los relativos puntos de crisis. En efecto, las conductas relativas han sido realizadas a bordo de la nave mercante Enrica Lexie, pero de conformidad con los preceptos contenidos en las resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en esta materia, o con las recomendaciones IMO y la ley italiana.

5. El mercado no hace superflua la territorialidad

El fenómeno de la existencia de conexiones transnacionales entre operadores económicos en los que intereses traspasan las fronteras de los Estados, no implica que las exigencias del mercado estén en grado de ser satisfechas prescindiendo

²⁵ Para la lectura de las dichas *Conclusiones* consúltese <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61985CC0089:IT:HTML>

totalmente de la mediación del poder público localizado en un preciso territorio estatal. Y como consecuencia, las exigencias del mercado no implican la desaparición de la relevancia del control del Estado sobre el territorio. Probablemente, aquella parte de los observadores de la realidad de las relaciones internacionales que ve un rol siempre más consistente de las empresas en competencia y también sustitución respecto al rol de los poderes públicos, ha llegado a conclusiones apresuradas sobre la superación del rol de los Estados nacionales. Estos últimos mantienen un rol indiscutible dentro de sí para el gobierno del territorio propio, para la ciudadanía, para la protección de los propios ciudadanos, para la educación y la cultura. En las relaciones externas se hace presente su rol para la garantía de la seguridad, incluso en presencia de consistencia diferente en virtud del respectivo peso político-estratégico de cada Estado.

El *nomos* tradicional de la soberanía territorial convive con el del mercado. Por lo tanto, el primero no desaparece por el solo hecho de que el Estado deba tolerar o admitir el rol de las empresas que persigan sus propios intereses, incluso prescindiendo de interferencias de los poderes estatales públicos o imponiendo además reglas propias contrarias a las estatales. De manera similar, el *nomos* de la soberanía territorial no es superado cuando el Estado acepte en sede de acuerdo internacional, formas de colaboración que impliquen la operatividad sobre el territorio propio de reglas consideradas útiles para la satisfacción de intereses comunes entre los que quedan comprendidos los de la lucha contra la criminalidad, de la protección de los derechos humanos y en especial de la tutela de la seguridad y de la gestión de conflictos internacionales.

6. La globalización no anula la soberanía

La afirmación según la cual la crisis del Estado habría sufrido un incremento a causa de la «globalización», que a menudo es referida en vinculación con la crisis o incluso con la superación de la institución «Estado», es usual. Pero, como para todas las síntesis definitorias, también la de la globalización comporta graves aproximaciones e incomprensiones inaceptables.

La globalización implicaría la superación de los términos de referencia tradicionales de la soberanía, y en particular el abandono del territorio estatal como espacio del Derecho y de la soberanía²⁶.

²⁶ Cf. BADIE, B. *La fine dei territori. Saggio sul disordine internazionale e sulla utilità sociale del rispetto* (trad. it.). Trieste, 1996, pp. 33 ss.; IRTI, N. *Norma e luoghi. Problemi del geo-diritto*. Roma-Bari, 2001, pp. 65 ss.; GROSSI, P. *Globalizzazione, diritti, scienza giuridica*, *Foro Italiano*, 2002, V, pp. 152 ss.; BALDASSARRE, A. *Globalizzazione contro democrazia*. Roma-Bari, 2002; GALGANO, F. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Boloña, 2005, pp. 30 ss.; CANANEA, G. Della. *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico*

En primer lugar, estaríamos ante la presencia de una desterritorialización de las actividades económicas que (al menos en parte) escapan con mayor frecuencia al control del Estado en cuestión. Especialmente, el mercado escaparía al Derecho estatal y sería regulado principalmente por reglas de diversa proveniencia, públicas y privadas, recibidas por la comunidad de los operadores económicos. El contrato es el instrumento dinámico que constituye el fundamento de una nueva *lex mercatoria* creada por sujetos de diversa cultura y pertenencia. Formada por operadores formalmente incluidos en ordenamientos diferentes, está en grado de operar con desenvoltura más allá de las fronteras territoriales, superando la discontinuidad territorial y las barreras de las diferentes soberanías²⁷. Por lo tanto, se ha superado el monopolio productivo del Derecho por obra de las fuentes estatales, y en especial de la ley, que sigue siendo formalmente fuente prioritaria de producción de sistemas de normas que en realidad serían duplicadas por la normativa espontánea originada por la vitalidad de los operadores transnacionales protagonistas de los mercados globales. Sobre todo es sobre este dato, difícilmente negable en su vistosidad, que se ha construido el gran lugar común de la globalización como equivalente a la desaparición o erosión, en términos más benévolos, del Estado.

En efecto, es posible identificar la aceptación por parte del Estado mismo de una pérdida de resistencia en lo que se refiere a la autosuficiencia de su ordenamiento. En muchos casos, es el mismo Estado que se hace protagonista de procesos de internacionalización, procediendo a liberalizaciones, desreglamentaciones, privatizaciones, que facilitan su propio debilitamiento, terminando por legitimar las reglas producidas por el activismo de sujetos formalmente no habilitados.

Mientras el mercado es una realidad artificial que torna inadecuada la dimensión del Estado territorial por obra de la inventiva y de las capacidades humanas, existe la exigencia de tutela de bienes irrenunciables del hombre y de las comunidades en las que vive que son, por naturaleza, diremos *ex se*, extrañas a la dimensión espacial del Estado territorial. Hay intereses vitales que pueden tutelarse solo a nivel más amplio, global: en primer lugar, por ejemplo, la tutela del ambiente y del ecosistema. Además, sobre todo hoy en la actual coyuntura internacional, la tutela de la seguridad frente a la agresión terrorista es obtenida a un nivel superior respecto al permitido por el ámbito estatal. Estos dos grupos de ejemplos tendrían la fuerza de hacer comprender cómo el límite del territorio ha sido superado hoy y cómo el poder regulador de los intereses vinculables al ambiente y a la seguridad, deban ser identificados más allá del Estado. Entonces, en términos simples se

globale. Boloña, 2009; FERRARESE, M.R. *Globalizzazione giuridica*. En *Enciclopedia del diritto, Annali*, IV. Milán, 2011, *passim* e 561.

²⁷ GALGANO, F. Ob. cit., pp. 56 ss.

podría considerar que en algunos casos, el Estado sería considerado superado, en el sentido de que el Estado en particular no está en grado de intervenir (por razones económicas, de capacidad organizativa, por decisión política), mientras en otros casos, ningún Estado estaría en grado de proveer de manera resolutoria, mientras que objetivamente solo un nivel de intervención más amplio resultaría idóneo (para la tutela del ambiente tampoco un Estado fuerte podría hacerlo todo él solo).

La doctrina oscila entre la tesis extrema de la desaparición del Estado a causa de la globalización, y la de la no incidencia de esta última sobre la permanencia de la forma de Estado. Otros, desde una posición intermedia, sostienen la simple transformación progresiva del Estado por obra de la globalización. En concreto, la globalización incidiría sobre la soberanía, implicando la disponibilidad del Estado a aceptar sus limitaciones con el fin de poder condicionar recíprocamente comportamientos ajenos. En dicho sentido, en realidad se pondría el acento no en la superación del Estado, sino más bien en el aumento de los procesos de «interdependencia» entre Estados.

Haciendo referencia a la globalización, por lo que aquí interesa, normalmente se quiere hacer resaltar cómo es que los Estados no son los únicos protagonistas de la escena internacional y que de cualquier forma existen otros sujetos que están en grado de operar en los espacios estatales, sin encontrar los límites establecidos por las fronteras políticas tradicionales. Como resultado, el Estado perdería su rol a favor de entidades políticas infraestatales, de sujetos privados, de entidades internacionales y supranacionales.

En la práctica, se asiste a un «ataque doble» a la figura convencional del Estado territorial. Mientras que el acentuarse del rol de las autonomías políticas internas al Estado y la presión de las comunidades por la búsqueda de la garantía de la identidad propia, o incluso orientadas a la secesión, contribuye a reducir el peso de la tradicional soberanía «interna», la asunción de tareas siempre más importantes por parte de sujetos privados como protagonistas de la gestión del mercado internacional, y la atribución de funciones a organismos internacionales y supranacionales, haría evidente la superación tendencial de uno de los fundamentos de la soberanía «externa» otorgado por el dominio total del Estado sobre el territorio propio que hoy es expuesto a la vigencia de reglas que están determinadas por centros de decisión externos al Estado, a causa de la intervención de la globalización²⁸.

²⁸ MANZINI, P.; CASOLARI, F. y LOLLINI, A. *Casi difficili: libertà fondamentali e globalizzazione nella giurisprudenza europea*. Turín, 2010; AA.VV., *Costituzione economia globalizzazione: liber amicorum in onore di Carlo Ammirante*. Roma, 2013. Para una contribución de encuadramiento, véase DRAETTA, U. y FUMAGALLI MERAVIGLIA, M. *Il diritto delle organizzazioni internazionali: parte speciale*. Milán, 2011.

Circunscribiendo la atención al segundo aspecto ahora referido, por un lado se muestra sobre la escena interna e internacional la presencia de «sujetos diferentes de los Estados» —que no necesariamente se sustituyen a los Estados pero que seguramente se adhieren a ellos— por el otro, son claramente identificables como límites a la soberanía estatal. Ello indica que mientras tradicionalmente se consideraba que la esfera de la política coincidía con el Estado nacional, hoy de manera más realista se constata que la ecuación política-Estado no es válida siempre. La política desde hace algún tiempo, al menos en parte, se ha emancipado del Estado y algunos sujetos demuestran poder jugar un rol propio más allá del Estado e incluso en contra del Estado.

Estos sujetos han sido identificados en el individuo en particular, en la gran empresa, en las agencias internacionales. Se trata de entidades legítimamente existentes para el Derecho estatal o internacional. Se agregan luego aquellas que actúan fuera o contra el Derecho, como las organizaciones dedicadas al crimen o las terroristas.

En una primera hipótesis, sería el «individuo» que gracias al recurso a las posibilidades que le son ofrecidas por la innovación tecnológica, está en grado de emanciparse de las constricciones del Estado, pudiendo operar fuera de su espacio territorial, sin tener que preocuparse de sus reglas. En especial, la posibilidad de acceder a circuitos transnacionales de información y comunicación «saltando» el Estado y sus barreras, no solo haría inútil el monopolio estatal de la información, sino también el monopolio vinculado de la fuerza, haciendo al «individuo» protagonista y soberano. En una segunda hipótesis, sería «la gran empresa» la que adquiriría un rol protagónico con referencia a la creación de mercados transnacionales o de redes de comunicaciones que son atraídos a su órbita. En efecto, las grandes empresas resultan estar en grado de imponer las propias reglas en el territorio y frente a sujetos e intereses que están en los límites del Estado-nación. Por lo tanto, ellas están en grado de condicionar la «soberanía económica» de los Estados. En una hipótesis ulterior se encuentran las múltiples agencias y organizaciones internacionales, incluso no gubernativas, que se revelan adecuadas para afrontar exigencias comunes a varios Estados, que establecen contactos directos con los sujetos que operan dentro del territorio estatal y, al mismo tiempo, son puestas en grado de actuar sin encontrar impedimento en las fronteras territoriales.

7. El mercado, los derechos, la democracia

La presencia de sujetos distintos a los Estados, en grado de operar superando sus fronteras territoriales, ha trasladado el acento del territorio al mercado. El desarrollo de la economía global habría puesto en segundo plano la exigencia del dominio territorial, anteponiendo a esta la diferente exigencia de la conquista de

los mercados extranjeros. Los espacios económicos son el objeto de su interés y de sus maniobras. El nuevo *nomos* del control del mercado superaría el tradicional del control del territorio. Por lo tanto, la soberanía se manifestaría en el control pleno del mercado, y los ataques de los intereses privados y públicos estarían dirigidos al mercado en competencia o al control estatal.

Esta interpretación del estado actual de las políticas estatales no convence totalmente, en tanto no parece fundado que el interés al mercado haga desaparecer el interés al control del territorio, y, en ocasiones, a la adquisición de territorio ajenos, como demuestran las mismas anexiones territoriales a favor de Estados que resultaron vencedores del segundo conflicto mundial, y los numerosos episodios también recientes relativos a conflictos territoriales. Piénsese en el intento de anexión de Kuwait por parte de Iraq, el que ha originado la guerra del Golfo, o a la sustracción del territorio al control de precedentes soberanías erradicadas como en el caso de Kosovo. Por lo tanto, «el mercado tiene una vinculación con el territorio» y el poder de control del mercado siempre es vinculable directa o indirectamente a un territorio.

Dicho esto, sin embargo, es indudable que uno de los aspectos de la globalización consiste en la operatividad de entidades transnacionales que tienden a moverse sobre mercados, escapando al control estatal, o de cualquier forma prescindiendo de dicho control, y por lo tanto demostrando a menudo la debilidad o la incapacidad del Estado de hacer valer el propio sistema de reglas jurídicas referibles al sistema económico. Por lo tanto, se confirmaría que se ha puesto en discusión el principio de «soberanía territorial» como regulador de las relaciones entre Estados en la comunidad internacional. Sin embargo, en este punto debemos notar que la superación de las fronteras estatales también está vinculada a una actual forma de concebir el sistema de las garantías.

En una perspectiva similar se sugiere que la globalización puede ser vista como «positiva», cuando conduzca a la difusión de las garantías de los derechos y a la democratización. De manera que se reforzaría el área del constitucionalismo con una consolidación evidente de los principios que se han afirmado en los siglos pasados, siguiendo el impulso de los constituyentes franceses y norteamericanos.

Con este propósito, surgió la exigencia de tener presente el diferente éxito de la difusión de las garantías de los derechos civiles respecto a la de los derechos políticos. En términos generales, se ha remarcado que el éxito de las cartas internacionales sobre los derechos, ha contribuido a extender a nivel global el dominio del *rule of law*. La Convención Americana de Derechos Humanos y la europea, mediante el trabajo de las respectivas cortes, pero también la Unión Europea mediante su Corte de Justicia, han dado un fuerte impulso a las garantías de los derechos de la

persona y de los derechos sociales en una dimensión transnacional. Todos toman conocimiento de este éxito seguro.

Lo que es significativo, es el hecho de que el patrimonio de reglas jurídicas de garantía ha influenciado progresivamente los criterios de funcionamiento de múltiples organizaciones especializadas públicas y privadas, que operan a nivel internacional. Los principios del debido proceso, del contradictorio, de la motivación de las decisiones, de su control, han entrado en su práctica y por lo tanto, de ello deriva una extensión de las garantías. En este sentido, son ilustradores los estudios de los administrativistas sobre la *global polity*²⁹ y se está manifestando la atención de los constitucionalistas en el sentido de incluir en sus investigaciones la extensión de los principios del constitucionalismo al área de las agencias públicas y privadas.

Se ha tomado nota de que, al menos para los ordenamientos con mayor progreso, ha intervenido una maduración de la consciencia de los valores que son establecidos para la tutela de la dignidad del hombre, con la consolidación de la fuerza conformadora que tienen los principios contenidos en algunos instrumentos internacionales importantes en materia de *standards* mínimos de tratamiento y de organización del poder garantista para los derechos. El respeto de los derechos humanos ha asumido tal importancia en los últimos tiempos, que ha llevado a considerar los derechos como núcleo de un *nomos* que está en grado de imponerse incondicionalmente a los Estados, como una verdadera y propia nueva esencia de una soberanía *paraestatal* inmanente en la comunidad internacional. Además, se arriba también a toma de posiciones doctrinales que tienden a considerar la tradicional soberanía estatal como inconciliable con la garantía de los derechos humanos, llegando a sostener que el concepto mismo de soberanía debería considerarse incompatible con la esencia del Estado constitucional y por lo tanto, superado por la primacía de los derechos.

De cualquier forma, es consolidado que el *rule of law* ha tenido una influencia benéfica en la ampliación de la garantía de las personas y de las empresas. Bajo este ángulo visual, se puede decir que el constitucionalismo ha expandido su extensión más allá de los ordenamientos estatales.

Estos desarrollos, que se deberían considerar positivos, sin embargo, no resuelven el problema de la carencia de legitimación del poder operado por las entidades distintas a los Estados que se manifiesta en los sectores de la economía, de la finanza, del comercio, del ambiente, de la salud, del trabajo, que actuando de manera transnacional inciden en los intereses de los ciudadanos y de las empresas. Es sabido cómo una de las cuestiones abiertas de la actual fase de la integración

²⁹ Cf. CASSESE, S. *The Global Polity. Global Dimension of Democracy and the Rule of Law*. Sevilla, 2012.

europea está vinculada a la insuficiente tasa de «legitimación de las instituciones» no estatales que tienen el poder de intervenir autoritativamente sobre los intereses de los ciudadanos y de las empresas dentro de diferentes órdenes estatales. Para otras organizaciones internacionales, el problema de la falta de legitimación es todavía más evidente. Cuando luego se pasa a la gran cantidad de entidades privadas y públicas presentes en la arena global, que se mueven de manera del todo fragmentaria y carentes de coordinación, la cuestión es clara: total «falta de legitimación democrática» para entidades que operan ciertamente de manera incisiva sobre ciertas relaciones confiadas a ellas.

Por lo tanto, la evidencia incontestable es que los componentes de la *global polity*, por regla general, carecen de legitimación democrática. Está ausente cualquier posible referencia a los principios de la representación política que incida sobre su legitimación³⁰. Para las entidades públicas y privadas que constituyen el mundo variopinto de las agencias internacionales habilitadas para operar a nivel global, la situación es complicada y la misma investigación doctrinal está en camino de sistematización. No solo los que las constituyen son sujetos privados, también son públicos, como en el caso recordado a menudo del WTO o del ILO, pero con frecuencia hay incertidumbre sobre las reglas y su aplicabilidad/justiciabilidad. Lo que es evidente, y que a veces asusta, es que todo este conglomerado de entidades de diversa proveniencia, que se mueven sobre la escena global, tiene posibilidades de desarrollar graves efectos, tanto positivos como negativos, sobre los intereses individuales y colectivos, prescindiendo de toda apariencia de legitimación. Un caso límite, respecto a lo crítico del presente, es ofrecido por los efectos producidos por las valoraciones sobre la confiabilidad de las economías estatales, y por la difusión en tiempo real de las mismas, operadas por las famosas agencias de *rating*³¹. Aquí, no solo no tiene mucho sentido el respeto de los principios de democracia política, sino que tampoco la transparencia y el debido proceso parecen muy lejanos de las valoraciones optimistas de parte de la doctrina, a propósito de estos nuevos elementos que entran en el mundo compuesto de las agencias. Con esta vistosa excepción, es necesario entonces contentarse con constatar la progresiva extensión de las garantías procesales (debido proceso) que se deben considerar expresión actualizada del tradicional *rule of law*.

³⁰ Cf. PALOMBELLA, G. *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*. Boloña, 2012; WINKLER, M.M. *Imprese multinazionali e ordinamento internazionale nell'era della globalizzazione*. Milán, 2008; F. PIZZOLATO (al cuidado de), *La libertà e potere nei rapporti economici: profili giuspubblicistici*. Milán, 2010; V. KRONENBERGER, M. T. D'ALESSIO, V. PLACCO (al cuidado de), *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins: Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*. Bruselas, 2013.

³¹ PINELLI, C. *L'incontrollato potere delle agenzie di rating*. En A. Benedetti, A. *Le agenzie di rating tra crisi dei modelli di mercato e criticità dei processi di regolazione*, en *Costituzionalismi.it*, 30 de octubre de 2012.

8. La soberanía comunitaria: un problema inexistente

Es necesario aquí ser claros sobre un equívoco recurrente en el debate sobre el poder comunitario. A menudo la referencia es realizada al dato incontestable de un poder fuerte de la Unión Europea que ha llevado a hablar además de una constitución europea, para la Corte Comunitaria existente³², pero aún no para los Estados, en tanto se consideraba proceder a la instauración de una constitución mediante un tratado, que luego fracasó. Pero hablar de una constitución sin soberanía es un sin sentido. Y en efecto, el fracaso del proyecto de elaborar una Constitución se ha hecho evidente precisamente cuando se ha tomado nota del dato objetivo de la carencia de soberanía.

En estos términos, todo parece simple. Pero no es así cuando, tanto la oscilante iniciativa para dotar de una Constitución a la Unión, como la confusa toma de posición de la doctrina, han complicado las cosas. Y es necesario recordar que en el desarrollo del constitucionalismo, desde hace mucho tiempo soberanía y constitución van de la mano. Como es pacífico en la doctrina constitucional, «la Constitución es un acto que emana del poder constituyente, que es poder originario y por lo tanto soberano», totalmente innovador, que da forma a la unidad política en una perspectiva de estabilidad del ordenamiento.

«El ordenamiento soberano decide libremente, sin vínculos jurídicos, dar la Constitución». Y, cuando haya un ordenamiento fundado sobre principios democráticos, la decisión constitutiva está íntimamente vinculada a la voluntad popular y por lo tanto a una «legitimación» fuerte. Como resultado, en la teoría clásica de la Constitución, esta está vinculada no solo al Estado, sino también a su atributo que la identifica, la «soberanía», entendida hoy, no más como poder último carente de límites y garantías, sino como «dotado de autosuficiencia política» y por lo tanto de no independencia respecto de otros centros de poder. De esta forma, también se trata de un poder democráticamente legitimado.

Pero los principios fundantes de la Unión introducidos en los tratados, derivan de la decisión de los Estados miembros. No sería suficiente el recurso al término constitución para poder considerar que la «Constitución» europea está comprendida en la tipología de las constituciones, tradicionalmente consideradas como decisiones fundantes de las comunidades políticas que definimos como Estados. Y a estas conclusiones se debe llegar en tanto no es suficiente verificar la identificación de

³² Sobre la falta de configuración de una constitución europea utilizando las categorías propias del derecho constitucional elaboradas con referencia a los ordenamientos estatales, v. GRIMM, D. *Una costituzione per l'Europa*. En G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro y J. Luther. *Il futuro della costituzione*. Turín, 1996, 345; Cf. sobre las diversas opiniones doctrinales sobre el tema VERGOTTINI, G. de. voz *Costituzione europea*. En *Enciclopedia del diritto, Annali* 1. Milán, 2007, pp. 449-472.

principios-valores y de regulación de los derechos y de la organización que recuerdan de cerca el planteamiento sistemático de una Constitución estatal.

La construcción de las Comunidades y luego de la Unión por definición está fundada en el principio de la no afirmación de una forma de integración que conduzca a la anulación de las comunidades políticas nacionales/estatales. Mientras el Estado constitucional se funda, por constatación pacífica, en el principio de la unidad política, para la Unión, dicho principio no existe. La fórmula prevista es la de una integración que asegure el mantenimiento de las identidades y diversidades de los Estados componentes. Y el principio de diversidad, cuya función de manera clara es equilibradora, es lo que caracteriza el vínculo de unidad entre los componentes de la Unión. Es necesario, a la vez, preguntarse cuál es la fuente de la prescriptividad del orden jurídico de la Unión y en este punto, emerge el dato que es clarificador y resolutivo. La fuente última del derecho que la Unión adopta y aplica está dada por la voluntad fundante de los Estados que la constituyen, que aunque estando condicionados por los tratados suscritos, siguen siendo Estados soberanos, y entre otras cosas participan activamente en la formación de importantes actos normativos y de dirección y mantienen inalterado el poder de determinar la modificación de los fundamentos de la entera construcción «constitucional» de la Unión, mediante el poder de revisión de los tratados, como garantía última del principio de identidad y diversidad, y que adicionalmente en tiempos recientes ha querido codificar el derecho de desistimiento de la misma³³. Y afirmando esto, evidentemente, constatamos que a pesar de que las determinaciones de los órganos comunitarios han adquirido espacio, estos no han podido asumir la función de revisión de su «constitución».

Este esbozo sirve para recordar que conceptualmente existe una identificación entre soberanía (originaria) y poder constituyente unido a la necesidad, en el actual Estado «constitucional», de una «legitimación democrática». La legitimación de las instituciones comunitarias es reconducible a los Estados y solo mediatamente a las diversas voluntades populares de los ordenamientos estatales en específico.

³³ Sobre la incidencia de los tratados europeos sobre el principio de soberanía: CANNIZZARO, E. «Esercizio di competenze e sovranità nell'esperienza giuridica dell'integrazione europea». *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, pp. 75 ss.; DIEZ-PICAZO, L.M. «What does it mean to be a state within the European Union?» *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2002, pp. 651 ss.; TONIATTI, R. «Forma di stato comunitaria, sovranità e principio di sovranazionalità: una difficile sintesi». *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, pp. 1552-1560; MORBIDELLI, G. «Il passaggio (incompiuto) Dalla logica internazionale/comunitaria del sistema UE/CE ad una logica interna/costituzionale/federale dell'Unione». *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, pp. 1700 ss.; DRAETTA, U. «La Costituzione europea e il nodo della sovranità nazionale». *Dir. eur.*, 2004, pp. 526 ss.; CANNIZZARO, E. «La Costituzione pluralista. A proposito della natura giuridica del Trattato costituzionale». *Dir. eur.*, 2005, pp. 1 ss.; PATRONO, M. «Sovranità statale e costituzione europea». En S. Gambino (al cuidado de), *Trattato che adotta una costituzione per l'Europa. costituzioni nazionali, diritti fondamentali*. Milán, 2006, pp. 145 ss.

La atribución de poderes penetrantes, sobre todo en lo que se refiere al control de la moneda y la soberanía monetaria, no son capaces de permitir la superación de la legitimación estatal por parte de una supuesta legitimación comunitaria³⁴. Dicho ello, no habría ningún problema donde hubiese madurado una entidad de tipo federal, en coherencia con la dirección del órgano de justicia de la Unión, que permitiese identificar la existencia de un pueblo europeo que legitimase la Constitución, incluso si la constitución fuese inicialmente «otorgada», *octroyée*, por los Estados. Pero actualmente no existe un pueblo europeo, y los Estados no han manifestado algún propósito de renunciar a su soberanía, sino solo han entendido atribuir competencias identificadas voluntariamente mediante los tratados. Consecuencia inevitable es decir no a la individualidad de un poder supremo europeo alternativo a la soberanía de los Estados y a una Constitución europea concebida de conformidad al modelo estatal.

9. Renuncias de soberanía y soberanía compartida: un problema falso e inútil

De manera coherente, con las premisas debe resolverse el equívoco de la asignación hipotética de soberanía a la Unión, en virtud de la abdicación de los Estados a ejercer atribuciones naturalmente propias.

Si los estados se limitan a transferir a la Unión competencias «soberanas» (en tanto tradicionalmente caracterizadoras de su soberanía) el solo hecho de dicha transferencia no hace soberana a la Unión. Y ello incluso si un órgano de la Unión, la Corte de Justicia, favorece una solución de autosuficiencia del ordenamiento comunitario que sobrepasa sus límites, en una situación reconducible al área de la soberanía. Pero, como hemos observado anteriormente, la Unión no tiene la capacidad de imponerse y ser aceptada como superior a los Estados, a falta de una elección determinante suya y a falta de legitimación popular, elemento que en la actualidad califica la soberanía en los ordenamientos que se definen fundados sobre los principios de la democracia. En efecto, no es suficiente el poder efectivo, es necesaria su legitimación mediante la voluntad popular. Por lo tanto, no habría ninguna soberanía si esta tuviese que encontrarse en la sola asignación de competencias calificadoras de la soberanía que los Estados abandonan pudiéndolas recuperar en teoría, cuando se utilice el derecho de desistimiento respecto a la Unión.

Alguien ha afirmado que existiría una «distribución de poderes soberanos entre órganos estatales e instituciones comunitarias». Entonces, sería necesario renunciar

³⁴ Sobre el concurso entre las dos legitimaciones y sobre el mantenimiento de la legitimación estatal a costa de la comunitaria Cf. GIOVANNI, B. de. Ob. cit., pp. 29 ss.

a un concepto unitario de soberanía y aceptar su repartición³⁵. Esta tesis, partiendo de la idea de la «disolución» de la soberanía estatal, considera como resultado, que sería necesario admitir la existencia de un concurso entre Estados y Unión, «cada uno dotado de autonomía y subjetividad propia, sobre el plano internacional y tendiente a afirmar la propia autonomía y originalidad»³⁶. Esta lectura del fenómeno comunitario no es aceptable. Es verdad que existe una distribución de poderes, pero los de la Unión no pueden ser poderes soberanos, en tanto solo un ente soberano tiene poderes soberanos. La simple transferencia de atribuciones de un ente soberano a otro no soberano, no hace que este último se convierta en tal. Además, no se pueden nivelar Estados y Unión en la afirmación de la respectiva autosuficiencia y originalidad. Los Estados ya lo tienen, mientras solo la Unión, eventualmente, debería llegar a afirmarla.

La consideración, conforme a la cual los Estados transfiriendo competencias a un ente externo no podían no haber «entendido» dotarlo de las prerrogativas necesarias para su ejercicio, es correcta. Pero ello no implica tener que considerar dichas competencias como soberanas o admitir una repartición de soberanía entre Estado y Unión. La jurisprudencia del *Conseil constitutionnel* y del «Tribunal Constitucional», ha sido muy clara al remarcar el mantenimiento de la soberanía de los Estados miembros. El *Conseil* reconoce límites a la soberanía francesa y se preocupa de requerir una ley de revisión constitucional en el sentido del artículo 54 de la Constitución, para hacer compatibles con la Constitución las atribuciones de competencia a la Unión mediante el tratado «que inciden sobre las condiciones esenciales de ejercicio de la soberanía nacional» (Dec. n. 2004-505 DC). El Tribunal Constitucional español, llamado a verificar la compatibilidad del tratado respecto a la Constitución *ex* artículo 95.2 de la misma, refiere con insistencia la permanencia de la soberanía estatal. La atribución a la Unión de competencias jamás es cualificada en términos de renuncia a su titularidad, sino como «cesión del ejercicio de algunas competencias», y los límites que derivan del tratado «a las facultades soberanas del Estado» se reconocen «aceptables solo cuando el derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado democrático de derecho, establecido por la Constitución nacional» (D.T.C. n. 1/2004). A su vez, la *European Union Committee* de la *House of Lords*, al examinar el *draft* del Tratado constitucional predispuesto por la Convención europea había remarcado cómo los poderes comunitarios son asignados en los límites de las atribuciones conferidas por los Estados y que la Unión «sigue siendo una unión de Estados

³⁵ Cf. WALKER, V.N. *Late Sovereignty in the European Union*. En Ídem (ed.), *Sovereignty in Transition*. Oxford, 2003, p. 14; HALTERN, V.U. *Was bedeutet Souveränität?* Tubinga, 2007, pp. 22 ss.

³⁶ CANNIZZARO, E. Ob. cit., pp. 118 ss.

soberanos»³⁷. Finalmente la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* sobre el tratado de Lisboa de junio de 2009³⁸, nuevamente ha puesto algunos límites a la expansión de doctrinas limitativas del rol principal de los Estados miembros en la fase actual de las relaciones entre orden estatal y orden europeo.

La competencia de la competencia queda firmemente en manos del Estado, único garante de una plena democracia política parlamentaria.

En general «los parlamentos de los Estados miembros consideran que la autoridad del Derecho UE sobre los Estados echa raíces en la constitución nacional y en dicha Constitución buscan un fundamento «soberano» de la preeminencia y de la eficacia directa del Derecho UE»³⁹.

En realidad, la idea de la *divided sovereignty*⁴⁰ ha sido utilizada por algunas experiencias federales (por ej: EE.UU.). Pero en dicho caso, la existencia de una Constitución federal estaba totalmente fuera de discusión, además de las constituciones de los estados miembros precedentes históricamente, y la Constitución federal se presentaba de manera indiscutible como supraordenada. En el caso de la Unión, la soberanía de los estados es indiscutible, incluso si está limitada por decisiones libres, mientras es absolutamente inexistente una soberanía de la Unión, aunque por otra parte, jamás pretendida por la misma.

10. A manera de conclusión

Concluyendo, la permanencia de actualidad del modelo de «Estado» acompañado de su soberanía, resulta confirmada. Y esto no obstante la confirmada criticidad. A los numerosos aspectos anteriormente referidos de manera sumaria, se agrega en tiempos recientes la grave crisis que deriva de las dificultades de la economía y de las finanzas que se refleja tanto sobre el Estado como sobre las entidades políticas distintas al Estado, internas o externas a este. Frente a la emergencia económica, el Estado no se muestra en grado de afrontarla de manera persuasiva. Es inevitable recurrir a la colaboración interestatal y a organismos supraestatales los que, no obstante, de manera individual, se muestran impotentes. En todo este marco complejo, la soberanía estatal de ninguna forma ha desaparecido, incluso si es objeto de

³⁷ Cf. *41st Report: The Future of Europe-The Convention's Draft Constitutional Treaty*, chapter 2, par. 55.

³⁸ BVerfGE 123 267 (2009) cit.

³⁹ Así LEHMANN, H. *Democrazia europea, identità costituzionale e sovranità. La sentenza sul Trattato di Lisbona della corte costituzionale tedesca: alcune ripercussioni*, Documento della Commissione Affari costituzionali del Parlamento europeo, settembre 2011.

⁴⁰ Sobre la soberanía compartida: KEHOANE, R.O. «Ironies of Sovereignty: the European Union and the United States». *Journal of Common Market Studies*, 2002, pp. 744 ss. *Contra véase* BEAUD, O. *Théorie de la fédération*. París, 2007; GRIMM, D. *Souveraineté*, cit., pp. 600 ss.; RAVERAIRA, M. *La sovranità degli stati*, cit., pp. 39 ss.

fuertes limitaciones y condicionamientos, que derivan tanto de vínculos formales establecidos por los tratados suscritos libremente por los Estados, como los que surgen de circunstancias de hecho y de la acción de entidades internas y externas, caracterizadas no siempre por el respeto del Derecho. Entonces, es verdad que la soberanía no es una característica del poder, ciertamente fija y tipificable. Esta se muestra cualitativamente diferenciable de Estado en Estado.

Entonces, esta es recesiva o mejorable de conformidad con los cambios de las circunstancias y de diferentes presupuestos de tiempo y de hecho. Podremos decir que resulta caracterizada por una inevitable variabilidad⁴¹. Es suficiente reflexionar sobre el diferente rol de los Estados en el seno de la Unión Europea. Todos son formalmente iguales, pero sabemos, sin lugar a dudas, que la soberanía alemana ha contado más que la de los demás Estados miembros. Por lo tanto, podremos decir que existen soberanías que pesan más que otras, y soberanías evanescentes.

Además, y sobre todo, la soberanía se revela, como ha sido dicho, como un fenómeno «dinámico» en tanto está en grado de evolucionar en el tiempo, adaptándose al cambio del contexto de referencia, ampliándose o reduciéndose de tal manera, incluso, que logra integrar recíprocamente a los sujetos que son portadores de ella, sin fricciones que la despedacen y por lo tanto operando de manera lealmente colaborativa⁴², como debería ocurrir en el cuadro de la Unión Europea actual.

⁴¹ Cf. en dicho sentido RAVERAIRA, M. Ob. cit., p. 43.

⁴² Sobre el principio de colaboración como útil para resolver las contradicciones entre nivel estatal y comunitario, cfr. GRIMM, D. *Souveraineté*, cit., pp. 601 ss.