

EL OJO CRÍTICO



José
Lois
Estévez

Los problemas de la soberanía. *Por José Lois Estévez*

CABE enfocar la soberanía en varios sesgos. O planteándola como una cuestión de hecho, o ateniéndose a su aspecto jurídico. ¿En qué perspectiva la presenta nuestra CE? En su artículo 1,2 nos dice: “La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”. Hay muchas cosas curiosas en este artículo. Lo primero que obliga a reflexión es la intencionalidad del verbo empleado. ¿Cómo interpretarlo? Si “reside” se toma como un hecho, podría comprobarse o refutarse y resultaría verdadero o falso. Si se recibe como expresión de un “deber”, habría que cuestionar si se cumple o no realmente. En ambos casos procede preguntar si es posible que todo un pueblo sea soberano. Y dado el concepto de soberanía, tal hipótesis parece insostenible.

Comoquiera que se conciba, la soberanía nunca podrá ser atribuida a todo un pueblo o a toda una nación. Pues aún prescindiendo de la ambigüedad de ambos términos, es contradictorio suponer que coinciden “in situ súbditos y soberano”.

Nos dice el art. 9,1: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. Ahora bien, ciudadanos + poderes públicos, ¿no son todo el pueblo? Y si son el “soberano”, ¿no han de estar exentos (*a legibus solutos*, como decían los clásicos) de obligaciones legales?

OCURRE lo contrario. El destinatario final de premios y sanciones no es sino el pueblo, ya que unos y otras se convierten siempre en gravámenes impositivos.

En cambio, el art. 56,3 dice: “La persona del rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad”. Y si bien la palabra “inviolable” peca de inadecuada, “no estar sujeta a responsabilidad” es el rasgo distintivo de la soberanía.

Si el poder soberano se toma en sentido schmittiano, como “el que decide en los estados de excepción”, tampoco el pueblo puede serlo, hablando con propiedad, a la vista del carácter “consultivo” de los “referenda”, y, sobre todo, por ser urgentes e impostergables los estados de excepción. ¿Concibe alguien que en situaciones como la planteada el 23F se hubiera de recurrir a un referéndum para resolverlas?

Jurídicamente, la soberanía no puede verse sino como una propiedad de los actos jurídicos inmutables. Las decisiones de última instancia valen así como manifestaciones concretas de soberanía, con independencia de las persona de quien provenga.

Ala luz de esta tesis, los estados de excepción lo son por carecer de normas previas aplicables. Son un hecho anormado, del que habrá de arrancar, por decisión personalista, una norma individualizada antes inexistente; pero que, de suyo, no es inmutable. ¿Sigue, pues, siendo hecho o es ya Derecho?

Si, como quiere Kelsen, “el Derecho ha de presidir su propia creación”, la respuesta tendría que ser negativa. Si, por el contrario se invoca un poder soberano personal, con capacidad de

creación jurídica, estaríamos en pleno voluntarismo caudillista.

UNA teoría sobre el Derecho que cuenta entre las más recientes es la propugnada por la Escuela escandinava, que, desde una perspectiva neopositiva, sostiene que el Derecho es un hecho social como cualquier otro. La idea de un deber “jurídico” como un “contenido primario e irreductible de la conciencia” (tal como lo concebía Timasheff) resulta falaz. Ese “deber” se puede disolver en hechos sociales. Uno de los principales representantes de la teoría, Karl Olivecrona, llega a decir: “Una ciencia jurídica unificada y realista es una rama de la ciencia social”.

“Procede preguntar si es posible que todo un pueblo sea soberano. Y dado el concepto de soberanía, tal hipótesis parece insostenible”

Si esta tesis fuera correcta, hecho y Derecho serían indiscernibles. Y entonces, ¿qué se podría oponer a la concepción de la soberanía personalista?

Kelsen afirma que las normas jurídicas se identifican con el Derecho: sólo ellas son el Derecho y todo el Derecho. Luego bastaría prestar atención a las normas para saber todo cuanto haya que saber acerca del Derecho.

Si Kelsen tuviera razón, el error jurídico no sería posible. Pero las normas son símbolos (él las llama “esquemas interpretativos”) de ciertos hechos. Cada norma “define” un hecho jurídico paradigmático. Luego el conjunto de las normas tiene que ser, inevitablemente, la definición del conjunto de los hechos jurídicos. Mas si este conjunto fuese el Derecho, el de las normas no sería otra cosa que su definición, que de ninguna manera es lo mismo. (Las definiciones, según se ajusten, o no, a lo definido, pueden ser verdaderas o falsas; estamos, pues, reencontrando el error en el Derecho).

Desde un punto de vista lógico, el argumento Kelseniano es inconsistente. Para que un conjunto, sea finito o transfinito, pueda declararse bien definido, es condición necesaria y suficiente que exista una regla idónea para decidir en cualquier tiempo si un elemento x , elegido al azar, pertenece o no pertenece a ese conjunto. Esto prueba ya que ningún conjunto de normas puede valer como definición cabal del Derecho, pues siempre habrá hechos o casos litigiosos dejados fuera del sistema (las normas no los mencionan), que sin embargo han de ser capturados y tratados como jurídicos.

POR y para eso hay en todo Ordenamiento las llamadas fuentes subsidiarias del Derecho, que son recetas adicionales para aplicar cuando algún hecho, pasado por alto, de juridicidad innegable, ha de ser resuelto por los jueces. O por quien decida en los estados de excepción.

Decía Lucano: “*Nulla fides regni sociis, omnisque potestas impatiens consortis erit*”. Es decir, ninguna fidelidad entre asociados en el poder, pues toda potestad sufre impaciente el consorcio. Si así fuera, los esfuerzos del Derecho por lograr la impersonalización del poder mediante su reparto estratégico serían estériles. Siempre alguien estaría actuando como soberano.

(*) *Catedrático Extraordinario
de Epistemología*