

La realidad del poder constituyente, entre el mito liberal y el cuestionamiento contrarrevolucionario

Sergio Raúl Castaño

I. El poder constituyente del pueblo presentación y crítica

I.1. Aparición histórico-doctrinal del tema. El “poder constituyente” en el constitucionalismo liberal. Objeto de este artículo

El *poder constituyente* es seguramente un elemento que integra objetivamente la realidad del orden político y jurídico. Pero es un hecho que su tematización teórica formal ha resultado subsidiaria en buena medida de los presupuestos del constitucionalismo liberal y racionalista. De allí las definiciones del poder constituyente como “poder extraordinario llamado a dictar *ex novo* o por reforma una Constitución moderna, democrática, escrita y rígida, *siguiendo la pauta francesa*”¹. Precisamente el poder constituyente, entendido y equiparado a “poder constituyente del pueblo” representa un peraltado principio de legitimidad del Estado y de la constitución para el constitucionalismo clásico (liberal), como se constata en la obra de Sieyès².

Artículo recibido el día 6 de diciembre de 2013 y aceptado para su publicación el día 13 de marzo de 2014.

¹ Cf. N. PÉREZ-SERRANO, *Escritos de Derecho Político*, 260. (Subrayado original). A pesar de su carácter de principio fontal del constitucionalismo liberal, el poder constituyente no deja de representar una dimensión real del orden político. Por ello admite y ha sido objeto de abordaje por autores de diversas corrientes y saberes, desde el teólogo Louis Billot hasta el teórico del Estado Carl Schmitt. El filósofo A. NEGRI, por su parte, ofrece una perspectiva marxista de la teoría y la praxis comunista del poder constituyente. (A. NEGRI, *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, 306-369).

² Cf. E. J. SIEYÉS, “Qu’est-ce que le tiers état”, *Écrits politiques*.

Es pertinente señalar en este lugar que la doctrina argentina ha consagrado no pocos estudios monográficos al tema del poder constituyente³. Muchos de ellos, como ha ocurrido en otras latitudes, surgieron como respuesta teórica ante circunstancias de creación, mutación, suspensión o quiebre constitucional⁴.

En las páginas siguientes, remitiéndonos a anteriores estudios nuestros sobre el poder constituyente originario, intentaremos examinar si —o en qué medida— ese principio de legitimidad posee fundamento *in re*, o pue-

³ Sin pretensión de exhaustividad de nuestra parte, citamos: J. CUETO RÚA, “El poder constituyente”, *La Ley*, 891-907. (Polemiza con el constituyente Díaz de Vivar y se ocupa asimismo extensamente de Carl Schmitt); A. E. SAMPAY, “Las facultades financieras de las convenciones constituyentes”, *Estudios de Derecho Público, Constitucional, de Gentes y Eclesiástico*, 97-108 (sobre el tema del título de la contribución, a partir de las distinciones entre poder constituyente y convención constituyente *de facto* y *de jure*); J. M. OJEA QUINTANA, “Gobierno revolucionario y Constitución”, *La Ley*, 81, sección Doctrina, 901-906 (sobre la revolución Libertadora como acto de resistencia activa y la correspondiente licitud de la abrogación de la reforma de 1949); E. YMAZ, “El poder constituyente”, *La Ley*, 82 (1956), 971-980. (supone la posición liberal clásica); J. R. POVIÑA, “El poder constituyente, los jueces y la constitución”, *Revista Facultad de Derecho*, 13, 187-260. (Se revisan conceptos fundamentales y se trata la constitucionalidad de las reformas constitucionales); F. RAYCES, “Alrededor de la noción de ‘poder constituyente’”, *Jurisprudencia Argentina*, (IV), 87-88. (sobre el “Estatuto de la Revolución Argentina” como acto constituyente); J. F. LINARES, “El pueblo como constituyente originario”, *Anales*, a. 12, 2ª época, n° 9, 87-101. (Interesante aproximación al tema del título de la contribución); A. A. SPOTA, *Origen y naturaleza del poder constituyente*. (Una síntesis sobre las posiciones canónicas y su aplicación a la historia constitucional argentina); G. CARRÍO, “Sobre los límites externos del lenguaje”, *Sobre los límites del lenguaje normativo*. (Aguda crítica a las contradicciones de la idea dominante de poder constituyente); C. S. NINO, “El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica”, *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro Carrió*, 339-370. (En diálogo con Carrió, Nino -asumiendo que los juicios de valor, aunque descriptivos, no acarrearán “falacia naturalista”- establece que la competencia jurídica presupone la aplicación de juicios morales, que justifican el acatamiento a las normas y decisiones del poder político; esta posición, que Nino llama “panmoralista” o “iusnaturalista”, permite afirmar la obligación de obedecer al poder constituyente, fundándola “en consideraciones de filosofía moral acerca de la legitimidad del poder político”; con ello, concluye, la doctrina de los gobiernos *de facto* ganaría “un contenido más rico en principios y distinciones”). Pero el tratamiento de mayor envergadura del tema lo ofrece sin duda J. R. VANOSI, en *Teoría Constitucional*, cuyo t. I está dedicado al “Poder constituyente fundacional; revolucionario, reformador”, en el que se tratan los principales capítulos de la cuestión desde una perspectiva positivista, y se pasa también revista a las respectivas posiciones de Schmitt, Heller, Kelsen, el marxismo y Hauriou.

⁴ Así lo constatábamos respecto de Alemania, Italia y España en nuestro estudio “Die verfassunggebende Gewalt des Volkes in der deutschen Staatsrechtslehre der Nachkriegszeit. Ein Überblick”, *Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte*, XI, 2010, 22.

de ser afirmado con un mínimo de propiedad⁵. Enseguida esbozaremos, por nuestra parte, una solución realista a la cuestión del poder constituyente en sí mismo considerado. Para concluir dilucidando sobre qué bases ha cuestionado el pensamiento contrarrevolucionario la realidad y legitimidad del poder constituyente.

a) Pervivencia hegemónica de la tesis liberal de Sieyès en la época contemporánea. Algunos ejemplos

Kriele

La idea de Sieyès acerca de la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos ha pervivido incólume hasta hoy como doctrina hegemónica en el derecho constitucional⁶. Y más aun mantiene su vigencia la idea de soberanía popular (o nacional) constituyente⁷.

Un ejemplo significativo de la pervivencia de ambas ideas lo provee el teórico alemán del Estado Martin Kriele⁸. Para este autor no hay soberano en el Estado constitucional, ya que un soberano (Kriele entiende el concepto en la estela absolutista de Hobbes) podría violar los derechos humanos y avasallar la libertad, siendo que el constitucionalismo se ha propuesto tutelar ambos valores⁹. Sin embargo, se presenta una contradicción a partir de la constatación de que el mismo Estado constitucional no sólo presupone sino que postula exigítivamente, como condición necesaria para la existencia de la democracia, el principio de soberanía del pueblo (*Völkssouveränität*). De tal suerte queda planteado un conflicto entre aquellas garantías sin las cuales la democracia no alcanza a ser verdaderamente tal y el fundamento de legitimidad del Estado constitucional¹⁰.

⁵ Nos remitimos a nuestro libro de síntesis sobre este tema: *El poder constituyente entre mito y realidad*.

⁶ Una posición crítica y discordante encontramos en el extraordinario y exhaustivo estudio de P. G. GRASSO en la voz "Potere costituente", *Enciclopedia del Diritto*, XXXIV, 642 y ss...

⁷ Cf., por vía de ejemplo en el derecho vigente, las constituciones alemana (art. 20. 2), italiana (art. 1º) y española (art. 1º).

⁸ M. KRIELE, *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*. Hemos tratado el presente tema en Kriele y en Böckerförde en "Die verfassunggebende Gewalt des Volkes in der deutschen Staatsrechtslehre der Nachkriegszeit. Ein Überblick", 25-29 y 34-40.

⁹ *Ibidem*, 112, 114 y 224.

¹⁰ *Ibidem*, 224.

Según Kriele la superación de la aporía pende de la adopción de las categorías de Sieyès, acuñadas en la revolución francesa. En esa línea, al pueblo se le reconoce el poder constituyente —que se agota en el establecimiento de la constitución y en la determinación de las competencias de los órganos de potestad— y la *titularidad* o posesión (*Trägerschaft oder Innehabung*) del poder político; mas no el *ejercicio* (*Ausübung*) del poder constituido¹¹. En síntesis, la “soberanía popular”, como fundamento del sistema constitucionalista, equivale en el constitucionalismo al postulado de que pertenecen al pueblo (*beim Volke liegen*) el poder constituyente y, en general, la titularidad del poder del Estado¹².

Böckenförde

Otro ejemplo teórico representativo lo provee Ernst-Wolfgang Böckenförde. El renombrado académico de Friburgo y ex miembro de Tribunal Constitucional alemán afirma que el sujeto (*Träger*) del poder constituyente sólo puede ser el *pueblo* —dentro de las categorías y del espíritu de la revolución francesa—. En efecto, aduce, el concepto mismo de poder constituyente encierra una carga revolucionaria y, por ende, polémica respecto de una cosmovisión asociada a un orden del mundo fundado por Dios. Ésta última, por ende, resulta contradictoria con la idea de un poder constituyente como fuerza ilimitada, según lo han caracterizado Sieyès y Schmitt. Luego, concluye Böckenförde, sólo cabe apelar al poder constituyente en clave “democrática”, como poder constituyente *del pueblo*, en donde “pueblo” debe ser entendido en el sentido del término francés “*nation*”¹³. Otros autores contemporáneos relevantes, como Mortati y Messineo, adhieren a similares interpretaciones, intentando conciliarlas con perspectivas teístas y cristianas¹⁴.

¹¹ Postulado que representa a la doctrina constitucionalista canónica; cf., por todos, R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, II, 550-552.

¹² M. KRIELE, *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, 225-227. Vide asimismo H.-P. SCHNEIDER, “Soberano sin poder. Representación y participación como problema de legitimación de la soberanía democrática”, *Democracia y constitución*, 249 y ss...

¹³ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die Verfassunggebende Gewalt des Volkes. Ein Grenz begriff des Verfassungsrechts*, 11 y ss..

¹⁴ Cf. respectivamente, A. MESSINEO, S. J., “Il potere costituente”, *La Civiltà Cattolica*, 65-70 y 113 y ss.; C. MORTATI, “La costituente”, 58, *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, I. Sobre la contradicción entre el principio de soberanía del pueblo y el orden natural asumido por la doctrina católica cf. D. CASTELLANO,

I. 2. Crítica a la idea liberal de poder constituyente del pueblo

a) Titularidad y ejercicio de la potestad. La potestad como ejercicio de una función.

El derecho (o, en su fundamento, la titularidad) del poder político-jurídico equivale a la facultad para el ejercicio de una función (de imperio), ya que tal investidura comporta, como una nota intrínseca, la necesaria realización de ciertos actos tendientes a la consecución de ciertos fines u objetivos sociales. Mientras que la posibilidad del goce de un derecho civil (contratar, “stare ad jus”, etc.) no entraña necesariamente el obrar del titular mismo, por el contrario el mando consiste, en esencia, en una acción del poseedor (titular) del derecho dirigida a la voluntad de otro u otros. Por otra parte, hay necesidad deóntica en el ejercicio de la potestad (por ejemplo, el juez “debe” dictar sentencia). Así pues, la intrinsecidad y la obligatoriedad de la acción en el derecho de mando contribuyen a poner aun más de manifiesto la vinculación esencial entre la “titularidad” y el “ejercicio” en el seno de una potestad.

Surge entonces aquí la insalvable aporía en que incurre el modelo constitucionalista. En efecto, la conclusión parece férrea: si se es titular del mando —y “por derecho natural”, como lo pretende el sistema liberal-constitucionalista—, luego esa función es inalienable, y deberá ejercerse por sí o, en su defecto, mediante alguna forma de mandato imperativo¹⁵. Pero si el propio sistema democrático-representativo del liberalismo reconoce la imposibilidad —y postula la ilicitud— del ejercicio de la potestad por su supuesto titular¹⁶ es porque éste no es, en realidad, el sujeto investido con la titularidad del poder¹⁷.

entre otras obras en *De christiana republica*, 34-35; 47-81; 67-68; 103-109; 115-117 y 137-139.

¹⁵ Tal la inobjetable posición de ROUSSEAU en este punto. (Cf. ROUSSEAU, *Du Contract Social; ou Principes du Droit Politique*, 368).

¹⁶ Cf. E. SIEYÈS, *Dire sur le veto royal*, 238 y ss...

¹⁷ Sintetizamos aquí los desarrollos de nuestro libro *Principios políticos para una teoría de la constitución*, cap. IV: “¿Por qué Bidart Campos llamó ‘mito’ a la soberanía del pueblo?”.

b) El poder de la comunidad política. Una puntualización sobre la pretendida “soberanía en el Estado” y la titularidad del poder del Estado

Ante todo, la cuestión misma de la soberanía *en el* Estado, que ha sacudido las aguas de la filosofía y del derecho políticos modernos, responde a un falso planteo: el de quién está ungido de alguna manera “por derecho natural” con la autoridad “soberana”, si el monarca o, en opción polémica y contraria, el pueblo o la nación. Y, a tenor con un rasgo típico de la modernidad ockhamista —la cual desvincula el poder político de toda normatividad dada que limite u ordene el imperio de su libre voluntad— también se atribuye a tal *soberanía* la nota de absoluta: luego, toda decisión que de ella dimanase será legítima. Ahora bien, incluso rechazando que el poder político se halle *legibus solutus* (i. e., reconociéndolo con objetividad sólo como última instancia de dirección y apelación en la comunidad), no por ello deja de resultar impugnable en sí mismo el planteo de la soberanía *en el* Estado. Pues con la salvedad mencionada, tal planteo podría reformularse todavía del siguiente modo: ¿quién está ungido de antemano con el derecho a la titularidad de la potestad suprema? Se trataría así de determinar *a priori*, con el rango de un principio universal y necesario, lo que viene inevitablemente condicionado por las circunstancias históricas y determinado por el derecho positivo. Por el contrario, en la comunidad política ninguno de sus miembros (individuo o grupo) está investido de la titularidad del poder supremo por derecho natural, ya que la forma constitucional y la titularidad *personal* del poder pertenecen al plano de lo histórico y lo mudable —jurídicamente hablando, de lo positivo—. En la negación de este principio objetivo reside el error de la pretensión de sostener *a priori* una soberanía *en el* Estado; error que, *a fortiori*, torna inválida la tesis de una soberanía del pueblo con carácter de principio universal —en tanto que tal tesis no es sino una respuesta a un planteo que, de suyo, resulta impugnable *in limine*—¹⁸. Sobre este principio volveremos en la Parte III.

En cambio, sí resulta lícito referirse, con carácter de principio (ontológico y axiológico) necesario, a la potestad de régimen de la comunidad

¹⁸ Para el tema histórico de la aparición de la idea de soberanía del pueblo en el época moderna; Cf. E. S. MORGAN, *La invención del pueblo. El surgimiento de la soberanía popular en Inglaterra y los Estados Unidos*. Se halla una todavía útil reseña doctrinal en E. CROSA, *Il principio della sovranità popolare del meioevo alla rivoluzione francese*.

política (“poder *del* Estado”). Ahora bien, el poder *del* Estado —en tanto ejercicio del mando supremo (“soberano”) de la comunidad— opera haciendo las veces del todo social; es decir que no representa a los gobernados, como tampoco, estrictamente hablando, a la suma de los gobernantes más los gobernados, sino que representa orgánicamente al todo de orden en que consiste la sociedad política. En efecto, *por* el poder del Estado no es la llamada “sociedad civil”, ni el pueblo, ni la comunidad organizada, la que se representa ante poder alguno, sino que es el Estado mismo (como sociedad política) el representado *por* el poder que hace sus veces¹⁹. No hay, pues, dualidad de personas, como en el caso del incapaz de hecho y su representante, sino distinción —en el interior de una misma persona moral y jurídica— entre una parte (el poder) y el todo (la sociedad política).

Pero lo dicho exige no pasar por alto otro principio clave, que también echa luz respecto de la cuestión de la titularidad de la potestad política. De que *por* el poder sea representada la persona moral y jurídica del Estado no se sigue que los titulares del poder del Estado sean todos sus miembros (individual o colectivamente tomados: respectivamente, el “pueblo” —como suma de individuos— o la “nación”). Por un lado, dado que el todo social no consiste en un agregado de individuos y grupos sino en una entidad distinta, esto es, en la totalidad humana ordenada en pos de un fin común (“persona” en sentido impropio, así llamada con analogía de atribución extrínseca); entonces hay exigencias que se predicán del todo sin que, por ello, se prediquen distributivamente de las partes: en efecto, es *de* la comunidad política *en tanto tal* de la que se desprende la necesidad del poder político. Este principio se ve comprometido por la “teoría de la traslación” sostenida por Suárez y casi toda la segunda escolástica (menos Vitoria), en la medida en que esa teoría no sólo predica el poder del todo estatal, sino que se desliza hacia la asignación de la posesión originaria del poder a todos sus miembros²⁰.

¹⁹ Sobre el afortunado concepto de *representación por el poder*; Cf. J. P. GALVÃO DE SOUZA, *La representación política*, 37-4.

²⁰ La paradigmática —pero no primera en el tiempo— formulación de esta posición doctrinal se debe a Roberto Bellarmino: “[s]ecundo nota, hanc potestatem immediate esse tamquam in subjecto, in tota multitudine: nam haec potestas est de jure divino. At jus divinum nulli homini particulari dedit hanc potestatem; ergo dedit multitudini. Praeterea sublato jure positivo, non est major ratio cur ex multis aequalibus unus potius quam alius dominetur Igitur potestas totius est multitudinis [...] Tertio nota, hanc potestatem transferri a multitudine in unum vel plures eodem jure naturae: nam Respublica non potest per seipsam exercere hanc potestatem; ergo tenetur eam transferre in aliquem unum,

Por otro lado, de la naturaleza de la comunidad política (autárquica²¹) se sigue que ella sea *independiente* de otros poderes políticos del orbe, mas no que en sí misma resulte —*stricto sensu*— titular de un supremo derecho de imperio. Y *en* la comunidad política, necesariamente, sólo algunos ejercerán ese derecho de mando²². En otro orden, si de la vinculación entre poder y sociedad giramos nuestra atención a la noción de poder social considerada en su esencia, damos con la ya asentada e ineludible tesis de que la titularidad de una potestad implica su ejercicio. En consecuencia, los poderes del Estado tendrán por necesidad como sujetos titulares a algunos miembros de la sociedad, que ejercen las respectivas funciones, y no a todos. En efecto, la potestad política consiste en una forma de poder jurídico esencialmente ligada al ejercicio de una función: el titular del derecho de mando puede y debe ejercer la función de mando²³.

A partir de todo lo señalado se sigue que, en sentido propio, el pueblo no es titular de “poder soberano” alguno: la llamada “*soberanía popular*” no excede la categoría de un artificio retórico o de una manifestación polémica contra el absolutismo —monárquico²⁴—, que ha recibido el nombre ya de

vel aliquos paucos [...]” (R. BELLARMINO, *Vindiciae pro libro tertio De laicis, sive secularibus*, III, VI, 11. Hay seguramente allí, a la base del error del gran filósofo y teólogo, una implícita asunción nominalista

—*formalissime loquendo*: atomista— por la cual se identifica *el todo social* con *todos sus miembros* (vgr., con la *multitudo*). Sobre esta cuestión fundamental vide asimismo F. SUÁREZ (quien retoma y agrava la teoría de la traslación), *De legibus*, III, IV, 4 y 12; *Defensio fidei*, III, II, 9 (ed. parcial de L. PEREÑA Y E. ELORDUY con el título de *Principatus politicus*. Para la historia de esta posición y su crítica por T. MEYER y L. BILLOT remitimos a nuestro artículo “Un hito en la historia del pensamiento político: la refutación neoscolástica de la tesis del pueblo como sujeto originario del poder”, *Derecho Público Iberoamericano*, II, 3.

²¹ Hemos estudiado el concepto de autarquía política y sus propiedades en *Orden político y globalización*, III y VI; y *El Estado como realidad permanente*, VI y VII.

²² P. GRAF VON KIELMANSEGG ha puesto de relieve las dificultades de aceptar una “soberanía colectiva” como la preconizada por el principio de soberanía del pueblo. Cf. *Volkssouveränität. Eine Untersuchung der Bedingungen demokratischer Legitimität*, 243-249 y 258. Nosotros también hemos insistido en tal inviabilidad en *Lecturas críticas sobre el poder político*, IV.

²³ Cf. S. R. CASTAÑO, *Principios políticos para una teoría de la constitución*, IV.

²⁴ Vale aclarar “monárquico”, porque en la teoría y en la praxis el principio de soberanía del pueblo, en manos de representantes *legibus solutus* y libres frente a la voluntad de los electores, ha dado lugar a un sistema por principio más absorbente que el ejercido por el *ancien régime*. Esta dinámica que afirmamos ha sido reconocida por autores que, sin pertenecer al orbe de ideas clásicas y cristianas, con todo han mirado objetivamente la realidad doctrinal e histórica; Cf., p. ej., la afirmación del gran teórico del Estado H.HELLER:

“mito” (Germán Bidart Campos²⁵, Josef Isense²⁶), ya de “ficción” (Hans Kelsen²⁷).

c) Una primera conclusión sobre consenso comunitario y acción constituyente

Repárese desde ahora en que lo afirmado hasta aquí vale también para el poder constituyente originario, sobre todo si se lo entiende a la manera del constitucionalismo racionalista clásico y de su modelo normativo propio, i.e. la constitución jurídica escrita, producida por constituyentes *ad hoc*. Pero no sólo en tales casos, sino en general en todo proceso de esta naturaleza, el poder es ejercido, *de facto* y *de jure*, por unos pocos miembros de la comunidad, aunque sea cierto que es en la acción constituyente (originaria) donde el consenso de la comunidad parece desempeñar su papel más relevante²⁸. En efecto, las diversas e intransferibles circunstancias particulares de la comunidad condicionan y disponen la materia social para el advenimiento de la forma jurídico-constitucional. Pero ésta es causada, en tanto concreta norma jurídica, por la acción del poder vigente —si bien supuesta la aceptación de los gobernados—. Es la potestad efectiva de la comunidad, en la persona de sus mismos titulares o a través de equipos especializados²⁹,

“... las revoluciones burguesas, con sus nuevos documentos constitucionales, deben ser entendidas como una prosecución de la heroica empresa que el absolutismo continental había iniciado con la ordenación consciente de la realidad social según un plan unitario. Es la misma línea que es todavía continuada por las dictaduras actuales y en particular por el bolchevismo ruso”. (*Staatslehre*, 307-308).

²⁵ G. BIDART CAMPOS, *El mito del pueblo como sujeto de gobierno, de soberanía y de representación*.

²⁶ J. ISENSEE, *Das Volk als Grund der Verfassung*, 102-106.

²⁷ Vide el juicio de H. KELSEN: “desde el momento que las constituciones modernas prohíben expresamente toda vinculación formal del diputado a las instrucciones de sus electores, y hacen jurídicamente independientes las resoluciones del parlamento de la voluntad del pueblo, pierde todo fundamento positivo la afirmación de que la voluntad del parlamento es la voluntad del pueblo, y se convierte en una pura ficción (inconciliable con la realidad jurídica”, *Teoría general del Estado*, 402. Dentro de la órbita juspositivista también la idea misma de un poder constituyente ahistórico y omnímodo, propia del constitucionalismo liberal, ha sido calificada más recientemente de “mito”. (Cf. J. L. REQUEJO PAGÉS, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*).

²⁸ Cf. L. BILLOT, S. J.: “De originibus et formis politici principatus”, 489-516. *Tractatus De Ecclesia Christi, sive continuatio theologiae de Verbo Incarnato*, T. I, cap. III, c.XII, & 1.

²⁹ Sobre los equipos técnicos constituyentes como comisionados del poder efectivo en la comunidad, en referencia a procesos constituyentes africanos contemporáneos.

la que determina el estatuto del poder, contando con el concurso del consenso de los gobernados —el cual, inmediata o paulatinamente, por acuerdo explícito o tácito, acepta el nuevo orden de cosas, orden que es portador de una ley de la investidura y de un modo de distribución de competencias y de ejercicio del poder—. En el caso de los procesos constituyentes originarios —así como también en el caso de los regímenes revolucionarios, que por principio anteceden a los nuevos ordenamientos constitucionales según los cuales gobernarán— la aceptación va incoando la vigencia de un nuevo estatuto de la subordinación, bajo la dirección y con el refrendamiento del poder establecido³⁰. En síntesis, el consenso constituyente del pueblo cumpliría un papel causal, pero como causa parcial (“causa eficiente próxima”) y subordinada (a la “causa eficiente principal”), en la determinación de la constitución³¹.

II. La realidad del poder constituyente. Algunas precisiones

II.1. Aproximación sistemática a la naturaleza del poder constituyente

a) Los términos del problema

En la locución con que se mienta el “*poder constituyente*” se descubre la definición de la respectiva noción. El poder político, como facultad ju-

Cf. W. HENKE, “Die verfassunggebende Gewalt in Lehre und Wirklichkeit“, *Der Staat*, Bd. 7, Heft 2.

³⁰ El papel constituyente del pueblo, en los casos en que esté prevista su manifestación explícita, reviste la forma de aceptación o rechazo a una pregunta concreta formulada a partir de las opciones ya decididas por el poder vigente. Inobjetable y taxativa resulta así la sentencia del constitucionalista contemporáneo J- ISENSEE: “Soberano no es aquí quien responde la pregunta, sino quien la hace” (cf. J. ISENSEE. *Das Volk als Grund der Verfassung*, 46). Explica L. HAMON: “[i]ncluso cuando la Constitución exige una ratificación por la Asamblea —o por la Nación— según un referendium o por elecciones, depende de los titulares actuales del poder el modelar la situación en vista de la cual se pronunciará quien debe ratificar” (L. HAMON, “Spécificité du pouvoir politique”, *Recherches et Débats. Pouvoir et société*, 49). Sobre el carácter “simple” y “elemental” de tales expresiones del pueblo cabe recordar aquí la inobjetable observación en tal sentido de C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 83-84; sobre el origen “oligárquico” de las constituciones en general cf. los análisis histórico-sociológicos de K. VON BEYME en *Die verfassunggebende Gewalt des Volkes*, I, (vide *infra*, II, 2 b).

³¹ Respecto de esta conclusión remitimos a nuestro trabajo “El lugar del consenso entre los valores humanos y políticos”, en AAVV. *Familia, sociedad y vida*.

rídica, supone determinado derecho de imperio radicado en cierto sujeto investido de un título para ejercer ese imperio. En efecto, el poder político integra el género de las potestades, si bien con una especificidad propia: la dirección de la comunidad autárquica al bien común político. Por su parte, la función constituyente es parte esencial de la potestad de régimen del Estado. Se trata de una función del poder (político) que tiene como objeto propio la instauración o la reforma de la constitución jurídica.

Determinemos, pues, el contenido de las nociones que integran el concepto de *poder constituyente*, comenzando con su objeto: la constitución.

b) El concepto de constitución. Breve síntesis ³²

Su analogicidad

El concepto político-jurídico de constitución no es unívoco. Carl Schmitt distingue cuatro formas: concepto “absoluto (la constitución como todo unitario)”, “relativo (constitución como multiplicidad de normas particulares)”, “positivo (constitución como decisión de conjunto sobre modo y forma de la existencia política)”; e “ideal (así llamada en un sentido especial, a causa de un determinado contenido)”³³. Hermann Heller, por su parte, enumera dos conceptos “sociológicos” y tres “jurídicos”³⁴. Contemporáneamente Josef Isensee ha persistido en la fértil iniciativa teórica de distinguir los diversos sentidos de “constitución”³⁵. Pero, por su parte, los constitucionalistas adscriptos al constitucionalismo liberal clásico en principio no comparten semejante temperamento³⁶.

³² Resumimos priefamente aquí las páginas 51-80 de nuestro *El poder constituyente entre mito y realidad*.

³³ Cf. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 3-41.

³⁴ Cf. H. HELLER, *Staatslehre*, 305 y ss.

³⁵ Cf. J. ISENSEE *Das Volk als Grund der Verfassung*, 58-67.

³⁶ Cf. por todos, I. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 23. Sobre el modelo “racional-normativo” de constitución (típico del constitucionalismo fundacional, pero hegemónico en sus grandes principios hasta hoy) *vide* las páginas clásicas de M. GARCÍA-PELAYO, *Derecho constitucional comparad*, 34-41. Es de notar que el rechazo al concepto unívoco de constitución —entendido en sentido juricista y racionalista— ha extendido su eco más allá del ámbito de la teoría de la política y del derecho. Un buen ejemplo de ello lo ofrece OSWALD SPENGLER: *vide* su crítica vitalista a la constitución escrita (*rectius*, codificada) en *Der Untergang des Abendlandes*, II, 516-518.

El sentido plenario de “constitución”

La constitución de la comunidad política consiste en el orden total de esa comunidad. Se trata de su factor estructurante, a partir del cual se configura la particularidad propia e intransferible del Estado (comunidad). Tal el sentido *plenario* de “constitución”, en tanto todo potestativo compuesto por partes potenciales. Cada una de ellas participa análogamente de la noción, y realiza en cierto sentido, con mayor o menor perfección, el papel de elemento estructurante de la sociedad. Pero sólo el todo puede ser considerado *constitución* en sentido plenario. Se trata de la constitución como causa formal, complexiva del entero orden de las relaciones de la comunidad, así como de las disposiciones colectivas que se hallan a la base de la “*normalidad*” social (Heller)³⁷. Comprende diversas dimensiones histórico-empíricas, tales como, ante todo, la composición nacional, racial y religiosa y la tradición política. Ésta última, a su vez, encierra el modo inveterado del orden de la subordinación así como el orden —más inveterado y raigal aun— de la distribución territorial del poder. Tales disposiciones colectivas históricamente sedimentadas hacia propias y determinadas “formas de gobierno” y “formas de Estado” representan un estrato *indisponible*, aunque empírico-positivo, de la constitución, toda vez que la comunidad encuentra su legítimo modo de existencia política en el respeto a dichas disposiciones —lo cual conlleva, de contragolpe, que tal *pondus* idiosincrático ni resulte fácilmente removible ni pueda ser contradicho sin conflicto—³⁸.

La dimensión jurídica de la constitución. La constitución jurídica total

Como parte y —por así decir— sobre el trasfondo de la constitución plenaria se recorta la constitución político-jurídica, aquélla que establece “el orden de las magistraturas en la ciudad” (Aristóteles)³⁹. Se trata de la determinación normativa (a la vez *formal* y *material* —al decir de los juristas—, escrita o no, codificada o no) que señala imperativamente cómo han de ser las relaciones de subordinación dentro de la comunidad política, y reconoce o señala los derechos de los individuos y de los grupos. Germán

³⁷ Cf. H. HELLER, *Staatslehre*, 283-284.

³⁸ Cf. S. R. CASTAÑO, “Constitución política y poder constituyente de la comunidad. Una aproximación en perspectiva de fundamentos”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, serie V, anno LXXXIV n. 1.

³⁹ Cf. ARISTÓTELES, *Política*, 1278 b 8-10.

Bidart Campos llama “real o material” a esta “constitución jurídica total”; y la sintetiza como la propia de cada Estado particular, su forma de ser que, en tanto tal, tiene vigencia, sea cual fuere el modo en que se halle establecida⁴⁰.

c) Concepto y propiedades del poder político

El *poder político*, como autoridad política, es una función (facultad) de naturaleza bipolar consistente en la dirección racional hacia el fin común —dotada de facultades coactivas—, necesaria e inderogable, presupuesta la existencia de una comunidad política, ejercida por titulares particulares, consensualmente aceptada en su forma (constitucional) concreta y, asimismo, investida de supremacía normativa sobre todo otro poder (mundanal) en el ámbito de esa comunidad política; y cuyo modo propio de imperio radica en la *jurisdictio*: “decir el derecho”⁴¹.

d) La función constituyente frente a los diversos planos del orden constitucional comunitario

En primer lugar, existe un orden de dimensiones encuadrables dentro de la constitución plenaria y que no revisten específica y propia juridicidad. Así, por ejemplo, la mencionada composición étnica y religiosa, como asimismo los factores de poder social y los principios cosmovisionales e ideológicos que animan a épocas y regímenes. Pues bien, respecto de la constitución plenaria en tanto causa formal y respecto de todas las dimensiones en ella incluidas que rebasan lo estrictamente jurídico no hay poder constituyente alguno en sentido propio. Es más: debe afirmarse que todas esas dimensiones —en diversos modo y medida— en realidad más constituyen que son constituidas, toda vez que revisten la categoría de presupuesto respecto de la forma y de la acción del poder político.

En segundo lugar, la constitución jurídica en cualesquiera de sus acepciones, sea como constitución jurídica total, sea como la constitución jurídico-formal de Heller⁴², sea como la constitución “ideal” de Schmitt según

⁴⁰ Cf. G. BIDART CAMPOS, *Filosofía del derecho constitucional*, 93-4.

⁴¹ Tal la definición a que arribamos en *Lecturas críticas sobre el poder político*, “Conclusiones”, 239-240.

⁴² Cf. H. HELLER, *Staatslehre*, 311-312.

el constitucionalismo liberal (codificada, con garantía de libertades individuales y separación de poderes⁴³), es producida por facultades de naturaleza constituyente. Pero *la función constituyente es una de las tareas inalienables del poder político, con un objeto propio que la especifica: la instauración o reforma de la constitución*. En efecto, es un principio que quien dice imperativa y obligatoriamente el derecho es la potestad política, sea por reconocimiento del derecho natural, por preservación del derecho consuetudinario, por aplicación de los preceptos jurídicos vigentes, o por determinación positiva de nuevos preceptos⁴⁴. Luego, tal principio (referido a la *jurisdictio*) no podría admitir la excepción de nada menos que de las mismísimas normas fundamentales (positivizadas).

II.2. Conclusión: la función constituyente como una de las partes de la facultad propia del poder político

a) El “poder constituyente”, parte necesaria del “poder constituido”

A propósito del principio de la *jurisdictio* mencionado *supra* (1., d) que-remos asentar una afirmación con carácter de tesis. Aunque se aceptaran las categorías constitucionalistas de “poder constituyente” y “poder constituido”, sólo resultaría lícito entenderlas como una dualidad de funciones en el seno del mismo poder político (correspondiente al ejercicio de las funciones *constituyentes* y *constituidas*), mas no como una distinción real entre dos potestades, independientes y en relación de subordinación. En efecto, según su esencia, el poder político es uno, más allá de la diversificación de sus órganos, funciones y objetos. Respecto del poder constituyente, esta necesidad ontológica y deóntica podría ser traducida en las propias categorías del constitucionalismo con la fórmula siguiente —con pretensión de alcance universal—: sin perjuicio de la posible diversidad formal de órganos, el poder constituyente originario (referido, en sentido propio, al establecimiento de la constitución jurídica) está a cargo del poder constituido (entendiendo por “poder constituido” el poder político ejercido y efectivamente vigente en la comunidad). Y tal identidad en el sujeto fun-

⁴³ Cf. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 38-41.

⁴⁴ Estudiamos el principio de la politicidad del derecho en *Principios políticos para una teoría de la constitución*, cap. II.

damental vale aun más para el poder constituyente reformador, pues en él actúan operadores normados por previsiones de la constitución ya en vigor, en cuyo caso se manifiesta con patencia la continuidad del régimen y la vinculación entre la nueva norma reformada y la voluntad del poder vigente.

b) El poder constituyente en la realidad histórica: su manifestación empírica como parte del haz de facultades del poder vigente en la comunidad política

Repárese en que la unidad intrínseca del sujeto del poder político se ve refrendada por la experiencia histórica. Esa confirmación empírica no se constata tan sólo en el período prerrevolucionario (o en los medios culturales ajenos a Occidente), en que monarcas y cenáculos de notables se han hallado investidos de la facultad para *reformular* la constitución tradicionalmente heredada (el caso —nótese— más habitual de acción constituyente). Por el contrario, se observa idéntica realidad en el Occidente contemporáneo. Y no sólo como privativa de la tradición británica, en la que la función constituyente ha estado en manos del Parlamento. En efecto, también en la órbita continental europea y en América (ámbitos de irradiación por excelencia de los principios del constitucionalismo racionalista y liberal y de instauración de las constituciones “rígidas”) son los poderes políticamente vigentes los que ejercen la función constituyente (reformadora desde luego, pero también originaria), tanto en períodos de normalidad institucional cuanto en períodos de crisis revolucionaria⁴⁵. Hay identidad —si no formal (caso de la Asamblea Constituyente de Baden-Württemberg en 1952⁴⁶), por lo menos material— entre los individuos y organizaciones que ejercen la facultad constituyente y aquéllos que ejercen efectivamente el poder en la comuni-

⁴⁵ No nos es necesario entrar aquí en la cuestión de si toda revolución implica una mutación en la verdadera titularidad del poder constituyente, ni en la determinación de la naturaleza de una revolución política, y su relación con otros fenómenos como el golpe de Estado o la “revolución pacífica”, ni en la hipótesis de la revisión total de la constitución (encontramos una estimulante discusión de esos temas en M. A. CATTANEO, *El concepto de revolución en la ciencia del Derecho*, 99-110). Sólo estamos señalando que la acción constituyente proviene del poder vigente en la comunidad.

⁴⁶ Esta Asamblea, durante sus deliberaciones como constituyente estadual, decidió asumir funciones propias de los poderes constituidos. (Cf. P. FEUCHTE -ed.-, *Quellen zur Verfassung von Baden-Württemberg*, 88-90); agradezco este dato al Profesor Paul-Ludwig Weinacht.

dad. De hecho, la Historia y la sociología no dejan de mostrar que el poder constituyente originario se halla a cargo de los poderes políticos efectivos, es decir de aquellas fuerzas que, si bien no siempre de un modo jurídico formal, con todo son capaces, material o personalmente, de asumir la decisión fundamental sobre el orden de la sociedad. Ejemplos de ello (diversos, aunque concurrentes en su significación) nos los proveen el lugar que le cupo a De Gaulle en la instauración institucional de la Vª República Francesa⁴⁷; como asimismo la decisión de las potencias vencedoras de Alemania—planteada en Londres en 1948— sobre cuál debía ser el quicio de la futura *Grundgesetz*⁴⁸. En nuestros días, por lo demás, cuando el régimen político se funda en el sistema de partidos, se comprueba el papel constituyente protagónico que ostentan los cuadros dirigentes de los partidos políticos, que son en general quienes detentan el efectivo ejercicio del poder constituyente. En otros términos, es en los partidos donde en definitiva se halla hoy radicado el sujeto del poder constituyente, en tanto función del poder político que establece y tutela —o, como reformador, modifica— la constitución jurídica⁴⁹.

El precedente juicio no es tampoco ajeno a la ciencia política empírica. Resulta pertinente reiterar aquí las observaciones de Klaus von Beyme acerca de cómo la pretendida “soberanía constituyente” del pueblo resulta mediatizada en los hechos por factores de poder minoritarios pertenecientes —formal o materialmente— al poder político vigente: así, por ejemplo, las asambleas constituyentes, cuyos miembros suelen ser muchos de los integrantes de los parlamentos ordinarios (y que sólo pueden identificarse con el pueblo “mediante una ficción”, dice el autor); las comisiones redactoras, en que las minorías poseen una representación que no tenían en la asamblea, y juegan un papel decisivo; los agentes del poder de turno; los

⁴⁷ Sobre la *auctoritas* (o, para no juzgar acriticamente su compleja figura, por lo menos *el prestigio*) de que gozaba de De Gaulle en Francia en el momento de la crisis terminal de la IVª república, y su *dictadura soberana* como origen de la constitución de 1958, cf. respectivamente M. GARCÍA-PELAYO, *Idea de la política y otros ensayos*, 155-156; y del mismo autor *Derecho constitucional comparado*, 607-609.

⁴⁸ Cf. J. ISENSEE, *Das Volk als Grund der Verfassung*, 53-54 y 63-64. Se trata del contenido normativo estipulado en el art. 79 inc. 3 de la GG, el cual declara irreformables, entre otros, los principios del art. 20 que establecen la forma de Estado, la forma de gobierno y el fundamento de legitimidad del orden político alemán (justamente, que “todo poder político emana del pueblo”).

⁴⁹ Para este punto II., 1. Cf. S. R. CASTAÑO, “El poder constituyente originario como forma de poder político. Síntesis y conclusiones”, *La primacía de la persona. Estudios en homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss*.

presidentes y secretarios de comisión; los expertos constitucionalistas. En conclusión, dice von Beyme, “casi todas las constituciones de la Historia se han originado oligárquicamente”⁵⁰. Este muestreo sociológico no hace sino constatar en el plano empírico el hecho palmario de que el poder lo tiene quien manda. Por el contrario, el dogma constitucionalista de la “soberanía (constituyente) del pueblo” se basa en la a todas luces impugnable afirmación de una titularidad sin el ejercicio de la potestad política⁵¹.

c) Recapitulación y puntualización finales

La potestad política existe personificada por titulares concretos que ejercen las diversas funciones del mando político y jurídico sobre la comunidad. En consecuencia, debe decirse que el poder político consiste en una especie de potestad, lo cual significa que se halla esencialmente ligada al ejercicio de una facultad de imperio: es titular del derecho de mando quien ejerce (legítimamente) la facultad de mando. Ahora bien, como se ha visto, el poder constituyente no es sino una parte de esa facultad: a saber, la que tiene a su cargo el imperio sobre las normas fundamentales de la comunidad política. Esta conclusión se halla conteste con la naturaleza del poder político. En efecto, la operación propia de éste es la *jurisdictio* (i.e., la facultad de “decir el derecho” —concretándolo de modo vinculante—); la cual facultad incluirá necesariamente, como su forma más alta, la función constituyente.

De todas maneras, conviene resaltar precisamente en estas conclusiones que no toda acción constituyente del poder efectivo reviste idéntico grado de legitimidad. Pues la constitución jurídico-positiva vigente, como toda

⁵⁰ K. VON BEYME, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes*, especialmente el cap. I, titulado: “Las rupturas de la voluntad constituyente del pueblo en la elaboración constitucional”.

⁵¹ G. BURDEAU, ilustre tratadista de ciencia política, representa un ejemplo de la pregnancia de ese dogma. Sus ponderables desarrollos sobre el tema del poder constituyente terminan cediendo a la doctrina dominante de la afirmación de una “soberanía real” del poder constituyente en cabeza del “pueblo soberano”. Aunque, por supuesto, no se le oculte 1) que el “*décalage obligatoire*” entre la voluntad popular y su expresión clara y organizada impone la necesidad de la acción previa y configuradora del poder vigente, el cual decide el modo de convocatoria y el procedimiento de la asamblea o convención; ni 2) que, para evitar la “ficción jurídica” de una “soberanía nominal” del pueblo, el poder efectivo debería luego decidir someter el resultado de la tarea de los representantes (ya “un poder constituido”) a una ratificación en referéndum por el cuerpo electoral. (Cf. *Traité de Science Politique*, t. III, 171 y ss. Lo citado aquí en 224-232).

obra jurídica del imperio normativo del poder político en vigor, medirá su legitimidad por su conmensuración al verdadero bien común político y a la tradición social y política comunitaria.

Por último —y ya como corolario final— debe reafirmarse que, en sentido estricto, el principio del poder constituyente del pueblo (o de la nación) no posee fundamento en la realidad objetiva.

III. Excurso polémico: Poder constituyente y contrarrevolución moderna.

III.1. Una objeción proveniente del pensamiento contrarrevolucionario. La figura de Joseph de Maistre

A continuación analicemos una impugnación en particular, que encontramos de especial interés teórico por lo sutil de sus aristas, sobre todo para los cultores tomistas de la filosofía política y jurídica⁵². Se trata de la hipótesis —que, de hecho, ha llegado a hacerse realidad, por lo menos en alguna medida— de fundamentar la negación del poder constituyente (de su existencia, de su legitimidad y hasta del sentido mismo del problema) en las ideas de uno de los adversarios más formidables que tuvo la ideología revolucionaria dieciochesca; dentro de los contemporáneos de esos sucesos, el más destacado de ellos junto con Edmund Burke, cabría decir. Nos referimos al diplomático saboyano conde Joseph de Maistre (1753-1821).

Se trata de un polígrafo agudo, que hace gala de un estilo proverbialmente lozano y actual, provisto de una vasta formación teórica (teológica, filosófica, literaria, histórica). Todas esas virtudes, indispensables en un gran polemista, le han permitido convertirse en un paradigmático contendor

⁵² Dos palabras sobre la ocasión en que se planteó el tema. El 3 de julio de 2013, por invitación del Director del Centro de Estudios de Derecho Constitucional de la UCA (Universidad Pontificia de Buenos Aires), Prof. Orlando Gallo, y con la participación del Decano de la Facultad de Derecho, Prof. Daniel Herrera, se discutió el libro de nuestra autoría, *supra* citado, *El poder constituyente entre mito y realidad*. La presentación propiamente dicha estuvo a cargo del docente Carlos Arnossi, y el debate fue dirigido por el Prof. Héctor H. Hernández, de larga experiencia en las disputaciones universitarias —actividad significativamente insólita en la Universidad de hoy, en cualquier latitud—. En el transcurso de ese acto académico el autor tuvo el privilegio de sostener un enriquecedor y vivo diálogo con el muy calificado (y, para esta clase de ocasiones, numeroso) público presente. Uno de los problemas debatidos es el que, de modo orgánico y ordenado, se expondrá a continuación: a saber, la puesta en tela de juicio del *poder constituyente* desde posiciones filosófico-políticas de raigambre tradicional.

doctrinal de la revolución francesa. Pero sería injusto —por erróneo— acotar la significación y el alcance de su obra a la circunstancial reacción contra ese suceso histórico. Pues se trata, en efecto, de un autor con criterios propios, cuya presencia se manifiesta en grandes pensadores políticos contemporáneos: así, la idea de la historia como “política experimental” (en Maurras); el sentido del “concreto modo de existencia política” (en Schmitt). Sus ideas sobre la naturaleza del poder político y de la constitución, aunque hayan surgido como respuesta a la conmoción revolucionaria, trascienden el giro epocal que las motivó y plantean cuestionamientos insoslayables. Insoslayables sobre todo para aquéllos que, desde la tradición aristotélica y iusnaturalista católica, toman distancia crítica de la revolución francesa, de sus premisas ideológicas y de sus consecuencias histórico-políticas.

En este lugar no nos proponemos invalidar ni tan siquiera cuestionar el hecho de que de Maistre haya adoptado una posición *contrarrevolucionaria* y *reaccionaria*, toda vez que ella aparecía justificada ante la embestida de la revolución contra el orden natural y cristiano; tampoco dilucidar la comprensión del término “*tradicionalista*” y la condición de tal de de Maistre; sino en cambio atisbar, con la brevedad que impone el presente excursus, si acaso este adversario católico de la revolución abreva en los mismos principios que fundan las posiciones de la tradición aristotélica sobre la comunidad política, su potestad y su constitución. A partir de allí tendremos la posibilidad de evaluar si las ideas de de Maistre representan una guía adecuada, desde el punto de vista del realismo de Aristóteles y la escuela tomista —y de la realidad objetiva, en última instancia—, para dirimir el problema de la constitución y del poder constituyente.

Adelantemos desde ya nuestra conclusión: no obstante su oposición frontal a varios de los errores más graves de la revolución; a pesar de que su crítica a las premisas y las consecuencias del proceso desatado en Europa exhibe tantos aciertos profundos y brillantes (aciertos que se extienden a otros ámbitos de la vida social, la política y lo religioso); nosotros estimamos que no pocos de los principios más centrales de de Maistre responden a los postulados del pensamiento *moderno* —en sentido doctrinal, no cronológico—. Es por ello que —no hesitamos en juzgar— este extraordinario polemista constituye un singularísimo caso de “*faux ami*” filosófico y teológico para la perspectiva del realismo político de la tradición aristotélica. En efecto, *se trata de un ejemplo —a menudo no advertido, por lo matizado de sus ideas— de la llamada “teoría moderna de la soberanía”, que, imbuido de*

las premisas más fontales de ésta, ha ejercido apreciables influencias, especulativas y prácticas, políticas y eclesiales.

Señalemos sin más trámite algunos aspectos significativos del pensamiento de este autor enigmático y subyugante, curiosamente masón aunque contrarrevolucionario⁵³, que echarán luz sobre el lugar que cabe asignar a de Maistre como pensador político.

III.2. La concepción del poder soberano

Para nuestro pensador, desde el mismo momento en que se el hombre se pone en contacto con sus semejantes queda presupuesta la idea de soberanía: es ella la que, al darles leyes, hace de las familias un pueblo. “Pueblo” significa una agregación en torno de un centro común (la soberanía), sin el cual no hay conjunto ni unidad política. La soberanía, concluye de Maistre, es la obra inmediata de la naturaleza (i.e., de la voluntad de su Creador), tal como lo es la sociedad política⁵⁴. Los ecos de Bodin, en cuanto al elemento material de la sociedad política (las familias) y en cuanto al papel socialmente constitutivo que desempeña el poder son evidentes⁵⁵. Como es también obvio, de Maistre ha hecho más que afirmar la naturalidad del poder político; junto con ello, lo ha erigido en la causa axial de la existencia y de la unidad del orden político, en detrimento de la que, sin duda, es su causa primera y fundante: el bien común político. Pues si los hombres se han “puesto en contacto”, si “las familias se han aproximado”, como dice el autor, es porque, tácita o expresamente, han aceptado integrarse en un grupo político constituido en torno de un fin común autárquico; al cual grupo le adviene por la naturaleza de las cosas (“la *natural resultancia*” de Suárez), sí, un poder de régimen “soberano” —en el sentido de *supremo en su orden*—. Mas ese poder no es la causa primera de la constitución del grupo como tal. En cuanto a la función primaria del poder político, la opción del saboyano por la *coacción* (en oposición a la esencia *directiva* al bien común de la tradición clásica) aparece explícita: por soberanía “es imposible entender sino un poder represivo (*pouvoir réprimant*) que actúa sobre el súbdito, y que, por su parte, está ubicado fuera de él”⁵⁶.

⁵³ Cf. R. SPAEMANN, *Der Ursprung der Soziologie aus dem Geist der Restauration*, 78.

⁵⁴ Cf. J. DE MAISTRE, *Étude sur la souveraineté*, L I, cap. III en *Oeuvres Complètes de J. de Maistre*.

⁵⁵ Cf. J. BODIN, *Les six livres de la république*, L. I, cap. I

⁵⁶ J. DE MAISTRE, *Étude sur la souveraineté*, L. II, cap. IV, 466.

Si sus fundamentos filosófico-sociales básicos se inscriben en la cosmovisión de cuño kratocéntrico y absolutista *à la* Bodin⁵⁷; esos fundamentos, por cierto, encierran también tomas de posición *à la* Hobbes, como las siguientes: “cuando hablo de ejercicio legítimo de la soberanía, no entiendo, o no digo, ejercicio *justo*, lo que produciría una anfibología peligrosa, a menos que por esa última palabra se quiera decir que todo lo que ella [la soberanía] opera en su círculo es justo o tenido por tal: lo cual es la verdad. Es así como un tribunal supremo, en tanto no exceda sus atribuciones, siempre es justo; pues es lo mismo *en la práctica* ser infalible o equivocarse sin apelación”⁵⁸. Es claro que no vale objetar por el posible yerro o injusticia de la potestad soberana. La idea de marras representa una asunción central de de Maistre, que ya había aparecido en el comienzo mismo de su obra sobre la soberanía espiritual (y temporal): “es, en efecto, absolutamente lo mismo en la práctica no estar sujeto al error o no poder ser acusado de error”⁵⁹. Semejante sentido de infalibilidad no deja de ser inquietante. No se trata de alguna forma de posesión de la verdad, o de una disposición para acceder a ella, pues no parece ser precisamente en la verdad donde de Maistre radica la infalibilidad: “nuestro interés no es que [una cuestión de ‘metafísica divina’ sea decidida de tal o de cual manera, sino que lo sea sin retraso y sin apelación”, dice explicando la naturaleza de la infalibilidad papal⁶⁰. En consecuencia, “infalibilidad” significa *ultimidad decisoria e irreprehensibilidad por una esfera superior*. Este planteo, como se ve, se aplica tanto al caso de la soberanía política cuanto al de la potestad papal; en efecto, la infalibilidad que reclama el papa no es esencialmente diferente de la que se atribuye a los reyes de la tierra, dado que ni los unos ni el otro podrían ser juzgados por nadie⁶¹. Es así como la infalibilidad es erigida en la esencia del poder del monarca y del papa; y el poder soberano del príncipe, como vimos, concebido como constitutivo formal del pueblo y de la unidad política. Según la fórmula del autor, no puede haber sociedad sin gobierno, ni gobierno sin soberanía, ni soberanía sin infalibilidad⁶². Pues bien, *desde esa perspectiva kratocéntrica* (con manifiestas y por momentos radicales incrustaciones del

⁵⁷ Para una síntesis comparativa entre ambos cf. S. R. CASTAÑO, *Defensa de la política*, cap. VII.

⁵⁸ J. DE MAISTRE, *Du pape*, L. II, cap. X, 206-207, nota -subrayado original-.

⁵⁹ *Ibidem.*, L. I, cap. I, p. 19.

⁶⁰ *Ibidem.*, L. I, cap. XIX, p. 123.

⁶¹ Cf. *Ibidem.*, L. I, cap. XVI.

⁶² Cf. *ibidem.*, L. I, cap. XIX.

paradigma ockhamista y voluntarista expresado por el lema de “*auctoritas, non veritas facit legem*”) —cosmovisión obviamente alejada de los principios mismos (intelectualistas y finalistas) afirmados por la tradición aristotélica— entiende el conde saboyano el quicio del orden social.

III.3. Notas clave de la concepción del régimen político y de la constitución

En lo que nos concierne específicamente, téngase presente que de Maistre no hesita en sostener que “toda familia soberana reina porque es elegida por un poder superior”⁶³; y también que las constituciones son “obra inmediata de la voluntad del Creador”⁶⁴. Además, habla de constitución “*natural*” para referirse a la constitución *histórica vigente*⁶⁵. Son ideas recurrentes y esenciales en la obra de de Maistre, de las que citamos sólo unos pocos ejemplos. Y en las que anida un equívoco terminológico y conceptual de serias consecuencias doctrinales. En lo que atañe a “natural”, la dificultad no se salva aduciendo que “natural” significaría en de Maistre “propio de cada cual” (como una *natura individui* comunitaria⁶⁶), porque esa constitución “natural” siempre responde a un decreto divino, lo cual para este autor torna ilusoria o superflua (o culpable, si pretendiera transformarla) la intervención de la voluntad humana colectiva⁶⁷. Justamente en esa línea de Maistre análoga la formación y la vigencia de una constitución con el crecimiento de los seres vegetales, con lo cual, según él, la realidad de la praxis político-jurídica histórica revestiría notas propias no sólo de lo *natural*, sino de lo natural carente de conocimiento y libre albedrío⁶⁸. Sea como fuere, es un hecho que el significado de “natural” de de Maistre no podría ser identificado sin más con el “κατα φύσιν” “κατα φύσει” / “*secundum naturam*” de la tradición clásica, so pena de incurrir en equivocidad. Por fin, cómo “diferentes gobiernos puedan ser buenos [...] para el mismo pueblo en dife-

⁶³ J. DE MAISTRE, *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques*, 287 y prefacio; *Ibidem*, n° XXX; *Du pape*, L. II, cap. VIII; *Étude sur la souveraineté*, L. I, cap. IV.

⁶⁴ J. DE MAISTRE, *Étude sur la souveraineté*, L. I, cap. IV, p. 329, y IX; *vide Essai sur le principe générateur des constitutions politiques*, n° XIII.

⁶⁵ J. DE MAISTRE *Étude sur la souveraineté*, L. I, cap. IX; y *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques*, prefacio.

⁶⁶ J. DE MAISTRE, *Étude sur la souveraineté*, L. I, cap. II.

⁶⁷ *Ibidem*, L. I, cap. VII.

⁶⁸ Cf. J. DE MAISTRE, *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques*, n° X.

rentes tiempos” (según un breve pasaje del *Étude...*⁶⁹) no se explica fácil ni coherentemente en de Maistre; salvo recurriendo a la suposición de sucesivos decretos del “*Eterno Arquitecto*”, que suscitarían nuevos legisladores sagrados. No debe perderse de vista que en los procesos constitucionales, para de Maistre, o bien Dios va haciendo germinar el orden en la “planta” (*sic*) que es la sociedad; o bien extraordinarios legisladores son ungidos desde lo alto y operan cual artesanos sobre la inerte materia comunitaria.⁷⁰ ¿Será por esto que la mención de la epopeya *popular* de La Vendée no menudea en la obra del conde contrarrevolucionario ...?

III.4. Consecuencias respecto de nuestro tema

Los posiciones últimamente espigadas en de Maistre contradicen principios fundamentales del orden político según la *natura rerum*, y reconocidos por la tradición de la escolástica aristotélica. Téngase en cuenta que la conformación de la comunidad política, la primacía de su bien común, la existencia resultante de una potestad política y de un ordenamiento jurídico-constitucional son de derecho natural —y resolutivamente, en tanto tales, expresiones de la sabiduría de Dios—. *Ahora bien, la concreta forma del régimen es contingente, histórica, y no se halla exenta de la intervención —necesaria— del arbitrio humano: es “de derecho positivo”; ergo, mudable.* Esta última afirmación representa una piedra de toque de la auténtica tradición del aristotelismo clásico y de la milenaria escolástica católica. Se trata de un principio central, formulado por Aristóteles⁷¹, sostenido sin ambages por el Angélico —incluso en un contexto de magistral defensa de la *consuetudo* política y jurídica—⁷²; y reafirmado hasta nuestros días por la tradición aristotélica, como lo ejemplifica Jean Dabin⁷³. Esa tesis, además, como se ha dicho, refleja un eje de la realidad objetiva del orden político. Mas en la estela de de Maistre quedaría vedada por principio (o, por lo menos, seriamente cuestionada) la licitud de introducir modificaciones relevantes al orden establecido, so pena de ir contra la voluntad de Dios y una subsecuente *ley de la naturaleza*, vigente para esa sociedad.

⁶⁹ J. DE MAISTRE *Étude sur la souveraineté*, L. I, cap. IV, p. 328.

⁷⁰ *Ibidem*, L. I, cap. VII.

⁷¹ Cf. ARISTÓTELES, *Política*, 1268 b 26 y ss.; 1279 a 17 y ss.

⁷² Cf. T. DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-IIae., 97, 1.

⁷³ Cf. J. DABIN, *Doctrina General del Estado*, 191.

Semejante *inmutabilismo* constitucional implica de suyo el anclaje de la legitimidad política en la preservación del régimen originario; si se tratase de un sistema monárquico y dinástico, tal postulado sería presupuesto necesario para una tesis legitimista. El *legitimismo* es, en principio, altamente válido como criterio práctico, toda vez que rescata el valor de la tradición inveterada como un auténtico fundamento de legitimidad del orden político, y aquilata debidamente las virtudes políticas de la monarquía. No obstante, el factor decisivo para dirimir su justificación última —en cada caso histórico— reside en que esa opción se refiera a una circunstancia empírica particular y en que para ella propugne una solución que resulte, siempre respecto de ese caso concreto, la más conducente al bien común político (primer principio de legitimidad): tal opción lícita consistiría entonces en la conservación en el trono de la familia consagrada desde antiguo por la tradición. Por el contrario, la petrificación de la legitimidad en un orden constitucional particular, así como la identificación de la legitimidad con una forma concreta de régimen, es inviable como posición teórica en el plano de lo universal y necesario, toda vez que un estado de cosas histórico (sea una forma de régimen, sea la integración en una unidad política mayor, por ejemplo) no posee en tanto tal el rango axionormativo —de validez permanente— de un precepto de ley natural o de un mandato de ley divina positiva.

III.5. *Amplius*. Conclusiones finales

Así pues, con respecto a una puesta en tela de juicio de la existencia y de la legitimidad del poder constituyente con base en el pensamiento de de Maistre, ¿qué cabría responder? Fundamentalmente, que ella gira en torno de una idea cuestionable de la esencia y del valor de la constitución, la cual a su vez podría dar lugar a un *tránsito indebido, a saber, de una opción política práctica particular al plano teórico*: una suerte de “*legitimismo filosófico (-político)*”, en el sentido de una opción prudencial concreta (válida respecto de una circunstancia histórica determinada) que es elevada al plano de los principios. Por lo demás, esa idea cuestionable sobre la constitución no depende intrínsecamente de la identificación de poder constituyente con revolución iluminista (*vide supra*, I. 1), aunque tal identificación pueda guardar vínculos nocionales con ésta, y en algunos autores, de hecho, ambas asunciones se retroalimenten.

Ampliamos el último juicio del punto anterior. En la praxis resulta inobjetable tratar de restaurar un orden legítimo subvertido y, si ese orden fuese monárquico y dinástico, hasta una particular familia destronada —siempre y cuando ello no implicara (y ésta es cuestión prudencial) preterir el *hic et nunc* de la realidad histórica, *desconociendo la primacía del bien común por sobre todo derecho (puramente) dinástico, que es particular por definición*—. Con todo, no se puede negar *por principio* la licitud de eventuales cambios constitucionales —que podrían llegar hasta revoluciones y, ante regímenes monárquicos, destronamientos—. En otros términos y aplicando los principios al escenario contemporáneo: es razonable deplorar, principalmente porque ello significó una mutación civilizatoria *in peius*, la caída del *ancien régime* (juicio particular sobre un hecho histórico concreto) y adoptar una opción práctica contraria al sistema liberal; o incluso propugnar la restauración de una determinada Casa —en comunidades de tradición monárquica—. Pero no es lícito connotar o sugerir que *la constitución positiva en tanto tal* es de derecho natural, o una manifestación de la voluntad divina (con lo cual, *de facto* y sobre todo *de jure*, ella resultaría básicamente irreformable); así como tampoco se justifica suponer que la permanencia sempiterna de una concreta forma de régimen constituye un principio de validez imprescriptible —tanto menos si tal suposición se hace extensiva a unos titulares del poder particularmente tomados (vgr., un individuo o una familia)—.

Por todo lo dicho, si la reluctancia a aceptar la noción de poder constituyente (en la teoría y en la praxis) se basara en las ideas de de Maistre, semejante posición no se correspondería con el mero desacuerdo con el orbe de ideas liberal y su peculiar noción de poder constituyente (la cual representa una posición impugnable en el plano de los principios). En efecto, negar sentido a la pregunta misma por el poder constituyente *ut sic* excede la crítica al liberalismo, en la medida en que tal negación contradice, sí (aunque *per accidens*) esa ideología —pero, bajo los supuestos *supra* discutidos, lo estaría haciendo *desde un posicionamiento que otorga rango de derecho divino (o, sui generis, natural) al derecho histórico (positivo)*—. Es decir, se estaría abordando —y cuestionando— el poder constituyente desde un postulado erróneo.

Sergio Raúl Castaño

CONICET

sergioraulcastano@gmail.com

Referencias bibliográficas

- ARISTÓTELES. (1992). *Política*. Oxford: Ross.
- BELLAMRMINO, R. (1870). *Vindiciae pro libro tertio De laicis, sive secularibus*, París: Fèvre, VII.
- BIDART CAMPOS, G. (1960). *El mito del pueblo como sujeto de gobierno, de soberanía y de representación*, Buenos aires: Abeledo-Perrot.
- (1969). *Filosofía del derecho constitucional*, Buenos Aires: Ediar.
- BILLOT, L. (1909). “De originibus et formis politici principatus”, III, XII, &1. Roma: Libreria Giachetti.
- BODIN, J. (1986). *Les six livres de la république*, París: Fayard.
- BÖCKENFÖRDE, E-W. (1986). *Die Verfassunggebende Gewalt des Volkes. Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts*, Frankfurt: Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie.
- BURDEAU, G. (1950). *Traité de Science Politique*, T.III. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- CARRÉ DE MALBERG, R. (1960). *Contribution à la théorie générale de l'État*, París: CNRS.
- CARRIÓ, G. (2001). *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires: Astrea.
- CASTAÑO, S.R. (2000). *Orden político y globalización*, Buenos Aires: Ábaco de R. Depalma.
- (2003). *Defensa de la política*, 2ª edición. Buenos Aires: Ábaco de R. Depalma.
- (2005). *El Estado como realidad permanente*, Buenos Aires: La Ley.
- (2006). “¿Por qué Bidart Campos llamó ‘mito’ a la soberanía del pueblo?”. *Principios políticos para una teoría de la constitución*, Buenos Aires: Ábaco de R. Depalma.
- (2007). “Constitución política y poder constituyente de la comunidad. Una aproximación en perspectiva de fundamentos”. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n. 1.
- (2009a). “El lugar del consenso entre los valores humanos y políticos”. *Familia, sociedad y vida*. Santiago de Chile: Academia de Derecho.
- (2009b). “El poder constituyente originario como forma de poder político. Síntesis y conclusiones”. En JAIME ARANCIBIA - JOSÉ MARTÍNEZ ESTAY (ed.). *La primacía de la persona. Estudios en homenaje al Profesor Eduardo Soto Kloss*. Santiago de Chile.

— (2010). “Die verfassunggebende Gewalt des Volkes in der deutschen Staatsrechtslehre der Nachkriegszeit. Ein Überblick“, *Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte*. n° XI.

— (2012). *El poder constituyente entre mito y realidad*, Buenos Aires: Universidad Católica de Cuyo.

— (2013a). “Un hito en la historia del pensamiento político: la refutación neoscolástica de la tesis del pueblo como sujeto originario del poder”, *Derecho Público Iberoamericano*, año II, n° 3, octubre.

— (2013b). *Lecturas críticas sobre el poder político*, México: UNAM.

CASTELLANO, D. (2004). *De christiana republica*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane.

CATTANEO, M.A. (1968). *El concepto de revolución en la ciencia del Derecho*, trad. H. ORLANDI. Buenos Aires: Depalma.

CROSA, E. (1915). *Il principio della sovranità popolare del meioevo alla rivoluzione francese*, Milán: Fratelli Bocca.

CUETO RÚA, J. (1949). “El poder constituyente”. *La Ley*, 55, sección Doctrina.

DABIN, J. (1946). *Doctrina General del Estado*. (trad. TORAL MORENO-GONZÁLEZ URIBE). México: Jus.

DE MAISTRE, J. (1833). *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques*, Lyon: Rusand.

— (1867). *Du pape*, París: Joseph Albanel.

— (1891). *Étude sur la souveraineté*, I, III. *Oeuvres Complètes de J. de Maistre*. Lyon: Librairie Générale Catholique et Classique Emmanuel Vitte.

DE OTTO, I. (1987). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel.

GALVÃO DE SOUZA, J.P. (2011). *La representación política*, Madrid: Marcial Pons.

GARCÍA-PELAYO, M. (1983). *Idea de la política y otros ensayos*, Madrid: C. E. C.

— (1993). *Derecho constitucional comparado*, Madrid: Alianza.

GRAF VON KIELMANSEGG, P. (1977). *Volkssouveränität. Eine Untersuchung der Bedingungen demokratischer Legitimität*, Klett: Stuttgart.

GRASSO, P. G. (1985). Voz “Potere costituente”. *Enciclopedia del Diritto*. Milán, XXXIV.

FEUCHTE, P. Ed. (1986). *Quellen zur Verfassung von Baden-Württemberg*, I. Tübingen: Teil.

- HAMON, L. (1966). "Spécificité du pouvoir politique", *Recherches et Débats. Pouvoir et société*. París, Desclée de Brouwer.
- HELLER, H. (1983). *Staatslehre*, Tübingen: J. C. B. MOHR.
- HENKE, W. (1968). "Die verfassunggebende Gewalt in Lehre und Wirklichkeit", *Der Staat*, Bd. 7, Heft 2.
- ISENSE, J. (1995). *Das Volk als Grund der Verfassung*, Opladen: Nordrheinische Wissenschaftliche Akademie.
- KELSEN, H. (1934) *Teoría general del Estado*, Barcelona: Labor.
- KRIELE, M. (1975). *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, Hamburgo: Rowohlt.
- MESSINEO, A. (S. J.) (1946). *Il potere costituente*, Roma: La Civiltà Cattolica.
- LINARES, J.F. (1969). "El pueblo como constituyente originario". *Anales. Bib. de la Academia Nacional de Derecho y CC. SS.* a. 12, 2ª época, nº 9.
- MORGAN, E.S. (2006). *La invención del pueblo. El surgimiento de la soberanía popular en Inglaterra y los Estados Unidos*, Buenos aires: Siglo XXI.
- MORTATI, C. (1972). *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, Milán: Giuffrè.
- NEGRI, A. (1994). *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Madrid: Prodhufi.
- NINO, C.S. (1983). "El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica". En E. BULYGIN, M. FARRELL, C. S. NINO, E. RABOSI (eds.), *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro Carrió*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- OJEA QUINTANA, J.M. (1956). "Gobierno revolucionario y Constitución", *La Ley*, 81, sección Doctrina.
- PÉREZ-SERRANO, NICOLÁS. (1984). *Escritos de derecho político*, Madrid: Instituto de estudios de administración local.
- POVIÑA, J.R. (1956). "El poder constituyente, los jueces y la constitución", *Revista Facultad de Derecho*. U. N. de Tucumán.
- RAYCES, F. (1966). "Alrededor de la noción de 'poder constituyente'", *Jurisprudencia Argentina*, IV.
- REQUEJO PAGÉS, J.L. (1998). *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Madrid: C. E. C.
- ROUSSEAU, J.J. (1964^a). *Du Contract Social. Oeuvres Complètes*, París: Ed. de la Pléiade, III.

— (1964b). *Principes du Droit Politique. Oeuvres Complètes*. III. París: Ed. de la Pléiade,

SAMPAY, A.E. (1951). “Las facultades financieras de las convenciones constituyentes”, *Estudios de Derecho Público, Constitucional, de Gentes y Eclesiástico*. Buenos Aires: Politéa.

SCHNEIDER, H.P. (1992). “Soberano sin poder. Representación y participación como problema de legitimación de la soberanía democrática”. *Democracia y constitución*, Madrid: I. E. P.

SIEYÉS, E. J. (1994a). “Qu’est-ce que le tiers état”, *Écrits politiques*. Ed. de R. ZAPPERI. Bruselas: Archives Contemporaines.

— (1994b). *Dire sur le veto royal*. Ed. de R. ZAPPERI. Bruselas: Archives Contemporaines.

SPENGLER, O. (1922). *Der Untergang des Abendlandes*, Munich: C. H. Beck, II.

SPOTA, A.A. (1970). *Origen y naturaleza del poder constituyente*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

SUÁREZ, F. (1965). *Defensio fidei*. Ed. parcial de L. PEREÑA Y E. ELORDUY, *Principatus politicus*. Madrid: CSIC.

— (1975). *De legibus*, ed. L. PEREÑA Y E. ELURDUY. Madrid: CSIC.

VANOSI, J.R. (2001). *Teoría Constitucional*, Buenos Aires: Depalma.

VON BEYME, K. (1968). *Die verfassunggebende Gewalt des Volkes*, Tübingen: J. C. B. Mohr.

— (1998). *Der Ursprung der Soziologie aus dem Geist der Restauration*, Stuttgart: Klett-Cotta.

YMAZ, E. (1956). “El poder constituyente”, *La Ley*, 82.