

Castañó, Sergio Raúl

¿Es lícito hablar de poder constituyente dentro de la tradición clásica? Discusión y apostillas

Is it lawful to speak of constituent power within the classical tradition? Discussion and apostilles

Prudentia Iuris N° 83, 2017

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Castañó, S. R. (2017). ¿Es lícito hablar de poder constituyente dentro de la tradición clásica? : discusión y apostillas [en línea]. *Prudentia Iuris*, 83. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/es-licito-hablar-poder-constituyente.pdf> [Fecha de consulta:....]

**¿ES LÍCITO HABLAR DE PODER CONSTITUYENTE
DENTRO DE LA TRADICIÓN CLÁSICA?
DISCUSIÓN Y APOSTILLAS**

***Is it Lawful to Speak of Constituent Power Within the Classical Tradition?
Discussion and Apostilles***

Sergio Raúl Castaño¹

Recibido: 3 de febrero de 2017

Aprobado: 23 de marzo de 2017

Resumen: El artículo aborda el problema de la objetiva realidad del poder constituyente, al hilo de la crítica a la correspondiente idea liberal, tal como ésta ha sido preconizada por el régimen político-jurídico actual. Como respuesta a la cuestión planteada se concluye que el poder constituyente es una de las funciones esenciales del poder político. Asimismo, se debaten algunas asunciones teóricas de la contrarrevolución moderna respecto de la constitución y se plantean las grandes contribuciones de Th. Meyer y L. Billot en este tema.

Palabras claves: Poder constituyente - Liberalismo - Contrarrevolución - Tercer escolástica.

Abstract: This article approaches the idea of constituent power typical of liberal constitutionalism, as received by the political and legal system today. On the other hand, as an answer to the question itself, the author holds that the constituent power is one of the essential functions of political power. Besides, some counterrevolutionary assumptions concerning the constitution are put into debate and Th. Meyer's and L. Billot's great contributions to this subject are expounded.

1 Investigador del CONICET. Profesor titular de Teoría del Estado (UNSTA). Director del Centro de Estudios Políticos (UNSTA). Director del Departamento de Política (Fundación Bariloche/CONICET). Correo electrónico: sergioraulcastano@gmail.com.

Keywords: Constituent power - Liberalism - Counterrevolution - Third scholasticism.

Para citar este texto:

Castaño, S. R. (2017), “¿Es lícito hablar de poder constituyente dentro de la tradición clásica?”, *Prudentia Iuris*, N. 83, pp. 131-148.

Introducción: El problema: la vinculación del nombre y la noción con la modernidad revolucionaria, ¿oculta una realidad permanente?

Para un connotado portavoz doctrinal del régimen hoy dominante, Ernst Wolfgang Böckenförde, sólo cabe apelar al poder constituyente en clave democrática, como poder constituyente del pueblo, donde “pueblo” debe ser entendido en el sentido del término revolucionario “*nation*”². Por su parte, Hermann Heller y Carl Schmitt reconocen en la monarquía moderna la acción de un poder constituyente. Pero es verdad que, no obstante la afirmación de esa presencia en contextos ajenos al del constitucionalismo liberal, ambos autores no dejan de hacerse cargo de las aristas anómicas e inmanentistas que cargaba la idea tal y como había sido echada al ruedo por la Revolución Francesa³. Esta admisión “*iuxta modum*” por los dos grandes teóricos del Estado, más allá del ámbito de la vigencia revolucionaria, resulta indicativa del interés que suscita la pregunta por la realidad permanente del poder constituyente y la objetividad universal de la respectiva noción. La pregunta supone, asimismo, distinguir y enfocar críticamente las líneas de fuerza doctrinales que impregnan la versión liberal-constitucionalista de poder constituyente, con la que resulta habitual ver identificado al poder constituyente *ut sic*.

Comencemos con la cuestión señalada en último término. Para ello debe detectarse, ante todo, cuáles son las principales notas subsidiarias de la modernidad revolucionaria que impregnan la idea *cuasicanónica* de poder constituyente; y señalar, en cada caso, siquiera brevemente, cuáles serían las razones para impugnar esa particular configuración de la noción que nos ocupa.

2 Böckenförde, E. W. (1991). *Die verfassunggebende Gewalt des Volkes. Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts*. Frankfurt. Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, 11 y sigs.

3 Heller, H. (1983). *Staatslehre*. Tübingen. Mohr, 313-314; Schmitt, C. (1993). *Verfassungslehre*. Berlin. Dunker & Humblot, 52-53; 80-81.

I) El *pouvoir constituant* democrático-constitucionalista: sus tesis y sus aporías

***1) Un poder que, al crear la constitución, hace tabla rasa con lo dado, sea con la tradición; sea incluso con la Ley Natural*⁴**

A esto cabe objetar:

La constitución posee *estratos indisponibles*. Y tanto la Ley Natural como la tradición operan como causa formal extrínseca del orden sancionado por los poderes del Estado, es decir, como ejemplar normativo de la constitución jurídica.

El concreto régimen de cada comunidad no adviene a la existencia por un proceso ajeno a la libertad del hombre. No es un ciclo vegetal ni un impulso ciego el que produce la estructura del poder, sino que ésta es causada por la *praxis* de los hombres reunidos en una comunidad. Ahora bien, cada comunidad ha desarrollado y desarrolla su existencia en circunstancias (históricas, religiosas, étnico-nacionales, geográficas) propias e intransferibles. A su vez, esas circunstancias son vivenciadas y asumidas según un talante determinado, y a partir de todo ello se genera el proceso dinámico de la tradición política del pueblo, que es la fuente principal de su peculiaridad espiritual. Por ello, cabe señalar que la realidad constitucional posee lo que podría denominarse “estratos indisponibles” (para el legislador constituyente). Así, es verdad que los preceptos de la Ley Natural conforman –axiológicamente– el núcleo rígido de la constitución de la comunidad política⁵. Pero asimismo, frente a la voluntad constituyente del poder en un determinado momento histórico, la tradición (en la normatividad de la Ley Natural) también oficia de causa formal extrínseca o ejemplar de rectitud. Ambos planos, pues, contienen la expresión imperativa de bienes humanos y sociales que deben ser tutelados; y en esa medida, resultan principios legitimantes de la constitución jurídico-positiva. En efecto, existen dimensiones histórico-empíricas a las cuales también resulta lícito llamar “indisponibles” –si bien

4 Cf. Castaño, S. R. (2010). “Die verfassungsgebende Gewalt in der deutschen Staatsrechtslehre der Nachkriegszeit. Ein Überblick”. En Vormbaum, T. (ed.). *Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte*, T. 11, pp. 15-46 (aquí 38-40, sobre las posiciones jurídico-constitucionales de Böckenförde).

5 Así lo expresa el mayor teórico argentino del Estado, Arturo Enrique Sampay, en un estudio póstumo e inconcluso: “El problema de la legitimidad de la constitución gira sobre dos cuestiones fundamentales, que son: una, la capacidad de la inteligencia humana para asir la esencia de las cosas y las leyes de su perfeccionamiento, dimanantes de esa esencia; y otra, secuencia de la primera, consistente en la capacidad para aprehender la esencia de los bienes humanos” [Sampay, A. E. (1977). “La legitimidad de la constitución”. En *Realidad económica*, N° 107, 118].

con un grado de obligatoriedad menor a la de las exigencias normativas específicas de la naturaleza humana—. Tal es, precisamente, el caso del contenido de la tradición política fundamental. Los modos constitucionales en que ella cuaja —o el “*pondus* constitucional” de que es portadora— resultan ser el cauce más apropiado para el desenvolvimiento de la vida comunitaria, a la vez que aparecen como la tipicidad política de un pueblo más reacia a ser removida. Este talante comunitario representa, en síntesis, una auténtica *fuerza* para la positivación del Derecho Constitucional⁶.

Inspirándonos en Chesterton⁷, cabría sostener que la tradición política incluye la forma más auténtica y valiosa de la democracia, aquélla en que innumerables generaciones de ciudadanos han expresado sus acuerdos objetivos básicos respecto de la organización de una comunidad concreta, inmersa en circunstancias particulares intransferibles. Es pertinente, con todo, indicar la obvia salvedad de que lo “indisponible” —en el ámbito de la *praxis*— lo es en sentido normativo. Y repárese en que a mayor obligatoriedad intrínseca de una norma, menor será el número de las transgresiones, pero más graves las consecuencias que éstas acarreen. Sea como fuere, toda norma, en tanto precepto dirigido a seres libres, resulta constitutivamente transgredible: nunca una norma ético-jurídica excluirá la posibilidad de su violación. Por todo lo dicho es posible —y se ha verificado históricamente— el enfrentamiento abierto de la voluntad constituyente de poderes dominantes con la tradición política del pueblo. Sin embargo, tal contradicción comporta un defecto en la legitimidad de la ordenación constitucional pretendida por esos factores de poder. Este defecto axionormativo podría llegar —en el caso de tratarse de una colisión radical, cosmovisional— no sólo a generar discordias violentas, sino incluso a reducir a letra muerta la decisión constitucional del poder vigente en ese momento histórico⁸.

6 Al respecto, son clásicas las páginas que Taparelli dedica a la acción del poder constituyente, cuya voluntad es deónticamente libre para normar, pero en la medida en que no transgreda el ámbito intangible de la justicia y del “hecho originario” de la constitución primera —los cuales, afirma el gran autor italiano, no se *constituyen*, sino que se *declaran*— [cf. Taparelli d’Azeglio, L. (1884). *Ensayo teórico de Derecho Natural apoyado en los hechos*, T. II, trad por J. M. Ortí y Lara. Madrid. Librería de San José, 46-62 y 529-530].

7 “A mí más bien me parece obvio que la tradición no es más que la democracia proyectada en el tiempo. Como que ésta consiste en fiarse más del consenso de opiniones comunes a los hombres, que no del sentimiento aislado y arbitrario [...] La tradición pudiera definirse como una extensión del privilegio [...] Todos los demócratas niegan que el hombre quede excluido de los Derechos Humanos generales por los accidentes del nacimiento; y bien: la tradición niega que el hombre quede excluido de semejantes derechos por el accidente de la muerte” [Chesterton, G. K. (1945). *Ortodoxia*, trad. al cast. por Alfonso Reyes. Buenos Aires. Espasa-Calpe, 66-67].

8 Canoro ejemplo empírico lo provee la historia argentina en el siglo XIX. Nos referimos a la oposición generalizada en el cuerpo social a aceptar el orden político unitario (liberal,

En síntesis, y quede esto dicho como un principio axial de toda esta discusión: no toda acción constituyente del poder efectivo reviste idéntico grado de legitimidad. Pues la constitución jurídico-positiva vigente, como toda obra jurídica del imperio normativo del poder político en vigor, medirá su legitimidad –de legitimidad de ejercicio, la forma resolutoria de toda legitimidad– por su conmensuración al verdadero bien común político y a la tradición social y política comunitaria.

2) Un poder radicado en un órgano específico, distinto del llamado “poder constituido”⁹.

A lo que cabe objetar:

La facultad constituyente es una de las facultades de la potestad política (o dicho con Sieyès: el “poder constituyente” forma parte “del poder constituido”).

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”¹⁰.

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

racionalista e iluminista en su inspiración), que contrariaba el talante idiosincrásico de la comunidad. Se trató de un *veto* que la comunidad organizada pronunció contra decisiones constituyentes de una parte de la clase dirigente y que ejerció a través de la resistencia activa a lo largo de prácticamente tres generaciones.

9 Cf. Sieyès, E. J. (1994). “Qu’est-ce que le Tiers État”. En *Écrits Politiques*, Roberto Zapperi (ed.). Bruselas. Archives Contemporaines, 164 y sigs; *Dire sur le veto royal*, ed. cit., 239-240; *Préliminaire de la Constitution*, ed. cit., 199.

10 Tal la definición a que se arriba en Castaño, S. (2012). “Conclusiones”. En *Lecturas críticas sobre el poder político*. México. UNAM, 239-240.

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)*¹¹. Y tal identidad en el sujeto fundamental 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 vigente¹².

3) Un poder cuya titularidad es colectiva: el pueblo, o la nación¹³

A lo que cabe objetar:

La soberanía del pueblo (también la constituyente) amerita ser calificada de “mito” o “ficción”.

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

11 Lo cual admite, por supuesto, su formulación inversa: que el poder constituido puede recaer en quien ejerce el poder constituyente. Pues de lo que se trata, desde un punto de vista sustantivo, es de que el poder de la comunidad política consiste en una facultad de régimen, que se expresa jurídicamente, y cuyas funciones supremas se reconducen a una instancia decisoria, individual o colegiada. Tómese como ejemplo histórico la designación del Director Supremo de las Provincias Unidas del Río de la Plata, Juan M. de Pueyrredón, por el Congreso (constituyente) en 1816, cuerpo integrado por el mismo elegido.

12 Para esta cuestión, cf. Castaño, S. R. (2015). *Legalidad y legitimidad en el Estado democrático-constitucional*, pról. de D. Negro. Madrid-Buenos Aires. Marcial Pons, 128-131.

13 Cf., p. ej., Martin Kriele, M. (1975). *Einführung in die Staatslehre*. Hamburgo. Rowohlt; Carré de Malberg, R. (1960). *Contribution à la Théorie Générale de l'État*. T. II. París. CNRS, 550-552.

(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. 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 mando*¹⁴.

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 titular*¹⁶, es porque éste, en realidad, no es el sujeto investido con la *titularidad del poder*. Por otro lado, de la naturaleza de la comunidad política (autárquica) 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 mando¹⁷.

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 –monárquico–¹⁸, que ha recibido el nombre ya

14 Cf. Castaño, S. R. (2006). *Principios políticos para una teoría de la constitución*, pról. de Eduardo Soto Kloss. Buenos Aires. Ábaco de R. Depalma, cap. IV.

15 Tal la inobjetable posición de Rousseau en este punto [cf. Rousseau (1964). “Du Contrat Social; ou Principes du Droit Politique”. En *Oeuvres Complètes*, t. III. París. Ed. de la Pléiade, 368].

16 Cf. Sieyès, E. *Dire sur le veto royal*. Ob. cit., 238 y sigs.

17 Peter 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. von Kielmansegg (1977). *Volkssouveränität. Eine Untersuchung der Bedingungen demokratischer Legitimität*. Stuttgart. Klett, 243-249 y 258].

18 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

de “mito” (Germán Bidart Campos¹⁹, Josef Isensee²⁰), ya de “ficción” (Hans Kelsen²¹).

4) Por último –y en esto radicaría la asunción que cuestionamos–, un poder impregnado de la ideología secularista del iluminismo y del liberalismo, en cuya época ha aparecido y pervivido y en cuyo contexto cosmovisional se halla intrínsecamente inmerso

A lo que cabe objetar:

Las anteriores notas, enumeradas y criticadas, son propias del poder constituyente en tanto manifestación revolucionaria, subsidiaria del iluminismo, el liberalismo y el secularismo. Y es verdad que la locución ha aparecido con la revolución. Pero yendo a la cosa misma: ¿cómo negar la acción constituyente que históricamente ha ejercido el poder político cuando reforma, adapta, interpreta o incluso sanciona una nueva constitución jurídica, sin por ello recaer en las posiciones propias de las corrientes antedichas? He allí la razón por la cual no compartimos la idea de que el poder constituyente en tanto tal sea subsidiario de una determinada cosmovisión.

En efecto, esta facultad constituyente se ha manifestado a lo largo de toda la Historia. Citamos, del final de nuestro libro dedicado a este tema, algunos ejemplos de ejercicio del poder constituyente: “[...] cuando Solón reforma las instituciones atenienses; cuando Augusto acumula en su persona cargos y competencias, y clausura el período republicano en Roma; cuando Eduardo I da forma perdurable al Parlamento inglés; cuando el Parlamento británico promulga la Parliamentary Act restringiendo las competencias de la cámara de los Lores; cuando Salazar en Portugal (1933) y Dollfuss en Austria (1934) instauran un orden opuesto a los sistemas do-

electores, ha dado lugar a un sistema por principio más centripeto, absoluto e invasivo que el ejercido por el *ancien régime*.

19 Bidart Campos, G. J. (1960). *El mito del pueblo como sujeto de gobierno, de soberanía y de representación*. Buenos Aires. AbeledoPerrot.

20 Isensee, J. (1995). *Das Volk als Grund der Verfassung*. Opladen. Nordrheinische Wissenschaftliche Akademie, 102-106.

21 Kelsen, H. (1934). *Teoría general del Estado*, trad. L. Legaz. Barcelona. Labor: “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)” (p. 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. Requejo Pagés, J. L. (1998). *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*. Madrid. CEC].

minantes en nuestra época; cuando tras la Segunda Guerra Mundial las asambleas constituyentes de Alemania e Italia establecen sus respectivas cartas fundamentales bajo el contralor de las potencias vencedoras; cuando de Gaulle, encabezando una dictadura soberana, sanciona la constitución hoy vigente en Francia; cuando en 2011 el partido gobernante de Hungría decide reformar la constitución, en disonancia con el establishment ideológico occidental”²². A lo cual, y en referencia al mundo hispánico, se podría agregar: cuando Felipe V modifica las leyes fundamentales de los reinos de España²³; cuando sus sucesores de la misma casa de Borbón alteran la estructura político-jurídica fundacional de los reinos de Indias²⁴; cuando en la Confederación Argentina Rosas opta por el rechazo a una constitución plasmada según el molde del racionalismo liberal²⁵. Pues bien, en todas esas circunstancias la respectiva conducción política ha ejercido en forma activa el poder constituyente, originario o reformador –y esto más allá de la legitimidad que quepa reconocer en cada caso a su acción constituyente–. Se trata, como hemos afirmado en nuestro libro, “de una función potestativa cuyos sujetos son los mismos en cuyas manos (de jure o de facto) reside el poder supremo en la comunidad. Ni el hecho de la aparición de la locución ‘pouvoir constituant’, como parte del repertorio ideológico del liberalismo, que afirma así un racionalista comienzo ex novo de la comunidad política; ni tampoco la insostenible atribución de la titularidad de tal poder al pueblo o a la nación, pueden suscitar una objeción de fondo sobre la realidad del poder constituyente en sí mismo considerado –i.e., entendido como una de las funciones de la potestad política–”²⁶.

Como conclusión: la potestad política, como derecho, inviste a titulares concretos que ejercen las diversas funciones del mando político y jurídico sobre la comunidad. En efecto, debe decirse que el poder político consiste en una especie de potestad, por lo cual se halla vinculado al ejercicio de una facultad específica de mando: es titular del derecho de mando político quien ejerce tal facultad de imperio. Por su parte, la operación propia de la potestad política es la jurisdicción (i.e., la facultad de “decir el derecho” –concre-

22 Castaño, S. R. (2016). *El poder constituyente entre mito y realidad*, próls. de P. G. Grasso y O. Gallo, 2ª ed. Santiago de Chile. Academia de Derecho UST, 77-78.

23 Cf. Ferrer, M. (1958). *Breve historia del legitimismo español*. Madrid. Montejurra, 13-14.

24 Cf. en general, AA. VV. (1995). *Estudios sobre la Real Ordenanza de Intendentes del Río de la Plata*. Buenos Aires. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho; y sobre el trasfondo y el sentido de las reformas borbónicas, en especial, en ese mismo volumen: Zorraquín Becú, R. “Valoración del sistema intendencial”.

25 Cf. Gálvez, J. (1961). *Rosas y el proceso constitucional argentino*. Buenos Aires. Hue-mul, 79-83 y 192-199.

26 Castaño, S. R. (2016). *El poder constituyente entre mito y realidad...* Ob. cit., 78.

tándolo de modo vinculante—). Ahora bien, el poder constituyente no es sino una parte de esa facultad, a saber, la que tiene como objeto el imperio sobre las normas fundamentales de la comunidad. Y esto vale como un principio universal y permanente.

II) Recapitulación y dos tesis sobre el sujeto del poder constituyente

1) *¿Quién es titular del poder constituyente?*

Su titular es el mismo que el de la potestad política suprema, que puede delegarlo o comisionarlo o confiarlo a cuerpos *ad hoc*, que actúen de acuerdo con determinados mecanismos, ya constitucionalmente normados (en el caso del poder reformador), ya surgidos por voluntad actual del poder vigente (en el caso revolucionario). Si la o las cabezas del poder dominante no fungen de titulares (jurídicamente entendido), por lo menos resultan ser el verdadero sujeto que asume la decisión constituyente²⁷.

2) *¿Qué función constituyente ejerce la comunidad?*

No sólo en el caso del constitucionalismo racionalista clásico y de su modelo normativo propio, *i.e.*, la constitución jurídica escrita —producida por constituyentes *ad hoc*—, 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. Sin embargo, debe reconocerse que en la acción constituyente (sobre todo en la llamada “originaria”) es donde la sociedad como un todo parece desempeñar su papel más relevante. Estimamos que ambas afirmaciones son sostenibles.

Como se ha dicho, la constitución jurídica es causada, en tanto concreta norma positiva, por la acción del poder vigente. Es la potestad efectiva de la comunidad, en la persona de sus mismos titulares o a través de equipos especializados, la que determina el estatuto del poder. Pero esa determinación supone, por un lado, las diversas e intransferibles circunstancias particulares de la comunidad que condicionan y disponen la materia social para el advenimiento de la forma jurídico-constitucional; por otro, el concurso del consenso de los gobernados. Este concurso comunitario se manifiesta en la

27 Sobre los equipos técnicos constituyentes como comisionados del poder efectivo en la comunidad (en el ejemplo de procesos constituyentes africanos contemporáneos), cf. Henke, W. (1968). “Die verfassungsgebende Gewalt in Lehre und Wirklichkeit”. En *Der Staat*, Bd. 7, Heft 2.

adhesión inmediata o paulatina, por acuerdo explícito o tácito, al imperio en vigor, orden que es portador de una ley de la investidura y de un modo de distribución de competencias y de ejercicio del poder²⁸. 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), esa aceptación va cimentando la vigencia –e incoando la legitimidad de origen– de un nuevo estatuto de la subordinación, con la dirección y con el refrendamiento del poder. En síntesis, el consenso constituyente del pueblo cumpliría un papel causal, pero como causa parcial y secundaria (“causa eficiente próxima”) y subordinada (a la “causa eficiente principal”), en la determinación de la constitución²⁹.

III) Interludio polémico: la negación del poder constituyente por la contrarrevolución moderna

1) *Joseph de Maistre*

A continuación, analizaremos brevemente una impugnación del poder constituyente que encontramos de especial interés teórico por lo sutil de sus aristas, sobre todo para los cultores de la filosofía política y jurídica clásica. 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 de-

28 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, Josef Isensee: “Soberano no es aquí quien responde la pregunta, sino quien la hace” (ob. cit., 46). Explica Léo Hamon: “[...] incluso cuando la Constitución exige una ratificación por la Asamblea –o por la Nación–, según un *referendum* o por elecciones, depende de los titulares actuales del poder el modelar la situación en vista de la cual se pronunciará quien debe ratificar” [Hanon, L. (1996). “Spécificité du pouvoir politique”. En *Recherches et Débats. Pouvoir et société*. París. Desclée de Brouwer, 49). Sobre el carácter “simple” y “elemental” de tales expresiones del pueblo, cabe recordar aquí la inobjetable observación en tal sentido de Carl Schmitt (cf. ob. cit., 83-84); sobre el origen “oligárquico” de las constituciones en general, cf. los análisis histórico-sociológicos de Klaus von Beyme (1968). *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes*. Tübingen. J. C. B. Mohr, cap. I].

29 Cf. Castaño, S. R. (2015). *Legalidad y legitimidad en el Estado democrático-constitucional*. Ob. cit., 163.

cir. Nos referimos al diplomático saboyano conde Joseph de Maistre (1753-1821).

En este lugar no nos proponemos invalidar ni tan siquiera cuestionar el hecho de que de Maistre haya adoptado una posición *contrarrevolucionaria* y *reaccionaria*; 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 excuso, 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 de la escuela tomista –y de la realidad objetiva, en última instancia–, para dirimir el problema de la constitución y del poder constituyente.

2) Notas clave de su concepción 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”³⁰; y también que las constituciones son “obra inmediata de la voluntad del Creador”³¹. Además, habla de constitución “natural” para referirse a la constitución *histórica vigente*³². 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 significaría, en de Maistre, “lo propio de cada cual” (como una *natura individui* comunitaria³³), 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 colectiva³⁴. Justamente en esa línea de Maistre análoga la formación y la vigencia de una constitución con el creci-

30 Maistre, J. (1833). *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques*. Lyon, R.nº XLVII, 287 y prefacio; vide ibídem, nº XXX; (1867). *Du pape*. París. Joseph Albanel, L. II, cap. VIII; (1891). “Étude sur la souveraineté”. En *Oeuvres Complètes de J. de Maistre*. T. I. Lyon. Librairie Générale Catholique et Classique Emmanuel Vitte, L. I, cap. IV.

31 Maistre, J. (1884). *Étude sur la souveraineté*, L. I, cap. IV, 329, y IX; *Essai sur le principe...* Ob. cit., nº XIII.

32 Cf. *Étude sur la souveraineté*, Ob. cit., L. I, cap. III; y *Essai sur le principe...* Ob. cit., prefacio.

33 Cf. ibídem, L. I, cap. II.

34 Cf. ibídem, L. I, cap. VII.

miento 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 albedrío³⁵. Sea como fuere, es un hecho que el significado de “natural” de de Maistre no podría ser identificado sin más con el “kata fusin/fusei”, “*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 diferentes tiempos” (según un breve pasaje del *Étude...*³⁶) 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 comunitaria³⁷. ¿Será por esto que la mención de la epopeya *popular* de La Vendée no menudea en la obra del conde contrarrevolucionario...?

3) Consecuencias respecto de nuestro tema

Las 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, por lo demás–. Se trata de un principio central, formulado por Aristóteles³⁸, sostenido sin ambages por el Angélico –incluso en un contexto de magistral defensa de la *consuetudo* política y jurídica³⁹–; y reafirmado hasta nuestros

35 Cf. *Essai sur le prince...* Ob. cit., n° X.

36 Vide L. I, cap. IV, 328.

37 Cf. *Étude sur la souveraineté*. Ob. cit., L. I, cap. III.

38 Cf. Aristóteles (1991). *Política*. Oxford. O. U. P. Ed. Ross, 1268 b 26 y sigs.; 1279 a 17 y sigs.

39 Cf. Santo Tomás de Aquino. *Summa Theologiae*, I-IIae, 97, 1.

días por la tradición aristotélica, como lo ejemplifica Jean Dabin⁴⁰. 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.

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* puede ser válido, en principio, como criterio práctico, toda vez que rescata el valor de la tradición inveterada como un auténtico fundamento de legitimidad del orden político y aquilata 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. En efecto, constituye un principio que un estado de cosas histórico 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. Ahora bien, lo afirmado vale respecto de la vigencia de una forma de régimen en general, respecto de la permanencia en el poder de una dinastía particular y respecto de la pertenencia a una unidad política mayor. Pues sin perjuicio de la validez que en cada uno de esos supuestos confiere la legitimidad histórica, la mutación de ese estado de cosas —que puede hallarse objetivamente justificada— no equivale a la violación de un precepto intransgredible. Lo cual comporta, además, que, dada la vigencia duradera, pacífica y consensuada de un nuevo estado de cosas, y salvada la legitimidad de ejercicio actual del poder efectivo, no exista obligación alguna de retrotraer el orden político a la situación pasada —aun cuando la mutación político-constitucional o político-internacional se hubiera producido de modo ilegítimo en el pasado—.*

40 Cf. Dabin, J. (1946). *Doctrina General del Estado*, trad. Toral Moreno - González Uribe. México. Jus, 191.

IV) El poder constituyente en la tradición de la escolástica aristotélica: Meyer y Billot

Aunque no sea demasiado conocido, el tema del poder constituyente ha sido tratado y discutido por autores de la escolástica tradicional; en particular, por uno de los más conspicuos y profundos, el cardenal Louis Billot. El gran teólogo del pontificado de Pío X, al impugnar la teoría secundoescolástica de la traslación del poder por la comunidad, encara el problema del papel que juega la adhesión comunitaria en la determinación jurídica de la forma del Estado y de los títulos del gobernante. Dirime esta delicada cuestión en contrapunto con otro contemporáneo y cofrade suyo, Theodor Meyer, ilustre tratadista de Derecho Natural⁴¹.

Para Meyer, la adhesión comunitaria no comportaba una *designación*, ni aun entendiendo el término en la forma de un acuerdo implícito e inveterado. Esta designación sí tendría lugar cuando, de modo *pacticio*, categorizaba él, la comunidad estableciera, por acuerdo explícito, la forma y los titulares del poder. Pero las más de las veces ese acuerdo comunitario, de modo *orgánico*, reviste la forma de una *condición necesaria*, concomitante o subsecuente al ejercicio del poder vigente⁴². Éste se había introducido y consolidado en base a una incodificable cantidad de circunstancias y disposiciones, y el acuerdo voluntario de un individuo sólo afecta cuantitativamente el ámbito de vigencia personal del poder establecido. La adhesión comunitaria no comporta para Meyer naturaleza causal respecto del derecho de mando del titular del poder, salvo en el aspecto material, en cuanto excluye o incluye a un individuo o grupo dentro de la órbita del acatamiento al poder vigente. Si la validez objetiva del derecho de imperio se funda en el Derecho Natural, su determinación concreta e individual, en esta particular forma de régimen y en estos titulares individuales, depende de *hechos*, hechos que no se reconducen necesaria ni exclusivamente a conductas voluntarias. Sin perjuicio de ello, la vigencia del poder genera la obligación jurídica de obediencia; pero no sería para Meyer el consenso comunitario –descompuesto por él en los actos de anuencia de individuos y grupos parciales– la causa de la determinación del título de imperio político.

Billot confronta con Meyer⁴³. El poder puede haberse introducido por un sinnúmero de circunstancias, la fuerza o la ocupación injusta inclusive;

41 Cf. Meyer, T. (1900). *Institutiones iuris naturalis*, T. II. (Friburgo. Herder, 376-385 y 389-399).

42 Entiéndase aquí *condición*, precisamente, como la prestación de la obediencia que permite el ejercicio del poder.

43 Cf. Billot, L. (1909). “De credibilitate Ecclesiae, et de intima ejus constitutione”, T. I, cap. III, cuestión XII, & 1: “De originibus et formis politici principatus”. En *Tractatus De Ecclesia Christi, sive continuatio theologiae de Verbo Incarnato*, 3ª ed. Roma. Libreria Giachetti, 489-516.

no obstante, es la adhesión inveterada, la anuencia de la comunidad al imperio del poder vigente, la que le confiere validez jurídica. De esta suerte, la voluntad colectiva legítima por el origen al régimen y determina el derecho de los titulares de la potestad. Pero esta voluntad se expresa raramente de modo explícito, formal, electivo –“pacticio”, diría Meyer–, sino “mediante el uso y la práctica”. Y esa anuencia en general tácita e inveterada es llamada por Billot, quien adopta la terminología usual, “poder constituyente (*potestatem quam moderni constituentem vocant*)”. Se trata, con todas las salvedades y los matices antedichos, de un acto de designación formal (es decir: de designación no de una persona, sino del gobernante “reduplicative”, i.e. investido con tales títulos legítimos), mediante el cual la comunidad no crea la necesidad deóntica del poder comunitario en tanto tal, sino que le confiere concreta juridicidad al determinarlo. Esta facultad comunitaria no se manifiesta especialmente respecto de los gobiernos ya establecidos, es decir, en la mayor parte de los casos históricos; sino respecto del comienzo de los regímenes⁴⁴. Si no se quiere imaginar a las sociedades como adviniendo a la existencia ya totalmente determinadas por la naturaleza, argumenta Billot, entonces debe aceptarse alguna forma de acción constituyente. Ésta no es una facultad de gobierno, como tampoco, se reitera, es causa de la necesidad de la obediencia al poder. Por el contrario, se ordena a la determinación de la forma del régimen y de los títulos de los sujetos concretos de la potestad. Sin dejar de haber insistido en que se realiza en el modo de una adhesión las más de las veces tácita e inveterada, con todo, para Billot, el resultado de la acción constituyente es un estatuto con fuerza de ley, no una mera condición para que se produzca la colación del poder por Dios al elegido, como se daría en el caso de la elección papal (y como lo planteaban, agregamos, algunas posiciones monarquistas modernas). Precisamente Billot es aquí formal en rechazar cualquier analogía de proporcionalidad propia con el caso del pontífice: Dios ha donado ya, y por única vez, el poder a la comunidad. El poder yace en la comunidad, en acto primero, como instituido y no como poseído, es decir, como un mandato de Ley Natural llamado a ser determinado positivamente en la propia comunidad. Recién entonces pasará de instituido en la Ley Natural a poseído, o sea *ejercido*, por su legítimo titular.

Reduzcamos a cuatro las principales tesis de Billot sobre este problema: 1) la adhesión tácita o explícita es causa eficiente próxima de la norma constitucional y de los títulos de potestad; 2) la constitución político-jurídica, en principio, precede a la investidura del gobernante, quien accede legí-

44 De hecho, si bien la subsistencia de los regímenes también exige la presencia constante de una anuencia colectiva que sostenga su vigencia, es en el momento de su instauración cuando mejor se muestra la acción constituyente a la que se refiere Billot.

timamente al poder de acuerdo con la forma constitucionalmente prevista; 3) al plantear el origen de los regímenes, Billot no pone en tela de juicio la acción de los hechos de variado tipo que concurren en la formación del poder político. Pero afirma que la norma de la investidura adquiere juridicidad merced a la adhesión comunitaria; 4) este acto de designación puede ser denominado poder constituyente, y reviste para Billot naturaleza de principio universal.

V) Afirmaciones finales sobre la naturaleza del poder constituyente a partir de la anterior confrontación

Nosotros experimentamos reparos en llamar sin más *poder* al consenso obediencial. Estimamos que la anuencia voluntaria a la vigencia del poder según una forma y en cabeza de unos titulares concretos es parte integrante de la acción constituyente, pero que esta acción tiene como sujeto, *per prius*, a la misma potestad vigente en la comunidad política, y sólo *per posterius* a la comunidad –en cuanto acata el imperio de esa potestad–. Matizaríamos, pues, la que parecería una fuerte impronta causal por parte de Billot, cuando se refiere como “poder” al concurso constituyente de la comunidad. En nuestra óptica, ese concurso obediencial se enanca, por así decir, en la vigencia y la acción del poder vigente, concurriendo a sostener, por un lado, en el plano fáctico, su imperio normativo; y otorgándole, por otro lado, legitimidad de origen, o sea *constitucional*, mediante la permanencia inveterada de su adhesión (vide *supra*, III, 2).

En síntesis, en la acción constituyente se integran jerárquicamente: 1) el acto de imperio de la potestad, 2) la anuencia voluntaria de la comunidad y 3) todas aquellas dimensiones étnicas, culturales, disposicionales, temperamentales, geográficas y ante todo tradicionales, las cuales “más constituyen que son constituidas”, como señalamos en nuestro libro dedicado al presente tema⁴⁵. En el seno de este último plano (3) cabría pertinentemente identificar la “normalidad social”, de Hermann Heller, fundamento de primer orden de la por él llamada “constitución total (*Gesamtverfassung*)” de la comunidad política⁴⁶; el “hecho originario”, de Taparelli, que, como él decía, “no se constituye sino que se declara”⁴⁷; la *oikéia hyle*, de Aristóteles⁴⁸, en la que radica la base social que precede a la instauración de la constitución política, como la *dispositio materiae* precede, en línea de causalidad

45 Castaño, S. R. *El poder constituyente entre mito y realidad*. Ob. cit., 74-75.

46 Cf. Heller, H. *Staatslehre*. Ob. cit. 283 y sigs.

47 Cf. Taparelli. Ob. cit. y loc. cit. en nota 6.

48 Aristóteles. *Política*. Ob. cit., 1325 b 40 – 1326 a 5; 1327 b 20 ss.

material, al advenimiento de la forma⁴⁹. En tal disposición colectiva entra en juego, decisivamente, el intransferible orden de cada comunidad organizada (que es siempre “sociedad de sociedades”); es decir, el peculiar talante de la estructura relacional en que consiste, ontológicamente, la sociedad perfecta en el plano temporal. A partir de todo ello y suponiendo todo ello (1, 2, 3) se plasma, en la expresión de Schmitt, el “concreto modo de existencia política”⁵⁰: la constitución “real o material”, como la ha llamado Bidart Campos⁵¹.

49 Cf. Santo Tomás de Aquino. *Summa Theologiae*. Ob. cit., III^a, 9, 3 ad 2^{um}.

50 Schmitt, C. *Verfassungslehre*. Ob. cit.

51 Bidart Campos, G. (1969). *Filosofía del Derecho Constitucional*. Buenos Aires. Ediar, 93-94.