

### *Capítulo cuarto*

## LA TITULARIDAD PARTICULAR DE LA POTESTAD POLÍTICA

En este capítulo se intentará abordar la posición aristotélica respecto de otro aspecto fundamental de la realidad del poder político, estrechamente vinculada a la anterior cuestión de la distinción entre gobernantes y gobernados. La titularidad del poder, ¿reside en quién lo ejerce o en todos (o muchos de) aquéllos que conforman la comunidad política?

### I. LA SOBERANÍA COLECTIVA EN EL CONTEXTO DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONALISTA. SIÉYÈS Y LA SOBERANÍA DE LA NACIÓN

En enero de 1789, durante los prolegómenos de la reunión de los estados generales que abrirían el proceso político de la revolución, el abad Emmanuel-Joseph Siéyès escribe un breve opúsculo titulado *Qu'est-ce que le Tiers État?* En él expone la situación social y política en que se halla el estado llano, y sobre esa base plantea las críticas a la Constitución hasta entonces vigente y las reivindicaciones que deberían sostener los miembros del tercer estado en su lucha contra los otros dos estamentos, el clero y, sobre todo, la nobleza.<sup>353</sup>

#### 1. *La nación soberana*

##### A. *El concepto de nación como suma de individuos*

La nación (*nation*) consiste, según Siéyès, en la reunión voluntaria de un grupo más o menos considerable de individuos aislados.<sup>354</sup> Las voluntades individuales, que han originado la nación, son, así, el origen de todo poder. Para el autor de *Qu'est-ce que le Tiers État* “una sociedad política no puede

<sup>353</sup> Se utilizará en lo que sigue, de Siéyès, los *Écrits politiques*, edición de Roberto Zapperi, Bruselas, 1994. Esta edición conserva la grafía original francesa del siglo XVIII.

<sup>354</sup> *Qu'est-ce que...,* p. 159.

ser sino el conjunto de sus asociados”,<sup>355</sup> iguales en derechos y sometidos a una ley emanada de su voluntad.<sup>356</sup> Esta formulación del concepto de sociedad se reitera en otra estampada en sus *Escritos inéditos*, a saber, la de que en la sociedad política la “parte gobernada” se reduce a una “colección de individuos”.<sup>357</sup>

La concepción individualista del Estado se vincula en Siéyès con su declarada enemiga a la idea estamental.<sup>358</sup> En efecto, el orden social exige, dice, la absoluta interdicción de las corporaciones, en las que los individuos se agrupan a partir de intereses comunes. Para Siéyès el interés individual no pone en peligro a la sociedad; por el contrario, cuando la diversidad se refiere a grupos, ella conlleva los riesgos más temibles para el Estado.<sup>359</sup> Es seguramente desde esta perspectiva como debe entenderse la pertinaz crítica del abad a los “cuerpos intermedios (*corps intermédiaires*)”. La sociedad estatal sólo exige que los ciudadanos, iguales ante la ley, sean protegidos y vigilados por la autoridad. Así, los individuos se preocuparán de mejorar su suerte sin perjudicarse mutuamente, es decir, sin transgredir la ley. Las relaciones entre los ciudadanos serán libres, y de naturaleza contractual, bajo la forma del continuo intercambio de mercancías y servicios. Es ilícita, pues, la existencia de grupos colocados entre “los agentes de la soberanía” y la colección de ciudadanos iguales ante el poder.<sup>360</sup> Nos hallamos sin duda aquí ante una posición que no sólo pone de manifiesto la ilegitimidad de los privilegios socioeconómicos fundados en el mero nacimiento; antes bien,

<sup>355</sup> *Ibidem*, p. 166.

<sup>356</sup> *Préliminaire de la Constitution* (ed. citada), p. 198.

<sup>357</sup> Cfr. “Maxime de police”, en *Écrits politiques*, p. 54. Siéyès llamaba sólo “cuerpo” al equipo de gobierno (cfr. *ibid.* y también la nota “Lois”, *op. cit.*, p. 87). Sin embargo, en *Qu'est-ce que...*, p. 121, define a la nación como “cuerpo de asociados que viven bajo una ley común y representados bajo una misma legislatura” (subrayado original). De todas maneras, creemos queda firme la idea de Siéyès de distinguir, en sentido estricto, el término “asociación” para la sociedad (o nación), entendida como unión de individuos; del término “cuerpo”, aplicado a los equipos de gobierno y a los grupos profesionales o estamentales. Éstos, para Siéyès, son extraños a la sociedad (política), y un miembro de ellos no podría ejercer derechos legislativos. En síntesis —como se verá—, la comunidad política es unión de individuos (nunca de grupos o estamentos) representados por un “cuerpo” de gobernantes investidos de los derechos soberanos por la nación.

<sup>358</sup> “Todo lo que es privilegiado por la ley, de cualquier manera que lo sea, sale del orden común. Lo hemos dicho: una ley común y una representación común, eso es lo que hace a una nación” (*Qu'est-ce que...*, p. 123).

<sup>359</sup> *Qu'est-ce que...*, *cit.*, p. 180.

<sup>360</sup> *Essai sur les priviléges* (ed. cit), pp. 104-106.

la impugnación de Siéyès parece dirigirse a todo obstáculo de raigambre social (*i. e.* como grupo social) que por un lado entorpezca los intercambios contractuales; pero, por otro —y esto debe ser remarcado— que se interponga entre la “máquina pública” del poder soberano y el ciudadano. Las relaciones entre ambas esferas deben ser directas, sin obstáculos. Todo cuerpo es legítimo sólo en la medida en que forme parte de la máquina pública (del poder). Fuera —y por debajo— del poder (de los agentes de la soberanía) sólo puede haber individuos iguales.

Ahora bien, así como la explícita oposición al orden social estamental de *l'ancien régime* debe sopesarse en definitiva a partir de la concepción individualista de fondo del autor, así también se debe evitar incurrir en la confusión de asimilar la oposición antiestamental de Siéyès con igualitarismo socioeconómico. En efecto, en el proyecto *Sur la nouvelle organisation de la France*, redactado por Siéyès como diputado de la Asamblea nacional en 1789, se avanza la idea de que la “clase ínfima” debería ser excluida de los derechos políticos. Tal clase aparece como extraña a los intereses de la asociación, tanto por su inteligencia cuanto por sus sentimientos. Se trata de ciudadanos de derecho que no deberían serlo de hecho. Y el modo de radiarlos de la cosa pública, propone el autor del proyecto, bien podría consistir en el voto censitario. De esa manera se evitaría una influencia peligrosa, y los 6000000 de posibles electores quedarían reducidos a 4400000 (el sexto de la población de Francia, lo cual constituye una relación “admitida por los aritméticos políticos más estimados”).<sup>361</sup> Pero Siéyès no sólo propugnó el voto censitario, adoptado por los regímenes constitucionalistas durante un siglo, sino que además se inclinó por un régimen social de servidumbre.

El individualismo social y político permea y sostiene el núcleo del pensamiento del autor. En esa línea, en su proyecto de declaración de derechos, bajo el artículo IV,<sup>362</sup> se establece el principio de que todo hombre es libre en el ejercicio de sus facultades, a condición de no perjudicar a los demás. Esta idea, en que el derecho queda asociado a la libertad y ésta a la ausencia de coacción para las acciones que no transgredan (con violencia) los lindes de la libertad del otro, se da la mano con la preocupación por asegurar a todo precio “la libertad, la propiedad y la seguridad” de los ciudadanos (artículo IX del citado proyecto).<sup>363</sup>

<sup>361</sup> *Cfr. Observations sur le rapport du comité de constitution, concernant la nouvelle organisation de la France*, Zapperi, p. 256.

<sup>362</sup> *Préliminaire de la Constitution* (ed. citada), p. 200.

<sup>363</sup> Sobre la función de la ley radicada en velar por la libertad negativa *cfr. Qu'est-ce que...*, p. 181 y 182 (lo cual recuerda la crítica metáfora de Maurice Hauriou del legis-

Por otro lado, este atomismo social también explica la argumentación dirigida a fundar la necesidad de constituir el orden político-constitucional sobre la sumatoria de voluntades individuales.<sup>364</sup> La “buena política”, en Siéyès, se asimila a la “aritmética”.<sup>365</sup> Por ello el parecer de la mayoría resulta ser la voluntad del todo:<sup>366</sup> “[c]uando una moción es sostenida solamente por la minoría, la mayoría expresa el voto (*voeu*) nacional rechazándola; ella ejerce su poder legislativo sin límites”.<sup>367</sup>

En *Prélinaire de la Constitution* Siéyès aclara la identificación entre voluntad general y opinión de la mayoría.<sup>368</sup> Dado que la unanimidad es difícil de obtener en una colección de hombres poco numerosa —e imposible en una nación de millones de habitantes—, es necesario contentarse con la unanimidad mediata que se concreta en el parecer de la mayoría.<sup>369</sup> Tal unanimidad es “mediata” porque los individuos mediante la reunión pacticia en sociedad se proponen la consecución de sus fines, los cuales dependen de ciertos medios que a ellos conducuzcan. Ahora bien, siendo el parecer de la mayoría el único medio viable para tomar decisiones, luego la voluntad general se resuelve en la voluntad de la pluralidad (mayoritaria). Y todo poder público emana de la voluntad general. Todo poder, sin distinción, viene del pueblo (esto es, de la nación, ya que se trata de términos sinónimos, afirma Siéyès).<sup>370</sup>

lador como *agrimensor*, que amojona los derechos individuales para evitar recíprocas interferencias —*cfr.* Hauriou, Maurice, *Teoría de la institución y de la fundación*, trad. A. E. Sampay, Buenos Aires, 1968, p. 37—).

<sup>364</sup> “dans la représentation nationale, ordinaire ou extraordinaire, l'influence ne peut être qu'en raison du nombre des têtes qui ont droit à se faire représenter” (*Qu'est-ce que...*, p. 167).

<sup>365</sup> *Ibidem*, p. 174.

<sup>366</sup> *Ibidem*, pp. 167-176.

<sup>367</sup> *Dire de l'abbé Siéyès sur la question du veto royal* (ed. cit), p. 234.

<sup>368</sup> *Prélinaire de la Constitution*, pp. 199 y 200.

<sup>369</sup> El mismo principio (de “primaria evidencia”) se halla textualmente en *Qu'est-ce que...*, p. 167: “La volonté commune est l'avis de la pluralité”, así como en *Dire sur le veto royal*, *op. cit.*, p. 235: “Les volontés individuelles arrivent au rendez-vous commun où elles doivent se concerter pour former le voeu général”.

<sup>370</sup> Dolf Sternberger interpreta así el giro cuantitativista del pensamiento del abate: “reconocemos aquí [en las argumentaciones de Siéyès descartando a la minoría numérica constituida por los otros dos estamentos, nobleza y clero, durante las sesiones de los estados generales] cómo el concepto de nación —lejos de Rousseau— en el cerebro de este filósofo de la revolución, Emanuel Siéyès, desprovisto de toda sacralidad, se ha vuelto sinónimo de la pura masa de la población, su soberanía se ha convertido en

Decisiva importancia tiene para nosotros ahora el análisis de la concepción del abate sobre la naturaleza y la acción de la voluntad de la nación.

### B. *La voluntad de la nación*

#### a. inalienable

El poder político, es decir, el poder de la nación, del cual las voluntades individuales conforman “los elementos esenciales”, reside en el conjunto (“*dans l’ensemble*”), afirma Siéyès.<sup>371</sup> Ahora bien, la nación no se despoja jamás de su derecho a querer (entendido como libre disposición sobre su orden político). De allí que cuerpos constituidos, como lo son los estados generales, no posean facultades para decidir en cuestiones atinentes a la Constitución, sostiene el autor. Este principio sirve asimismo a Siéyès para impugnar el régimen británico, en el cual los cuerpos constituidos, como el Parlamento, se pronuncian autoritativamente respecto de estatutos y medidas de rango constitucional.<sup>372</sup> Así pues, la nación es siempre dueña de reformar su Constitución, mientras que los cuerpos representativos sujetos a una Constitución en vigencia —en tanto sus miembros son formalmente representantes ordinarios —<sup>373</sup> no tiene derecho a derogar ni reformar el orden positivo. La nación, que no está obligada hacia nada ni hacia nadie, nunca podría prohibirse su derecho absoluto a querer.<sup>374</sup> La voluntad de la nación es inalienable, explica Siéyès, tanto como es inalienable el derecho de pensar, de querer y de actuar por sí. Por ello la nación sólo puede comisionar su ejercicio a los mandatarios públicos.<sup>375</sup>

La propiedad de la inalienabilidad nos lleva, entonces, a otra tan fundamental como ella, a saber la de su carácter absoluto.

la crasa presión del número” (Sternberger, Dolf, *Nicht alle Staatsgewalt geht vom Volke aus*, Stuttgart, 1971, p. 88).

<sup>371</sup> *Qu'est-ce que...*, p. 159.

<sup>372</sup> *Ibidem*, pp. 163-165.

<sup>373</sup> Esta acotación significa que “las mismas personas pueden sin duda concurrir a formar diferentes cuerpos, y ejercer sucesivamente, en virtud de procuraciones especiales, poderes que por su naturaleza no deben confundirse” —es decir, poder constituyente y poderes constituidos— (*Qu'est-ce que...*, p. 164); *cfr. infra*.

<sup>374</sup> *Qu'est-ce que...*, p. 162.

<sup>375</sup> *Préliminaire de la Constitution*, p. 200. Sobre el uso del término “*mandataires*” respecto de los titulares del poder político *cfr. infra* La Representación, 1.

*b. Absoluta*

La nación existe antes que todo y es el origen de todo, afirma Siéyès. Las consecuencias que de tales ideas extrae el autor revisten singular significación para el plano axionormativo. En efecto, el autor dirá que la voluntad de la nación “es siempre legal”, esto es, siempre *justa*.<sup>376</sup> Así como el gobierno sólo actúa legalmente<sup>377</sup> cuando se atiene a la Constitución positiva, así la nación —que no puede ni debe sujetarse a Constitución alguna— sólo necesita expresar su voluntad para alcanzar la legalidad; pues la nación es el origen de toda legalidad y actúa con independencia de toda forma positiva.<sup>378</sup> Corolario de tales principios es el artículo XXVI de su proyecto de declaración de derechos: “La loi ne peut être que l’expression de la volonté générale. Chez un grand peuple, elle doit être l’ouvrage d’un corps de représentants”.<sup>379</sup>

A esta altura cabe precisar —tratándose de un autor encuadrado dentro del periodo canónicamente conocido como “jusnaturalista” (moderno)— qué lugar ocupa el derecho natural, como fundamento básico de legitimidad, en la idea de nación formulada por Siéyès. Y es el propio autor quien lo establece explícitamente.

<sup>376</sup> *Qu'est-ce que...*, p. 160.

<sup>377</sup> Tanto el contexto de la obra, cuanto la terminología al uso en la época —en la que no se había impuesto la dicotomía “legalidad-legitimidad”— inducen a interpretar “légale” como “légitime” o, derechamente, como “juste”.

<sup>378</sup> *Qu'est-ce que...*, pp. 161-163 y 165.

<sup>379</sup> *Préliminaires de la Constitution*, p. 205. Cf. asimismo *Qu'est-ce que...*, p. 134. La idea de que la ley ordinaria misma era expresión de la voluntad general terminó permeando la teoría y la praxis jurídico-política del Estado constitucionalista francés y continental. Tal asunción, sobre todo hasta la Segunda Guerra Mundial, dio por resultado la consolidación del poder del órgano legislativo, identificado así con la nación soberana en el ejercicio de su función primordial. Explica Carré de Malberg: “En realidad, no había incluso ya lugar en la concepción revolucionaria para una distinción positiva entre los dos poderes legislativo y constituyente. Porque una vez admitido que por las leyes el cuerpo legislativo edicta la voluntad general, se vuelve inevitable reconocerle la facultad de abordar por sus leyes todos los objetos posibles. La voluntad general, en efecto, es una como la soberanía: cualquiera sea el objeto sobre el cual se ejerce, no admite potestad superior a ella” (Carré de Malberg, Raymond, *La loi, expression de la volonté générale*, París, 1931, p. 111). Un autor español, Javier Ruipérez, acota: “Paradójicamente, el constitucionalismo francés queda de esta manera equiparado al sistema político británico, tan despreciado en la Asamblea Nacional Constituyente, caracterizado, como señala Jennings, porque en él la ‘única ley fundamental es que el parlamento es supremo’” (*La “constitución europea” y la teoría del poder constituyente*, Madrid, 2000, p. 126).

### 3. *La nación en estado de naturaleza*

En *Qu'est-ce que le Tiers État*, Siéyès apenas utiliza el término “voluntad general”, acuñado por Rousseau.<sup>380</sup> Con todo, como se verá, la idea de nación esgrimida por el autor como fundamento absoluto de todo valor político-jurídico coincide en lo esencial con el principio del ginebrino, por lo menos en lo tocante a la concepción absolutista de la voluntad general. Al respecto, cabe mencionar que al fundamentar la independencia de la nación frente a cualquier forma constitucional, Siéyès emplea el argumento de Rousseau sobre la imposibilidad de imputar deberes u obligaciones a la voluntad general, según el cual sería contradictorio pretender que un contrato consigo misma la obligaría del modo que fuere.<sup>381</sup>

La voluntad de la nación es la ley misma. Antes y por encima de ella sólo está el derecho natural, afirma Siéyès. La última proposición, tomada en sí misma, podría dar pábulo a la suposición de que el derecho natural constituye un principio regulativo del obrar nacional. Con lo cual aparecería tal vez una colisión con la primera proposición, que expresa la naturaleza libérrima de la nación como fundamento de todo derecho, según hemos ya visto en el párrafo anterior). Pero en este aspecto esencial de su doctrina el fundador teórico del orden constitucionalista despeja toda duda. En efecto, las naciones son como individuos fuera de todo vínculo social, es decir, “en estado de naturaleza”. De cualquier manera que una nación quiera, basta con que quiera: todas las formas son buenas y su voluntad es siempre la ley suprema, aclara Siéyès.<sup>382</sup> Por otra parte, una nación no sale jamás del estado de naturaleza;<sup>383</sup> de allí la absoluta (en sentido técnico, etimológico y doctrinal) libertad de su querer: ella existe con independencia de toda regla.<sup>384</sup> Por eso cuando la nación ejerza el más importante de sus poderes (el constituyente) no se atendrá a Constitución previa alguna y establecerá la que le plazca.<sup>385</sup> En efecto, así como las voluntades individuales han conformado a la nación, y ellas son “puramente naturales”, así a la voluntad común debe reconocérsele una fuerza de querer igualmente natural.<sup>386</sup> Más adelante el autor agregará que una nación no puede decidir no ser nación,

<sup>380</sup> Como por ejemplo, p. 125.

<sup>381</sup> *Qu'est-ce que...*, p. 162.

<sup>382</sup> *Ibidem*, p. 162.

<sup>383</sup> *Ibidem*, p. 163.

<sup>384</sup> *Idem*.

<sup>385</sup> *Préliminaire de la Constitution*, p. 199.

<sup>386</sup> *Qu'est-ce que...*, *cit.*, pp. 162 y 163.

ni dejar de darse alguna forma constitucional.<sup>387</sup> Todo lo demás estaría dentro de las facultades —asimiladas al libre poder— de la nación. Así pues, su independencia de toda forma jurídico-positiva se funda en la absoluta libertad de su voluntad: a la nación, a través de sus representantes, le basta con querer como se quiere en estado de naturaleza.<sup>388</sup>

En conclusión: la facultad natural de la nación equivale en Siéyès a poder *ad utrumlibet* para la conservación de la existencia, bajo la forma —y, en consecuencia, con el medio— que fuere. Se trata, seguramente, de una idea de raigambre hobbesiana, lo cual no debe extrañar, dada la enorme influencia que ejerció Hobbes sobre los espíritus de la modernidad.<sup>389</sup> Influencia, cabe decirlo, irradiada no sólo entre aquéllos que adherían a él, sino también entre quienes criticaban aspectos parciales de su doctrina.<sup>390</sup>

## 2. *La representación*

### A. *La traslación del poder a los representantes; poder constituyente y constituido. El concepto racionalista de Constitución*

En Siéyès la representación aparece como una necesidad, toda vez que el número de los miembros de la nación y la extensión en la que habitan torna imposible el ejercicio de la voluntad común. Pero la nación *no aliena su título* o derecho al mando sobre sí misma, sino que sólo *comisiona su ejercicio*. Se trata, entonces, de una voluntad común *representativa*.<sup>391</sup> Este cuerpo representativo tiene la procuración de la potestad legislativa, y actúa de acuerdo con

<sup>387</sup> *Ibidem*, p. 166.

<sup>388</sup> *Ibidem*, p. 164. La nación es “fuente y señora de todo derecho positivo”, dice asimismo en la p. 163. El constitucionalismo contemporáneo asumirá que la imputación de la soberanía a la nación obedece a la necesidad ideológica de fundar el Estado constitucional, el cual excluye la soberanía del monarca. Pero la soberanía (absoluta) de la nación, como principio ideológico-político, se resuelve en la soberanía (absoluta) del Estado, como principio jurídicamente eficaz (*cf.* por ejemplo, Joaquín Varela Suances, “Algunas reflexiones sobre la soberanía popular en la Constitución Española”, en *Estudios de Derecho Político en homenaje a Ignacio de Otto*, Oviedo, 1993, pp. 41 y ss.).

<sup>389</sup> Efectivamente, en Siéyès se constata la presencia del esquema interpretativo de la realidad social común a todos los pensadores jusnaturalistas individualistas a partir de Hobbes, afirma Stefan Breuer (*cf.* “Nationalstaat und pouvoir constituant bei Sieyes und Carl Schmitt”, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1984, núm. 4, p. 497).

<sup>390</sup> Éste último es el caso de John Locke; sobre el punto *cf.* Strauss, Leo, *Natural Right and History*, Chicago, pp. 221 y ss.

<sup>391</sup> *Qu'est-ce que...*, p. 159.

una forma constitucional establecida de antemano por su comitente —la nación—, forma a la cual debe sujetarse. Si el poder delegado no observase las reglas constitucionales actuaría ilegalmente y atentaría contra sus comitentes.<sup>392</sup>

Las leyes constitucionales son fundamentales, lo cual significa que los poderes delegados —o “poderes constituidos”— no pueden cambiarlas. Aquellas leyes fundamentales que establecen el funcionamiento de la legislatura son establecidas por la voluntad de la nación en un primer momento; en cambio, las que regulan el desempeño de los cuerpos activos (gubernativos) se sancionan por una voluntad representativa especial.<sup>393</sup>

Cabe aclarar que el concepto de Constitución de Siéyès recorta explícitamente sus límites dentro del terreno de la organización jurídica de los poderes públicos y de su recíproca independencia. “El verdadero sentido de *constitución*, estampa el autor, es relativo al conjunto y a la separación de los poderes públicos”. Estrictamente hablando, pues, no es la nación la que posee una Constitución, sino el cuerpo político establecido para gobernarla.<sup>394</sup> La nación no tiene forma (Constitución) alguna; otorga forma jurídica —originada en su libertad libérrima— a los poderes constituidos. A partir de esta idea se siguen dos corolarios importantes, tanto en sí mismos cuanto por sus consecuencias para el decurso doctrinal del constitucionalismo y de sus derivaciones. Por un lado, el término “Constitución” significa la Constitución jurídico-positiva. No hay lugar en esta concepción para referirse, por ejemplo, a la *Constitución histórica*, o a la *Constitución real*.<sup>395</sup> “Constitución” ya no podrá ser sino una ley positiva, rígida en su modo de establecimiento y con una forma signada por el molde racionalista de las “declaraciones de derechos” y la “separación de poderes”. Por otro, la asimilación schmittiana del poder constituyente a la *natura naturans* de Spinoza, cual sucedáneo inmanentista del Dios creador, resultará sin más una interpretación fiel de

<sup>392</sup> *Ibidem*, p. 160. En el mismo sentido *cfr. Préliminaire de la Constitution*, pp. 198 y 199.

<sup>393</sup> *Qu'est-ce que..., cit.*, p. 161.

<sup>394</sup> *Cfr. Préliminaire de la Constitution*, p. 198.

<sup>395</sup> “El acto por el cual el pueblo se da una constitución es mostrado como una decisión, que crea derecho positivo. Este modo de ver se asienta en una comprensión de la Constitución, llamada por Siéyès *établissement politique*, que la concibe como un orden artificial. Él se contrapone al concepto histórico-evolutivo de Constitución, el cual por su parte fue opuesto en Alemania a Siéyès y la Asamblea nacional francesa, por ejemplo, por Brandes y Rehberg” (*cfr.* Pasquale Pasquino, “Die Lehre von pouvoirs constituant von Emmanuel Siéyès und Carl Schmitt”, en *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt*, Berlín, Helmut Quaritsch ed., 1988, p. 374).

la concepción del fundador del constitucionalismo. Y cabe remarcar que no ha sido Schmitt el primero en advertir la influencia de Spinoza sobre la doctrina de Siéyès.<sup>396</sup>

Ahora bien, hay dos formas de representación. La ordinaria, como se acaba de ver, se halla subordinada a la legislación constitucional, y pasa a denominarse poder constituido. Por el contrario, la extraordinaria tiene a su cargo el cometido de decidir cuál será la forma constitucional, toda vez que la nación no podría reunirse a hacerlo por sí misma. En los casos en que resulta necesario, ante una crisis o ruptura institucional, la nación los comisiona en su reemplazo para la función de conformar la asamblea constituyente. Estos representantes son tan libres como la nación misma, están en el lugar de la nación a la hora de establecer la Constitución y, como la nación, se hallan investidos del derecho a querer como quieren los individuos en estado de naturaleza. La voluntad común de estos procuradores vale por la voluntad de la nación misma, que los ha comisionado.<sup>397</sup> Se trata aquí del poder constituyente.<sup>398</sup>

Ambos poderes, ordinario y extraordinario, se distinguen formalmente y no deben ser confundidos.<sup>399</sup> Si coinciden materialmente en las mismas personas será porque un acto expreso de elección así lo habrá determinado.<sup>400</sup> La *separación de poderes*, tanto entre el constituyente y el constituido como entre el legislativo y el ejecutivo, es para Siéyès “de la más absoluta necesidad”. La asamblea legislativa no podrá desempeñar jamás funciones constituyentes. Cuando resulte menester revisar o reformar la Constitución se reunirá una convención *ad hoc*, y limitada a ese solo objeto, mediante la cual la nación decretará los cambios que considere oportunos. De tal modo, entre tanto no sea convocada una nueva convención, “la Constitución de

<sup>396</sup> Cfr. Zweig, Egon, *Die Lehre vom pouvoir constituant. Ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution*, Tübingen, 1909, p. 119. Allí se cita un estudio de Pariset, „Siéyès et Spinoza” (aparecido en la *Revue de Synthèse Historique*, t. XII), referido al pensamiento constitucional de nuestro autor. Para la interpretación spinozista de Siéyès por Schmitt cfr. de éste, *Die Diktatur*, Munich y Leipzig, 1921, p. 142.

<sup>397</sup> *Qu'est-ce que...*, p. 164.

<sup>398</sup> “Une idée saine et utile fut établie en 1788, c'est la division du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués. Elle comptera parmi les découvertes qui ont fait faire un pas à la science, elle est due aux Français” (Discurso del 2 de termidor, año III, citado por Pasquino, art. cit., p. 371).

<sup>399</sup> *Qu'est-ce que...*, p. 168. En el mismo sentido cfr. *Préliminaire de la Constitution*, p. 199.

<sup>400</sup> *Qu'est-ce que...*, p. 164.

cada poder [constituido] será inmutable”.<sup>401</sup> Queda así planteado el modelo de la “Constitución rígida”, propio del constitucionalismo liberal clásico.<sup>402</sup>

Los representantes son llamados “mandatarios (*mandataires*)”,<sup>403</sup> —término utilizado habitualmente por Siéyès para referirse a quienes ejercen el poder público—<sup>404</sup>. Mas esto no significa que obedezcan a un mandato imperativo. Antes bien, los representantes de la nación, cada uno en su plano, son libres.<sup>405</sup> Y, en el caso de los constituyentes, su libertad es absoluta y vincula a la nación, la cual decide a través de ellos. En suma, los representantes poseen el ejercicio de la voluntad común;<sup>406</sup> es decir, el ejercicio del poder político en todas sus manifestaciones.<sup>407</sup>

<sup>401</sup> *Dire sur le veto royal*, *op. cit.*, pp. 239 y 240. En el caso de que los poderes constituidos interfiriesen entre sí y se produjera una crisis institucional, el único recurso lícito para zanjar el diferendo consistirá, dice el autor, en la convocatoria del poder constituyente del pueblo.

<sup>402</sup> Sin embargo, malgrado el modelo teórico de la separación de los poderes constituyente y constituido, la atribución del ejercicio de la soberanía nacional absoluta a un cuerpo de representantes (constituyentes) no dejará de influir decisivamente sobre el espíritu de la entera praxis política, incluida la del órgano legislativo ordinario. En efecto, el postulado de que en la vida política concreta operará un poder soberano absoluto *de jure*, del cual los representantes serán los únicos intérpretes, acentuará inevitablemente la dinámica absolutista —luego totalitaria— de la política moderna. Sobre el rápido *dérapage* absolutista producido en la propia constituyente de 1789 (de la que Siéyès era uno de los miembros más conspicuos) *cfi.* Jaume, Lucien, “Il potere costituente in Francia dal 1789 a de Gaulle”, cuyo título del pgf. 1 (traducido al castellano) reza: “La Asamblea constituyente: de la enunciación del principio a la infidelidad en traducirlo en acto”, en Pombeni, Paolo (ed.), *Potere costituente e riforme costituzionali*, Bologna, 1992, pp. 34 y ss.

<sup>403</sup> *Qu'est-ce que...*, p. 161. En el mismo sentido *cfi.* *Préliminaire de la Constitution*, “Observations”, (en *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 191) y *Reconnaissance et exposition raisonnée des droit de l'homme et du citoyen* (pp. 192-197). Recuérdese que la ortografía francesa varió al entrar el siglo XIX

<sup>404</sup> Así, por ejemplo, *Essai sur les priviléges* (ed. cit), pp. 105 y 106.

<sup>405</sup> Es proverbial la imprecisión terminológica de Siéyès a la hora de denominar a los titulares reales del poder político; ella fue señalada, por ejemplo, por Raymond Carré de Malberg (*cfi.* *Contribution à la théorie générale de l'État*, París, 1960, t. II, p. 533).

<sup>406</sup> *Qu'est-ce que...*, p. 160.

<sup>407</sup> Respecto de la vinculación entre poder constituyente y dictadura soberana en la doctrina de Schmitt —la cual no sería sino la explicitación de los presupuestos de Siéyès sobre la absoluta libertad de los representantes de la nación— *cfi.* Pasquino, Pasquale, art. cit., pp. 379 y 380, con cita de Peter Schneider: “El poder decisorio de la nación se manifiesta justamente en el acto del establecimiento y de la remoción de los representantes. Del resto [la interpretación de la voluntad constituyente del pueblo y

### B. *Legitimidad, democracia y representación*

El conjunto de los escritos de Siéyès completa, confirma y profundiza en sus grandes líneas las ideas que acaban de ser expuestas. Pero hay en particular dos aspectos fundamentales de la doctrina del abate que en este lugar merecen ser resaltados: su criterio de legitimidad política y su posición acerca de la naturaleza representativa del régimen por él propugnado (es decir, del régimen constitucionalista hasta hoy vigente).

#### a. El modelo constitucionalista como rasero de legitimidad política

La fundamentación del Estado constitucional-representativo no plantea meramente una alternativa frente a la monarquía del siglo XVIII, sino que representa una opción política excluyente respecto de la forma del régimen. Para Siéyès el Estado constitucional-representativo no sólo es legítimo, sino que encarna la legitimidad política.

Ante todo, a la hora de identificar el quicio a partir del cual se valora la legitimidad de las relaciones sociales, Siéyès señala como piedra de toque la voluntariedad contractual explícita. No hay asociación legítima si ella no surge de la voluntad recíproca de los coasociados. Sólo la adhesión libre a un contrato genera obligación, y la adhesión al contrato (político, en este caso) se funda en el juicio positivo de los individuos acerca de la conveniencia de la asociación para promover la mutua ventaja.<sup>408</sup>

Ahora bien, existe sólo una forma política legítima, que puede revestir a su vez dos modalidades. En la primera de ellas el pueblo se gobierna a sí mismo; se trata de la democracia pura. Esta forma democrática es para el autor “pura” en el sentido de “bruta”, (como “primitiva”), por analogía con las materias primas que el hombre perfecciona por medio de su razón y su industria. En efecto, la Constitución puramente democrática se torna imposible en una gran sociedad; pero tampoco —*de suyo*— resulta apropiada para las necesidades de la sociedad estatal *ut sic*, ya que se demuestra poco conducente al fin de la unión política. Por el contrario, es la segunda modalidad, la representativa, la que cumple plenamente con las exigencias del gobierno del Estado. En ella la nación confía a los representantes el cuidado de interpretar la voluntad general y de sancionar la ley común.<sup>409</sup>

la actividad de gobierno, aclara Pasquino] se ocupa el representante como dictador soberano” (*Ausnahmezustand und Norm*, Stuttgart, 1957, p. 78).

<sup>408</sup> *Cfr. Préliminaire de la Constitution*, p. 194.

<sup>409</sup> *Cfr. Sur la nouvelle organisation de la France*, cit., pp. 259 -263.

*b. La decisión soberana, juez de la rectitud de la elección ciudadana*

El principio de unidad, indivisibilidad y exclusividad de la soberanía efectiva de la Asamblea nacional<sup>410</sup> no dejará de repercutir sobre el único ámbito que parecía sustraerse al imperio de los órganos del poder, y quedar reservado a los ciudadanos: la elección misma de los individuos que conformarán esos órganos supremos.

Hay, en efecto, en la doctrina de Siéyès, un rasgo significativo —en sí mismo, y por su prospectiva sobre el decurso del régimen constitucionalista— concerniente a la libertad de los miembros de la nación para votar a sus representantes. La voluntad general, como se ha visto *supra*, es absoluta. Pero se plantea la cuestión de si el arbitrio de los electores de la nación es también absoluto a la hora de elegir a los intérpretes de la voluntad general. La respuesta de Siéyès es negativa. Es cierto que sus afirmaciones al respecto se encuentran en los pasajes de *Qu'est-ce que le Tiers État?* referidos a las demandas del estado llano frente a la convocatoria a los estados generales, y no en la fundamentación del orden constitucional que formulará más adelante en la misma obra. Con todo —y hecha la salvedad del contexto en que se hallan—, laten en las propuestas circunstanciales de Siéyès algunos criterios que fácilmente pueden adquirir rango de principios generales.

Siéyès sostiene que ninguna libertad y ningún derecho son ilimitados. Esta idea se dirige a apoyar su tesis sobre la ilicitud de que los miembros del tercer estado puedan elegir libremente a sus procuradores. Tal tesis, en sí misma considerada, entraría en contradicción con su concepción de fondo acerca de la voluntad absoluta de la nación. A tenor de lo cual habría que suponer que, según el abad revolucionario, absoluto es el ejercicio del poder soberano en manos de los representantes, mas no la expresión de la voluntad de los miembros de la nación. Así, por ejemplo, para nuestro autor el tercer estado no debe ser representado sino por miembros del tercer estado. La ley no debe permitir que miembros de los otros estamentos (nobleza y clero) puedan recibir la confianza de las asambleas del estado llano.<sup>411</sup> Las consecuencias de esta exigencia particular, si se la lleva al plano de los principios, es clara: serán los intérpretes de la voluntad de la nación los que

<sup>410</sup> *Dire sur le veto royal*, p. 242.

<sup>411</sup> Siéyès, en su opúsculo prerrevolucionario, busca conjurar el peligro que para él radica en la habitual alianza —fundada en tradiciones, afectos y vínculos de dependencia— entre el pueblo y la nobleza. “En Francia, en Holanda y por doquier se tienen terribles ejemplos de la coalición natural entre la última clase de la sociedad y los órdenes privilegiados. Digamos la verdad, en todos los países del mundo la C... [¿Canaille?] pertenece a la aristocracia” (*Qu'est-ce que...*, p. 132).

reglamentarán el modo en que la nación exprese su voluntad y los que —concretamente— determinarán quién es elegible y quién no para integrar el cuerpo de los agentes soberanos.

En consonancia con esa función de discriminación sobre la idoneidad para ser elegido, puesta en cabeza de los intérpretes de la voluntad general, se halla el principio —*supra* mencionado— que el procurador no representa a su jurisdicción ni a sus votantes, sino a la nación entera.<sup>412</sup> Por ello, es la nación entera (*i.e.*, corporizada en sus representantes) y no los votantes de un distrito la que podrá ejercer contralor sobre la legitimidad de la decisión elecciónaria de los ciudadanos.

### 3. *La realidad y los principios ideológicos*

#### A. *Representación versus democracia*

En *Dire sur le veto royal* Siéyès se explaya acerca de la naturaleza del régimen representativo que él propone, así como de sus diferencias con la democracia.

El autor rechaza, tajante y enérgico, la idea de que la voluntad de la nación pueda ser diferente de la voluntad de sus representantes. Resultaría “extremadamente peligrosa” la confusión de no reconocer que la nación sólo habla a través de sus representantes. En efecto, tal temperamento propendría a la formación de centros regionales autónomos de decisión, unidos luego por lazos de corte confederal. Si esto ocurriera, Francia quedaría desgarrada, y fragmentada en una multitud de pequeñas democracias municipales.

Hay otra cuestión, esencialmente unida a la anterior, que motiva la preocupación del numen de la Revolución francesa. Se refiere a la magnitud de la influencia que se va a permitir ejercer a los electores sobre los representantes. “No hablo de la influencia sobre las personas, que debe ser completa; sino de la influencia de los comitentes sobre la legislación misma”. Es la última, señala Siéyès, la que debe ser evitada. Nunca el representante debe ser un mero emisario del voto (*voeu*) del pueblo en las municipalidades, concluye.

Incluso en el nivel de las más pequeñas municipalidades, las asambleas comitentes (*comettantes*) tan solo pueden hacer eso, es decir, comisionar (*comettre*) a un representante, expresa el autor. Mas no en el sentido de ligarlo por un mandato imperativo, sino el de elegirlo para integrar las asambleas

<sup>412</sup> *Ibidem*, pp. 129 y ss.; *Dire sur le veto royal*, pp. 231 y 232.

decisorias. Un diputado es nombrado por una circunscripción (*bailliage*), sí, pero en nombre de la totalidad de las circunscripciones. Luego, no podrían sostener el voto de su circunscripción en contra del de la nación entera. Así pues, el único mandato imperativo válido es el de la nación. Ahora bien, ¿cómo se conoce la voluntad de la nación? Para Siéyès no caben dudas: en las decisiones de la Asamblea nacional, órgano supremo. A ellas, identificadas con el parecer de la mayoría en cada momento, debe obediencia el diputado. Y es en ellas donde —bajo la forma de la única decisión, la de la nación— se descubre la auténtica voluntad de los comitentes directos.<sup>413</sup>

La mayoría de las personas no son sino “máquinas de trabajo”, pues modernamente se piensa más en el consumo y la producción que en la felicidad —la cual exige ante todo el ejercicio de facultades morales—. Ahora bien, dado que todos los hombres sin excepción se hallan sujetos a la ley, no cabe negarle a ninguno sus derechos cívicos. Luego, avanza Siéyès, se impone la necesidad de permitirles concurrir, en igualdad de condiciones, a la formación de la ley. Pero este concurso no debe ser inmediato, como ocurre en la verdadera democracia, sino mediato, como en el gobierno representativo.<sup>414</sup> La razón estriba, argumenta el autor, en que la mayoría ni está instruida ni dispone de tiempo para la elaboración de la ley. Por lo tanto, la mayoría desea ser representada. Y la voluntad de la mayoría es ley.<sup>415</sup>

En conclusión, el pueblo no puede tener sino una voz, la de la legislatura nacional. El pueblo, en un régimen que no sea el democrático —en sí mismo desaconsejable, como se ha dicho— “no puede hablar ni actuar sino a través de sus representantes”, remata Siéyès.<sup>416</sup>

<sup>413</sup> SIÉYÈS juzga positivamente el valor del debate en el seno de los cuerpos legiferantes: “cuando uno se reúne es para deliberar, para conocer los pareceres los unos de los otros, para aprovechar las luces recíprocas, para confrontar voluntades particulares, para modificarlas, conciliarlas, en fin para obtener un resultado común a la pluralidad” (*Dire sur le veto royal*, p. 238).

<sup>414</sup> “La diferencia entre estos dos sistemas políticos es enorme”, acota Siéyès (*Dire sur le veto royal*, p. 236).

<sup>415</sup> *Dire sur le veto royal*, p. 236. Tal es la rápida conclusión del autor. La idea representativa de Siéyès pivotea sobre la asunción de que la nación ha decidido ser representada (de otra manera, la nación no sería soberana). Con todo, en Siéyès no aparece un acto expreso por el que la nación (unánime o mayoritariamente) haga expresa traslación del ejercicio de sus derechos a los representantes. Sobre las ambivalencias de la teoría la representación de Siéyès *cfr.* Mortati, Costantino, *La costituente*, en *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, Milán, 1972, t. I, pp. 77 y ss.

<sup>416</sup> *Dire sur le veto royal*, pp. 234-238.

Bertrand de Jovenel, en el capítulo “La democracia totalitaria” de su clásico *Du pouvoir*, descubrirá en las posiciones centralistas y en la repulsa al mandato imperativo la contradicción de lo que el principio de soberanía popular parecía manifestar (por lo menos nominalmente). En efecto, la descentralización política, junto con el contralor por los electores de los pequeños distritos de la acción de sus representantes gracias al instituto del mandato imperativo, hubiera conformado un régimen en alguna medida acorde con la llamada soberanía del pueblo. Pero “[n]unca los hombres nuevos que la ola popular convirtió en señores del *Imperium* se mostraron inclinados a tal régimen. Herederos del poder monárquico, les repugnaba subordinarlo. Por el contrario, fortalecidos por una legitimidad nueva, sólo apuntaron a aumentarlo”.<sup>417</sup>

B. *La crisis de la representación ante el poder en el sistema representativo del constitucionalismo*

En lo últimamente dicho aparece asimismo, y vale la pena dejarlo señalando, la puesta en tela de juicio de la representación *ante el poder*.<sup>418</sup> En efecto, el representante de una comuna o de un departamento, al serlo de la nación entera, ya no será portador de la voz de quienes lo eligieron, sino integrante del cuerpo de agentes soberanos que gobiernan la asociación de individuos libres e iguales ante la ley.

Ante semejante concepción, que neutraliza la representación *ante el poder*, vetando por principio la posibilidad de que los cuerpos sociales se representen orgánica y formalmente frente a los titulares del poder político efectivo, surge la problemática del potencial divorcio entre, los que ejercen el mando y, por otro, aquéllos en cuya representación se fundan los títulos por lo que mandan los que mandan.<sup>419</sup> Aunque no se puede detener en el punto en este

<sup>417</sup> *Du pouvoir*, París, 1972, p. 423.

<sup>418</sup> Para el concepto de representación *ante el poder* cf. en general José Pedro Galvão de Souza, *Da representação política*, San Pablo, 1971.

<sup>419</sup> A propósito del artículo 10.2.1 de la *Grundgesetz*, que establece: “Todo poder político viene del pueblo” se preguntaba Bertold Brecht: “Pero, ¿adónde va?” (*Drei Paragraphen der Weimarer Verfassung*, en *Gesammelte Werke*, Frankfurt am Main, 1967, vol 8, p. 378, citado por Hans-Peter Schneider, “Soberano sin poder. Representación y participación del pueblo como problema de legitimación de la soberanía democrática”, en *id.*, *Democracia y constitución*, trad. de varios, Madrid, 1992, p. 259). Un ilustre constitucionalista contemporáneo, Costantino Mortati, sostiene que son los partidos políticos los llamados a salvar el hiato entre la voluntad de los gobernados y sus gobernantes. Cf., “La constituyente”, en *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, cit.

lugar, cabe acotar que la aparición en el siglo XX del sistema de “partidos de masas” no ha variado en lo substancial esta nota característica del principio de representación del constitucionalismo. Antes bien, la desvinculación entre la voluntad del elector y las ulteriores decisiones del representante, desvinculación que resulta necesariamente de tal principio, se ha agravado ahora en un nuevo sentido. En efecto, mientras se mantiene incólume el voto (*de jure*) al mandato imperativo entre elector y representante, aparece (*de facto*) una tácita pero no por ello menos operante sujeción del representante a la maquinaria del partido.<sup>420</sup> Lo cual, por otra parte, deja aún abierta la cuestión de si el partido expresa la voluntad de un grupo político dirigente o funge de vehículo a intereses no pasibles de ser representados en el marco del sistema.<sup>421</sup>

C. “Nota bene” metodológica: la asunción del principio constitucionalista en este capítulo

A partir de los principios de Siyès se dará como consecuencia casi necesaria la desvinculación entre la voluntad de los representados y las decisiones de los representantes. Ahora bien, uno de los principios cuya virtualidad influirá más para producir la consecuencia de marras es, precisamente, el de soberanía de la nación. En efecto, si la nación es soberana y nunca aliena su título, sino que sólo comisiona su ejercicio, ya no es conducente —ni legítimo— que se represente ante el poder, porque sería como representarse ante sí misma: la nación (o el pueblo) *in toto* es el titular de la soberanía.<sup>422</sup>

*supra*, t. I, pp. 83 y ss. En pp. 86 y 87 Mortati no trepida en estampar que los partidos contemporáneos llegan a recrear el vínculo del mandato imperativo —entre electores y representantes— (*sic*).

<sup>420</sup> Sobre el “Estado de partidos” como forma contemporánea del régimen democrático-constitucional, *cfr.* la inquietante radiografía de Manuel García-Pelayo en *El Estado de partidos*, Madrid, 1986.

<sup>421</sup> “Hoy el parlamento mismo parece más bien una enorme *Antichambre* frente a las oficinas o comisiones de los invisibles poderosos”. Se trata de una observación formulada ya en los albores de la entronización del sistema de “partidos de masas” por Carl Schmitt (*cfr. Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, prefacio a la edición de 1926; en la trad. de cast. de T. Nelsson y R. Grueso, *Sobre el parlamentarismo*, presentada por Manuel Aragón, Madrid, 1996, p. 10).

<sup>422</sup> Para una crítica de la desvinculación entre titularidad y ejercicio de la potestad política —tesis esencial al constitucionalismo— remitimos a nuestro *Principios políticos para una teoría de la constitución*, Buenos Aires, 2006, capítulo IV: “¿Por qué Bidart Campos llamó ‘mito’ a la soberanía del pueblo?”. Sobre el papel axial del principio de

A pesar de lo antes afirmado, Siéyès no trepida en sostener que “la sola definición razonable que se pueda dar de la ley es llamarla expresión de la voluntad de los gobernados”.<sup>423</sup> Teniendo en cuenta la contradicción entre esta última proposición —fundada en el principio en cuestión— y las consecuencias apuntadas, cabe preguntarse por el modo en el que se utilizará la tesis constitucionalista de “soberanía de la nación” (o del pueblo) para ejemplificar una posición doctrinal que sostenga la soberanía colectiva. Brevemente: si todo lleva a pensar que en la realidad efectiva el titular de la soberanía (la nación, o el pueblo) no gobierna ni manda ni decide, luego debemos aclarar que nosotros sólo tendremos en cuenta la asunción constitucionalista de que la nación o el pueblo son el titular de la soberanía, sin prestar atención (por lo menos, en este estadio del análisis) en las intrínsecas dificultades de tal temperamento, algunas de las cuales surgen ya de las propias afirmaciones del fundador constitucionalismo. Es decir que —sin entrar a juzgar su razonabilidad— damos por válida la pretensión, para objetar la idea misma y luego responderla desde los principios del aristotelismo clásico.

## II. UNA OBJECIÓN SIGNIFICATIVA DE LA TEORÍA DEL ESTADO CONTEMPORÁNEA A LA SOBERANÍA POPULAR O NACIONAL.

### EL EJEMPLO DE JOSEF ISENSEE COMO EMERGENTE DE UNA EXTENSA TRADICIÓN: LA SOBERANÍA DEL PUEBLO COMO “MITO”

#### 1. *El autor y el contexto del tratamiento de la cuestión*

La tesis de soberanía del pueblo cuenta entre sus principales críticos al ilustre profesor alemán Josef Isensee, emérito de Bonn y uno de los más renombrados teóricos del Estado contemporáneos. Isensee trata esta cuestión en el contexto del tema del poder constituyente originario en su libro *Das Volk als Grund der Verfassung*.<sup>424</sup> Tomamos a este autor como un ejemplo doctrinal representativo de una línea crítica de la tesis de la titularidad colectiva del poder; línea crítica que se manifiesta en Alemania desde principios del siglo XX y cuyo arco científico abarca desde la filosofía del derecho hasta la ciencia política, pasando por la teoría del Estado y de la Constitución.<sup>425</sup>

soberanía del pueblo en el constitucionalismo *cfr.* Kriele, Martin, *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungstaates*, Hamburg, 1975, pp. 224-227.

<sup>423</sup> *Dire sur le veto royal*, p. 231.

<sup>424</sup> Nordrheinische Wissenschaftliche Akademie, Opladen, 1995.

<sup>425</sup> *Cfr.* por todos, Kelsen, Hans, *Allgemeine Staatslehre*, Viena, 1925; von Beyme,

En ese trabajo, el autor se centra en particular en los fundamentos pre-positivos de la Constitución jurídico-positiva.<sup>426</sup> Respecto de tales fundamentos, Isensee señala que la fuente de determinación del completo ordenamiento jurídico no podría residir en el derecho natural. En efecto, la función propia del derecho natural consiste en proveer ciertos principios básicos de justicia que legitiman el derecho positivo. Luego, no podrá ser el derecho natural el fundamento de la totalidad de las disposiciones del orden constitucional. De igual manera los derechos humanos tampoco se hallan en capacidad de proveer el principio de determinación del ordenamiento. Se trata, pues, en ambos casos, de principios de los cuales no cabe pretender derivar el concreto derecho constitucional positivo.<sup>427</sup> Por ello, el tema del poder constituyente inviste una relevancia mayor para la explicación, fundamentación y legitimación del orden constitucional.

## 2. *Las contradicciones de la tesis constitucionalista clásica*

Para el autor la idea de poder constituyente del pueblo se halla comprometida por varias contradicciones desde los tiempos mismos de la Revolución francesa.<sup>428</sup>

La primera de ellas reside en que el pueblo, como multitud no constituida, no podría ser un auténtico sujeto de la potestad constituyente. Con este problema se vinculan varias dificultades prácticas y teóricas. Así, los representantes del “tercer estado”, en tiempos de la revolución, carecían de un mandato autorizado por el pueblo para constituir una asamblea constituyente. Por otra parte los electores de esos representantes no eran sino una ínfima minoría de la población del reino. Luego, la Asamblea nacional no cumplía con las condiciones necesarias que el propio Siéyès en su obra *Qu'est-ce que le Tiers État?* exigía a un poder constituyente como para poder ser considerado legítimo. Y la situación no fue diferente, ejemplifica Isensee, cuando años después el emperador Napoleón III resultó derrocado por una minoría parlamentaria. La conclusión de Isensee es que a la base de la fundación de toda democracia se halla una minoría política activa (que tiene el papel protagónico y decisorio).

Klaus, *Die verfassunggebende Gewalt des Volkes*, Tübingen, 1968; Sternberger, Dolf, *Nicht alle Staatsgewalt geht vom Volke aus*, Stuttgart, 1971.

<sup>426</sup> Isensee, *Das Volk...*, pp. 11 y 13.

<sup>427</sup> *Ibidem*, pp. 14-17.

<sup>428</sup> *Ibidem*, *Das Volk...*, cit., p. 43.

El verdadero pueblo no se manifiesta como el pretendido “constituyente no constituido”, sino como un cuerpo articulado que se expresa a través de elecciones. Ese es el modo en que el pueblo puede efectivamente actuar, afirma Isensee. En tal realidad se fundan dos paradojas consecuencias para la teoría constitucionalista clásica que sostiene la “soberanía (constituyente) del pueblo”. Por un lado, cuando el pueblo decide lo hace como *poder constituido* —para usar la categoría de Siéyès—. Por otro, aunque la expresión democrática del pueblo, manifestada en un referéndum o incluso en un plebiscito, resulte clara y contundente, con toda su voluntad se canaliza a través de determinadas reglas, proyectos previos o alternativas dicotómicas (“sí” o “no”). Luego no cabe considerar al pueblo como soberano, concluye Isensee, ya que “no es soberano quien responde la pregunta, sino quien formula la pregunta”.<sup>429</sup>

La contradictoria situación de que el pueblo sólo pueda ser constituyente en la medida en que ya esté constituido da origen a un círculo, al que el autor denomina “dilema”, y al que ya Hegel se había referido. En efecto, en *Grundlinien der Philosophie des Rechts* se juzga como “sin sentido (*sinnlos*)” a la cuestión relativa a quién debería hacer la Constitución; pues, sostiene Hegel, “en la pregunta ya se halla presupuesta una dada Constitución, luego el *hacer (Machen)* significa sólo una reforma (*Veränderung*)” —subrayado en el original—.<sup>430</sup>

En conclusión, no resulta lícito señalar al pueblo como sujeto de ejercicio del proceso constituyente, sino sólo como sujeto de referencia (*Referenzsubjekt*) de la creación y validación de las normas. De allí que, desde un punto de vista científico, resulte imposible atribuir una creación de la Constitución a la voluntad constituyente del pueblo.<sup>431</sup>

### 3. *Omnipotencia y creatio ex nihilo*

Isensee cuestiona asimismo la idea de la omnipotencia del poder constituyente del pueblo. Según tal concepción el pueblo, no obligado por nin-

<sup>429</sup> *Ibidem*, pp. 44-46.

<sup>430</sup> *Ibidem*, p. 47. Vide G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Frankfurt, Suhrkamp, 1970, p. 439. Sobre el tema en Hegel *cfr.* Norberto Bobbio: “Le costituzioni [en Hegel] si trovano, per così dire, già bell'e fatte: non sono un oggetto di libera scelta. Buona costituzione è quella che, pur non essendo data ‘a priori’, pur non contraddicendo o non forzando lo spirito di un popolo, si adegua a poco a poco, o anche ad un tratto, quando occorra, allo spirito del tempo” (“Sulla nozione di costituzione in Hegel”, in *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, t. 11, cuaderno 1, 1971).

<sup>431</sup> Isensee, *Das Volk...*, p. 48.

guna norma ni sometido a ninguna autoridad, puede decidir a su arbitrio sobre su vida política y jurídica. Pero lejos de ello, sostiene el autor, la teoría constitucionalista del poder constituyente del pueblo reconoce límites rígidos, como el sistema representativo, la división de poderes y —ya en relación con el contenido de las normas— las exigencias axiológicas de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789.<sup>432</sup>

Enseguida torna el autor a criticar la ya discutida idea de la *creatio ex nihilo* de la Constitución por el poder constituyente. El pensamiento revolucionario considera cada nueva Constitución como un comienzo nuevo y desligado de todo precedente. En esa línea, el constituyente resultaría una suerte de creador divino. Ahora bien, tal presupuesto, tácito o explícito, no trasciende del intrínsecamente cuestionable ámbito del “como si”, ámbito antes mitológico que científico. A tal asunción injustificada contrapone Isensee el auténtico proceso constituyente, que necesariamente se halla anclado en lo ya dado como realidad histórica. En efecto, la Constitución aparece como el resultado de una situación histórica y de ciertos elementos presentes en la circunstancia comunitaria. Y tal punto depende de todo ello que, sostiene Isensee, la Constitución “antes muta que es impuesta”.<sup>433</sup>

Las consideraciones últimamente expuestas, como se puede ver, contribuyen a relativizar la tesis del pueblo como sujeto autónomo y libérmino del ejercicio de la función constituyente.

#### 4. *Legitimación desde y legitimación de la Constitución*

En el mismo sentido crítico de la tesis de poder (constituyente) del pueblo van las objeciones de Isensee en relación con el tema del fundamento de validez de la Constitución jurídico-positiva.

La respuesta jurídico-positiva a la cuestión de la legitimidad constitucional utiliza el argumento de la legitimación a través de la voluntad del pueblo. Ahora bien, Isensee señala que deben distinguirse claramente dos planos de legitimación. En uno de ellos se trata de la legitimación que la propia Constitución encierra en sí misma como fundamento de validez. Es decir, de la legitimación que fluye desde la Constitución a las normas ordinarias y las conductas por ellas regladas. O, dicho de otra manera, de la legitimación que se deriva a partir de la Constitución hacia el ejercicio del poder del Estado. Es así como reza el principio del orden jurídico-político

<sup>432</sup> *Ibidem*, pP. 52 y 53.

<sup>433</sup> *Ibidem*, pp. 57 y 58.

del Estado alemán: “Todo poder político surge del pueblo” (a. 20, 2, 1 de la *Grundgesetz*), es decir, del pueblo constituido como cuerpo de electores.

El segundo plano distinguido por Isensee se refiere a la cuestión del fundamento de validez que legitima a la Constitución. Aquí yace, afirma el autor, un problema “metajurídico”. De hecho, no debe considerarse el poder constituyente originario como una competencia jurídica, ya que se trata de una dimensión no constituyente, al contrario de lo que ocurre con el poder político del Estado, que resulta determinado por el ordenamiento jurídico. Luego, el poder constituyente originario no representa un elemento relevante dentro del ámbito del derecho constitucional mismo, sino que se halla más allá de la Constitución —que tiene su origen en ese poder—. Ahora bien, a pesar de que la legitimación democrática es un principio de validez que rige los poderes constituyentes, las normas ordinarias, y que es un principio establecido por la Constitución. Se pretende derivar la validez de la Constitución misma desde idéntico principio. El error consiste en haber “antedatado” (*vordatiert*) el principio democrático —reconocido como principio de legitimación *a partir de* la Constitución— para hacerlo regir también como fundamento de validez *de la propia*. El principio de que no hay poder que no derive del pueblo es “proyectado (*projiziert*)”, así, como origen y fundamento del ordenamiento positivo mismo.<sup>434</sup>

##### 5. *Conclusión: el mito de la soberanía del pueblo*

La idea de la legitimación popular de la Constitución, concluye Isensee, no corresponde a una inteligencia científica del proceso constituyente como proceso jurídico. Por el contrario, manifiesta una impronta mitológica, que durante doscientos años ha servido como fundamento a la pretensión de legitimidad del orden constitucional. ¿Se debe conservar ese mito, útil y simbólico a la vez?, se pregunta el autor. La cuestión admite una respuesta afirmativa, aunque bajo tantas condiciones (algunas de las cuales se han comentado aquí) que resultaría racional renunciar a ese *tópos*.<sup>435</sup>

<sup>434</sup> *Ibidem*, pp. 76-80.

<sup>435</sup> *Ibidem*, pp. 102-106.

III. TITULARIDAD PARTICULAR DE LA POTESTAD POLÍTICA  
Y LEGITIMIDAD CONCRETA DE LAS FORMAS DE GOBIERNO.  
LA POSICIÓN DE LA TEORÍA DEL ESTADO ARISTOTÉLICA  
CONTEMPORÁNEA: JEAN DABIN

El belga Jean Dabin fue una de las más ilustres figuras que tuvo la teoría del Estado en el siglo XX. Su pluma ha dejado algunas de las obras clásicas que se han escrito contemporáneamente sobre la temática filosófico-jurídico-política, entre las cuales se encuentran *La philosophie de l'ordre juridique positif* (1929); *Doctrine générale de l'État. Éléments de Philosophie Politique* (1939) y *L'État, ou le politique* (1955). En la segunda de ellas, tal vez la más frecuentada entre todas las de su autoría, asume desde el punto vista de la tradición aristotélica la crítica de la idea de soberanía colectiva, tal como había sido formulada desde Bellarmino hasta Rousseau.<sup>436</sup> La seguiremos, entonces, en sus lineamientos principales.

1. *La “soberanía del pueblo”*. *Planteamiento del problema*

A. *Enunciación de la posición fundamental de Dabin*

Para el autor, el pueblo se halla calificado para escoger a los depositarios de la autoridad; esto significa que la comunidad tiene el derecho a designar a las personas y las instituciones encargadas de gobernar.

Ahora bien, el reconocimiento de la facultad de designación de los gobernantes no comporta la afirmación de que el pueblo posea un título originario de gobierno, sea que lo ejerza por sí mismo, sea que lo ejerza por intermedio de mandatarios. Queda, pues, formalmente rechazada la tesis de soberanía del pueblo, en cualquiera de sus especies (directa o indirecta, alienable o inalienable).<sup>437</sup>

B. *Antecedentes escolásticos de la idea criticada*

Dabin menciona como antecedentes de la tesis a algunos grandes teólogos medievales y modernos. Por ejemplo los casos de Tomás de Aquino: legislar en vista del bien común compete ya a la multitud, ya a una persona que

<sup>436</sup> Utilizamos la traducción castellana de Editorial Jus, hecha por Héctor González Uribe y Jesús Tobal Moreno: *Doctrina general del Estado. Elementos de Filosofía Política* (México, 1946).

<sup>437</sup> *Doctrina general del Estado. Elementos de Filosofía Política*, p. 183.

gobierna en nombre de la multitud (*S. Th.*, I-IIae., q. 90, a. 3); Bellarmino: el poder tiene como sujeto inmediato a toda la multitud, que está forzada a transferirlo (*De laicis*, III, VI); Suárez: aunque el poder sea una propiedad de la comunidad de los hombres, no está en ella de manera irremovible, sino que por consentimiento de la comunidad puede ser transferido a otro (*De legibus*, III, III, 7 y 5).<sup>438</sup> A pesar de que tales afirmaciones —sobre todo las de los dos últimos autores— sostienen explícitamente la titularidad colectiva, Dabin cree que ellas podrían ser interpretadas “por antítesis”, esto es, con el sentido de que el poder de mando no halla en el principio un fundamento de tipo personal, sino que por el contrario el imperio encuentra su razón de ser en la comunidad políticamente agrupada. Pero nunca pretendieron sostener esos autores, agrega Dabin, que la multitud, en tanto propietaria del poder, pudiera lícitamente obrar con él a su arbitrio, hasta el punto de no instituir gobierno alguno.

De tal forma, queda en pie la afirmación de otro destacado escolástico aristotélico, Cayetano, quien sostuvo que “elegir el gobierno no es tomar parte en él; es algo anterior y preparatorio a toda especie de gobierno”. A tal principio se atendrá el filósofo belga en su análisis crítico de la idea de soberanía del pueblo.

### C. Relevancia doctrinal de la cuestión

La diferencia entre el reconocimiento de que el pueblo posee la facultad de designación y la pretensión de soberanía popular reviste una importancia no menor, toda vez que la segunda tesis implica reducir la legitimidad política a la forma democrática de régimen. Ahora bien, sostiene el autor, es indiscutible que el régimen democrático constituye un principio legítimo de gobierno; asimismo, está fuera de duda que, supuesta la necesaria madurez política del pueblo para gerenciar su propia vida cívica, el bien común y la justicia hacen recomendable el gobierno democrático. Pero, por el contrario, remata Dabin:<sup>439</sup>

[q]ue el régimen democrático detente el monopolio de la legitimidad, que sólo el pueblo tenga el derecho de mandar por sí mismo o por sus mandatarios electos (tesis de la soberanía *inalienable*) o, por lo menos, que si otros mandan (reyes, colegios o asambleas de cualquier naturaleza) es porque el pueblo

<sup>438</sup> *Cfr. infra*, cap. VI de la P. II.

<sup>439</sup> *Doctrina general del Estado*, pp. 184-185.

les haya transmitido su derecho de mando (tesis de la soberanía *alienable*), esto sí es inadmisible.

## 2. *La soberanía alienable*

Según esta modalidad de la tesis, el pueblo como propietario de la soberanía, conserva siempre la facultad de ceder su derecho de mando. Puede hacerlo ya en favor de una persona, o de varias, o de una familia, de modo temporal o incluso definitivo. Se trata, pues, de una transposición del derecho civil al derecho público. En efecto, el titular del derecho de imperio puede disponer de su propiedad como el dueño de un fundo dispone de la suya.

### A. *La objeción a la reificación del poder*

Ahora bien, el mismo Dabin ya había señalado en otro lugar, en crítica a un argumento del vizconde de Vareilles-Sommières,<sup>440</sup> que el hecho de que el poder esté dotado de medios materiales no torna lícito considerarlo cual si fuera una cosa física sujeta a apropiación. El poder no es una *res nullius* que el primer ocupante pueda hacer suya, sino una *función*, la cual supone un título de competencia, además de un procedimiento racionalmente satisfactorio de designación.<sup>441</sup> Reiterando esa categorización conceptual, el autor insiste aquí en que el derecho de ejercer el mando no puede ser concebido como una cosa pasible de apropiación y, como la propiedad, susceptible de ocupación, donación o transmisión, ya que se trata de un *oficio*. Luego, si el pueblo ha sido señalado por la naturaleza o por el derecho positivo para ejercer ese oficio (el mando), no hay razón para que descargue su responsabilidad por un tiempo indefinido o de modo permanente. El que exista una clara e indudable conveniencia en la donación de la potestad (posición de Suárez) es signo de que el pueblo no se halla investido del derecho al ejercicio del poder, sino del derecho a la designación del sujeto titular del poder.

### B. *Invalidez de un recurso civilista*

Por otra parte, resulta impugnable la pretensión de aplicar a la función de mando la distinción que el derecho civil establece entre *goce* y *ejercicio* de

<sup>440</sup> Argumento planteado en su obra —valiosa precursora del derecho político realista del siglo XX— *Principes fondamentaux du droit*, París, 1889.

<sup>441</sup> *Doctrina general del Estado*, pp. 178 y 179.

un derecho. En efecto, tal distinción es propia de los derechos que son *beneficios*, señala Dabin.<sup>442</sup> Pero no sería lícito referirse a un goce de la función soberana, que pertenecería siempre al pueblo, y un ejercicio de ella, que sería objeto de transmisión. En efecto gozar de una función (en este caso, del gobierno político) es por lo mismo, ejercerla: “No manda realmente más que aquél que tiene el ejercicio del mando, por sí mismo o por delegados sometidos a sus órdenes”, remata Dabin. Y una igual conclusión vale inapelablemente para el derecho a toda otra función potestativa. Así, quien es titular de la patria potestad tiene el ejercicio de ella, y si no lo tiene es porque ha perdido el correspondiente derecho y ya no es más su titular. Por lo demás, nota Dabin que el *beneficio* del ejercicio del mando (y, por ende, su goce) recae en realidad no sobre el sujeto titular de la función sino sobre la comunidad política a través de su bien común. Sea como fuere, en el seno de la función es imposible distinguir entre goce y ejercicio.

### C. *La alienabilidad obligatoria*

Otros autores, añade Dabin, no afirman la facultad sino la necesidad de que el pueblo enajene la suprema potestad. Dada la imposibilidad material del ejercicio del poder político, el pueblo se hallaría obligado a transferirlo. En este caso, las dificultades señaladas antes cobran si cabe más entidad. En efecto, si el pueblo es incapaz de ejercer el poder político —por sí o por delegados— no puede ser por derecho natural el soberano. No se colige cómo un soberano por derecho natural sería incapaz del ejercicio de la función en que la *summa potestas* consiste; pues va de suyo que el derecho natural no prescribiría una solución vedada por la naturaleza de las cosas.

La disyuntiva teórica es férrea, y el autor la plantea tajantemente: o bien el pueblo es soberano (*i. e.*, el derecho natural así lo prescribe) y entonces es capaz de ejercer el mando, o bien el pueblo no se halla en estado de hacer esto, y entonces es que no ha sido señalado por el derecho natural como su titular.

En conclusión, si la suprema potestad del Estado reside en un sujeto bajo la forma de un derecho, entonces ella (intrínsecamente vinculada a su ejercicio) es necesariamente inalienable. Por un lado, la designación de derecho

<sup>442</sup> Se trata, agreguemos por nuestra parte, de los derechos que quedan englobados en la categoría de la capacidad civil. Al respecto, repárese en que se puede ser *capaz de derecho* sin que por ello necesariamente ser *capaz de hecho*. Así, el menor es sujeto titular de muchos derechos que, sin embargo no es capaz de ejercer sin la mediación del adulto que se halla legalmente a su cargo.

natural no podría ser desconocida con una renuncia o una cesión de la potestad. Por otro, resulta inconcebible una designación natural del poder que recayese en un sujeto radicalmente inepto para su ejercicio.<sup>443</sup>

### 3. *La soberanía inalienable*

A esta altura del análisis, y habiéndose descartado la alternativa de la enajenabilidad —facultativa u obligatoria— del derecho del mando por el pueblo (la tesis de los escolásticos), Dabin plantea la alternativa de la “soberanía inalienable” (la tesis rousseauiana, posteriormente adaptada por Siéyès y el sistema constitucionalista contemporáneo).

#### A. *La deslegitimación a priori de toda forma no ajustada a la idea*

Tal posición tiene para el autor el grave inconveniente de la automática descalificación (como deslegitimación inapelable) de todo régimen pasado, presente o futuro en que, aun con el consentimiento espontáneo y masivo del pueblo, el poder no se ha ejercido por éste, directamente ni a través de mandatarios. Para Dabin una condenación así de sumaria no resulta viable. Por otra parte, esta deslegitimación *a priori* comportaría la necesidad, para todo pueblo circunstancialmente incapacitado para el ejercicio de la potestad de gobierno, de no vivir políticamente. No le sería, en efecto, lícito, vivir bajo un gobierno de derecho pero que no recibiese mandato especial para gobernar en nombre del pueblo. Tampoco le parece válido a Dabin aceptar el dilema de que los principios de legitimidad política impongan el autogobierno o la ausencia de vida política. Con semejante criterio, concluye Dabin, muchos pueblos, pasado y presentes que no se han ajustado a la condición obligatoria del autogobierno, quedarían relegados a la condición de la plena barbarie.

#### B. *La “libertad” e “igualdad” naturales*

La libertad natural constituye, afirma Dabin, la piedra angular de la teoría del contrato de Rousseau (*Du contrat social*, I. II, c. IV; I. IV, c. II). Ahora bien —argumenta sobre la premisa de la natural politicidad del hombre—, la sociedad política es sociedad necesaria, y por tanto respecto de ella no cabe sostener la libertad de integrarla o no integrarla. Luego, concluye Da-

<sup>443</sup> *Doctrina general del Estado*, pp. 186 y 187.

bin, de la inexistente libertad para vivir fuera del Estado no se pude deducir un derecho a determinada participación en la autoridad. Es decir que en el hombre recae la necesidad de la vida política, pero no el derecho al gobierno. Por otro lado, añade el autor, la libertad natural no se verá *per se* mejor resguardada obedeciendo a todos que obedeciendo a uno o a algunos. En cualquier caso, aun cuando se sostenga que el poder político se identifica con la voluntad general, aparece claro que la libertad natural no deja de verse disminuida por la entrada en sociedad política.

Por su parte, de la igualdad natural se pretende sacar una conclusión también inválida. Es verdad que nadie ha sido designado para el gobierno por el derecho natural; pero, sin embargo, de allí no se sigue en absoluto que entonces el derecho natural haya designado a todos para el gobierno (se trata del argumento de Bellarmino en *De laicis*, III, VI). Si bien es cierto que el concurso de los ciudadanos y la participación en la cosa pública contribuyen al buen gobierno, eso no significa que “todos”, es decir, la multiplicidad de individuos, sea de suyo la única capaz del ejercicio del mando.

### C. *La idea de nación*

Enseguida se plantea nuestro autor si acaso sustituyendo al *pueblo* por la *nación* se presentan las dificultades presentadas por la tesis de soberanía colectiva.

La nación, en la tesis del constitucionalismo revolucionario, comportaría la idea de una totalidad distinta de la sumatoria de los individuos en que consistiría el pueblo. Ahora bien —responde Dabin—, aun cuando se reconozca a esta idea de nación la entidad de una persona moral, esto es, de una realidad social,<sup>444</sup> en que lo múltiple de los individuos que la integran se conjuga con la unidad que le confiere el fin; de todas maneras no se solventa la dificultad. En efecto, el ejercicio de la autoridad puede hacerse *en nombre* de una persona moral, mas no *por* una persona moral. Pues son personas físicas determinadas, concluye Dabin, quienes siempre ejercen la dirección de los asuntos comunes. A esta objeción se suma la anteriormente plantea-

<sup>444</sup> Para Dabin habría que decir “supuesto pero no concedido” que la suma de individuos sea persona moral. Pues la persona moral posee fin común y organización en función de tal fin. Luego, si la nación fuera persona moral de naturaleza política ya se estaría hablando del Estado (y no hay Estado sin autoridad). La suma de los nacionales, por el contrario “no forma una persona ni siquiera una realidad distinta... de la suma de los nacionales”, remata Dabin. Sobre la “nación” *cfr. supra*.

da: así como no hay individuos designados por la naturaleza para gobernar, tampoco la naturaleza ha designado al número *qua* para hacerlo.

En conclusión, para ser sujeto del derecho de mando se exige ser capaz del ejercicio del mando. Y éste no se identifica con la facultad de designar.

#### D. *El caso de las asociaciones privadas*

Cabe aducir a favor de la soberanía política colectiva que en las sociedades privadas no naturales (es decir, con excepción de la familia), la dirección de los asuntos comunes la ejerce la asamblea societaria, por sí o por medio de delegados revocables. Luego, sería el caso suponer que esta nota constituye un elemento esencial a toda asociación, un principio inherente a la naturaleza de la asociación, ya se trate de un grupo privado o de uno público.

A esta objeción contesta Dabin que no toda asociación de derecho privado es dirigida por la asamblea general. Las hay donde uno o algunos individuos son instituidos por la ley o por los estatutos societarios para el ejercicio de la dirección de la asociación. Tales instrumentos legales establecerán desigualdades que estarán justificadas, acota el autor, en la medida en que la función de la dirección recaiga sobre los capacitados para la conducción de la sociedad a su fin común. Pero hay una observación más fundamental aún que invalida la conclusión por la cual se pretende atribuir a toda asociación la dirección colectiva por sus miembros.

Las asociaciones privadas se componen de un número relativamente limitado de miembros. Además, tales miembros se han nucleado libremente a partir del interés en la persecución de un objeto societario específico; lo cual hace presuponer que poseen por lo menos una cierta competencia en el acotado ámbito en el que se desarrollará la acción de la asociación. Por el contrario, la sociedad política es necesaria (y aquí Dabin vuelve a asumir como un principio la tesis aristotélica de la politicidad natural), y reúne a una multitud enorme de individuos con competencias muy dispares, que no coinciden en la mayor parte de los casos en poseer las capacidades variadas y específicas que corresponden al fin complejo del Estado. Luego la masa de ciudadanos aparece a la vista como menos capacitada que la masa societaria en el derecho privado para el ejercicio de la autoridad y la inescindible titularidad de ésta —planteada, además, con carácter de principio universal—.<sup>445</sup>

<sup>445</sup> *Doctrina general del Estado*, pp. 187-191.

4. *Conclusión: las formas de gobierno son de derecho positivo*

Así pues, no aparece requerido por la naturaleza —antes al contrario— que el ejercicio de la función potestativa sea desempeñado por la multitud. En otros términos, y reiterando la afirmación que estampó en las conclusiones parciales, para Dabin el derecho natural no impone ninguna solución respecto de las formas de gobierno como *universalmente válida*. Las mejores (*i. e.*, más legítimas) respuestas de la comunidad y de sus élites dirigentes dependerán de las circunstancias de tiempo y lugar, así como de las cualidades del pueblo que debe ser conducido a su bien común. La forma de gobierno (solución) indicada por el derecho natural consistirá, por todo lo dicho, en la concreción de los principios básico de rectitud práctico-política a tales circunstancias contingentes y variables.<sup>446</sup>

<sup>446</sup> *Ibidem*, p. 19.