

Capítulo II

1. Algunos antecedentes	39
2. Las ideas revolucionarias de la soberanía	41
3. Rousseau y la idea de la soberanía popular	42
4. La idea de la soberanía nacional	45
5. Las diferencias entre la idea de soberanía popular y la de soberanía nacional en cuanto al régimen representativo	50
6. La idea de soberanía nacional y los representantes nacionales. Su diferencia con la idea de la soberanía popular	59
7. Diferencias que separan la idea de la soberanía nacional de la de la soberanía popular respecto al sufragio	64

CAPÍTULO II

Como lo hemos de evidenciar más adelante, ha sido probado por acuciosos estudios que en el pensamiento constitucional latinoamericano y, de una manera más específica aún, en las ideas de éste acerca de la soberanía tuvieron una gran influencia las ideas revolucionarias francesas. Ésta es la razón que justifica dedicar un capítulo aparte a la revisión, así sea somera, de esas ideas.

1. Algunos antecedentes

Aunque se pueden señalar algunas importantes aportaciones doctrinarias a las ideas de la soberanía, v.gr. en Bellarmin, Bodin, Jean de París, Marsilio de Padua, los Monarcómacos, etcétera, para no citar sino a la doctrina francesa, excedería a nuestro propósito el revisarlos a todos. Sólo mencionaremos, pues, a aquellos que de manera directa, influyen en las instituciones.

Duguit nos descubre algunos antecedentes de la idea de la soberanía del pueblo harto interesantes.⁹¹ Esta idea —según él— es enunciada prácticamente en los Estados Generales del rey Juan, en 1355-56, en donde se afirmó que el poder político provenía del pueblo. Un siglo más tarde, en el seno de los Estados Generales de Tours, que tuvieron lugar en 1484 durante la minoría del rey Carlos VIII, la misma democrática idea es expresada con mayor precisión, pues plantea la idea de la retroversión de la soberanía a su titular originario. Efectivamente, en un célebre discurso Philippe Pot decía:

¿Cuál es, en Francia, la potestad que tiene el derecho de regular la marcha de los asuntos cuando el rey es incapaz de gobernar? Evidentemente esta carga no retorna ni a un príncipe, ni al consejo de los príncipes, sino al pueblo *dador del poder*.⁹²

⁹¹ Cfr. Duguit, León. *Traité de Droit Constitutionnel*. Op. cit., t. I, p. 425.

⁹² *Journal de Jehan de Masselin* en "Documents inédits sur l'histoire de France". 1835, p. 18. Citado por Duguit, L. *Traité de Droit Constitutionnel*. Op. cit., t. I, p. 425.

Esta idea volvería a campear posteriormente, no era todavía su momento histórico de aparecer, y aún faltaban muchas vicisitudes para que cobrara fuerza. Tocábale a la soberanía del monarca su hora.

En efecto, ante la necesidad de afianzarse frente a los demás poderes que le disputan la hegemonía, los monarcas de esas comunidades en vías de transformarse en Estados nacionales de Europa y, de manera específica, el de Francia, se ven urgidos por justificar doctrinalmente su lucha política. Como se ha visto, la idea de soberanía cumplió tal función al encarnarse e identificarse con el monarca.

En el último estadio evolutivo del Derecho Público del *ancien régime* la realeza francesa fundaba la legitimidad de sus títulos de mando en la concepción teocrática del derecho divino, cuya base es el principio que toda potestad viene de Dios. Consecuentemente, la monarquía francesa se basaba en la idea de que Dios había designado y predestinado a una familia para ejercer hereditariamente y en su nombre la potestad soberana sobre los franceses. El rey lo era, pues, por la gracia de Dios.

El paulatino desarrollo de esta teoría, a partir de la etapa final del antiguo régimen, es explicable pues cuadra armoniosamente con el carácter absoluto de la monarquía francesa, tal y como se va edificando desde Luis XI hasta Luis XIV, sirviéndole así, de justificación. En virtud del principio enunciado, el rey no debía rendir cuentas más que a la divinidad y no era en manera alguna responsable frente al pueblo, pues era el titular de un poder ilimitado y exclusivo conferido sólo por Dios, cuya voluntad representaba su único límite. La idea de soberanía en este sistema estaba hermanada con la omnipotencia y se expresaba en el viejo adagio: *Si veut le roi, si veut la loi*, y en la fórmula con la que el rey cerraba sus edictos y ordenanzas: *car, tel est notre plaisir*. Por otra parte, el poder real recaía exclusivamente en el monarca, pues, a fuer de vicario de Dios en los asuntos seculares, concentraba en sí mismo toda la potestad del Estado, cualquiera que fueran sus formas o funciones. Es ésta la razón por la que ninguna de las atribuciones de esta potestad podían ser ejercidas por persona diferente a él, sino por una delegación que el monarca mismo hiciera y que no podía concernir más que a su ejercicio. Así, cierta o no la célebre frase atribuida al “Rey Sol”. *L’Etat c’est moi*, expresa una verdad histórica irrefutable: en la monarquía absoluta fundada sobre la concepción teocrática de derecho divino el Estado se encarna en la persona del monarca, al punto que se confunden, pues el rey es portador de toda la potestad estatal.

2. Las ideas revolucionarias de la soberanía

Con el fin de asegurar la hegemonía que históricamente estaba destinada a ejercer, la burguesía necesitaba demoler la rígida estructura feudal jerarquizada en estamentos, órdenes, privilegios, etcétera, y hacer triunfar sus concepciones programáticas políticas. Una de estas concepciones fundamentales es la de proponer un nuevo orden social, reformulando totalmente el del antiguo régimen. La nueva comunidad política, personificada en el Estado, no está formada por estamentos, grupos o corporaciones con intereses particulares, sino que se integra únicamente de individuos iguales los unos de los otros ante la ley y entre los cuales no se puede establecer ninguna distinción política nacida de su diferente posición económica. Y es en ella donde el Estado encuentra su fuente de legitimidad.

El arma conceptual utilizada es, pues, un derecho natural de nuevo cuño que entraña una verdadera revolución en el campo de las ideas; se sustituye la concepción teológico-iusnaturalista del derecho divino de los reyes a gobernar, por la democrática idea de la nación o del pueblo como creadores del poder.⁹³ La traslación de la titularidad de la soberanía que se hace del monarca a la comunidad de los hombres parificados por el Derecho, cobra el carácter de un mito religioso⁹⁴ que tiene una real fuerza material y que logra conmover a la sociedad en sus cimientos transformándola radicalmente.

La idea de Derecho es completamente transformada también, al punto que todo el sistema jurídico-político es modificado desde sus bases. Ahora bien, fuerza es constatar que en la estructuración del nuevo Derecho Público francés nacido de esta revolución y vigente hasta nuestros días, dos son las ideas de soberanía que se encuentran y chocan entre sí porque, aunque aparentemente sean semejantes, difieren radicalmente en cuanto a sus alcances y consecuencias prácticas. Me refiero a las ideas de filiación rousseauiana que postulan el principio de la soberanía popular y a las nacidas de la Asamblea constituyente revolucionaria, surgida de los acontecimientos de 1789, que sostienen la idea de la soberanía nacional.

⁹³ Cfr. Habermas, Jürgen. *Derecho natural y revolución*, en "Teoría y Praxis". Col. Estudios Alemanes. Buenos Aires. Ed. Sur, 1966 (trad. D. J. Vogelmann), pp. 68-69.

⁹⁴ Cfr. Tocqueville, Alexis de. *L'ancien régime et la Révolution*. Col. Idées. Saint-Amand (Cher), Gallimard. 1968, p. 68.

Veamos, comparándolas, en qué difieren estas ideas, haciendo desde ahora la aclaración que aunque publicistas y escritores, hombres políticos y oradores le han dado una valor nominal considerable a las ideas del Contrato Social, es en el fondo la idea de la soberanía nacional la que impregna la mayor parte de las instituciones consagradas en las constituciones francesas que han estado vigentes. Pues, excepción hecha de la constitución “montañesa” de 1793 que trató de poner en práctica la idea de la soberanía del pueblo, de hecho los principios fundamentales del Derecho Público francés y la organización de los poderes han sido concebidos dentro del espíritu de la soberanía nacional y orientados en ese sentido.⁹⁵

3. Rousseau y la idea de la soberanía popular

A Rousseau se le puede considerar como el antecedente premarxista más importante de las concepciones democráticas, sin embargo, sus ideas adolecen de una inevitable limitación histórica: la no emergencia del proletariado como clase que empieza a organizarse como tal, le impidió hacer una crítica radical de la propiedad privada y de la sociedad fincada en ella.⁹⁶ Pero, esta labor le correspondería a Marx.

Rousseau parte de su concepción del individuo humano como valor o persona al que le es consustancial su libertad, como un derecho natural imprescriptible, absoluto y presocial. Y aunque es cierto que a través de esta idea del contrato social contribuye históricamente a realizar la igualdad, no lo es menos que esta libertad y esta igualdad son en él, formales, abstractas, jurídicas y, por ende, míticas y extrahistóricas. Rousseau creía emancipar a todo el pueblo y sólo se refería en realidad al hombre *común* burgués y dejaba fuera al “hombre *común* en cuanto *específicamente* trabajador, y como tal hombre de *masa*, hombre *social* por exclusión si se tiene en cuenta que en él se manifiesta de modo eminente la naturaleza *orgánica* y *organizadora del trabajo*”.⁹⁷

⁹⁵ Cfr. Carre de Malberg, R. *Contribution à la théorie Générale de l'État*. Paris, Recueil Sirey, 1922. (Reimpresión fotomecánica del Centre National de la Recherche Scientifique, 1962), t. II, pp. 167 y 530.

⁹⁶ En el “Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres”, Rousseau no critica a la propiedad en general, sino sólo a aquella que se presenta directamente como fuente de dominación política entre los hombres. Véase Córdova, A. *Sociedad y Estado en el mundo moderno*. Op. cit., p. 451.

⁹⁷ Della Volpe, Galvano. *Rousseau y Marx*. Buenos Aires, Platina, 1963 (trad. R. V. Raschela), pp. 17-18.

El problema fundamental cuya solución busca el *Contrato Social* es el de

encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca no obstante, sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes.⁹⁸

La cláusula esencial de este contrato consiste en que “cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general y recibimos en cuerpo cada miembro como parte indivisible del todo”.⁹⁹ Este contrato es fundamento de la sociedad, del Estado y de la soberanía, pues su objeto no es solamente producir un “cuerpo moral y colectivo” con las personas de cada uno de los contratantes, sino también y esencialmente crear en el seno de la sociedad una autoridad pública, suprema instancia que resuelva los asuntos de la comunidad. En virtud del contrato, los asociados forman el “pueblo”, que no es sino esta suprema instancia; e individualmente cada uno de ellos es “ciudadano”, en tanto que participe de la autoridad soberana y “súbdito” por estar sometido a las leyes del Estado. Esta “voluntad general” o “yo común” es, entonces, el soberano ya que según Rousseau,

así como la naturaleza da a cada hombre un poder absoluto sobre sus miembros, el pacto social da al cuerpo político un poder absoluto sobre todos los suyos y es este mismo poder el que, dirigido por la voluntad general, lleva, como ya dije, el nombre de soberanía.¹⁰⁰

Y no siendo esta soberanía, sino el ejercicio de la voluntad general, es inalienable¹⁰¹ y, en tanto que la voluntad es general, es indivisible.¹⁰²

Ahora bien, como se ha visto, cada miembro contratante es participe individualmente de la autoridad soberana, por tanto, está llamado a concurrir con su voto y con su voluntad a la formación de la voluntad general ya que ésta se compone de tantos “miembros” como “votos” tiene su “asamblea”, de aquí resulta que la soberanía tiene esencialmente su sede en el pueblo, es decir, en los individuos mismos de los

⁹⁸ Rousseau, J. J. *Du Contrat Social*. Gèneve, Les éditions du cheval ailé, 1947. L. 1º, Ch. VI, p. 191.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 192.

¹⁰⁰ *Ibid.*, L. 2º, Ch. IV, p. 214.

¹⁰¹ *Ibid.*, L. 2º, Ch. I, p. 206.

¹⁰² *Ibid.*, L. 2º, Ch. II, p. 208.

que el pueblo se compone, en cada uno de los miembros de ese pueblo contados uno a uno. Esta idea la concreta afirmando que el soberano no está formado sino de las partículas que lo componen.¹⁰³ Y más adelante también en una idea que, como es fácil advertir, deriva de su concepción del individuo valor:

supongamos que el Estado está compuesto de diez mil ciudadanos. El soberano no puede ser considerado como individuo. Así el soberano es el súbdito como diez mil es a uno; es decir que cada miembro del Estado no tiene por su parte sino la diezmilésima parte de la autoridad soberana, aunque esté sometido enteramente a ella.¹⁰⁴

Si la soberanía es la voluntad general o, lo que es lo mismo, si la voluntad general detenta la soberanía por ser voluntad general es a ella a quien corresponde legislar. En efecto, dice Rousseau:

es superfluo preguntar a quién corresponde hacer las leyes, puesto que ellas son actos que emanan de la voluntad general... Las leyes no son propiamente sino las condiciones de la asociación civil. El pueblo sumiso a las leyes debe ser su autor únicamente a los que se asocian corresponde regular las condiciones de la sociedad.¹⁰⁵

Además, Rousseau lleva su convicción de concebir al pueblo como legislador al punto que lo hace participar directamente en la formulación de la ley y así puede afirmar: "Toda ley que el pueblo en persona no ha ratificado es nula; no es una ley..."¹⁰⁶ Introduce de esta manera la práctica del referéndum.

Por otra parte, Rousseau llama ley al acto por el que

todo el pueblo estatuye sobre todo el pueblo, no se considera más que a sí mismo; y si se forma entonces una relación, es la del objeto entero bajo otro punto de vista, sin ninguna división. La materia sobre la cual se estatuye es general como la voluntad que estatuye.¹⁰⁷

Aunque es cierto que Rousseau distingue las leyes políticas o fundamentales como las que "regulan la relación del todo con el todo,

¹⁰³ *Ibid.*, L. 1º, Ch. VII, p. 196.

¹⁰⁴ *Ibid.*, L. 3º, Ch. I, p. 254.

¹⁰⁵ *Ibid.*, L. 2º, Ch. VI, p. 225.

¹⁰⁶ *Ibid.*, L. 3º Ch. XV, p. 307.

¹⁰⁷ *Ibid.*, L. 2º, Ch. VI, p. 224.

o del soberano para con el Estado”, de las civiles, penales y de los usos, costumbres y opinión,¹⁰⁸ no lo es menos que de su definición de ley se desprende que ésta es una manifestación de la voluntad general y que es al pueblo a quien corresponde emitirla imperativamente sin importar su objeto. Parece entonces desprenderse que en el “ginebrino” no existe la diferencia que más tarde aparece entre poder constituyente y autoridad legislativa, pues para él, en todos los casos es el soberano el que interviene y, en consecuencia, no existe la distinción que, como veremos, aparece también más tarde entre ley fundamental —en sentido de intangible— y ley ordinaria, ya que afirma: “si el orden establecido es malo, ¿por qué considerar como fundamentales leyes que le impiden ser bueno? Además, en todo estado de causa, un pueblo es siempre dueño de cambiar sus leyes, aún las mejores...”¹⁰⁹ Es más, para el autor del “Emilio” semejante distinción carece de razón de ser. Efectivamente, por una parte la voluntad general, en tanto que legislador soberano, no puede estar sometida a una voluntad superior a la suya, pues, “no hay ni puede haber ninguna especie de ley fundamental obligatoria para el cuerpo del pueblo, ni aun el mismo contrato social”.¹¹⁰ Por otra parte, la finalidad práctica de tal distinción fue, como veremos, la de colocar fuera del alcance de la autoridad legislativa ordinaria a los derechos y principios consagrados en las leyes fundamentales, y en la doctrina de Rousseau no existen derechos individuales concebidos como intangibles, ya que el contrato social se realiza bajo la base de “la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a la comunidad entera”.¹¹¹

Estas ideas representan, precisamente, la piedra de toque que de manera radical separa las ideas de la soberanía popular de las de la soberanía nacional.

4. *La idea de la soberanía nacional*

Aunque de manera general se puede afirmar que las ideas que postulan la soberanía nacional tienen su origen en Rousseau, la interpre-

¹⁰⁸ *Ibid.*, L. 2º, Ch. XII, pp. 249 y 250.

¹⁰⁹ *Ibid.*, L. 2º, Ch. XII, p. 249.

¹¹⁰ *Ibid.*, L. 1º, Ch. VII, pp. 194-195.

¹¹¹ *Ibid.*, L. 6º, Ch. VI, p. 192.

tación que de él hacen las lleva a diferir en sus alcances y consecuencias.

En efecto, de la idea del “Contrato Social”, por el que el acto de asociación produce un cuerpo moral y colectivo que recibe de ese contrato un “yo común”, una “vida”, una “voluntad”, la Asamblea Nacional de 1789 infiere la concepción de la unidad orgánica de la nación y transfiere la soberanía a la nación-persona.¹¹² Y el autor que formula esta concepción de manera más coherente y acabada es, sin duda alguna, el abate Sieyès.

Como ya se ha visto, la burguesía hace valer la idea que la nueva comunidad política, el Estado, se integra no por estamentos y corporaciones con intereses particulares, sino por individuos iguales entre los que no existe distinción política. Así, para Sieyès, el verdadero objeto de una asamblea nacional no es el de “ocuparse de los asuntos particulares de los ciudadanos”, ya que ésta “no los considera sino en masa y bajo el punto de vista del interés común”.¹¹³ De acuerdo con esto, define a la nación como un “cuerpo de asociados viviendo bajo una ley común y representados por la misma legislatura”.¹¹⁴ Entonces, la voluntad nacional para Sieyès, es “el resultado de las voluntades individuales, como la nación es el conjunto de los individuos”.¹¹⁵ Hasta aquí parece no diferir fundamentalmente de Rousseau, para quien el soberano está formado por los particulares que lo componen, por lo que coinciden en considerar al ciudadano como la célula integrante de la nación.

Sin embargo, a esta concepción —que conduce a Rousseau a afirmar la soberanía del ciudadano individualmente— se habría de superponer la de la unidad orgánica de la nación, que ya está en cierta medida implícita en el concepto que del ciudadano nos proporciona Sieyès.¹¹⁶ En efecto, afirma que

el derecho a hacerse representar no pertenece a los ciudadanos sino a causa de las cualidades que les son comunes y no en razón de las diferencias. Las ventajas por las cuales los ciudadanos difieren entre ellos están más allá

¹¹² Cfr. Hauriou, André. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. Op. cit., p. 303.

¹¹³ Sieyès, E. *Qu'est-ce que le Tiers État?* Op. cit., p. 88.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 31.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 85.

¹¹⁶ Cfr. Carre de Malberg, R. *Contribution à la Théorie Générale de l'État*. Op. cit., pp. 240, 241 y 242.

del carácter de ciudadano. Las desigualdades de propiedad y de industria son como las desigualdades de edad, sexo, tamaño, etcétera. No desnaturalizan la igualdad cívica... Los intereses por los cuales se reúnen son entonces los únicos... en nombre de los que pueden reclamar derechos políticos, es decir, una parte activa a la formación de la ley social, los únicos en consecuencia que imprimen al ciudadano la calidad representable.¹¹⁷

La intención era obvia, se trataba de extender a todos la condición de burgués, haciendo de las diferencias sociales, simples diferencias de la vida privada, sin importancia en la vida política. Todos eran igualmente representables en el “cielo” político, aunque fueran desiguales en la “tierra” de las relaciones sociales. Pero si se aceptaba la idea de Rousseau tal cual, la conclusión necesaria era que todo ciudadano tenía derecho a la representación y a ser admitido al electorado. En cambio, si en lugar de hacer residir la soberanía originalmente en la persona individual de todos los miembros del pueblo y en cada uno de ellos, se transfería a la totalidad indivisible de la nación-persona, se negaba la participación del ciudadano a la soberanía y se concedía el derecho de representación solamente a la unidad orgánica de la nación, con lo que era posible explicar cómo la privación del derecho de voto a ciertos sectores de ciudadanos, no les impedía el hecho de seguir siendo representados, pues se reputaban representados indirectamente, a continuación y por intermedio de la nación.

Esta concepción vendría a ser recogida en el artículo 3 de la “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano” de 26 de agosto de 1789: “El principio de toda soberanía reside en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo puede ejercer autoridad que no emane de ella expresamente.” Pero sería completada y recibiría su cabal formulación en el artículo 1º del título III de la constitución de 1791: “La soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible. Pertenece a la Nación; ninguna sección del pueblo, ni ningún individuo puede atribuirse su ejercicio.” También la constitución de 1795 recogería el mismo principio en los artículos 17, 18 y 19 de su declaración de derechos y en los artículos 1º y 2º del acta constitucional.

Al llamar nacional a la soberanía, se le hacía residir indivisiblemente en la nación entera y no divididamente en la persona o en un grupo de nacionales. A diferencia de Rousseau, la Asamblea Nacional rehusaba a los ciudadanos individualmente considerados, la menor participación en el ejercicio de la soberanía. Las únicas consecuencias son, por una

¹¹⁷ Sieyès, E. *Qu'est-ce que le Tiers État?* Op. cit., pp. 88, 89.

parte, que si un ciudadano se encuentra investido de una participación a la potestad pública se considera que por este hecho se encuentra ejerciendo la soberanía nacional y no su propia soberanía; se considera también que a este ejercicio no tiene una vocación personal, sino que sólo tiene acceso a él en virtud de la constitución y como resultado de una concesión nacional.¹¹⁸ Y por la otra, es que hay que encontrar el mejor sistema para extraer la voluntad nacional.¹¹⁹

Una de las aportaciones fundamentales para el constitucionalismo moderno, por las consecuencias teóricas e institucionales que entraña, es la teoría del poder constituyente de Sieyès, que está en íntima relación con la idea de soberanía nacional como veremos.

Adoptando las ideas de Rousseau, la constitución de 1791 consagró, en el artículo 1º del título III, el principio de la soberanía como *una, indivisible*, inalienable e imprescriptible. Sin reparar en la contradicción que se iba a crear, se agregó a dicha constitución, a guisa de preámbulo, la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, como es bien sabido. Y el artículo 16 de esta Declaración, inspirado en Montesquieu, recogió el principio de la *separación* de los poderes, que con el tiempo sería uno de los presupuestos de los regímenes liberales. A Sieyès corresponde el mérito de haber resuelto los términos de la antinomia.

Empieza por distinguir a la nación de su organización política, para afirmar la superioridad y anterioridad de aquélla y fundar así la independencia del poder constituyente y soberano de la nación: “Se debe concebir a las naciones sobre la tierra como individuos que estuviesen fuera del vínculo social o, como también se dice, en estado de naturaleza”. Y esto en razón a que

la nación se forma sólo por *derecho natural*; el gobierno, por el contrario no puede pertenecer más que al derecho *positivo*. La nación es todo lo que puede ser por el solo hecho de existir... ¿de quién, en efecto, habría podido la nación recibir una forma positiva? ¿Existe una autoridad anterior que haya podido decir a una multitud de individuos: Yo os reúno bajo tales o cuales leyes porque váis a formar una nación en las condiciones que yo prescribo?¹²⁰

¹¹⁸ Cfr. Carre de Malberg, R. *Contribution à la Théorie Générale de l'État*. Op. cit., pp. 174, 175, 194. Así como Duguit, L. *Manuel de Droit Constitutionnel*. París, E. de Boccard Éditeur, 1923, p. 21.

¹¹⁹ Cfr. Duguit, L. *Traité de Droit Constitutionnel*. Op. cit., t. 1, p. 436.

¹²⁰ Sieyès, E. *Qu'est-ce que le Tiers État?* Op. cit., pp. 68, 69.

Al igual que Bodin, Sieyès concibe a la instancia soberana colocada *supra leges* y permaneciendo *legibus solutus*. Pero, a diferencia del artífice del concepto de la soberanía, para quien el titular de ella es el monarca, Sieyès la hace residir en la nación, fundamentando de esta manera la anterioridad de la nación por encima de su constitución.¹²¹ De esta suerte, en tanto que soberana, la nación es siempre dueña de cambiar su constitución:

una nación no puede ni enajenar ni prohibirse el derecho de querer y, cualquiera que sea su voluntad, no puede perder el derecho de cambiarla desde el momento en que su interés así lo exija... Repitémoslo: una nación es independiente de toda forma y de cualquier modo que quiera, basta que su voluntad aparezca para que todo derecho positivo cese ante ella, como ante la fuente y dueño supremo de todo derecho positivo.¹²²

Si para Bodin la prueba que una entidad era soberana radicaba en que era titular de la facultad de emitir normas, para Sieyès la prueba de que la nación es soberana consiste en que es titular del poder constituyente. Ya estaba en aptitud de resolver la contradicción entre Rousseau que sostenía la indivisibilidad de la soberanía y Montesquieu que preconizaba la separación de los poderes. En efecto, aunque en la constitución la nación delega parte de su potestad a las diversas autoridades constituidas, se reserva siempre para ella el poder constituyente, con lo que se preserva la unidad originaria del poder, misma que se manifiesta en el ejercicio del derecho de modificar la constitución. Con su distinción entre poder constituyente y poderes constituidos se logra la conciliación de la antinomia, pues aunque en el acto de establecimiento constitucional se opere una separación y distribución de poderes, este acto es una manifestación de la unidad de poderes. No obstante que los poderes creados, constituidos y determinados sean múltiples y divididos, todos tienen su fuente común en un poder superior y único: el poder constituyente que indivisiblemente reside en la nación soberana.

Hemos dicho antes que esta teoría del poder constituyente acarrea enormes consecuencias no sólo teóricas sino institucionales, y sólo esquemáticamente señalaremos algunas.

¹²¹ "Pero que se nos diga según qué punto de vista, según qué interés se habría podido dar una Constitución a la Nación misma. La Nación existe ante todo, y es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, es la ley misma. Antes de ella, por encima de ella, no hay más que el derecho *natural*." En *Ibid.*, p. 67.

¹²² *Ibid.*, pp. 69 y 70.

Aunque la soberanía se encuentra, desde el punto de vista de su ejercicio, dividida y repartida entre las diversas autoridades constituidas, por el contrario, su unidad indivisible se encuentra mantenida originalmente en la nación, fuente constituyente única y común de todos los poderes políticos.

Conservando entre sus manos el poder constituyente, la nación no podría estar ligada por la constitución. A ella están sometidas las autoridades constituidas, pero no la instancia soberana, quien siempre será dueña de cambiarla.

El poder constituyente es un poder de decisión, creador, originario y no tiene límites jurídicos. A diferencia de los poderes constituidos que son poderes de ejecución, derivados, secundarios, limitados y determinados en su forma y actividad.¹²⁸

La distinción entre poder constituyente y poderes constituidos lleva de la mano a hacer la diferenciación entre ley fundamental o constitucional y ley ordinaria, según que emanen del poder constituyente o del legislador ordinario. La diferenciación tiene una gran importancia para el Estado de Derecho moderno, pues es un medio esencial de asegurar los derechos del hombre y del ciudadano, al fijar los límites de la potestad de las autoridades constituidas, sobre todo a la del legislador ordinario, imponiéndole en el acta constitutiva, normas superiores que no pudiera franquear, ni modificar. Elevando al rango de constitucionales los derechos de propiedad, libertad, seguridad, etcétera, el poder constituyente superior ponía los derechos de la burguesía a salvo.

5. Las diferencias entre la idea de soberanía popular y la de soberanía nacional en cuanto al régimen representativo

Rousseau concibió a la inalienabilidad y a la indivisibilidad como atributos de la soberanía. Y de la admisión de la inalienabilidad de la soberanía extrae la consecuencia lógica de la imposibilidad de su delegación. Para nuestro autor, si un pueblo es verdaderamente soberano no puede darse representantes, sin enajenar verdaderamente su soberanía.

Afirmo, pues —dice—, que no siendo la soberanía sino el ejercicio de la voluntad general no puede jamás enajenarse, y que el soberano, que no es

¹²⁸ Cfr. Cueva, Mario de la. *Apuntes para el curso de Derecho Constitucional* (mimeografiados). México. 1964.

más que un ser colectivo, no puede ser representado sino por él mismo: el poder se puede transmitir, pero no la voluntad.¹²⁴

Congruente con su pensamiento, Rousseau afirma la incompatibilidad del régimen representativo con la idea de soberanía popular. En efecto, la soberanía tiene su fuente y residencia en la voluntad general del pueblo y, como vimos arriba, no puede ser enajenada de la misma forma que no es susceptible de estar representada. En otras palabras, por ser la soberanía inalienable, el soberano no puede ceder a nadie el poder de querer, por representación, en su lugar. Y nos da el argumento:

El soberano puede decir, yo quiero actualmente lo que quiere tal hombre o al menos lo que dice querer; pero no puede decir: “lo que este hombre querrá mañana yo lo querré también”; puesto que es absurdo que la voluntad se de cadenas para el porvenir . . . Si entonces el pueblo promete simplemente obedecer, se disuelve por este acto, pierde su calidad de pueblo; desde el instante que hay un dueño ya no hay más soberano y desde ese momento el cuerpo político queda destruido.¹²⁵

Se puede concluir que para Rousseau el pueblo no transmite ni delega su soberanía y que no hay nadie, así sea electo popularmente, que pueda pretender expresar la voluntad general en su representación.¹²⁶

De esta manera, el pueblo puede instituir un gobierno, y no existiendo contrato entre pueblo y gobierno, éste no tiene el carácter de representante del pueblo y sólo es comitente de la voluntad general.

¿Qué es entonces un gobierno?, se pregunta. Un cuerpo intermediario establecido entre los sujetos y el soberano para su mutua comunicación, encargado de la ejecución de las leyes y del mantenimiento de la libertad tanto civil como política . . . Así, aquellos que pretenden que el acto por el que un pueblo se somete a unos jefes, no es un contrato, tienen gran razón. No es absolutamente sino una comisión, un empleo en el que simples oficiales del soberano ejercen en su nombre el poder del que él les ha hecho depositarios.¹²⁷

Todo parece conducir en el “Contrato Social” a la instauración de

¹²⁴ Rousseau, J. J. *Du Contrat Sociel. Op. cit.*, L. 2º, Ch. I, p. 206.

¹²⁵ *Ibidem.*

¹²⁶ Cfr. Carre de Malberg, R. *Contribution à la Théorie Générale de l'État. Op. cit.*, p. 204.

¹²⁷ Rousseau, J. J. *Du Contrat Social. Op. cit.*, L. 3º Ch. I, pp. 252-253.

una democracia directa en la que el pueblo, en tanto que soberano, legisla y se gobierna por sí mismo, negando así el sistema representativo. Sin embargo, al no encontrar Rousseau, otra solución al problema del Estado moderno que es un Estado de proporciones que la *Polis* griega no conoció, se ve precisado a introducir a pesar suyo, como un mal inevitable y como una derogación enojosa al principio de la soberanía popular, ciertos elementos del régimen representativo:

Uno de los más grandes inconvenientes de los grandes Estados, aquél de entre ellos que hace más difícil conservar la libertad, es que la potestad legislativa no puede ahí mostrarse ella misma y no puede actuar más que por diputación. Esto tiene su [aspecto] malo y su [aspecto] bueno, pero lo malo lleva la ventaja.¹²⁸

No obstante, no deja de ser vigente la conexión que establece entre su idea de soberanía popular y su firme convicción de hacer participar directamente al pueblo en el proceso legislativo. Por esta razón, se puede afirmar que las instituciones que ponen en práctica la democracia semidirecta son el lógico corolario en que se materializa la idea de la soberanía popular, ya que estas instituciones son las únicas que la hacen efectiva.

Las ideas que sostienen el principio de la soberanía nacional y que hacen titular del poder soberano a la nación, entidad abstracta, ponen en entredicho las prerrogativas del pueblo real, toda vez que niegan al ciudadano *ut singuli* cualquier participación en la formación de la voluntad general y, por ende, niegan al pueblo la calidad de órgano del Estado. Por el contrario, las ideas de filiación rousseauiana que postulan el principio de la soberanía popular al afirmar la soberanía del ciudadano, restituyen a los individuos el derecho que les es inherente en regímenes verdaderamente democráticos de tener una voluntad personal en materia política y de manifestarla sin obstáculos. De ahí que en instituciones propias de la democracia directa o semidirecta, tales como el referéndum, el referéndum de arbitraje, el veto popular, la iniciativa popular de reforma constitucional o la simple iniciativa popular legislativa, se pueda encontrar una evidente relación con la idea de la soberanía del pueblo.¹²⁹

¹²⁸ Rousseau, J. J. *Considerations sur le gouvernement de Pologne et sur sa reformation projetée en avril 1772*. En "Du Contrat Social", París, Garnier, 1969, p. 362.

¹²⁹ Cfr. Burdeau, Georges. *Traité de Science Politique*. París, L. G. D. J. 1970, t. v, p. 249.

La constitución de 24 de junio de 1793, llamada “montañesa”, fue el documento de la época que trató de positivizar las ideas rousseauianas de la soberanía popular. En el artículo 25 de su declaración de derechos afirma que “la soberanía reside en el pueblo; es una e indivisible, imprescriptible e inalienable”. Las consecuencias de la adhesión a la idea de soberanía popular son múltiples, “un pueblo —dice el artículo 28 de la misma declaración— tiene siempre el derecho de revisar, de reformar y de cambiar su constitución. Una generación no puede sujetar a sus leyes a las generaciones futuras”. El artículo 29, por su parte, reivindica el derecho del ciudadano *ut singuli* a coparticipar en la soberanía: “cada ciudadano tiene un derecho igual de concurrir a la formación de la ley y a la nominación de sus mandatarios o de sus agentes”. Bajo el título de “la soberanía del pueblo” el acta constitucional dedica un capítulo a reafirmar esta idea y en el artículo 7 concibe al pueblo soberano como “la universalidad de los ciudadanos franceses”. Finalmente, el artículo 10 expresa la voluntad de que esa participación popular exista: “él [el pueblo] delibera sobre las leyes”.

No obstante, los partidarios de la soberanía nacional irían a extraer una consecuencia radicalmente opuesta. En efecto, al derruir la estructura del edificio feudal y los cimientos sobre los que ésta se encontraba erigida, la burguesía se vio precisada a formular un nuevo proyecto de sociedad y una nueva comunidad política basada en presupuestos también nuevos. Contaba, por un lado, con la experiencia histórica de las democracias clásicas, y por el otro, con su reciente vivencia del absolutismo monárquico. Optó por un tercer camino, que en el fondo trasluce horror y desprecio por el pueblo-masa y que excluye las otras dos soluciones: el sistema representativo.

En una célebre conferencia pronunciada en 1819, titulada “De la libertad de los antiguos comparada a la de los modernos”, Benjamín Constant pintó con magistral mano, a propósito de la libertad, los contrastes entre democracia y régimen representativo. Revisemos algunos de ellos:

Admitiendo el sometimiento completo del individuo a la autoridad del conjunto los antiguos concebían a la libertad como el ejercicio colectivo y directo de las diferentes partes de toda la soberanía, era entonces el derecho

a deliberar en la plaza pública sobre la guerra o la paz, a concluir tratados de alianza con los extranjeros, a votar leyes, a pronunciar sentencias, a exa-

minar las cuentas, la gestión de los magistrados, a hacerlos comparecer ante todo el pueblo, a acusarlos, condenarlos o absolverlos . . . ¹³⁰

Cosa muy diferente sucede en las sociedades modernas, constata el autor del “Adolfo”, pues para los modernos,

el individuo en la vida privada no es, aún en los Estados más libres, soberano sino en apariencia. Su soberanía está restringida, casi siempre suspendida y, si, en épocas fijas, aunque escasas, durante las cuales está envuelto en precauciones y trabas, ejerce esta soberanía, no es nunca sino para abdicar de la misma. ¹³¹

Concluye asimilando libertad y soberanía, pues en las democracias antiguas, aquella “comprendía la participación activa y constante al poder colectivo”. En tanto que —dice Constant— “nuestra libertad se debe componer del goce pacífico de la libertad privada. La parte que en la antigüedad cada uno tenía de la soberanía nacional, no era, como en nuestros días, una suposición abstracta”. ¹³²

En la entrega que de sí mismo hace el hombre moderno a la conquista del bienestar privado, nos descubre más tarde con sorprendente claridad, el secreto por el que éste abdica de esa libertad-participación de la que gozó el ciudadano de las antiguas democracias: en la ciudad antigua

en tanto que el hombre consagraba más tiempo y fuerza al ejercicio de sus derechos políticos, tanto más se creía libre; en la especie de libertad de que somos susceptibles en tanto que el ejercicio de nuestros derechos políticos nos deje más tiempo para nuestros intereses privados, tanto más la libertad nos será preciosa. ¹³³

Y es sobre esta base que hace radicar el sistema representativo al concebirlo como

la organización por medio de la cual una nación descarga sobre algunos individuos lo que no puede o no quiere hacer ella misma . . . El sistema representativo es una procuración otorgada a un cierto número de hombres por la

¹³⁰ Constant, B. *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*. Op. cit., p. 146.

¹³¹ *Ibid.*, p. 147.

¹³² *Ibid.*, p. 150.

¹³³ *Ibid.*, p. 153.

masa del pueblo que quiere que sus intereses sean defendidos y que empero no tiene el tiempo de defenderlos siempre ella misma . . . ¹³⁴

Uno de los antecedentes doctrinarios franceses más importantes de la concepción del sistema representativo, lo constituye, sin género de duda, el barón de Montesquieu. El autor del “Espíritu de las Leyes” basa su concepción en un argumento que plantea con anticipación y lucidez uno de los puntos de debate más trascendentales de la Teoría política moderna, a saber: el problema de las élites como las únicas entidades legitimadas para gobernar. Este argumento se funda ante todo en la convicción de que en los grandes Estados modernos la masa común de los ciudadanos no posee en grado suficiente la capacidad y la prudencia para autogobernarse y decidir su propio destino eligiendo las medidas adecuadas al interés comunitario. Esta razón hace concebir como peligroso el régimen democrático, por lo que al pueblo-masa sólo se le concede una forma de participación: el simple derecho a escogerse representantes, esto es, hombres ilustrados tomados de la élite de ciudadanos y que poseen las aptitudes necesarias para dirigir los asuntos del Estado. Es de esta manera como el autor de “Lettres Persannes” entiende la representación:

El pueblo es admirable para escoger a quienes debe confiar una parte de su autoridad . . . Pero, ¿sabrá conducir un asunto, conocer los lugares, las ocasiones, los momentos y aprovechar de ellos? No, él no lo sabrá . . . La gran ventaja de los representantes es que son capaces de discutir los asuntos. El pueblo no es idóneo al efecto, lo que hace uno de los grandes inconvenientes de la democracia . . . Había un gran vicio en la mayor parte de las antiguas repúblicas: es que el pueblo tenía ahí derecho de tomar resoluciones activas y que exigen alguna ejecución, cosa para la que es enteramente incapaz. No debe entrar en el gobierno sino para escoger sus representantes, lo que está muy a su alcance. El cuerpo representante no debe ser escogido para tomar alguna resolución activa . . . sino para hacer leyes . . . Así la potestad legislativa será confiada . . . al cuerpo que será escogido para representar al pueblo. ¹³⁵

En el seno de la Asamblea constituyente el mismo argumento de

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ Montesquieu. *L'Esprit des Lois et la querelle de l'esprit des lois*. en “Oeuvres complètes”. Col. L'Intégrale. París, Seuil, 1964. Libro II. Cap. 2º, p. 533 y Libro XI, Cap. 6º, pp. 587 y 588.

fondo es empleado por el teórico que tuvo una influencia definitiva, el abate Sieyès:

los pueblos europeos modernos se parecen bien poco a los antiguos pueblos. No se trata entre nosotros más que de comercio, de agricultura, de fábricas; el deseo de riqueza no parece hacer de todos los Estados de Europa sino vastos talleres. También los sistemas políticos hoy en día están exclusivamente fundados en el trabajo. Estamos entonces forzados a no ver en la mayor parte de los hombres sino máquinas de trabajo . . . Una enorme pluralidad de nuestros conciudadanos no tiene ni suficiente instrucción, ni suficiente ocio para querer ocuparse directamente de las leyes que deben gobernar Francia; su opinión es entonces la de nombrar representantes; y puesto que es la opinión de los más, los hombres ilustrados deben someterse a ella como los otros.¹³⁶

Sieyès hace de la representación la base misma de toda la organización política y, lejos de considerarla como un mal necesario, es para él el mejor sistema de gobierno. Para el “Descartes de la política” no es indispensable que el pueblo se gobierne a sí mismo para que la libertad esté a salvo y aún da a entender que por más de un concepto, los ciudadanos acrecientan su libertad haciéndose representar por “la parte del establecimiento público” que se encuentra organizada para este efecto. Son otras, pues, las razones que justifican en Sieyès al régimen representativo, ya que no utiliza más el argumento rousseauniano de que ante la dimensión de los Estados modernos exista la imposibilidad de hacer hablar al pueblo directamente.

Reina —dice— un error gravemente perjudicial: el de que el pueblo no debe delegar más poderes que aquellos que no pueda ejercer por sí mismo. Se vincula a este pretendido principio la salvaguarda de la libertad. Es como si se quisiera probar a los ciudadanos que tienen necesidad por ejemplo, de escribir a Bordeaux, que ellos conservarán mejor su libertad, si se reservan el derecho de llevar sus cartas ellos mismos, pues lo pueden hacer, en lugar de confiar su cuidado a esa parte del establecimiento público que de ello se encarga. ¿Podemos ver los verdaderos principios en tan mal cálculo?¹³⁷

La libertad, entonces, que tanto Constant como Sieyès conciben como atributo del hombre moderno, no es una libertad *para*, sino

¹³⁶ *Archives Parlementaires*, 1^ª Serie, t. VIII, p. 592. Citado en Carre de Malberg, R. *Contribution à la Théorie Générale de l'État*. Op. cit., pp. 207-208.

¹³⁷ *Moniteur*. Reimpresión. T. XXV, p. 292. Citado en *Ibid.*, pp. 258-259.

una libertad *de*, esto es, no es la libertad-participación del hombre que decide activamente por sí mismo su destino, sino la libertad de la vida privada que le permita ocuparse de mejorar su suerte, de lograr el éxito personal, de gozar de sus derecho sin herir los derechos de los otros, la libertad de propiedad en una palabra. Y ésta es la especie de libertad que sirve de fundamento al régimen representativo.

En el seno de la Asamblea constituyente Sieyès marcó las diferencias esenciales que separan a la democracia y al gobierno representativo:

Los ciudadanos pueden dar su confianza a algunos de entre ellos. Es por la utilidad común que nombran representantes mucho más capaces que ellos mismos para conocer el interés general e interpretar, con este punto de vista su propia voluntad. La otra manera de ejercer su derecho a la formación de la ley es la de concurrir por sí mismos hacerla. Este concurso inmediato es lo que caracteriza a la verdadera *democracia*. El concurso mediato designa al gobierno *representativo*. La diferencia entre estos dos sistemas políticos es enorme.

Y en efecto, la diferencia que los separa consiste esencialmente en que en la democracia el ciudadano es *legislador* y en el régimen representativo no es sino *elector*, tal como lo precisa Carré de Malberg.¹³⁸ De ahí que Rousseau denunciara el carácter del régimen representativo así:

El pueblo inglés piensa que es libre y mucho se engaña; no lo es más que durante las elecciones de los miembros del Parlamento, tan pronto como éstos son elegidos, vuelve a ser esclavo, no es nada . . . en el instante que un pueblo se da representantes, deja de ser libre, deja de ser pueblo.¹³⁹

Hecha su elección entre uno y otro régimen, Sieyès no duda en afirmar que el régimen representativo es el que conviene a Francia. Al justificarlo completamente, no tiene reparo en admitirlo aún en materia constituyente:

Los representantes *extraordinarios* tendrán únicamente los nuevos poderes que la nación quiera darles. Puesto que una gran nación no puede reunirse entera todas aquellas veces que lo exijan las circunstancias anormales, es necesario que ella confíe a unos representantes extraordinarios los poderes necesarios en esas ocasiones . . . Un cuerpo de representantes *extraordinarios*

¹³⁸ Los párrafos atribuidos a Sieyès están citados en *Ibid.*, pp. 255, 256, 257.

¹³⁹ Rousseau, J. J. *Du Contrat Social. Op. cit.*, L. 3º, Ch. XV, pp. 307 y 310.

suple a la Asamblea de toda la nación. No hay necesidad, sin duda, de ser encargada por la *plenitud* de la voluntad nacional; basta con un poder especial y en casos poco frecuentes; y reemplaza a la nación en su *independencia* de todas las formas constitucionales... Ellos ocupan el lugar de la nación misma cuando se trata de regular la constitución. Son tan independientes de la constitución como la nación misma... su voluntad común valdrá tanto como la de la nación misma.¹⁴⁰

Cabría añadir que diputados constituyentes semejantes no son los representantes de la nación soberana, sino cabalmente, los representantes soberanos de la nación, aplicando *a contrario sensu* la feliz frase de Georges Berlia.

Ahora bien, ¿cuál es el camino lógico que siguió la Constituyente francesa para unir la idea de la soberanía nacional a la de régimen representativo? Como hemos visto, la constitución de 1791 consagró en su artículo 1, título III, el principio de la soberanía nacional que consiste en la idea que la soberanía reside indivisiblemente en la nación, esto es, en el cuerpo nacional como un todo entero, siendo él mismo indivisible. La nación así considerada no puede ser confundida con sus miembros individuales. Este todo orgánico, esta unidad que es la nación, al organizarse forma una entidad que deviene persona jurídica: el Estado. Y la soberanía reside en esta entidad colectiva y unificada y no en los miembros que la forman. De aquí resulta un principio que recoge el propio artículo 1 de esa constitución: ningún individuo, ni ninguna sección del pueblo pueden atribuirse el ejercicio de la soberanía. Y con el artículo 3 de la “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano” de 1789 se iría a completar el principio al agregar que ningún cuerpo, ni ningún individuo podría ejercer autoridad alguna que no emanare de la nación expresamente. Por su parte, el artículo 2 del título III de la constitución de 1791 se concatena con el principio anterior al afirmar que es de la nación, de quien únicamente emanan todos los poderes, la que sólo puede ejercerlos por delegación.

En la concepción de delegación de poderes está una de las aportaciones fundamentales de la Asamblea constituyente al Derecho Público francés y cuya importancia es capital para entender la nueva organización de los poderes públicos: la nación es el titular originario de todas las facultades y poderes y a través del acto de establecimiento constitucional delega de éstos solamente el ejercicio, pero no la propiedad ni el

¹⁴⁰ Sieyès, E. *Qu'est-ce que le Tiers État?* Op. cit., p. 71.

disfrute propiamente dichos a los diversos individuos o cuerpos colegiados; los que gracias a esa constitución se convierten en los titulares reales de esos poderes. El necesario resultado que entraña la concepción de la delegación de poderes es el de la representación nacional y, así, esos individuos o cuerpos colegiados en quienes la nación delega poderes y facultades son reputados representantes nacionales. Así es como el artículo 2 del título III de la citada constitución puede afirmar que la Constitución francesa es representativa. De esta manera la idea de la soberanía nacional se positiviza en la primera constitución francesa a través de la instauración del régimen representativo.¹⁴¹ A partir de entonces esta concepción cobró carta de naturalización en el Derecho Público francés.

*6. La idea de la soberanía nacional
y los representantes nacionales. Su diferencia
con la idea de la soberanía popular*

Como se ha visto, del hecho que la titularidad de la soberanía resida indivisiblemente en la universalidad de los miembros de la comunidad nacional, resulta que ninguno de ellos en particular puede ejercer esta soberanía en virtud de un derecho individual, sino exclusivamente como consecuencia de una delegación que la nación soberana hace en su favor. De aquí se desprende que nadie puede ejercer ningún poder o autoridad en nombre propio, sino solamente en nombre de la nación. Por tanto, las voluntades expresadas por los personajes investidos de la potestad pública se hacen valer no como las voluntades propias de quienes las emiten, sino como la expresión de la voluntad nacional. Para la constitución de 1791, entonces, esos ciudadanos que han sido investidos para ejercer alguna autoridad o un poder por medio de una delegación expresa de la nación son los representantes de ésta, y como quiera que el artículo 2 del título III señala como representantes al rey y al cuerpo legislativo, podríamos decir que los diputados representan a la nación.

Pero, ¿cómo interpretó la constituyente revolucionaria, y después todo el constitucionalismo francés, la regla: los diputados representan a la nación? La regla significa que representan no a la totalidad de los ciudadanos considerados individualmente, sino a su colectividad

¹⁴¹ Cfr. Carre de Malberg, R. *Contribution à la Théorie Générale de l'État*. Op. cit., pp. 200-201.

“indivisible” y “extraindividual”. Esto no significa que cada diputado represente, a más de sus propios electores, a los de otros distritos electorales en que la nación esté dividida, pues no tendría sentido desde el punto de vista jurídico. En efecto, si el diputado representara a electores considerados individualmente, no podría representar sino a aquellos que lo eligieron, puesto que no habiendo entablado relación alguna con los electores fuera de su circunscripción, no puede ser su representante. El diputado, entonces, no representa circunscripciones electorales, ni ciudadanos en tanto que tales y, por ende, ninguna suma de individuos *ut singuli*, sino que representa a la universalidad unificada de la nación y distinta de los individuos o grupos que la componen.¹⁴² En efecto, en la sesión de 7 de septiembre de 1789, decía Sieyès en el seno de la Asamblea nacional:

El diputado de un bailiazgo es inmediatamente escogido por su bailiazgo, pero mediatamente electo por la totalidad de los bailiazgos; un diputado lo es de la nación entera: todos los ciudadanos son sus poderdantes.¹⁴²

Ahora bien, esta idea va de la mano de la teoría del mandato representativo que la propia Asamblea Constituyente forjó y por la que el mandato imperativo quedó proscrito. Se parte de la base, como hemos visto, que el diputado no es el mandatario de la circunscripción que lo eligió y que si esta elección se hizo en esos términos fue ante la imposibilidad material de erigir a la nación en una sola circunscripción electoral. Si el diputado fuera mandatario de su circunscripción, estaría ligado a ella por las instrucciones que de ella recibiera y, de esta manera, la circunscripción cuya voluntad el diputado está encargado de expresar, podría imponer ésta a la colectividad entera. Pero, como quiera que la nación en su universalidad y haciendo abstracción de sus componentes es la única soberana y, por consecuencia, la única representable, y sólo a través de sus representantes se hace oír, entonces, los diputados sólo “quieren por la nación”, sólo expresan la voluntad nacional y no pueden recibir instrucciones de sus electores, siendo las instrucciones dadas por las circunscripciones, por ende, completamente nulas.

El mismo Sieyès trazó la esencia del régimen representativo, fincándola en que en este tipo de régimen “el pueblo o la nación no pueden tener más que una voz, la de la legislatura nacional”. Más exactamente,

¹⁴² *Ibid.*, pp. 223-224.

¹⁴³ *Archives Parlementaires*. 1^a Serie, t. VIII, pp. 593-594. Citado en *Ibid.*, p. 244.

los poderdantes no pueden hacerse oír más que por los diputados nacionales. El pueblo, lo repito, en un país que no es una democracia (y Francia no podrá serlo), no puede hablar, no puede actuar más que por sus representantes.

De esta idea desprendió la de que el representante no podía ser considerado como apoderado de sus comitentes y menos aún que el diputado les pudiera estar subordinado por un mandato imperativo. Ya antes lo había señalado, lo que el ciudadano deposita en el diputado es su *confianza*, no sus instrucciones.¹⁴⁴ Y precisa: los ciudadanos

no tienen voluntad particular a imponer. Toda influencia, todo poder les pertenece sobre la persona de sus mandatarios, pero es todo. Si ellos dictaren sus voluntades, no sería éste un Estado representativo, sería un Estado democrático.¹⁴⁵

Para concluir así:

... puesto que en una asamblea de bailiazgo vosotros no queréis que aquél que acaba de ser electo se encargue del deseo del pequeño número contra el deseo de la mayoría, vosotros no debéis querer, con mayor razón, que un diputado de todos los ciudadanos del reino escuche el deseo sólo de los habitantes de un bailiazgo o de una municipalidad contra el deseo de la nación entera. Así no hay y no puede haber para un diputado más mandato imperativo o aún, más deseo positivo que el *deseo nacional*.¹⁴⁶

Esta concepción modificó radicalmente la idea de representación en el Derecho Público francés, concretamente respecto a la que los Estados Generales del *Ancien Régime* se hicieron. Tres son sus esenciales diferencias: a) el diputado deja de ser el representante del cuerpo de ciudadanos que lo eligió, para convertirse en el representante de toda la nación; b) la extensión de las facultades del diputado en las relaciones con sus electores es modificada: esta nueva concepción de la representación excluye al mandato, pues aunque el diputado sea electo dentro de una circunscripción electoral, una vez recibida la investidura, los ciudadanos que forman la circunscripción dejan de ser, en cierta medida, el fundamento de su poder, y permanece independiente de ellos durante toda la legislatura; c) los Estados Generales del *Ancien Régime* ca-

¹⁴⁴ Véase nuestra nota 137.

¹⁴⁵ Citado en *Ibidem* pp. 255-256-257.

¹⁴⁶ *Archives Parlementaires*. 1^ª Serie, t. VIII, p. 583. Citado en Duguit, L. *Traité de Droit Constitutionnel*. Op. cit., t. II, p. 501.

recían de poder de decisión soberana y únicamente solicitaban las reformas que sus estamentos les demandaban. Por lo contrario, las nuevas asambleas, constituidas en Asamblea Nacional a raíz de la Revolución, expresan directa y soberanamente la voluntad de la nación.¹⁴⁷

Finalmente, la idea sería recogida en el artículo 7º de la sección III, capítulo I, título III de la constitución de 1791: “Los representantes nombrados en los departamentos no serán representantes de un departamento particular, sino de la nación entera y no les podrá ser dado ningún mandato.” También la constitución del 5 Fructidor, año III (22 de agosto de 1795) prevé en el artículo 52: “Los miembros del cuerpo legislativo no son representantes del departamento que los ha nombrado, sino de la Nación entera y no les puede ser dado ningún mandato.”

Rousseau parte de presupuestos diferentes: aunque es enemigo del sistema representativo, reconoce que el gobierno directo es practicable sólo en las pequeñas democracias de la antigüedad y no así en los grandes Estados modernos.¹⁴⁸ De esta manera, él finca la existencia del régimen representativo en una necesidad de orden puramente material. Por otra parte, hay que recordar que Rousseau postula la idea de que la soberanía reside a título inalienable e intransferible en el pueblo, lo que implica que cada miembro del soberano participa de una fracción de la soberanía, y no pudiéndose expresar directamente cada copartícipe de la soberanía debido a la extensión de los Estados modernos, los diputados electos por el pueblo, en esas condiciones, no pueden ser sino los representantes de los electores mismos. Estos representantes, hay que aclararlo, no pueden tener el poder de querer y decidir por la cuenta y en lugar de sus representados. De aquí Rousseau deduce que los electos de los ciudadanos no tienen ningún poder propio y no pueden decidir soberanamente nada por ellos mismos. Es así que Rousseau niega la representación política en el sentido en que la entendió la Constituyente revolucionaria: “Los diputados del pueblo —afirma— no son, entonces, ni pueden ser sus representantes, no son más que sus comisarios.”¹⁴⁹ Con esto implica que estos comisarios son mandatarios puros colocados bajo la dependencia de sus comitentes y subordinados a la voluntad popular, única entidad con posibilidades de hacer acto de soberanía.

¹⁴⁷ Cfr. Carre de Malberg, R. *Contribution à la Théorie Générale de l'État*. Op. cit., pp. 239, 247, 262.

¹⁴⁸ Véase nuestra nota 127.

¹⁴⁹ Rousseau, J. J. *Du Contrat Social*. Op. cit., Libro 3º, Ch. XV, p. 307.

De la posición de Rousseau se puede inferir una doble consecuencia práctica: *a*) Por una parte, deriva en la postulación del mandato imperativo, por cuanto que el diputado al cuerpo legislativo nada puede emprender por su propia iniciativa, sino que siendo un simple mandatario debe actuar y votar en las asambleas según las instrucciones imperativas recibidas de sus electores; *b*) Seguidamente, su posición conduce a afirmar la necesidad de la ratificación popular en materia legislativa. Efectivamente, para Rousseau, los diputados “no pueden concluir nada definitivamente”, puesto que “toda ley que el pueblo en persona no ha ratificado es nula; no es una ley”.¹⁵⁰ En el pensamiento de Rousseau, entonces, el verdadero acto que conforma la potestad legislativa es la aprobación popular, y todos los actos que la preceden no son sino actos preparativos de la ley, la que no se perfecciona sino hasta que es sometida al consenso popular.

Se puede concluir que Rousseau admite el régimen representativo solamente bajo la condición de que existan paralelamente procedimientos de gobierno directo, como el mandato imperativo, la ratificación popular u otros mecanismos que hagan participar directamente al pueblo en la formación de la voluntad general, como única forma de conciliar el régimen representativo con las exigencias del principio de la soberanía popular.¹⁵¹

Esta idea es plasmada institucionalmente, hasta cierto punto, en la Constitución “montañesa” de 24 de junio de 1793, al adoptar el veto popular. Según el artículo 53, el cuerpo legislativo propone las leyes, y éstas deben estar precedidas de un informe según el artículo 56. La discusión no puede abrirse y la ley no puede ser provisionalmente adoptada sino quince días después del informe, ordena el artículo 57. De acuerdo al artículo 58, el proyecto es impreso y enviado a todas las comunas de la República, bajo el título: ley propuesta. Finalmente, dispone el artículo 59, que cuarenta días después del envío de la ley propuesta, si en la mitad más uno de los departamentos, la décima parte de las Asambleas primarias de cada uno de ellos, regularmente formadas, no ha reclamado, el proyecto es aceptado y deviene ley. Sin embargo, el artículo 29 parece volver a la concepción que se inscribe dentro de la idea de la soberanía nacional, al afirmar que cada diputado pertenece a la nación entera.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ Cfr. Carre de Malberg, R. *Contribution à la Théorie Générale de l'État*. Op. cit., pp. 205-206.

7. Diferencias que separan la idea de la soberanía nacional de la soberanía popular respecto al sufragio

Rousseau concibe el sufragio como un derecho y la raíz última de esta concepción está en su idea del hombre como individuo-valor o persona y, en tanto que tal, detentador de una fracción proporcional de la soberanía, siendo así que cada miembro contratante del pacto social es un copartícipe individual de la autoridad soberana. En efecto, si como hemos visto, se pone en el supuesto que un Estado dado “está compuesto de diez mil ciudadanos... cada miembro del Estado no tiene por su parte, sino la diezmilésima parte de la autoridad soberana”, se deduce que el soberano es la suma numérica de las soberanías individuales. Y si la soberanía está contenida en cada uno de los miembros *ut singuli* que forman el pueblo, cada vez que haya necesidad de tomar una decisión soberana habrá que convocar al pueblo, a la totalidad de los ciudadanos. Aunque Rousseau distingue la *volonté générale* de la *volonté de tous* considera necesaria la efectiva participación de todos los hombres en cuanto ciudadanos en la formación de aquella. De esta forma, resulta que todo ciudadano tiene un derecho absoluto de ejercer, con su voto, la parte de la autoridad soberana que le corresponde.

Por otra parte, Rousseau considera a los miembros individuales que configuran el *demos* como la fuente originaria de donde dimanen los poderes públicos, de lo que resulta que los “comisarios” que ejercen esos poderes efectivamente deben recibir tal investidura de la totalidad de los integrantes del soberano.

De aquí se puede concluir que si para Rousseau todos los ciudadanos tienen un derecho igual a formar la voluntad general, a constituir los poderes públicos y a participar en el ejercicio de la potestad pública invistiendo a sus comisarios, el sufragio no es sólo un derecho natural inherente a la calidad de miembro del Estado, anterior a la constitución estatal y fundado en su definición de soberanía, sino que este derecho debe ser universal, igualitario y no sometido a ninguna condición restrictiva, de cualesquier naturaleza que fuera, en su disfrute.¹⁵²

Algunas de estas ideas son recogidas por la constitución de 24 de junio de 1793 que como hemos dicho, es la que sigue más fielmente a Rousseau. En el artículo 29 de su declaración de derechos afirma que “cada ciudadano tiene un derecho igual a concurrir a la formación

¹⁵² Cfr. *Ibid.*, pp. 424-425. Así como Duguit, L. *Traité de Droit Constitutionnel*. Op. cit., t. II, p. 443.

de la ley y a la nominación de sus mandatarios o de sus agentes". Por su parte, el artículo 7 del acta constitucional sostiene que "el pueblo soberano es la universalidad de los ciudadanos franceses". Y el 8 concluye que es el pueblo quien " nombra inmediatamente a sus diputados".

Sin embargo, la doctrina que finalmente se iba a imponer en el Derecho Público francés a este respecto no fue la nacida de la idea de la soberanía popular de Rousseau, sino la que es consecuencia de la idea de la soberanía nacional y que se originó en la Asamblea nacional constituyente.

Para la doctrina que se funda en la idea de la soberanía nacional, la nación, persona colectiva, es distinta de los individuos que la componen y es ella, en su integridad indivisible, a quien se le reconoce la titularidad de la soberanía y no a los individuos. Éstos no tienen de ella la más mínima parte y carecen, por ende, de derecho alguno a participar de la potestad pública. Esta idea que le niega al ciudadano un derecho innato de soberanía individual o un derecho originario al ejercicio de la soberanía nacional se enseña en el artículo 3 de la "Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano" de 1789 y en el artículo 1, título III, de la constitución de 1791. Ahí, únicamente la nación es la sede de una soberanía indivisible, inalienable e imprescriptible y ningún individuo, ni ningún sector del pueblo puede ejercerla o atribuirse potestad que no emane expresamente de ella.

La doctrina que postula el principio de la soberanía nacional no considera, consecuentemente, al sufragio como un derecho y la lógica le encamina a concluir que éste no debe ser necesariamente universal. La única consecuencia que emana del principio de la soberanía nacional es que hay que encontrar el mejor sistema para extraer la voluntad general de la nación.¹⁵³

La tarea del legislador, bajo estos presupuestos, será la de determinar las condiciones más favorables para obtener la voluntad nacional, señalando los requisitos y la mecánica necesarios para designar a las personas encargadas de expresar esta voluntad. De esta forma, el sufragio es una función creada por la constitución, consistente en el procedimiento adecuado para extraer y expresar la voluntad nacional. Ya que si de acuerdo al principio de la soberanía nacional, todo poder que se ejerce en el seno de la nación es el poder nacional mismo, entonces cuando el ciudadano sufraga y ejerce el poder electoral, dicho poder no puede

¹⁵³ Cfr. *Ibid.*, t. I, p. 436.

ser considerado sino como una delegación del poder mismo de la nación. Y el elector deviene, así, funcionario o agente de ejercicio del poder nacional. Por su parte, la nación, única soberana, es dueña de determinar por medio de su constitución las condiciones bajo las cuales otorga a sus miembros el poder de sufragar en su nombre y por su cuenta.

Siendo el sufragio una función y no un derecho y correspondiendo al legislador determinar las condiciones que el individuo debe reunir para estar en aptitud de ejercer la función electoral, para la Asamblea constituyente revolucionaria fue fácil concluir que no necesariamente todos los miembros de la nación, en tanto que tales, debían tener acceso a dicha función, sino sólo aquellos autorizados por el legislador. Si en Rousseau es la soberanía popular la que determina el ámbito de la ley, aquí es la ley la que determina el alcance de la soberanía.

Es así como fue entendido el sufragio en el seno de la Asamblea nacional constituyente y es así como fue plasmado en la constitución de 1791, cuyo texto definitivo —a decir de Duguit— fue adoptado bajo el dictamen general formulado por Thouret.¹⁵⁴ Revisemos ciertas intervenciones de algunos de los más conspicuos diputados constituyentes para corroborar esta interpretación. El propio Thouret en la sesión de 11 de agosto de 1791 afirmó: “La calidad de elector está fundada sobre una *comisión pública*, de la que la potestad pública del país tiene el derecho de regular la delegación.” Y en la misma sesión Barnave sostuvo: “La cualidad de elector no es más que una *función pública*, a la cual nadie tiene *derecho*, que la sociedad otorga tal como se lo prescribe su interés: la función de elector no es un derecho.”¹⁵⁵

A nadie escapa que la doctrina, así concebida, cumplía una función de defensa de los intereses de la burguesía. En efecto, la idea de que al obtener el sufragio universal directo e igualitario las clases populares pudieran conquistar el poder político la horrorizaba y se echó a la búsqueda del argumento que le permitiera justificar la no concesión del poder electoral a un sector considerable del pueblo.

Jurídicamente esta exclusión se justificó con la idea que se desprende del principio de la soberanía nacional consistente en que el derecho al electorado y a la representación pertenece no a los ciudadanos *ut singuli*, sino a su totalidad indivisible, la nación. Y el argumento lo proporcionó Sieyès con su intervención en la sesión de la Asamblea

¹⁵⁴ Véase *Ibid.*, t. II, p. 444.

¹⁵⁵ *Archives Parlementaires*. 1ª Serie, t. XXIX, pp. 356-366. Citado en *Ibid.*, t. II, pp. 443-444.

nacional de 1789, ya citado en otra parte, y en el que afirmaba que aunque un diputado sea inmediatamente electo por su circunscripción electoral, se debe considerar mediatamente escogido por la totalidad de las circunscripciones y que no obstante ser nombrado en una circunscripción, debe reputarse designado en nombre de la totalidad de las circunscripciones, siendo diputado de toda la nación.¹⁵⁶

Los ciudadanos —de esta manera— no son representados directamente, porque carecen de tal derecho. Están representados indirecta y mediatamente por intermedio de la nación, única entidad que sí posee el derecho de representación y de manifestación de su voluntad. Ahora bien, si la nación en su conjunto está representada, esto implica que los ciudadanos están también representados, en tanto que miembros del cuerpo nacional. Así se justificaba la distinción entre ciudadano activo y pasivo y la supresión de la posibilidad de votar hecha en perjuicio de éstos, generalmente desposeídos como veremos, pues aún los ciudadanos pasivos, no electores, se reputan representados en las cámaras legisladoras.

La concepción del electorado como función fue dominante en el seno de la Asamblea de 1789, sin embargo se combinó también con la idea del derecho a la ciudadanía como una consecuencia de la distinción entre ciudadanos activos y pasivos. Para la Asamblea constituyente, en efecto, todos los miembros del cuerpo nacional son ciudadanos pasivos, y ahí aparece claramente el *derecho* individual y superior a la ley positiva que todo individuo que vive en sociedad tiene de ser reconocido como parte de la totalidad nacional. No obstante, no todos los ciudadanos pasivos pueden, por ese solo hecho, participar en la formación de la voluntad nacional, sino sólo aquellos a quienes el legislador concedió el ejercicio de esta *función* por haber llenado las condiciones fijadas por el mismo legislador.¹⁵⁷

El sufragio así concebido como función y no como derecho y la distinción entre ciudadanos activos y pasivos cuadraba armoniosamente con los intereses de la burguesía, la que tuvo la precaución de señalar requisitos de fortuna dentro de las condiciones para ser ciudadano activo. Sieyès pintó con crudo realismo esta intención:

todos los habitantes de un país deben gozar de los derechos del ciudadano pasivo; todos tienen derecho a la protección de su persona, de su propiedad, de su libertad, etcétera, pero no todos tienen derecho a tomar parte activa

¹⁵⁶ Véase nuestra nota 142.

¹⁵⁷ Cfr. Duguit, L. *Traité de Droit Constitutionnel*. Op. cit., t. II, pp. 444 y 445.

en la formación de los poderes públicos; no todos son ciudadanos activos. Las mujeres, al menos actualmente, los niños, los extranjeros, también aquellos que no contribuyen en nada a sostener el establecimiento público no deben influenciar activamente la cosa pública. Todos pueden gozar de las ventajas de la sociedad; pero sólo aquellos que contribuyen al establecimiento público son como los verdaderos accionistas de la gran empresa social. Sólo ellos son los verdaderos ciudadanos activos, los verdaderos miembros de la asociación.¹⁵⁸

Tiempo después, un hijo espiritual del inquieto abate, el célebre constitucionalista Benjamín Constant, nos descubría sin subterfugios la razón profunda de la concepción del electorado función, de la distinción entre ciudadanos activos y pasivos y, en última instancia, del principio de la soberanía nacional:

En nuestras sociedades actuales, el nacimiento en un país y la mayoría de edad no bastan para otorgar a los hombres las cualidades propias al ejercicio de los derechos ciudadanos. Aquellos a quienes la indigencia retiene en una eterna dependencia y a quienes condena a trabajo de jornalero, no son ni más cultos que los niños ni más interesados que los extranjeros en los asuntos públicos y en una prosperidad nacional, de la que desconocen los elementos integrantes y de cuyas ventajas sólo participan indirectamente... Se requiere, pues, otra condición además del nacimiento o de la mayoría de edad. Dicha condición es el ocio, indispensable a la adquisición de la cultura y recto criterio. Sólo la propiedad privada puede procurar este ocio, sólo la propiedad hace a los hombres capacitados para el ejercicio de los derechos políticos.¹⁵⁹

Las constituciones de 1791 y 1795 positivizaron de manera expresa estas ideas. En efecto, el artículo 2 del título III, capítulo I, sección II, de la constitución de 1791, exigía entre otras cualidades para ser ciudadano activo la de pagar “una contribución directa igual al menos a tres jornadas de trabajo y presentar el comprobante de pago. No estar en estado de domesticidad, es decir, de servidor a jornal”. Además, la misma opinión electoral de los ciudadanos activos se encontraba filtrada por la elección indirecta a dos grados, y el artículo 7 del mismo título, capítulo y sección, exigía para ser elector en segundo grado, a más de las condiciones necesarias para ser ciudadano activo, “ser propietario o usufructuario de un bien valuado sobre los roles de con-

¹⁵⁸ *Preliminaires*. P. 21, citado en Talmon, J. L. *Les origines de la démocratie totalitaire*. París, Calman Lévy, 1966 (trad. al inglés P. Fara), p. 355.

¹⁵⁹ Constant, B. *Curso de Política Constitucional*. Madrid, Taurus, 1968 (trad. F. L. de Yturbe), pp. 49 y 50.

tribución en un ingreso igual al valor local de...” y aquí variaba de 150 a 400 jornadas de trabajo, según se tratara de ciudades de más o de menos de cien mil almas o de zonas rurales.

Por su parte, la constitución del 5 Fructidor, año III (22 de agosto de 1795), exige, entre otras condiciones para ser ciudadano, la de pagar “una contribución directa, territorial o personal”. Estos ciudadanos componen asambleas primarias que nombran a los miembros de las asambleas electorales, y para ser elector el artículo 35 exige ser propietario o usufructuario de un bien valuado en un ingreso igual al valor local de 150 a 200 jornadas de trabajo, según diversas circunstancias.