

Faint, illegible text on the left page, possibly bleed-through from the reverse side.

TEOR

- II -

TRABAJOS DE SEMINARIO

•

Faint, illegible text on the right page, possibly bleed-through from the reverse side.



# TEORIA DEL PODER CONSTITUYENTE

---

## *I - Conceptos*

El concepto, o más propiamente, la teoría política del poder constituyente pertenece a la historia moderna del Derecho Público, ya que tan sólo aparece claramente delineada durante la revolución francesa en 1789, cuando fue desenvuelta por Sieyés.

Durante el Medioevo se tuvo el concepto de que el poder constituyente residía en Dios y era El el único que tenía la potestas constitutens. El postulado: "todo poder viene de Dios" (Non est enim potestas nisi a Deo), tiene como significado el poder constituyente de Dios, como fuente suprema. Tal doctrina fue desenvuelta luego por los filósofos católicos como Santo Tomás de Aquino y Francisco Suárez, quienes dijeron que la autoridad política (soberanía) residía inmediatamente en el pueblo y mediatamente en Dios, doctrina ésta que es más clara en Suárez. Puede notarse ya la facultad que tiene el pueblo para adoptar una decisión respecto a la forma política dentro de la cual va a fijar su existencia. Pero en esta doctrina no se habla claramente del pueblo como poder constituyente, ni de ningún otro sujeto en el cual resida dicho poder. Esto, meramente en cuanto al concepto, ya que en la práctica y realmente, el poder constituyente residía en el príncipe absoluto, y no sólo durante la Edad Media, sino también, en casi todos los casos, en la antigüedad.

El concepto, pues, de poder constituyente, no nace más que en la época moderna, y durante la revolución francesa. Pero, y es necesario insistir, se trata del concepto, no del poder constituyente en sí, ya que éste existe, como es lógico suponer, desde que existió el primer



Estado, pues todo Estado, por el hecho de serlo, supone una constitución que le da su concreta forma de ser y de obrar, así como todos los seres tienen una constitución que ordena, organiza y coordina sus partes hacia la unidad del mismo ser. Al hablar, pues, de poder constituyente y de Constitución, no nos estamos refiriendo al concepto que de ellos tiene la teoría del Estado burgués de Derecho, sino que nos acercamos al concepto realista que trae Schmitt en su "Teoría de la Constitución". Sobra agregar que más lejos estamos todavía del formalismo kelseniano, puesto que dentro de su teoría del Estado no cabe un poder constituyente, ya que para él todo orden jurídico reside en lo que llama "la norma fundamental hipotética".

## II - Definición.

Si bien en casi todos los tratados de Derecho Constitucional encontramos una definición de Constitución, es también cierto que no ocurre lo mismo respecto de una definición del poder constituyente, siendo como están, una y otro, tan estrechamente ligados, como que la Constitución es fruto del poder constituyente.

Carl Schmitt define el poder constituyente como "la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo". Analizando la anterior definición, colegimos que esa "voluntad política" es el poder constituyente porque es capaz de dar por su fuerza o autoridad, "la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política", es decir, porque es capaz de dar la Constitución que estructura al Estado. No dice Schmitt a que ser corresponde esa voluntad política, cuál es el sujeto del poder constituyente. Según la definición, bien lo puede ser el príncipe absoluto o bien puede serlo el pueblo. Tampoco tiene en cuenta para la validez de la Constitución, más que el ser "una decisión política surgida de un ser político acerca del modo y forma del propio ser". Como vemos, lo existencial del ser es el único fundamento de validez. No cabe dentro de esta definición averiguar si la Carta fundamental es una norma absolutamente inviolable, o si es el último principio unitario de la unidad política o si es una Ley con dificultades para ser reformada, o si es la norma última de todo un sistema jurídico. Para Schmitt no es más que una "decisión política" y el que la da, el poder constituyente.

Indudablemente que dentro del absoluto realismo del anterior autor, esa voluntad política es el poder constituyente. Una decisión po-

lítica vigente dada por él, será una Constitución, sea justa o no, esté o no sometida a una anterior reglamentación jurídica. Pero no ocurre lo mismo dentro de la doctrina política del Derecho Natural, ni dentro del formulismo kelseniano, ni dentro de la teoría (estrictamente hablando) del Estado burgués de Derecho.

Dentro de la teoría política del Derecho natural, una constitución ha de ser, ante todo, justa y ha de estar de acuerdo con los principios fundamentales que este mismo derecho supone. De no ser así —el Derecho positivo no puede primar sobre el Derecho natural— esa constitución no obliga a ser cumplida y si una Constitución no se cumple, si no está vigente, en realidad no es Constitución, y tan sólo lo sería en un sentido figurado, puesto que nada ordena ni organiza. El poder Constituyente, entonces, que dictó esa Constitución, no lo será, o no lo fue, puesto que ninguna Constitución —en sentido real— dio. Para el Derecho Natural, recordémoslo, la Ley es ante todo, ratio, por oposición al Derecho Positivo, según el cual la ley es ante todo, voluntas.

Dentro del formalismo kelseniano no hay lugar para un poder constituyente propiamente dicho. En él, el Estado y el Derecho se identifican y la diferencia que existe entre el cuerpo legislativo y el poder constituyente, no reside más que en las formalidades de que están revestidas las leyes dadas por el último, porque según Kelen, ambos poderes —en el sentido jurídico positivo— no hacen más que desarrollar "la norma fundamental hipotética".

Dentro de la teoría del Estado burgués de Derecho, el poder constituyente, lo será mientras se conforme con ciertos principios esenciales. El concepto de Constitución —dentro de esta teoría— se refiere esencialmente —aunque no con exclusividad— a un conjunto de principios que garantizan los Derechos fundamentales del hombre frente al poder omnímodo de que el Estado puede gozar. Un poder constituyente que dicte una Constitución en cuya parte dogmática no garantice los derechos fundamentales y que en la parte orgánica no asegure la separación de poderes, no será un poder constituyente legítimo ni válido, ni lo será tampoco si la Constitución no fue dictada de acuerdo con las normas pre-existentes. Aquí se podría hablar, dentro del concepto liberal del Derecho, de una "constitución inconstitucional" —lo que en ciencia política es imposible— y por tanto, indigna de ser obedecida y acatada. Ese poder constituyente, pues, no vendrá a serlo, como sí lo es dentro de la teoría schmittiana y aun dentro del puro positivismo jurídico.



### III - La soberanía y el sujeto del poder constituyente.

Siendo el poder constituyente el primero de todos, el generador de los demás "poderes", que generalmente se conocen con el nombre de atributos de la soberanía, es necesario afirmar, como lo hicieron los publicistas de la revolución francesa de 1789, que el primer atributo de la soberanía es el poder constituyente y que el mismo ser sujeto de la soberanía es el mismo ser sujeto del poder constituyente, o lo que es lo mismo, para ir hasta la base primera, el ser sujeto del poder constituyente y de la soberanía, es el mismo ser sujeto del poder público. Pero esta concepción que durante la revolución francesa se aplicó al pueblo o a "la universalidad de los ciudadanos", según la expresión rousseauiana, bien puede aplicarse a los anteriores sujetos de la soberanía, pues sabido es que no siempre se ha considerado al pueblo como soberano, sino que al contrario, la soberanía del pueblo es concepción moderna que nace con la revolución francesa, y así, si al príncipe absoluto de la Edad Media, se le consideraba sujeto del poder público y al mismo tiempo soberano, de por fuerza hay que concederle el atributo del poder constituyente, pero en el sentido real, y no según la concepción que de él tiene la teoría del Estado burgués de Derecho. Lo llamamos poder constituyente, porque daba constituciones, y constituciones que tenían plena vigencia.

Aceptada la anterior conclusión, podemos afirmar que el poder constituyente ha tenido las mismas variaciones en su concepción que ha tenido la soberanía y la concepción del sujeto del poder público.

Según el principio católico, y no sólo católico sino también luterano "toda autoridad viene de Dios", el primero, verdadero y real poder constituyente reside en Dios, como antes lo hemos visto. De ese postulado nacieron varias teorías, como son las del Derecho divino de los reyes, la providencialista y la del consentimiento popular, desarrollada la primera de ellas por Lutero y Calvino, la segunda por Bonald y de Maistre y la última por Santo Tomás, Suárez y el Cardenal Villot.

De acuerdo con la teoría del derecho divino positivo, Dios, por medio de actos positivos, designa la persona encargada de ejercer la autoridad política, y por ende, podemos concluir nosotros, para ejercer la soberanía y el poder constituyente, concepto que, como vimos al principio de estas notas, nació con la Revolución francesa y gracias a Sieyés. Pero como al gobernante (rey o príncipe absoluto en este caso) le asignaba la teoría del derecho divino el poder público, es lógico que al asignarle éste, le asignaba también la soberanía y el poder constituyente. El mo-

marca, pues, según esta teoría justificadora de los despotismos, era el sujeto del poder constituyente, lo cual ocurría en la realidad, puesto que la historia del Derecho Político nos habla de modos o formas de establecerse constituciones por concesión del jefe del Estado y por pacto o convenio entre el jefe del Estado y los súbditos.

Con la teoría providencialista, con la cual de Maistre y Bonald quisieron dar fundamentación filosófica a las monarquías europeas posteriores a la Revolución francesa, ocurre algo semejante que con la anterior. Decían que Dios designaba no directamente a los gobernantes para el ejercicio del poder público, pero que sí se destinaba a aquéllos por un destino providencialista, por circunstancias que Dios creaba especialmente, y lo cual implica una tergiversación de lo que es en realidad la providencia divina. Así, al predicar esta teoría que el ejercicio del poder público estaba predestinado para los monarcas, podemos deducir que así mismo se les asignaba la soberanía y el poder constituyente.

La teoría del consentimiento popular, coincide con las teorías contractualistas en designar el sujeto del poder público, sujeto que admite la teoría del Estado burgués de Derecho y por ende, la democracia. Tal sujeto, que viene a ser el mismo de la soberanía y del poder constituyente, es el pueblo, que integra el Estado como uno de sus elementos esenciales. Pero el fundamento filosófico para designar al pueblo como dicho sujeto, es diferente. Mientras la teoría del consentimiento popular dice que la autoridad reside mediatamente en Dios y es delegada en el pueblo para que éste la ejerza directamente, las teorías contractualistas (especialmente la de Rousseau), dicen que el poder reside esencial y exclusivamente en el pueblo. Pero en la práctica, ambas clases de teorías hacen posible la del Estado burgués de Derecho y no se oponen ninguna de las dos a la Democracia, sino que por el contrario, son la base de ella, pues ambas hacen residir el poder constituyente en el pueblo y, lógicamente, la soberanía y el poder público, principio esencial de los regímenes democráticos.

Todo lo anterior lo hemos estudiado desde el punto de vista real, considerando que el poder que da una Constitución es el poder constituyente, y como lo advertimos en un principio, no nos referíamos al concepto mismo, que sólo nació con la Revolución francesa. En efecto, fue Sieyés quien desarrolló la doctrina del pueblo (o nación) como sujeto del poder constituyente. Como hemos visto, todavía en el siglo XVIII no había sido designado como sujeto del poder constituyente al príncipe absoluto, a consecuencia más que todo de las ideas teológico-



cristianas, no obstante tener vigencia en la práctica la conocida frase de Luis XIV: "L'Etat c'est moi". "La declaración americana de independencia y la Revolución francesa de 1789 significan el comienzo de una nueva época en este aspecto, sin que interese conocer en qué medida era consciente el autor de estos precedentes, de la trascendencia de su conducta. En la Declaración americana de Independencia de 1776 no puede reconocerse con plena claridad el principio completamente nuevo, porque aquí surgió una nueva formación política, coincidiendo el acto de dar Constitución con el de la fundación política de nuevos Estados. Otra cosa ocurre con la Revolución francesa de 1789. Aquí no surgió una nueva formación política, un nuevo Estado... Cuando se suscitó ahí, conscientemente y fue contestada, la cuestión del poder constituyente, aparecía mucho más clara la fundamental novedad del fenómeno. Un pueblo nuevo tomaba en sus manos, con plena conciencia, su propio destino y adoptaba una libre decisión sobre el modo y forma de su existencia política" (Schmitt). Fue, pues, debido a estos hechos, como fue posible la formulación de la teoría del poder constituyente, tan debatida en la Asamblea Nacional francesa. Según Sieyès, la soberanía popular consiste esencialmente en el poder constituyente. El pueblo, por medio de la Constitución, delega una parte de su potestad en las diversas autoridades constituídas, pero conserva siempre para sí el poder constituyente. Tal concepción tiene como consecuencias: 1º - Si la soberanía, en su ejercicio, se divide entre los diversos órganos constituídos, su unidad indivisible queda retenida en el pueblo, fuente única de todos los poderes. 2º - El pueblo, como poder constituyente, no queda obligado por la Constitución. "Esta podrá obligar a las autoridades constituídas pero no puede encadenar al soberano mismo, o sea al pueblo, que siempre es dueño de cambiarla (Carré de Malberg). La soberanía nacional es pues la base del poder constituyente y ningún órgano del Estado puede conferirse a sí mismo su propia potestad ni, como consecuencia lógica, puede tener la potestad de constituir. Toda autoridad constituída ha de recibir sus poderes de una voluntad nacional superior a su voluntad particular.

Considerado así el poder constituyente, en un país de soberanía nacional, se presentan múltiples problemas que resolver, que en un Estado monárquico no se presentan, porque allí la Constitución es obra de un monarca y tiene su fundamento en la voluntad de éste. Dentro del concepto del derecho antiguo, Constitución, como lo dijo Pomponio, "es lo que determina el príncipe", o como decía Justiniano, "lo que plugo al Emperador". Vemos en estos conceptos que el monarca era

considerado como el poder constituyente. En el sistema de la soberanía nacional, por el contrario, donde ni el jefe ni los ciudadanos poseen derecho soberano alguno anterior a la Constitución, y en donde los poderes no tienen en sí mismos su potestad constitutiva, cabe preguntarse quién ejerce el poder constituyente, quién está capacitado en el Estado para hacer o modificar la Constitución? Según los términos del artículo 111 de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, "ningún cuerpo, ningún individuo, puede ejercer autoridad que no emane expresamente de la nación", puesto que ésta es la única soberana. Tal artículo parece hacer imposible para todo órgano constituído el ser al mismo tiempo poder constituyente. Así, pues, el principio de la soberanía nacional implica lógicamente que el órgano constituyente ha de ser un órgano especial diferente de los órganos constituídos (1).

La concepción francesa del poder constituyente como facultad exclusiva de la soberanía nacional, o sea —aunque no estrictamente— del pueblo, hace pensar que Sieyès se inspiró en las tesis rousseauianas de "El Contrato Social", pues, a primera vista, la teoría de Sieyès se basa en la de Rousseau. Pero, como dice Carré de Malberg, la teoría del último parece excluir una distinción precisa entre la función constituyente y el pueblo mismo, y aun de separarlo de la potestad legislativa, pues esencialmente, este poder enuncia la voluntad imperativa del pueblo. Y precisamente en el hecho de que dentro de la teoría del autor de "El Contrato Social" no puedan separarse la función constituyente de la función legislativa, es ya una distanciaci3n entre Sieyès y Rousseau. Para éste, la voluntad general, cualquiera que ella sea, organizaci3n constitucional o reglamentaci3n legislativa, presenta siempre los mismos caracteres específicos, en el sentido de que es la voluntad de todos; así concebida la soberanía, no hay lugar para un poder constituyente esencialmente distinto del poder legislativo. "Por otra parte, desde el punto de vista de formal, en esta doctrina no cabe buscar fuera ni por encima del legislador ordinario un órgano supremo encargado de constituir los demás órganos del Estado, pues es el soberano mismo, es decir, el pueblo, quien hace sus leyes y está siempre presente, reunido o dispuesto a reunirse, para realizar la labor legislativa" (C. de Malberg). Por otro aspecto, uno de los fines de Sieyès al formular su teoría del poder constituyente fue el de la protecci3n de los derechos fundamentales del hombre, ya que servía para limitar al

(1) El problema del poder constituyente y la teoría de la representaci3n se trata más adelante en capítulo especial.



poder legislativo (que es constituido), y que con su labor bien podría vulnerarlos en el caso de que fuera tan soberano como el pueblo mismo, y lo cual es la concepción de Rousseau respecto del poder legislativo. Rousseau mismo declara que para el pueblo no puede haber ley fundamental alguna que lo encadene, porque la voluntad general no puede encadenarse a sí misma, y así, todo estatuto, sin limitación alguna, vendría a quedar bajo el arbitrio del poder legislativo, propósito que impugnaba Sieyés. Bien conocido es que el contrato social se reduce a una cláusula, "la enajenación total de cada asociado, con todos sus derechos, en favor de toda la comunidad", y desde este punto de vista dejan de concebirse los derechos fundamentales, como inalienables y superiores a la voluntad estatal.

Los tratadistas, entonces, buscan otra fuente en la cual Sieyés se hubiera inspirado, y encuentran a Montesquieu, con su teoría revolucionaria de la separación de los poderes, y se sostiene que la teoría del poder constituyente proviene más de Montesquieu que de Rousseau. A primera vista, la teoría del autor de "El espíritu de las leyes" parece totalmente extraña a la teoría del poder constituyente, ya que el primero no parece preocuparse por la unidad del poder ni de las relaciones que debe haber entre uno y otro. Pero en el fondo, la separación entre los tres poderes hace presumir una unidad, que necesariamente hará surgir la teoría del poder constituyente, pues lógicamente era necesario llegar a una unidad del poder, que si no recogía en sí los otros poderes, por lo menos era indispensable colocarlo por encima de aquellos. Basado en la doctrina de la separación de los poderes, Sieyés puede decir: "...todos (los poderes), sin distinción, son emanación de la voluntad general; todos proceden del pueblo, es decir, de la nación". Emanan, pues, de un poder superior y único y así, puede dar este principio fundamental: "Una Constitución supone ante todo un poder constituyente". Así, del concepto mismo de Constitución, establece la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, y de esa manera logra unir los poderes que Montesquieu había separado. "La restablece situando el poder constituyente en el pueblo, del cual, dice, proceden todos los poderes constituidos. El principio de la soberanía nacional aparece, pues, en esta doctrina, como el complemento lógico de la teoría de Montesquieu, o más bien, como la idea principal y dominante sin la cual dicha teoría sería ininteligible e inaceptable. En este sentido se ha podido decir, para caracterizar la doctrina de Sieyés, que es una síntesis de la doctrina de Rousseau sobre la soberanía del pueblo y de la teoría de Montesquieu sobre la separación

de los poderes" (C. de Malberg). Por otro aspecto, también la doctrina de Sieyés se acerca a Montesquieu, y es que ambos son eminentemente liberales. El autor de "El espíritu de las leyes" lanzó su teoría sobre la separación de los poderes públicos con el fin de que "el poder controlara al poder" y los ciudadanos tuviesen la seguridad de que el Estado no los ahogaría. Así mismo, Sieyés, al defender la distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos y abogar por la existencia de una constitución escrita, no buscaba más que la defensa de los derechos fundamentales del hombre, que ya la Revolución francesa había proclamado. Así, decía en el Comité de Constitución de 1789: "Toda unión social y por consiguiente toda Constitución política, sólo puede tener por objeto manifestar, extender y asegurar los derechos del hombre y del ciudadano".

Expresado así el concepto liberal burgués de derecho, vemos la gran diferencia que existe con la concepción que de Constitución y de poder constituyente tiene el tratadista alemán Carl Schmitt. Mientras para la teoría de la Revolución francesa la Constitución ha de ser dictada por un poder en el cual resida la soberanía por delegación, para la teoría schmittiana tal poder constituyente puede ser cualquier voluntad política que imponga en el Estado una concreta forma de ser y de obrar. En cuanto a la concepción de poder constituyente, Schmitt y Carré de Malberg se encuentran, en parte, de acuerdo, al dar como única base del Estado un hecho político que no encierra en sí nada de jurídico, ya que el derecho tan sólo aparece después de estar constituido el Estado.

#### *IV - El poder constituyente y la teoría de la representación.*

Ya vimos cuál era el concepto que dentro del Derecho Público antiguo se tenía sobre el poder constituyente, y al efecto citamos lo que por definición de Constitución dieron Pomponio y Justiniano, y vimos además que dichos conceptos estaban basados en la más absoluta realidad. Vimos también cómo este concepto puede extenderse a la historia política de la Edad Media, pues en ésta el verdadero poder constituyente era el monarca y así dijimos cómo las teorías del derecho divino positivo y la providencialista trataban de justificar filosóficamente dicha facultad constituyente en el príncipe absoluto. Si el monarca es el poder constituyente, ninguna dificultad se presenta en cuanto al ejercicio del poder constituyente y la teoría de la representación, pues el monarca ejerce por sí mismo esa facultad.



Pero no ocurre lo mismo en el Estado dentro del cual se practique la teoría del poder constituyente ligada esencial y directamente al concepto de la soberanía nacional en el sentido proclamado por la Revolución francesa de 1789. Siendo el pueblo el sujeto único del poder constituyente, al pueblo mismo es a quien le corresponde la función de constituirse como Estado dentro de un territorio determinado. Ello es imposible, como lo quería J. J. Rousseau, y hoy, más que antes. Este es un problema que viene a incidir directamente en la teoría del órgano del Estado. Porque, entonces, a quién corresponde elaborar la Constitución misma? En qué órgano puede residir el poder constituyente, si todo órgano por el hecho de serlo supone una Constitución anterior? Aquí es donde reside —dice León Duguit— el vicio irremediable de la teoría del órgano del Estado, pues el órgano sólo existe por la Constitución y entonces, cuando se trata de dictar una Constitución, no puede recurrirse al órgano para el ejercicio del poder constituyente, ya que el órgano supone la Constitución hecha, y por tanto no puede ser ejecutor de ella. El órgano aparece como posterior a la Constitución.

Bien claramente se desprende de lo anterior que la teoría del órgano es ineficaz cuando se trata de dictar una Constitución y carece del fin que los autores de la teoría del órgano del Estado le atribuyeron, que era el de establecer que el Estado, jurídicamente y como personificación de la colectividad general, tiene una voluntad propia que resulta de la organización constitucional de la misma. Pero, en el momento de constituirse, el Estado carece de voluntad, de personificación y es, precisamente, en el momento de crear su propio orden jurídico. Se quiere resolverlo diciendo que el Estado posee órganos constituídos y a la vez un poder constituyente establecido por una Constitución anterior, pero decir esto no hace más que alejar el problema y no resolverlo, pues sería lo mismo que ir tras una cadena infinita. De todos modos, hubo un tiempo en que el Estado se organizó por primera vez, y en ese momento, el Estado carecía de órganos y ni siquiera existía como persona jurídica. Hay que llegar, pues, a la conclusión de que la Constitución que dio origen al Estado no se puede encontrar en sus órganos, sino que procede de una fuente —y así lo dice C. de Malberg— distinta y fuera del Estado. Para el mismo autor, dicha fuente no puede ser más que la potestad o voluntad de los individuos, “voluntad generadora del Estado que aparece como anterior y superior; voluntad constituyente, de que la voluntad constituída del Estado no es sino un producto o sucedáneo; voluntad, por tanto, que es la verda-

dera voluntad soberana, porque es la voluntad primaria constituyente. En una palabra, se llega a concluir así que la soberanía propiamente dicha y en el sentido absoluto de la palabra, está situada primitivamente fuera del Estado. Es necesario, por tanto, acabar siempre buscándola en los individuos”.

Para Schmitt el problema de la soberanía popular y el poder constituyente con referencia a un órgano, no tiene mucha importancia, puesto que para él, el sujeto del poder constituyente puede ser el monarca, o una aristocracia, o una oligarquía, así como una asamblea nacional que tenga la aceptación del pueblo. Basta que el sujeto del poder constituyente sea capaz, por su fuerza o autoridad, de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política. Para Carré de Malberg, el que la potestad constituyente resida en los individuos, no hace imposible que un órgano del Estado sea, o pueda ser, sujeto del poder constituyente, si bien, los fundamentos de su teoría son diferentes de los que expuso Sieyés, quien fue el principal exponente de la representación en el poder constituyente.

Ya vimos cómo Sieyés ligaba el poder constituyente a la soberanía nacional y lo delegaba en el pueblo a título de inmutable, pero admitía el sistema representativo, atenuando así notablemente su sistema de la soberanía popular, aunque, evidentemente, el pueblo conservaba el poder constituyente al pedir, o mejor, exigir, que éste fuera elegido por representantes especiales, diferentes de los representantes ordinarios. No obstante esto, como lo anotan algunos autores, la construcción resulta un tanto ilógica, puesto que en los momentos en que nos coloca Sieyés, si se puede aceptar el régimen representativo para los demás órganos del Estado, no puede admitirse para el poder constituyente. Según la teoría de la soberanía popular, por la Constitución es precisamente como el pueblo consiente en el régimen representativo y abandona el gobierno directo. “La representación política deriva de la Constitución; por lo tanto la presupone, y por consiguiente, no puede servir para confeccionarla”. Aquí se aleja un tanto Sieyés de la concepción rusioniana de la soberanía, pues ésta no puede delegarse, según el autor de “El Contrato Social”, en lo que se refiere a la labor legislativa. De allí que sea más lógica la concepción de Rousseau que la de Sieyés, aunque más impracticable, por no decir, absolutamente impracticable.

Carré de Malberg resuelve el problema en una forma distinta y hace una distinción en cuanto al origen de las constituciones. Unas sur-



gen jurídicamente, de acuerdo con normas preexistentes, y otras surgen bruscamente, de un poder constituyente irregular, pero que tiene la fuerza suficiente para ponerla en vigencia. Para este eminente tratadista el poder constituyente no tiene por qué ser jurídico. Situándose en el momento en que necesariamente hubo de constituirse el Estado, explica el poder constituyente como un hecho que no encierra en sí nada de jurídico, y dice que a un hecho, como lo es la formación del Estado, no hay que buscarle un nacimiento jurídico, sino que es un hecho simplemente natural, sociológico si se quiere; y desde luego, no puede ser jurídico el poder constituyente, porque el derecho no es anterior al Estado, sino que es posterior a él. Así, define el derecho, en el sentido propio de la palabra, "como el conjunto de reglas impuestas al hombre en un territorio determinado, por una autoridad superior, capaz de mandar con potestad efectiva de dominación y de coacción irresistible". Si se acepta la anterior definición, bien puede decirse que el poder constituyente es un hecho que no encierra en sí nada de jurídico. Y concluye: "Por ser la fuente del derecho, el Estado, a su vez, no puede hallar en el derecho su propia fuente". Pero no acepta totalmente la concepción de que el Estado haya surgido por el consentimiento popular, sino que admite también que muchos han surgido, como lo observa Michoud, por la fuerza o por la persuasión. Está, pues, de acuerdo con Smein, quien también dice que el surgimiento del Estado es un hecho natural. Por las anteriores observaciones, dice, se puede declarar que las objeciones dirigidas contra la teoría del órgano para la formación del Estado carecen de valor, puesto que no se busca que el estatuto originario del Estado tenga que ser la obra jurídica de órganos regulares de la colectividad. "Considerando, en efecto, que la aparición del Estado coincide con el hecho de su organización, es evidente que ésta no ha podido ser creada por órganos estatales preexistentes".

Solucionado así el problema en lo que se refiere al origen del Estado y la teoría del órgano, pasa Carré de Malberg a la distinción antes mencionada en cuanto al origen de las Constituciones dadas en un Estado ya existente, surgidas jurídicamente y las surgidas irregularmente. Si la Constitución surge jurídicamente, es decir, si es dada por un poder constituyente establecido por una Constitución anterior y de acuerdo con las normas fijadas por ella, no se presenta ningún problema y es lo que debe ocurrir normalmente en un Estado con una sólida organización jurídica. Si ocurre lo segundo, es decir, cuando la nueva Constitución es dada por un poder constituyente que viola las normas

señaladas por la Constitución que lo establece, dice que el poder constituyente, por el hecho de serlo, no necesita ninguna justificación jurídica, pues no es de por sí un órgano que ha de ser jurídico. Se vuelve así al hecho natural, semejante al que dio origen al Estado por primera vez. Se justifica así toda revolución y todo golpe de Estado. Pero no obstante esto, hay que aceptar que la juridicidad de las Constituciones no puede depender de la juridicidad del poder constituyente que la da, como lo predica la teoría del Estado burgués de derecho. Ello sería imposible de obtener, y así lo demuestra la historia del derecho político en los Estados, que nos dice que casi todas las Constituciones han surgido irregularmente, es decir, sin tener en cuenta el proceso que una anterior Constitución señalaba.

Tan cierta es la anterior afirmación, que para comprobarla bastaría con dar una simple ojeada a las Constituciones que han regido en la República de Colombia. No puede decirse que la Constitución de 1811 haya sido jurídica. Por el contrario, rompió con uno anterior —el régimen jurídico español— e inauguró uno nuevo. No fue jurídica tampoco la Constitución que dio el Congreso constituyente de Cúcuta de 1821, pues fue reunido con menos delegados de las dos terceras partes como lo exigía la ley fundamental dada por el Congreso de Angostura. Ni lo fue la Constitución de 1830, que reemplazó la Constitución del año 21, o para ser más exactos al decreto de dictadura de Bolívar de 27 de agosto del 28, año en el cual debía haberse reformado la Constitución por la Convención de Ocaña. Y, acaso puede decirse que hayan sido jurídicas las de los años 32, 43, 53, 58, 63 y 86? Naturalmente que decimos que fueron antijurídicas en el sentido de que no fueron dictadas de acuerdo con normas preexistentes señaladas por cada Constitución anterior. Pero no por eso dejaron de ser Constituciones y Constituciones que tuvieron su plena vigencia y que sirvieron como bases para todo un sistema jurídico. De manera, pues, que no puede decirse que la juridicidad de una Constitución depende de la juridicidad del poder Constituyente que la dicta. A esto podría contestarse que nadie da lo que no tiene, pero aquí se habla de juridicidad en el sentido de sometimiento de normas anteriores, pues, dijimos antes, cada Constituyente de por sí crea derecho. Pero entonces se hará la pregunta: Y quién le da la juridicidad al poder Constituyente? El problema es demasiado grave para tratarlo dentro del campo del derecho y en mi concepto, creo que encaja más bien dentro de la ciencia política que dentro de las ciencias jurídicas.