

análisis de algunas tesis de la *teoría general del estado* de jorge jellinek

JORGE CARPIZO*

1. *Introducción.* La obra *Teoría general del Estado* del profesor Jorge Jellinek, de la que me propongo examinar en este ensayo algunos de sus pensamientos, es una obra clásica de la ciencia política.

Esta obra fue publicada por primera vez en 1900, cuando el imperio alemán, creado por Bismarck en Versalles, alcanzaba su esplendor. Alemania ya era una potencia política, económica y cultural. Jellinek se inspiró en el *Reich*, trató de describirlo y de mostrar sus principios, ya que, conforme a Hegel, podríamos decir que el espíritu objetivo le estaba hablando a la humanidad a través del gran imperio de la Europa de principios de este siglo.

La construcción política y jurídica de ese gran Estado necesitaba un descriptor y este papel lo jugó Jellinek. Pero, el profesor de Heidelberg no representa un pensamiento que brotó aisladamente, sino al contrario, es en alguna parte, la continuación del pensamiento alemán sobre el Derecho Público y en cuyos grandes expositores, Gerber y Gierke, Jellinek se inspiró, y les es deudor de algunas de sus teorías.

Jellinek empezó sus estudios examinando la concepción del mundo en Leibniz y en Schopenhauer, lo que lo llevó a contemplar algunos de los problemas de la ética. Entre los dos pensadores, se inclinó hacia Leibniz, por la perfección y el defecto como algo privativo. Tal

concepción influyó en su teoría. Así, por ejemplo, concibió al Derecho como un mínimo ético que la sociedad necesita para existir.

A algunos pensadores se les cuelgan etiquetas, difíciles de borrar. Jellinek ha sido considerado como un *formalista*, cuyo interés fue crear una teoría por el agrado de construir una teoría. Creo que tal afirmación no es certera, sino que admitió, como expongo en el ensayo, la transcendencia de otros factores en los estudios jurídicos. La importancia de la obra actual de Jellinek radica en la influencia que ha tenido en el Derecho Público alemán, en donde no hay tratadista que se ocupe de estos temas que no se refiera a Jellinek, ya sea para adherirse a él o para refutarlo.

Algunos de los pensamientos de Jellinek marcaron nuevos rumbos: como, lo examino con detalle posteriormente, que el Estado puede analizarse desde dos puntos de vista: el jurídico y el sociológico, y trata de realizar un estudio completamente jurídico del Estado, aunque después abrió las puertas a otros elementos.

Varias de sus teorías señalaron pasos importantes para la comprensión y conocimiento de temas como la soberanía y la unión de Estados, aunque hoy, con el monóculo del hombre de finales del siglo xx, se considere que no son admisibles.

Creo que aún el pensamiento de Jellinek tiene importancia y por tanto que algunas de sus teorías deben

* Jorge Carpizo. Profesor de las Facultades de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM.

ser meditadas; he escogido las que de acuerdo con mi criterio revisten mayor interés.

2. Una "*Teoría general del Estado*". Para Jerge Jellinek la doctrina del Estado se divide en i) doctrina general del Estado y ii) doctrina particular del Estado.

La doctrina general del Estado tiene por finalidad encontrar el *principio fundamental* de éste, examinar los fenómenos generales del mismo y sus líneas fundamentales. Se logra lo anterior estudiando las "formas que han revestido los Estados en los fenómenos histórico-sociales".

Una doctrina general debe ser completada por el estudio particular del Estado que puede ser una *doctrina especial* si se persigue investigar las instituciones concretas de los Estados, o una *doctrina individual del Estado*, si persigue el estudio de las instituciones de un determinado Estado.

El análisis de la *doctrina individual* del fenómeno Estado sólo puede ser fecundo si se le coloca dentro de la *doctrina general y especial* del Estado; hay que conocer los principios generales, la base, los fundamentos del Estado, antes de examinar un Estado en particular.

Para el estudio del Estado es necesario tener presente que existe una doctrina jurídica de éste y una doctrina sociológica del mismo, y es necesario oponer y separar estas dos doctrinas por la diferencia de métodos que implican.

Para investigar en forma científica el fenómeno Estado, no debe haber ninguna confusión entre el factor jurídico y los factores extra-jurídicos. Si se comprende esta distinción, desaparece un error en el que frecuentemente se incurre: "que la única explicación justa, exacta, del Estado, es la sociológica, la histórica, la política; en una palabra, la no jurídica; o la opinión opuesta: que sólo el jurista puede descifrar, mediante sus métodos de trabajo, los enigmas que están enlazados con la vida del Estado".¹

Ahora bien, es cierto que Derecho y política no deben confundirse, sino que es necesario que cada uno conserve sus límites, pero se debe aclarar que sólo se pueden realizar investigaciones eficaces de Derecho Público si se posee un conocimiento de lo que políticamente es posible, porque si no fuera así, el Derecho Público se convertiría en una disciplina puramente escolástica, ajena a la vida y al conocimiento de lo real.²

Las anteriores consideraciones lo llevan a establecer

¹ Jellinek, Jorge. *Teoría general del Estado*, México, Compañía Editorial Continental, S. A., p. 12.

² *Ibidem*, p. 15.

un principio que en su opinión es importantísimo: *lo que es imposible políticamente, no puede ser seriamente objeto de investigación jurídica*.³ Es decir, si algo, por diversos motivos, no puede llegar a ser real, la ciencia jurídica no debe ocuparse de ello. Desde luego que es problemático saber si algo puede llegar a ser real, ya que la política es una materia de posibilidades, pero no de certezas.

El conocimiento jurídico enseña al de índole política el principio de la *presunción de legalidad en las acciones de los órganos supremos del Estado*. O sea, mientras esas disposiciones no se declaren nulas por la o las autoridades competentes, ellas deben ser consideradas realizadas de acuerdo a Derecho, aunque la interpretación gramatical de la constitución nos dé por resultado la creencia o convicción de que se ha efectuado algo diferente al orden jurídico.

Afirma que una

crítica de las instituciones vigentes de Derecho Público es un problema político; y esta crítica debe llevarse a efecto, tanto cuando se estudie la doctrina general del Derecho Público, como cuando se trate de la especial o de una institución particular y concreta. La ciencia del Derecho abandonaría una de sus funciones más nobles si redujese su obra a hacer aplicaciones al pasado y no tratase de favorecer a las fuerzas que ayudan a abrir el camino hacia el futuro.⁴

Jellinek reconoció que el aspecto jurídico y el no jurídico debían separarse en el estudio del Estado, porque los métodos son diversos; sin embargo, después declara que el estudio del Derecho Público debe tener en cuenta las posibilidades reales, y efectuar consideraciones de índole política dentro de la investigación jurídica.

Cierto es que Jellinek en su obra capital, objeto de esta monografía, trató de edificar su doctrina desde el punto de vista jurídico, pero claramente señaló que un estudio jurídico del Estado, sin consideraciones políticas, sería estéril.

Por tanto, es dudoso que se le pueda considerar —como lo hace Heller— como apolítico, y que su obra sea una *teoría por la teoría*;⁵ aunque el propio Heller reconoce que Jellinek aceptó que la absoluta abstracción del elemento político en una doctrina jurídica del Estado

³ *Ibidem*, p. 16.

⁴ *Ibidem*, p. 18.

⁵ Heller, Hermann. *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1963, p. 40.

conducía a *resultados vacíos*, por lo que los *completó* a través de la observación de lo político, pero como un agregado, como algo que no es propio.⁶

En cambio Kelsen interpreta en forma completamente diferente este pensamiento de Jellinek, aunque también para criticarlo, porque afirma que, tener en cuenta en una teoría del Estado los factores políticos y examinar si algo es *políticamente posible* o *políticamente saludable*, y de este análisis resulta que no se está de acuerdo con el Derecho positivo, entonces hay que rechazarlo; y por tanto, esta doctrina “no puede tener apenas otro sentido que el de pretender la legitimación de determinados postulados de ciertos grupos políticos, en oposición con el Derecho positivo”.⁷ Mientras Heller le reprocha que para él, el elemento político es sólo un agregado, Kelsen lo critica por considerar en una teoría del Derecho tal elemento, ya que en su opinión sólo responde a un fin de índole política que debe ser completamente extraño en un análisis jurídico del Estado.

Creo que resulta peligroso incluir elementos o valoraciones de tipo político en un estudio jurídico del Estado, no por razones de pureza metódica, sino porque se puede perder la seriedad del ensayo, ya que en política es muy difícil ser imparcial, y el estudio puede resultar sectario y de propaganda, perdiéndose cualquier valor científico que pudiera tener.

Pero también puede resultar peligroso e inútil una Teoría del Estado sin análisis o comentarios de naturaleza política. Piénsese que una teoría jurídica del Estado mexicano resultaría superficial, pues hay un abismo entre lo jurídico y la realidad en la vida del Estado mexicano, y quien leyera ese estudio jurídico sin conocer la situación real del país, tendría una noción errada del Estado mexicano.

A lo anterior se puede responder diciendo que en estos casos es necesaria la existencia de dos tipos de estudios: uno, únicamente jurídico, y otro, político-social, y conociendo los dos se puede poseer una idea precisa del Estado mexicano.

La aseveración anterior puede ser certera, pero entonces para qué escindir radicalmente algo que por naturaleza está vinculado y son elementos necesarios para la comprensión de determinado fenómeno.

3. *La teoría de los tipos*. Para establecer su teoría

de los *tipos*, parte de la distinción entre ciencias normativas y ciencias causales.

Los hechos naturales están sometidos a leyes generales, en donde dada la causa necesariamente se producirá el efecto. En los hechos naturales existe *uniformidad*, pero frente a esa uniformidad, en el conocimiento social, hay *multiformidad*, porque las mismas actuaciones humanas toman diversas direcciones.

Si entonces resulta imposible medir, contar, evaluar, al individuo como un todo, y es él precisamente el fundamento de las leyes sociales, resulta que éstas, en principio, no se pueden formular.

Sin embargo, en la diferencia entre los individuos hay semejanzas en sus formas de actuar y estas semejanzas nos permiten establecer ciertas afirmaciones sobre las cosas humanas.

Los impulsos, facultades, disposiciones, son en alguna medida comunes a los hombres o a ciertas categorías de ellos.

Las afirmaciones anteriores descubren que en los fenómenos naturales se maneja lo *idéntico*, en los de tipo social es lo *análogo*.⁸

Luego, aplicado el pensamiento anterior a la Teoría del Estado resulta que el “problema de una ciencia del Estado y de las instituciones del mismo en general, consiste en buscar los elementos típicos en los fenómenos del Estado y las relaciones en que se encuentran”.

En este sentido “tipo” es la *expresión de la más perfecta esencia del género*.

El tipo puede revestir dos formas: 1) el ideal y 2) el empírico.

El tipo ideal no es algo que es, sino que debe —ser; es decir, es una medida de valor conforme a la cual se denota una institución como buena o mala.

El tipo ideal es el arquetipo del que habló Platón, es la idea que está más allá del mundo del individuo, pero se juzga este mundo de acuerdo precisamente con esa idea.

El tipo ideal no conduce, ni auxilia en nada a la investigación científica, sino que se encuentra en el campo de la mera especulación, y los tipos ideales de Estados han sido producto de profundas luchas políticas, encuentros de partidos. Es, como diría Schmitt al referirse a su concepto ideal de Constitución, ideario de partido político que se desea llevar a la práctica,⁹ y que en determinados momentos se les desea dar una objetividad.

⁶ *Ibidem*, p. 70.

⁷ Kelsen, Hans. *Teoría general del Estado*, México, Editora Nacional, 1965, p. 105.

⁸ Jellinek, Jorge, *op. cit.*, p. 27.

⁹ Schmitt, Carlos. *Teoría de la Constitución*, México, Editora Nacional, 1961, pp. 41-43.

Jellinek, acertadamente, asienta que los tipos ideales no pertenecen al mundo del saber sino del creer; no se ocupan del mundo dado, sino del que ellos desean crear; y al tipo ideal opone el tipo empírico.

El tipo empírico es “la unificación de notas entre los fenómenos, unificación que depende del punto de vista que adopte el investigador”.

Frente a la gran variedad indefinida de fenómenos, el investigador realiza abstracciones para extraer lo que les es común desde un punto de vista lógico.

Los tipos empíricos se encuentran a través del método inductivo, es decir, comparando los Estados particulares: su organización y funciones.

Este método presenta grandes y graves dificultades, según época, tiempo, estructura social y cultural, etcétera. Hay que tener en cuenta que los tipos se encuentran en el devenir histórico, que cambian y varían de acuerdo con los hechos históricos, y este examen nos mostrará al tipo en evolución.

Desde el punto de vista práctico muéstrase el “tipo” como un principio eurístico; pueden, en efecto, hacerse derivar de él con caracteres de grandes probabilidades, consecuencias determinadas que sean aplicables a fenómenos particulares de la vida de los Estados. Las formaciones que respondan a un tipo semejante se desenvolverán en el futuro de un modo análogo. Cuando se habla de historia, se tiene ante la vista —consciente o inconscientemente— el elemento típico en las cosas humanas; sólo porque bajo análogas condiciones se repiten de un modo también análogo las cosas, puede ser tomada la historia como maestra. Sólo es posible una ciencia política, una doctrina de las formas racionales de los fenómenos relativos al Estado, en cuanto que en la variabilidad de la vida de éste hay algo que permanece.¹⁰

El mérito de la teoría de los tipos de Jellinek consiste en su insistencia de que tanto la ciencia jurídica como la Teoría del Estado deben formar sus conceptos.

Otro acierto es su análisis de lo individual-histórico, así como el grado de validez que trasciende de lo singular.¹¹

Los instrumentos que construyó Jellinek para la Teoría del Estado, son los mismos que ha utilizado la ciencia del Estado en Alemania, y que influyeron decisivamente en otros países. Si se revisa el índice de la obra de Jellinek, nos percatamos que a más de 70 años de escri-

ta, determina en una muy buena parte los programas sobre la materia en la Facultad de Derecho de la UNAM.

4. *El Derecho*. Se plantea el problema de saber qué es el Derecho. Afirma que desde luego el Derecho es un conjunto de reglas para las acciones humanas, pero como dentro de esta definición se pueden encuadrar también las prescripciones religiosas, morales, etcétera, debe existir algo esencial al derecho que los otros órdenes no poseen.

La norma jurídica tiene tres características: 1) rige relaciones externas entre los hombres, 2) es expedida por una autoridad exterior reconocida, y 3) son obligatorias y este carácter *lo garantizan* poderes exteriores.

Señala que las normas jurídicas tienen esas tres características, pero en cambio las otras clases de prescripciones no satisfacen esas tres notas, pero destaca en lo jurídico el carácter de *obligatoriedad* como lo distintivo, ya que conocemos si X norma pertenece a cierto orden jurídico o no, si es obligatoria. “La positividad del Derecho descansa, pues, en última instancia, en la *convicción* de su obligatoriedad; sobre este elemento puramente subjetivo, se edifica todo el orden jurídico.”¹² Para Jellinek el Derecho es parte del mundo de las representaciones humanas, vive en nuestra mente, su base está constituida únicamente por elementos psicológicos.

Indica que se ha considerado a la *coacción* como la garantía única del Derecho, pero considera que ella no es capaz por sí sola de garantizar el Derecho, sino que junto a la coacción jurídica, existen otras como las de índole eclesiástica, de urbanidad, de costumbre, etcétera, que ejercen una coacción sobre el individuo que, a veces, es mucho mayor que la de tipo jurídico; así, por ejemplo, las costumbres derogativas y las leyes en desuso, son prueba evidente que la sola coacción jurídica es insuficiente para el orden jurídico.

La conclusión al respecto la asienta así: “No es, pues la coacción una nota esencial al concepto del Derecho, sino la garantía, de la cual la coacción no es sino una forma subordinada. Las normas jurídicas no son tanto normas coactivas cuanto normas de garantía.”¹³

Debemos detenernos un momento y valorar el pensamiento anterior con el que no estoy de acuerdo, pues funda todo el Derecho en un elemento subjetivo que

¹⁰ Jellinek, Jorge, *op. cit.*, p. 35.

¹¹ Heller, Hermann, *op. cit.*, p. 78.

¹² Jellinek, Jorge, *op. cit.*, p. 274.

¹³ *Ibidem*, p. 277.

es la convicción de su obligatoriedad, y el Derecho será obligatorio aunque no exista ninguna convicción; el Derecho está más allá del mundo subjetivo, su validez deriva de su propia existencia, de que día a día se positiviza, de que se cumple, y los incumplimientos, que resultan aislados, comparados, con su cumplimiento, tienen la posibilidad de ser sancionados a través de la coacción del Estado.

No es prueba de que la coacción jurídica es insuficiente, la existencia de costumbres derogatorias y leyes en desuso.

Es el propio Derecho el que puede darle cierta significación a lo que se ha denominado costumbre derogatoria y ley en desuso; pero también puede negarle significación como acontece en México, y entonces estos términos no tienen ningún valor, pues si bien es cierto que algunas normas no son aplicadas durante años, esto no significa que ya no se puedan aplicar porque la costumbre las derogó, sino todo lo contrario; mientras se encuentren esas normas en los cuerpos legales, en cualquier momento las autoridades competentes las pueden aplicar; luego sostener lo contrario, no es una apreciación jurídica sino cargada de contenido político para tratar de impedir la aplicación de ciertas reglas jurídicas como los artículos 3o. y 130 constitucionales en México.

En cambio, estamos de acuerdo con Jellinek en una serie de apreciaciones que realiza para tratar de circunscribir al Derecho como "la diferencia que suele ocurrir entre la realidad y el Derecho, siendo que son *dos verdades* diferentes sobre un mismo hecho"; es decir, son dos enfoques diversos. Como ejemplo señala al empleado que, al incribir inscribe erróneamente el sexo de un niño en el registro de nacimiento, no se podría extender un acta diferente de lo asentado en el libro si no hay sentencia judicial que tal cosa ordenare. Distingue entre Constitución escrita y Constitución viva, siguiendo en buena parte la teoría de Lassalle.¹⁴

La Constitución viva es la división efectiva del poder, que es independiente de los artículos que se encuentran en la Constitución escrita.

Las relaciones reales de poder son la base del orden jurídico; el Derecho es el compromiso entre los intereses opuestos y diferentes de cierta importancia. En las relaciones reales se encuentra una fuerza normativa.¹⁵

¹⁴ Lassalle, Fernando. *Qué es una Constitución*, Buenos Aires, Ediciones Siglo Veinte, 1964, pp. 73-81.

¹⁵ Jellinek, Jorge, *op. cit.*, p. 280.

Explica Jellinek la relación entre derecho-hecho, o sea entre deber ser y ser, como influencia mutua. Si bien el Derecho nace del hecho, a su vez el Derecho influye al hecho. Hay una relación dialéctica entre estos conceptos; ellos no pueden ser separados, sino al contrario, todo estudio jurídico ha de tener en cuenta esta relación de la que se desprenden una serie de consecuencias. El maestro de Heidelberg escribió que

no sólo se ha abierto camino el Derecho Natural mediante la fuerza, sino que la convicción inmediata de su carácter obligatorio se ha reflejado en las concepciones prácticas, de suerte que este Derecho ha llegado a ser realmente aplicado y tácitamente reconocido como Derecho Positivo por parte de los poderes dominantes. Si, como antes hemos dicho, es el hecho el que hace nacer el Derecho, en este caso sucede lo contrario, ya que la representación del Derecho es la que crea la realidad.¹⁶

Posteriormente, Heller desarrolló el problema normalidad-normatividad,¹⁷ pero en el pensamiento de Jellinek se encuentra esta dualidad, esta influencia recíproca del mundo del ser y del deber ser, lo que resulta un poco sorprendente en el primer momento ya que tradicionalmente Jellinek ha sido considerado como formalista.

Otra afirmación de Jellinek, que a mi modo de ver confirma la tesis que he expuesto, se encuentra en una exposición que considero importante, a saber: en el derecho privado, el juez debe conocer y resolver los casos puestos a su consideración; por tanto, se afirma que el Derecho es un orden cerrado. Sin embargo, el Derecho no puede resolver todos los conflictos entre los poderes del Estado; por tanto el Derecho Público no es un todo cerrado. O sea, Jellinek está considerando la introducción de la política en el Derecho Público y especialmente en los casos más difíciles: cuando existe conflicto entre los poderes. Pienso que Jellinek tiene razón al respecto y me baso en lo siguiente: el poder judicial se concreta a examinar controversias de índole jurídica. La jurisprudencia norteamericana considera que las cuestiones políticas no son competencia del poder judicial y la situación es parecida en México.

Luego, el Derecho Público no es un orden cerrado, sino que sus problemas más difíciles no están en sus manos resolverlos; aunque hay que aclarar que en el

¹⁶ *Ibidem*, pp. 283-284.

¹⁷ Heller, Hermann, *op. cit.*, pp. 270-271.

Estado moderno todo Derecho es creado o permitido por el Estado.¹⁸

5. *La Constitución del Estado.* “Toda asociación permanente necesita de un principio de ordenación conforme al cual se constituya y desenvuelva su voluntad. Este principio de ordenación será el que limite la situación de sus miembros dentro de la asociación y en relación con ella.”¹⁹ Tal es su concepción de la Constitución de un Estado: es un principio ordenador que limita a los miembros de la asociación. La finalidad de las Constituciones —afirmó— es limitar el poder y no a los individuos. Las construcciones francesa de la división de poderes, inglesa de *checks and balances*, y alemana de Estado de Derecho, tienen por objetivo limitar el poder, misma finalidad que se persigue con la incorporación de las declaraciones de derechos humanos en las leyes fundamentales, por lo que no deja de ser extraño que Jellinek haga sobresalir la nota de limitación de los miembros, que también se encuentra en las Constituciones, pues éstas imponen obligaciones a los individuos y a los ciudadanos.

Jellinek afirma que es suficiente que exista un poder de hecho que sostenga la unidad del Estado para que haya un *minimum* de Constitución. Aquí la concepción que sigue es de tipo biológico, e identifica Constitución con poder: un mínimo de poder necesario para hacer cumplir las disposiciones que de ella emanen.

Jellinek se refiere a las Constituciones en sentido material, de acuerdo con la concepción de la antigüedad, como poder ilimitado que corresponde ejercerlo libremente a los ciudadanos.

6. *La noción de soberanía.* Para Jellinek el Estado es una corporación territorial dotada de un poder de mando originario.²⁰

Soberano, es aquel poder que no reconoce a ningún otro poder como superior a él. Él es poder independiente, ilimitado e ilimitable.

Es supremo, porque sobre él no puede existir ningún otro poder. Es independiente, en sentido jurídico, pero no real, y es ilimitado al darse su orden jurídico.

Aclara que:

Soberanía no indica ilimitabilidad, sino tan sólo facultad de determinarse por sí mismo exclusiva-

mente, y por tanto, la autolimitación del poder del Estado, no obligado jurídicamente por poderes extraños para instituir un orden dado sobre la base del cual solamente la actividad del Estado adquiere un carácter jurídico. Expresada en una fórmula breve, la Soberanía significa, por tanto, la propiedad del poder de un Estado, en virtud de la cual corresponde exclusivamente a éste la capacidad de determinarse jurídicamente y de obligarse a sí mismo.²¹

Para Jellinek, la atribución soberana es del Estado, pero su acepción de Estado, debe aclararse, es completamente diferente a la otorgada por Hegel. Para Jellinek, Estado es un territorio sobre el cual se logra una unidad entre el pueblo y los que gobiernan, con la característica de que sobre ese territorio el poder supremo es ese Estado y ningún otro, porque si no fuera así, esa unidad no sería soberana.

No se puede afirmar que Jellinek siga una tesis absolutista, ya que el Estado necesita poseer un orden jurídico, con lo que se niega la doctrina del poder absoluto e ilimitado del Estado; ya que este orden jurídico obliga tanto a los gobernados como al poder del Estado.

Aclara que soberanía no es sinónimo de ilimitabilidad, sino de autolimitación del Estado, por medio de la cual se autodetermina jurídicamente y se obliga a respetar ese orden jurídico.

El campo de libertad del hombre dentro del Estado parece ser un pensamiento contradictorio en Jellinek. En la obra, objeto de este ensayo, escribió que el Estado no podía ampliar sus competencias, pues si el Estado empezaba a realizarlo, los hombres se convertirían en esclavos del Estado, con una capacidad jurídica mínima.²²

En una conferencia dictada en Heidelberg, declaró que existe una relación entre Estado y libertad, y que el poder del Estado estaba en proporción con la extensión de las libertades de los hombres, y que mientras la extensión de estas libertades avanzara, la actividad del Estado sería menor.²³

En las nociones anteriores se ha querido encontrar una idea absolutista; sin embargo, la conferencia terminó con estas palabras: “La dignidad de la humanidad está en vuestras manos. Conservadla. Se hundirá con vosotros pero se elevará también con vosotros.” El conferencista se dirigía a los hombres, no al Estado.

²¹ *Ibidem*, p. 392.

²² *Ibidem*, p. 393.

²³ Jellinek, Jorge. “El origen de la idea del Estado moderno” en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 43-44, México, UNAM, 1961, p. 526.

¹⁸ Jellinek, Jorge, *op. cit.*, pp. 292-300.

¹⁹ *Ibidem*, p. 413.

²⁰ *Ibidem*, p. 386.

Soberanía es la facultad para autodeterminarse autónomamente desde el punto de vista jurídico, dándose sus propias leyes, obrando conforme a ellas y determinando la función administrativa y judicial.

Si bien Jellinek habló de la soberanía del Estado, lo hizo entendiendo que Estado es unidad de los elementos que lo conforman. Creo que esta teoría, ni niega los derechos humanos, ni está emparentada con el pensamiento absolutista, ni que su concepto de Estado sea abstracto.

Respecto a este punto del pensamiento de Jellinek, existen las más variadas interpretaciones: así, para Miguel Villoro, la doctrina europea se distingue por la afirmación de que el Estado es el titular de la soberanía y que el único tratadista que se ha opuesto a esta concepción ha sido Jellinek.²⁴

Desde luego, no estoy de acuerdo con Villoro, pues, a mi modo de ver, no sólo interpretó erróneamente a Jellinek, sino que se olvidó de toda la corriente europea que asignó la titularidad de la soberanía al pueblo, y que en el caso de México tiene especial importancia por ser la noción que contiene nuestro artículo 39 constitucional.

Hay que decir que Jellinek distinguió entre soberanía interna y soberanía externa. El carácter interno es el poder de auto-organización, es el poder supremo. El carácter externo estriba en que el Estado es independiente en sus relaciones con los otros Estados.

Ahora, me ocupo de un tema muy relacionado y es el siguiente: ¿cuándo nació el concepto de soberanía? Jellinek sigue al respecto la tesis que considero acertada: la soberanía nace como una nota esencial del Estado nacional y éste nació rompiendo las superestructuras de la Edad Media: el imperio y el papado que tuvieron la pretensión de realizar una sola unidad regida por una de ellas.

Sin embargo, la opinión anterior no es unánimemente compartida. Marcel de la Bigne y el maestro De la Cueva opinan que el concepto de soberanía se encuentra ya en la idea de autarquía de la que Aristóteles habló en *La política* (I, 1252, b).

Para Jellinek, y estoy de acuerdo con él, autarquía y soberanía son conceptos diferentes. Autarquía significa autosuficiencia. Un Estado podía para los griegos estar subordinado a otro Estado, pero si podía satisfacer sus necesidades por él mismo, era autárquico. Aristóteles habló de independencia, pero no en el sentido de poder

supremo sino en el de ser autosuficiente de sus necesidades.

El concepto de autarquía no implica ni idea política, ni jurídica, sino —de acuerdo con Jellinek— ética.

El teórico alemán para confirmar su tesis señaló el sentido de autarquía en el pensamiento cínico y estoico, donde significó la cualidad esencial del sabio.²⁵

El maestro Mario de la Cueva no está de acuerdo con las ideas de Jellinek; para él, el teórico alemán calla que las *polis* griegas lucharon por su independencia contra los persas y romanos, y cita a Aristóteles, para quien —afirma el maestro mexicano— el hombre que no es libre no alcanza el ideal de autosuficiencia, y entonces esta persona no conduce *una vida perfecta, bella y feliz*. Para reafirmar su consideración, el doctor De la Cueva hace notar que Aristóteles se basó para su famosa clasificación de las formas de gobierno atendiendo al titular del poder supremo.²⁶

Con el más grande de los respetos, no estoy de acuerdo con el maestro De la Cueva en este específico punto, y pienso que Jellinek tiene la razón, porque si nos acogiéramos al primer argumento del jurista mexicano, llegaríamos a la conclusión de que desconocemos cuándo nació el concepto de soberanía. Tal vez cuando una tribu, al ser atacada, rechazó la invasión. Tal vez, en una civilización oriental al defenderse los pueblos de Gengis Kan; o cuando Ilión se defendió de la liga helénica.

Asimismo, el segundo argumento del tratadista de derecho laboral y político, en la cita que hace de Aristóteles concuerda, según mi modo de ver, con la idea que Jellinek le asigna a la palabra autarquía. Pero no puedo negar que el tercer argumento esgrimido por el maestro De la Cueva tiene fuerza. Sin embargo, pienso que la polis griega tuvo por finalidad ser autosuficiente, y que el problema del titular del poder supremo fue cuestión secundaria para ellos, ya que efectivamente existió un gobierno democrático.

Se puede concluir que la noción de autarquía no significa soberanía, pero sí que el concepto de autarquía es una idea ético-sociológica, que en forma vaga y nada precisa es antecedente de la idea de soberanía.

7. *Las formas del Estado*. Clásicos son los pensamientos de Aristóteles y Polibio sobre las formas del Estado. Aristóteles las clasificó en tres puras y tres im-

²⁴ Villoro, Miguel. "Tres sentidos de la palabra soberanía", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 48, México, UNAM, 1962, p. 685.

²⁵ Jellinek, Jorge, *Teoría General...*, op. cit., pp. 355-357.

²⁶ Cueva, Mario de la, *Estudio Preliminar a La Soberanía*, de Hermann Heller. México, UNAM, 1965, p. 8.

puras. Polibio habló de las formas mixtas; es decir, formas en las que se encuentran reunidos elementos de la clasificación de Aristóteles.

Para Jellinek sólo existen dos formas del Estado, a saber: monarquía y república; y aclara que esta distinción ya se encuentra en la separación que Maquiavelo realiza entre gobierno del príncipe y república, aunque la oposición entre monarquía y república proviene de tiempos remotos, cuando en la horda, el jefe era un caudillo, o eran varios.

Tanto la monarquía como la república pueden ser subdivididas y dan por resultado las diferentes organizaciones políticas que se conocen en la historia.

Define a la monarquía como el "Estado dirigido por una voluntad física". Es decir, en la monarquía sólo existe una voluntad que es la que gobierna. El monarca se encuentra fuera del Estado, fuera de toda relación jurídica con éste. Esta tesis responde al pensamiento teocrático o al patrimonial del Estado.

Luego el monarca puede estar fuera o dentro del Estado, y la monarquía puede adoptar las tres siguientes formas:

- a) El monarca considerado como Dios o como representante de la divinidad.
- b) El monarca como propietario del Estado, y
- c) El monarca como miembro del Estado y órgano del mismo.

De la primera forma poco queda en la actualidad. Ya no se considera que los reyes son divinidades como en el antiguo Egipto; sin embargo, un vestigio aún se encuentra en la idea del monarca o del caudillo por la gracia de Dios.

En la segunda forma, el monarca como propietario del Estado aparece tanto sobre los hombres como sobre los bienes, recae la voluntad del monarca y únicamente con su permiso el individuo puede gozar de una subjetividad jurídica.

En la tercera forma el monarca es miembro del Estado y órgano del mismo, él es el representante del Estado; después se empieza a considerar al pueblo como el sujeto primario del poder, aunque lo traspasa al rey. Federico el Grande de Prusia se consideraba el *primer servidor* del pueblo que gobernaba.

Aun en las monarquías modernas se supone que todas las funciones del Estado nacen y terminan en el rey. Puede existir una separación de poderes, pero se con-

sidera que están bajo el monarca y desde este punto de vista esos órganos son miembros de la unidad del Estado.

Además, de acuerdo con la forma cómo se ocupa el trono y las facultades del monarca, las monarquías se dividen en:

- a) monarquía electiva y monarquía hereditaria, y
- b) monarquía limitada e ilimitada.

En la monarquía electiva hay un órgano especial para la elección, pero es un órgano de *una sola función* pues realizada ésta ya no continúa actuando. La monarquía electiva ha desaparecido, aunque la reinstalación de las monarquías en los Estados de los Balkanes y en Bélgica adoptaron la forma de elección.

También se pueden recordar las elecciones por el poder legislativo de Guillermo y María de Orange en Inglaterra, y de Amadeo de Saboya en España.

En la monarquía absoluta, sólo el monarca es órgano inmediato del Estado, pero aún en este caso, existen órganos mediatos que están subordinados al órgano inmediato, y éste les confía una serie de funciones.²⁷

En cambio, la república es la no-monarquía, es la negación de la dirección de la organización política por una persona física.

La gran importancia de esta oposición se ve muy clara si se reflexiona en que, en la monarquía, la voluntad suprema corresponde a una persona individual determinada, que está representada, por decirlo así, corporalmente, en tanto que en los Estados no monárquicos, cualquiera que sea la forma que adopte, no coincide jamás el órgano del poder supremo con la voluntad individual de la persona física, que es titular de este órgano, y, por tanto, jamás puede llegar a ser susceptible de expresión visible.²⁸

Aparte de la monarquía, todas las demás formas de Estado que han existido en la historia caen dentro del género de la República, como sería el caso de las aristocracias, oligarquías, democracias, etcétera.

La república tiene como característica esencial que es soberanía de varios en contraposición a la soberanía de uno que es precisamente la monarquía.

Hay repúblicas que tienen únicamente un *órgano inmediato*; es decir, el pueblo se gobierna en forma di-

²⁷ Jellinek, Jorge, "El origen..." *op. cit.*, p. 563.

²⁸ *Ibidem*, p. 576.

recta como aconteció en algunas épocas de la democracia griega.

Lo usual es la existencia de varios órganos inmediatos como el caso de la Alemania imperial: el Bundesrat, el Reichstag y el Emperador.

Ahora bien, según la naturaleza de los órganos inmediatos, se dan las diferentes formas de república, a saber:

- a) Repúblicas en que el soberano tiene carácter corporativo,
- b) Repúblicas oligocráticas,
- c) Soberanía de clases o repúblicas aristocráticas, y
- d) La república democrática.

Veamos brevemente cuál es la característica de estos diferentes tipos de república. En la de carácter corporativo, una corporación adquiere la soberanía sobre un país o un Estado que ya existe; como ejemplo se pueden señalar: la compañía de las Indias orientales en la India, la sociedad del Congo en el Estado del Congo, etcétera. Aquí la corporación está dentro y fuera del Estado, porque la actuación de la corporación no se concreta a obrar en nombre del Estado.

En las repúblicas oligocráticas, de acuerdo con la Constitución, un número reducido de personas configuran la voluntad soberana del Estado. A este tipo perteneció la diarquía en Roma.

En la república de soberanía de clases o repúblicas aristocráticas, la soberanía se encuentra en un grupo profesional, en una clase por herencia, en la clase de propietarios, etcétera. Aquí, el *quid* consiste en que una parte de la población, o una clase, tiene una situación política privilegiada respecto al resto de la población.

En la república democrática, se parte del supuesto que el pueblo es el órgano supremo del Estado, y que la voluntad del Estado se forma principalmente por los miembros del mismo.

Sin embargo, y aunque pudiera parecer a primera vista, la concepción de Jellinek no concuerda con el concepto de democracia que sostiene el pensamiento francés. Un párrafo de especial importancia para la comprensión del problema es el siguiente:

La afirmación usual de que las antiguas democracias eran realmente aristocracias a causa de la falta de derechos políticos de los esclavos es, por tanto, erróneo. El Estado, como tal, no domina a

los esclavos, porque éstos no estaban sometidos al *imperium*, sino al *dominium*. De igual suerte, los Estados esclavistas de la Unión Americana, tampoco eran aristocracias en sentido jurídico, ni hoy el extranjero es miembro de la comunidad dominante del pueblo en las democracias, salvo muy raras excepciones.²⁹

La república democrática ha cambiado en la historia; la moderna democracia también realiza una clasificación que responde a la que puedo enunciar como de: gobierno directo, indirecto y semidirecto, según sea la intervención de los ciudadanos en la cosa pública, en la actuación del Estado.

La esencia para distinguir las formas del Estado ha sido "la organización de la autoridad que ejercía el poder público, o la estructura del proceso formativo de voluntad estatal". Pero, como afirma Kelsen, esta *voluntad* estatal que decide la forma del Estado no puede ser psíquica sino jurídica, pues si fuera psíquica no le importaría a una Teoría del Estado. Luego, el querer estatal es el *deber ser* de su ordenamiento.³⁰

Vallado Berrón afirma que "Democracia y autocracia sólo pueden ser entendidas como técnicas de producción jurídica, no como gobiernos de un déspota o del pueblo".³¹

Cúmpleme decir mi opinión sobre esta cuestión de las formas del Estado.

Pienso que este problema está superado. Que desde el punto de vista jurídico, plantearse cuáles son las formas del Estado resulta superfluo, ya que en la actualidad los Estados se designan a sí mismos como democracias. En el siglo xx, jurídicamente, la única forma de Estado que subsiste es la democracia, porque las monarquías que aún existen se engloban en el tipo de democracia según declaraciones de sus normas fundamentales y leyes.

El desprestigio político de las aristocracias, monarquías, oligarquías, etcétera, repercutió en el mundo jurídico, y hoy se habla de democracia tanto en el mundo occidental como en el oriental, aunque los sistemas son antagonicos.

Pero, desde un punto de vista sociopolítico, la declaración formal de un régimen democrático es insuficiente, y se debe tener en cuenta la realidad del país: el funcionamiento de su sistema electoral, la vigencia de los

²⁹ *Ibidem*, p. 582.

³⁰ Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 408.

³¹ Vallado Berrón, Fausto E. *Propedeutica filosófica*, Puebla, Cajica, 1967, p. 194.

derechos individuales y sociales y la actividad estatal dentro de los marcos constitucionales.

En otras palabras, la cuestión de las formas del Estado cesa de constituir un problema del campo jurídico para ser materia de consideraciones socio-políticas en las que reviste especial importancia; y este punto reafirma mi pensamiento en el sentido de la relación que existe entre el ser y el deber-ser, su influencia, y que no pueden excluirse de los estudios jurídicos, y especialmente en el derecho constitucional, las consideraciones sociales y políticas.

8. *La naturaleza del Estado federal.* Lo característico de un Estado federal, afirma Jellinek, es la existencia de un Estado soberano integrado por una variedad de Estados no-soberanos.

El Estado federal es una unión de Derecho Público entre Estados que se unen.

Para la comprensión del Estado federal hay que tener presente la doctrina que declara que la soberanía no es nota esencial al Estado y por tanto existen Estados no-soberanos.

Esta teoría tuvo en Jellinek una finalidad: antes de 1870, lo que después fue el imperio alemán, era un mosaico de reinos, principados, ducados, etcétera; mismos que después de la victoria que alcanzaron sobre los franceses en el año citado, decidieron formar un imperio bajo la cabeza del rey de Prusia, pero respetando la existencia de los países (Länder). El problema que se presentó fue definir la naturaleza del nuevo imperio y especialmente la determinación de si los principados y reinos eran aún Estados.

A resolver tal problemática respondió esta teoría del Maestro de Heidelberg.

Si la soberanía no es esencial al Estado, sí lo es la relación de *dominio*. Un Estado no-soberano sólo puede concebirse y existir asociado a otro que sea soberano.

Dominar es una actividad necesaria al Estado: sólo es Estado una asociación en cuanto puede dominar. El Estado miembro, por tanto, es Estado si no se halla sometido al poder del Estado federal, y pierde el carácter de tal, como de otra parte reconocen los que tienen un exacto concepto del Estado federal, en cuanto queda sometido al poder de éste.

En el campo de acción en que domina el Estado federal, el Estado miembro sólo existe en cuanto tiene el derecho a exigir prestaciones de aquél y a participar en el ejercicio de su soberanía. . . Los miembros del Estado federal son, como tales, esto

es, en cuanto participan en la soberanía de la federación, no Estados, sino órganos del Estado federal; y en tanto están sometidos y pueden, sin embargo, exteriorizar una voluntad independiente, son agrupaciones no estatistas.³²

Ahora bien, aunque los miembros del Estado federal no son soberanos, sí son Estados porque poseen el derecho de dominación y en cierto ámbito son independientes.

El derecho del Estado federal precede al de los Estados miembros, siempre y cuando tenga una base legal, y ésta es nota que caracteriza al Estado federal frente a la confederación.

Como el Estado federal es soberano, puede extender su competencia frente a la de los Estados miembros hasta el punto de suprimirlos como Estados en particular, lo que transformaría al Estado en unitario, y esta modificación se puede llevar a cabo a través de reformas constitucionales.

Jellinek se ocupa de conocer por qué un Estado miembro jurídicamente está imposibilitado para abandonar el imperio, y responde diciendo que el imperio es un Estado y salirse de él o su disolución no es posible, porque se encuentra asentado en una convicción, fundada sobre un hecho histórico.

A setenta años de explicada esta teoría, podemos considerarla como completamente inválida, porque implica una división de la soberanía que por su naturaleza es indivisible; un Estado federal es similar a uno unitario; la diferencia entre ellos se encuentra en que en el federal existe una gran descentralización política y administrativa.

En el fondo esta teoría de Jellinek está emparentada con la de Tocqueville, en cuanto las dos implican lo mismo: la división de la soberanía.

9. *La representación.* Define a la representación como “la relación de una persona con otra o varias, en virtud de la cual la voluntad de la primera se considera como expresión inmediata de la voluntad de la última, de suerte que jurídicamente aparecen como una sola persona”.³³

Su propósito es construir una teoría jurídica de la representación, y su fundamento es que la voluntad representante se considera como la voluntad de la representada.

³² Jellinek, Jorge, “El origen...”, *op. cit.*, pp. 624-625.

³³ *Ibidem*, p. 463.

Asocia la tesis de la representación con la teoría alemana del *órgano*, misma que él sostiene. Los órganos representativos son órganos secundarios, es decir, que son órganos de otro, que es quien es el órgano primario.

Los conceptos que se aplican a la representación no tienen su base en hechos reales, y éstos no constituyen normas de conocimiento, “sino normas de juicio de lo dado con relación a determinados fines jurídicos”.

A la representación se le ha atacado como de engañosa y aparente, porque no se distingue entre los conceptos jurídicos y los hechos reales. En esta forma, Rousseau que afirmó que la voluntad no se puede representar, trabajó con ficciones jurídicas, pues no distinguió el aspecto jurídico del psicológico. Es curioso anotar que la crítica que Jellinek le hace a Rousseau, es la misma que posteriormente Kelsen le realiza al propio Jellinek, como ya se ha dicho en este ensayo.

La idea de la representación en el Derecho Público es completamente diversa a la del Derecho Privado; en el campo del Derecho Público hay que explicar la noción de representación a través de la tesis del órgano. Y desde este punto de vista, la representación es muy antigua: el asesinato realizado por un miembro de una tribu, se le imputaba a la tribu misma, o sea, a todos los miembros de ella, contra cualquiera de quienes se podía cometer la venganza, en cuanto eran representantes de toda esa comunidad.

Jellinek realiza un interesante estudio histórico de la representación para comprobar su aseveración de que es una vieja idea que ha venido evolucionando.

En las democracias directas el pueblo no tiene una personalidad distinta del Estado, sino que es un órgano colegiado del mismo, o sea, es su órgano supremo; y por tanto el individuo tiene una doble cualidad, a saber: órgano parcial de esa sociedad y la de súbdito.

En donde existe la representación, la facultad del individuo se concreta a intervenir para la formación de otro órgano, el que, de acuerdo con la ley fundamental, está investido del derecho que antes poseía la comunidad. Luego, la representación, entendida en esta forma, es un órgano de la voluntad del pueblo.

Así, pueblo y representación del mismo, forman jurídicamente una unidad.

Por tanto, en el gobierno representativo como en el directo, el pueblo es órgano del Estado, con esta única diferencia: en el directo, la voluntad del órgano es la unidad del pueblo en su totalidad; en cambio, en el gobierno representativo es un órgano particular de la voluntad del pueblo.

Pienso que es muy meritoria la actitud de Jellinek de construir una teoría jurídica de la representación, pero no se puede estar de acuerdo con él en su afirmación de que el pueblo es un órgano del Estado, pues implica una superioridad de éste frente al pueblo, cuando el Estado es únicamente una organización que el pueblo se da a través de su Constitución para que las cuestiones concernientes a la cosa pública sean decididas y se actúe.