

CAPÍTULO PRIMERO

LA TEORÍA GENERAL DEL ESTADO DE GEORG JELLINEK

La revisión frecuente de las obras clásicas resulta ser un ejercicio muy conveniente para reafirmar los conceptos de la filosofía política. Mi profesor titular solía recomendarme, en mis tiempos de ayudante, que no malgastara mi tiempo abrumándome con múltiples lecturas de variados autores “lea los clásicos” —por el contrario— recomendaba: “pero bien leídos” —insistía— “de ese modo comprenderá mejor a razonar las cosas...”.

Y así como Maquiavelo, Hobbes, Bodin, Locke, Rousseau, Montesquieu, Siéyes y Alexis de Tocqueville no pueden estar ausentes en cualquier serio intento de hacer teoría política, lo cierto es que en la teoría del Estado no pueden faltar los aportes de los tres grandes autores alemanes que fueron Hermann Heller, Hans Kelsen y Georg Jellinek, a quien cabría sumar a Carré de Malberg quien llevó el método alemán al análisis del Estado francés. Será a partir de una construcción teórica sobre el Estado, el método en que se arrije a una fundamentación del concepto de “Estado de derecho”.

Cada una de estas teorías puso su énfasis o enfoque en algún aspecto particular, así Hermann Heller elaboró una teoría del Estado que tuvo en cuenta la fenomenología, es decir el análisis sociológico de los aspectos fácticos que fundamentan la creación de instituciones. Por su parte, Hans Kelsen construyó una teoría jurídica, al punto tal de identificar al Estado con la totalidad del ordenamiento jurídico. El aporte de Jellinek no solamente ha sido más descriptivo, sino también más amplio desde el punto de vista científico al partir de un criterio dualista que considera tanto los aspectos sociológicos como los jurídicos del Estado.

Sucede que el Estado no existió siempre, no es un dato dado en el orden de las cosas; sino que, por el contrario, estamos ante un epifenómeno que aparece como consecuencia de una evolución cultural de los pueblos. Una vez que se arribara a ese Estado histórico, ha quedado probada y ra-

tificada la necesidad de su existencia y su papel fundamental como árbitro de las relaciones entre el capital y el trabajo.

Hay también una distinción previa que resulta necesario efectuar entre los conceptos de “imperio de la ley” y “Estado de derecho” (*Rule of Law, Etat de droit, Rechtsstaat*) que no solamente no son sinónimos sino que además cada uno de estos términos se encuentra sujeto a disputas sobre su definición normativa. Puede sin embargo afirmarse que la mayoría de las definiciones tienen un núcleo común o denominador común, cual es que el sistema legal es un sistema jerárquico ordenado a partir de una Constitución que aspira a su completitud como sistema a través de la existencia de principios lógico-formales que se ordenan conforme a la lógica de los antecedentes y que contiene normas de clausura del mismo sistema.

Georg Jellinek fue profesor en la Universidad de Heidelberg entre 1891 hasta su muerte acaecida en 1911. Allí también aparecería la contribución alemana a la sociología a través de las enseñanzas de Max Weber que se esparcían a través de los bellos paisajes frente al río. Jellinek nació en 1851 y su obra titulada *Teoría General del Estado* ha sido una contribución de enorme importancia, no obstante haber quedado pendiente una segunda parte que planeaba escribir acerca de una *Teoría especial o particular del Estado*.

En su *Teoría General*, Jellinek afirma que el Estado tiene una doble naturaleza: es, primeramente, una formación histórica a la que se adosa el derecho, pero que no pudo crear a éste, sino que es más bien el fundamento de su existencia. El ser precede a la norma, el hecho hace nacer el derecho, lo real se transforma en normativo. Pero, a su vez, la norma origina, en virtud de un elemento racional y progresivo, un orden superior al derecho positivo. Por ello, el Estado es al mismo tiempo una formación social y una institución jurídica; de ahí que, para estudiarlo, sea preciso el concurso de dos ciencias autónomas: la teoría jurídica del Estado y la teoría social del Estado. A la primera corresponde la aplicación del método jurídico, mientras que a la segunda el método de las ciencias naturales.

Toda asociación permanente, y entre ellas el Estado, a los efectos de no caer en la anarquía, necesita un ordenamiento mediante el cual pueda constituirse y desenvolverse su voluntad, y que establezca al mismo tiempo las relaciones de la asociación con sus miembros, y de estos entre sí: tal ordenamiento se llama *Constitución*. De manera que el Estado moder-

no nació como unidad de asociación, organizándose en base a una Constitución.

El mundo antiguo no tuvo jamás en mente la idea de una Constitución escrita, limitándose los griegos y los romanos a elaborar un concepto en sentido material, como ordenación del Estado; pero la Constitución moderna ha surgido como un desarrollo de la idea de pacto entre el soberano y los súbditos y tuvo su fundamentación teórica en la obra de los juristas y filósofos de la escuela de derecho natural, y su manifestación práctica en las cartas constitucionales de las colonias americanas de Inglaterra.

Casi ninguna teoría nace por generación espontánea. Por lo general los autores se encuentran condicionados por sus propias creencias, por su perfil psicológico y también suelen estar influidos por el aporte previo de otras lecturas o aportes que sirven de base a los razonamientos propuestos.

Jellinek no es una excepción en ese sentido. De manera que su traductor al español que fue Fernando de los Ríos Urruty se ocupó en la introducción a la obra de la genealogía de la teoría de Jellinek, destacando dos influencias principales: la de Gerber y la de Gierke.⁴

A la influencia de Gerber debe Jellinek la consideración del poder público como un derecho del Estado, así como la consideración de la personalidad moral del Estado como un concepto de carácter ético que se expresa a través de una metodología jurídica. También se origina en Gerber el concepto de órgano, que resultará fundamental en la teoría del estado de Jellinek toda vez que, será a través de la acción de los órganos que se realizará la acción de la personalidad del Estado.

El poder de querer del Estado es, según Gerber, el derecho de éste, siendo consecuentemente el derecho político la doctrina del poder del Estado. Así, las ideas fundamentales en la doctrina de Gerber son: el Estado-persona moral; el Estado-poder público y el concepto de órgano; ideas que se incorporan a la doctrina de Jellinek con algunas variantes.

De esa misma corriente se expresan en la obra de Jellinek una dirección realista en el derecho político que proviene de la teoría de Max Seydel y una justificación del organicismo frente al individualismo en el que se nota el aporte de van Krieken. Considerando que el derecho no está formado para organismos sino para personas, llegó sin embargo a considerar la personalidad del Estado exclusivamente como un instrumento

⁴ Jellinek, Georg, *Teoría General del Estado*, Buenos Aires, Editorial Albatros, 1954.

técnico para la construcción jurídica y no como una personalidad dotada de vida interna.

Partiendo del individuo —dice— no hay posibilidad de fundar el derecho político. El individuo o la reunión de individuos, *la volonté de tous*, es un concepto que expresa la unidad de los sumandos, esto es, la unidad extrínseca de las voluntades mismas. El principio del derecho político no es *la volonté de tous*, sino *la volonté generale*. El momento jurídico siempre es super-individual y surge en la fenomenología del espíritu al imputarnos mutuamente una cualidad que nos iguala en condiciones como sujetos dotados para la acción social.⁵

La influencia de Gierke, por su parte, se manifiesta en dos direcciones principales de la ciencia jurídica que son el formalismo y el pragmatismo, a las que además cabe agregar otras dos que son el realismo y el individualismo.

La dirección formalista prescinde de todo lo vago, pero al hacer abstracciones de relaciones jurídicas que pueden modificarse con el tiempo, es en sí misma cambiable y tiene un valor, en cierto modo, relativo, circunstancial. El pragmatismo, por su parte, se desarrolla con la vida misma. El realismo sólo reconoce lo general y el individualismo construye la propia verdad individual pero rompe el concepto de Estado, cuando en verdad la vida de la comunidad prevalece sobre la vida del individuo.

Para Gierke el Estado es la más alta y comprensiva forma de la comunidad, no perceptible para los sentidos, pero real para el espíritu, que nos revela una existencia común humana sobre la existencia individual. Este elemento común es la unidad permanente, viva, la unidad que quiere y obra y en la cual se encierra todo un pueblo.

El Estado no es el único órgano de producción del derecho, aunque sí el más importante, de manera que la fuente última de todo derecho tampoco es el Estado sino la existencia común de una conciencia social (legitimidad).

Aparece así nuevamente el carácter orgánico del Estado como producto de fuerzas sociales que se manifiestan también en el propio individuo, mostrándose como un organismo social humano con vida común, propia, distinta de la de sus miembros y que forma una unidad.

El Estado tiene un poder político que nace de la voluntad general para realizar un fin o fines determinados. Es Estado de derecho como se suele

⁵ García Mainez, G., *Compendio de la Teoría General del Estado de Georg Jellinek profesor de la Universidad de Heidelberg*, México, Librería del Ángel Pol., 1936.

llamar, porque no se exterioriza sino en el derecho y propone el orden jurídico como norma y limitación de su voluntad soberana, pero el Estado de derecho (Rechtsstaat) debe ser también Estado de cultura (Kulturstaat), de ahí que el aspecto jurídico del Estado no agote la doctrina acerca del mismo y habrá que hacer, por ende, estudios sobre la naturaleza física, económica, ética y política del mismo tenor. Jellinek inició su labor de publicista con una tesis doctoral en la que analizó la concepción del mundo de Leibniz y Schopenhauer; esa experiencia sirvió para despertar en él su preocupación por algunos problemas capitales de la ética. Para Leibniz, la perfección y la búsqueda de la perfección es un estado positivo (teodicea), en tanto para Schopenhauer predomina una visión más pesimista que interpreta que en el obrar humano el principio es negativo (injuria).

A esto responde Jellinek que si el obrar injusto fuera el principio positivo no se podría fijar el concepto de derecho donde la referencia es positiva. De allí también que para Jellinek el derecho tenga el valor de representar un *minimum* ético, de donde resulta el siguiente principio ético: “Si quieres que la sociedad evolucione necesitas obrar de tal suerte que tu acción contribuya al progreso”.

La doctrina del Estado de Jellinek afirma que el derecho, encausado por una voluntad para favorecer constantemente los intereses que está llamado a amparar y auxiliar, da al Estado su fin y la razón de su existencia: favorecer los intereses solidarios, individuales, nacionales y humanos en la dirección de una evolución progresiva y común. Se trata de fines que hacen del Estado un valor categórico y un fenómeno consustancial en la historia. Sostiene que el Estado puede ser considerado desde un doble punto de vista: sociológico y jurídico, aunque el fundamento último del mismo es de carácter metajurídico, de manera que la positividad del derecho no se fundamenta en otra norma o principio del mismo ordenamiento sino que descansa en la convicción de su obligatoriedad.

El derecho en sus últimos fundamentos no tiene carácter de creador. Tiene una determinada fuerza normativa y transformadora de la sociedad; pero el contenido de esa transformación lo presta la evolución histórico-social. Lo creador del derecho no está en su aspecto jurídico reflexivo, sino en aquél social e involuntario.

La positividad del derecho, escribe Jellinek, descansa en última instancia en la convicción de su obligatoriedad: “sobre el elemento puramente subjetivo se edifica todo el orden jurídico” ¿Y cómo puede ser

obligatorio el derecho que formula el Estado, aun para el Estado mismo? Por el principio de la auto-obligación moral. Auto-obligación moral que tiene una naturaleza metajurídica y en rigor estrictamente ética.

En materia de derechos subjetivos, Jellinek comienza por pasar revista a la Teoría de la Voluntad y la Teoría del Interés. Para Hegel, “el hombre no es libre sino en la sociedad de hombres libres conformada por el derecho”, de ahí se deriva que el derecho subjetivo sea concebido como un poder de la voluntad reconocido por el derecho objetivo, o un poder de dominio prestado al individuo por el orden jurídico, situación que plantea el problema de excluir a los que no tienen voluntad como los niños o los locos que entonces carecerían de derechos. Frente a esto, la Teoría del Interés atribuida a Ihering se presenta en términos más concretos como un interés jurídicamente protegido, pero esto tiene el problema de justificar de modo trascendente el interés que protege el derecho.

Frente a ese dilema, Jellinek formula una propuesta intermedia partiendo del hecho que no sólo debe haber voluntad pura, sino que también desde el punto de vista psicológico, todo acto de voluntad humana necesita de un contenido concreto, de manera que el derecho subjetivo es el poder de la voluntad humana dirigido hacia un bien o interés y que es reconocido y protegido por el orden jurídico.

Si todo derecho es relación entre sujetos de derecho, el Estado, para tener derechos —como titular del orden jurídico público—, necesita reconocer otras personas de las que puede exigir; esto es, respecto de las cuales tenga derechos. La existencia del derecho público depende, por tanto, de la existencia de derechos por parte de sus miembros. El derecho objetivo de una parte y el subjetivo del Estado de otra, están condicionados por el hecho de que tanto la soberanía como los súbditos son sujetos de derecho.

Sin perjuicio del derecho que tenemos de usar nuestra libertad personal, tenemos también derechos públicos subjetivos y derechos privados subjetivos. Mientras los derechos públicos subjetivos sólo contienen una concesión de capacidad jurídica como ampliación a la libertad natural, concesión por la que se obtiene una libertad de poder hacer; los derechos privados implican un “permiso” de hacer lo lícito y una concesión de capacidad jurídica de poder hacer.

Otros de los aportes singulares de la *Teoría General del Estado* de Georg Jellinek se encuentran al referirse a los fines del Estado y a los elementos del Estado. Los elementos del Estado forman parte de uno de

los aportes más clásicos desde una perspectiva descriptiva del Estado y son consecuencia de concebir al mismo como una persona moral pero que se articula en lo físico por la coexistencia de un elemento material (territorio) un elemento sustancial (población) y un elemento formal (gobierno o poder). Los elementos del Estado según Jellinek son un aporte fundamentalísimo al conocimiento de la ciencia política y pasan a conformar parte de los contenidos básicos en sus programas. Algunos autores han relacionado alguno de los elementos entre sí, de modo que la relación entre el territorio y el poder dará lugar a la forma de Estado, en tanto que la relación entre población y poder dará lugar a la forma de gobierno.⁶

La tesis de la autolimitación que en buena medida ha motivado la redacción de este artículo, también se fundamenta en la personalidad moral del Estado y en el *minimun* ético que constituye el derecho como ordenamiento del orden social, aunque como ya hemos señalado, el fundamento último es metajurídico. Pero la autolimitación no responde a ningún orden moral superior como era el caso del derecho natural, sino en un propio actuar del sujeto que al ejercer la función de gobierno comprende que en su autor limitado no solamente reposa un deber ético sino el respeto de la voluntad general.

Aquí aparece de manera palmaria una distinción clara y terminante de la fundamentación del Estado de derecho en Jellinek con respecto a la separación de poderes de Montesquieu, para quien sólo el poder controla al poder y los poderes deben estar enfrentados y en antagonismo para asegurar las libertades y los valores superiores del sistema. En Jellinek la visión del Estado de derecho está librada a un obrar ético y a los fines del propio Estado en relación con el actuar individual, toda vez que ese obrar individual debe contribuir a la solidaridad y al progreso general. La crítica a esa doctrina se ha fundado en sostener que se trataría de una tautología y que en definitiva queda supeditada a un obrar ético individual y no a un requisito propio del sistema.

Jellinek desarrolla esta cuestión en el capítulo 11 del libro segundo cuando se plantea la obligación del Estado respecto a su derecho. Según él, acompaña a todo principio jurídico la seguridad de que el Estado se obliga a sí mismo a cumplirlo. Ello es una garantía para los sometidos al derecho. El Estado se obliga a sí mismo en el acto de crear un derecho

⁶ Bidart Campos, Germán J., *Lecciones elementales de política*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1975.

respecto a sus súbditos, cualquiera que sea el modo como el derecho nazca, a aplicarlo y mantenerlo.

La convicción de que el Estado está obligado por su derecho tiene profundas raíces psicosociales. Su fundamento último estriba en la convicción inmediata de la obligatoriedad de su fuerza determinante y normativa. El derecho se caracteriza porque sus normas regulan el comportamiento recíproco exterior de los hombres, sus normas son dictadas por una autoridad exterior reconocida y, por último, su obligatoriedad la garantiza una fuerza externa.⁷

El maestro de Heidelberg ha insistido en el papel decisivo que la auto-obligación del Estado desempeña en la formación del constitucionalismo moderno. De modo que no sólo intenta contener la omnipotencia estatal fijando normas para manifestar su voluntad, sino que además la frena muy especialmente para el reconocimiento de los derechos individuales garantizados. “Esta garantía consiste en otorgar a los derechos protegidos el carácter inmutable”. Siempre, y hoy aun más, han existido en el derecho de los pueblos cultos algunos puntos fundamentales que han sido sustraídos al arbitrio del legislador.

Con la doctrina de la auto-limitación estatal pensó Jellinek que el individuo, en cuanto ciudadano, podría resguardar sus derechos subjetivos respecto al Estado Guillermina, en el fondo frente al Kaiser, mejor que en la posición del positivismo legalista de Laband. En definitiva, si en contra del positivismo legalista labandiano, los derechos individuales son inmutables, si mediante la aprobación por la convicción popular los hechos sociales se convierten en normas jurídicas, si el constitucionalismo moderno pretende contener la omnipotencia estatal, si para limitar al Estado es menester respetar la autonomía moral, si el *minimun* ético, que cimenta al derecho, es un trasunto del decálogo, entonces las raíces teológicas judeo-cristianas de varios de los supuestos jurídico-políticos de nuestro autor parecen evidentes.

Hay quienes han sostenido que la Teoría General del Estado de Georg Jellinek ha contribuido al desarrollo de ideas totalitarias que encontraron fundamento en aquél y se continuaron en la Teoría de la Constitución de Carl Schmitt y su fundamentación decisionista del obrar del Estado, conforme al cual la legitimidad consistiría en un poder para legislar sobre lo

⁷ Lucas Verdú, Pablo, estudio preliminar en Jellinek, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, colección Clásicos Políticos.

excepcional y la fuente última de decisión de los conflictos no sería el Poder Judicial sino el Poder Ejecutivo en quien se encontraría mejor representada la soberanía popular.

Un correcto análisis exige ubicarse en el tiempo histórico en que nuestro autor escribe a principios del siglo XX con la llegada tardía de Alemania al Estado liberal de derecho y bajo el modelo de Bismack a quien Jellinek tiene en mira durante su obra.

Pero respondiendo a las críticas, no debe dejar de observarse que, si bien la tesis decisionista puede encontrar fundamentos a la construcción de un derecho objetivo como poder del Estado y en la personalidad moral del mismo, no obstante para Jellinek el obrar estatal al ajustarse al derecho y no solamente a una vertiente sociológica del poder, asegura un *minimum* ético que también debe reflejarse en los fines del Estado para asegurar la solidaridad y el progreso común, criterio ético que en nuestra opinión lo diferencia del decisionismo de Schmitt, rescatando el formidable aporte de Jellinek a la construcción de una doctrina orgánica del Estado que lo analiza tanto en su composición como en la dinámica de su actuar.