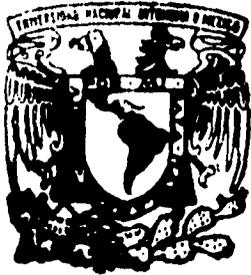


973
21



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

“ LA SOBERANIA DEL ESTADO
MEXICANO Y SU PROYECCION
CONSTITUCIONAL ”

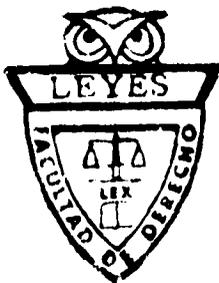
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE.

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

VILLANUEVA AYALA ELENA



MEXICO, D. F.

FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA DE CARRERAS DE
EXAMENES PROFESIONALES

1995

FALLA DE ORIGEN

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO

OF.SCA/079/95.

SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.

P R E S E N T E.

Muy Distinguido Señor Director:

La compañera VILLANUEVA AYALA ELENA inscrita en el Seminario de Derecho Constitucional y de Amparo a mi cargo, ha elaborado su Tesis Profesional intitulada "LA SOBERANIA DEL ESTADO MEXICANO Y SU PROYECCION CONSTITUCIONAL", bajo la dirección del Lic. Felipe Rosas Martínez para obtener el grado de Licenciada en Derecho.

El Licenciado Rosas Martínez en oficio de fecha 2 de marzo del año en curso me manifiesta haber aprobado la referida tesis; por lo que con apoyo en los artículos 18, 19, 20, 26 y 28 del vigente Reglamento de Exámenes Profesionales suplico a usted ordenar la realización de los trámites tendientes a la celebración del Examen Profesional de la citada compañera.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D.F., marzo 7 de 1995
EL DIRECTOR DEL SEMINARIO

DR. FRANCISCO VENEGAS TREJO.

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO

FVT'atv



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO

SR. DR. FRANCISCO VENEGAS TREJO
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO.

P R E S E N T E.

Distinguido Maestro:

Con toda atención me permito informar a usted que he dirigido y revisado completa y satisfactoriamente la Tesis Profesional intitulada "LA SOBERANIA DEL ESTADO MEXICANO Y SU PROYECCION CONSTITUCIONAL", elaborada por la pasante en Derecho VILLANUEVA AYALA ELENA la cual denota en mi opinión una investigación exhaustiva y en consecuencia el trabajo reúne los requisitos que establecen los artículos 18, 19, 20, 26 y 28 del vigente Reglamento de Exámenes Profesionales para ser sometida a Examen Profesional.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D.F., marzo 2 de 1995

Felipe Rosas Martínez

LIC. FELIPE ROSAS MARTINEZ
Profesor Adscrito al Seminario
de Derecho Constitucional y de
Amparo.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO

FRM'atv

A la memoria de mi abuelo Dn. Abundio Ayala P.

*A mi hermano Mauricio Enrique y a mis hermanas Emma (1ª) y Tony,
que siempre podemos seguir juntos como hasta ahora.*

*A mis tíos: Otilia, Enrique, Alberto, Felipe, Abundio,
Ricardo, Quica y Ofelia.*

*A mi mamá
ausente inolvidable*

*A mi papá
(Sin palabras)*

*Con profundo agradecimiento, amor, cariño y devoción que siento por ti
Tata (suertuda), por el amor y el cariño que siempre nos has profesado.
(ser una tía así, tener una tía así, no cualquiera la tiene ¿no crees?)*

*A mi prima, la Lic. Berta Ayala Ayala,
con un gran cariño y admiración.*

*A la memoria de mi abuela la Lic. Livier Ayala Manzo,
Segunda mujer Ministro de la Corte Suprema de la Nación,
por todo lo que nos quisiste y por lo que hubieras disfrutado
este momento así como nuestra vida como personas y
profesionistas.*

*A la memoria de la Magistrada Martha Lucía Ayala Leon.,
con verdadero amor, deseando poder seguir tu ejemplo.*

A la memoria de mi abuelo Dn. Abundio Ayala P.

*A mi hermano Mauricio Enrique y a mis hermanas Emma (1º) y Tony,
que siempre podemos seguir juntos como hasta ahora.*

*A mis tíos: Otilia, Enrique, Alberto, Felipe , Abundio,
Ricardo, Quica y Ofelia.*

*A los Lics. Marco Antonio Pérez De los Reyes y
Susana Barragán Alatorre a quienes quedo en deuda
por su infinita confianza y apoyo brindados para la
culminación de este trabajo.*

*A mi asesor Lic. Felipe Rosas Martínez,
gracias maestro.*

A mis amigos.

A mis maestros por sus valiosas enseñanzas.

*A la Facultad de Derecho de
la Universidad Nacional
Autónoma de México.*

INTRODUCCION.

El tema que como tesis profesional se desarrolla en las páginas siguientes, tiene como base la inquietud que causa su importancia para la existencia del Estado actual. Es por ello, que en el primer capítulo se estudia inicialmente el concepto que sobre soberanía da Juan Bodino para continuar con una serie de teorías que se consideran necesarias para entender la trascendencia que dicho concepto tiene en el Estado contemporáneo.

Posteriormente, en el segundo capítulo de este trabajo pasamos al estudio de la idea de soberanía y su evolución histórica a partir de la Edad Media hasta el surgimiento del Estado Moderno y su transformación en el Estado Liberal Burgués y de Derecho así como la relación existente entre las ideas de nación, nacionalidad y pueblo como base de aquella.

En el capítulo tercero, se desarrolla el problema de la titularidad de la soberanía no como un poder en sí mismo, sino transformado en poderes constituidos y por lo tanto delegados en un grupo de hombres llamados gobernantes, para su ejercicio a través de los llamados órganos estatales en favor de la comunidad humana que los crea. Es así como en dicho capítulo, se estudia la titularidad de la soberanía en la doctrina francesa, en la doctrina alemana y en la doctrina norteamericana para finalmente entrar al estudio de la soberanía dentro del Estado mexicano a lo largo de sus constituciones a partir de la independencia hasta la Constitución vigente.

CAPITULO PRIMERO.

CONCEPTO Y PRINCIPALES TEORIAS DE SOBERANIA:

1) JUAN BODINO.- 2) JUAN JACOBO ROUSSEAU.- 3) GEORG JELLINEK.- 4) HERMAN HELLER.- 5) IGNACIO BURGOA ORIHUELA.- 6) HECTOR GONZALEZ URIBE.

1) JUAN BODINO.-

Este teórico del Estado en su obra "Los Seis Libros de la República" aparecida en el año de 1576 en lengua francesa, da una noción de lo que es la soberanía. Así, en esta definición dividida en tres partes según dice el Dr. Héctor González Uribe, Bodino afirma que "La República es un gobierno rec- to de varias familias y de lo que les es común, con potestad soberana. La Repú- blica sin potestad soberana que una a todos los miembros y partes de la misma y todas las familias y colegios en un cuerpo, ya no es República. La soberanía es la potestad absoluta y perpetua." (1)

En la primera parte vemos que el autor identifica la República con el Esta- do; este último término "puesto de moda para distinguir las nuevas organizacio- nes políticas de las medievales", dice el maestro Mario de la Cueva (2), por el florentino Nicolás Maquiavelo en su obra "El Príncipe", y aplica a la República la soberanía como una característica esencial de la misma, cualidad que si llegase a faltar, sería inexistente tal Estado, como lo explica Bodino en la segunda parte -

1.- González Uribe, Héctor, "Teoría Política", Ed. Porrúa, S.A., México, 1982, 4ª ed., p. 319 y apuntes de clase de Teoría General del Estado.

2.- "La Idea del Estado", Ed. U.N.A.M., México, 1986, 3ª ed., p. 64.

de su definición.

Ya en la parte final, el hugonote define concretamente la soberanía como "La potestad absoluta y perpetua de una República".

Posteriormente Bodino traduce la anterior definición a la lengua latina, que de igual forma que la editada en francés, podríamos dividir para su análisis en dos partes, que son: "\ La República es la multitud de familias y de lo que les es común, gobernada con potestad suprema y por la razón./\ La soberanía es la potestad suprema sobre ciudadanos y súbditos, no sometida a la ley."/ (3)

Pero además Bodino, al decir en la definición francesa que "La República es un goblemo recto de varias familias y de lo que les es común, con potestad soberana...", en la definición latina manifiesta que "La República es la multitud de familias y de lo que les es común gobernada con potestad suprema y por la razón...". De estos párrafos se deduce que el jurista francés atribuye el origen del Estado a la familia. Para Aristóteles el pueblo está formado por la asociación de muchas familias y que el Estado se forma por la asociación de muchos pueblos. Considera al Estado como un hecho natural formado por el hombre que es un ser por naturaleza sociable y que busca mediante la vida en sociedad, su bienestar propio. Afirma que "Así el Estado procede siempre de la naturaleza, lo mismo que las primeras asociaciones, cuyo fin último es aquél; porque la naturaleza de una cosa es precisamente su fin, y lo que es cada uno de los seres cuando ha alcan--

3.- González Uribe, Héctor, idem.

zado su completo desenvolvimiento se dice que es su naturaleza propia, ya se trate de un hombre, de un caballo o de una familia. Puede añadirse que este destino y este fin de los seres es para los mismos el primero de los bienes, y bastarse a sí mismos es, a la vez, un fin y una felicidad. De donde se concluye evidentemente que el Estado es un hecho natural, que el hombre es un ser naturalmente sociable, y que el que vive fuera de la sociedad por organización y no por efecto del azar es, ciertamente, o un ser degradado, o un ser superior a la especie humana;..." de lo que se concluye que este filósofo encuentra en la familia, el fundamento u origen del Estado. (4)

Pero comparando la definición francesa con la latina, encontramos que esta última es más precisa en cuanto a lo que es la soberanía, pues en el segundo párrafo de tal definición, nuestro teórico afirma que "La soberanía es la potestad suprema sobre ciudadanos y súbditos, no sometida a la ley."

Como se ve, Bodino hace hincapié en que la figura que nos ocupa, se caracteriza principalmente por ser una potestad suprema, de donde se desprenden, a decir del Dr. Héctor González Uribe (5), sus propiedades específicas, que son:

1º Que la soberanía es un poder legalmente supremo; y

2º Perpetuo, siendo además imprescriptible, inalienable e indivisible, y de -

4.- Aristóteles, "La Política", Ed. Espasa-Calpe, S.A., Colección Austral, novena edición, Madrid, 1962, p.23

5.- González Uribe, Héctor, ob. cit., p. 320.

las que primero pasaremos a explicar a la soberanía como un poder legalmente supremo y perpetuo, respectivamente.

Este poder soberano o supremo es *Perpetuo*, puesto que es el que poseen una o varias personas para sí o para sus descendientes, en forma permanente o vitalicia, porque de lo contrario, si fuese por tiempo determinado, no habría soberano ya que al término de su ejercicio, es decir, al fin del período en que ejerció el poder, volvería a ser súbdito de la persona o personas que se lo otorgaron; de igual forma, no hay soberano si el poder es revocable, de lo que se desprende que la soberanía como poder originario es perpetua mientras exista "...una voluntad política unida a la acción, la organización suprema y los fines políticos..." , "...ya que la vida política de una comunidad aparece cuando el móvil y la querencia política de unificación conducen a la convivencia." (6)

Pero además de ser perpetuo, este poder es también *absoluto*. Bodino en -- "La República" hace una diferencia entre soberanía o poder supremo y poder absoluto, entendido este último como la facultad que tiene el Estado "...en orden a las facultades y funciones conferidas por el soberano. Sus atribuciones como potestad y poder son delegadas..." (7), mientras que el pueblo tiene la soberanía por ser el poseedor originario, lo que significa que el poder de actuación es el po-

6.- Arnáz Amigo, Aurora, "Estructura del Estado", Miguel Angel Porrúa, S.A., Librero Editor, México, D.F., 1ª ed., 1979, p. 34; además "Soberanía y Potestad", Ed. Miguel Angel Porrúa, S.A., 2ª ed., México, D.F., 1981, p. 120.

7.- Arnáz Amigo, A., "Soberanía y Potestad", p. 71.

der absoluto del Estado, delegado por su poseedor originario o detentador de la soberanía llamado *pueblo*, en el príncipe o gobernante del Estado. Así, dentro de la teoría bodiniana, la soberanía concebida como poder de actuación o poder absoluto, consiste exclusivamente en la facultad incondicionada e ilimitada de expedir, modificar y derogar la ley humana, lo que se traduce en la necesidad de que el soberano sea independiente y que pueda dar leyes a los súbditos o quebrantar o anular aquellas que sean inútiles para hacer otras, y por eso dice que el príncipe está absuelto del poder de las leyes, es decir, que el príncipe es *legibus solutus*, lo que significa que está libre de la ley pero sujeto a los principios generales del derecho.

Chevallier dice respecto de lo anterior, que es en esa facultad de dar y anular la ley, en donde reside la primera y más importante de las verdaderas pruebas de la soberanía, ya que el primer signo del príncipe soberano es la potestad de dar ley a todos en general y a cada uno en particular, sin el consentimiento de más grande, ni de igual, ni de menor que él, porque si ejerciera tal facultad dentro del primero de los casos, es decir, que para hacer la ley necesitara del consentimiento de alguien superior a él, entonces no sería soberano y si por el contrario, sería súbdito de ese alguien superior; si necesitara el consentimiento de alguien igual a él, entonces tendría compañero, lo que equivale a decir que compartiría el poder y por lo tanto, no sería soberano, lo que se desprende de la característica de indivisibilidad del poder supremo; y por último, si el príncipe para hacer la ley necesitara el consentimiento de alguien menor que él, o sea, de los súbditos, ya -

sea el senado o el pueblo, entonces no sería soberano. Pero junto con la facultad de dar y anular la ley, se dan otros tantos signos de soberanía tales como, decretar la guerra y negociar la paz, acuñar moneda, recaudar impuestos, etc. (8)

A pesar de las definiciones de soberanía dadas por Bodino, surge el problema de saber en quién radica la misma, es decir, si se deposita en el pueblo, en el príncipe o en la aristocracia.

Bodino hace residir la soberanía en la muchedumbre tratándose de un gobierno democrático; en una minoría tratándose de la aristocracia o finalmente, en una sola persona en cuyo caso se trata de una monarquía.

Con el esfuerzo de los legistas o políticos, grupo al que pertenecía Bodino, se promueve el fracaso del feudalismo, se acaban de derrumbar las pretensiones pontificiales y las imperiales sobre el reino de Francia el cual reafirmó su soberanía nacional y territorial, declarando el monarca francés su igualdad con los emperadores teutones por un lado y por otro, se logró el triunfo sobre los señores feudales con lo que se centralizó el ejercicio del poder público. (9)

8.- Chevallier, Jean-Jacques, "Los Grandes Textos Políticos", Ed. Aguilar, Biblioteca de Ciencias Políticas, Sección Tercera: Política; Madrid, 1974, 7ª ed., p. 40

9.- Al respecto Jean-Jacques Chevallier en su obra antes citada, describe tal situación de la siguiente manera : "Bodino tocaba al mismo tiempo, el toque de agonía de todas las pretensiones pontificiales (desde el punto de vista temporal) e imperiales sobre el reino de Francia. El rey de Francia es soberano; y no hay más soberano por definición, que aquél que no tiene nada por otro; nada por el Papa, nada por el emperador; el que lo tiene todo por sí mismo; el que no está li-

Según las teorías de Platón, Aristóteles, Polibio y Cicerón, existe un cuarto tipo de gobierno y aún mejor que los tres clásicos ya mencionados, siendo esta cuarta forma, el gobierno mixto, que es defendido por el jurista semialemán Francisco Hotman, quién después de la noche de San Bartolomé en 1573, lanzó sobre Francia el célebre libelo titulado Franco-Gallia, que se presenta como el estudio de un erudito imparcial, sobre los orígenes de la realeza francesa, y mediante el cual este teórico afirma que los reyes de Francia debían su corona a la elección ya que eran elegidos para ser reyes bajo ciertas leyes y condiciones que les limitaban, y no como tiranos con un poder absoluto, excesivo e infinito. Así el pueblo podía quitar la corona a quién no respetaba las condiciones establecidas. Una realeza revocable no era una realeza absoluta, sino un gobierno mixto, y según este autor, es la mejor forma de gobierno ya que en ella se atemperan o mezclan las otras tres formas de gobierno, es decir, que el gobierno mixto es una mezcla de democracia, monarquía y aristocracia, siendo esta última, según Hotman, la intermedia entre la autoridad real y la autoridad popular.

Pero Bodino no acepta esta forma de gobierno por considerarla engañosa debido a que mediante la misma se pretende que la soberanía reside y se ejerce por dos o tres personas en forma alterna, unas veces en el pueblo, otras en los --

gado por ningún vínculo de sujeción personal; aquél cuyo poder no es ni temporal, ni delegado, ni responsable hacia ningún otro poder sobre la tierra. Así, la soberanía, al mismo tiempo que rompe los anillos de aquella 'cadena de acero', la feudalidad (que, en su hora, había permitido evitar la dislocación social), garantizaba la independencia nacional.", ob. cit., p. 43.

Según las teorías de Platón, Aristóteles, Polibio y Cicerón, existe un cuarto tipo de gobierno y aún mejor que los tres clásicos ya mencionados, siendo esta cuarta forma, el gobierno mixto, que es defendido por el jurista semialemanés Francisco Hotman, quién después de la noche de San Bartolomé en 1573, lanzó sobre Francia el célebre libelo titulado *Franco-Gallia*, que se presenta como el estudio de un erudito imparcial, sobre los orígenes de la realeza francesa, y mediante el cual este teórico afirma que los reyes de Francia debían su corona a la elección ya que eran elegidos para ser reyes bajo ciertas leyes y condiciones que les limitaban, y no como tiranos con un poder absoluto, excesivo e infinito. Así el pueblo podía quitar la corona a quién no respetaba las condiciones establecidas. Una realeza revocable no era una realeza absoluta, sino un gobierno mixto, y según este autor, es la mejor forma de gobierno ya que en ella se atemperan o mezclan las otras tres formas de gobierno, es decir, que el gobierno mixto es una mezcla de democracia, monarquía y aristocracia, siendo esta última, según Hotman, la intermedaria entre la autoridad real y la autoridad popular.

Pero Bodino no acepta esta forma de gobierno por considerarla engañosa debido a que mediante la misma se pretende que la soberanía reside y se ejerce por dos o tres personas en forma alterna, unas veces en el pueblo, otras en los --

gado por ningún vínculo de sujeción personal; aquél cuyo poder no es ni temporal, ni delegado, ni responsable hacia ningún otro poder sobre la tierra. Así, la soberanía, al mismo tiempo que rompe los anillos de aquella 'cadena de acero', la feudalidad (que, en su hora, había permitido evitar la dislocación social), garantizaba la independencia nacional.", ob. cit., p. 43.

los bienes de los súbditos. No, más bien la monarquía que preconiza Bodino, es una monarquía *Real o Legítima* de la que dice que es aquella en que los súbditos obedecen las leyes del monarca y éste obedece las leyes de la naturaleza, conservándose la libertad natural y la propiedad de sus bienes a los súbditos.

Pero en la obra de Bodino hay algo más de vital importancia y es el hecho de que este autor es el primero que hace una diferencia entre soberanía y gobierno. Acepta que la monarquía real o legítima a la que se refiere pueda ser gobernada de varias maneras, porque si bien la soberanía absoluta e indivisible no admite ninguna mezcla debido a que es una sola o no lo es, su ejercicio que es el gobierno, sí puede combinarse de diversas formas. Así, se dice que la monarquía legítima está gobernada popularmente cuando el príncipe concede empleos y beneficios de forma igualitaria, sin tomar en cuenta a la nobleza, las riquezas, ni las virtudes, lo que molesta a Bodino porque él prefiere la monarquía gobernada aristocráticamente, régimen en el que se toman en cuenta las personas, méritos y recursos, concediéndose los empleos y beneficios a los nobles, a los más virtuosos solamente, o a los más ricos. Pero el verdadero gobierno real, el cual es armónico según Bodino, es aquél en el que el rey prudentemente gobierna y sabe entremezclar a los nobles y a los plebeyos, a los ricos y a los pobres en cuanto a las funciones o papeles a desempeñar dentro del Estado. (10)

Esto es la soberanía para Bodino y lo que implica en cuanto a su radicación.

10.- Chevallier, J.J., ob. cit., p.47.

grandes y otras en el príncipe, y la considera engañosa porque siendo uno de los signos distintivos de la soberanía la *Indivisibilidad*, luego entonces ésta radica en una sola persona o sujeto, ya sea en cualquiera de los anteriores, pero no en los tres a un mismo tiempo.

Finalmente el jurista hugonote prefiere, primero que nada, la monarquía por considerar que es el régimen que va más de acuerdo a la naturaleza, poniendo como ejemplo que el cielo, el mundo, el sol y Dios, sólo son unos, es decir, que sólo existe uno, y así los pueblos desde la antigüedad han sido guiados y gobernados por una sola persona.

Además, ya sea que la soberanía resida en la mayoría (pueblo), o en la aristocracia como minoría, es sólo en la monarquía, desde el punto de vista práctico, en donde encontramos la soberanía como poder absoluto o de actuación, ya que la misma es indivisible.

Como tercero y último punto en cuanto a su predilección por la monarquía, Bodino considera que en la elección de competencias, es decir, en la división de funciones, el príncipe o monarca soberano, es más imparcial para designar o elegir a los hombres sabios y entendidos tratándose de asuntos de Estado, ya que no tiene la necesidad que tienen los Estados populares y aristocráticos y que los obliga a recibir en consejo a los prudentes y a los locos juntamente.

Sin embargo, la monarquía por la que se inclina el teórico de Anger, no es una monarquía tiránica en la cual el monarca o tirano desprecie las leyes de la naturaleza y abuse de las personas libres como de los esclavos al igual que de - -

Estamos ante una soberanía absoluta e indivisible; simple por oposición a mixta, pero no una soberanía ilimitada, sin límite moral alguno. También se trata de una monarquía absoluta pero en modo alguno arbitraria. Por el contrario, es una monarquía que admite y exige un consejo permanente llamado Senado o Parlamento, Estados Generales y Provinciales, órganos de consejo periódico, y que incluso se llega a enriquecer por medio de cuerpos, corporaciones, colegios, comunidades, las que son formas intermediarias entre el Estado y los súbditos. pero ninguna de estas asociaciones, sociedades parciales, podría existir sin el permiso del soberano en este tipo de monarquía, dentro de la que tampoco el Senado, Estados Generales o Provinciales podrían arrogarse en ningún caso, por encima del mero consejo, un poder de decisión, facultad ésta que incumbe exclusivamente al soberano, y manifiesta Bodino que de darse tal situación, se trataría del derrocamiento de la soberanía.

2) JUAN JACOBO ROUSSEAU.-

La teoría difundida por Rousseau es la llamada *Teoría de la Soberanía del Pueblo* y es aquella que se refiere a la cuestión de la residencia ordinaria de la soberanía, ubicando a esta fuente del poder en el pueblo o masa común de los ciudadanos.

Este autor encuentra el origen de la soberanía, de la sociedad y del Estado en un contrato, en virtud de que los hombres para poder sobrevivir al Estado natural, se ven obligados a formar una sociedad o comunidad. Esta agrupación se --

origina de la voluntad general que a su vez surge de la suma de voluntades o de fuerzas y que se conserva gracias a la fuerza y libertad que cada hombre, en su carácter de miembro de esa comunidad, aporta a ésta.

Este contrato es lo que el ginebrino llama *Pacto Social* que es el resultado de un acuerdo de voluntades de donde surge un nuevo cuerpo político que se caracteriza por ser normal y colectivo, y que en la antigüedad se llamaba ciudad, posteriormente República o cuerpo político y al que actualmente se le denomina Estado. Este cuerpo político en relación a sus iguales es soberano, es decir, en cuanto a otros entes políticos, se le considera Poder o Potencia en comparación a sus semejantes, mientras que sus integrantes reciben en forma colectiva, el nombre de pueblo; ciudadanos en cuanto a su intervención en la autoridad soberana; y súbditos por estar sometidos a las leyes del Estado. (C.S., Libro I, Cap., VI)

El objeto de este contrato social no se reduce al solo hecho de producir un cuerpo moral y colectivo, sino que va más allá al crear en el seno de esta sociedad una autoridad pública, superior a los individuos. A este efecto, la esencia del pacto social está constituida por una sola cláusula que establece que "Cada uno pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro considerado como parte indivisible del todo". Dicho de otro modo, esta cláusula se reduce a la mera "...enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a la comunidad entera..", en tanto que se subor-

dina él y su voluntad "...a la suprema dirección de la voluntad general..", la que se convierte así en soberana. Por otra parte, al ser admitido cada miembro por todos los demás "...como parte indivisible del todo.." (C.S., Libro I, Cap. VI), tenemos que la voluntad general no es sino una resultante de voluntades individuales, es decir, la voluntad general es la suma numérica de las voluntades individuales o particulares e iguales de todos los asociados.

Ese pacto, constitutivo de la nueva persona moral llamada Estado implica para este último su unidad, su yo común, su vida y su voluntad porque al surgir, nace una persona distinta del conglomerado humano que le da origen.

Ahora bien, ese acto de asociación lleva implícito un compromiso recíproco del público -entendido éste como el cuerpo político o persona moral- con los particulares, con todos y cada uno de sus integrantes, lo que nos lleva a una doble relación ante la cual se halla obligado cada individuo que contrata consigo mismo, a saber, primero, que el individuo está obligado como miembro del soberano para con los particulares, y segundo, también está obligado como miembro del Estado para con el soberano.

Pero al derivar el soberano su existencia del acuerdo de voluntades, de la voluntad general, o mejor dicho, de la legitimidad del contrato o pacto social que lo originó, está impedido de por vida a obligarse con nadie o nada que anule ese acto primitivo u originario, tal como enajenar una parte de sí mismo o someterse a otro soberano, porque de hacerlo, violaría el acto por el cual existe, lo que sería aniquilarse a sí mismo.

Este pacto social es efectivo en la medida en que encuentra su fuerza o apoyo en el compromiso que contrae cada uno de los asociados o miembros de la comunidad, es decir, que en el momento en que cualquier miembro de la comunidad que pretenda ir en contra de la voluntad general, será obligado por el cuerpo político a obedecerla en virtud de que es en función de las estipulaciones mismas del pacto social por lo que la minoría se halla subordinada a la mayoría. Así lo expresa Rousseau cuando dice: " Sólo hay una ley que, por su naturaleza, exige el consentimiento unánime: la ley del pacto social...Pero fuera de este contrato primitivo, la voz de la mayoría se impone siempre, como consecuencia de él. " , -- (C.S.,Libro IV, Cap. II) . Efectivamente, según estas afirmaciones, en el pacto social cada uno ha consentido en abandonarse a la voluntad general, contiene en sí la voluntad de todos, aún cuando tal voluntad haya sido determinada por un cálculo de mayoría, de modo que puede decirse que al obedecerla, cada cual sólo obedece en suma, a sí mismo manteniéndose de esta forma la libertad del ciudadano dentro del Estado.

Por otra parte, para Rousseau la soberanía tiene su origen, primeramente, en la voluntad general y además en un factor de moralidad consistente en la consecución del bien común, razón por la cual nuestro autor califica a esta voluntad, como buena y perfecta. (C.S.,Libro II, Cap. III)

También distingue entre la voluntad general y la voluntad particular al afirmar que aquella busca el interés común y ésta tan sólo atiende al bienestar privado, siendo la voluntad general la suma de las diferencias de las anteriores, de las

que las más y las menos se destruyen entre sí.

Como se ve, la naturaleza y características de la soberanía se desprenden del origen contractual del cuerpo político y de la definición del soberano que como ya explicamos, es el pueblo organizado como un ente dotado de una voluntad general, cuya explicación es la ley; consecuentemente, la soberanía puede ser conceptuada como el poder del cuerpo político sobre todos sus miembros.

Así, tenemos que, tanto la soberanía y la voluntad general se confunden entre sí, y que las características de ambas figuras, son las mismas, a saber: *Inalienable*, *Infalible* y *Absoluta*.

La soberanía es *Inalienable* porque al ser una y general, no se puede ceder ni transmitir. Ningún pacto que pretenda la sumisión, es válido aunque se origine al mismo tiempo en que surge el pacto de sociedad o después de él, porque en caso de darse, es decir, en el momento en que el conglomerado humano cediese su voluntad, dejaría de ser un pueblo. Además, por la misma razón de que la soberanía es *Inalienable*, es que no puede ser representada, lo que sucede con el poder que sí puede cederse o transmitirse. (C.S., Libro III, Cap. XV)

Consecuentemente también es *Indivisible* porque la voluntad es general o no lo es. La voluntad al ser general, lo es de todo el cuerpo político ya que si sólo fuera de una parte, entonces se trataría de una voluntad particular. Lo anterior se refleja en el hecho de que la voluntad general al ser declarada, constituye un acto de soberanía convirtiéndose por lo tanto, en ley. Luego entonces, los actos emanados de la voluntad particular, son actos de magistratura, "... un decreto a lo - -

más..." a decir de Rousseau. (C.S., Libro II, Cap. II)

Se comete un grave error cuando políticos o mucha gente común, pretenden dividir la soberanía en sus fines y objeto, no pudiendo hacerlo en principio, como dice Rousseau al afirmar que "...la dividen en: fuerza y voluntad, en poder legislativo y en poder ejecutivo, en derecho de impuesto, de justicia y de guerra; en administración interior y en poder de contratar con el extranjero, confundiendo tan pronto estas partes, como tan pronto separándolas." (C.S., Libro II, Cap. II)

Es un error porque la soberanía no se divide y al dividirla como lo hacen los políticos, se trata antes que nada de un problema de atribución de competencias.

Por otro lado, del postulado democrático del pueblo constituido en cuerpo político, el cual quiere siempre y necesariamente el bien común, es decir, el bien de todos y cada uno, se desprende que la soberanía también es *Infalible* debido a que la voluntad general no puede errar siendo siempre recta y tendiente a la utilidad pública.

Pero para que exista esa voluntad general de la que se há hablado, es necesario que no existan sociedades parciales en el Estado "...y que cada ciudadano opine de acuerdo con su modo de pensar." (C.S., Libro II, Cap. III)

Del hecho de que la soberanía sea *Infalible* resulta que necesariamente es *Absoluta*, debido a que el pacto social da al cuerpo político un poder absoluto sobre todos sus miembros, siendo este poder el que dirigido por la voluntad general, se denomina soberanía, (C.S., Libro II, Cap. IV). Pero el que la soberanía sea absoluta, no implica que sea ilimitada. Lo anterior se refiere a la forma en - - -

que Rousseau, después de afirmar la necesidad de la soberanía absoluta, reserva al hombre social, concepto único con un doble aspecto que es el siguiente: el ciudadano y el súbdito, los derechos del "hombre a secas" tal como la naturaleza lo hizo, (11). Es decir, que el Estado deja al hombre, de su libre actividad, todo lo que no es necesario que él limite para garantizar y asegurar esa misma actividad.

Ahora bien, la soberanía o voluntad general se manifiesta externamente a través de las leyes que regulan las relaciones entre el particular y el soberano, y cuya finalidad es el interés social y por lo tanto la ley nunca puede ser injusta ya nadie puede serlo consigo mismo. La ley al tener por objeto ese interés general, es de alcance general siempre, ya que "...considera a los ciudadanos en cuerpo y las acciones en abstracto; jamás al hombre como individuo ni la acción en particular." (C.S.,Libro II, Cap. VI)

Considera la existencia de un legislador el cual debe ser de naturaleza superior a la de sus conciudadanos, a los que es menester que conozca perfectamente bien, en cuanto vicios y virtudes o cualidades y defectos se refiere, y mantenerse al margen de éstos al igual que de sus tendencias y necesidades.

Hace una clasificación de las leyes que se caracterizan por ser de carácter positivo y señala tres categorías que son: las *Políticas* o *Constitucionales* que estructuran u organizan al soberano; las *Civiles* que regulan las relaciones entre los

11.- Chevallier, Jean-Jacques, ob. cit., p. 155.

particulares y entre éstos, a la nación; y las *Penales* que se encargan de proteger el pacto social previniendo y castigando su desobediencia o violación.

Sobre esta triple clasificación coloca una ley a la que llama *Fundamental o Suprema* que es la expresión del verdadero ser del soberano, localizándola en los usos, hábitos y costumbres sociales, ley que es el equivalente de la Constitución Real de Lasalle, y manifiesta el ginebrino que tal norma no está escrita en ningún código, sino en la conciencia del ciudadano.

Pero también es necesaria la existencia de un ser intermediario entre el soberano y los individuos, porque la ejecución de las leyes requiere una serie de actos particulares que por esta cualidad es imposible que surjan del soberano. Intermediario éste que se encarga de hacer cumplir las leyes y de mantener la libertad política y civil. Ese ser es el llamado Poder Ejecutivo denominado gobierno y conformado por diversos funcionarios bajo la dirección de un jefe, ya sea rey o presidente, que es el jefe del gobierno pero no jefe de la nación, porque ésta es la soberana y como tal no reconoce ningún poder sobre ella.

3) GEORG JELLINEK.-

Este autor afirma que la soberanía significó en un principio, la negación de toda subordinación o limitación del Estado por poderes ajenos a él, caracterizándose así por ser un poder supremo e independiente. Pero existe una tercera nota distintiva e inseparable de la soberanía derivada de la misma, y es la llamada *Autolimitación*, de lo que se desprende que el Estado no --

tiene un poder ilimitado e ilimitable, sino que por el contrario, sus limitaciones serán siempre reales o morales pero jamás de naturaleza jurídica.

Arguye que la doctrina del poder absoluto e ilimitado se niega mediante la atribución de un orden jurídico, con lo que se sabrá cómo ha de organizarse el Estado y no la forma en que este último se puede librar del mismo.

Basándose en Von Ihering, afirma que todo derecho lo es, porque es obligatoria su observancia tanto para los súbditos como para el Estado mismo, de tal suerte que al promulgar una ley, no sólo se obliga a los particulares, sino que también se obliga jurídicamente la actividad misma del Estado.

El hecho de que un Estado supremo e independiente se someta al Derecho Internacional, no significa que se halle sometido a un poder superior a él, porque el Estado está sometido por su propia voluntad.

Para Jellinek, la soberanía no significa la ilimitabilidad, sino tan sólo la facultad del poder del Estado, con base al cual corresponde exclusivamente a éste la capacidad de determinarse jurídicamente y de obligarse a sí mismo.

Consecuentemente, la soberanía se presenta para el Estado moderno bajo un doble aspecto, que es:

1º Desde el punto de vista positivo, es la capacidad exclusiva que tiene el poder del Estado de darse, en orden a su voluntad soberana, un contenido que la obligue, y en la de determinar en todas direcciones su propio orden jurídico.

2º Desde el punto de vista negativo, la soberanía significa la imposibilidad de limitar jurídicamente la propia voluntad, mediante un poder extraño, sea o no -

este último, el de un Estado.

El hecho de que el poder soberano no tenga límites, implica que ningún otro poder puede impedir jurídicamente el modificar su propio orden jurídico.

Pero además, el poder soberano no es todo el poder del Estado, sino que es un poder jurídico y como tal, está obligado respecto al Derecho, lo que se traduce en que lo existente en forma vitalicia, no son las limitaciones consideradas aisladamente, sino la limitación en sí misma. Así, al no existir un Estado absolutamente limitado, tampoco existe el Estado soberano y absolutamente sin límites.

El maestro de Heidelberg considera que lo anterior no es más que un aspecto puramente formal que no explica nada acerca del contenido de las limitaciones que el Estado se impone a sí mismo, y la mencionada nota sobre las mismas a que se refiere Jellinek, desde el punto de vista práctico, no es más que un concepto jurídico auxiliar que nos ayuda a entender que todo lo deseado por el Estado, llega a alcanzar fuerza de Derecho.

Agrega que es inexacto considerar a la soberanía como pleno poder político sobre cuestiones de competencias equivalentes y que la ampliación de la competencia del Estado tiene siempre su límite en el reconocimiento de la personalidad individual.

Para él, existe una confusión entre soberanía y poder del Estado y manifiesta que las funciones de dominación realizadas por éste, que cambian con las situaciones históricas, representan actividades que se consideran como consecuencias necesarias de la soberanía.

A ésto se suma el hecho de que la soberanía no puede ser considerada como una categoría absoluta sino como una categoría histórica debido a los hechos que dieron origen a la misma en la Edad Media y a la forma en que se desarrolla a lo largo de los siglos, es decir, a los motivos o situaciones históricas que la originaron y su consecuente desarrollo, hasta llegar al actual Estado contemporáneo, debido a que han existido y existen Estados cuyo poder no fue o no es soberano, lo que afirma que la soberanía no es una nota esencial al poder del Estado, y ejemplifica lo anterior al explicar que en la edad Media la Iglesia instituyó y deponía a los reyes, además de proclamar la tregua de Dios, y sin consideración alguna a los límites del Estado, ejercitaba su derecho valiéndose de tribunales propios, constituyendo así un poder superior al de aquél. "Por floja que fuese la asociación formada por el Sacro Imperio Romano, contenía en sí, no obstante, Estados que aún cuando sólo fuese nominalmente, reconocían la superioridad del Emperador. En lo interior, el Estado encontraba su limitación insuperable en el derecho de los poderes subordinados, derechos que entorpecían la libertad de movimiento peculiar del Estado soberano. El Estado de la Edad Media no era aún soberano, pero era ya Estado." (12)

Así pues, para Jellinek, la característica de un Estado es la existencia de un poder del mismo, que se origina tan sólo de sí mismo y según su propio dere--

12.- Jellinek, Georg, "Teoría General del Estado", Ed. Albatros, Buenos Aires, Argentina, 1970; traducción de la segunda edición alemana; p. 366.

cho, pero para que este poder exista, no es indispensable su contenido. El Estado se da en tanto exista una comunidad con un poder originario y medios coercitivos para dominar sobre sus miembros y su territorio, de acuerdo al orden que les es propio.

Para concluir, afirma que existen dos tipos de Estados, que son los soberanos y los no soberanos.

Distingue el *Estado soberano* del no soberano, al decir que el primero es aquél que únicamente puede dentro de sus limitaciones jurídicas que se ha impuesto a sí mismo, ordenar libremente el campo de su actividad, es decir, que es aquél que mediante sus leyes puede sustraer a la competencia política de otro Estado algunas cuestiones, mientras que el *Estado no soberano* se determina libremente sólo dentro del ámbito espacial en que obra como Estado. Así, el poder autónomo de dominación se caracteriza por la facultad de determinarse u obligarse por propia voluntad. Debido a ésto, el Estado no soberano tiene un poder de derecho sobre lo que es de su competencia, es decir, posee *Autonomía*, entendida ésta como la capacidad de darse leyes a sí mismo, al igual que obrar conforme a ellas y dentro de los límites que éstas imponen.

De este modo, actualmente los Estados no soberanos poseen un círculo de actividad independiente en todos los ordenes importantes de la administración del Estado, tales como administración, justicia, hacienda, etc., pudiendo incluso establecer relaciones con otros Estados en diversas cuestiones.

4) HERMAN HELLER.-

Para Heller, al ser el Estado una organización, es también un poder formado por varios factores, pero que actúa unitariamente, es decir, como algo totalmente integrante de sus integrantes y consecuentemente sus actos no deben ser imputados ni a los órganos exclusivamente, ni a la ordenación entrelazante en sí misma, ni a los actuales partícipes o integrantes. Tampoco la unidad real del Estado puede ser referida a la unidad de la ordenación que regula la conexión de quehaceres.

El poder del Estado entendido como unidad de acción, no puede ser imputado al actuar o proceder de aquellas personas que tienen el poder, ni tampoco al de aquellos que están sometidos al mismo. Más bien, este poder se debe a la unidad de acción objetiva, producto de fuerzas que actúan tanto interna como externamente sobre la organización y que se funde en la cooperación de estas fuerzas, es decir, súbditos y gobernantes. Por consiguiente, el gobernante o núcleo de poder tiene poder en el Estado pero nunca posee el poder del Estado. Con esto no se quiere decir que tal poder sea ni la suma ni la multiplicación de las fuerzas particulares, pero sí la resultante de todas las acciones y reacciones políticamente relevantes, internas y externas incluyendo la de los oponentes.

No hay que olvidar, que "...el poder del Estado, como unidad de acción..." dice Heller, "...sólo se puede explicar causalmente por la cooperación de todos los miembros, por lo que sólo se puede atribuir, independientemente de toda norma, a esta cooperación."

Pero además dentro de esta cooperación, alcanzan a distinguirse tres grupos que deben ser considerados como unidades dinámicamente cambiantes, y que son:

- 1.- El núcleo de poder que realiza positivamente el poder del Estado;
- 2.- Los que le apoyan; y
- 3.- Los partícipes negativos que a él se oponen.

Niega que el poder del Estado encuentra su fuerza o razón de ser en la expresión de una conciencia de Estado general, de una voluntad común, o de un interés común que lleva a todo miembro del Estado a ver en este poder su verdadero yo. Por el contrario, afirma que la solidaridad de una comunidad del pueblo del Estado nunca ha existido ni existirá jamás a causa de la estructura antagónica de la sociedad. Considera a esta comunidad de valores y voluntad del Estado como una pretensión que en su totalidad tan sólo es aplicable a la solidaridad del grupo que forma el núcleo de poder del Estado, siendo tal grupo una comunidad casi homogénea que vive bajo condiciones naturales y culturales casi iguales, cuyas ideas políticas son las mismas y que en cierta forma o parte, tiene los mismos intereses comunes.

Pero además, el Estado no es ese núcleo de poder y sus adherentes, sino que es una conexión social de quehaceres, y ese poder en una unidad de acción organizada. El Estado y su poder, es decir, el poder del Estado, son creados por la conexión sistemática de actividades socialmente efectivas, la concentración y articulación, por la organización de actos que intervienen en la conexión social de

causas y efectos y no como muchos otros teóricos afirman, por la comunidad de la voluntad y valores como tal, y menos por comunidades naturales o culturales.

Sólo se puede hablar de un poder del Estado producido por todos los miembros, cuando en base a una ordenación, se producen y concentran de modo organizado, en la vida social, actividades políticas, militares y económicas entre otras y que más tarde, como una unidad política objetiva de efectividad, reaccionan sobre la vida social. Pero tal poder del Estado debe distinguirse de todos esos miembros que lo producen y frente a los que aparece como algo objetivo.

Por lo que toca a este poder referido al exterior del Estado, afirma Heller, que la organización estatal sólo puede desplegar una unidad de poder "si y en cuanto la ha forjado interiormente." (13)

Para este autor, las relaciones entre el poder del Estado y el Derecho, se caracterizan de un modo general, por el hecho de que todo poder político aspira a la forma jurídica establecida y asegurada por órganos estatales.

En el Estado Moderno el Derecho representa, en un doble aspecto que es el técnico y el ético-espiritual, la forma necesaria de manifestación, de todo poder político que quiera afianzarse.

Técnicamente, es la forma más perfecta de dominación política ya que generalmente y a la larga, hace posible la orientación y ordenación más precisas y practicables del obrar político, o dicho de otro modo, la previsión y la imputación -

13.- Heller, Herman, "Teoría del Estado", Ed. Fondo de Cultura Económica, México; 6ª reimpresión, 1971; p. 260.

más seguras de la conducta que constituye y activa al poder del Estado. Las características de precisión y practicabilidad encuentran su fundamento en la creación y ejecución jurídicas en contraposición a las costumbres, las reglas convencionales y el Derecho Internacional, actividades aquellas que adscriben o atribuyen el poder del Estado, y llevadas a cabo por un aparato especial que se presenta normalmente como la Unidad de Acción y Decisión más fuerte dentro del territorio del Estado.

Tal unidad de poder crea dentro de la organización, instituciones encargadas de cuidar que el *deber ser* corresponda normalmente a *un ser*, además de que dispone a quién debe considerar como depositario de ese poder, a quién deben imputarse determinados actos del poder estatal, a quién como súbdito del mismo y que actividades y de quién deben esperarse, con lo que se hace posible esa orientación y organización dentro de las situaciones de poder constantemente cambiantes, llegando así a convertirse en estable la situación inestable de dominación.

El poder del Estado es un poder político jurídicamente organizado y por ende, es siempre legal. Al organizarse sistemáticamente como unidad de poder el complejo de relaciones jurídicas ordenadas sistemáticamente en una unidad de ordenación. Pero el poder del Estado no debe ni puede conformarse con la legalidad técnico-jurídica, porque para poder subsistir debe aspirar a la legitimidad o justificación moral de sus normas jurídicas o convencionales positivas. Sólo goza de autoridad aquél poder del Estado a quién se le reconoce que su poder está - -

autorizado, es decir, que el poder del Estado es más firme cuanto mayor es el voluntario reconocimiento que se presta por quienes lo sostienen; a sus principios éticos-jurídicos y a los preceptos jurídicos positivos legitimados por aquellos. La autoridad se basa sólo en la legalidad en tanto ésta encuentra su fundamento en la legitimidad.

La técnica jurídica considerada como técnica estatal del poder, "...nos lleva..." dice Heller, "...desde el Estado como unidad existencial del poder, al Estado como unidad de ordenación, y como tal, se le atribuye la soberanía..." a la que define este teórico, como la "...capacidad, tanto jurídica como real, de decidir de manera definitiva y eficaz en todo conflicto que altere la unidad de cooperación social-territorial, en caso contrario incluso contra el derecho positivo y, además, de imponer la decisión a todos, no sólo a los miembros del Estado sino, en principio, a todos los habitantes del territorio..." (14). Consecuentemente, la soberanía es un poder de ordenación territorial que además se caracteriza por ser un poder supremo y exclusivo y que supone un sujeto de derecho capaz de voluntad y de obrar que normalmente se impone a todos los poderes, ya sean éstos, organizados o no, y que existen en el territorio. Así, el Estado es la organización más poderosa dentro de su territorio.

Pero en toda organización hay que distinguir tres formas de poder, es decir, primero, el poder objetivo de la organización; el segundo, el poder subjetivo

14.- Heller, Herman, ob. cit., p. 262.

sobre la organización; y tercero, el poder subjetivo en la organización.

El primero de ellos que es *el poder objetivo de la organización*, consiste en la capacidad de acción del todo y que se desarrolla hacia adentro y hacia afuera, y realizada tal acción por la organización combinada de todos los miembros de la misma. En este caso, la organización como sujeto sólo puede ser considerada en su totalidad y no es posible encontrarla en ningún miembro de la organización en particular, ya que la esencia del poder social, es que es una relación social del depositario del mismo con los súbditos a la vez de que con otros depositarios de ese poder. Para que el gobernante disponga de poder social, es necesario que motive las voluntades de otros hombres pero encaminándolas hacia actividades socialmente eficaces y que él determina. Así, su poder consiste en las actividades de los que lo obedecen. Todo poder social es una cualidad surgida bilateralmente y no es inherente al depositario, por lo que para localizar ese poder en tal depositario se requiere que aquél (dicho poder social) sea creado a través de la combinación de actividades, con lo que esa localización se convierte en una imputación social.

Pero para que una organización permanente e importante disponga de poder, también se requiere que se dé una división de poderes o competencias, de igual forma permanente, a fin de llevar a cabo esa combinación de actividades, para que el poder de la organización se divida en diversos depositarios de ese poder social y que se ordenarán jerárquicamente. Pero el poder objetivo de la organización solo puede atribuirse a ella misma considerada como un todo, en vir-

tud de que su capacidad de acción no está a la libre disposición de un único sujeto de poder ya que existen siempre limitaciones del poder, de cada uno de sus depositarios por otros y en consecuencia no se da omnipotencia social.

Al referirse Heller al *Poder Subjetivo Sobre la Organización*, se refiere al poder que se encarga, o que decide sobre el ser y la forma de la organización, es decir, al soporte del poder de la organización siendo posible que este poder se encuentre tanto dentro de la organización como fuera de ella. Así, la organización se califica como un grupo "activo" o "pasivo" atendiendo a si trata de un poder que se organiza a sí mismo o que es organizado desde fuera.

Tratándose del sujeto de la decisión respecto al empleo y división del poder concentrado de la organización, presenta ciertas dificultades sobre el hecho de que tal instancia es propia, es inherente a la organización, es decir, que en el caso de la organización o agrupación que se organiza a sí misma, más que nada, se trata de una cuestión de imputación cuando lo que se busca no es tan sólo averiguar quién puede decidir sobre el ser y la forma de este tipo de organización, a la vez de que se plantea también el problema de quién o en nombre de quién se ejerce el poder actual de la organización, por aquella parte del poder ejecutivo de la organización que constituye el soporte de la misma.

El tercero de estos poderes, es el *Poder Subjetivo En la Organización*, que plantea la cuestión de la jerarquía de los que efectivamente ejercen el poder del que son sujeto aquellas personas, que en este caso aplican y actualizan el poder de la organización, y combinan o hacen una sola actividad individual del poder, - -

resultante de actividades particulares. Tanto el sujeto del poder de la organización como el soporte de la misma, pueden coincidir. La nota característica *del poder en la organización*, la encontramos en la relación de *supraordinación* que se da entre el órgano superior con respecto al o a los inferiores en la jerarquía del poder.

Con esta distinción surge la separación neta entre sujeto y soporte de la soberanía.

Heller califica como soberana a la organización que goza o tiene un poder inherente o propio sobre sí misma, en virtud de lo cual, es capaz de determinar el uso del poder de la organización. Consecuentemente, sólo es Estado la institución en donde el poder sobre la organización social-territorial le pertenezca a ella misma, donde la decisión sobre el modo y ser de la organización se dé dentro de ella. El hecho de que el poder del Estado sea soberano, significa que dentro de su territorio, es un poder supremo, irresistible, exclusivo y sustantivo. Por lo tanto, la soberanía del Estado es la soberanía de la organización estatal pero como poder de organización territorial supremo y exclusivo. En virtud de esto, el Estado visto como la organización territorial soberana que es, es el máximo creador de las normas y es además el detentador del poder de coacción física legítima, la última ratio de todo poder.

Al hablar de soberanía del pueblo o del príncipe, distingue aquellas de la soberanía lisa y llana, ya que las primeras se refieren al portador de la soberanía en la organización y no al sujeto. Además explica que tanto el pueblo como el - - -

príncipe algunas veces pueden ser portadores y a la vez, órganos del poder del Estado, en cuyo caso se puede hablar de una soberanía del órgano, la que puede tener el carácter de soberanía del príncipe o del pueblo.

La esencia de la soberanía no es la independencia de una instancia representativa sino la irresistibilidad del poder del Estado. La supremacía social del Estado como tal, aparece como soberanía en la supraordinación de su órgano supremo sobre todos los demás órganos. Si se considera al poder del Estado desde un punto de vista existencial y en la relación con otros poderes que se encuentran en su territorio, resulta que es un poder superior porque está sobre ellos, es decir, que es un poder supremo como sujeto de la soberanía porque está supraordinado a todos los restantes poderes dentro de su territorio, como ya se dijo, y además crea las normas jurídicas supremas. El poder del Estado, tiene que ser desde el punto de vista del Derecho, el poder político supremo, por un lado y por otro, desde el punto de vista del poder, debe ser el poder político más fuerte normalmente dentro de su territorio, ya que de lo contrario no sería soberano ni poder del Estado.

Afirma este autor, que la localización jurídica de la soberanía en el pueblo nos coloca ante una realidad y no ante una ficción, pero es una realidad política cuya importancia sólo es posible comprender si se concibe tal soberanía, como un principio de estructura de la división política del poder, lo que ejemplifica al explicar que en el régimen democrático, determinados círculos, amplios o reducidos, del pueblo del Estado, disponen de un poder político eficaz que se manifiesta--

ta "...prácticamente, sobre todo, en el nombramiento, revocación y control de los dirigentes políticos", (15). Por el contrario, en la autocracia, todo poder estatal proviene del autócrata al que le incumbe tomar todas las decisiones políticamente relevantes.

5) IGNACIO BURGOA ORIHUELA.-

Este autor encuentra el origen de la soberanía en la decisión de la agrupación humana, de organizarse jurídica y políticamente creando el Derecho que a su vez da vida a la persona moral llamada Estado, es decir, que de la comunidad nacional, surge el poder mediante el cual la nación se autodetermina o lo que es lo mismo, se da una estructura jurídica-política que encuentra su máxima expresión en un ordenamiento fundamental también llamado Constitución. Al decir que la nación se autodetermina, se quiere decir, que se excluye cualquier intervención de todo sujeto ajeno a la nación misma y lo mismo sucede con respecto a cualquier grupo que exista dentro de ella.

Por otro lado, la *autodeterminación*, nota esencial de la soberanía, conlleva la *autolimitación* ya que al ser tal estructura jurídico-política, de índole normativo, la misma supone una limitación o señalamiento de límites, característica que a pesar de todo, es modificable ya que cuando la nación decide autodeterminarse de diversas maneras en el ejercicio de su poder soberano o soberanía, cambia - -

15.- Heller, Herman, ob. cit., p. 266.

sus estructuras y consecuentemente los límites que éstas involucran.

La soberanía es un atributo o característica del poder del Estado, el que somete y subordina toda actividad humana y demás poderes que se desarrollan en el interior del Estado, sin importar que tales actividades sean de índole jurídico, político, social, económica, particulares o públicas; además, al surgir el Estado con una personalidad jurídica y política propia, se convierte en el titular del poder soberano a pesar de lo cual, permanece radicado real y socialmente en la nación y por lo tanto, no hay dos soberanías, una imputable al pueblo o nación, y otra al Estado en virtud de que la soberanía es única, inalienable e indivisible. Afirma que conforme a lo anterior, al ser el Estado soberano, como persona jurídica, resultado de la forma en que el pueblo o nación se ha organizado tanto política como normativamente, su soberanía radica en el elemento humano que lo integra. Pero, además, manifiesta el maestro Burgoa, que según la tesis de la personalidad del Estado, y a la que se adhiere, la soberanía estatal se pone de manifiesto en la independencia de éste frente a otros Estados, en cuanto que no debe haber una intervención de éstos en el régimen interior de aquel y cuyo elemento humano es el único facultado para alterar o modificar dicho régimen debido a que ese pueblo o nación es quién goza del derecho de autodeterminación. Esto es lo que se llama soberanía popular o nacional.

Por el contrario, afirma que el poder público desempeñado por los órganos del Estado, no es soberano porque se guía por el orden jurídico fundamental que crea a la entidad estatal como persona moral y que bajo este orden está impedi-

do para modificar, substituir o abolir los principios básicos de diferente índole en que ese orden jurídico descansa, ya que nace de él, se organiza y funciona dentro del mismo de acuerdo a las normas implantadas por la capacidad de autode-terminación del pueblo o nación.

Se muestra de acuerdo con Juan Jacobo Rousseau en cuanto a esa auto-determinación y autolimitación, producto de la voluntad general, y añade que debido a que en el derecho primario o fundamental es en donde se establecen los fines del Estado, se crean sus órganos de gobierno a los que se les atribuye una determinada esfera competencial, este derecho rige primaria e inviolablemente toda actividad estatal, que no es otra cosa que el poder público de imperio del Estado y subordinado a las normas constitucionales que a la vez emanan de la soberanía del pueblo o nación, es decir, que mientras que aquella es fuente originaria del derecho primario del Estado, el poder público se guía por tal ordenamiento y por lo tanto no puede transgredirlo o rebasarlo.

En cuanto a la inalienabilidad, ésta es la resultante del pacto social origen de la comunidad política que si aceptara enajenar su soberanía, ello equivaldría a la desaparición o destrucción del soberano pueblo. De esta característica deriva la de indivisibilidad, lo que significa que la soberanía tampoco es divisible porque si lo fuera, estaríamos ante una enajenación parcial con las mismas consecuencias de aniquilación del soberano.

6) HECTOR GONZALEZ URIBE.-

El maestro González Uribe explica que la autoridad estatal es la instancia de poder más alta, es decir, que es superior a la de cualquier otro individuo o agrupación social existente en su interior.

En el Estado Moderno que además es un ente soberano, existen también otros poderes sociales jerárquicamente organizados, ya sean de índole privada o pública, pero sobre los cuales siempre destaca la institución del Estado como un ente supremo e inapelable, consecuentemente, el mismo no tiene ningún poder por encima de él y por ende, es soberano, gozando de tal característica de supremacía, gracias a la amplitud de los fines que persigue y la eficacia de los medios que emplea el mismo y que lo convierten en una sociedad total.

Por otra parte, la relación que existe entre el poder soberano y los demás poderes inferiores en el Estado, es una *relación de supraordenación* lo que significa que frente a ésta, todos los demás poderes aparecen como subordinados, pero a pesar de todo lo contrario, ya que dentro de la teoría del Estado Moderno, éste se caracteriza esencialmente por ser un Estado de Derecho en el que la soberanía es un poder legítimo y sometido al imperio de las normas jurídicas, es decir, que está limitado por la norma básica del bien público temporal y de las disposiciones positivas que de ella derivan, pero siempre es supremo, sin mengua alguna del acatamiento a tales normas positivas y a la ley natural.

Además el Doctor González Uribe, distingue esta supremacía o soberanía de la llamada independencia, al decir que mientras la primera se refiere primor- --

dialmente al orden interno del Estado en virtud de que es en el interior del mismo y en relación a su población, en donde esa soberanía es ejercida y por lo tanto, sólo allí se dan las relaciones de supraordinación y subordinación entre los poderes sociales por una parte, y por otra, ese poder supremo o soberano se traduce en poder político, la independencia consiste en el derecho de autodeterminación que tienen los demás Estados a fijar de manera libre y autónoma su propio régimen interior. Por ende, es incorrecto hablar de soberanía exterior del Estado en sus relaciones con los demás Estados o miembros de la comunidad internacional porque iríamos en contra del sistema de igualdad jurídica que debe existir entre todos los Estados. Por eso, una cosa es soberanía en su sentido estricto de supremacía y otra cosa, es la independencia.

Uno de los principales enemigos de la soberanía y a cuyas objeciones da respuesta del Dr. González Uribe, es el célebre tratadista y profesor de la Universidad de Burdeos, León Duguit y quién primero que nada rechaza el concepto de soberanía planteando como primera objeción a este concepto, el hecho de que si bien, el Estado en sí mismo no es más que el resultado del proceso social de diferenciación entre gobernantes y gobernados, no es posible que existan voluntades humanas que intrínsecamente sean superiores a otras, en virtud de que todas son iguales en un plano positivo, humano, y consecuentemente cualquier intento o pretensión de hacer valer derechos subjetivos frente a otros, resulta absurda y por lo tanto insostenible. Todos los hombres deben someterse por igual a la regla objetiva de Derecho.

A la anterior objeción planteada por Duguit, el maestro González Uribe responde que aún cuando es cierto que no hay voluntades humanas superiores a otras, porque tanto ontológica como moralmente, los seres humanos son iguales en cuanto que son racionales y libres, sí es posible afirmar y sostener que hay voluntades que debido a su función en la vida política y social y por el servicio que prestan en la consecución del bien público temporal, gozan de la facultad de imponer a otras, determinada línea de conducta así como determinadas obligaciones y mediante la coacción cuando se haga necesario.(16)

A la vez y relacionada con la anterior objeción de Duguit, el Dr. González Uribe, afirma que tampoco es posible buscar el origen de la soberanía en una voluntad superior a la de los hombres, como es la voluntad Divina, ya que en ningún momento de la historia humana, aparece Dios confiriendo u otorgando derechos de soberanía a diferentes individuos o corporaciones, salvo el caso del pueblo teocrático de Israel, en el Antiguo Testamento, Libro de Los Reyes. (16.- A)

Por el contrario, el origen inmediato de la soberanía, dice este teórico, se encuentra no en Dios, sino en el orden ontológico y moral por El creado, es decir, en la naturaleza de las cosas. El Estado aparece por el hecho de que el hombre, el ser humano, es como dijera Aristóteles, un *Zoon Politikón*, es decir, se caracteriza por ser un ente sociable por naturaleza (16. B) y en este punto regresamos a

16.- Ob. cit., p. 318.- //- 16.A.-Ob. cit., p. 334.- //- 16.B.- La Dra. Aurora Arnáz Amigo en su obra "Estructura del Estado", Miguel Angel Porrúa, S.A., Librero Editor, 1ª ed., México, D.F., 1979, dice en la página 11: "El hombre aristotélico *Zoon Politikón* es sociable por naturaleza. Se vale de medios y fines para organi--

"La Política" antes citada, en donde este filósofo afirma también que "La naturaleza arrastra, pues, instintivamente a todos los hombres a la asociación política. El primero que la instituyó hizo un inmenso servicio, porque el hombre, que cuando ha alcanzado toda la perfección posible es el primero de los animales, es el último cuando vive sin leyes y sin justicia. En efecto, nada hay más monstruoso que la injusticia armada. El hombre ha recibido de la naturaleza las armas de la sabiduría y de la virtud, que debe emplear sobre todo para combatir las malas pasiones. Sin la virtud es el ser más perverso y más feroz, porque sólo tiene los arrebatos brutales del amor y del hambre. La justicia es una necesidad social, porque el derecho es la regla de vida para la asociación política, y la decisión de lo justo es lo que constituye el derecho." (17)

Continúa explicando este autor, que entre los elementos esenciales, cuenta el Estado con la *autoridad*, la que necesita tener un derecho supremo de imposición sobre todos los integrantes de ese Estado con el fin de llevar a cabo el ejercicio de sus funciones, y a ese derecho supremo también se le llama soberanía. Esta autoridad, derecho supremo o soberanía es el elemento que impulsa y coordina los esfuerzos humanos que persiguen la consecución del bien público. Consecuentemente tenemos que esa soberanía es resultado natural de la institución - --

zar su vida política. El Estado y el Derecho, organización y orden convencional, son los medios específicos, primigenios o primarios del zoon politikón quien necesariamente ha de vivir dentro del Estado. Nace y muere en él."

17.- Aristóteles, ob. cit., p.24.

estatal, luego entonces, no es posible buscar su origen en voluntades superiores o sobrehumanas.

Esta es la respuesta que da el Dr. González Uribe a la objeción de Duguit, quién acorde con su doctrina realista, pretende encontrar un sujeto dotado de conciencia y voluntad a quién poder atribuirle la titularidad de la soberanía, pero rechaza el derecho de soberanía porque no encuentra ningún sujeto que reúna tales requisitos. Ante esto último, el Dr. González Uribe plantea la necesidad de distinguir claramente dos cuestiones que son, por un lado, que una cosa es la soberanía considerada como tal o el ser de la soberanía, y por otro lado, otra cosa es la manera en que ésta es ejercitada, es decir, la organización de la soberanía, o modo de ser o modalidades de la misma. (18)

Respecto a la soberanía considerada como tal, resulta que ella es inherente al Estado, es uno de los caracteres esenciales de la institución estatal, y para recalcar lo anterior, cita en la página 335 de su libro "Teoría Política", a M. George Renard al decir que "La soberanía es la manera de ser institucional de la nación. La autoridad está en la comunidad y, de la comunidad redúnda, en cuanto su ejercicio, sobre los individuos que proveen, y en la medida en que proveen, al bien común."

Por lo que toca a la organización de la soberanía o modo de ser o modalidades de la misma, implica la determinación del órgano del Estado que se encargue

18.- Ver lo manifestado por el autor en su obra citada, p. 334.

de ejercer la soberanía, es decir, todo esto se refiere al tipo de régimen político del Estado, y que pueden ser autocráticos como es el caso de la monarquía absoluta o el del Estado totalitario, en los que el poder supremo se encuentra depositado en una persona o grupo de personas sin posibilidad de un control efectivo del pueblo, o bien, los regímenes democráticos tales como una monarquía constitucional o una república en los que la soberanía es ejercitada por órganos que reciben su poder del pueblo y lo detentan para beneficio de éste.

En consecuencia, la soberanía en cuanto al goce, corresponde al Estado y por lo que respecta a su ejercicio, éste se atribuye a los gobernantes legítimamente instituidos conforme a las normas de la Constitución o Ley Fundamental del Estado.

El punto referente a la organización interna de un Estado, no afecta en nada a la soberanía sino a su ejercicio, porque siempre, a final de cuentas, habrá un poder supremo que decida y señale competencias.

La última objeción de Duguít es la que afirma que la soberanía es totalmente contraria al principio de la sumisión del Estado al Derecho agregando que por lo tanto, hay que elegir por cualquiera de los dos términos.

La anterior afirmación de Duguít, es según el maestro González Uribe, aparente e infundada ya que la soberanía no significa ni arbitrariedad ni poder omnímodo y sin límites, sino todo lo contrario. Al ser la soberanía una cualidad del poder público, comparte con éste el carácter funcional del mismo, lo que significa que existe y se ejercita para el bien público temporal de la comunidad. Pero ese -

bien señala límites racionales y objetivos al poder soberano que éste no puede trasponer sin riesgo de perder su legitimidad. Además esos límites son de carácter ontológico y moral y se convierten en la Constitución del Estado. Así pues, la soberanía, tanto lógica como jurídicamente, se armoniza con la sumisión al Derecho y no se opone a ella.

De todo lo anterior, concluye el Dr. González Uribe que la soberanía como elemento esencial del Estado, es por un lado, absoluta desde el punto de vista ontológico, de lo que se desprende, que si no existiera la soberanía, no existiría el Estado mismo y viceversa. Y por otro lado, que es relativa desde el punto de vista moral por lo que respecta al cumplimiento del fin del Estado o bien público temporal y a todo lo que requiere para alcanzarlo, pero aún así, por estar referida a ese objetivo social, sigue siendo suprema. La idea de soberanía lleva implícita la idea del bien público temporal como algo necesario para la realización de ese bien. Pero a la vez, por ser la soberanía un poder supremo y por el fin que persigue, debe perder toda pretensión de potestad absoluta e ilimitada y entrar en los cauces que le señala el bien público temporal, fuera de los cuales pierde todo su significado y su valor. La soberanía está natural y substancialmente limitada por su adscripción a un orden de valores éticos fundamentales, que rigen la vida política de los hombres. De lo anterior, resulta una doble oposición dialéctica que es, primero, *absolutismo-relatividad* y *supremacía-limitación*.

La soberanía está esencialmente limitada no por la voluntad humana, sino por su naturaleza misma.

Explica el maestro en la página 337 y siguientes de su obra citada, que para la soberanía existen tres tipos de límites provenientes de las ideas del bien, de lo público y de lo temporal.

El que la soberanía esté limitada por el *bien*, significa que el Estado tiene una función positiva que se traduce en la búsqueda de todo aquello que conduzca al bienestar de la comunidad, a su perfección en los diversos aspectos de la vida humana, tales como la salud tanto física como moral de sus integrantes; una equitativa repartición de la riqueza; la difusión de las ciencias, las artes y la tecnología, el ejercicio ordenado y pacífico de todas las libertades sociales; etc. La función negativa, por el contrario, consiste en que la institución estatal debe evitar cuidadosamente todo lo que contraríe el bien, y que puede ser, la aplicación de impuestos excesivos; la violación de los derechos fundamentales de los ciudadanos, etc.

La segunda limitante de la soberanía, es *lo público* y consiste en que al Estado corresponde tan sólo todo aquello que se refiera a la vida social, externa de la comunidad, mientras que todo lo referente a la vida personal y privada de la población, es de dominio impenetrable para el Estado. Luego entonces, su soberanía está limitada racionalmente, por el ámbito que es propio y específico del Estado.

La tercera y última limitación a la soberanía, es *lo temporal* que es consecuencia histórica de la lucha que se dió en el pasado entre el poder de la Iglesia y el poder de los hombres y de la cual se creó la necesaria coexistencia del Estado

y la Iglesia, lo temporal y lo espiritual. El resultado, a la larga, fue la delimitación de competencias, es decir, mientras que al Estado le tocó lo temporal, a la Iglesia le correspondió atender lo espiritual. La acción del Estado está circunscrita por el dominio de lo temporal, por consiguiente, la soberanía encuentra un límite objetivo en esa temporalidad que no puede traspasar.

El Dr. González Uribe en su obra consultada (p. 346), manifiesta su discrepancia con la idea que sobre la soberanía tienen autores como Duguit y Scelle por un lado, y por otro, Von Ihering, Jellinek y Carré de Malberg porque la ven como el derecho de señalarse su propio dominio de competencia y de mantener, juntamente con ello, el monopolio de la coacción incondicionada, lo que nuestro teórico considera inexacta e incorrecta porque realmente la soberanía es la manera de ser del Estado, es una cualidad intrínseca y esencial del mismo, y por ello depende de su naturaleza y sus fines, y no como se pretende algunas veces, la soberanía no significa arbitrariedad o voluntarismo puro, ni tampoco se trata de un simple derecho subjetivo cuyo ejercicio queda al arbitrio de su titular.

Es el bien público temporal el que le señala sus límites a la soberanía, que son de carácter objetivo, natural, que no dependen de la voluntad de los gobernantes. Al legislador no le toca sino dar forma normativa, obligatoria, a esos grandes principios que limitan la soberanía desde dentro, institucionalmente. Por eso no puede decirse que el Estado se autolimita, como si ésto proviniera de una decisión de su voluntad. Ya está intrínsecamente limitado, por su propia esencia y por su finalidad.

Como ya se dijo anteriormente, la naturaleza y el fin del Estado imponen dos tipos de limitantes a la soberanía, y son los de orden negativo, que señalan un límite de competencia y de acuerdo con el cual, el Estado está impedido para trasponer el ámbito de lo público y de lo temporal ni de inmiscuirse en lo estrictamente privado y espiritual. Los límites de orden positivo, imponen al Estado el deber de actuar en la realización del bien público temporal, lo que implica orden, coordinación, ayuda y suplencia. Y para evitar caer en un individualismo extremo o en un colectivismo exagerado, debe basarse en los principios de solidaridad y subsidiaridad. Además la principal obligación de orden positivo que tiene el Estado para lograr una mayor eficacia en sus funciones, es el de organizarse a sí mismo, para lo cual debe orientar su política principalmente, a una correcta estructuración y al buen funcionamiento de sus órganos.

Lo anterior lo lleva a concluir, que actualmente no hay una amoralidad política, es decir, que el Estado no es ni puede ser amoral. Esa amoralidad basada principalmente en el maquiavelismo que afirmaba que el arte de gobernar, es algo independiente de los deberes éticos, y que provocó que se aceptara que la política nada tenía que ver con la moral, e incluso se llegó a pensar que esta última podía ligar a los individuos pero no a los gobernantes, no tiene cabida en la actualidad, pues esa moral política no contradice, sino que complementa la moral individual. Tanto Estados como individuos, a la vez de que están sometidos por normas jurídicas exteriores, lo están también por normas éticas que engendran deberes de conciencia. La política, explica en su libro, p. 348, es la actividad en -

caminada al bien común y no el arte maquiavélico de gobernar a los hombres con la fuerza del león y la astucia de la zorra.

Además, la soberanía encuentra límites en dos campos distintos, que son, por una parte, el campo teórico y en el que, como se desprende de todo lo anterior, halla internamente, límites objetivos basados en la naturaleza y en el fin esencial del Estado; por otra parte, el segundo campo en el que está limitado tal poder, es en el ámbito práctico, en el campo de los hechos, y ante lo que cabe la interrogante de ¿quién y cómo va a limitar la soberanía del Estado, si no es la voluntad estatal la que se limita a sí misma?

A esta pregunta, responde nuestro autor que existe una limitación intrínseca o immanente al Estado y de carácter involuntaria pero acorde a la naturaleza misma de las cosas.

Finalmente, concuerda con el teórico del Estado Jean Dabin quien se remite al constitucionalista Maurice Hauriou, al aceptar que hay dos clases de autolimitación, y cita a Dabin quien dice que "Hay una autolimitación en cierto modo actual, por la cual el Estado toma la decisión de someterse a una norma que le es ajena, y hay una autolimitación institucional, por la cual el Estado se constituye de tal manera, que la limitación funciona desde dentro de él, por una cierta disposición de su organización interna. La autolimitación está, entonces, en el ser mismo del Estado y no ya su acción. Sin duda que nada obliga al Estado a esta autolimitación institucional, sino el deber moral de los gobernantes o de los constituyentes de hacer todo lo necesario para que el Estado pudiese realizar su soberanía sin exceder, a la vez, los límites de la misma. Pero si la autolimitación fue libre en

su origen, engendró desde ese momento un estado de cosas constituyentes de hacer todo lo necesario para que el Estado pudiese realizar su soberanía sin exceder, a la vez, los límites de la misma. Pero si la autolimitación fue libre en su origen, engendró desde ese momento un estado de cosas constitucional -mecanismos, instituciones, reglas orgánicas- que ya no pueden alterarse sin subvertir toda la construcción; el Estado está ligado, en lo de adelante, a fondo para renegar de sí le sería preciso tomar una figura distinta." (19)

Nuestro autor, se refiere a lo anteriormente manifestado por Maurice Hau-riou como el régimen constitucional que implica sistemas y procedimientos políticos, administrativos y jurisdiccionales, que se traducen en el medio necesario para lograr la autolimitación institucional del Estado, y el equilibrio dinámico, permanente del poder, "...en su movimiento continuo entre el orden y la libertad." (20)

La limitación jurídica de la soberanía, queda siempre en última instancia en manos del Estado, consecuencia inevitable de la idea de soberanía, la que siempre conlleva el monopolio de la coacción pública, siempre basado en la idea de que el mismo debe ver por su propia supervivencia, ya que si dejara su destino en manos de fuerzas superiores, desaparecería.

Por otra parte, para que el Estado sea un verdadero Estado de Derecho, es

19.- Dabin, Jean, "Doctrina General del Estado", Ed. Jus, México, 1946, p.p.157-158.

20.- González Uribe, Héctor, ob. cit., p. 354; ver además p.p.341-342.

necesario que el mismo además de acatar su propio orden jurídico positivo, debe también acatar los principios de la Axiología Jurídica.

El Estado, dice en su libro, representa con su fuerza material, el orden y la seguridad, y el Derecho con sus fundamentos éticos, la justicia. Consecuentemente, el Derecho positivo del Estado, "... debe tender a mantener la seguridad, la certeza como condición previa para la realización de los valores más altos, como son la justicia y el bien común."

CAPITULO SEGUNDO.

* DESARROLLO DE LA SOBERANIA A PARTIR DE LA
REVOLUCION FRANCESA.*

Para poder adentrarnos en el estudio del capitulo que nos ocupa, es necesario primero que nada, saber que la soberanía es en su origen, un concepto histórico y de índole política, que más tarde se transformará en un concepto jurídico (21), y además hay que conocer tanto los antecedentes mediatos como los inmediatos del Estado Moderno.

Primero, como antecedentes mediatos tenemos el establecimiento del Imperio Medieval o Carolingio cuando el Papa León III nombra Augustus al rey franco Carlomagno, en la misa de Nochebuena en el año 800 d.C. con lo que este último se convirtió en el emperador romano mientras que el obispo de Roma o Papa, se convirtió en el *"jefe soberano de la cristiandad occidental"*, liberándose de esta forma, el Papa, totalmente del gobierno de Bizancio, lo que marcó el inicio de las relaciones entre la Iglesia y el Estado y que origina las dos ordenes del Imperio Romano, es decir, sus dos divisiones que son, por un lado, el orden espiritual representado por el Papa y por otro lado, el orden temporal representado por el Emperador. (22)

21.- A) Jellinek, Georg, ob. cit., p.327 y s.s.

B) Arnáiz Amigo, Aurora, "Soberanía y Potestad", ob. cit., p. 17 y s.s.

22.- Kahler, Erich, "Historia Universal del Hombre", Fondo de Cultura Económico, Sección de Historia, Séptima reimpresión en español, 1981, p.p. 166-167.// Gettel, Raymond G., "Historia de las Ideas Políticas", Ed. Nacional, México, D.F., 10ª

Más tarde, cuando con el Tratado de Verdum, en el año 843 el Imperio Carolingio se divide en tres partes de dominio territorial, los reinos galo y teutónico se separaron para siempre, tanto en el aspecto geográfico como en el político abarcando también el aspecto étnico-social, tomando direcciones distintas. Es decir, en el oeste surge una nueva dinastía que es el ducado de Francia, emanado del centro mismo del país galo, específicamente de la Ciudad de París. El primer rey de la dinastía Capeta, fue Hugo Capeto quién fue nombrado por los poderosos señores y obispos de la región y además fue reconocido por, el emperador y gobernante franco-oriental, Otón III, en el año 987 d.C. Esta nueva dinastía gobernaría desde entonces durante ochocientos años.

El segundo dominio territorial lo constituía el reino Franco-Oriental de etnografía, geografía e idioma esencialmente teutónicos que se fundió paulatinamente con el Sacro Imperio Romano y fue el sucesor del Imperio Romano; empieza en el siglo X d.C. cuando el rey germano Otón incluye Italia en sus dominios y el Papa lo declara Emperador.

Pero cada uno de estos dos reinos se diferenciaba uno de otro; así, mientras la nota predominante del Imperio Romano fue su universalidad, el Sacro Imperio Romano se caracterizaba por ser civilizador, ecuménico, cristiano y terrenal además de carecer de una centralización del poder a causa de su estructura feudal. Entre estos poderes surgió la lucha por la hegemonía del poder.

La relación Iglesia-Estado, se basaba principalmente en los anhelos de estos ordenes, es decir, tanto en las aspiraciones de la Iglesia como en las del Sacro Imperio Romano. Así, mientras los emperadores querían ver confirmada su autoridad mediante la coronación pontificia en Roma, los Papas sostenían esta idea con el fin de tener el apoyo de los poderes seculares más fuertes en sus luchas con los príncipes Italianos. Además los emperadores germanos también anhelaban el dominio amplio de su autoridad no solo sobre la esfera territorial de su influencia que tan sólo abarcaba los ducados germánicos y las provincias italianas. Aparte de gobernar al país, habían heredado el deber de controlar el Imperio Romano, facultad ésta, que más que amplia era universal, ya que suponía el mantener una estrecha vigilancia sobre todo, así como inmiscuirse constantemente en los asuntos de Italia y el mediterráneo, la defensa y expansión en el este y en el norte, al igual que doblegar al rival francés en el oeste. Todo lo anterior significaba mantener vivo el derecho a ser protector y defensor de la fé cristiana, a gobernar y dominar todo el mundo cristiano, compitiendo de este modo con el gobernante espiritual de la cristiandad, el Papa.

Así, a partir del siglo XI comienza un período de luchas entre el poder espiritual y el poder temporal por obtener la hegemonía del poder, abarcando dicho período hasta el siglo XVII, terminando esta etapa de luchas con la Paz de Westfalia en 1648. De todas estas luchas por el poder, tres son las más importantes: la primera de estas contiendas es la llamada *Cuestión de las Investiduras* y se da entre el Papa Gregorio VII y el emperador Enrique IV; la segunda lucha más im-

portante, se da entre el Papa Gregorio IX y el emperador Federico II, último de la dinastía Stauffer, emperador de Sicilia; siglo XIII. En todas estas luchas por el poder, se trataba de saber cuál de las potestades era suprema, si la espiritual o la temporal y por consiguiente, cuál de las dos se debía someter a la otra. Ambos poderes tuvieron sus partidarios. Los partidarios del Papa sostenían la superioridad moral del poder espiritual, mientras que los defensores del emperador, subrayaban la independencia recíproca de los poderes argumentando que el poder del emperador como el del Pontífice, derivaban de Dios y por lo mismo, se encontraban en igualdad de condiciones. Pero los partidarios del Pontífice sostenían que sólo el poder del Papa era de institución divina y por lo tanto el emperador debía someterse al poder espiritual, es decir, al Papa. Estos partidos, eran los llamados Gúelfos, defensores del Papa, y los Gibelinos, partidarios del emperador.

La tercera Contienda por el poder, fue la que se dió entre el Papa Bonifacio VIII y el rey francés, Felipe IV "El Hermoso", y durante la misma, se acabó de perfilar la teoría de la soberanía papal, ya bien desarrollada en el derecho canónico y que fue derrotada por la fuerte unión del reino francés, que planteó las pretensiones de independencia de los reinos como sociedades políticas independientes. También durante esta etapa, es cuando además de perfilarse más firmemente la teoría de la soberanía papal, también por otro lado, aparece dentro de la política europea una nueva fuerza, el llamado sentimiento nacional, el cual origina la concepción del reino como un poder político independiente de la tradición del Imperio, es decir, ya no se trata de la tradicional lucha entre la Igle -

sía y el Imperio, sino que esta vez, se trata de una lucha cuyos contendientes son el rey de Francia contra los poderes espiritual y temporal.

La dinastía de los Capetos fue la primera que se negó a reconocer la supremacía del emperador alemán, oponiéndose a someterse a su supremacía.

Desde que surgió el reino francés, éste estuvo aparentemente, incorporado al Sacro Imperio Romano-Germánico, pero en realidad se convirtió en un reino independiente con un desarrollo propio, y que poco a poco iba cobrando mayor fuerza. Así, en el año de 1214, el rey Felipe II Augusto venció al emperador Otón IV en la Batalla de Bouvins, lo que determinó el ascenso de Francia a una potencia temporal que rivalizaba con el Imperio. Además los reyes franceses, también rechazaron la injerencia del Papado en los asuntos internos del reino. Fue en el reino francés en donde existieron los tres elementos que hacían posible el surgimiento de la soberanía, y se trata de la emancipación del Papado, emancipación del Imperio y emancipación de los señores feudales. (23)

Fue a raíz del triunfo de Felipe II en la Batalla de Bouvins en el año de 1214 sobre el emperador Otón, cuando se afirmaron las tesis de que el rey era igual a aquél y de que su reino no reconocía a ningún superior. Posteriormente, en 1301,

23.- Respecto al origen de la palabra soberanía, Erich Kahler dice en su obra "Historia Universal del Hombre" ya citada, p. 276, lo siguiente: "...Y el problema de la soberanía y la palabra misma nacieron cuando surgieron poderes terrenales en oposición tanto a la iglesia como al imperio.". Además ver el "Tratado de Derecho Político" de Adolfo Posada, Biblioteca de Derecho y de Ciencias Sociales, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1935, tomo Primero, p. 338: "...Y tardará en perfilarse la noción de soberanía..."

durante la tercera contienda por la hegemonía del poder temporal, el papa Bonifacio VIII emitió la Bula Ausculta Fili en la que insistía que el poder espiritual era superior al poder temporal, a lo que el rey francés Felipe IV contestó convocando a los Estados Generales en 1302 integrado principalmente por la burguesía, representantes del clero y de la nobleza, asamblea que concluyó con una declaración precisa de la soberanía del monarca en su reino y de su independencia frente al papado, que reza así: "El reino de Francia, que nuestros antepasados, por el cuidado y celo de sus gentes, gobernaron firmemente, no lo recibieron de ninguna persona, como no sea de Dios mismo. Nosotros, que les sucedemos en las mismas condiciones, estamos dispuestos a ofrendar nuestras vidas y nuestros bienes para conservar la libertad del reino." (24)

Por otra parte, el concepto de soberanía empezó a perfilarse tan pronto como apareció una religión de orden universal, tribal y nacional. La soberanía, surge como una necesidad defensiva ante los grandes poderes de la época, es decir, ante la injerencia pontificia e imperial en los asuntos internos del reino declarando su total independencia de los mismos y como ya se dijo, el plano de igualdad en que se ubicaban, y además, la soberanía plasmada hacia el interior del reino significa la sumisión y obediencia, es decir, de acatamiento en favor de su persona.

24.- De La Cueva, Mario, "La Idea del Estado", ob. cit., p. 47.

El sentimiento nacional que se menciona anteriormente, empezó a surgir con la aparición de la dinastía Capeta, de la isla de Francia y de su centro urbano, París. Una nación es una forma social distinta; es una estructura popular que se origina después que la religión universal y bajo su predominio, basada en la geografía, en el carácter del pueblo, en un modo de vida homogéneo, en instituciones y formas culturales emanadas de la combinación de determinadas estirpes populares con las condiciones específicas de un país; en la nación, la religión ya no es el núcleo de la estructura popular aún cuando las influencias de la religión universal sean muy fuertes en lo que respecta a su formación. Es la tradición o suma de costumbres y logros seculares, laicos de esa comunidad, (25). La nación como comunidad que es, tiene su apoyo en un origen y pasado comunes más que en una vida y actividad comunes en el presente y para el futuro. Ahora bien, el sentimiento de nacionalidad está estrechamente ligado al concepto de nación, así, cuando el maestro Mario De La Cueva nos dice que los reyes, especialmente el de Francia, es el representante de los pueblos-naciones, podemos aplicarlo a lo expresado por Kahler, quien manifiesta que "...el individuo reconoce y disfruta su nacionalidad en la gloria y el poder de su líder o monarca en cuyas hazañas participa de una manera vicaria. La dinastía real francesa, llamada la *Sang de France*, la sangre de Francia, representa a la nación..." (26)

25.- Kahler, Erich, ob. cit., p.p. 173-174; 276; 298.

26.- Ibid.

Respecto a este concepto de nacionalidad, la Dra. Aurora Arnáiz Amigo dice que "...la nacionalidad fue la etiqueta del viejo elemento étnico-tribal. Fincado sobre la pertenencia a un tronco sanguíneo común, se caracteriza por el apoyo a lo racial propio, frente a las razas extrañas. ", (27)

Estos son, por un lado, algunos de los antecedentes mediatos de la soberanía absoluta, antecedente inmediato esta última, del Estado Moderno como forma política de gobierno.

La teoría moderna de la soberanía aparece entonces, con la formación del Estado nacional y la centralización política de la monarquía, que extiende su poder supremo sobre nobles y sobre el clero, liberándose de la dependencia del Papado y del Imperio y con facultades para crear y afirmar la ley, es decir, todo lo anterior, como consecuencia de la integración de los reinos mediante la unión de las provincias. El pueblo concede derechos y prerrogativas a los reyes con objeto de librarlos de las luchas intestinas de la nobleza, con lo que el monarca francés del siglo XVI consolida su Estado y fortalece en gran medida su autoridad.

De tal suerte, la soberanía queda enmarcada en el representante de la nación, sino también el territorio y el derecho nacional que dió fin al jus estamental y a sus privilegiados tribunales de las clases altas. Durante este período, la auctoritas es la propia Majestas cuyo equivalente es la Summa Potestas del titular del Estado, monarca o príncipe, quién además de reducir el poder de la nobleza, re--

27.- Arnáiz Amigo, Aurora, ob. cit., p.p. 18-19.

baja también la autoridad y la importancia de las Cortes o Parlamento, convocándolos muy de vez en cuando, o prescindiendo de sus acuerdos, recobrando de esta manera la monarquía, su carácter de poder absoluto y a veces despótico.

Además, en la etapa final del siglo XVI, la idea de la soberanía del Estado se perfila de una manera más clara, también dentro del pensamiento político de la época, como un poder supremo y único en el interior de cada Estado, y totalmente independiente de las organizaciones en la comunidad de naciones. Surgen entonces varios grupos entre los cuales destaca el llamado de "*Los Políticos*", integrado por teóricos como Du Bellay, Guillermo Barclay, Bodino, etc., los que basados en las doctrinas de Lutero y Maquiavelo, sostenían mediante argumentos legales, que la autoridad real procede del derecho natural del Estado, la cual se debe conservar aún cuando sea necesaria la tolerancia religiosa, la que patrocinan y apoyan no como un principio religioso, sino como un expediente útil en el campo de la política.

Creían que la religión debe subordinarse a la política, al bienestar público. Intentaron separar la religión de la política ya que las guerras civiles, persecuciones, matanzas y asesinatos llevaban a la civilización francesa y a la unidad nacional a la ruina. Resulta de este modo que son sostenedores de la teoría del derecho divino de los reyes en su moderna forma legal, afirmando que el monarca deriva su poder de Dios y que gobierna por un derecho inquebrantable de herencia. Bodinier explica que la definición de soberanía dada por Bodino, tenía como finalidad servir al monarca en su lucha por la hegemonía del poder, - -

como se explico anteriormente. (28)

La elaboración del concepto de soberanía del Estado tanto en su ámbito interno como externo, se debe a los esfuerzos de distintos pensadores, pero especialmente se deben a Bodino y a Grocio la sistematización y claridad de dichos conceptos. El primero de estos teóricos, se encargo de explicar el aspecto interno de la soberanía, es decir, la relación del Estado con sus súbditos, mientras que Groccio se refiere al aspecto exterior de la misma, a la relación de un Estado con los demás Estados. (29)

Contrario a la doctrina del derecho divino de los reyes, surgieron las doctrinas de los monarcomacos tanto católicos como protestantes, tales como Holman, Junius Brutus, Juan de Mariana, o Johannes Althusius quienes defendieron la soberanía del pueblo; los contractualistas y los librepensadores que también divulgaban la pretensión de que los derechos políticos o la soberanía, residía en el pueblo y no en el monarca.

Por otro lado, los teólogos juristas españoles, como Vitoria, Mariana, Suárez,

28.- Bodenheimer, Edgar, "Teoría Del Derecho", Ed. Fondo de Cultura Económica; Colección Popular; 3ª ed.; México, 1964; p. 85.

29.- El Dr. González Uribe en su obra "Teoría Política" manifiesta que "...En Grocio no se encuentra la firmeza que en Bodino, sino que defiende una especie de armonización de las concepciones popular y monárquica del poder. La doctrina de la soberanía supone un poder supremo que no está limitado por los derechos de otros y cuyos actos no pueden ser anulados por otra voluntad humana. Sin embargo el poder supremo -que no es necesariamente permanente- está limitado por la ley divina, la natural y la de las naciones, así como por los convenios pactados por gobernantes y gobernados. La soberanía tiene como sujeto común la comunidad y como sujeto propio, el gobernante.", p. 321.

Vázquez de Menchaca, Luis de Molina, Soto, Fox Morcillo, apoyaban la soberanía del pueblo, pero en cierto modo distinta ya que afirmaban que si bien la autoridad procede de Dios, ésta reside originariamente en el pueblo y no en el gobernante, pero aquél incapaz de ejercitar por sí mismo esa autoridad, deposita su ejercicio en los gobernantes por lo que éstos quedan sometidos siempre a esa comunidad. Según el Dr. González Uribe, en esta teoría se encuentra la raíz de todo régimen democrático. (30)

Pero el concepto de soberanía no es una idea estática sino dinámica, ya que desde la época de Bodino hasta finales del siglo XVIII evoluciona de tal suerte que pasa del terreno político al jurídico, lo que se manifiesta en una doble dirección, absolutista por un lado, y democrática por el otro, creciendo a la par una de otra hasta que el absolutismo decae y las monarquías absolutas se transforman por influjo de la Revolución Francesa, en monarquías constitucionales.

Además, en el campo de los hechos políticos, ya en el siglo XVII, al final de la guerra de los Treinta Años, 1618-1648, surge el Estado Moderno con la Paz de Westfalia y consecuentemente se da la separación de la Iglesia y del Estado el que se caracteriza principalmente, porque el mismo surge con su elemento constitutivo específico, es decir, con un poder político que el pueblo soberano delega en un representante propio, llamado gobernante, y el ámbito en el que imperará su estructura orgánica, autoridad y Derecho, es en los límites del territorio nacio--

30.- Idem, p. 321.

nal. Al respecto, la Dra. Arnáiz explica que el Estado Moderno tiene ocho fundamentos destacados, que a saber son: (31)

- 1.- La soberanía;
- 2.- El Estado como sujeto de la relación internacional;
- 3.- El respeto a los derechos del hombre;
- 4.- La representación política;
- 5.- La democracia indirecta y el constitucionalismo;
- 6.- La libertad y la axiología política;
- 7.- La división de poderes;
- 8.- La separación de la iglesia y el Estado.

Así, el Estado Moderno resulta ser una unidad jurídica y política teniendo la primera de éstas, su origen en la unificación de un derecho nacional positivo, mientras que la segunda, surge con la aparición del poder político supremo, y ambas se dan alrededor de la monarquía absoluta, del representante político del pueblo, la que se transformará en monarquía constitucional con el transcurso del tiempo. Primero en Inglaterra, cuando el parlamento inglés en el año de 1689 ofreció la corona a los príncipes de Orange quienes substituyeron al rey Jacobo II; dicho cambio de monarcas se dió con la llamada "*Revolución Gloriosa*" y Guillermo de Orange tuvo que suscribir *la Declaración de Derechos*, documento que limita aún más los poderes reales y en el cual se funda el régimen constitu-

31.- Arnáiz Amigo, Aurora, ob. cit., p. 46.

cional y parlamentario inglés, con lo que por in el pueblo británico tenía intervención en los negocios públicos, y marca el triunfo del partido parlamentario sobre la teoría monárquica del gobierno. Pero a pesar de todo, la "Revolución Gloriosa" de 1688 representa sobre todo la obra de un cierto número de espíritus prácticos y conservadores que no confiaban en la estructura del gobierno republicano o en las doctrinas de la igualdad política, y aunque se oponen a la teoría del derecho divino, desean la implantación de una monarquía limitada, con un sistema aristocrático de gobierno.

Una vez más, al surgir la revolución Francesa, tenemos que el desarrollo de la noción de la soberanía sigue las vicisitudes de las luchas políticas, y en el campo de las ideas políticas, las ideas de Rousseau tuvieron una gran influencia sobre el concepto de soberanía y se establece definitivamente el principio democrático de que ésta reside en el pueblo y no en una determinada persona. Así, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano emanada de esa revolución y votada el 26 de agosto de 1789, se consagra en su artículo III que "El principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ningún cuerpo ni individuo puede ejercer autoridad que no emane de ésta expresamente." De esta forma se estableció la nota distintiva de la idea de soberanía.

La teoría de la soberanía popular emanada de dicho movimiento revolucionario, se apoya en los siguientes supuestos:

"...PRIMERO.- La soberanía reside esencialmente en el individuo, no siendo la soberanía social sino la resultante de la suma de los poderes individuales;"

"... SEGUNDO.- Todos los individuos son igualmente soberanos;"

"...TERCERO.- Al venir estos a reunirse, mediante el contrato social, renuncian, para constituir el poder colectivo, a cierta parte de su libertad y soberanía."

(32)

Ante tales supuestos, se puede afirmar que la soberanía popular se entiende definitivamente como la fuerza del conjunto de ciudadanos frente a la acción de los poderes tradicionales y a las doctrinas que la justificaran por diferentes títulos.

En el desarrollo del concepto de la soberanía, posterior a la teoría roussoniana, destaca principalmente tanto la labor desempeñada por Kant como la realizada por Fichte.

Kant sigue la doctrina de Rousseau al sostener que la sociedad civil y política tienen su origen en el contrato, consecuencia del acuerdo de "someterse a una limitación exterior, públicamente acordada", la Ley, con el que se pone fin al estado de inseguridad, según explica Don Adolfo Posada en su obra anteriormente citada. Consecuentemente, la soberanía reside en el pueblo y los ciudadanos tienen derecho a expresarla a través del sufragio.

Además, inspirado en Rousseau, combina su doctrina con la división de poderes de Montesquieu, atribuyendo la soberanía al Poder Legislativo toda vez - -

32.- Posada, Adolfo, "Tratado de Derecho Político"; Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1935, Quinta Edición Revisada; Biblioteca de Derecho y de Ciencias Sociales; Tomo Primero, Introducción y Teoría Del Estado, p. 390.

que este último tan sólo puede pertenecer a la voluntad colectiva del pueblo; el Ejecutivo al gobierno y el Judicial al juez, pero niega al pueblo el derecho de discutir el origen del poder imperante.

Por el contrario Fichte sostiene que el gobierno, como órgano de poder, está sometido al pueblo el cual es, indiscutiblemente, el depositario del poder supremo del que es responsable sólo ante Dios, aún cuando el ejecutivo se ejerza, ya sea democrática o aristocráticamente.

Las tendencias reaccionarias y contrarrevolucionarias, aparecieron en Europa, como una reacción a las afirmaciones e influjos revolucionarios del contrato social y de la soberanía popular durante la etapa de la Restauración Monárquica a la caída del Imperio Napoleónico, caracterizándose dicho movimiento reaccionario porque se infería que en el Derecho Divino se legitimaban las monarquías, es decir, los príncipes legítimos reciben su poder por delegación del Papa, representante infalible de Dios en la tierra. La soberanía es absoluta, se le compara a la infalibilidad en el orden espiritual. Las tendencias reaccionarias y contrarrevolucionarias se manifiestan bajo un doble aspecto que es, por un lado, la de índole teocrático (33), la que se sintetiza en la censura del espíritu revolucionario y la de la soberanía popular, la cual afirma que la soberanía encuentra su origen en la di-

33.- El maestro Mario De La Cueva, en su estudio preliminar a "La Soberanía" de Herman Heller, explica que la burguesía enemiga de los privilegios de la nobleza contra los que luchó, y que durante la Revolución Francesa se manifestó en favor de la igualdad, de la libertad y de los derechos del hombre, no pudo ostentarse como la heredera de los reyes y de la nobleza, lo que trajo como consecuencia que tampoco pudiera declararse titular de la soberanía, "...sin duda, detentaba" -

vinidad y que el pueblo es incapaz para recibirla y ejercerla, siendo sus principales exponentes De Maistre y De Bonald en Francia, y Stahl en Alemania.

Los dos primeros doctrinarios, sostienen el aspecto católico de la reacción teocrática y teológica. Se intentaba restaurar la autoridad de la Iglesia y afirmar el principio de autoridad, negando fundamento humano al poder y rechazando el origen contractual de la sociedad y del Estado.

Para De Maistre, la sociedad es un hecho necesario y el gobierno emana de Dios y no se forma por la voluntad de los hombres, lo que significa que mientras que la autoridad procede de Dios, el origen del Estado no se encuentra en un acto deliberado de las voluntades individuales. Creía en el carácter esencial de la monarquía dentro de la Iglesia y del Estado, y sostuvo la infalibilidad del papa y la soberanía absoluta del rey, como representación de dos aspectos de los planes de Dios en el Gobierno de la tierra.

Por su parte, de Bonald afirma que la voluntad de la sociedad es la ley y su acción se llama gobierno. También afirma que la religión representa el único fundamento del poder y motivo de obediencia al mismo.

Así, al examinar bajo el punto de vista de la causa, los medios y los efectos

-tal burguesía- "el poder, pero no podía declararlo en las constituciones, ni en sus manifestos y sus teóricos tampoco se atrevían a defenderla. Fué así que los Borbones, la Casa de Orleans, y la burguesía, recurrieron a la vieja idea de la soberanía del orden jurídico: los reyes conservaban su trono y la burguesía elevaba su estilo de vida a la categoría de un orden jurídico supremo, universal que la Iglesia medieval creó, lo que bien podría llamarse : *la teocracia burguesa.*" ; ob. cit., Facultad de Derecho, Seminario de Derecho Constitucional, U.N.A.M., 1ª ed., México, 1965, p.p. 30-31.

como categorías, resulta que la familia, la iglesia y el Estado son los fundamentos que por separado integran el poder soberano, siendo necesaria la existencia de agentes que transmitan su voluntad, y súbditos que la obedezcan y respeten. Dentro del Estado, la soberanía procede de Dios y se deposita en el monarca, la nobleza es el agente de ese poder soberano, cuya función principal es servir al Estado; la obediencia pasiva es un deber de los súbditos y la desigualdad es una ley de la naturaleza.

Finalmente, en Alemania, Friedrich Julius Stahl principalmente, elabora una teoría del Estado esencialmente teocrática y legitimista, y al igual que los idealistas alemanes, sostiene que el Estado "es la personificación de sí mismo y su autoridad representa un fin moral e intelectual que enlaza a todos los hombres en una comunidad espiritual similar a la del reino de Dios" (34). Se opone también a la teoría de los derechos naturales y califica a los principios revolucionarios franceses de deducciones erróneas, vacías de sentido, que arrancan de la ley natural.

La segunda tendencia reaccionaria, es la desarrollada por la Escuela Histórica del derecho cuyos principales exponentes fueron Gustav Von Hugo y Friedrich Karl Von Savigny. Dicha Escuela desarrolla una doctrina contraria a la soberanía popular y al contrato y sobre todo, contraria a la fe en el poder constructivo de la razón, para crear el Estado y elaborar o reformar el Derecho. Los --

34.- Gettel, Raymond G., "Historia De Las Ideas Políticas", Ed. Nacional, S.A., 10ª Ed., México, D.F., 1979; Tomo II, p. 159.

juristas de la Escuela Histórica Alemana, consideraban a la costumbre como la fuente principal del Derecho y la veían como el resultado de las fuerzas instintivas del pueblo, oponiéndose a la codificación y creían en el carácter exclusivamente nacional de las instituciones jurídicas. Además afirma dicha corriente, que el Derecho no es un producto de la voluntad arbitraria, sino por el contrario, surge de una manera lenta y gradual, de las fuerzas y energías propias de cada pueblo. Es decir, que el órgano creador del Derecho es la comunidad y como dice el maestro Posada "El pueblo no es para la escuela histórica, la agrupación de individuos que elaboran una voluntad general: es una comunidad obra de tradición y con propio espíritu, el espíritu del pueblo que resume la voluntad actual y la presente en ella de las generaciones pasadas. Para la escuela histórica, el Derecho tiene como fuente principal la costumbre, resultado de las fuerzas instintivas del pueblo." (35)

Posteriormente, hacia mediados del siglo XIX, surgió en Francia la corriente llamada Doctrinarianismo Político que trataba de reconciliar los principios revolucionarios con los del tradicionalismo monárquico europeo. Es decir, entre la monarquía y las instituciones constitucionales mediante el desarrollo de una especie de transacción o compromiso respecto a la teoría de la soberanía.

En este caso, los partidarios de los Borbones encuentran la base de la soberanía en la voluntad del monarca en atención a la preminencia del derecho di-

35.- Al respecto, ver Gettel, ob. cit., p.p. 243-244; // A. Posada, ob. cit., p.p. 399-401; // y Bodenheimer, ob. cit., p.p. 273-274.

vino , mientras que los revolucionarios por el contrario, hacen radicar la soberanía en la voluntad del pueblo. El doctrinarismo considera que ni el pueblo ni el rey son soberanos, sino que ambos comparten circunstancialmente su ejercicio siendo el monarca la parte que representa la tradición y el pueblo, el elemento o fuerza actual; así, el gobierno del Estado requiere la existencia de esas dos fuerzas políticas que forman la constitución interna y que establecen un pacto o constitución externa que contendrá la participación que ambas partes tendrán dentro del gobierno de ese Estado.

Debido a que ni el rey ni el pueblo eran supremos y omnipotentes de por sí, en la Carta de 1814 se pensó que la autoridad final y definitiva del Estado residía en la razón o en los principios abstractos de la justicia, colocándose entonces, a la soberanía por encima de todos los titulares humanos, resultando que la soberanía de la razón concuerda con los derechos del rey y del pueblo y rechaza también, la autoridad exclusiva de uno y de otro.

Los principales exponentes de este grupo, fueron Royer-Collard, Victor Cousin, Francisco P. Guizot y Benjamín Constant.

Royer-Collard quien encabezaba dicha agrupación, insistió en la necesidad de un compromiso o equilibrio de intereses dentro del Estado, y se manifiesta opuesto a la idea de la soberanía absoluta, mediante la fijación de determinados límites en el ejercicio de la autoridad política, y señala la importancia de la libertad individual y el fundamento ético del Estado.

Para V. Cousin, experto defensor de la soberanía de la razón, esta última es

lo mismo que derecho absoluto, y el Derecho no se basa en la fuerza o en la voluntad general, sino en la razón y gracias a que el hombre no es perfecto y por lo tanto susceptible de errores, no puede alcanzar esa razón suprema y absoluta, consecuentemente, ni el rey ni el pueblo pueden aspirar a poseer la soberanía absoluta.

Por su parte, F.P. Guizot, se opone a la soberanía del derecho divino y a la doctrina de la voluntad general, y afirma que solo la razón y la justicia pueden suministrar una base adecuada al poder absoluto del Estado. Al igual que Cousin, ataca a la doctrina de la voluntad suprema y absoluta sin importar si es el individuo o la multitud el depositario de la soberanía, y sostiene que ésta, tal y como la concibieron Hobbes, Rousseau y Bodino, conduce a la tiranía, y que la autoridad política surge de la verdad abstracta y no de la voluntad humana, y que todos los gobiernos en los que el poder de la soberanía absoluta se atribuye a los hombres, son gobiernos despóticos, acercándose únicamente a la justicia aquellos que limitan y restringen la autoridad de cada órgano mediante un sistema de frenos y balanzas.

Además, afirma que la verdadera libertad descansa en el gobierno representativo ya que en éste los que representan más fielmente la razón y el espíritu de la comunidad son los elegidos para ocupar los puestos del Estado.

Finalmente, tenemos a Benjamín Constant, también exponente del doctrinarismo y representante de la etapa transitoria entre la monarquía y el republicanismo, que surge de la intención de los doctrinarios de convertir en estable y perma-

nente el compromiso constitucional que se establece entre el rey y el pueblo. Constant se muestra partidario de la soberanía del pueblo, en el sentido de que la voluntad general es superior a la voluntad individual del monarca, pero rechaza la autoridad ilimitada del pueblo. Identifica a la soberanía con la justicia y explica que la jurisdicción del gobierno termina ahí donde empieza la libertad de los individuos y que el ejercicio absoluto del poder soberano en la práctica es limitado por la opinión pública y un sistema de frenos y balanzas entre los órganos del gobierno.

Señala una nueva clasificación de los poderes gubernamentales cuando atribuye el poder ejecutivo a los ministros; el judicial a los tribunales; la asamblea de carácter colectivo representa la opinión con sus variaciones políticas; y la asamblea hereditaria, la permanencia y estabilidad de la organización colectiva. Frente a lo anterior, el monarca tan sólo constituye un poder neutro cuya función consiste en la defensa del equilibrio gubernamental. Esta teoría de Constant, se caracteriza por la distinción que su autor hace entre el monarca y el ministro, pero se inclina aún más por la idea de la responsabilidad del ministro en relación con el rey, que al sistema de la responsabilidad parlamentaria, (36).

Realmente el doctrinarismo más que ser una teoría, fue una tendencia que surgió bajo la acción de las circunstancias y que debe acomodarse a las mismas y que al intentar forjar una teoría de la soberanía, no pasó de ser un sistema de --

36.- Al respecto, ver Posada, Adolfo, ob. cit., p. 403.

combinaciones y acomodamientos circunstanciales, y frente al problema de la soberanía y de la organización del Estado, "en vez de interpretar las realidades positivas de la Historia" afirma el maestro Posada, "limitóse a procurar la distribución formal de los poderes y a aceptar, mutiladas las ideas de los regímenes contradictorios, inspirándose parcialmente en Montesquieu y de modo superficial, en la Constitución inglesa". Tales combinaciones al resultar estériles, provocaron entonces que se buscara en vano, que elaboraran aplicaciones de la soberanía con lo que se defendió a la *soberanía de la razón* y a la *soberanía de la justicia*.

Al respecto, el Dr. Mario De La Cueva, en otro párrafo del mismo estudio preliminar a la obra de Heller a que hemos hecho referencia, explica que durante la etapa de la restauración monárquica en Francia y que abarca el período comprendido de 1815 a 1848, se insistió en la doctrina de la soberanía de la Constitución, y cita un párrafo de la obra Carl Schmitt, la "Verfassungslehre" o "Teoría de la Constitución" en la que este último autor manifiesta que: "La idea de que no son los hombres, sino las leyes y las normas quienes gobiernan, por lo cual deben ser nombradas soberanas, es muy antigua. Pero para la teoría moderna de la Constitución deben tomarse en consideración los datos históricos siguientes: en los años de la restauración de la monarquía, los representantes del liberalismo burgués, los llamados doctrinarios, caracterizaron la Constitución, como soberana. Esta curiosa personificación de una ley escrita perseguía el propósito de colocar la ley, con sus garantías burguesas de libertad y de respeto a la pro- --

piedad privada, al abrigo de las fuerzas políticas. Mediante esta tésis se eludía a la pregunta política relativa al dilema: soberanía del príncipe o soberanía del pueblo, pues la respuesta decía, lisa y llanamente: *soberano es, no el príncipe o el pueblo, sino la ley...*- Un doctrinario típico de la época del rey Luis Felipe, Royer-Collard, habló de la *soberanía de la Constitución*, y Guizot, representante clásico del Estado de Derecho Liberal, mencionó *la soberanía de la razón, de la justicia y de otros valores abstractos*, con lo que quiso decir, analizada cuidadosamente la cuestión, que la soberanía de las normas presupone que las mismas son expresión, no de una voluntad positiva y de su mandamiento, sino de lo justo racional, *ésto es, de la razón y de la justicia...*".

La idea de la soberanía en Inglaterra recibió un trato muy especial propio de los pueblos anglosajones, de fuertes inclinaciones democráticas por un lado, y por otra parte, por la extensión de la función del Estado. A raíz de la Revolución Francesa, surgió en Inglaterra una fuerte reacción en contra de ella, reacción cuyo principal representante fue Edmund Burke y su obra, mientras que la aceptación se manifiesta especialmente en Paine y Godwin, y alcanza un gran desarrollo con Austin para quien la sociedad es más el resultado de un proceso que el resultado de actos de voluntad o de pactos. Parte del concepto de la ley para crear su doctrina, concepto que entraña un desdoblamiento, es decir, se refiere a quien la dicta y a quienes la obedecen, de donde se establece la relación de superioridad y obediencia.

Dicha relación supone la existencia de un ser humano superior que habitual-

mente es obedecido por una sociedad dada y que da lugar a las nociones de sociedad política y de soberanía, de lo que se concluye que el ser superior, es el soberano y la sociedad en la que se incluye a ese superior, es una sociedad política e independiente, es el Estado el soberano, que no es ni el rey ni el pueblo considerado en su totalidad, sino aquella parte del pueblo que actualmente ejerce el poder supremo de gobierno. Así pues, la soberanía reside en un cuerpo gobernante que hace la ley y por lo tanto, no está limitado legalmente.

A fines del siglo XIX y principios del actual, surge en Inglaterra, la Sociedad Fabiana cuya filosofía propugnaba un socialismo liberal en el que el pueblo gobernante llegara a unificarse con el pueblo gobernado, y sus principales exponentes son George Bernard Shaw, Sidney Webb, Beatrice Potter y Annie Besant. Pero esta sociedad no constituye un partido político o un movimiento de orden proletario; sus miembros han sido liberales y su propaganda es de índole cultural que reviste cierto carácter socialista y que resume las aspiraciones y fines de esta tendencia.

Mientras la corriente benthamista se refiere principalmente a la reforma constitucional y legislativa, el fabianismo se ocupa ante todo, de la reforma económica y social y llega a abogar por una mayor extensión del control del Estado democrático sobre la tierra y el capital, lo que constituye su principio fundamental. Por otro lado, también proclama la descentralización del Estado y la importancia de la técnica en la organización política, oponiéndose a toda agitación violenta y por el contrario, demanda una reforma paulatina y progresiva.

También surgió una corriente análoga al fabianismo, pero con fundamentos distintos, y fue el llamado Pluralismo Político, doctrina ésta que era un movimiento de ataque más intenso contra la soberanía absoluta del Estado, y al que se unió la corriente de los defensores de los derechos del individuo, representada aquella principalmente por Figgis, Cole y Robert A. Dahl, y esta última por gentes como Laski y Russell.

La teoría Pluralista o "Modelo Pluralista de la estructura del Poder Social" como la llama el Dr. Eduardo Andrade, es opuesta a la concepción elitista, ya que afirma que no hay concentración del poder en un solo grupo social y que los intereses de los diversos agrupamientos se oponen de tal forma unos a otros, que sus efectos se contrarrestan. Es decir, que la autoridad del Estado como creadora del derecho no es exclusiva ya que dentro del mismo, el poder normativo de los grupos y asociaciones existentes dentro del Estado, está coordinado con el poder de este último y es de igual rango que el mismo.

De lo anterior, resulta que no existe un solo centro de poder en la sociedad, sino varios, tales como la Iglesia, una organización profesional, o gremio o un sindicato, grupos que son o deben ser autónomos e iguales al Estado, o sea, que en su existencia y organización deben ser independientes y por lo tanto, el gobernante debe tener en cuenta los intereses y aspiraciones de esos diversos centros de poder considerándolos en su esfera particular tan soberanos como el propio Estado en la suya.

Los pluralistas tan solo tratan de privar al Estado de su soberanía y no ani-

quilarlo como pretenden los anarquistas. Por otro lado, respecto a qué funciones y poderes deben asignarse al Estado y como hayan de regularse las relaciones entre éste y sus organizaciones rivales, los pluralistas no aportan opiniones claras, consistentes y unánimes.

Karl Lowenstein, en su obra "Teoría de la Constitución", conceptua el pluralismo como uno de los tres diferentes campos de acción que constituyen los llamados "controles verticales del poder" y explica que los grupos pluralistas o "poderes intermediarios" de Montesquieu y de Tocqueville, son aquellos que se interponen entre la masa de los destinatarios del poder y los detentadores del poder instituido, influyendo y determinando el ejercicio de estos últimos. Los otros dos campos que integran dichos controles verticales, son el federalismo y los derechos individuales y garantías fundamentales los que se diferencian del pluralismo, porque los dos primeros se encuentran institucionalizados, es decir, que están plasmados en normas jurídicas, mientras que el segundo tan sólo es una manifestación sociológica.

En los Estados Unidos de Norteamérica, la tradición política anglosajona tomó un camino diferente al de Inglaterra, ya que la política americana estaba basada en la teoría política de los revolucionarios ingleses de 1688 y en la doctrina de John Locke, su mejor intérprete. Se aseguraba constantemente que todo poder viene del pueblo que es quien crea toda autoridad política y que además conserva el derecho de alterar a su voluntad la forma de gobierno.

Pero las circunstancias históricas en que se produjo la Unión Americana - - -

obligó a sus ciudadanos a adaptar el tradicional concepto de la soberanía de los estados asociados en la federación. Es de esta forma como se va integrando, por obra de los legisladores, de los doctrinarios y de los juristas, el concepto de la soberanía múltiple, en el que se salvaguardan los derechos del Estado Federal, de las entidades federativas y de los ciudadanos, es decir, que la soberanía popular debía de reelaborarse si habría de combinarse con la Unión política que era compuesta, plural en su formación, de lo que surgiría la *teoría de la soberanía* formada según las nuevas condiciones.

En Alemania, la filosofía política y jurídica se inclinó por el concepto de la Soberanía del Estado considerando a éste como unidad orgánica con una personalidad propia; son los principales exponentes de esta doctrina, Krause, Ahrens y sus discípulos, siendo dicha corriente perfeccionada más tarde por el formalismo jurídico representado por Gerber, Laband y Jellinek.

Por otro lado, la noción de soberanía descansa sobre la idea de la personalidad del Estado y la concepción de éste como unidad orgánica. Krause, Ahrens y sus seguidores "estudian al Estado con un sentido orgánico pero en un plano abstracto, como representación de una voluntad ideal o de una unidad moral" según explica Gettel.

Para Gerber, la personalidad del Estado, es el supuesto del Derecho Público, es decir, la condición previa de toda construcción jurídica del Derecho Político para poder concebir al Estado como una persona jurídica. El Estado es la personalidad jurídica más alta que el orden legal conoce y el poder o capacidad --

de querer se traduce en su fuerza de mando o poder político llamado soberanía.

También en esa época destaca la doctrina de Gierke acerca de las personas sociales que existen entre el individuo y el Estado y tienen una existencia real, distinta de la de sus miembros. Según Gierke no es solo la unión de individuos ni tampoco la única fuente del Derecho y de la autoridad, sino el conjunto de personas colectivas o sociales que existen entre el individuo y el Estado las que tienen existencia propia, real, distinta de la de sus miembros no derivada del poder político y con una personalidad propia. Así, la soberanía no es el atributo específico de un grupo sino de la persona total, es decir, del Estado como comunidad total organizada.

Posteriormente, el formulismo jurídico cobra una mayor importancia con la obra de Hans Kelsen, con la cual se intensifica el carácter estrictamente jurídico y formal del Estado. La soberanía deja de ser una cualidad del Estado como poder y se convierte en el atributo de un orden jurídico, atributo en virtud del cual ese orden normativo es válido como consecuencia de que un sistema de normas sólo tiene validez debido a su supremacía, es decir, porque no debe su validez a otro orden de normas. Así el problema de la idea de soberanía produce otros correlativos, a saber: 1) El de la validez del orden normativo estatal, que se produce por sí mismo y no deriva su existencia de otros, los que en tal caso, serían superiores a él; y 2) El de la fuente de donde proviene esa misma validez que no podría ser otra que una norma hipotética fundamental, que tiene su propia razón de ser, de existir y es la Constitución o Ley original, primaria de un Estado.

Por otra parte, el concepto de Derecho Político de la soberanía dentro del pensamiento y de la vida política de los pueblos, se había desarrollado en dos importantes direcciones separadas estas últimas, según el maestro Posada, por la crisis ideológica y real del Estado en los Estados ya que por un lado, cuando la soberanía perdió su valor como cualidad característica del poder político de dominación o de imposición, pasó a ser un concepto de alcance jurídico sin dejar de ser un poder coactivo, con lo que se inclinaba a definirle como un poder de fundamentos éticos para la realización del derecho como tal, por el Estado y en el Estado, el que por ser soberano debe ajustarse a las exigencias del Derecho, como lo afirma el maestro Posada, lo que produjo que muchos llegasen a considerar en plena disolución el supuesto de la soberanía.

Para explicar esta disolución del concepto de soberanía, Posada cita a M. Duguit (37) al decir que el derrumbamiento del poder público entendido como derecho de mandar y ser obedecido, la disolución de la noción y el hecho del Estado soberano y de la soberanía misma, se debe a la transformación moderna del derecho público, es decir, que durante el absolutismo monárquico, la soberanía era un derecho subjetivo del mismo y que entraña la idea de un poder único, indivisible, inalienable e irresistible lo que se traduce en un poder supremo de mando, fuente y origen de la Ley.

Al tener la soberanía o ser soberano el gobernante o príncipe, éste se colo-

37.- Posada, Adolfo, ob. cit., p.p.422-423.

ca fuera del alcance de la Ley y por encima del resto de los hombres los que por deber obediencia a dicho gobernante, se llaman súbditos, por lo tanto se trata de un poder absoluto de dominación.

Explica M. Duguit, que el concepto de soberanía del absolutismo monárquico, el concepto de Rousseau, el de la Revolución y el de las Constituciones revolucionarias, es el mismo a pesar de lo cual el cambio de sujeto de la soberanía es tan solo un cambio de palabras ya que a partir de la revolución Francesa se substituye al rey por la nación como sujeto de la soberanía y detentador de ésta.

En el momento en que la voluntad del rey es cambiada o substituída por la voluntad general del pueblo o de la nación, el concepto de soberanía se ve fuertemente resquebrajado ya que la idea de la voluntad general acabará por destruir o transformar el régimen de las monarquías absolutas y se cambia la concepción del Poder Soberano que se impone, por del Poder Soberano expresión del querer de la comunidad, poder inmanente de la comunidad o Estado.

Por otra parte, el proceso del constitucionalismo liberal es un esfuerzo para alcanzar la transformación del Estado que supone el cambio de la personalidad soberana, es decir, el rey por la nación y que en el ámbito interno significa la conquista de la autonomía; así el Estado ya no es el gobernante que manda, sino que se convierte en una comunidad capaz de regirse por sí mismo.

Es la idea de autonomía la que da origen a la renovación que se ve influida esencialmente por dos cambios fundamentales, que son a saber : 1º.- El que supone la transformación de la idea del Estado o gobierno, asistido del poder sobe--

rano en la idea de la comunidad o Estado, con personalidad jurídica propia y con soberanía; y 2º.- El que se origina gracias a la evolución de la noción del Poder Político, que deja de ser un poder de mando o imperio para convertirse en un poder coactivo, ordenador, de acuerdo a las exigencias de la solidaridad, con tendencias a devenir en poder ético, regulador y normado, y expresión del sentir y el querer colectivo de la comunidad-Estado.

Una consecuencia de tales transformaciones, es la concepción del Estado como la comunidad políticamente constituida, es decir, la nación, la Commonwealth, el Estado autónomo, o pueblo, entendido como la comunidad perfecta o comunidad mística, u organismo social y que se denominará Estado tan pronto como sea capaz de vivir su vida y de elaborar en forma autónoma su propio sistema de normas o derecho, lo que significa, que será un Estado "...en cuanto y hasta donde pueda dirigirse a sí misma, sin que otro poder que el suyo la determine en su esfera.", según lo manifiesta el maestro Posada en su obra ya citada, y a lo que agrega que "...la cualidad que define a un poder de esa naturaleza es lo que constituye el atributo de la soberanía, cualidad del poder, no cantidad de fuerzas". (38)

Pero el concepto de soberanía se rehace cuando se consideran las relaciones exteriores del Estado y de los Estados y en la formación de los Estados compuestos así como el valorar el creciente influjo de la vida de los núcleos sociales -

38.- Posada, Adolfo, ob. cit., p. 424.

no políticos, tales como los grupos, las asociaciones, las instituciones especiales, es decir, los grupos sociales componentes en su totalidad de la resultante comunidad política llamada Estado.

Además, tenemos que en la doctrina de la soberanía del Estado, rectificación ésta de la idea de soberanía nacional, se sintetiza la soberanía en las ideas de autolimitación y autonomía con las que se logra salvar, según Posada, la oposición que se presenta con la concepción Unitaria y Unicista. Pero la doctrina de la soberanía del Estado considera tanto al Federalismo como al Pluralismo como un problema de Diferenciación de Competencias, lo que significa que cada Estado tiene su propia soberanía con su respectiva autonomía y poder de autolimitación. Con lo anterior, nos encontramos ante un problema de pluralidad de soberanías, es decir, de una concentración de Estados en el Estado, o mejor dicho, de un Estado de Estados.

Pero tal problema no ha sido causado por el llamado federalismo político, sino que tal pluralismo encuentra también su origen en la creciente intensidad y complejidad de la vida social y de grupos y asociaciones y del correspondiente organismo de la personalidad colectiva como ya se dijo anteriormente.

En el pluralismo federal no es así, sino que nos encontramos con dos poderes esenciales que son por un lado, el poder federal o de la federación y por otro lado, el de las entidades federativas o Estados componentes de ese Estado Federal, entidades que son soberanos en cuanto a su régimen interior. La soberanía se ejerce por el pueblo a través de la doble jurisdicción, a saber, la federal y -

local. En el pluralismo jurídico y en el económico, el Estado está formado por grupos sociales y económicos los que participan en la integración de los órganos políticos.

Como ya hemos visto, los grupos pluralistas son aquellos que representan colectivamente la variedad infinita de los intereses de los miembros de la comunidad estatal. Así, mientras que los pluralistas o poderes intermediarios se interponen entre la masa de los destinatarios del poder y los detentadores del poder de estos últimos, el federalismo resulta ser el enfrentamiento entre dos soberanías diferentes estatales separadas territorialmente y que se equilibran mutuamente. La existencia de fronteras federales limita el poder del Estado central sobre el Estado miembro, y a la inversa.

El Estado compuesto al igual que el Estado unitario o simple es una de las dos estructuras básicas del Estado que conforman el moderno esquema constitucional.

Esta diferenciación de estructuras se basa en el ejercicio de la soberanía. Así pues, tenemos que si en un determinado Estado la soberanía es una e indivisible y se ejercita sobre una sola población en un solo territorio, entonces estamos ante un Estado simple o unitario. En cambio, si el ejercicio de la soberanía está repartido entre un Estado mayor y una serie de Estados menores que contribuyen a formarlo, resulta que estamos ante un Estado compuesto o complejo, el cual se subdivide en dos tipos de Estados, que son: 1.- El Estado Confederado; y 2.- El Estado Federal.

Algunos autores como Gettel y Lowestein coinciden en afirmar que la confederación o Unión de Estados generalmente es la "fase anterior o previa al Estado Federal". (39)

Ejemplos de Estados Compuestos lo son las federaciones y semejantes a éstas, es el caso de las uniones reales y personales, pero la categoría o tipo de Estado Compuesto más importante actualmente, es la Confederación de Estados. El origen y régimen Constitucional de todos estos tipos de Estados Compuestos, se deben al Derecho Internacional.

La Confederación constituye una Unión permanente de Estados soberanos e independientes, que descansa en un pacto mediante el cual se unen varios Estados con el propósito de proteger su territorio y de proporcionarse mutuamente apoyo y ayuda, representando un vínculo de orden internacional en virtud de que su gobierno radica en las cláusulas de un tratado celebrado entre distintos Estados soberanos.

39.- Lowenstein, Karl, "Teoría de la Constitución", Ed., Ariel, Barcelona, España, 1964, p. 355.

CAPITULO TERCERO .

" PROBLEMA DE LA TITULARIDAD DE LA SOBERANIA EN LA
DOCTRINA EUROPEA Y EN LA DOCTRINA AMERICANA."

I.- DOCTRINA EUROPEA.

A.- FRANCIA.-

El tema de la soberanía lleva implícito el problema de la titularidad de la misma, gracias a la eterna confusión existente a través del tiempo entre los conceptos de soberanía y órganos del Estado o representantes de la potestad de tal institución o mejor dicho, de las personas o instituciones que ejercen el poder coactivo dentro de la comunidad política llamada Estado.

El problema en este caso es tratar de dilucidar en quién reside o en quién se encuentra depositada la soberanía, llegando a ser dicha cuestión abordada por dos principales corrientes doctrinales, que son por un lado, la doctrina europea, subdividida a su vez en la corriente alemana que afirma que la soberanía radica en el Estado-Persona, y la doctrina francesa que hace residir la soberanía en el Estado-Nación; y por otro lado, la doctrina americana que encuentra la soberanía en el pueblo en quién afirma, reside esencial y originariamente.

El problema que nos ocupa, dentro de la doctrina francesa, se interpreta desde dos puntos de vista, que son, afirma el francés Raymond Carré De Malberg, los siguientes:

1- La corriente que compara la soberanía nacional con la soberanía popular;
y

2.- La corriente que sólo ve en la soberanía nacional un principio nominal desprovisto de efectos jurídicos, es decir, que se trata de una fórmula teórica y política despojada o carente totalmente de sentido jurídico, y según opinión de dicho tratadista, ambos puntos de vista son erróneos. (40)

Generalmente el principio de la soberanía nacional es confundido o asimilado al principio de la soberanía popular debido a que el primero, siempre ha sido interpretado desde el punto de vista de las teorías basadas en el Contrato Social de Rousseau que tuvieron una gran influencia en las ideas de la Revolución en Francia, entendiéndose así, que la soberanía estaba constituida por la soberanía individual de todos y cada uno de los nacionales, lo que significa que si "el Estado está compuesto de diez mil ciudadanos, cada miembro de ese Estado tiene a su vez la diezmilésima parte de la autoridad soberana" como lo afirma el propio Rousseau en su "Contrato Social", Libro III, Cap. I; es decir, que cada uno de esos nacionales posee parte del poder soberano considerado ya sea en cuanto a su fuente primaria, ya sea por lo que hace a su ejercicio y consecuentemente, lo anterior implica la República Democrática.

Pero el principio de la soberanía nacional no fue establecido en este sentido, sino que el mismo, tal y como fue introducido en el Derecho Público moderno

40.- Carré De Malberg, R., "Teoría General del Estado", Fondo De Cultura Económica, México, primera edición en español, 1948; p.888 y s.s.

de Francia por sus fundadores, tan sólo tenía un alcance negativo, es decir, que significa la negación de toda subordinación o limitación del Estado por cualquier otro poder extraño al mismo, según afirma el propio Carré de Malberg.

La idea del derecho divino de los reyes en que se basaba la antigua monarquía absoluta y que hacía aparecer al rey como propietario personal de la potestad estatal y como elemento constitutivo del Estado, fué eliminada por la Revolución Francesa cuando la Asamblea Constituyente separó al mismo de la persona real haciendo intervenir a la nación en oposición al rey como verdadero elemento constitutivo de dicho Estado y por lo tanto, como única y legítima propietaria de la potestad soberana.

Así, la idea principal de los Constituyentes de 1789, fue establecer que el Estado no es más que la personificación de la nación ya que aquél es la persona pública en la que se resume o se encuadra la colectividad nacional y consecuentemente el Estado no puede identificarse con el rey, sino con la nación y entonces la soberanía estatal ya no es más que la respuesta dada por la Revolución a las pretensiones absolutistas de Luis XIV resumidas en su famosa frase de "El Estado soy yo" aunado al antiguo adagio que reza "Si el rey quiere la ley quiere".

Por otra parte, cuando la Asamblea Nacional preparaba la substitución de la monarquía absoluta por una soberanía moderada reaccionando contra la teoría de la soberanía personal del rey, formuló una doble idea fundamental, que es:

1ª.- La soberanía o potestad estatal no puede ser propiedad del rey ni de --

nadie, ya que la misma no es más que el poder social de la nación; es un poder esencialmente nacional por el hecho de que se funda tan sólo en la exigencia del interés nacional, porque en las sociedades políticas el poder social sólo puede y debe funcionar con miras al bienestar de la comunidad; lo que pasó del campo de la moral al campo del derecho, al quedar plasmado en el Art. 3º de la Declaración de 1789, es el principio de que la soberanía reside en la nación, es decir, que esta última es el sujeto de la potestad soberana, por lo tanto, la potestad que ejercen los gobernantes no es para ellos un atributo personal, no les pertenece en propiedad y no se convierte en un beneficio propio, sino por el contrario, se trata de un depósito que poseen por cuenta de la nación, lo que se traduce en el hecho de que como depositario de tal poder, los gobernantes no poseen la soberanía misma, sino que tan sólo tienen el ejercicio de ella y simplemente están investidos de una simple competencia y en tal sentido, sólo son administradores de un bien extraño o poder que es puramente de la nación.

2º.- Este segundo sentido de la idea de soberanía, establece que ésta sólo se legitima si reside en la colectividad nacional y entonces todos y cada uno de los miembros de esa misma colectividad son iguales respecto al ejercicio de ese poder ya que ninguno de ellos puede invocar derecho originario alguno o tomar personalmente para sí el mismo. Y así quedó establecido en el art. 3º de la Declaración de 1789, puesto que dicho texto después de afirmar que la soberanía reside en la nación, añade que "Ningún cuerpo, ningún individuo puede ejercer -

autoridad que no emane expresamente de ella". (41)

Lo anterior significa que la soberanía además de ser nacional, también debe serlo en cuanto a la transmisión de su ejercicio, es decir, nadie puede ejercerla más que en nombre de la nación y en virtud de una concesión que la misma haga.

Cuando la Asamblea Nacional de 1789, al establecer el principio de la soberanía de la nación, pretendió retirar al rey su poder absoluto para mitigarlo y restringirlo subordinándolo a la Constitución, lo repartió a su vez entre el monarca y otros órganos nacionales, en especial, un cuerpo legislativo electo e independiente del príncipe. De esta forma, la Constituyente negaba al rey toda soberanía personal y encontraba en la nación misma el origen de la soberanía, de manera que el rey ya sólo podría ejercer el poder en nombre, por cuenta y por obra de la nación, única soberana.

Pero por otra parte, cuando esa Asamblea Nacional de 1789 transfirió a la nación la soberanía, también se determinó que tal poder no residía originariamente en la persona individual de todos y cada uno de los nacionales, y al respecto, la Constitución de 1791 fué más que precisa al estipular en su art. 1º del Preámbulo, Título III, que "la soberanía es una, indivisible,, Pertenece a la nación, ninguna sección del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio" (42)-

41.- Ibid, p. 891.

42.- Ibid, p. 892.

lo que significa que la soberanía nacional reside indivisiblemente en la nación y no en forma dividida en cada uno de los nacionales y por lo tanto, la nación es soberana en tanto es una colectividad unificada en virtud de lo que es el sujeto de la potestad y de los derechos estatales, y consecuentemente se le debe considerar como una persona jurídica poseedora de una individualidad y un poder a la vez superiores a los nacionales e independiente de ellos, debiéndose entender la noción de personalidad jurídica como la expresión de la unidad que se halla realizada en el Estado, resultando que desde el momento en que la soberanía es una e indivisible, la nación a la que pertenece está imposibilitada para declararse titular de ese poder hasta en tanto constituya ella misma una unidad que se caracteriza por ser indivisible. La unidad de la soberanía nacional, implica esencialmente la unidad de la nación soberana.

Cuando la Asamblea Constituyente proclamó este principio de unidad indivisible, afirmó el concepto de personalidad estatal de la nación.

De todo lo anterior, se concluye que la Revolución negaba totalmente la cualidad soberana a toda persona en particular, al igual que a cualquier grupo parcial de individuos y por el contrario, reconocía que la potestad de dominación estatal sólo se concibe en el ser sintético y abstracto que personifica la colectividad nacional y que no es más que el Estado mismo.

Así pues, en las ideas de 1789 y 1791, la soberanía nacional o colectiva era, además, la negación directa y total de toda soberanía individual, lo que significaba que ningún individuo ni grupo podría ejercer poderes, cualquiera que éstos - -

fueren, sino en virtud de una concesión y de una transmisión nacionales

En definitiva, el principio de la soberanía nacional, tal como fué establecido por los hombres de 1789, tenía implícito un alcance meramente negativo como ya se ha dicho, lo que se manifiesta claramente en la célebre fórmula revolucionaria que afirma que "...La soberanía es indivisible, imprescriptible e inalienable."

Lo anterior era como decir que en el Estado nadie puede pretenderse soberano si no es el Estado mismo, o lo que es igual, la nación y el pueblo tomados en su consistencia global e indivisible y formando así un sujeto jurídico que halla su personificación unitaria en el mismo Estado, excluye toda soberanía particular. Por otra parte, a decir de nuestro autor, cuando la soberanía pasó a radicar en la nación, perdió su carácter de absoluta pues dejó de ser un derecho originario de los reyes de Francia y en virtud del cual gobernaban de manera absoluta. Es por eso que Carré afirma que "Por una parte, en efecto, sus poseedores sólo podrán ejercerla en la medida en que la nación se la ha confiado, y es evidente que, en un sistema de soberanía nacional, toda la organización constitucional deberá dirigirse a limitar la potestad de estos poseedores, a fin de impedir hasta donde sea posible, que hagan uso arbitrario de la misma o la empleen con fines personales; más exactamente, la organización constitucional estará combinada de tal modo que ningún órgano del Estado pueda poseer por sí solo la soberanía."

Debido a ésto, continua diciendo en su obra citada, que "... se ha podido decir que al trasladar la soberanía del monarca a la nación, la Revolución la destruyó." y se remite a Duguit quien señala que "En la doctrina de la soberanía na--

cional, es la persona colectiva la que posee la soberanía, y los ciudadanos considerados individualmente no tienen la más pequeña parcela de ella; no tienen, pues, ningún derecho a participar en el ejercicio de la soberanía. La única consecuencia que deriva del principio de la soberanía nacional es la necesidad de hallar el mejor sistema para encontrar la voluntad nacional." (43)

A este respecto, Carré afirma que ante el hecho de que las asambleas Constituyentes de 1789-1791 convirtieran a la soberanía en un elemento anónimo e intangible, además de indivisible, eliminando con esto último toda posibilidad de apropiación y situándola en la universalidad nacional, hay quienes afirman que dicho principio carece de alcance práctico y valor jurídico, siendo además un concepto inútil y de orden político exclusivamente.

Para probar lo inútil del principio de la soberanía nacional, se apoyaron en el hecho de que el mismo no implica forma alguna de gobierno sino que puede avenirse o adaptarse a los tres tipos clásicos de formas de gobierno, a saber, la monarquía, la democracia y la aristocracia, y aún con el cuarto tipo, el llamado régimen representativo y por lo tanto, el referido principio constituye tan sólo una fórmula verbal y sin ningún valor jurídico, como ya se dijo antes. Sin embargo, para Carré de Malberg esta última afirmación resulta ser totalmente falsa, ya que el principio de la soberanía nacional a partir de 1789, no implica ni excluye una forma determinada de gobierno, pues la monarquía, no fue excluida por la Asam- - -

43.- Idem, p. p. 896-897.

blea Constituyente como una forma de gobierno y al igual que el Imperio y la República democrática, se sostuvo al amparo de la soberanía nacional. (44)

Por nuestra parte, nos adherimos a esta postura de Carré pues creemos que el principio de la soberanía no puede ni debe implicar de ninguna manera, una forma de gobierno determinada debido a que la soberanía es primero que nada un elemento cualitativo del Estado, es decir, que para que un pueblo se pueda constituir como Estado debe ser independiente y por lo tanto soberano, lo que significa que debe ser capaz de darse su propia organización política, económica y social mediante sus propias leyes, lo que a su vez conlleva el establecimiento de una forma de gobierno que represente la voluntad y unidad nacional.

Por otra parte y por lo que hace a la democracia, en ésta el soberano es el pueblo, considerado en sus miembros individuales. Así, el pueblo es el centro y origen de todos los poderes. El soberano es la masa de ciudadanos considerados como poseedores cada uno del derecho primitivo de concurrir personalmente a la formación de la voluntad soberana, de lo que se desprende que la esencia de la democracia resulta del hecho de que la soberanía radica en el pueblo y por lo tanto los ciudadanos tienen en el ejercicio de la misma, un derecho que existía antes del Estado y de la Constitución, o bien, que el pueblo jurídicamente, es el órgano del estado y consecuentemente este último como persona, existe en virtud del pueblo y por ello se confunde en definitiva con los ciudadanos. (45)

44.- Idem, p. 898.

45.- Cabe hacer notar respecto a los términos República y Democracia , que el -

Pero también se da el caso de que se pretenda identificar a la nación con el Estado toda vez que este último es la personificación de aquella ya que desde la Revolución Francesa se ha hecho intervenir a la nación dentro del principio de la soberanía nacional como el elemento esencial constitutivo del Estado y ya no el monarca, de lo que resulta que para la doctrina francesa, el propio Estado es la persona que representa a la nación o colectividad nacional constituida en una unidad indivisible y formando de esta manera un ser jurídico.

Además se ha hablado de un dualismo *persona-Estado* y *persona-nación* el cual fue consagrado por la Revolución, pero el Constituyente no se refería a la existencia de dos personas diferentes en el Estado, sino que únicamente admitió que el Estado tan sólo es la nación organizada, lo que queda claramente establecido en el principio de la soberanía nacional, o mejor dicho, el Estado y la nación integran un todo, resultando ser las dos caras de un ente de derecho, y como persona que es la nación, se denomina Estado.

Consecuentemente, con el principio de la soberanía nacional, la Asamblea Constituyente se opuso al monarca absoluto y su potestad, según lo afirma el tratadista que venimos siguiendo, pero no así a la nación del Estado, considerándo-

Dr. Héctor González Uribe explica que los mismos, en el lenguaje moderno no tienen el mismo significado que les dió Aristóteles ya que actualmente la república de que hablaba este último, ha pasado a ser la *democracia* entendida ahora como el gobierno del pueblo para beneficio del pueblo, mientras que la *democracia* a la que él se refería peyorativamente, ha pasado a ser lo que hoy se conoce como la *demagogia* o gobierno de jefes populares para su beneficio personal y en perjuicio del pueblo. (Ob. cit., p. 396)

la desde entonces como el sujeto propio de la personalidad y de la potestad estatales, por lo que establece la idea esencial de que "...los titulares efectivos de los poderes públicos son ante todo, los órganos de la persona jurídica nación. Indudablemente del Estado..." (46)

Pero dentro del sistema de la soberanía nacional, la expresión *órgano del Estado* significa que los agentes del ejercicio de la potestad pública, son los órganos del ser colectivo que halla en el Estado su personificación.

De todo lo anterior, tenemos que en el caso de la monarquía absoluta, el monarca tiene potestad sobre la nación considerada como un elemento secundario al Estado mientras que por el contrario, en el caso de la soberanía nacional, es la misma nación la que tiene potestad sobre el monarca considerado como órgano nacional, por lo que afirma Carré que la Asamblea Constituyente en el período de 1789-1791, nunca excluyó a la monarquía hereditaria del principio de la soberanía nacional, manteniéndola en la Constitución de 1791, pero sí transformó completamente a la realeza al convertirla en una monarquía nacional en virtud de que el rey es ya un órgano del Estado, a lo que se puede agregar la frase de que *"el rey reina pero no gobierna"* que predomina en las monarquías constitucionales del Estado de Derecho.

Por lo anterior, nuestro autor concluye que sólo la nación, considerada como el cuerpo indivisible y permanente de los nacionales, tiene la soberanía, y fue-

46.- *Idem*, p. 906.

ra de ella nadie puede llamarse soberano, por lo que ninguna persona puede pretender ejercer el poder en virtud de un derecho absoluto, lo que significa que el monarca ya no es el centro y origen de todos los poderes, sino que como ya hemos visto, éstos residen primitiva y únicamente en la nación misma y por lo tanto, no corresponde al monarca hacer o reformar la Constitución, toda vez que el mismo al igual que todos los órganos de la nación, no es un órgano constituyente sino todo lo contrario, es un órgano constituido, es decir, es la personificación de una institución constitucional. Respecto a este punto dicho doctrinario señala que "Conforme a los principios consagrados por los arts. 2-5 del preámbulo del tít. III de la Constitución de 1791, a la nación y sólo a ella, le corresponde 'delegar' los poderes de los cuales es titular exclusivo; y los delega por su Constitución". (47)

Lo anterior lo lleva a afirmar que en virtud del principio de que "El rey sólo reina por la Ley, y sólo en nombre de la Ley puede exigir la obediencia" establecido en el título III, cap. II, sección 1ª, art. 3º de la Constitución de 1791, se subordinó la actividad del monarca a la Ley, de tal suerte que tan sólo obtiene su potestad de la Constitución nacional y por lo tanto sólo tendrá los poderes que la propia Ley Fundamental le confiera y cuyo ejercicio se sujeta a las condiciones prescritas por la misma. Así pues, el rey ya no es el órgano supremo; podrá poseer una potestad simplemente igual o incluso inferior a la de otros órganos.

47.- Carré de Malberg, R., ob. cit., p. 908.

Por otra parte, dice que el admitir que los gobernantes reciben su poder por una concesión nacional y constitucional, implica que dicho título siempre es susceptible de revocación por efecto de una nueva Constitución que modifique a la anterior, como consecuencia esto último, de la soberanía nacional ya que al ser la nación la única soberana, conserva en todo momento el derecho de retirar o revocar el poder a aquellos a quienes lo había otorgado en un principio.

Termina diciendo que todo lo anterior implica que la revisión no puede depender de la voluntad del monarca, ya sea en cuanto a su iniciación o proposición, o bien, en cuanto a su perfección porque de lo contrario, si tal revisión estuviera subordinada al consentimiento del rey, éste se convertiría en un propietario inamovible de su título y poder, ya que nada podría afectarlo sin su aprobación, por lo que se estaría otra vez, ante el caso de de una monarquía absoluta. De esta manera, la Constitución de 1791 especificó cuidadosamente que los decretos mediante los cuales el cuerpo legislativo pudiese emitir un voto de revisión, no estarían sujetos a la sanción real.

Por todo lo anterior Carré afirma que resulta que la idea de soberanía nacional no es un principio teórico ni carente de eficacia jurídica.

Entre la monarquía pura o absoluta de antes de 1789 y la monarquía nacional de 1791, existe una diferencia basada en que esta última ya no es una verdadera monarquía si se toma en cuenta que carece de los caracteres esenciales que forman el signo distintivo de la primera.

Afirma que a pesar de todo, los constituyentes de 1791 al establecer la so -

beranía nacional, no crearon una auténtica democracia porque "...el pueblo no fué nunca el órgano supremo del estado; sino que el órgano supremo, en 1791 y todavía actualmente con la Constitución de 1875, es, bien sea la asamblea de revisión, como autoridad constituyente, o bien, entre las autoridades constituídas, el cuerpo legislativo, o sea, por una y otra parte, asambleas electas.. la participación de los ciudadanos en la soberanía no consiste en el pueblo o nación de Francia sino en el electorado. En particular, es de observarse que, ni en 1791 ni actualmente, posee el pueblo francés el poder constituyente: la Constitución se hace y se revisa sin su intervención.", (48) y agrega, comparando en cierta forma dentro del sistema de la soberanía nacional, la idea de democracia con la monarquía, ya que el considerar que aquella consiste en que la potestad estatal resida en el grupo de ciudadanos resulta un imposible pues éstos al igual que el monarca, no pueden ejercer una soberanía propia. Al contrario, tanto el rey como los ciudadanos ejercen únicamente una soberanía nacional lo que significa que sólo pueden acceder a tal poder por medio de la Constitución y como consecuencia de una concesión nacional. Tal situación la establecía la Constitución de 1791 al decir que "*ningún individuo*" puede ejercer poder alguno que no emane de la nación.

Por lo anterior, nuestro autor concluye en su obra citada que "*Concebida la potestad soberana como un poder que corresponde a la universalidad ideal del*

48.- Idem, p.p. 910-911.

pueblo, habrá de mantenerse siempre independiente de los miembros individuales de la comunidad popular. Por eso los ciudadanos, incluso reunidos en su totalidad, no podrían constituir el órgano supremo del Estado; es necesario que este órgano esté compuesto por miembros renovables que puedan cambiarse a voluntad de la Constitución, y no de miembros inamovibles que formaran parte del mismo en derecho. En esto, el principio de la soberanía nacional excluye a la democracia propiamente dicha, así como excluye a la monarquía verdadera."

De esta forma, el principio de la soberanía nacional se opone a que la potestad de la nación se localice permanentemente en los individuos aún cuando se tratase de la totalidad de los ciudadanos.

Pero si la potestad soberana se entiende como el poder que corresponde a la universalidad ideal del pueblo, entonces siempre deberá mantenerse independiente de los miembros individuales de la comunidad popular. Por eso, los ciudadanos incluso reunidos en su totalidad, no podrán constituir el órgano supremo del Estado; es necesario que este órgano se componga de elementos o miembros renovables que puedan cambiarse a voluntad de la Constitución. Es por eso que el principio de la soberanía nacional elimina tanto a la democracia como a la verdadera monarquía.

Finalmente la Constitución de 1791 señala expresamente la forma de gobierno que desea, cuando después de establecer en principio que todos los poderes residen originariamente en la nación, declara en el art. 2º del mencionado tit.III, preámbulo, que "la nación no puede ejercerlos sino por delegación", añá-

diendo que "...la Constitución francesa es representativa..." (49), es decir, que la nación ejerce sus poderes por medio de sus representantes, y se deduce del hecho de que cuando dicha Ley Fundamental establecía que la soberanía radicaba en la nación tomada indivisiblemente, es tan sólo una abstracción.

Así, lo que la Revolución francesa fundó en virtud del principio de la soberanía nacional, es el régimen representativo en el que al quedar la soberanía reservada exclusivamente al ser colectivo y abstracto de la nación, no puede ejercerse por nadie sino a título de representante nacional.

Ahora bien, de todo lo anteriormente señalado, podemos concluir que el problema de la titularidad de la soberanía implica o se traduce en la interrogante de: ¿En quién se deposita dicho poder para su ejercicio?, es decir, ¿quién ejerce la soberanía nacional o potestad estatal?, para lo cual es necesario saber si este último término y el de soberanía tienen un significado totalmente diferente.

Según se vió anteriormente, el signo que distingue al Estado de todas las agrupaciones existentes dentro de él, es la potestad propia del mismo, potestad estatal que reside jurídicamente, no en los individuos, príncipe o ciudadanos, sino en la persona-Estado misma.

Prueba de ello es que los actos de autoridad realizados por los representantes o delegados del Estado los trasciende, lo cual implica que tales actos son efectivamente en derecho, los actos mismos de la persona permanente denomi-

49.- Idem, p.p. 911-912.

nada Estado. El concepto que pone en el Estado la potestad nacional, no es pues, una ficción teórica, sino que corresponde a realidades jurídicas.

Pero primero que nada, debemos establecer los vínculos que relacionan al llamado régimen representativo con el principio de la soberanía nacional.

Es cierto que el régimen representativo parte del principio de la soberanía nacional y que en forma recíproca, este último concepto conduce a la idea de gobierno, de lo que resulta que entre estas nociones existe un lazo y relación de dependencia que se establece en la Constitución de 1791 en su artículo 1º citado anteriormente, y en base al cual, tenemos que la nación es un todo orgánico, una unidad y por el hecho de su organización es, además, una persona jurídica a la que se llama nación-persona o persona-Estado, una realidad personal distinta de los individuos que lo componen, y en la que reside la soberanía misma, como ya se ha visto.

Por otra parte, surge también el concepto de delegación que se desarrolla en los textos subsecuentes:

ART.3º : "El poder Legislativo se delega en una Asamblea Nacional...";

ART.4º : "El poder Ejecutivo se delega en el rey ...";

ART. 4º : "El poder Judicial se delega en jueces..." (50)

De lo anterior, se desprende que la potestad que ejerce cada órgano o grupo de órganos, se basa en una delegación; idea de la que deriva el principio de la

representación nacional, ya que los delegados de una nación son sus representantes.

Pero dentro de la Constitución de 1791, la representación no se basa en un hecho electoral, sino en una concesión constitucional de potestad llavada hasta cierto grado. No es una calidad subjetiva sino un poder objetivo, lo que no significa que cualquier individuo o grupo de individuos, pueda convertirse en un órgano dotado del poder de querer por la nación, ya que en el sistema de la soberanía nacional, "el órgano sólo puede existir y ejercer su competencia en virtud de una Constitución que tenga carácter nacional, es decir, que esté fundada en la voluntad de la nación", según explica nuestro autor. (51)

Desde el momento en que hay un poder Constitucional encargado de querer libremente por la nación, existe la representación o poder representativo que inicialmente no es de carácter electoral necesariamente, ya que el sólo concepto de representación se establece fuera de dicha condición electiva y por consiguiente, el saber si los representantes deben ser elegidos por el pueblo, pasa a ser otra cuestión propiamente dicha.

Por otra parte, cabe aclarar que el régimen representativo consiste en que las voluntades expresadas por el cuerpo de diputados, constituyen la voluntad misma de la nación, y no se encuentra basado en una idea de conformidad entre la voluntad nacional y las voluntades enunciadas por los diputados, además de - -

51.- Ob. cit., p. 982.

que no existe la representación de una voluntad por otra, sino que entra en juego una sola voluntad que es la de la nación misma y que es expresada por los diputados. Por lo tanto, el grupo de diputados o el llamado Poder Legislativo, son un órgano por el cual la nación llega a ser capaz de querer.

Ahora nos encontramos con un nuevo concepto que es el del órgano y que se relaciona con el concepto de persona colectiva.

Primeramente es preciso conocer el concepto de persona colectiva, para lo cual tenemos que la expresión persona jurídica aplicada a una colectividad, implica que ésta es un sujeto de derecho y por consiguiente, forma una unidad jurídica.

El Estado personifica a la nación porque es el titular subjetivo de los derechos, también subjetivos, de la colectividad nacional unificada, pero se debe tomar en cuenta, que el hecho de ser sujeto de derecho, no es para las colectividades personalizadas, el fundamento u origen de su personalidad, sino una consecuencia que deriva de ésta; es decir, para que la colectividad sea sujeto de derechos, es necesario que tenga primero, personalidad. Realmente la adquisición de la personalidad jurídica por una colectividad, queda subordinada ante todo, a la condición de que ésta se haya constituido y organizado de manera que asegure entre sí la unidad de voluntad, de potestad y de actividad. Así, cuando se cumple esta condición, surge la verdadera causa determinante de la personalidad jurídica; por ello, en efecto, la colectividad se transforma en un ser único capaz de convertirse en adelante en un sujeto de derechos.

Pero esta unidad de voluntad, al crear como consecuencia la potestad de dominación para el Estado, sólo se realiza efectivamente mediante una organización que trata de producir una voluntad propia de la colectividad por procedimientos formales, ya que por sí misma, la colectividad no tiene voluntad única; por eso, el objeto esencial de toda Constitución, es dar a la comunidad nacional, una organización que le permita tener y expresar una voluntad unificada, siendo su función, la de determinar que personas tendrán el encargo de querer por cuenta del ser colectivo, y quienes no se limitarán a enunciar una voluntad colectiva ya formada anteriormente, sino que serán los órganos de voluntad de la persona colectiva, a través de los cuales puede empezar a querer jurídicamente. Así, Carré de Malberg conceptúa al órgano estatal o nacional, como el individuo o grupo de personas que "... individual o corporativamente, quedan habilitados por la Constitución para querer por la colectividad y cuya voluntad vale, por esta habilitación estatutaria, como voluntad legal de esa colectividad." (52)

Ante tal definición del órgano, tenemos que existen diferencias entre este último y el representante.

Primero que nada, la representación supone esencialmente dos personas distintas, una de las cuales actúa por cuenta de la otra, pudiendo tener su origen en un acto voluntario realizado por el que quiere hacerse representar, mediante un contrato celebrado entre este último y el representante.

52.- Ob. cit., p. 990.

Por su parte, el órgano carece de personalidad propia. El hablar del órgano del Estado, no implica la existencia de dos personas diferentes que sean la colectividad por un lado y por otro, el órgano; no, por el contrario, solo existe una personalidad única que es la colectividad organizada y por lo tanto, sus órganos no forman con ella más que una y misma persona, ya que la existencia de los órganos es la condición de la que depende la propia colectividad, así como el mantenimiento de su propia personalidad, en virtud de que el nacimiento del ser colectivo a la vida jurídica, sólo se da mediante una organización que produzca la unidad corporativa de los individuos que la conforman, y que de esta forma, constituyan ese nuevo ente, sujeto de derecho. Carré en este caso, se remite a Jellinek, para quién, según nuestro autor francés, "...la organización de la colectividad, desde el punto de vista jurídico, es la condición SINE QUA NON de su personalidad, y que, por consiguiente esta personalidad sin órganos, es totalmente inexistente en derecho." (53)

Así en este caso, el órgano Constitucional es el encargado de proporcionar a la colectividad, su voluntad legal. Además, la cualidad de órgano, jamás puede tener su fundamento jurídico en un contrato, como sucede con la representación, ya que al convertirse la colectividad en una persona jurídica debido a la posesión de órganos, la posibilidad de crear a éstos mediante un contrato, no se puede concebir.

53.- Ob. cit., p.912.

Ahora, cuando esa colectividad ha nacido y ha sido provista de suficientes órganos, también puede llegar a crear nuevos órganos o a transformar los ya existentes, lo cual no se debe a un hecho de carácter contractual como ya hemos dicho, sino que simplemente se trata de una competencia, es decir, de un aspecto competencial en virtud del cual, la colectividad por conducto de su órgano, competente para tales efectos, realiza un acto de voluntad y entonces, tan sólo constituye y reorganiza su personalidad. De esta forma, los poderes del órgano derivan exclusivamente del estatuto orgánico de la colectividad, concluyendo que respecto a la fundación del órgano, la idea de Constitución se opone a la idea de contrato.

Respecto a todo lo anteriormente dicho, cabe aclarar que mientras que en la representación existen dos voluntades distintas, de las que una substituye a la otra, en las colectividades o Estados, tan sólo existe una sola voluntad que es la de la colectividad organizada para decidir.

En el caso de la representación, el representante declara no sólo la voluntad de su representado, sino también la suya propia, ya que de no hacerlo así, sería un simple mensajero; voluntad que a pesar de todo, es representativa del representado y en tal virtud, la presupone.

Con el órgano sucede todo lo contrario, ya que la colectividad o nación es la que quiere y decide, aún cuando el órgano con plena independencia, expresa la voluntad de aquella, sino que quiere libremente, es decir, el órgano estatutario no declara su voluntad propia sino la del grupo que quiere a través de él. En cambio,

la relación existente entre el representante y el representado, es una relación de subordinación de la voluntad del representante a la voluntad del representado, ya que el primero declara su propia voluntad y distinta de la de este último.

En las colectividades estatales, las diversas voluntades que se agitan dentro de ellas, no constituyen una unidad real respecto de ninguna cuestión y por tal motivo, es primordialmente necesario que el Estado posea órganos ya que al carecer de personas físicas que le sirvan de intermediarios, sería incapaz de querer por sí mismo y en tal caso, en él sólo subsistirían voluntades individuales divergentes, inseguras de sí mismas e imposibles de ser reducidas a la unidad.

Así pues, el órgano del Estado proporciona a la colectividad nacional, la voluntad unificada de la que carece, lo que también afirmaban los Constituyentes de 1789-1791, al decir que el llamado representante es aquel que quiere por la nación, lo que significa que éste no se limita a traducir una voluntad nacional preexistente, sino que las decisiones que él emite, constituyen inicialmente, esa voluntad nacional y por tal motivo, la Constitución proporciona a la colectividad nacional órganos regulares encargados de cumplir las diversas funciones estatales y así estar organizada para querer, ya que al darle órganos estatutarios, la Constitución creó para ella, medios o instrumentos de volición y como consecuencia de esta organización, la voluntad enunciada por la persona u órganos, adquiere valor de voluntad nacional y por otra parte, la colectividad ya tan sólo tendrá jurídicamente la voluntad de sus órganos y no otra distinta, toda vez que la voluntad manifestada por la persona órgano sobre algún objeto de su competen--

cia, constituye en derecho, por sí misma y ella sola, la voluntad estatal de la nación.

En cuanto a este punto Carré agrega que " ...el concepto de órgano supone la existencia de ciertos lazos entre el grupo y los individuos que quieren por él. En virtud de estos lazos, el órgano está calificado para expresar la voluntad del grupo; constituye, en efecto, una unidad con el grupo, por lo que las decisiones que toma pueden considerarse como manifestaciones de la voluntad de grupo. No deja de ser cierto, sin embargo, que el órgano tiene el poder de decidir por sí mismo y bajo su propia apreciación. En el Estado especialmente, la influencia de la nación en la formación de las decisiones que sus órganos dictarán por su cuenta, se ejerce desde luego, en el acto constitucional que los determina; se ejerce también en el acto por el que se eligen y designan las personas llamadas a una misión de órgano. Pero una vez instituido de conformidad con la voluntad nacional, el órgano no se comporta como representante de una voluntad superior, sino como agente libre de la nación. Al instituirlo, ésta le confió el cuidado de querer por ella; en el mismo sentido, se ha dado un órgano de voluntad." (54)

Aún cuando le reconoce a Gierke el mérito de ser el autor de la teoría del órgano, le reprocha su concepto orgánico del Estado y se opone a su doctrina de la existencia natural de una voluntad colectiva así como a la idea de la personali-

54.- Carré de Malberg, R., ob. cit., p. 997.

dad del órgano. Sin embargo reconoce que dicho doctrinario es el primer autor que expone claramente la oposición entre el representante y el órgano, "...al demostrar que por el órgano es la colectividad misma la que quiere y actúa. Según esta doctrina, ' el derecho constitucional tiene por objeto establecer las condiciones mediante las cuales un acto de voluntad realizado por ciertos individuos debe considerarse no ya como una simple manifestación de la actividad de dichos individuos, sino como una manifestación de la vida del ser colectivo del cual son órganos'. " También cita a Jellinek al decir que éste resume la teoría del órgano en estos términos: "Los actos de voluntad realizados por los miembros de una colectividad unificada con vistas a un objeto unitario de ésta, presentan un doble aspecto. En el mundo físico son actos de voluntad de individuos; en el mundo jurídico son puramente actos de voluntad de la comunidad. El individuo encargado de querer se convierte, desde el punto de vista jurídico, en un órgano de voluntad de la comunidad." (55)

Por consiguiente, las personas o cuerpos que tienen la cualidad de órganos, no solamente son órganos de formación de esta voluntad. Son llamados a estatuir, no según una voluntad nacional preestablecida y que se impusiera a ellos, sino según su propia deliberación y según las circunstancias, a medida que éstas se vayan produciendo.

Pero el Constituyente al calificar al órgano nacional como representante de -

55.- Ibid, p. 998.

la nación, quitó a la palabra "representación" su acepción jurídica y le confirió un significado meramente político a efecto de señalar la relación especial y las afinidades existentes entre la colectividad de los ciudadanos y sus órganos; en cuanto a la voluntad del órgano, la consideraba como representativa, al menos en el sentido de que el órgano, sin dejar de estatuir libremente, enuncia una voluntad más o menos aproximada a la que emitiría la nación en caso de que pudiese querer por sí misma.

Así, tenemos que el concepto de órgano implica la existencia de ciertos lazos entre el grupo y los individuos que quieren por él, lazos en función de los cuales, el órgano junto con el grupo al que representa, constituye una unidad, por lo que cabe considerar que las decisiones que toma, son manifestaciones de la voluntad del grupo; a pesar de todo, el órgano tiene el poder de decidir por sí mismo y bajo su propia apreciación.

Por otra parte, existen autores, dice Carré, que se oponen al concepto de órgano del Estado porque lo consideran de origen y esencia netamente alemanes, pero como sostiene Duguit, a la teoría del órgano jurídico, se opone la teoría francesa "del mandato representativo" que se formó en 1789-1791 y que al respecto no cabe duda que constituye la base del derecho público francés.

Ante tal planteamiento Carré responde que aún cuando la teoría del órgano jurídico es básicamente alemana, los materiales o elementos de la misma encuentran su fundamento en gran parte, en los trabajos y los discursos de los constituyentes franceses de 1791, ya que su origen se contiene en su concepto --

de régimen representativo, y en las definiciones que se dieron con respecto al mismo.

Pero cuando la Constituyente de 1791 calificó como delegados y "representantes" de la nación a las personas o asambleas a quienes les otorgó el ejercicio de la potestad nacional, realmente instituyó algo muy diferente bajo el concepto de representación y concluye, que esa Constituyente entendió la palabra "representación" en el mismo sentido en que entendió la palabra "órgano", lo que implicaba que en el régimen representativo, el término órgano significaba que los supuestos representantes tan sólo son los órganos por los cuales se constituye la voluntad nacional y no son los interpretes de la misma que pueda formarse fuera de ellos; es decir, lo anterior se concretiza en lo siguiente: el órgano quiere por la nación.

Lo anteriormente dicho, indica que la Constitución de 1791 en su art. 1º del preámbulo del tit. II, disponía que en el sistema de la soberanía nacional por ella establecido, cualquier poder ejercido por la comunidad política debía fundarse en una concesión nacional en el sentido de que la nación no puede tener más órganos que aquellos que se asignó por su Constitución. También en este sentido, dicho texto así como los artículos siguientes del preámbulo, creyeron poder referirse a una delegación o atribución de potestad hecha por la Constitución a las diversas autoridades instituidas por ella y aún cuando tales autoridades sólo pueden constituirse y adquirir potestad en virtud de un acto de voluntad nacional, esto no significa que el poder de que se hallan investidos emane de una delegación

en el sentido de que ese poder hubiera sido objeto de una verdadera transmisión realizada entre ellas y la nación, y para que tal cosa fuera posible, sería preciso que dicho poder haya existido primero que nada en la nación, antes de pasar a las autoridades constituidas que lo ejercen. En la Constitución francesa de 1791, la nación dentro del régimen representativo, sólo adquiere la facultad de querer en orden a las funciones constituidas por sus representantes. Así pues, el órgano constituyente queda excluido formalmente de toda participación en los poderes que ha de constituir. (56)

Ahora bien, en la Francia de 1789-1791, una vez que la nación creó la Constitución a través de su órgano Constituyente, las autoridades constituidas que la propia nación instituye para querer en nombre suyo, están con respecto a ella, en una situación de perfecta independencia. Así por ejemplo, nuestro autor señala que el poder legislativo, particularmente, no se limita a expresar a título representativo una voluntad legislativa preexistente en la nación, sino que quiere libremente por ésta, y no ejerce un poder de órgano si se toma en cuenta, que el orden legislativo origina la voluntad nacional; que las voluntades previas sustrayéndose a cualquier necesidad de una ratificación nacional y la nación no puede -

56.- Al respecto, Carré de Malberg explica lo siguiente: "El principio francés de la separación entre el poder constituyente y los poderes constituidos, en efecto, se dirige lo mismo contra el órgano constituyente que contra los órganos constituidos. Si el cuerpo legislativo no participa en la función constituyente, una Constituyente tampoco posee potestad legislativa. Tiene únicamente un poder: el de determinar los órganos que habrán de ejercer por la nación las diversas potestades a constituir. Así pues, si bien es verdad que preexiste al cuerpo legislativo cierta voluntad nacional que se halla realizada en el órgano constituyente, al me--

oponerles su veto.

Finalmente, el cuerpo legislativo no incurre en responsabilidad con respecto a la nación a causa de las decisiones que haya podido adoptar.

Pero los órganos constituidos son revocables, lo que significa que la nación puede alterar o variar sus poderes mediante una revisión constitucional, e incluso, puede retirarles totalmente su delegación. Lo anterior era admitido por la Constitución de 1791, conservando de esta forma la nación, un poder sobre sus autoridades constituidas y así las mantenla subordinadas y con lo anterior, nuestro autor, afirma que se salvaguarda la idea de representación.

Sin embargo, la revisión constitucional no puede iniciarse ni los órganos constituidos inicialmente, pueden ser substituidos por órganos nuevos, más que por el órgano nacional competente para expresar la voluntad nacional para tal efecto, siendo ese órgano, el constituyente, el mismo que instituyó las autoridades que se substituyen.

Así, cuando la nación admite un estatuto y órganos nuevos, tan sólo se da un nuevo modo de formación de su voluntad y de su potestad en el orden de las funciones y de los poderes constituidos, como ya se mencionó anteriormente.

Al respecto, concluye Carré, que por encima y por fuera de los órganos variables de la nación, no existe una voluntad nacional de la que éstos serían los re-

nos conviene reconocer que dicho órgano sólo proporciona una voluntad a la nación desde el punto de vista constituyente, y que no engendra directamente en ella una voluntad legislativa. La potestad legislativa no se encuentra en las asambleas constituyentes, y éstas tampoco la delegan en las asambleas legislativas, aunque establezcan estas últimas y fijen su competencia." ob. cit., p. 1003.

representantes revocables, sino que la voluntad nacional puede constituirse, en derecho, por medio de los órganos encargados de producirla en cada una de las esferas de actividad estatal de la nación.

Ahora bien, tenemos que la palabra órgano expresa principalmente dos ideas. Por una lado, significa que existe una persona o un grupo de personas físicas que desempeñan la función del órgano con el carácter de instrumento del que se vale el Estado o persona colectiva para ejercitar los poderes que sólo a ésta pertenecen y no así, como una persona que ejerza tal poder como si fuese el sujeto especial del mismo.

Realmente, las personas colectivas carecen de voluntad propia y en tal virtud, las decisiones tomadas por el órgano se basan en un acto de voluntad personal de este último, y sólo desde el punto de vista jurídico es posible y de hecho así sucede, equiparar la voluntad del órgano con la de la colectividad.

El decir que la colectividad quiere a través de sus órganos, implica que es en virtud del estatuto jurídico del grupo organizado, que se considera como voluntad de ese ser colectivo, lo que quiere el órgano. El acto de voluntad de la persona órgano, es atribuido por el derecho a la persona colectiva. (57)

A pesar de todo, mientras que la palabra "representante" implica que una -

57.- Carré cita a Jellinek al decir que éste "...expone un concepto análogo del órgano definiéndolo como 'un individuo cuya voluntad vale como voluntad del grupo.'- Más exactamente aún, puede decirse que, por su estatuto, las colectividades en general y la nación en particular, se han apropiado de antemano las voluntades y decisiones emitidas por los individuos que adoptaron como órganos.", ob. cit., p. 1007.

persona actúa por cuenta de otra, resaltando así la personalidad del individuo que quiere por la colectividad, el uso de la palabra "órgano", tiene como fin ocultar y hacer desaparecer a la persona que desempeña la función de órgano, con lo que se puede definir a éste como un instrumento y que la voluntad del ser colectivo, adquiere su consistencia, desde el punto de vista jurídico, únicamente de las personas físicas que le sirven de órgano.

Lo anterior se debe a que el individuo órgano no tiene como tal, personalidad propia y por lo tanto, las relaciones entre el Estado y sus órganos, así como aquellas que se establecen entre los múltiples órganos del mismo, no son relaciones jurídicas entre personas diferentes. El Estado y sus órganos forman conjuntamente una sola y misma persona, y en caso de ocurrir lo contrario, no sería posible hablar de unidad y personalidad del Estado.

Ahora, si bien es cierto que el individuo desempeña el papel de órgano del Estado a pesar de ser una persona física y como tal, sujeto de derechos y obligaciones, también es cierto como ya se ha explicado, que la soberanía o potestad estatal sólo pertenece al Estado o a la nación en cuanto ésta se identifica con aquél, y de acuerdo con esa idea, el poder que ejerce el órgano, no puede considerarse como su potestad propia ya que sólo el Estado o la nación son titulares únicos de ese poder y el órgano es únicamente su instrumento de ejercicio, es decir, que el órgano sólo ejerce un poder que pertenece exclusivamente al Estado.

También es preciso aclarar, que si la voluntad estatal reside y se origina en

los hombres encargados por la Constitución, de querer por el Estado o por la nación, el poder que ellos ejercen, no es en ellos una potestad originaria o derecho propio, sino una simple competencia estatal o poder que se ejerce por cuenta exclusiva del Estado.

Pero surge la interrogante de si el concepto de delegación puede tener los mismos efectos o servir para los fines que el concepto de órgano. La respuesta a esa cuestión es no, debido a que como ya se señaló, el Estado no transfiere su potestad a través de su Constitución ya que tan sólo la crea al organizarla y en tal virtud es contraria con el principio de la necesaria unidad del Estado y por lo tanto es contraria también a la doctrina que establece que la potestad estatal sólo se concibe en el Estado.

Ambos conceptos son discordantes entre sí ya que en caso de que la respuesta a nuestra anterior pregunta fuese afirmativa, tal postura implicaría que el Estado reconocería junto a sí, en la persona de un delegado, un segundo titular de su potestad, originando de esta forma, un dualismo en oposición directa con el objeto mismo que persigue la doctrina moderna del Estado "único posible sujeto de la soberanía."

Pero esta situación es sólo posible valiéndose de la siguiente condición: "que se establezca realmente que cuando la Constitución recurre a personas físicas para el ejercicio de la potestad estatal, no les confiere tal potestad como delegados, de modo que se vea en ellas a personas distintas del Estado, desde el punto de vista jurídico, sino que con ello sólo constituye la personalidad del Esta--

los hombres encargados por la Constitución, de querer por el Estado o por la nación, el poder que ellos ejercen, no es en ellos una potestad originaria o derecho propio, sino una simple competencia estatal o poder que se ejerce por cuenta exclusiva del Estado.

Pero surge la interrogante de si el concepto de delegación puede tener los mismos efectos o servir para los fines que el concepto de órgano. La respuesta a esa cuestión es no, debido a que como ya se señaló, el Estado no transfiere su potestad a través de su Constitución ya que tan sólo la crea al organizarla y en tal virtud es contraria con el principio de la necesaria unidad del Estado y por lo tanto es contraria también a la doctrina que establece que la potestad estatal sólo se condice en el Estado.

Ambos conceptos son discordantes entre sí ya que en caso de que la respuesta a nuestra anterior pregunta fuese afirmativa, tal postura implicaría que el Estado reconocería junto a sí, en la persona de un delegado, un segundo titular de su potestad, originando de esta forma, un dualismo en oposición directa con el objeto mismo que persigue la doctrina moderna del Estado "único posible sujeto de la soberanía."

Pero esta situación es sólo posible valiéndose de la siguiente condición: "que se establezca realmente que cuando la Constitución recurre a personas físicas para el ejercicio de la potestad estatal, no les confiere tal potestad como delegados, de modo que se vea en ellas a personas distintas del Estado, desde el punto de vista jurídico, sino que con ello sólo constituye la personalidad del Esta--

do mismo, dotándolo de órganos que junto con él, constituyen un todo. Así el individuo órgano no ejerce un derecho propio ni tampoco un derecho delegado; además, como órgano no es un sujeto de derechos y tampoco con tal carácter, posee la cualidad de persona. Todo esto significa que a la potestad estatal no le es aplicable el concepto de delegación, ya que una delegación de soberanía, equivaldría a una enajenación como explica Rousseau en su "Contrato Social", Libro II, cap. I y Libro III, cap. XV, y por otra parte, si admitiese la posibilidad de transferirla a personas distintas a la agrupación política, se destruiría su esencia que consiste en ser una potestad que sólo se concibe en el Estado mismo.

Entonces, el órgano ejerce únicamente una competencia estatal y no un derecho subjetivo ni una capacidad otorgada a la persona que desempeña la función orgánica. De esta suerte, es posible que el Estado tenga varios órganos entre los que se repartan competencias diversas, sin que nada se oponga a ellas.

(58)

Como se ha visto, la palabra órgano significa algo totalmente distinto a las personas que cumplen una función orgánica, ya que el órgano no se identifica con estas últimas.

58.- Al respecto, nuestro autor explica lo siguiente: "El titular de un derecho subjetivo tiene libertad de disponer de su derecho transmitiéndoselo a otro. Incluso un representante, un mandatario por lo menos, puede encargar a un tercero que ejecute el mandato en su lugar. Por el contrario, la posibilidad de tal substitución por parte del órgano no puede concebirse ni por un instante, pues en el poder ejercido por él no existe nada subjetivo. El órgano no posee un derecho delegado y susceptible de delegación, sino únicamente una competencia que ha de ejercer en los términos mismos, o sea, dentro de las formas y bajo las condiciones en que le ha sido atribuida por la Constitución.", ob. cit., p. 1011.

Mientras que con la palabra "representante", se considera a la persona que ha de actuar por otra, la palabra "órgano" hace abstracción de los individuos encargados de querer por el Estado. Se trata de un término impersonal que sólo se refiere a la organización estatal que relega al último plano a los individuos y cuyo concurso es indispensable para el funcionamiento de esta organización.

Así, la Constitución de 1791 en los artículos 3º, 4º y 5º del preámbulo del título III, establece quienes son los órganos del Estado, de los que se desprende claramente que no son los hombres que desempeñan funciones orgánicas y además, que los mismos al sucederse en la función del órgano, son efímeros y mudables en tanto que se renuevan; por el contrario, el órgano permanece estable e idéntico. Es decir, el órgano no es tal o cual individuo o asamblea de personas físicas, sino el parlamento, el monarca, el Presidente, pero como institución, el órgano es continuo y permanente y por lo tanto, la perpetuidad del Estado es la perpetuidad del órgano.

Finalmente tenemos que los individuos o asambleas investidas del poder de querer por la nación, son los órganos de ésta a la que como ya se ha visto, la Constituyente conceptuaba como la colectividad indivisible y permanente de los nacionales, y que tal agrupamiento a través de su Constitución, se ha dado tales órganos para que expresen su voluntad, y en adelante las decisiones que tomen esos órganos, serán consideradas jurídicamente como la voluntad del cuerpo nacional.

Todo lo anteriormente expuesto, Carré lo resume de la siguiente manera: - -

"...de un modo general, el órgano no ejerce un poder propio, sino la potestad de la nación estatizada. En principio, únicamente la nación, unificada y personificada en el Estado, es sujeto de la potestad pública; pero la Constitución es el conducto por el cual esta potestad, en lo que se refiere a su ejercicio, se comunica a los diversos órganos estatales. De hecho, y en derecho positivo, todo poder que se ejerce en el Estado, tiene su origen en una devolución hecha por la Constitución."

Ahora bien, íntimamente relacionado con la Constitución, el órgano del Estado y el ejercicio de su potestad, está el llamado Poder Constituyente ya que ahora se plantean las siguientes cuestiones que se desprenden de toda la teoría del órgano del Estado: ¿A quién corresponde elaborar la Constitución misma?; ¿Quién estará calificado para determinar los órganos estatales y para repartir entre ellos el ejercicio de la potestad nacional?; y ¿En quién reside el Poder Constituyente?

Recordemos que la colectividad política es un sujeto de derecho como consecuencia de que tiene personalidad; es decir, desde el momento en que se constituye y se organiza a través de una Constitución en un Estado y asegura su unidad de voluntad, de potestad y de actividad, existe la personalidad jurídica de esa comunidad, y por lo tanto, unificada la nación y personificada en el Estado, es entonces, un sujeto de la potestad pública.

Pero tenemos que sólo la Constitución es el conducto por el cual ese poder respecto a su ejercicio, se transmite a los diversos órganos estatales ya que en derecho positivo, todo poder que se ejerce en el Estado, se origina en una devo-

lución que hace ese estatuto orgánico, como señala Carré.

Por lo tanto, el Estado nace sólo cuando la colectividad nacional se organiza por medio de una Constitución que no es creada por los órganos estatales, sino que se origina fuera del Estado, lo que significa que existe una voluntad y una potestad distintas de las del Estado mismo y que pertenecen sólo a individuos que forman una voluntad generadora del Estado o comunidad política y por lo tanto, es anterior y superior a esa comunidad, ya que se trata de una voluntad constituyente de la que la voluntad constituida del Estado, es tan sólo un producto y que además es la verdadera voluntad soberana por ser la voluntad primaria constituyente. Por todo ésto, siempre es necesario buscarla en los individuos.

Por otra parte, durante la Revolución la influencia de Juan Jacobo Rousseau se hace evidente si tomamos en cuenta que la Constitución es el acto mediante el cual los ciudadanos convienen en fundar entre sí al Estado por medio de la creación de la organización contractual resultando además, que toda Constitución nueva significa una especie de nuevo contrato social, en cuya renovación es necesario que cada miembro de la nación intervenga de una manera efectiva con el fin de operar mediante el consentimiento de todos, la reorganización de la asociación nacional.

Tales ideas de Rousseau influyeron enormemente en el pensamiento de algunos revolucionarios de la época, ya que ante la Convención, algunos de sus miembros expusieron esa doctrina, afirmando que primero debería surgir, como sucedió, la Declaración de Derechos, pasando inmediatamente a crear un pacto -

social y finalmente, el acto Constitucional. (59)

Debía ser así, porque ese pacto habría de recibir su valor de los principios de Derecho natural reconocidos por la referida Declaración de Derechos. Pero también la creación de ese pacto tenía que ser previo al acto constitucional a fin de que fuera posible aplicar a éste, el principio de la adopción por la mayoría, dándose así, un acuerdo tomado por unanimidad.

Otro personaje cuyas ideas influyeron enormemente en el período revolucionario, fue el Abate Emmanuel Joseph Sieyes, quién sostenía que la soberanía popular era esencialmente el Poder Constituyente del pueblo, ya que es éste quién delega efectivamente algunas partes de su potestad en las diversas autoridades constituidas pero conservando siempre para sí mismo el Poder Constituyente, lo que produce una doble consecuencia, a saber: Primero.- Si la soberanía, desde el punto de vista de su ejercicio, se divide y reparte separadamente entre esas diversas autoridades constituidas, entonces su unidad indivisible queda retenida originariamente en el pueblo, como fuente constituyente única y común de todos los poderes públicos; Segundo.- Así al conservar el pueblo el poder constituyente, no queda obligado por la Constitución, es decir, no puede obligar al propio soberano que es el pueblo dueño de la misma y único capaz de cambiarla.

La siguiente interrogante que se presenta es ¿de donde surge el Estado?. --

59.- Carré de Malberg, ob. cit., p. 1164.

Al respecto Sieyes habla de una Constitución primitiva de la que se originó el Estado, acerca de la que afirma, existe una doctrina que encuentra la base jurídica de tal Constitución en las voluntades individuales de las personas que integran la nación.

A todo ésto, Carré contesta que aún cuando los hombres de la Revolución francesa pretendieran crear al Estado mediante tres condiciones, que son la Declaración de Derechos, la creación del pacto social y finalmente la creación de la Constitución ya antes mencionadas, ésto no es posible, ya que esa triple condición no constituye reglas de derecho porque el mismo, en el sentido propio de la palabra, es tan sólo el conjunto de reglas creadas por los hombres e impuestas a estos últimos dentro de un territorio determinado por una autoridad superior capaz de mandar con potestad efectiva de dominación y de coacción irresistible, es decir, con potestad estatal.

Así pues, la aparición del Estado así como la creación de su primera Constitución o Estatuto orgánico, no dependen de la labor de órganos estatales preexistentes y por lo tanto no es posible aplicar la teoría del órgano así como ninguna otra teoría a tal situación ya que se trata de un hecho natural.

Por el contrario, en el Estado constituido, la formación de las diversas asociaciones o corporaciones que lo integran, ya sean de orden público e inferiores al mismo, es una cuestión de carácter jurídico en virtud de que dichas agrupaciones se forman bajo el imperio del derecho existente en ese Estado, es decir, su creación se rige por prescripciones jurídicas, por un orden jurídico preexistente a

las mismas y que es el derecho o ley de ese cuerpo político.

Por lo tanto, puede afirmarse que la creación del Estado es un hecho natural y que a su vez es condición necesaria para la creación del derecho o ley que regirá dentro del territorio ocupado por esa colectividad política. (60)

A pesar de todo, la teoría del órgano es posible aplicarla al ejercicio del poder constituyente y a las revisiones constitucionales dentro del Estado ya formado.

Por otra parte, si bien es cierto que no existe derecho anterior al Estado, también es cierto que para éste es esencial tener un orden jurídico y especialmente uno destinado a regular eventualmente la reforma de su organización.

Ahora bien, el principio que domina todo este orden jurídico consiste en que una vez estatizada, la colectividad nacional expresa su voluntad y ejerce su potestad mediante ciertas reglas, dentro de ciertas formas y sobre todo por ciertos órganos determinados previamente por la Constitución. Las decisiones soberanas que han de tomarse por cuenta de la colectividad ya no son, en el Estado, cuestión de voluntades individuales que se conciertan a dicho efecto, sino cuestión de la voluntad unilateral del Estado, al querer éste por medio de sus órganos, lo que ocurre tanto en materia constituyente como en cualquier otra materia que -

60.- Carré de Malberg afirma al respecto, "...El Estado se encuentra constituido en el momento en que la colectividad nacional, fijada sobre un determinado territorio, posee de hecho órganos que expresan su voluntad, establecen su orden jurídico e imponen superiormente su potestad de mando;... La fuente del Estado es un hecho; y a este hecho se adhiere ulteriormente el derecho.", ob. cit., p. 1168.

de lugar a decisiones soberanas.

Tampoco cabe pensar que cualquier cambio de Constitución implica un nuevo pacto social cuyo objeto pudiese ser el renovar al Estado, ya que por una parte, la idea del contrato social, que es falsa en lo que se refiere a la formación de la Constitución inicial del Estado, tampoco podría admitirse con respecto a sus constituciones posteriores. Por otro lado, el cambio de Constitución ya sea radical o integral, no produce ni una renovación de la persona jurídica Estado, ni tampoco una modificación esencial en la colectividad personificada en el Estado. Mediante el cambio de Constitución, no se substituye un Estado antiguo por una nueva individualidad estatal. Una nueva Constitución tampoco tiene por efecto engendrar una nueva nación.

Finalmente, en las colectividades erigidas en Estado, el poder constituyente de la colectividad, situado en el Estado, por el hecho mismo de la organización de aquella, habrá de explicarse por los órganos mismos que la Constitución a dicho efecto asigna al ser colectivo nacional. Estos podrán ser, ya una asamblea especialmente elegida con ese fin, ya el cuerpo de ciudadanos activos actuando por la vía del gobierno directo, ya también una o varias de las autoridades constituidas. Pero cualesquiera que sean las personas o las asambleas llamadas a ejercer la función constituyente, presentarán el carácter jurídico de órganos estatales o también de "representantes" en el sentido en que se empleaba éste término en 1791, órganos o representantes que son llamados o habilitados por la Constitución misma para expresar la voluntad constituyente estatal de la nación.

Se debe tener presente que el Poder Constituyente se crea con el fin de elaborar o revisar la Constitución del Estado, función que deberá ser cumplida por una asamblea de revisión, convención o cualquier otro nombre que reciba; compuesta por diputados elegidos especialmente por el pueblo para esa labor, la que tan pronto como se lleva a cabo, debe disolverse esa asamblea.

Pero existe un principio que consiste en distinguir lógicamente y separar orgánicamente por una parte, el Poder Constituyente y por otra, los poderes constituidos por la Constitución, es decir, aquellos poderes creados por la misma, llamados también poderes ordinarios que son el poder Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.

Tal distinción se basa en que aquél se opone y se superpone como un poder supremo y extraordinario cuyo objeto es instituir a los demás y por lo tanto los domina y debe ser distinto a ellos. Esta es pues, la separación del Poder Constituyente y los Poderes Constituidos.

B.- ALEMANIA.-

La imposibilidad de la doctrina alemana para encontrar el sujeto apropiado de la soberanía y la "vaciedad" de su concepto del Estado, se deben en forma parcial, a una serie de condiciones históricas y políticas.

En una época en la que los fundamentos del pensamiento político eran la legitimación democrático-nacionalista y la explicación inmanente del Estado, el constitucionalismo monárquico obligó a la doctrina a convertirse en una teoría del

principio monárquico y a fijar en el príncipe la totalidad del poder estatal. Es por eso, que la doctrina de la soberanía del Estado fue una tergiversación del verdadero problema, que no es otro que el antiguo debate entre los partidarios de la soberanía del pueblo y los defensores de la soberanía del príncipe.

En el año de 1806 desaparece el Sacro Imperio Romano Germánico y Napoleón crea un organismo que no sea hostil para sus fines; así surge la Confederación del Rin, de influjo francés, con protectorado de Bonaparte y a su caída, se establece la Confederación Germánica (1814-1866) como consecuencia del Congreso de Viena (1814-1815) restaurándose así los viejos poderes dinásticos, y en la que corresponde el predominio a Austria.

En ese entonces, Alemania era todavía un conglomerado de territorios, integrado por 39 territorios soberanos de las clases y dimensiones territoriales más diferentes; entre ellos tenían rango europeo Austria y Prusia; tres eran nuevos reinos por la gracia de Napoleón: Baviera, Sajonia y Wurtemberg; y dos estaban unidos por lazos dinásticos, con países extranjeros: Hannover con Inglaterra y Schleswig-Holstein con Dinamarca. Además de esos reinos y tres ciudades Hanseáticas, habían numerosos principados, ducados, grandes ducados y otros por el estilo

Como se ve, ante tal diversidad de hegemonías y territorios, no podía existir un sentimiento o conciencia nacionalista que llevara a la unidad. La situación era totalmente distinta al caso de Francia o Inglaterra, cuya nación unificada encontraba su personificación en el Estado.

Por el contrario, Alemania necesitó tres guerras para llegar a obtener su unidad nacional personificada por el Imperio Alemán. (61)

El pensamiento teórico alemán se mueve dentro de una gama de contradicciones. El intento democrático-liberal de 1848 fracasó estrepitosamente, abriéndose así el camino para que se impusiera el principio monárquico de la organización estatal que perduró hasta el año de 1918.

Así, cuando se fijó en el príncipe la totalidad del poder estatal, el concepto alemán de soberanía del Estado se convirtió en la deformación del verdadero problema que no es otro más que el antiguo debate entre los partidarios de la soberanía del pueblo, y los defensores de la soberanía del príncipe.

Esta doctrina por lo que hace a la titularidad de la soberanía, encuentra como base a la personalidad del Estado, lo que significa que la organización estatal de un país, produce un ser jurídico totalmente distinto tanto de los individuos en particular componentes de la nación, así como del cuerpo nacional de los ciudadanos. En tal virtud, el cuerpo político es una persona-Estado totalmente distinta de la persona-nación a pesar de lo cual, reconoce que el Estado no puede conce-

61.- " Son necesarias tres guerras para que Alemania se forje por el hierro y por el fuego: la lucha contra Dinamarca (Guerra de los Ducados) y la contienda Austroprusiana, en que la batalla de Sadowa consolida la hegemonía prusiana, dan pie para la disolución de la Confederación de la Alemania del Norte, en que Austria queda excluida y el poder aglutinante de Prusia conduce al Imperio: la guerra francoprusiana es el último trámite para ello, y con las victorias germanas, se derriba el trono de Napoleón III y se crea en Versalles el Imperio Alemán."; Pérez Serrano, Nicolás, "Tratado de Derecho Político", Ed. Civitas, S.A., Madrid, España, 1976; 1ª ed., p. 565.

birse sin la nación, la que tan sólo es uno de los elementos que forman al mismo, el que una vez constituido, se personifica a sí mismo y no a la nación, lo que implica que sólo él, es sujeto de sus propios derechos y no de los de aquella.

La personificación estatal no es la expresión de sus miembros en un ser jurídico, sino que es el producto y la expresión de una organización real, es la personificación del ordenamiento estatal mismo y la nación no interviene más que como un elemento de estructura, en la misma forma que intervienen el territorio y el poder o potestad (62) gubernamental.

Así, pues, para elaborar la noción de la soberanía del Estado, se parte de la idea del cuerpo político como una realidad distinta de los individuos y de la sociedad, resumiéndose el concepto de Estado en la definición del mismo como una persona con sustantividad propia.

Para el maestro Mario de la Cueva, tres son los doctrinarios más destacados de la corriente alemana objeto de nuestro estudio en cuanto a la personalidad estatal o persona-Estado, y son Hegel, Jellinek y Kelsen.

62.- Carré de Malberg afirma lo siguiente: "...así la persona estatal se encuentra situada completamente aparte de los miembros humanos del Estado, es decir, no ya solamente aparte de esos miembros tomados individualmente, sino fuera de su conjunto total e indivisible. Existe en este concepto un verdadero refinamiento de abstracción; no se contenta esta teoría, en efecto, con admitir que la nación pueda adquirir, por el hecho de su organización estatal, la cualidad de persona distinta de sus miembros individuales, cualidad por la que recibiría precisamente la denominación de Estado, sino que pretende que el Estado debe ser considerado como entidad jurídica absolutamente distinta de la nación como si se tratara de una persona que adquiere su consistencia y su substratum fuera de la nación.", ob. cit., p. 29.

GEORG WILLHEIM FRIEDRICH HEGEL.-

Es uno de los filósofos y grandes teóricos del Estado, máximo exponente del idealismo alemán, y fundador además de la idea de la soberanía del Estado.

Elaboró una idea del Estado con propia y absoluta realidad y sustantividad. En el Estado se manifiesta el espíritu objetivo, Dios. "El Estado..." dice, "...es la realidad de la idea moral...Tiene su existencia inmediata en la conciencia, en el saber y en la actividad del individuo, el cual tiene su substancial libertad en el seno del Estado...", "Siendo el Estado el espíritu objetivo, el individuo no tiene objetividad, ni verdad, ni moral, sino como miembro de él; el Estado es la actuación de la libertad; es además un organismo con propia personalidad conciente y soberanía." (63)

Intentó unir la doctrina de la soberanía del pueblo con el derecho originario del monarca.

Afirma que no objeta la idea misma de la soberanía del pueblo en cuanto que expresa que "...un pueblo, particularmente en sus relaciones con otras naciones es independiente y hacedor de su propio Estado:" Tampoco objeta el referido principio en cuanto expresa que la soberanía interna reside en el pueblo, especialmente si se habla de éste como de un todo, a pesar de lo cual, encuentra que en la concepción inmanente excluye el principio monárquico absoluto, y no - -

63.- Posada, Adolfo, ob. cit., p.p. 416-417.

obstante cree que la reconciliación es posible y para tal efecto plantea las siguientes consideraciones: "La soberanía del pueblo no debe concebirse como algo contradictorio con la soberanía que reside en el monarca; la contradicción que frecuentemente se ha creído encontrar deriva de un equivoco, de una idea errónea de lo que es el pueblo; en efecto, el pueblo, sin un monarca, sería una masa informe y no constituiría un Estado." (64)

Por otra parte, Hegel rechaza enérgicamente la posibilidad de que la idea de la soberanía del pueblo permita concebir una república o una democracia sin un monarca: "En un pueblo que no es concebido como estirpe patriarcal, ni en la condición de falta de madurez, en la cual son posibles las formas de la democracia y de la aristocracia, ni de otro modo, en una situación arbitraria e inorgánica, la soberanía existe como la personalidad en la realidad y esta personalidad en la realidad adecuada al propio concepto, existe como persona en el monarca." (65)

Como se ve, de las frases transcritas se desprende que Hegel creyó que con la idea de soberanía del Estado se conseguía la reconciliación entre las ideas de la soberanía del pueblo y de la soberanía del monarca y que el concepto de la soberanía del príncipe no era un concepto derivado, sino simplemente, el principio mismo de la soberanía, es decir, dilucidó claramente el problema de las relaciones entre norma positiva e individualidad, a pesar de lo cual, creyó que el "Yo

64.- Heller, Herman, "La Soberanía", Facultad de Derecho, Seminario de Derecho Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, 1965, 1ª ed., p. 160.

65.- Ibid, p. 160.

quero" del Estado de Derecho, unicamente podía estar representado por el monarca, titular de la soberanía.

Dentro de la doctrina alemana, la teoría de la soberanía del Estado, se basa en la concepción de éste como unidad orgánica así como en la personalidad del Estado.

GEORG JELLINEK.-

Es otro de los doctrinarios más destacados de la corriente alemana.

Define al Estado como la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio, o mejor dicho, la corporación territorial dotada de un poder de mando originario. (66)

Por otra parte, dice acerca de la soberanía, que ésta nació como un concepto político que se ha transformado en un concepto de índole jurídica, ya que inicialmente fue la cualidad de un poder humano, que posteriormente devino en la potestad necesaria de auto-organizarse o autodeterminarse, o más sencillo aún, actualmente ese poder, es la necesidad de un pueblo o Estado de darse un orden jurídico propio.

Para Jellinek, los teóricos de la soberanía no distingueron el cambio que la misma sufrió, cuando de ser la cualidad de un poder humano pasó a ser la potes-

66.- Ob. cit., p. 135.

tad de autodeterminarse. Lo anterior lo atribuye a dos errores que son:

1º No se dieron cuenta que la soberanía es un concepto de carácter formal, carente de contenido, es decir, implica la negación de toda subordinación a la limitación del Estado por cualquier otro poder, ya que se trata de un poder supremo e independiente, entendida además, no como la suma de atribuciones que ejerce una corporación y tampoco, como el continente de ellas, sino como la posibilidad de crear atribuciones, de señalarlas libremente.

Una corporación no puede existir sin un orden normativo ya que éste como forma, es necesario en virtud de que el mismo, como ya se dijo antes, es la potestad de darse un orden jurídico, pero determinando libremente su contenido. Por todo lo anterior, se dice que la soberanía es un concepto jurídico formal.

2º La confusión existente entre la soberanía del Estado y la mal llamada soberanía del órgano. El Dr. Mario De La Cueva, explica esta situación diciendo que "...el Estado como todas las personas colectivas, sólo puede expresarse por sus órganos, pero la condición de supremacía de uno de ellos, es decir, la atribución concreta a uno de ellos de constituir la instancia suprema encargada de fijar las normas constitucionales e interpretarlas, no le atribuye la soberanía, pues ésta es la potestad de determinar el órgano supremo, pudiendo señalar otro." (67)

De acuerdo con esta doctrina, única y exclusivamente el órgano de la corporación es el titular de la soberanía y no el pueblo, el monarca o el parlamento.

67.- Heller, H., ob. cit., p. 42.

Es cierto como dice Jellinek, que la persona Estado no corresponde a nada materialmente perceptible en el mundo de los hechos como ocurre con todo concepto de Derecho, sino que por el contrario, se trata tan sólo de una síntesis jurídica para expresar las relaciones jurídicas de la unidad de la asociación y su enlace con el orden jurídico. Sin embargo, busca la unidad del Estado en las relaciones entre dominadores y dominados; la llama unidad abstracta y con la misma denomina a la corporación política. Al atribuir al Estado la personalidad como característica, según Jellinek, no se cae en ninguna ficción ya que aquella conlleva el ser sujeto de derechos y consecuentemente significa una relación de individualidad particular o colectiva con el orden jurídico. Pero esas relaciones entre dominadores y dominados se manifiestan a través de las personas que son causa de la voluntad dominante, en tanto forman esta voluntad, son sus instrumentos, es decir, los órganos del todo. Así, Jellinek define la teoría del órgano como: "Los actos de voluntad realizados por los miembros de una colectividad unificada con vista a un objeto unitario de ésta presentan un doble aspecto. En el mundo físico son actos de voluntad de individuos; en el mundo jurídico son puramente actos de voluntad de la comunidad. El individuo encargado de querer se convierte, desde el punto de vista jurídico, en un órgano de voluntad de la comunidad." (68)

Esa unidad de relaciones a que nos hemos referido, es el resultado de una serie de relaciones que en el fondo integran a la persona Estado, y de esta forma, --

68.- Carré de Malberg, ob. cit., p. 998.

tenemos que esa unidad estatal, según la doctrina de Jellinek, está determinada por cuatro tipos de unidades que son: el territorio o unidad espacial; el pueblo o unidad histórica; por la forma más o menos permanente de sus instituciones, órganos y poderes o unidad formal; y por las finalidades o fines que persigue el Estado o unidad teleológica. Es este grupo de relaciones o unidades el que confiere al Estado su poder de mando y que por lo tanto, se origina en el mismo ente político; es decir, su poder de mando emana de la unidad espacial, histórica, formal y teleológica, totalmente independiente de otra u otras unidades.

HANS KELSEN.-

El jefe de la Escuela de Viena, define al Estado como la comunidad creada por un orden jurídico nacional. Así, el Estado como persona jurídica, es la personificación de dicha comunidad o del orden jurídico nacional que la constituye. (69)

Identifica al Estado o comunidad jurídica con el orden jurídico al decir que la persona colectiva no es algo diverso al orden que la constituye, ya que esa comunidad no es más que el orden normativo regulador del comportamiento recíproco de los individuos o de otro modo, el término "comunidad" sólo designa la conducta recíproca de ciertos individuos y regulada por un orden normativo.

69.- Kelsen, Hans, "Teoría General del Derecho y del Estado", Imprenta Universitaria, México, 1949; p. 191.

Ahora bien, ese orden normativo llamado Estado es también una organización de índole "política", ¿por qué?, pues porque se caracteriza por ser colectiva, es decir, que el Estado es una organización política, es un orden que regula monopolizando el uso de la fuerza para alcanzar sus fines. (70)

Por otra parte, al ser la comunidad política un orden normativo totalmente diferente y por lo tanto independiente del pueblo o nación que lo integra, es necesario que existan personas que quieran por él, es decir, que actúen como la voluntad unificada del mismo ya que se trata de un ente invisible e intangible. En tal virtud, crea "órganos" mediante los cuales el Estado actúa como sujeto de derechos. (71)

De esta forma, el órgano del Estado puede ser definido como aquella persona que cumple una función determinada por el orden jurídico; funciones que pueden ser creación o aplicación de normas que tienden en último caso, a la ejecución de una sanción jurídica.

De lo anterior, se desprende, que el orden normativo se caracteriza principalmente por ser o tener autoridad y de esta forma, es posible afirmar, que sólo --

70.- "El Estado es una sociedad políticamente organizada, porque es una comunidad constituida por un orden coercitivo, y este orden es el derecho.", "...El poder estatal es el poder organizado por el derecho positivo, el poder del derecho, es decir, la eficacia del orden positivo."; Kelsen, H., ob. cit., p. 201.

71.- A este respecto Kelsen dice lo siguiente: "El Estado, en cuanto sujeto que obra por medio de sus órganos, el Estado como sujeto de imputación o persona jurídica, es la personificación de un orden jurídico.", ob. cit., p. 208.

el orden normativo puede ser "soberano", o lo que es igual, el ser una autoridad suprema o última razón de validez de las normas que un individuo está autorizado a expedir con el carácter de "mandatos" y que otros individuos están obligados a obedecer, lo cual constituye la nota distintiva y a su vez privativa del orden normativo.

Finalmente nuestro autor, hace residir la soberanía en el orden jurídico, es decir, un ordenamiento jurídico positivo es soberano en la medida en que no depende de otro igual a él, lo que sucede cuando se basa en una norma última y fundamental que ya no emana de otra norma jurídica; consecuentemente, la soberanía no corresponde ni a la nación ni al Estado, sino al Derecho, entendido éste como el conjunto de normas jurídicas que regulan la vida de las personas y que pueden ser imputadas al ordenamiento jurídico al que están destinados.

Como se desprende de todo lo anteriormente señalado, tenemos que la Escuela Alemana conceptúa al Estado como una persona totalmente distinta de la nación, pero aún así, reconoce que esta última es el elemento esencial de aquél, es decir, de la corporación llamada Estado, y en tal virtud éste no puede concebirse sin aquella.

A pesar de todo, la nación como el elemento esencial del Estado, sólo es uno de los elementos que concurren en su formación y por lo tanto, aquél es el resultado de la organización dada al grupo nacional, por lo que es un ser orgánico no únicamente distinto a la nación, sino también superior a ella es decir, una vez que se ha constituido "...no puede considerarse como el sujeto de los dere--

chos estatales..." y asimismo "...la nación no tiene por sí misma ninguna personalidad propia ni es titular de derechos particulares dentro del Estado..." como ya se vió anteriormente.

La teoría alemana del Estado-Persona tiene como consecuencia que las personas o colegios designados como órganos, no son los órganos de la nación como ocurre en la doctrina francesa, sino los órganos del Estado mismo incluyendo aquellos que la ciudadanía ha de elegir por mandato del Constitución.

Como se ve, también en la doctrina alemana del Estado-Persona, encontramos la figura del órgano del Estado y cuyo principal exponente es Otto Von Gierke quién con su Teoría de la Personalidad Colectiva, combatió la doctrina de la representación apoyándose en los siguientes argumentos; y que en párrafos anteriores ya hemos visto:

1º "Mientras el representante en relación con el representado, es una segunda persona, *'cada uno de los órganos de la colectividad es poseído por ésta como un fundamento de sí misma'* (no hay duplicidad de personas); y

2º "La voluntad del órgano no es distinta de la del Estado, sino la misma voluntad que existe de modo latente y difuso en el grupo desde antes de que éste haya poseído órganos jurídicos encargados de formularla," (72)

Por otra parte, Gierke es considerado el continuador de la Escuela Histórica

72.- Xifra Heras, Jorge, "Curso de Derecho Constitucional", Tomo II, "El Estado Moderno"; Bosch, Casa Editorial, Barcelona, España, 1958; p. 109.

de F.K. Savigny y otros autores del romanticismo, que consideraron al pueblo como un ser natural.

Pero además ve en la comunidad una personalidad real a la que llama persona corporativa que es capaz de querer y de actuar y que no es creada por el Derecho ya que aquella existe previamente a este último, el cual únicamente se limita a reconocerla y a reglamentarla desde el punto de vista de su funcionamiento jurídico, es decir, consagra su organización y funcionamiento ya como Estado, corporación, persona moral o persona-Estado a través de su Constitución o Ley Fundamental.

Explica que para las colectividades y para los individuos, la esencia de la personalidad jurídica radica en que tanto estos últimos así como aquellas, poseen una voluntad interna que es la fuerza inicial de la que emanan todos sus movimientos de actividad externa; de lo que resulta que el órgano según Gierke, no puede considerarse propiamente hablando, como el autor o creador de la voluntad del grupo, ya que la misma se halla contenida en el grupo desde antes de que éste haya recibido órganos jurídicos encargados de formularla. La persona-Estado no podría manifestarse exteriormente sin los órganos ya que éste es quién realiza o materializa la voluntad de aquél; se trata de una voluntad que jurídica, natural y originariamente, es la de la colectividad misma; por lo tanto, según nuestro autor, el órgano es el intermediario o "Vermittler" por lo que la voluntad colectiva, interna y natural, deviene en actos externos, lo que se traduce en que esa colectividad y su órgano tan sólo llenen en forma conjunta, una sola y misma

voluntad; así se reitera que lo propio del órgano del Estado, es proporcionar a la colectividad nacional, la voluntad unificada que le falta.

Entre los autores alemanes, Jellinek y Laband son algunos de los seguidores de la teoría del órgano, siendo el primero de ellos quién más destacó en el desarrollo de esta teoría.

Laband afirmaba que la relación existente entre el Reichstag y el pueblo alemán, no es una relación de representación sino que sólo se trata de una relación de nombramiento ya que la participación del pueblo en los asuntos del Imperio, se reduce únicamente al poder de nombrar los diputados al Reichstag por medio del sufragio universal, con lo que en cierta forma influye en alguna forma en la actividad y decisiones del Imperio; influencia que existe tan sólo en la medida del derecho electoral que corresponda a los ciudadanos, ya que una vez elegidos, los diputados son independientes del cuerpo electoral y reciben su potestad no ya de él, sino directamente de la Constitución. Por lo anterior, la participación del pueblo en los asuntos del Imperio no es continúa; por el contrario, tan sólo se limita a los diputados. Terminada la votación, concluye toda cooperación del pueblo en las decisiones del Imperio.

De lo anterior, Laband deducía "...que si se persistía en calificar al Reichstag como representación nacional, no sería *'desde el punto de vista de sus obligaciones y de sus derechos, sino únicamente desde el punto de vista de su formación'*. En cualquier otro aspecto, *'el Reichstag, dentro de la órbita de su competencia, se encuentra, lo mismo que el Emperador, investido de derechos —*

propios e independientes; y no es representante de la colectividad del pueblo en sentido diferente a como pueda serlo el Emperador mismo." (73)

Por su parte Jellinek afirma que toda asociación necesita de una voluntad que la unifique, la que tan sólo puede ser la de un ser humano y cuya voluntad valga como voluntad de una asociación, por lo que en tal virtud, debe ser considerado como instrumento de la voluntad de esa asociación, es decir, debe ser considerado como órgano de la misma.

De la naturaleza del Estado, del hecho de que éste sea una asociación organizada, tiene como consecuencia la existencia necesaria de órganos del Estado, ya que una corporación sin órganos es una representación que desde el punto de vista psicológico, no puede llegar a existir, precisamente porque como ya se ha dicho en varias ocasiones, el órgano es aquél a través del cual se manifiesta en forma unificada, la voluntad de esa corporación.

Por otra parte, el Estado moderno requiere de una pluralidad de órganos. Por tal motivo, atendiendo a esta última afirmación, Jellinek hace una clasificación de los órganos del Estado, la que a su vez se divide en Inmediatos y Mediatos.

Los órganos Inmediatos son aquellos cuya existencia es lo que determina la forma de las asociaciones y cuya desaparición provocaría la total desorganización del Estado, o su transformación fundamental.

73.- Carré De Malberg, R., ob. cit., p. 1020.

Se llaman inmediatos porque su carácter de órganos se deriva inmediatamente de la Constitución o Ley Fundamental del Estado mismo y por lo tanto, esos órganos no están obligados por su cualidad, hacia nada ni hacia nadie sino sólo y de un modo inmediato, con el cuerpo político.

Ejemplos de este tipo de órganos, lo son los individuos. Puede darse el caso de que un solo hombre reúna en sí todo el poder del Estado, con exclusión de las demás personas; así el Estado que sólo tiene un órgano inmediato, es la monarquía absoluta; también puede ser el caso de las repúblicas, ante lo cual puede existir el colegio de personas físicas que como órgano inmediato, puede gozar o tener el mismo poder que el monarca absoluto (Parlamento; pequeñas minorías o democracias absolutas.)

Dentro de esta clasificación, encuadran los llamados órganos de creación o creadores y creados. Los primeros son aquellos a cuyo cargo corre la designación o establecimiento de nuevos órganos.

Esta clase de órganos sólo pueden ser activos de acuerdo con un proceso prescrito por la Constitución y su actividad está limitada jurídicamente al acto de creación, en tanto tiene el carácter de órgano. Las monarquías electivas son un ejemplo de esta clase de órganos; en este tipo de monarquías existe la necesidad de un colegio electoral como segundo órgano inmediato junto al soberano. Otro ejemplo es la situación en la que se encuentran dentro de la Iglesia, el obispo respecto del Cabildo y el Papa con relación a los cardenales, ya que en el Estado-Iglesia, ambos órganos inmediatos, Papa y cardenales, se crean recípro-

amente; el Pontífice nombra a los cardenales y éstos a su vez son creadores, ya que como colegio, se encargan de elegir a quién debe ocupar la silla pontificia.

Otra distinción de órganos inmediatos, análoga a la anterior, es la de órganos primarios y secundarios.

Son órganos primarios aquellos cuya voluntad vale por sí y no presupone otra voluntad anterior; por el contrario, los órganos secundarios son los órganos de un órgano primario cuya voluntad declaran. El pueblo o el cuerpo electoral son un ejemplo de órganos primarios mientras que el Parlamento es un ejemplo de órgano secundario, ya que es el encargado de exteriorizar la voluntad de ese pueblo o cuerpo electoral; consecuentemente, la voluntad emitida por el órgano secundario debe ser considerada como la voluntad del órgano primario. (74)

Otro ejemplo de órganos secundarios son aquellos que en casos extraordinarios, intervienen para ejecutar las acciones de un órgano, como podría ser el caso de las regencias.

Organos simples y potenciados. Los primeros son aquellos que por su cualidad misma de individuos, son llamados a ser titulares de un órgano; mientras que un órgano potenciado es aquél que por su cualidad de órgano implica de forma permanente el ejercicio de funciones de órgano, de tal modo que jurídicamente reúne en su persona varios órganos.

74.- Jellinek al respecto dice: "Este tipo lleva en sí todo género de representaciones políticas. Los Parlamentos, cualquiera que sea la forma como se les elija, son órganos inmediatos pero secundarios. Su voluntad vale como voluntad del pueblo, esto es, como voluntad del órgano primario que representa.", ob. cit., p. 414.

Organos substantivos o Independientes y órganos dependientes. Aquellos son los que pueden exteriorizar una voluntad con fuerza suficiente para obligar inmediatamente al Estado y a sus súbditos, mientras que estos últimos carecen de fuerza coercitiva, sin embargo la voluntad de los mismos puede limitar la voluntad de los órganos independientes, al grado que sea necesario el consentimiento de aquél para que el acto de voluntad del órgano independiente reciba el consentimiento posterior del órgano dependiente, de donde la negativa del consentimiento puede implicar diversos efectos jurídicos.

Otra distinción es la que se refiere a los órganos normales y extraordinarios. Estos últimos son los que en circunstancias extraordinarias, como su nombre lo indica, entran en actividad como es el caso de las personas que ostentan el poder supremo durante un interregno, como en las monarquías y los gobiernos provisionales en las repúblicas. Este tipo de órganos tienen el carácter ya de órganos inmediatos usuales creados y previstos por la Constitución, ya de órganos creados para casos concretos, lo que implica siempre una modificación constitucional.

Por otra parte, los órganos mediatos son aquellos cuya situación no descansa de un modo inmediato en la Constitución, sino en una comisión individual; son responsables y están subordinados a un órgano inmediato, directa o indirectamente. Pero la designación de un órgano mediante otro, no basta para afirmar que el órgano designado esté subordinado al órgano que lo designó. Como ejemplo de tal situación, se puede plantear el caso de los ministros, magistrados y jue-

ces del Poder Judicial Federal. En el caso de los ministros de la Corte Suprema, son designados por el Presidente de la República, pero son totalmente independientes en el desempeño de sus funciones, del Ejecutivo quién no tiene facultades disciplinarias sobre los mismos así como tampoco sobre los demás miembros del Poder Judicial, ya sea Federal o Local. Para el caso de que un ministro, magistrado o juez, falte a los deberes de su cargo, podrán ser perseguidos por el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados de conformidad con lo establecido por el Título Cuarto de la Constitución Federal Mexicana en relación con el art. 96 de la misma Ley Fundamental.

La naturaleza de estos órganos se deriva de la colectividad ya que el fundamento jurídico de su función es el deber legal de un servicio o el contrato de servicios de Derecho Público, es decir, el desempeño de determinadas funciones públicas requeridas para la obtención de los fines estatales, como es el caso de los miembros de cualquiera de los tres poderes de la Unión, o de las Secretarías de Estado, etc.; cargos que en tal virtud, encuentran su fundamento en la ordenación del Estado y no en la voluntad de tales funcionarios, situación que implica una división de competencias.

Dentro de esta clasificación de órganos mediatos, se repiten también las distinciones hechas en cuanto a los órganos inmediatos, repitiéndose la oposición entre órganos independientes y dependientes, simples y de competencia múltiple; pero de estas distinciones, la más importante según nuestro autor, es la de órganos independientes y dependientes en lo que se refiere a la organización de la --

autoridad y para la oposición dada entre autoridades simples y colegiadas y autoridades con o sin imperium.

También se presenta la distinción entre órganos facultativos y necesarios, que se da en el Estado Moderno. Los órganos necesarios son los que crea el jefe del Estado de acuerdo a la Constitución y a las leyes. Al respecto Jellinek afirma lo siguiente: "En un amplio círculo de la actividad del Estado el jefe mismo no decide, según su libérrima voluntad, si ha de nombrar ciertas autoridades y cuáles, sino que necesita nombrar a ciertas personas. Por consiguiente, tanto en las múltiples limitaciones a que está sometido el jefe del Estado mediante la necesidad jurídica de administrar de acuerdo con las autoridades, cuanto en el deber jurídico de dejarlas obrar en su nombre en el círculo propio de las atribuciones de estas autoridades, radica una amplia limitación de la autoridad superior, limitación que en las monarquías y repúblicas con gobiernos parlamentarios puede llegar a la completa eliminación del poder del jefe del Estado." (75)

En cuanto a la naturaleza jurídica del órgano, Jellinek explica que es preciso distinguir entre el órgano y la persona titular del mismo.

La diferencia entre ambas figuras radica en que el órgano como tal, carece de personalidad alguna frente al Estado y por lo tanto no existen dos personas distintas, es decir, no existe una duplicidad de personas que afirme la existencia del Estado por un lado y por el otro, la existencia del órgano estatal; al contrario, -

75.- Jellinek, Georg, ob. cit., p.p. 422-423.

son una unidad ya que aquél tan sólo existe y se manifiesta a través de este último. Por tal motivo, las relaciones de los órganos se distinguen de toda clase de representaciones porque representantes y representados siempre son dos, mientras que la corporación y sus órganos siempre son una misma persona.

Sólo es posible afirmar que el órgano representa al Estado cuando se habla de competencia entendida ésta como la designación y delimitación de las funciones de cada uno de los órganos componentes de la corporación; cuestiones de competencia que sólo surgen dentro de ese sujeto de derecho que es el Estado; jamás los órganos devienen en personas físicas. Por lo tanto, tales cuestiones de competencia, son cuestiones de derecho objetivo y no de derecho subjetivo.

Es por eso que nuestro autor, afirma que el órgano no tiene derecho alguno sino únicamente competencia política. (76)

Pero la competencia política, no constituye un derecho de personalidad para el órgano; lo único que implica tal competencia estatista como derecho propio de la persona, es, o una división del Estado o bien, la afirmación de un orden jurídico superior a él, porque ese derecho propio procede del orden jurídico estatista en cuyo caso el Estado tiene ante sí un sujeto, o bien, procede de un orden anterior

76.- Añade a este respecto: "Claro que es preciso distinguir en la actividad del titular de órgano entre lo que le corresponde como individuo y lo que le compete como órgano, pues ambos ordenes de actividad se entrelazan. No todo lo que un titular de órgano ejecuta en nombre del Estado es un acto estatista....Al Estado son atribuibles todos los actos de *imperium* y de la libre actividad directora, en tanto que, por el contrario, toda actividad subordinada al Estado, de la cual no puede o no quiere determinar el contenido, es actividad individual. Sólo se puede imputar al Estado *el qué*, no *el cómo* del acto...", Jellinek, ob. cit., p. 425.

o superior a ese cuerpo político.

Sucede todo lo contrario con un individuo, quien puede tener derecho a ser designado como órgano y por consiguiente a que ejerza funciones como tal, como es el caso del rey, presidente electivo, miembros de las Cámaras, cuerpo electoral en las democracias; de los colegios electorales en los Estados de constitución representativa, etc. El orden jurídico regula de dos formas la situación del órgano: por un lado describe a éste en sus relaciones mutuas, y por otra parte, da normas sobre los deberes y derechos de los individuos con relación a los órganos. La regulación de esta organización establece derechos objetivos mientras que la ordenación de su función establece también derechos subjetivos.

Resumiendo, la situación del órgano implica siempre a un individuo como su titular el cual jamás se puede identificar con el órgano mismo. Por consiguiente, el Estado y el titular de su órgano son dos distintas personas, lo que necesariamente conlleva una pluralidad de relaciones jurídicas.

Así por ejemplo, los derechos y deberes de los funcionarios frente al Estado no son derechos y deberes del órgano, sino del titular del órgano y la retribución la recibe este último y no el propio órgano; del mismo modo que las penas disciplinarias se imponen a aquél y no a éste.

A todo esto, el profesor Xifra Heras en su obra citada con anterioridad, explica que la pluralidad de órganos en un Estado, se debe precisamente a la falta de personalidad de aquellos, ya que si la tuvieran -y en este caso, cita a Georges Burdeau- "La unidad de poder del Estado quedaría comprometida, mientras que

considerados como simples instrumentos de una voluntad única, nada se opone a que sean distintos, ya que a pesar de su variedad originaria de facto, sus decisiones, jurídicamente, serán siempre de un sujeto único: el Estado organizado."

(77)

Es decir, no se debe ver al órgano estatal como algo extraño a la comunidad nacional, ya que sus titulares trascienden el carácter meramente instrumental o jurídico para representar al pueblo soberano. Es por eso que se puede hablar de la unidad de dominadores dotados de poder y súbditos que les han conferido ese poder, y de la recíproca intervención que se da entre la ordenación, el territorio, el poder y los órganos.

Por otra parte, la estructura interna de los órganos del Estado plantea dos problemas relacionados con la división del trabajo, a saber: la especialización o competencia y la jerarquía.

Ambas ideas -competencia y jerarquía- son los medios que evitan las posibles interferencias entre los distintos órganos garantizando así el ejercicio de sus funciones mediante una acción coordinada y unificada.

La competencia es el conjunto de funciones atribuidas o referidas institucionalmente a cada órgano, ya sea respecto a la materia (competencia material), al territorio (competencia territorial) o con el grupo de autoridad (competencia jerárquica.)

77.- Xifra Heras, Jorge, ob. cit., p. 112.

Tal distribución de competencias, se hace atendiendo a la peculiaridad de las funciones de cada órgano.

La coordinación de las tareas del gobierno con el objeto de alcanzar los fines del Estado, exige que ciertos órganos tengan autoridad sobre otros, por lo que es necesaria la existencia de órganos superiores y órganos subordinados.

Lo anterior implica la existencia necesaria de una voluntad superior que sea obedecida a fin de deslindar funciones, corregir defectos, resolver conflictos, etc., marcando una línea de subordinación que define los diversos grados de mando y obediencia. Tal subordinación de voluntades que tiende a coordinar las actividades para conseguir un fin unitario, es decir, los fines del Estado es lo que llamamos jerarquía. (78)

Así pues, la jerarquía deviene en un lazo de unión entre los diversos órganos, imponiendo a los inferiores el de obediencia y atribuyendo a los superiores un poder especial de supremacía que les autoriza a dar ordenes, aplicar sanciones, ejercer un control, etc.

También en la doctrina que nos ocupa, encontramos que al ser el órgano de una unidad abstracta que manifiesta la voluntad de aquella, requiere de un titular.

78.- Al respecto Carl. J. Friedrich, en su obra "Gobierno Constitucional y Democracia", Tomo I, p. 113, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España, 1975, dice lo siguiente: "La jerarquía es una consecuencia de la distribución racional de funciones. Tan pronto como una organización alcanza cierta envergadura, el gran número de funcionarios que ejercen actividades parcialmente contradictorias experimenta la constante necesidad de una jefatura de integración y coordinación."

Los titulares de los órganos estatales, necesariamente son personas físicas conocidas con el nombre de funcionarios en cuanto nos referimos a los sujetos de los órganos administrativos o subordinados, mientras que los titulares de los órganos políticos o constitucionales, se conocen con el nombre de gobernantes.

Los gobernantes y los funcionarios como titulares de los órganos estatales, carecen de derechos subjetivos y disponen simplemente de una competencia que ejercen por cuenta del Estado. Realmente son los individuos los que toman decisiones y las hacen cumplir, pero desde un punto de vista jurídico, la imputación al órgano implica el anonimato de la labor personal del funcionario y del gobernante, cuya voluntad vale sólo como voluntad del Estado.

En un plano estrictamente jurídico y no político, el órgano produce la deshumanización de sus titulares, convirtiéndolos en medios de acción de la persona-Estado, con lo que se elimina la idea de delegación, pues los gobernantes no actúan como delegados, sino como agentes del ejercicio del poder Estatal, por lo tanto, el poder se ejerce, no se transfiere.

Por otro lado, aún cuando la obra de los gobernantes se anula por el órgano en su dimensión jurídica o formal, ocurre lo contrario en su faceta política, ya que en este terreno, los gobernantes disponen de una severa fuerza coactiva que ejercen como agentes del poder soberano.

II.- DOCTRINA AMERICANA.

ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA.-

Contrariamente a lo que sucede con la Constitución Francesa, en la Constitución Norteamericana no se menciona el término "soberanía" así como tampoco lo hacen la "Declaración de Independencia" de 1776 y los "Artículos de Confederación y Perpetua Unión entre los Estados" de 1777, limitándose tan sólo a establecer que todo poder emana del pueblo, y según palabras de Nicholas Murray Butler, a quién el argentino Carlos Sánchez Viamonte cita (79), explica que tal omisión se debe a que en el momento de la emancipación, el pueblo de los Estados Unidos retuvo la soberanía en su poder.

En la idea de que del pueblo emana todo poder público y no de la nación como afirman los franceses, estriba la diferencia existente entre la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (art. 3º), y la Constitución Norteamericana, diferencia que se explica porque el pueblo de Norteamérica estaba ya entrenado en el self-goverment (80), en el que se halla implícita la re -

79.- Sánchez Viamonte, Carlos, "El Poder Constituyente. Origen y Formación del Constitucionalismo Universal y Especialmente Argentino", Ed. Bibliográfica Argentina, S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1957, p. 266.

80.- "Aún cuando dependían de Inglaterra, cada una de las trece colonias tenía gobierno propio; conservando los colonos al establecerse en América, los usos de los ingleses; ésto es, que como en Inglaterra el rey casi no tenía funcionarios,

pública democrática que surge de una forma natural al producirse la emancipación.

Respecto a tal omisión, Carlos Sánchez Viamonte (81) explica que en la técnica republicanodemocrática, bajo el constitucionalismo, la soberanía interna realmente se llama Poder Constituyente manifestándose única y exclusivamente en la Constitución, pero los actos realizados por los poderes constituidos, de ninguna manera revisten el carácter de actos de soberanía y mucho menos, el gobierno o las personas que lo ejercen, porque dentro de la república democrática, los poderes del gobierno nacen de la Constitución y en tal virtud, son poderes constituidos y por lo tanto subordinados.

Por otra parte, mientras que la soberanía corresponde a la monarquía de - -

las personalidades administraban los asuntos de sus parroquias y condados; así en América, los colonos atendían directamente sus asuntos públicos; no preocupándose mucho de ésta la Corona ya que las colonias no le producían nada y por lo mismo no quería hacer ningún gasto en ellas...", "...Siendo los colonos súbditos del rey, estaban sometidos al Parlamento y al rey de Inglaterra. El gobierno de cada colonia se regía por la Carta que el rey le había dado. Pero en realidad, cada colonia tenía sus leyes propias, hechas por su Asamblea. El gobernador tenía derecho a no aceptar cualquier Ley votada de esa suerte; pero usaba pocas veces de ese derecho, para no indisponerse con la Asamblea. Prácticamente las colonias, en su régimen interno se gobernaban por sí mismas, y sólo estaban sometidas a la Corona en materia económica; pues el Parlamento tenía el derecho de regir la industria y comercio de las colonias; el Board of Trade, organizado en 1696, era el encargado de 'inspeccionar y de mejorar las colonias de América y en otras partes' se informaba de la situación de los colonos, de su industria y de su gobierno.", Ortiz Ramírez, Serafín, "Derecho Constitucional Mexicano", Ed. Cultura, T.G., S.A., Primera Edición, México, D.F., 1961, p.p. 49-50.

81.- Ob. cit., p. 272

derecho divino, el poder constituyente corresponde al constitucionalismo y a la república democrática.

Así pues, tenemos que aún cuando la Constitución norteamericana de 1787 al igual que los otros documentos preindependentistas omiten hablar de la soberanía, por lo menos dan a entender que la misma radica en el pueblo que se manifiesta como soberano en el Poder Constituyente y por consiguiente, en la Constitución.

Al momento en que las Trece Colonias proclaman su Independencia, se da una afirmación de soberanía popular así como un acto de unidad nacional o acto constituyente (82) que celebran esas colonias como entidades pre-existentes que por su libre voluntad, forman la confederación.

Los Estados Unidos son la primera confederación que se constituye como Estado unificado bajo el imperio de una Constitución escrita, única y uniforme para todo el país.

A ese acto de unidad nacional son aplicables las definiciones que de nación, dan Ernesto Renan, al decir que aquella es un plebiscito de todos los días; García Morente para quién la nación es un estilo de vida común; y de Primo de Rivera quién dice que la nación es una unidad de destino en lo universal. Lo anterior -

82.- "La declaración de Independencia (1776), Los Artículos de Confederación y Perpetua Unión entre los Estados (1777) y la Constitución Federal (1787) son actos constituyentes sucesivos, mediante los cuales se consagra la unidad nacional, que reconoce al pueblo de los Estados Unidos el carácter de titular definitivo del Poder Constituyente.", Sánchez Viamonte, Carlos, ob. cit., p. 339.

en virtud de que las Trece Colonias eran una sociedad formada por gentes de diversos países a quienes en Europa se les negaba el pan y la libertad, tales como hugonotes franceses, escoceses, alemanes, judíos, etc., y otras colonias originarias como la holandesa. A pesar de esto, esa comunidad era de origen inglés pero característicamente americana, unida no obstante sus diversidades y antagonismos y de la independencia de cada colonia, ya que juntas no constituían un cuerpo, por una serie de rasgos comunes tales como la ausencia de grupos aristocráticos y en general estamentales; el predominio de la lengua inglesa; la homogeneidad en los principios e instituciones político-jurídicas de cada colonia; por un orden jurídico de contenido y formas comunes que convertía a esas trece colonias en países del common law.

Por otra parte, la universalidad de las formas representativas; la creencia en ciertos derechos pertenecientes a la calidad de inglés, y que posteriormente se consideran como inherentes a la personalidad humana; y la clase política dirigente, integrada por comerciantes y terratenientes, surgida de las Asambleas con un interés común en resistirse a la metrópoli y a los impuestos que ésta imponía, son el origen de esa unidad nacional que desembocaría en la guerra de independencia y finalmente en la creación de los Estados Unidos de Norteamérica como un país libre y soberano, que encontró su organización como Estado en la constitución de 1787. (83)

83.- García-Pelayo, Manuel, "Derecho Constitucional Comparado", Manuales de la Revista de Occidente, Talleres Gráficos de Ediciones Castilla, S.A., Sexta Edición, p.p. 325-327.

Por todo lo anteriores es posible afirmar, como se dijo anteriormente, que son aplicables las definiciones de nación dadas por Renan, García Morente y Primo de Rivera. (84)

Así pues, los Estados Unidos son la primera confederación que se constituye como Estado nacional, unificado bajo el imperio de una Constitución escrita, única y uniforme para todo el país.

En el preámbulo de la Constitución norteamericana de 1787, tan sólo se da una idea sobre la soberanía sin llegar a decir lo que es la misma para el pueblo norteamericano; introducción que reza de la siguiente manera:

"Nos, el pueblo de los Estados Unidos, a fin de hacer más perfecta la unión, establecer la Justicia, consolidar la tranquilidad doméstica, proveer a la defensa común, promover el bien general y asegurar los beneficios de la libertad, tanto para nosotros mismos como para nuestros descendientes, formamos y sancionamos esta Constitución para los Estados Unidos de Norteamérica." (85)

De lo anterior se desprende que en el pueblo radica la soberanía, en virtud de lo cual, es el pueblo de la Unión como una sola entidad, el que ejerce el poder constituyente nacional al dictar la Constitución, pero por otra parte, ese poder lo ejercen conjuntamente con la Unión, las entidades o Estados componentes de --

84.- González Uribe, Héctor, ob. cit., p. 293.

85.- Constitución de los Estados Unidos de América, 17 de septiembre de 1787, Pereyra, Carlos, "El Feliche Constitucional Americano", M. Aguilar, Editor, 1942, Madrid, España; p. 271.

esta última, al aprobar de una manera expresa esa Constitución a través de las Legislaturas locales, lo que se traduce en una doble manifestación del mismo pueblo, que inicialmente se manifiesta como un ente unificado mientras que en un segundo término se ratifica a sí mismo con las formalidades de un referéndum, en representación de cada uno de esos Estados e invistiendo el carácter de un acto independiente, para conservar su condición de Estado-miembro de la Confederación. (86)

Cuando se propuso la ruptura total de las trece colonias con la Corona de Inglaterra, se propuso también el establecimiento de una Confederación, unión perpetua entre esas trece entidades políticas, elevadas a la categoría de Estados.

Dentro del sistema de una confederación, cada Estado conservaba su soberanía, libertad e independencia y todo poder, jurisdicción y derecho que no hubiese sido delegado expresamente a los Estados Unidos por medio de un Congreso.

Pero a pesar de todo, esta Unión de Estados Libres y soberanos, encontró muchos tropiezos, entre los que Seraffin Ortiz Ramírez cita (87), especialmente, en el aspecto económico e internacional, ya que los Estados no contribuían para -

86.- Al respecto, Carlos Sánchez Viamonte dice lo siguiente: "Creemos también allanar las dificultades que presenta la aplicación del concepto *soberanía* al Estado federal. A nuestro juicio, en el Estado federal se puede distinguir un poder constitucional primario, o de primer grado, perteneciente a la nación, y un poder constituyente secundario, o de segundo grado, perteneciente a los Estados-miembros,..." , ob. cit., p. 315

87.- Ob. cit., p. 57.

el pago de la deuda pública, no aportaban lo necesario para los gastos de la propia Confederación; no había una moneda nacional; el comercio internacional no se regía por una ley única, los tratados internacionales no tenían seguridad alguna. Ante tales circunstancias, era necesaria la creación de un gobierno nacional ya que además, la Confederación resultaba débil e insuficiente.

No existía un poder ejecutivo nacional, así como tampoco una administración de justicia uniforme. Como consecuencia, el poder legislativo representado por el Congreso Continental, compuesto por una sola Cámara en cada Estado, era demasiado débil para ser eficaz, no podía establecer impuestos, levantar tropas, castigar delincuentes, ni obligar a los Estados a cumplir con los tratados que hacía con otros países.

Ante tal caos y desconcierto, económico y político en que vivían los trece Estados, fue convocada una nueva Convención y así, en 1786 se reunió en Annapolis la primera Convención, que no tuvo mucho éxito por lo que en mayo de ese mismo año se celebró la segunda Convención en Filadelfia con el fin de estudiar la situación de los Estados Unidos y proyectar las medidas para hacer la Constitución del Gobierno federal adecuada a las necesidades de la Unión.

El objeto de la Convención, era revisar los artículos de la Confederación pero tomando en consideración la situación creada por la misma; así, se pensó en crear una nueva forma de gobierno que armonizara los poderes de los trece Estados con el poder del nuevo gobierno central y se pensó que las funciones y facultades de este último, deberían ser cuidadosamente definidas y que todas las -

demás funciones se entendería que corresponderían a los Estados.

El resultado de esta última Convención, fue la Constitución de 1787, mediante la cual el pueblo estadounidense se organizó estableciendo un gobierno dividido en tres ramas diferentes, iguales entre sí y coordinadas unas con otras: el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial, equilibrados de tal forma, así como acoplados y unidos entre sí, que fuera imposible que ninguno pudiera imponerse a los demás, a efecto de que los tres pudieran funcionar armoniosamente. Así, se da en la Constitución norteamericana, el principio de la División de Poderes y equilibrio de los mismos, inspirado por las ideas de Locke y de Montesquieu. (88)

La Constitución estadounidense consta tan sólo de siete artículos, de los cuales los cuatro primeros están divididos en secciones. Esos siete artículos, se refieren respectivamente a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, a la estructura federal, y a la reforma, supremacía y ratificación de la propia Constitución.

88.- Jorge Xifra Heras en su obra citada anteriormente, dice que "Los criterios informadores de la Constitución de 1787 se resumen en los siguientes principios: a) Existencia de un control recíproco y de un equilibrio (checks and balances) entre los poderes de la Federación y de los Estados.; b) División, control y equilibrio de los distintos poderes federales, o sea, del legislativo (atribuido a dos Cámaras), del ejecutivo (confiado al Presidente), y del judicial; c) Limitaciones de los poderes públicos a fin de respetar la libertad y los derechos individuales."- Por otra parte afirma que ha sido capaz de adaptarse a condiciones de vida surgidas con posterioridad, y cita a André Tunc quien dice que "...La novedad consistió en atribuir a un gobierno federal una estructura y unos poderes que hasta entonces fueron patrimonio de los gobiernos nacionales, y en conferir al gobierno federal, conservando la existencia de los Estados, poderes directos sobre los particulares, de modo que éstos se encontraran sujetos a una doble soberanía."

El principal objetivo de esta Constitución, fue, como ya se ha dicho, el establecimiento de un pacto federal u organización más centralizado que cualesquiera coaliciones, alianzas o confederaciones de Estados, pero respetando al mismo tiempo, la personalidad de los Estados miembros. (89)

Es decir, posee dos clases de gobierno, uno central y otro para cada uno de los Estados de la Unión, y por consiguiente tiene dos clases de Constituciones: una de orden federal y una particular de cada Estado. Así, la Constitución Federal fija la norma de gobierno y demarca los lineamientos generales de la organización política; en tal virtud las Constituciones particulares de cada Estado no deben salirse de esos lineamientos. La Constitución Federal delega en la Federación una serie de facultades, expresas unas e implícitas otras que determinan su esfera de competencia y todo lo que no está reservado a los Estados. Serafin Ortiz Ramirez manifiesta que estas facultades implícitas no son otra cosa que facultades derivadas de aquellas que han sido expresamente delegadas, dando un enorme poder a la Federación, además que desde el punto de vista jurídico, ésta es la vía capital para el aumento de las competencias federales.

89.- En cuanto a este punto, nos remitimos a la obra de Xifra Heras ya citada, en la que el autor afirma lo siguiente: "En el ámbito de la política interior, el federalismo representa una organización intermedia entre el Estado Unitario y la Confederación de Estados. la estructura federal tiende ante todo, a reflejar un principio activo, esencial a toda institución política, la federación, ni funde ni separa, articula, guía. Pretende establecer la unidad dentro de la variedad; equilibrar los principios de homogeneidad y heterogeneidad; unificar sin confundir; agrupar sin anular; coordinar sin uniformar.", ob. cit., p. 223 .

Se trata pues, de un gobierno dual que permite la coexistencia de dos poderes: el del Estado miembro y el de la Unión.

Por otra parte, la democracia es otra de las características de esta Constitución, y consiste en la creación de un sistema de "gobierno del pueblo por el pueblo y para el pueblo", lo que significa que toda autoridad debe emanar del pueblo e instituirse para beneficio de éste.

Así, tenemos que dentro del preámbulo de la Constitución americana, se encuentra la base democrática de la misma, lo que se desprende de las primeras palabras, que rezan de la siguiente manera: "Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos...", así como en las facultades populares de revisar la propia Constitución.

El siguiente principio o característica de la Constitución norteamericana, es el llamado Presidencialismo, que se resume en la idea del gobierno de un hombre para el pueblo, que ejerce su mandato durante un tiempo limitado, generalmente durante cuatro años.

Desde el punto de vista de Jorge Xifra Heras (90), el gobierno presidencial es el que más respeta el principio de la separación de poderes que se encuentra regulado dentro de los tres primeros artículos, de acuerdo a los principios formulados por Montesquieu.

Por su parte, M. García Pelayo (91) afirma que junto al principio de la sepa--

90.- Ob. cit., p. 221.

91.- Ob. cit., p. 250.

ración de poderes, opera el principio de frenos y contrapesos en virtud del cual, el Ejecutivo interviene en el poder Legislativo mediante el veto y el mensaje, así como también interviene en el poder Judicial mediante el derecho de gracia; además el derecho del Ejecutivo a nombramientos de cargos y ratificación de tratados, requiere del consentimiento del Legislativo, el que también desempeña funciones judiciales tratándose de juicio político, a la vez que dentro de los límites de la Constitución, le corresponde la organización del poder Judicial; finalmente, están facultados para establecer sus propias reglas de procedimiento, lo que indudablemente es una función legislativa.

La última característica, es el Liberalismo, incluido dentro de la democracia y que se encuentra constituido por los siguientes principios, según el maestro Manuel García-Pelayo:

- 1) Derechos Individuales;
- 2) Estado de Derecho; y
- 3) División de Poderes.

Respecto a los Derechos individuales, tenemos que la Constitución Federal de 1787 no contiene en su redacción originaria, declaraciones de este género a pesar de lo cual, se encuentran plasmadas dentro de las diez primeras enmiendas, garantías frente a la federación, de varios derechos de carácter liberal y democrático, tales como la libertad religiosa que implica la libertad de conciencia, culto, etc., que establece la enmienda I, y que lleva consigo no sólo la prohibición del estado confesional, sino también, cualquier trato discriminatorio a favor o en --

contra de una corporación religiosa. La libertad personal se establece en la enmienda XIII y suprime la esclavitud y la servidumbre involuntaria. En la enmienda XIV se establece que ningún Estado podrá privar a persona alguna de su vida, libertad o propiedades sin el debido procedimiento legal. También se contempla la inviolabilidad de domicilio a menos que se dé mediante mandamiento judicial. La libertad de palabra y de prensa sujetas a las restricciones legales; García-Pelayo afirma que con arreglo al texto constitucional, tal libertad sólo está asegurada frente a la federación, pero no frente a los Estados, a pesar de lo cual, aparte de que éstos la reconozcan en sus constituciones, desde 1920 el Tribunal Supremo ha mantenido la palabra "libertad", expresada en la enmienda XIV, incluyendo así, la libertad de prensa, de palabra y de agitación política; la libertad de reunión y de petición, que incluyen el derecho de hacer uso de la calle y de otros lugares públicos, así como el de manifestación y petición colectivas; etc.

Estas garantías frente a la federación, son ampliadas en enmiendas posteriores destinadas a limitar la acción de los Estados, sin embargo, varias notas caracterizan la ordenación americana de los derechos individuales, a saber: A) Que su garantía, amplitud o restricciones dependen ante todo de la interpretación judicial que en ocasiones ha deformado el sentido y la intención del texto constitucional (92); B) El realce que ha tenido el derecho de propiedad plasmado en las enmiendas I y XIV que se extiende también a las personas morales, y al que se --

92.- A este respecto, nuestro autor afirma lo siguientes: "La vigencia concreta de

aplicaron garantías pensadas para otras libertades; C) El acentuado individualismo en la interpretación de estos derechos, es lo que ha servido como fuerte obstáculo para la existencia efectiva de unos derechos de índole social establecidos por la legislación ordinaria; D) La exclusión práctica, en algunos Estados, de los negros y de otros grupos de población, del goce de ciertos derechos individuales; E) La discriminación frente a ciertos idearios políticos a cuyos seguidores se les niega el acceso a cargos públicos.

El Estado de Derecho es el segundo principio del liberalismo estadounidense. Los Estados Unidos han sido definidos como un gobierno de la Ley y no de hombres (*government of law, not of men*), definición que se considera como fundamental en el sistema político norteamericano y se repite en los "Comentarios" a la Constitución, en las sentencias judiciales, en los libros, discursos, etc. Es más, en virtud de la vigencia de la Ley Fundamental, frecuentemente se considera a los Estados Unidos como la más acabada expresión del Estado de Derecho, ya que tal vigencia se garantiza judicialmente, frente a posibles desviaciones y abusos del parlamento; en ese orden de ideas, es posible afirmar que los Esta-

este derecho ha estado condicionada a los diversos criterios sobre la propiedad. A partir de los últimos veinte años, el concepto individualista ha ido cediendo ante los funcionales: el *New Deal*, los altos derechos reales por transmisiones hereditarias, la constante intervención estatal, etc., son manifestaciones de esta mutación. La del debido procedimiento sirvió para que la judicatura declarase ilegales leyes sobre salarios mínimos, reducción de jornada, etc., a favor de los trabajadores;..." ob. cit., p.p. 444-445.

dos Unidos son un Estado de Derecho de tipo Judicial. (93)

Finalmente, el último de los principios que constituyen el liberalismo norteamericano, es la División de Poderes y de la cual a decir de García-Pelayo, la Constitución americana es un claro ejemplo. Es cierto que ninguno de los preceptos de esta Constitución dispone en forma especial esta división de poderes, pero la misma se desprende de los tres primeros artículos en los que queda plasmada en forma generalizada tal división, pero en cada uno de ellos, ya en forma concreta, se establece en qué órganos se deposita el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial.

Así tenemos que el Artículo Primero, Sección I, dispone: "Todas las facultades legislativas que esta Constitución concede, se depositan en un Congreso de los Estados Unidos, que se compondrá de un Senado y una Cámara de Representantes."

Artículo Segundo, Sección I.- "Se deposita el poder ejecutivo en un Presidente de los Estados Unidos de América. Desempeñará su encargo por un térmi-

93.- Don Manuel García-Pelayo, siguiendo a Hauriou y parcialmente a Carl Schmitt, afirma que es posible distinguir dos tipos de Estado de Derecho, que son: "a) Estado de Derecho legal en el que todo derecho se agota, o cuando menos, está subordinado a la ley escrita, lo que institucionalmente supone un predominio de las Asambleas legislativas"; y b) El Estado de Derecho judicial, en el que el juez crea por sí mismo normas jurídicas mediante una revelación inmediata del Derecho y sin que se interfieran para normativizar su acción poderes extrajudiciales. En su pureza, sólo en Norteamérica existe tal Estado de Derecho, y, ciertamente, con mayor eficacia sociológico-jurídica en lo que respecta a la garantía de orden individualista burgués que su homólogo, el Estado de Derecho legal.", ob. cit., p.p. 161-162.

no de cuatro años, y su elección, así como la del Vicepresidente..."

Artículo Tercero, Sección I.- " Se deposita el poder judicial de los Estados Unidos en la Corte Suprema, y en los tribunales inferiores que en lo sucesivo creare y estableciere el Congreso..." (94)

Como resumen de este inciso, podemos decir que los Estados Unidos como República democrática, se funda en el principio de la soberanía radical, sin distinción de clases, en toda la sociedad formada por individuos que disfrutan de iguales derechos políticos. Pero en vez del predominio del Parlamento o Congreso sobre otros poderes que le están subordinados, se supone el principio de la División de Poderes ya mencionado, los que emanan directamente de la nación o del pueblo, quién por medio de una Ley Fundamental o Constitución escrita (95), señala la esfera propia de cada uno de esos poderes, determinando sus atribuciones y estableciendo medios para garantizar su libre ejercicio, evitando así el predominio de ninguno de ellos.

94.- Pereyra, Carlos, ob. cit., p.p. 272; 280 y 284 respectivamente.

95.- El Padre Luis Izaga, S.J., en su obra "Elementos de Derecho Político", Tomo II, p. 72; Bosch, Casa Editorial; 2ª edición corregida; Barcelona, España, 1952, afirma al respecto, lo siguiente: "...la soberanía reside en el pueblo de los Estados Unidos, que por una Constitución (la del 17 de septiembre de 1787) establece los órganos que han de ejercerla, señalando sus atribuciones, sus límites y mutuas relaciones. Por consiguiente, la Constitución es la Ley Fundamental, impuesta a los mismos poderes de la República, por ser manifestación auténtica de la voluntad nacional sobre su propio gobierno. Por lo cual, es intangible para los poderes ordinarios, juntos o separados, y sólo puede modificarse por un órgano especial que la nación crea expresamente para este fin: la Convención Nacional."

Así pues, tenemos que no es el Congreso el órgano supremo central, representante de la soberanía; por el contrario, es un poder limitado en sus atribuciones sin que ante él sean responsables políticamente los miembros del ejecutivo.

CAPITULO CUARTO.

**"LA SOBERANIA DEL ESTADO MEXICANO
A TRAVES DE SUS CONSTITUCIONES."**

A principios del siglo XIX se notaba ya la influencia que ejercían en el pensamiento político de la incipiente nación mexicana las ideas del enciclopedismo, y principalmente las expuestas en Francia, a pesar del especial celo del Tribunal del Santo Oficio por impedir la infiltración de libros a los que se llamaba o calificaba de heréticos, alcanzando una gran difusión en la Nueva España. Fue así como obras del pensamiento político de autores tales como Vattel, Rousseau, Montesquieu, Voltaire, etc., se propagaron desde el siglo del Iluminismo.

Pero fue hasta 1808 cuando estas ideas empezaron a producir transformaciones en los acontecimientos políticos mexicanos alrededor del principio de la soberanía. La causa fueron los acontecimientos políticos sucedidos en España a partir de la invasión napoleónica, causando descontento y sorpresa tanto en la metrópoli como en las provincias de ultramar, y que se agravaron con la abdicación de Carlos IV y del Príncipe de Asturias Fernando VII el 30 de abril de ese mismo año en favor de Napoleón, quién nombró a su hermano José Bonaparte, rey de España.

Ante tales acontecimientos, se manifestó el sentimiento nacionalista en España, lo que Don Luis Sánchez Agesta, explica de la siguiente manera: "La inva--

sión napoleónica es en España, como en Alemania y hasta en la misma Italia un crisol de nacionalidad. Los pueblos se sienten diversos en creencias, en hábitos, en costumbres, en lengua, en gustos y sentimientos; el horror al dominio extranjero despierta la conciencia de la propia personalidad nacional. Es ocioso seguramente advertirlo, pero hay que recordar que hasta ese momento las llamadas diferencias nacionales han sido un puro juego intelectual de salón, sin repercusiones políticas ni sociales; la misma guerra ha sido un ejercicio de ejércitos de profesionales. Es la invasión francesa quién suscita la guerra nacional y el sentimiento mismo de la nacionalidad." (96)

Tal manifestación de nacionalismo en la metrópoli, se dió primeramente con la guerra de independencia que se inicia con un extenso levantamiento popular contra los ejércitos invasores.

Con la ausencia de Carlos IV y de Fernando VII cautivos en Bayona, el Consejo de Castilla se rindió al invasor y la Junta de Gobierno designada por el Príncipe de Asturias para dirigir los negocios públicos durante su ausencia, se puso al servicio de José Bonaparte, lo cual implicaba la inexistencia de una autoridad central que coordinara el movimiento además de que surgieron una serie de Juntas locales para resistir a los usurpadores así como a las autoridades de Madrid que le prestaron obediencia.

96.- Sánchez Agesta, Luis, "Historia del Constitucionalismo Español", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, p. 38.

Ante tal vacío institucional, dice Sánchez Agesta en su obra ya citada, "...apenas cubierto por la Junta Central, se adueño del espíritu público la necesidad de una convocatoria de Cortes con propósito de reforma."

Así, el 10 de junio de 1810 se convocó definitivamente a Cortes, a las que se calificó de generales y extraordinarias.

Por otra parte ese vacío institucional supuso un proceso constituyente el que por la naturaleza de los sucesos vividos por la metrópoli en esa época, no se dirigió contra el monarca sino todo lo contrario, se realizó sin este último.

1.- LEVANTAMIENTO DEL AYUNTAMIENTO DE LA CIUDAD DE MEXICO.

En las provincias de ultramar, con la abdicación de los monarcas españoles en favor de José Bonaparte, también se consideró que el reino de hallaba acéfalo ya que la autoridad del virrey y de los demás funcionarios carecía del apoyo real, lo que causó una división de opiniones. El Ayuntamiento de la Ciudad de México fue el portavoz del bando de los criollos, en tanto que la Audiencia lo fue del bando de los españoles peninsulares.

El primero que estaba integrado por criollos, con la representación de todo el reino, entregó al virrey Iturrigaray un Acta elaborada por el regidor Azcárate apoyado por el síndico Don Primo de Verdad. Tal representación del Ayuntamiento fue el primer documento oficial que en la Nueva España sostuvo la tesis de la reasunción de la soberanía por el pueblo, en ausencia y en nombre del rey cauti-

vo.

Mediante esa representación, el Ayuntamiento juraba sostener los derechos de la casa reinante y proponía al virrey continuara en el mando sin entregarlo a potencia alguna ni aún a la misma España mientras permanecieran en ésta las tropas francesas, declarando además insubsistentes las abdicaciones de Carlos IV y de Fernando VII, solicitando se desconociera toda autoridad nombrada en España en tanto subsistiera la usurpación y pidiendo asimismo, asumiera el gobierno el virrey, con el consentimiento de los órganos representativos del reino.

El virrey comunicó esa representación a la Audiencia la que se opuso a las pretensiones de los criollos declarando innecesario el juramento, ya que si no se había alterado el orden, entonces las autoridades constituidas deberían continuar en sus funciones mientras legalmente no se nombraran otras, desechándose también el convocar a la Junta de representantes del reino y de vigilancia del virrey que el Ayuntamiento proponía.

El planteamiento formulado por el Cabildo mexicano en 1808 se apoya en el concepto tradicionalista de la soberanía popular, ya que manifiesta que sólo la nación "por el consentimiento universal de sus pueblos puede darse rey." (97)

El 29 de enero de 1809, la Junta Central del Reino radicada en Aranjuez, en atención a la lealtad y patriotismo demostrada por "...los reinos, provincias e islas que forman los..." dominios de la España en ultramar, decidió que éstos debían

97.- Tena Ramírez, Felipe, "Leyes Fundamentales de México, 1808-1985", Ed. Porrúa, S.A., México, 1985, 13ª ed., p.p. 8 y 14.

tener representación nacional y constituir parte de la Junta Central Gubernativa del reino, por medio de sus correspondientes diputados.

La forma de elección en los virreinos de Nueva España, Perú, Nuevo Reino de Granada y Buenos Aires, y las capitanías generales independientes de la Isla de Cuba, Puerto Rico, Guatemala, Chile, provincias de Venezuela y Filipinas debía ser electo para que representara a su respectivo distrito. Así en las capitales de las provincias en que se dividían los países nombrados, los ayuntamientos debían elegir tres individuos de notoria probidad, talento e instrucción, de entre los cuales sólo uno sería electo definitivamente y se haría saber al virrey su nombre y sus cualidades. Don Toribio Esquivel y Obregón, describe de la siguiente manera el proceso electivo por el que deberían ser electos los representantes de las provincias de ultramar ante la Junta: "Recibidos los nombres por el virrey, procedería con el real acuerdo a elegir tres, y de estos a sortear uno, que sería designado para representar al reino ante la Junta. Así aparecía el principio, contrario a las tradiciones hispánicas, de congresos compuestos de representantes de meras circunscripciones geográficas." (98)

Fue el virrey Garibay quién mandó ejecutar dicho decreto resultando electo por la Nueva España, Don Miguel Lardizábal y Uribe.

Pero surgieron desavenencias entre los miembros de la Junta Central y de las Juntas regionales por lo que se creó el Supremo Consejo de Regencia Insta--

98.- Esquivel Obregón, Toribio, "Apuntes para la Historia del Derecho en México", Ed. Porrúa, S.A., México, 1984, segunda edición, Tomo II, p.p. 44-45.

lado por la misma Junta el 29 de enero de 1810, fecha en la que también se decretó la fecha en la que se reunirían las Cortes Generales del reino, las que deberían quedar instaladas para el 1º de marzo de ese año. Pero fue hasta el 24 de septiembre de 1810 que las Cortes de Cádiz se inauguraron.

2.- CONSTITUCION DE CADIZ.

Fueron 17 los diputados ante las Cortes de Cádiz que representaron a la Nueva España; entre los que destacaron, se encuentran el Dr. José Beye Cisneros por México; Don José Guridi y Alcocer, cura de Tacubaya, por Tlaxcala; Don Miguel Ramos Arizpe por Coahuila, tan sólo por mencionar a unos cuantos.

En el acto en que se inauguraron las Cortes, los diputados prestaron el siguiente juramento compuesto de cuatro partes, que reza así: "¿Juráis la Santa religión católica, romana, sin admitir alguna otra en estos reinos? ¿Juráis conservar en su integridad la nación española, y no omitir medio alguno para libertarla de sus injustos opresores? ¿Juráis conservar a nuestro amado soberano el Señor Don Fernando VII todos sus dominios, y en su defecto a sus legítimos sucesores y hacer cuantos esfuerzos sean posibles para sacarlo del cautiverio y colocarlo en el trono? ¿Juráis desempeñar fiel y lealmente el encargo que la nación ha puesto a vuestro cuidado guardando las leyes de España, sin perjuicio de alterar, moderar y variar aquellas que exigiese el bien de la nación?"

Ante tal juramento, que sostenía la soberanía de Fernando VII, Toribio Es- --

quiel Obregón señala que ese mismo día las Cortes expidieron un decreto en el que declaraban que "No conviniendo queden reunidos el Poder Legislativo, el Ejecutivo y el Judiciario", se reservaban el primero, investían al Consejo de Regencia con el segundo y confirmaban en calidad de temporal todos los tribunales de justicia establecidos en el reino. Para que el Consejo de Regencia ejerciera el poder que se le había asignado debía reconocer "la soberanía nacional de las Cortes, jurar obediencia a las leyes y decretos que de ellas emanaren."

Por otra parte, dicho juramento no significó otra cosa más que el desconocimiento del pueblo español hacia un monarca no designado por él, es decir, por la nación, a lo que podemos decir que es posible aplicar lo manifestado por Sánchez Agesta y señalado en el supra 96.

A este respecto dicho autor español afirma que "En su primera sesión las Cortes de Cádiz se afirmaron como un poder revolucionario y constituyente, depositario de la soberanía nacional. Muñoz Torrero, antiguo Rector de Salamanca, apoyándose en la tradición y en las necesidades de la situación histórica, propuso a las Cortes hacer ante todo una declaración de sus poderes, cuyo primer párrafo define ya sin lugar a dudas el proceso revolucionario: los diputados que componen el Congreso y representan la nación española se declaran legítimamente constituídos en Cortes generales y extraordinarias, en las que reside la soberanía nacional." (99)

99.- Sánchez Agesta, Luis, ob. cit., p. 54.

Así pues, empezaba la nación española a plantear la soberanía nacional o soberanía del pueblo ya que desconociendo a los usurpadores del trono español, afirmaba el hecho de que sólo ella podía delegar su soberanía y por lo tanto su representación en la persona o personas que ella misma designase y que en este caso eran el rey Carlos IV o su hijo el Príncipe de Asturias, luego Fernando VII o bien, sus sucesores.

Además cita Argüelles, a Toreno y a Gallegos, constituyentes de Cádiz, cuando dice: "Ante todo hemos de considerar la espontaneidad popular con que se produjo el Alzamiento frente a los ejércitos de Napoleón. 'Las Cortes -diría años más tarde uno de los actores de aquella resolución- legitimaron su autoridad derivándola del mismo origen y del mismo principio que la noble resolución de resistir al usurpador de su independencia.'; ... Toreno, Gallego y el mismo Muñoz Torrero, autor de la proposición, expone con insistencia un argumento, que es sin duda una de las claves históricas para entender la revolución de Cádiz.

Toreno vincula la definición de la soberanía nacional a la justificación misma de la guerra de Independencia. De otra suerte la nación debe someterse a los Decretos de Bayona, a las órdenes de la Junta Suprema de Madrid, a las circulares que al servicio del rey expidió el Consejo de Castilla; 'resoluciones todas -añade- que con heroicidad desechó la nación toda, no por juzgar oprimidas a las autoridades, pues libres y sin enemigos estaban las de provincias que mandaban ejecutarlas, sino valiéndose del derecho de soberanía'. Gallego apura aún más el argumento: 'Permitaseme suponer por un momento, que el rey Fernando -

en un país libre de la influencia de su opresor, por ejemplo en Inglaterra, hiciese de nuevo la renuncia de sus derechos en el Emperador de los franceses. ¿Creen las Cortes que por esta cesión se entregarían los españoles al yugo de un hombre que detestan? La hipótesis destaca el punto más vidrioso, el que más fácilmente podía destacar la contradicción entre la soberanía del Monarca y el espontáneo levantamiento de la nación." (100)

Mientras, en la Nueva España, posiblemente lo argumentado por el Cabildo en cuanto a la propuesta hecha al virrey Iturrigaray respecto al ejercicio temporal "de emergencia" de la soberanía por parte de las autoridades novohispanas, llevaba implícita la idea de independencia como consecuencia de la idea de la soberanía nacional.

La proclamación del principio de que la soberanía reside en el pueblo, se oponía frontalmente a la idea de orden político-teológico de que el rey recibe su poder o soberanía de Dios, principio que durante siglos sirvió de base a la monarquía absoluta, como ya se explicó anteriormente, idea a la que se oponía la insurgencia, cuyos principales líderes, entre ellos Hidalgo, Rayón, Morelos, etc., siempre sostuvieron que la nación, a través de sus representantes, tiene el derecho de darse el gobierno que más le convenga, lo que implica el poder soberano constituyente. Lo anterior produjo que el principio de la soberanía popular en los círculos conservadores y monárquicos de la Nueva España, fuera considerado - -

100.- Idem, p.p. 55-56.

como herético y desquiciante del orden de las cosas establecido por Dios.

En 1811, Don Ignacio López Rayón, quién sucedió al Cura Hidalgo en la dirección del movimiento insurgente, instaló en agosto de ese mismo año, en Zitácuaro, la Suprema Junta Nacional Americana, encargada de gobernar a la Nueva España en nombre y en ausencia de Fernando VII, a imitación de las Juntas que se habían formado en la Península. En sus "Elementos Constitucionales", una de las primeras instituciones de carácter constitucional de la independencia, establece en su punto 5, que "...la soberanía dimana inmediatamente del pueblo..., reside en la persona del Señor Don Fernando VII, y su ejercicio en el Supremo Congreso Nacional Americano.", lo que demuestra que la insurgencia nacional mantuvo por algún tiempo la influencia del planteamiento criollo de la independencia, en cuanto pretendían legitimar el movimiento bajo la invocación de dicho monarca y dentro del marco jurídico-político español.

El maestro Burgoa afirma al respecto, que del citado punto 5 de los "Elementos Constitucionales" de Rayón, se desprenden que el autor distingue a través de las palabras, "dirige", "reside" y "ejercicio", a propósito de la soberanía, su origen, su radicación, y su ejercicio respectivamente.

El 19 de marzo de 1812 fue jurada la Constitución expedida por las Cortes de Cádiz como resultado del movimiento liberal español de resistencia contra la invasión francesa, y que tomaba sus premisas fundamentales de la doctrina roussoniana acerca de la idea de la soberanía nacional y difundida por la Revolución Francesa, pero apegándose a las formas tradicionales de sus instituciones políti-

cas.

En sus dos primeros artículos, la Constitución Gaditana conceptúa a la nación española y su forma de ser, mientras que en el art. 3º establece enfáticamente en quién reside la soberanía y lo que ésta significa.

Art. 1º.- "La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios."

Art. 2º.- "La Nación española es libre e independiente, y no es ni puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona."

Art. 3º.- "La soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente, el derecho de establecer sus leyes fundamentales." (101)

De lo anterior tenemos que la Carta de Cádiz en su art. 1º define a la Nación española como el grupo de personas de ambos hemisferios.

Pero además de establecer en su art. 2º que la soberanía no puede ni debe residir en una persona determinada, se rompe o se abandona la doctrina patrimonialista del poder político del absolutismo español.

El art. 3º es más claro y preciso al respecto cuando define a la soberanía como "...el derecho de establecer sus leyes fundamentales...", derecho que no resulta ser más que la llamada "voluntad general" que emana del Contrato Social y cuya declaración por las Cortes Gaditanas rompe el fundamento secular de las

101.- Tena Ramírez, Felipe, ob. cit., p. 60.

monarquías absolutas, como ya se dijo anteriormente.

Como se ve, el citado art. 3º de la Constitución de Cádiz, también hace residir la soberanía de una manera esencial en la nación, término que se tomó de la Constitución francesa de 1791.

Dicha afirmación implicaba que al residir esencialmente la soberanía en la nación entonces ella misma se convertía en poder constituyente y consecuentemente el Rey y las Cortes ordinarias eran tan sólo poderes constituidos, a quienes se transfería el mero ejercicio de la soberanía.

Al respecto Sánchez Agesta se remite al Conde de Toreno, de la siguiente manera: "El Conde de Toreno expone con precisión esta diferenciación del poder soberano de la nación: 'La nación establece sus leyes fundamentales, y en la Constitución delega la facultad de hacer las leyes a las Cortes ordinarias juntamente con el Rey; pero no les permite variar las leyes fundamentales porque para ésto se requieren poderes especiales y amplios, como tienen las actuales Cortes que son generales y extraordinarias, o determinar en la misma Constitución, cuando, cómo y de qué manera podrán examinarse las leyes fundamentales, por si conviene hacer en ellas alguna variación...Diferencia hay de Cortes constituyentes a unas ordinarias; éstas son arbitras de hacer variar el Código civil, el criminal, etc., y sólo a aquéllas es lícito tocar las leyes fundamentales o la Constitución, que siendo la base del edificio social, debe tener una forma más permanente y duradera.'" (102)

102.- Ob. cit., p. 87.

Como se ve, el citado art. 3º de la Constitución de Cádiz, también hace residir la soberanía de una manera esencial en la nación, término que se tomó de la Constitución francesa de 1791.

Dicha afirmación implicaba que al residir esencialmente la soberanía en la nación entonces ella misma se convertía en poder constituyente y consecuentemente el Rey y las Cortes ordinarias eran tan sólo poderes constituidos, a quienes se transfería el mero ejercicio de la soberanía.

Al respecto Sánchez Agesta se remite al Conde de Toreno, de la siguiente manera: "El Conde de Toreno expone con precisión esta diferenciación del poder soberano de la nación: 'La nación establece sus leyes fundamentales, y en la Constitución delega la facultad de hacer las leyes a las Cortes ordinarias juntamente con el Rey; pero no les permite variar las leyes fundamentales porque para ésto se requieren poderes especiales y amplios, como tienen las actuales Cortes que son generales y extraordinarias, o determinar en la misma Constitución, cuando, cómo y de qué manera podrán examinarse las leyes fundamentales, por si conviene hacer en ellas alguna variación...Diferencia hay de Cortes constituyentes a unas ordinarias; éstas son arbitras de hacer variar el Código civil, el criminal, etc., y sólo a aquéllas es lícito tocar las leyes fundamentales o la Constitución, que siendo la base del edificio social, debe tener una forma más permanente y duradera.' " (102)

102.- Ob. cit., p. 87.

Por otra parte también dió origen a la división de poderes pero al declararse la soberanía como una, indivisible, inalienable e imprescriptible, surge el problema de cómo hacer compatible esta soberanía con esa división de poderes. El maestro Sánchez Agesta dice que sólo la doctrina de Montesquieu era la única capaz de resolver ese problema de tal modo que dicha cuestión desembocó en que la nación soberana como poder constituyente posee esencialmente la soberanía como una e indivisible; en tal virtud los poderes constituidos que componen el gobierno establecido por la nación misma en su ley fundamental, sólo ejercen partes de la soberanía y en ese orden de ideas, el Rey pasaba a ser un órgano constituido creado por la Constitución mientras que las Cortes constituyentes exaltaban el carácter primario de su soberanía; así, en el preámbulo de la Constitución de las Cortes generales y extraordinarias de la Nación española decretaban la Constitución.

La Constitución de Cádiz, en cuanto a la soberanía nacional, en su aspecto externo, como ya se ha visto, fue una consecuencia de la lucha del pueblo español por reafirmar su libertad e independencia ante el invasor, mientras que en el ámbito interno, el vacío institucional dado por los acontecimientos de Bayona en 1808, supuso un proceso Constituyente que desembocó en la restauración de la monarquía y de las Cortes así como en la aparición de principios tales como el de soberanía nacional, que como ya se explicó en líneas anteriores, quedó establecido en el art. 3º ya citado; igualmente se estableció la división de poderes en los

arts. 15, 16 y 17 del Capítulo III intitulado "Del Gobierno". (103)

De esta forma, la soberanía se transfirió del Rey a la nación, dejando de ser una atribución personal del monarca convirtiéndose en un poder nacional.

La Constitución de Cádiz, estuvo vigente en España a partir de que fue jurada el 19 de marzo de 1812 hasta mayo de 1814 ya que el 4 de ese mes y año, el rey Fernando VII por medio de un decreto de esa fecha, restauró el sistema absolutista al desconocer la labor de las Cortes, pero como consecuencia del levantamiento de Riego en 1820, el rey se vió obligado a restablecer esa Constitución.

En la Nueva España la Constitución de Cádiz fue jurada el 30 de septiembre de 1812 y suspendida por el virrey Venegas poco después, a pesar de lo cual fue restablecida en alguna de sus partes, por el virrey Calleja en 1813. Rigió durante los movimientos de emancipación teniendo una gran influencia en varios de nuestros documentos constitucionales, principalmente en los que surgieron durante la lucha de independencia, entre los que se encuentran "Los Elementos Constitucionales" de Ignacio López Rayón y a los que nos hemos referido anteriormente.

Con Morelos se define plenamente la idea de la independencia total que hasta ese momento se había pretendido legitimar bajo la manifestación de lealtad a Fernando VII invocando su soberanía, como lo había hecho Hidalgo al momento de lanzar el famoso "Grito de Dolores" expresando "¡ Viva América !", " ¡ Viva

103.- Tena Ramírez, Felipe, ob. cit., p. 62.

Fernando VII!", "¡ Muera el mal gobierno!".

Ignacio López Rayón al afirmar que la soberanía reside en la persona del Señor Don Fernando VII, en sus "Elementos Constitucionales" como ya se ha dicho, o bien con el Dr. Don José María Cos quién el 16 de marzo de 1812 somete al virrey Venegas un Plan de Paz y Guerra contra los españoles, pero siempre manteniendo la idea original de conservar a la Nueva España como colonia española para Fernando VII; así, aún cuando afirma que la soberanía reside en la masa de la nación, también sostiene que ante la ausencia del rey, ninguno de los habitantes de la península tienen derecho alguno para apropiarse la suprema potestad regia así como tampoco pueden representar la persona real en los dominios de ultramar; por otra parte también afirmaba que la nación se componía de criollos y europeos excluyendo de tal suerte a los indios y a las castas. (104)

Así, cuando Morelos hace ciertas reflexiones a la obra de Rayón y concretamente a la proposición que éste hacía de Fernando VII como depositario de la soberanía popular, se opuso calificando tal proposición como hipotética, y manifestó enfáticamente en el Punto 1º del documento que con el nombre de "Sentimientos de la Nación" o también conocido como los 23 puntos que Morelos preparó para la Constitución y que fue leído en la sesión Inaugural del Congreso de Chilpancingo.

En dicho punto se establecía claramente " Que la América es libre e inde --

104.- Esquivel y Obregón, T. ob. cit., p.p.53-54;// Calzada Padrón, Feliciano, "Derecho Constitucional", Ed. Harla, S.A. de C.V., Colección Textos Jurídicos Universitarios, México, 1990, p.53.

pendiente de España y de toda otra Nación, Gobierno o Monarquía, y que así se sancione dando al mundo sus razones.", en lo que podríamos decir que también se refiere o contempla el aspecto externo de la soberanía popular de la nación.

No podía admitir y por lo tanto lo negaba, que la soberanía residiera en el rey de España, y así lo estableció en el Punto 5º, al decir que " La soberanía dimana inmediatamente del pueblo, el que sólo quiere depositarla en sus representantes dividiendo los poderes de ella en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, eligiendo las provincias sus vocales, y éstos a los demás, que deben ser sujetos sabios y de probidad.", quedando unidos en este punto, los principios de soberanía, representación y división de poderes. (105)

Como se ve, en el, primero de los puntos citados, se declaró a la América totalmente libre e independiente de España así como de cualquier otra nación, monarquía o gobierno, mientras que en el punto 5º se distingue la influencia ejercida por la Constitución norteamericana de 1787 así como la influencia de las teorías de Rousseau, del abate Sieyes y de Montesquieu, ya que en primer término establece que la soberanía dimana del pueblo, el que como poder constituyente, lo deposita en sus representantes y lo divide en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

105.- Tena Ramírez, F., ob. cit. p.29.

3.- CONSTITUCION DE APATZINGAN.

Posteriormente, el 6 de noviembre de 1813, a través del Acta Solemne de la Declaración de la Independencia de la América Septentrional, el Congreso de Anáhuac declaró que ésta "...por las presentes circunstancias de la Europa ha recobrado el ejercicio de su soberanía usurpado; que en tal concepto queda rota para siempre jamás y disuelta la dependencia del trono español; que es el árbitro para establecer las leyes que le convengan para el mejor arreglo y felicidad interior, para hacer la guerra y la paz, y establecer alianza con los monarcas y repúblicas del antiguo continente....", reivindicando de esta manera la soberanía en favor de la "América Septentrional". (106)

Pero el Decreto Constitucional Para la Libertad de la América Mexicana, mejor conocido como "Constitución de Apatzingan", y sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, es el documento que con mayor fidelidad acoge la teoría roussoniana de la soberanía popular, ya que en su art. 2 aplica la idea del ginebrino al definir a la soberanía como "La facultad de dictar leyes y establecer la forma de gobierno que más convenga a los intereses de la sociedad..."; y en el art. 3º se afirma que la soberanía es imprescriptible, inalienable e indivisible, características o atributos que Rousseau confiere a tal poder y que se desprenden de la titularidad de la soberanía radicada en el pueblo.

106.- Tena Ramírez, F., ob. cit., p. 33.

En su art. 4º establece que "Como el gobierno no se instituye por honra o intereses particulares de ninguna familia, de ningún hombre ni clase de hombres, sino para la protección y seguridad general de todos los ciudadanos, unidos voluntariamente en sociedad, ésta tiene el derecho incontestable de establecer el gobierno que más le convenga, alterarlo, modificarlo y abolirlo totalmente cuando su felicidad lo requiera." (107)

En el artículo que se acaba de transcribir, se hace una diferenciación entre la vida individual y la vida social subordinando a ésta, haciendo depender la voluntad de cada uno de la voluntad de todos; además también contiene el derecho a la revolución la que no es otra cosa que el ejercicio mismo de su soberanía y que otorga el pueblo para darse la forma de gobierno que requiera su felicidad.

Es decir, que el Decreto de Apatzingán se encuentra ya plasmada la principal idea política de nuestra historia, y que es la posibilidad de organizar una sociedad libre y justa bajo los dictados y la gestión del pueblo mismo. Así en dicho texto constitucional, se define de una manera clara y precisa a la soberanía, la que se entiende como el poder que posee toda comunidad, para darse libremente la organización política que más le convenga y la facultad de preservar este poder como suyo para modificar su estructura estatal.

En el art. 5º la soberanía popular es fuente y presupuesto del sistema representativo, al afirmar que "Por consiguiente la soberanía reside originariamente

107.- Idem.

en el pueblo, y su ejercicio en la representación nacional compuesta de diputados elegidos por los ciudadanos bajo la forma que prescriba la Constitución".

Por otra parte, en el art. 11 que enseguida se transcribe, se establece que....

Art. 11.- "Tres son las atribuciones de la soberanía: la facultad de dictar leyes, la facultad de hacerlas ejecutar y la facultad de aplicarlas a los casos particulares." (108)

Finalmente en su art. 44 relativo a "Las Supremas Autoridades", la Constitución de Apatzingán insiste en proclamar la soberanía del pueblo al afirmar que "Permanecerá el cuerpo representativo de la soberanía del pueblo con el nombre de supremo congreso mexicano. Se crearán, además dos corporaciones, la una con el título de supremo gobierno, y la otra con el de supremo tribunal de justicia."

Además cabe hacer notar que también el art. 9º del Decreto de Apatzingán, es importante para nuestro estudio ya que en el mismo queda plasmada la independencia del país y consecuentemente su soberanía externa.

Art. 9º.- "Ninguna nación tiene derecho para impedir a otra el uso libre de su soberanía. El título de conquista no puede legitimar los actos de la fuerza: el pueblo que lo intente debe ser obligado por las armas a respetar el derecho convencional de las naciones."

108.- Idem.

De este último artículo se desprenden dos ideas que son, la de no intervención y la de invalidez jurídica de la fuerza. El primero de los principios mencionados, se deriva de la afirmación de que "Ninguna nación tiene el derecho para impedir a otra el uso libre de su soberanía...", mientras que el segundo principio deriva de la afirmación de que "...El título de conquista no puede legitimar los actos de la fuerza...", lo que implica una condena de toda conquista como generadora de derechos. Ambos principios tienen como consecuencia el respeto al derecho convencional de las naciones.

Respecto a este último punto, Jorge Sayeg Helú (109), cita al maestro Mario De La Cueva, de la siguiente manera:

"En este precepto -sigue diciendo elegantemente Mario De La Cueva- está toda la historia y la conducta internacional de nuestra patria. La contemplamos con alegría y con satisfacción y lo consideramos el antecedente de la frase inmortal de Juárez: el respeto al derecho ajeno es la paz; y es asimismo la norma que inspirara la tesis nacional del derecho de autodeterminación de los pueblos y de la no intervención en los asuntos internos de otros Estados:"

Sin embargo dicha Constitución nunca estuvo en vigor debido a los acontecimientos que vivía la nación los que no permitieron que esa Ley Fundamental diera paso a la organización política del país.

109.- Sayeg Helú, J., "El Constitucionalismo Social Mexicano", U.N.A.M., E.N.E.P., Acatlan, Acciones y Valores de México, Casa de Bolsa e INEHRM, 2ª Ed., México, 1987, Tomo I., p.183.

Años más tarde, consumada la independencia con el Plan de Iguala, ratificada la misma por los Tratados de Córdoba y después de que el Congreso declaró nula la elección de Iturbide como emperador por haber sido obra de la violencia, se declaran insubsistentes dichos documentos, los que en realidad revisten aspectos históricos y políticos del Estado independiente mexicano, y no tienen ninguna aplicación práctica y por lo tanto no pueden servir de base fundamental a nuestro derecho ya que los mismos no hablan en momento alguno de la representación de fracciones del país, de regiones políticas autónomas, ni de intereses federativos.

4.- CONSTITUCION DE 1824.

Así pues, pasamos a los primeros y verdaderos documentos de carácter institucional y político de los que parte nuestro derecho y que además constituyen las primeras manifestaciones de la soberanía del pueblo cuando crearon y organizaron el nuevo Estado nacional, y que son a saber: el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana de 31 de enero de 1824, y la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 4 de octubre de 1824.

El primero de estos documentos, el Acta Constitutiva fue sancionada el 31 de enero de 1824, compuesta de 36 artículos conteniendo sólo lo esencial, la estructura orgánica constitucional de México: el federalismo y la división de poderes y sirvió como instrumento jurídico para el gobierno y organización política provi-

sional mientras se terminaba y aprobaba la Ley Fundamental.

El Acta Constitutiva señalaba en sus primeros seis artículos los componentes de la nación mexicana; la libertad e independencia de la misma, lo que implicaba que ésta es la fuente u origen de la soberanía y que por lo tanto sólo la nación tenía el derecho de adoptar y establecer por medio de sus representantes la forma de gobierno así como las demás leyes fundamentales que considerara convenientes para su conservación; la república representativa y popular federal como forma de gobierno, y las partes integrantes de esta última, así como el papel de las entidades federativas, su administración y los gobiernos Internos. Así, en su art. 2º establece la soberanía externa y por lo tanto la independencia del nuevo Estado mexicano, al establecer que la nación mexicana es libre e independiente para siempre, de España o de cualquier otra potencia, y a la vez recalca la característica de inalienabilidad de la soberanía al afirmar que la propia nación no puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona.

En el art. 5º señala que "La nación adopta para su gobierno la forma de república representativa popular.", mientras que en el art. 6º se decía que "Sus partes integrantes son Estados independientes, libres y soberanos, en lo que exclusivamente toque a su administración y gobierno Interior, según se detalle en esta acta y en la constitución general.", desprendiéndose de este último artículo su relación con el art. 24 que a la letra dice: "Las Constituciones de los Estados no podrán oponerse a esta acta ni a lo que establezca la Constitución general: --

por tanto, no podrán sancionarse hasta la publicación de esta última."

Por otra parte, la dogmática constitucional de este documento se integra con los principios de soberanía del pueblo y derechos del hombre y que quedaron consignados en los arts. 3º y 31 respectivamente.

La Dra. Aurora Arnáiz Amigo explica que fue el Acta Constitutiva de 31 de enero de 1824, la que siguiendo los lineamientos establecidos por la Constitución gaditana de 1812 respecto de la soberanía, dispone también en su art. 3º que "La soberanía reside radical y esencialmente en la nación..." (110)

Estrechamente relacionado con los arts. 5º y 24º antes citados, se encuentra el art. 3º que expresaba el concepto fundamental de la soberanía popular, con el ya obligado matiz de la representación en su ejercicio, como textualmente lo afirma dicho precepto: "La soberanía reside radical y esencialmente en la nación, y por lo mismo pertenece exclusivamente a ésta el derecho de adoptar y establecer por medio de sus representantes la forma de gobierno y demás leyes fundamentales que le parezca más conveniente para su conservación y mayor prosperidad, modificándolas o variándolas, según crea convenirle más."

En cuanto a la estructuración del nuevo Estado mexicano, el federalismo surgió como la mejor forma de organización política democrática para mantener a salvo los derechos e intereses del pueblo mediante esa dualidad de gobiernos -

110.- Arnáiz Amigo, Aurora., "Derecho Constitucional Mexicano", Ed. Trillas, S.A. de C.V., segunda edición, enero de 1990, México, D.F., p. 47.

que se frenan uno al otro y en los cuales el único soberano es el pueblo que los crea.

En la primera Constitución Federal, no existe una parte dogmática y otra orgánica, en virtud de que son pocas las referencias dogmáticas además de que se encuentran dispersas a través de todo el texto Constitucional. Pero comparando ambos documentos, es decir, el Acta Constitutiva con esta Ley Fundamental, tenemos que el segundo de ellos es la repetición de aquél pues los conceptos que señala la referida Acta en sus primeros nueve artículos y ya señalados en líneas anteriores, se encuentran establecidos en los arts. 1º, 3º, 4º, 5º, y 6º de esta Ley Fundamental.

Atendiendo a lo antes mencionado, es evidente que ambos documentos sancionados por el mismo Poder Constituyente, son la clara expresión de que el soberano lo era ya el pueblo, pues a través de ese Constituyente se organizó al nuevo Estado independiente, decidiendo la forma de gobierno que deseaba y consecuentemente creó los órganos estatales y delegó en ellos el ejercicio de su soberanía, es decir, designó al grupo de personas que lo habría de representar con la calidad de órganos o poderes constituídos, para lo cual dividió ese ejercicio de la soberanía o poder estatal en legislativo, ejecutivo y judicial, señalando a cada uno de ellos sus funciones a la vez que delimitó sus respectivos campos de competencias.

Respecto a la soberanía, ésta sólo se consigna en su aspecto externo en el art. 1º, como la libertad e independencia de la nación mexicana frente a las de --

más. En ningún momento se habla de la soberanía del pueblo, a pesar de que el primer proyecto de Constitución que no fue admitido, se propuso decretar ésta en el nombre del pueblo, pero por el contrario se aprobó fácilmente, la advocación con la que inicia y que reza así: "En el nombre de dios Todopoderoso, autor y supremo legislador de la sociedad: El Congreso General constituyente de la nación mexicana, en desempeño de los deberes que le han impuesto sus comitentes para fijar su independencia política, establecer y afirmar su libertad y promover su prosperidad y gloria, decreta lo siguiente:..."

Así, el 4 de octubre de 1824 fue sancionada la Constitución con 171 preceptos y en ella se establece el sistema federal teniendo como antecedente la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787, y de la que toma su denominación, siendo sus principales políticas el gobierno federal, las relaciones de éste con las entidades federativas y el sistema de "frenos y contrapesos" en los diversos poderes federales.

La maestra Arnáiz Amigo explica que como antecedentes nacionales de la Constitución del 24, tenemos los siguientes: (111)

a) El voto por la forma de república federal del 12 de junio de 1823, en el que se declara: "El soberano Congreso Constituyente, en sesión extraordinaria de esta noche, ha tenido a bien acordar que el gobierno puede proceder a decir a las provincias estar el voto de su soberanía por el sistema de república federada,

111.- Arnáiz Amigo, Aurora, ob. cit., p. 50.

y que no lo ha declarado en virtud de haber decretado se forme convocatoria para nuevo Congreso que Constituya a la nación."

c) El art. 4º de la Constitución federal de 1824: "La nación mexicana adopta para su gobierno la forma de república representativa popular federal."

b) El art. 5º del Acta Constitutiva del 31 de enero de 1824: "La nación adopta para su gobierno la forma de república representativa popular federal."

La misma autora explica que tal vez la Constitución del 24 fue omisa en cuanto a la declaración categórica de la soberanía debido a la influencia de la Constitución Norteamericana de 1787, la que en su artículo 1º declara en su preámbulo, lo siguiente: "Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos, con el propósito de formar una unión más perfecta, establecer la Justicia, garantizar la tranquilidad nacional, atender a la defensa común, fomentar el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros y nuestra prosperidad, promulgamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América." (112)

Así pues, tenemos que dicha Constitución estableció en su art. 4º que la nación mexicana adoptaba como forma de gobierno la República representativa popular federal. República porque sus gobernantes serían nombrados por el pue- - -

112.- Ibid.// Por su parte Jorge Sayeg Helú, dice al respecto: "...pues no equivocadamente se ha dicho que la Constitución de 1824 logró sintetizar principios del derecho consuetudinario inglés y de las Cartas-concesión norteamericanas, presentes en la Suprema Ley de Filadelfia, como los del derecho público español, que con ciertas tésis de la revolución francesa, dieron contenido a la Constitución de Cádiz de 1812."

blo; al respecto Jorge Sayeg Helú cita al Dr. Mora de la siguiente manera: "...y, según reza el catecismo político del Dr. Mora, '...sus funciones no son perpetuas y (que) son personalmente responsables por el abuso que de ellos puedan hacer...'; federativo '...porque consta de un gobierno general y de los particulares de los Estados, soberanos aquél y éstos, puesto que en uno y otros se ejercen aunque sobre distintos puntos, los tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial, que constituyen la soberanía...'. (113)

Así el Estado Federal mexicano quedó organizado de la siguiente manera:

Se conformaba de diecinueve Estados o entidades federativas y cuatro territorios, y la Ciudad de México se designó como Distrito Federal, sede de los poderes federales.

La Ley Fundamental de 1824 facultaba a cada uno de los Estados de la Federación a tener su propio gobierno, el que también se dividiría en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. El primero residiría en una sola legislatura, art. 158; el segundo en la persona o personas que establezca su Constitución, por tiempo determinado, art. 159; y el tercero, sería ejercido por los tribunales establecidos por la Constitución particular de cada una de esas entidades federativas, art.160; además se imponía a estas últimas, obligaciones y restricciones como consecuencia de la soberanía del Estado Federal sobre sus Estados Federados, contrariamente a lo establecido por la Carta Magna estadounidense, ya que no se re-

113.- Ob. cit., p. 243.

servaría a los Estados miembros, como lo hacía ésta, las facultades que fueran conferidas al gobierno federal, sino que se entenderían reservadas a éste las que no fueran otorgadas a los propios Estados.

Entre las obligaciones y restricciones, tenemos la de organizarse sin contrariar la Constitución ni el Acta Constitutiva; publicar sus Constituciones; guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes generales de la Unión y los tratados celebrados por la Federación; protección a la libertad de expresión, etc., arts. 157 a 162.

De lo anterior, resulta que los Estados y territorios de la Federación estaban a cargo del gobierno federal que se implantaba, y gozaban de autonomía en cuanto a su régimen interior a la vez que en ellos también se daba -como ya se ha dicho- la división de poderes; existía, como hasta ahora, la participación de esas entidades en el gobierno federal, a través del Senado; y un sistema de reformas y adiciones constitucionales con la intervención de las legislaturas locales.

En cuanto a la división de poderes, la misma se encuentra regulada en dicha Constitución a partir del art. 6º hasta el 144, en los que se encuentra decretada en términos generales tal distribución del ejercicio del poder soberano. Aquí ya no se trata de un mecanismo de pesos y contrapesos sino de un organismo ya que establece tan sólo una distinción de poderes tratando que se asegure la eficaz marcha del Estado mediante la colaboración y vigilancia mutua que se da entre los tres poderes.

Tal división reiteraba la primacía del Poder Legislativo sobre el Ejecutivo y el Judicial, pero a partir de la Constitución del 24, nuestro régimen presidencialista cobró más fuerza, situación que se ha sostenido hasta nuestros días.

Por otra parte, el Poder Legislativo se dividía en dos Cámaras: la de Diputados y la de Senadores.

En los arts. 8 y 11 se establecía la composición de la Cámara de Diputados así como el modo de elección de éstos; mientras que la Cámara de Senadores se compondría de dos senadores por cada Estado, elegidos por mayoría de votos por sus legislaturas, como lo señalaba el art. 25.

El Poder Ejecutivo de la Federación se depositaba en un solo individuo denominado Presidente y a la vez, se instituíta también la figura del Vicepresidente, arts. 74 y 75. En los arts. 84 y 85 se disponía que sería electo Presidente de la República aquella persona que reuniera la mayoría absoluta de los votos de las legislaturas estatales, y Vicepresidente a la persona que le siguiera en número de votos, art. 84. Respecto a la figura del Vicepresidente, Sayeg Helú, se refiere a la coexistencia de ambas figuras, al decir: "Este sistema, como fácilmente se comprende, estorbaba la unidad necesaria a la actuación del Ejecutivo, al integrarse éste con dos individuos que habían contendido el uno frente al otro; de ideas distintas, contrarias muchas veces; y a cuya sombra podían, aún formarse sendos partidos políticos." (114)

114.- Ob. cit., p. 246.

Se estableció un término de cuatro años para el ejercicio de la presidencia y de la vicepresidencia, así como que el presidente sólo podría ser reelecto para el encargo, pasados cuatro años de haber cesado en sus funciones, arts. 95 y 77 respectivamente.

En las Secciones Tercera y Cuarta se señalan las prerrogativas del presidente y del vicepresidente, así como las atribuciones y restricciones de sus facultades.

Se creó el Consejo de Gobierno como sustituto del Congreso General que funcionaría durante los recesos de éste y se encargaba entre otras cosas, de velar sobre la observancia de la Constitución, del Acta Constitutiva y de las leyes generales; así como de hacer al presidente las observaciones que considerara pertinentes para el mejor cumplimiento de la Constitución y de las leyes de la Unión.

Dicho cuerpo era presidido por el vicepresidente y se integraba por los senadores más antiguos de cada Estado.

En la Sección Sexta del Título Cuarto, art. 117 al 122, se señala que el despacho de los negocios de gobierno, se hará a través de los Secretarios de Despacho.

Así, el establecimiento del federalismo en la Constitución de 1824, significó la antítesis del centralismo que existió durante la colonia, al igual que la elaboración y la sanción de una Constitución escrita fue la antonimia de la monarquía absoluta como forma de gobierno.

Finalmente, el Poder Judicial se hizo residir en la Corte Suprema de Justicia, en los Tribunales de Circuito y en los juzgados de Distrito, art. 123.

De esta forma, la División de Poderes de Montesquieu y la teoría del órgano, influyeron en la organización política del país, escindiendo el ejercicio de la soberanía nacional, en los tres poderes ya mencionados y a los que para ejercer sus funciones, se les dotó de competencia.

La existencia de las figuras del presidente y del vicepresidente de la República, estorbaba la unidad necesaria para el desempeño de las funciones del ejecutivo, pues entre estas figuras se dió cierto antagonismo debido a que tales puestos podían ser ejercidos por personas de ideas totalmente distintas y en muchas ocasiones contrarias, como efectivamente sucedió desde un principio, ya que al inicio del México independiente surgieron pugnas ideológicas, las cuales empezaron a tomar partido durante el primer gobierno republicano y se conformaron bajo la influencia de las escuelas de las que procedían. De esta forma surgieron dos bandos: los centralistas o conservadores, organizados bajo la logia escocesa, y los liberales o federalistas, pertenecientes a la logia de York.

Lo anterior, lejos de lograr la unidad del Ejecutivo en su actuación así como la unidad política del país y por ende su buen desarrollo como Estado soberano e independiente, desencadenó una larga lucha entre los partidos antes mencionados, ya que los conservadores pretendían imponer el centralismo mientras que los liberales intentaban afianzar el federalismo y la ideología liberal que implicaba.

El antagonismo a que nos hemos referido en líneas anteriores, se puso de manifiesto durante el primer período presidencial a cargo de Don Guadalupe Victoria, con el pronunciamiento del Plan de Montaña que propugnaba por "...la abolición de sociedades secretas, renovación del cuerpo ministerial, expulsión del enviado norteamericano Joel R. Poinsett; estricta observancia de la Constitución Federal y de las Leyes." (115) siendo jefe de dicho movimiento, el vicepresidente Nicolás Bravo, líder de los escoceses o conservadores.

Posteriormente, durante el período presidencial del General Vicente Guerrero, líder de los yorkinos, y vicepresidente el General Anastasio Bustamante, conservador y miembro de la logia escocesa, se da el segundo levantamiento encabezado por el vicepresidente en contra del jefe del Ejecutivo. Por ende, tal situación de oposición entre el presidente y el vicepresidente, más que fortalecer el federalismo, lo debilitó no cumpliendo con sus objetivos, lo que Don Jesús Reyes Heróles describe de la siguiente manera: "El federalismo del Acta Constitutiva no era desunir lo unido, sino mantener ligado lo que estaba desunido." (116), afirmación que se puede relacionar con lo dicho por Sayeg Helú respecto al federalismo mexicano, en el sentido de que su origen responde "...a una necesidad de nosotros mismos. No se trató -no- de copiar el sistema federal estadounidense, que estaba ya probando sus magníficos resultados prácticos; sino que apro--

115.- Sayeg Helú, Jorge, ob. cit., p. 252.

116.- Reyes Heróles, Jesús, "El Liberalismo Mexicano", tomo I, p. 358, Ed. F.C.E., S.A. De C.V., Primera reimpresión, México, 1988.

vechando éstos, fue recogido por nuestro país para satisfacer sus propias necesidades: 'Salvar la unidad del país amenazada por los regionalismos nacionalistas'..." (117)

El maestro Burgoa en su libro "Derecho Constitucional Mexicano" ya citado, explica que en el siglo pasado, la anarquía reinante a partir de la Constitución de 1824, no se debió a la lucha por imponer el centralismo o el federalismo como forma de gobierno o de organización política, sino que tal pugna implicaba en el fondo una lucha de partidos sostenida entre los conservadores o centralistas y los liberales o federalistas, con lo que estamos de acuerdo y por nuestra parte nos atrevemos a decir que tal situación prevalece en la actualidad pues partidarios de diversos partidos políticos y gentes de diversas esferas de la sociedad acusan al gobierno de ejercer cierto centralismo sin darse cuenta que tal hecho se debe a la lucha de los principales partidos políticos del país, por conservar o adquirir el control del poder público el cual realmente está representado y es ejercido por el jefe del Ejecutivo y sus colaboradores salidos del partido en el poder a quién verdaderamente representan y favorecen, con lo que reafirma que lo que en verdad existe en el poder no es una verdadera democracia sino un régimen oligárquico.

En el año de 1833 llegó al poder el General Antonio López de Santa Anna como presidente y se eligió como vicepresidente a Don Valetín Gómez Farías - -

117.- Sayeg Helú, Jorge, ob. cit., p. 220.

miembro del ala radical del liberalismo, también conocidos como yorkinos puros, quién desde un principio asumió el poder, ya que por razones de salud el presidente Santa Anna se retiró.

De esta suerte, los liberales tuvieron la oportunidad de desarrollar sus programas de corte liberal desde la jefatura misma del gobierno, y con la colaboración intelectual del Dr. José María Luis Mora, realizando una triple reforma de carácter eclesiástico, educativo y militar ; a este período se le ha denominado como la Pre-Reforma o Primera Reforma que tenía como objetivo limitar principalmente el poder que a pesar de la declaración de independencia y soberanía del nuevo Estado mexicano, había conservado el clero y ante la pretensión de este último de dividir la soberanía en dos potestades, subordinando la del Estado a la del poder eclesiástico.

Tales cambios se enderezaron en contra de la condición privilegiada de que gozaban tanto el clero como el ejército, por lo que se prohibió la sepultura de cadáveres en las iglesias; que los religiosos interfirieran en asuntos políticos; se ordenó la secularización de las misiones de las Californias; los hospicios, fincas rústicas y urbanas así como los capitales y bienes pertenecientes a las antiguas misiones de Filipinas, quedaron a cargo de la federación; se extinguió el Colegio de Santa María de todos los Santos y se clausuró la Real y Pontificia Universidad de México, controlados por el clero, estableciéndose un sistema de escuelas populares dependientes de un organismo estatal llamado Dirección General de Instrucción Pública; se suprimió la coacción civil para el cobro de los diezmos dejan-

do a los ciudadanos en entera libertad de conciencia para no pagarlos o para hacerlos según su voluntad; se suprimió también la coacción civil para el cumplimiento de los votos monacales, ya que se consideró que los mismos debían ser cumplidos en forma libre y espontánea; se decretó la separación de intereses del Estado con los de la Iglesia y consecuentemente, se consideró a los ministros de ésta como súbditos del Estado y no como iguales a éste, por lo que el gobierno no necesitaba su apoyo y se dispuso la sujeción de la Iglesia al Gobierno.

Ese movimiento reformista se apoyaba en la idea de la soberanía popular y según las palabras del Lic. Miguel De La Madrid Hurtado, "...desde el principio se mezcló con la lucha por las libertades, sirvió también para apoyar la idea de la secularización del Estado", "...De esta manera, la lucha entre el poder secular y el poder esclesiástico por la preponderancia, se trabó en los Estados Unidos - Mexicanos a través del proceso de la positivización del principio de la soberanía popular en nuestra vida política." (118)

En cuanto a la milicia, se decretó la reducción del ejército permanente; el establecimiento de una milicia nacional y la supresión de los fueros militares.

Sin embargo, el vicepresidente Gómez Farías no contó con el apoyo del Presidente Santa Anna quién todo lo contrario, se puso del lado de los conservadores y del clero y a su regreso a México, reasumió el poder destituyendo al vice-

118.- De La Madrid Hurtado, Miguel, "Elementos de Derecho Constitucional", ICAP (Instituto de Capacitación Política; PRI); primera edición, México, 1982; p. 109.

presidente, y suprimió las Leyes de Reforma apoyando el Plan de Cuernavaca que resultó de la sublevación iniciada por miembros del ejército apoyada por el clero al grito de "¡Religión y Fueros!".

5.- CONSTITUCION DE 1836.

Esta Primera Reforma originó como reacción de defensa de las clases privilegiadas (alto clero y milicias), las llamadas Bases Constitucionales que no se limitaron a detener la Reforma sino que se llegó a lograr un cambio radical en la forma de gobierno establecida por la Constitución de 1824, a pesar de que ésta estipulaba en su art. 171 que "Jamás se podrán reformar los artículos de esta Constitución y de la acta constitutiva que establecen la libertad e independencia de la nación mexicana, su religión, forma de gobierno, libertad de imprenta, y división de los poderes supremos de la federación y de los Estados". (119)

El citado artículo fue dejado a un lado y en 1835 el gobierno decidió acabar con el sistema Federal y el 23 de octubre de ese mismo año, aparecieron las citadas Bases Constitucionales que servirían de prólogo a las Siete Leyes Constitucionales de 1836.

Estas Bases Constitucionales constaban de 14 puntos referentes a un sólo artículo, explica la Dra. Arnáiz, el que rezaba de la siguiente manera: "La nación -

119.- Tena Ramírez, Felipe, ob. cit., p. 193.

mexicana, una soberana e independiente como hasta aquí, no profesa ni protege otra religión que la católica, apostólica, romana, ni tolera el ejercicio de otra alguna.", desprendiéndose de este precepto que a pesar de todo, se respetó el principio de la soberanía popular aunque no se hizo una declaración más clara y precisa del mismo.

Fue así como se facilitó el cambio del federalismo al centralismo, pues como dice Jorge Sayeg Helú, "fincaron los cimientos de un régimen de gobierno centralista, teocrático, oligárquico, plutocrático y estructuralmente complicado e inconsistente..." (120)

El nuevo sistema de gobierno centralista se fundamentaba principalmente en los arts. 4º, 8º y 10º, ya que en el primero de dichos preceptos se apuntaba ya, la novedosa institución que en materia de división de poderes establecían las Bases:

Art. 4º.- "El ejercicio del supremo poder nacional continuará dividido en legislativo, ejecutivo y judicial, que no podrán reunirse en ningún caso ni por ningún pretexto. Se establecerá además un arbitrio suficiente para que ninguno de los tres pueda traspasar los límites de sus atribuciones."

Mientras que en el art. 8º se consignaba decididamente el sistema centralista de gobierno, al afirmar que: "El territorio nacional se dividirá en Departamentos..."

120.- Sayeg Helú, J., ob. cit., p. 278.

Postura que se afianzaba con el art. 10º que establecía que "El poder ejecutivo de los Departamentos residirá en el gobernador, con sujeción al ejecutivo supremo de la nación..."

Como se ve, se mantuvieron los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, pero en las entidades departamentales se suprimió el Poder Legislativo cuyas funciones asumió el Congreso General de la Nación y se creó además la figura del Supremo Poder Conservador, como un cuarto órgano del Estado que sería el árbitro a que se refiere el citado artículo 4º.

De esta forma, al establecerse definitivamente el centralismo, se afianzó la situación de las clases privilegiadas -alto clero y milicias- que había sido debilitada por la reformas liberales del vicepresidente Gómez Farfás. A este respecto, Reyes Heróles dice: "Las Siete Leyes tenían un propósito, por absurdo que a la distancia parezca: consolidar y perpetuar de jure el poder de las clases privilegiadas que día a día se debilitaban." (121). A la vez, se pretendía disminuir la fuerza que iban adquiriendo las entidades federativas.

Así, surgen las Siete Leyes Constitucionales de 1836 las que se dividían por temas o materias, quedando de la siguiente manera: La Primera de esas Leyes, se refería a los "Derechos y obligaciones de los mexicanos y habitantes de la República", integrándose por 15 artículos. La Segunda Ley se ocupaba de la "Organización de un supremo poder conservador", componiéndose de 23 - -

121.- Reyes Heróles, Jesús, ob. cit., p. 227.

artículos; la Tercera Ley contemplaba lo relacionado con el "Poder Legislativo, de sus miembros y de cuanto dice relación a la formación de las leyes." La Cuarta Ley trataba de la "Organización del Supremo Poder Ejecutivo". La Quinta Ley correspondía al "Poder Judicial de la República Mexicana" ; la Sexta a la "División del Territorio de la República y gobierno interior de sus pueblos" y la Séptima Ley trataba de las "Variaciones de las leyes constitucionales"

Pero a pesar de todo, en ningún artículo de las Siete Leyes, se hace referencia al principio de la soberanía nacional, a excepción hecha de su breve introducción y su correspondiente advocación, las cuales rezan de la siguiente manera:

"El Presidente Interino de la República Mexicana, a los habitantes de ella, sabed: Que el Soberano Congreso nacional ha decretado las siguientes

LEYES CONSTITUCIONALES

En el nombre de Dios Todopoderoso, trino y uno, por quién los hombres están destinados a formar sociedades y se conservan las que forman; los representantes de la Nación mexicana, delegados por ella para constituirla del modo que entiendan ser más conducente a su felicidad, reunido al efecto, en Congreso General, han venido en decretar y decretan las siguientes..." (122)

En la Segunda Ley Constitucional, como ya hemos visto, se trata sobre la organización de un Supremo Poder Conservador al que se ha hecho referencia --

122.- Tena Ramírez, Felipe, ob. cit., p.p. 204-205.

en líneas anteriores. En el art. 12 de esta Ley, se consignaban las atribuciones de dicha figura, cuyas funciones de control y vigilancia eran: declarar la nulidad de una ley o decreto; la de los actos del Poder Ejecutivo y de la Corte Suprema de Justicia; declarar la incapacidad física o moral del Presidente de la República; suspender a la Corte Suprema así como también las sesiones del Congreso General hasta por dos meses; restablecer constitucionalmente a cualquiera de los tres poderes en el caso de que hubieren sido disueltos por una revolución, declarar la voluntad de la nación cuando fuera conveniente; negar u otorgar la sanción a las reformas constitucionales y calificar las elecciones de los senadores. Finalmente, en su art. 17 se decretó que el Supremo Poder Conservador era únicamente responsable ante Dios y la opinión pública, y que sus individuos en ningún caso podrían ser juzgados ni reconvencidos por sus opiniones.

Por su parte, respecto a este cuarto órgano estatal, Don Jesús Reyes Heróles, se remite a la prensa de la época y cita a *El Cosmopolita* donde se señalaba que el Ejecutivo no era fuerte pues era controlado por una oligarquía y calificaba al Supremo Poder Conservador como el padrastro del Presidente de la República: "Al primer jefe de la república se le há establecido un padrastro, en ese poder absoluto que se llama conservador; se le ha puesto bajo la tutela de un consejo, y se le ha llamado la atención a minuciosidades, que la naturaleza de las cosas exigía que se sometieran al cuidado de autoridades locales." (123)

123.- Reyes Heroles, Jesús, ob. cit., tomo II, p. 229.

Además, junto con el Presidente de la República y con el Supremo Poder Conservador, existía también el Consejo de Gobierno, al que nuestro autor califica de "tutor" del jefe del ejecutivo, compuesto de trece consejeros de los cuales, dos eran eclesiásticos, dos militares y el resto pertenecía a las demás clases de la sociedad, según establecía el art. 21 de la Cuarta Ley Constitucional, y sus atribuciones quedaban fijadas en todos los casos y en aquellos otros en que se les requiera; nombrar de entre sus miembros al que habría de fungir como secretario, y al que supliera sus faltas; y todas las demás que aparecen señaladas en esta Ley y en las otras Leyes Constitucionales.

En cuanto a la organización del Poder Legislativo así como a la formación de leyes, tales aspectos se encuentran regulados por la Tercera Ley Constitucional, en la que se establece que ese órgano del Estado se depositaba en el Congreso General de la Nación y se componía de la Cámara de Diputados y de la de Senadores. Pero la innovación dada en esta Ley consistía en que la iniciativa de ley correspondía tan sólo al Poder Ejecutivo y a la Cámara de Diputados en todas las materias; a la Corte Suprema en lo relativo a su ramo y a las Juntas Departamentales en lo concerniente a impuestos, educación, industria, comercio, administración municipal y variaciones constitucionales. Por su parte, el Senado únicamente estaba facultado para revisar el proyecto sin modificarlo, debiendo tan sólo aprobarlo o desaprobarlo, arts. 25, 26 y 32.

En la Cuarta Ley se establecía la organización del supremo Poder Ejecutivo, el que se depositaba en un supremo magistrado llamado Presidente de la Repú--

blica y duraba en su encargo ocho años. En el art. 2º se fijaba el procedimiento para su elección mientras que en el art. 5º se señalaba el caso en que podía ser reelecto.

En la Sexta Ley quedaba regulada la división del territorio de la República así como el gobierno interior de sus pueblos.

En su art. 1º se señaló que la República se dividiría en departamentos; éstos se dividirían en distritos y estos últimos a su vez se dividirían en partidos, de conformidad con lo establecido por el art. 3º de esta Ley.

En el art. 4º se dispuso que el gobierno interior de los departamentos, quedaría a cargo de los gobernadores "...a propuesta en terna de las Juntas departamentales, sin obligación de sujetarse en los departamentos fronterizos, y pudiendo devolverla una vez en los demás. Los gobernadores durarán en su encargo ocho años, pudiendo ser reelectos.", según señalaba el art. 5º.

Asimismo, con la adopción del centralismo, se eliminaron las legislaturas de los estados o departamentos, pues como lo afirmaba la Tercera Ley en su art. 1º, el ejercicio del poder legislativo se depositaba en el Congreso General de la Nación compuesto por dos cámaras; situación que se reiteró por la Sexta Ley encargada de establecer la división territorial del país y mencionada anteriormente.

Finalmente, la Séptima Ley se refería a que en el transcurso de seis años contados a partir de la publicación de la Constitución, ésta no podría ser alterada o modificada.

Por último, Reyes Heróles ha definido a este período de las Siete Leyes co--

mo una época de constitucionalismo oligarquico, ya que como se ha dicho anteriormente, tales ordenamientos legales implicaron la consolidación de la situación privilegiada de que gozaban los sectores teocrático-militares, lo que quedaba establecido por el art. 30 de la Quinta Ley y que a la letra dice: "No habrá más fueros personales que el eclesiástico y militar." (124), y de esta forma se caracterizó esta etapa constitucional, por el régimen de desigualdad que imperó durante esos años, pues este Código Político tan sólo aseguró los privilegios del clero y del ejército a pesar de lo cual, éstos no pudieron armonizar sus intereses; período en el que resalta el criterio anti-igualitarista o elitista y de corte conservador, marcado por las Siete Leyes Constitucionales, pues las mismas establecían como requisito para poder aspirar a los cargos públicos, cierto grado de riqueza, constituyéndose además en una obligación a efecto de poder tener categoría de ciudadano. De tal suerte, que para ser diputado, el art. 6º de la Tercera Ley, señalaba como requisito, entre otros, el "Tener un capital (físico o moral) que le produzca al individuo lo menos mil quinientos pesos anuales." Para ser senador, era necesario que el aspirante tuviera un capital, también físico o moral, que le produjera al menos dos mil quinientos pesos anuales, art. 12; y para ser presidente de la República, el aspirante no podía percibir menos de cuatro mil pesos anuales de renta, según el art. 14 de la Cuarta Ley, mientras que para ser miembro del Supremo Poder Conservador, los aspirantes debían tener al menos -

124.- Tena Ramírez, F., ob. cit., p. 237.

tres mil pesos de renta anual, art. 10 de la Segunda Ley; para ser gobernador, la renta anual del aspirante no podía ser menor de dos mil pesos; al prefecto se le exigían mil pesos y al subprefecto, quinientos pesos.

Como se ha visto, en el período centralista el soberano, no lo fue precisamente el pueblo, sino el soberano Congreso Nacional y por consiguiente las clases privilegiadas de la sociedad, lo que no permitió al país vivir en paz y armoniosamente

De todo lo anterior, se desprende que la etapa centralista se caracterizó -por una parte- por la inestabilidad que privó en ella, surgida de las constantes luchas de índole política para obtener el poder y que encontraron su fundamento en dos ideas que eran, por un lado, la intención de la iglesia de continuar con el dominio teocrático que predominó en la colonia y obtener el dominio del poder civil o terrenal, y por otro lado, el anhelo de un determinado sector que luchaba por descentralizarlo, situación que ayudó a que el país careciera de la paz y unión nacional requeridos para que el país se afanzara como un Estado soberano e independiente, lo que implicó que se sucedieran sin ningún orden ni respeto a los plazos establecidos por las Constituciones, una serie de gobiernos débiles y oligárquicos y por lo tanto, favorecedores de los intereses de las clases privilegiadas, lo que es clara muestra de que en el período centralista el tema de la soberanía fue ajeno a la regulación jurídica que se dió durante esa etapa.

La razón parece obvia; la lucha de facciones en la que predominó la oligarquía, configurada por la iglesia y los militares principalmente, que se entreveran -

con la aristocracia españolista; oligarquía que cuando asume el poder, refleja sus intereses en normas como las Siete Leyes Constitucionales de 1836 y sus antecesoras las Bases Constitucionales de 1835, en las que la soberanía como concepto liberal emanado del pueblo, campea por su ausencia en estas regulaciones.

De ésto se desprende que la soberanía no encontraba su origen directo en la nación, sino en un Congreso Nacional al que por consiguiente se calificaba de soberano y por lo tanto tenía facultades para decretar las referidas Leyes Constitucionales.

6.- BASES ORGANICAS DE 1842.

Posteriormente, el 12 de junio de 1843 se sancionaron las Bases Orgánicas, última Constitución Centralista, acordada por la Junta Legislativa y que conservaba la hegemonía de las clases privilegiadas manteniéndolo y fortaleciéndolo el sistema central de gobierno.

Con este documento, se eliminó el Supremo Poder Conservador al cual quedaba subordinado el Ejecutivo en las Siete Leyes de 1836 y consecuentemente, tenía la total libertad de imponer su voluntad en virtud de ser un producto militar, dando paso a un despotismo constitucional aún más intolerable que el Constitucionalismo oligárquico que las Siete Leyes habían implicado.

Por otra parte, estas Bases hacen una breve referencia a la soberanía en --

sus arts. 1º y 5º, los que a la letra dicen:

Art. 1º.- "La Nación Mexicana en uso de sus prerrogativas y derechos, como independiente, libre y soberana, adopta para su gobierno la forma de República representativa popular."

Art. 5º.- "La suma de todo el poder reside esencialmente en la Nación y se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No se reunirán dos o más poderes en una sola corporación ó persona, ni se depositará el Legislativo en un individuo." (125)

De lo afirmado en dicho artículo, se desprende que el Poder Constituyente reside en la Nación.

En el año de 1853 regresa Santa Anna al poder, realizando una dictadura aún más absoluta que todos sus demás períodos gubernamentales, y en virtud de que el orden Constitucional se había roto desde principios de ese año, se gobernó con base en las llamadas "Bases para la administración de la República hasta la promulgación de la Constitución", del 23 de abril de 1853. Nunca se llegó a redactar una Constitución y Santa Anna gobernó en a base de decretos y con su capricho personal, terminando con los restos del federalismo y con la menor autonomía de los Estados, centralizando el poder en sus manos y tomó el título de Alteza Serenísima.

Pero cabe hacer notar que el principio de soberanía se encuentra estrecha--

125.- Ibid. p.406.

mente ligado a la idea de nacionalidad la que se manifestó inicialmente con la guerra de independencia y posteriormente, con la Revolución de Ayutla el pueblo de México se identifica plenamente como nación implicando así de una forma determinante la unidad nacional necesaria para constituirse en un Estado soberano e independiente totalmente, ya que finalmente se tomó conciencia de que el soberano era el pueblo y no el grupo gobernante que pretendía representarlo dejando en un segundo plano el interés común y actuando para beneficio propio y de las clases privilegiadas a las que realmente representaban.

El mencionado movimiento revolucionario se manifestó en primer término con el Plan de Ayutla de 1º de mayo de 1854 el cual se reformó el día 11 de ese mismo mes y año, por el Plan de Acapulco.

El primero de los documentos mencionados, señala el profesor Sayeg Helú, se divide en dos partes; la primera de ellas se encuentra contenida en su preámbulo - o también llamado "Considerando" - así como en su art. 1º, avocándose a la destrucción del régimen tiránico y oligárquico durante la etapa centralista (126), lo que quedaba plasmado de la siguiente manera:

" CONSIDERANDO: "

"Que la permanencia de Don Antonio López de Santa Anna en el Poder es un amago constante para las libertades públicas, puesto que con el mayor escándalo, bajo su gobierno se han hollado las garantías individuales que se respetan -

126.- Sayeg, Helú, J., ob. cit., p. 374.

aún en los países menos civilizados;

Que los mexicanos, tan celosos de su libertad se hallan en el peligro inminente de ser subyugados por la fuerza de un Poder absoluto, ejercido por el hombre a quién tan generosa como deplorablemente confiaron los destinos de la Patria;

Que bien distante de corresponder a tan honroso llamamiento, sólo há venido a oprimir y vejar a los pueblos, recargándolos de contribuciones onerosas sin consideración a la pobreza general, empleándose su producto en gastos superfluos y formar la fortuna, como en otra época, de unos cuantos favoritos; ...

...Que debiendo conservar la integridad del territorio de la República, ha vendido una parte considerable de ella, sacrificando a nuestros hermanos de la frontera del Norte, que en adelante serán extranjeros en su propia patria, para ser lanzados después, como sucedió a los californios;

Que la Nación no puede continuar por más tiempo sin constituirse de un modo estable y duradero, ni dependiendo su existencia política de la voluntad caprichosa de un solo hombre;

Que las instituciones republicanas son las únicas que convienen al país con exclusión absoluta de cualquier otro sistema de Gobierno;

Y por último, atendiendo a que la Independencia nacional se halla amagada, bajo otro aspecto no menos peligroso, por los conatos notorios del partido dominante levantado por el general Santa Anna;

Usando de los mismos derechos de que usaban nuestros padres en 1821, --

para conquistar la libertad, los que suscriben proclaman y protestan sostener hasta morir, si fuera necesario, el siguiente Plan." (127)

De esta forma el pueblo empezaba a recobrar su soberanía

La segunda parte de este Plan, en la que se planteaba el establecimiento de un nuevo régimen, quedaba plasmada a partir del punto 2º y se afianzaba en los puntos 4º y 5º, preceptos que textualmente dicen:

" 2º.- Cuando éste haya sido adoptado por la mayoría de la Nación, el General en jefe de las fuerzas que los sostengan, convocará un representante por cada Estado y Territorio, para que reunidos en el lugar que estime conveniente, elijan al Presidente Interino de la República, y le sirvan de Consejo durante el corto período de su encargo." (128)

" 4º.- En los Estados en que fuere secundado este plan político, el Jefe principal de las fuerzas adheridas, asociado de siete personas bien conceptudas que eligirá él mismo, acordará y promulgará al mes de haberla reunido, el Estatuto provisional que debe regir en su respectivo Estado o territorio, sirviéndole de base para cada Estatuto, que la Nación es y será siempre una sola, indivisible e independiente."

"5º.- A los quince días de haber entrado en sus funciones el Presidente Interino, convocará el Congreso extraordinario, conforme a las bases de la ley que

127.- Tena Ramírez, Felipe., ob. cit., p.p.492-493.

128.- Idem.

fue expedida con igual objeto en el año de 1841, el cual se ocupe exclusivamente de construir a la Nación bajo la forma de República representativa popular, y de revisar los actos del Ejecutivo Provisional de que se habla en el art. 2º." (129)

De esta forma el pueblo dejaba claro que el único soberano era él y que las personas al frente del gobierno, miembros de los tres poderes, no eran más que mandatarios en quienes se había delegado la representación de la nación con miras a la consecución del bien común y no para beneficio exclusivo de determinados grupos sociales y partidos políticos, como sucedió en la etapa centralista, de tal suerte que las ideas liberales volvían a cobrar auge en la vida política del país.

El Plan de Acapulco, reiteraba lo señalado por su antecesor con la única aclaración de tendencias conservadoras propuesta por el moderado Comonfort, en el sentido de que las partes integrantes del territorio nacional se les llamara Departamentos y no Estados como se decía en el Plan de Ayutla, y se dejaba al Congreso Constituyente la facultad de constituir a la Nación como República representativa popular, señalado en el art. 5º

Pero el aspecto más importante del citado Plan de Ayutla, lo constituía su segunda parte no sólo porque la misma declaraba tácitamente la soberanía del pueblo, sino porque establecía la forma en que la misma se reflejaría en la nueva organización del Estado mexicano, como lo señalan los arts. 2º, 4º y 5º y cita - -

129.- Idem.

dos.

7.- CONSTITUCION DE 1857.

La Revolución de Ayutla finalmente originó en 1856, un Congreso Extraordinario que se encargaría de elaborar la nueva Constitución Política del país que establecería un nuevo orden jurídico organizando así, de nueva cuenta al Estado mexicano.

Sin embargo, aún cuando ese Poder Constituyente era el representante del pueblo para efecto de que elaborara su nueva Ley Fundamental, no era un poder u órgano omnímodo ni absoluto ya que al mismo se le impusieron tres limitantes establecidas por el Plan de Ayutla en su art. 5º relativas a la forma en que se organizaría al país, principios que Sayeg Helú califica de democráticos al decir en primer término, lo siguiente: "...sólo imponía como límites a las amplias facultades constituyentes de dicho Congreso, el respeto a los principios democráticos, es decir, establecía como una de las decisiones políticas fundamentales que debería consagrar la Carta Fundamental, el principio de la democracia.", y en segundo lugar, refiere este autor lo siguiente: "...consignó dicho Plan, en su artículo quinto, los fundamentales principios democráticos: el republicano; el representativo, y como común denominador a ambos, el de la soberanía del pueblo." (130)

130.- Sayeg Helú, Jorge, ob. cit., p. 456.

Respecto a estas limitantes al Poder Constituyente, Sayeg se remite al Dictamen emitido por la Comisión de Constitución y cita lo siguiente: "La democracia, ya lo hemos dicho en otra parte, es el mando, la ley, la judicatura del pueblo."
(131)

Ahora bien, si tomamos en cuenta la forma en que dicha Comisión de Constitución define la democracia, podemos decir con base a todo lo dicho en los capítulos anteriores, que en tal idea de democracia se resume el concepto de soberanía entendida ésta como la facultad de un pueblo para determinar su organización política dándose su forma de gobierno y sus propias leyes con total independencia de otros pueblos.

En el capítulo intitulado " DE LA SOBERANIA NACIONAL Y DE LA FORMA DE GOBIERNO " correspondiente a la Sección Primera del Título Segundo del proyecto de Constitución, el Constituyente planteó la idea de soberanía de la siguiente manera: " En el nombre de Dios y con la autoridad del pueblo mexicano.

Los representantes de los diferentes Estados que componen la República de México, llamados por el Plan proclamado en Ayutla el primero de mayo de mil ochocientos cincuenta y cuatro, reformado en Acapulco el día once del mismo mes y año, y por la convocatoria expedida el siete de noviembre de mil ochocientos cincuenta y cinco para constituir á la nación bajo la forma de República democrática, representativa, popular, poniendo en ejercicio los poderes con que están

131.- Ibid, p. 457.- - // - - Tena Ramírez, Felipe, ob. cit., p. 541.

investidos, cumplen con su alto encargo decretando la siguiente

CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA MEXICANA

Sobre la indestructible base de su legítima independencia, proclamada el día diez y seis de septiembre de mil ochocientos diez, y consumada el veintisiete de septiembre de mil ochocientos veintiuno." (132)

Pero es en sus artículos 45, 46 y 47 en donde establece más claramente lo qué es la soberanía del pueblo de México, al decir:

Art.- 45.- " La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para su beneficio. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno."

Art. 46.- "Es voluntad del pueblo mexicano, constituirse en una República representativa democrática federativa, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente á su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental, para todo lo relativo á los intereses comunes y nacionales, el mantenimiento de la Unión y a los demás objetos expresados en la constitución."

Art. 47.- "El pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la Unión en los casos de su competencia y por los de los Estados para lo que toca a su régimen interior, en los términos que respectivamente establece esta constitu--

132.- Tena Ramírez, Felipe, ob. cit., p. 554.

ción federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir á las estipulaciones del pacto federal." (133)

Como se ve, en tales artículos que pasaron a la Constitución del 57 bajo los numerales 39, 40 y 41 integrando el Título II, Sección I llamada también " De la soberanía nacional y de la forma de gobierno ", se reconocía primero que nada la soberanía nacional como voluntad general o del pueblo mexicano para constituirse en un Estado independiente; en segundo término y como consecuencia de lo anterior, como en todo Estado de Derecho, quedaba determinada la soberanía interna del cuerpo político mediante la organización política del mismo y de su derecho positivo.

De esta forma, se reiteraba la idea sostenida durante la Revolución Francesa y plasmada en el art. 3º de la Declaración de 1789, en el sentido de que al residir el poder político en la nación, ésta es el sujeto de la potestad soberana y consecuentemente el poder que ejercen sus gobernantes es tan sólo un depósito que poseen por cuenta de la nación y por lo tanto como depositarios de tal potestad sólo tienen el ejercicio de ella por lo que simplemente están investidos de una simple competencia y en tal virtud la soberanía del pueblo o nación sólo pueden ejercerla los gobernantes en nombre del soberano y debido a una concesión que el mismo haga, como ya se ha señalado.

Así, mediante la Revolución de Ayutla y el Constituyente Extraordinario de --

133.- Idem, p.p. 560-561.

1856 el pueblo reafirmó que él y sólo él era el soberano y que como tal y en base a su unidad nacional, era su voluntad constituirse en una república representativa democrática y federal, como se señala en el citado art. 46.

Lo señalado por la Constitución de Apatzingán en sus artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 9º y 11º citados anteriormente, incluyendo el art. 12º que reza "Estos tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, no deben ejercerse ni por una sola persona, ni por una sola corporación.", se encuentran resumidos a nuestro parecer y como uno de los antecedentes más importantes de la historia Constitucional de nuestro país, en los artículos 39, 40 y 41 de la Ley Fundamental de 1857 aunque ninguno de estos tres últimos preceptos se refiere expresamente a la soberanía externa del país como lo hace el mencionado Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana en su punto 9º, sino que tan sólo aluden al origen de la soberanía y al ejercicio de la misma así como a la forma de Estado.

Así tenemos que en el artículo 39 de la Ley del 57 se señala en primer término, que el pueblo es el origen de la soberanía nacional y consecuentemente reside en el mismo, por lo que todo poder emanado de ese cuerpo político se instituye para su beneficio y por lo tanto tiene el derecho de modificar o alterar su forma de gobierno.

El artículo 40 como continuación del anterior, señala que el soberano ha elegido constituirse en una república representativa, democrática, y federal -- "...compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una federación establecida según los principios de --

esta ley fundamental." (134)

En este precepto se reitera lo señalado por el artículo 4º de la Constitución de 1824 en el sentido de que se adoptaba como forma del Estado mexicano, la república representativa popular y federal. Se calificó como tal - o también como democrática - porque el pueblo como un todo, manifestaría su voluntad soberana a través de sus gobernantes, los que elegiría libremente y quienes como órganos estatales o poderes constituidos quedaban estrictamente sometidos en su actuación como mandatarios de la nación, a la Ley orgánica de la misma y manifiestan su poder público mediante sus propias funciones tales como la elaboración de las leyes, su ejecución y sus actuaciones jurisdiccionales.

Sin embargo, la cualidad "Federativa", que podríamos decir, es una variante del ejercicio de la soberanía, significaba y aún hoy significa, la unión de un grupo de regiones geográficas bajo un gobierno general y regidas cada una de ellas por su propio gobierno local, soberanos tanto el uno como los otros, es decir, que aún cuando se rigen bajo un gobierno central por lo que respecta a su unión o federación, las entidades federativas son soberanas en todo lo concerniente a su régimen interior en los términos establecidos por la Constitución del país lo que implica por un lado, que las Constituciones de los Estados miembros no pueden contravenir los lineamientos señalados por la Ley Suprema de la Federación y por otro lado, conlleva un sistema de competencias.

134.- Idem, p. 613.

Lo anterior se traduce en una limitante impuesta por la Constitución Federal a las entidades federativas, pues aún cuando la Ley del 57 afirmaba, como lo hace la de 1917, que aquellas son soberanas por lo que hace a su régimen interior, ello no significa que lo sean de una manera absoluta. Al contrario, una de esas limitantes consiste en que los Estados componentes del Estado Federal deben adoptar para su gobierno interno la forma republicana representativa y popular establecida por la Constitución Federal basando su división territorial y su organización político-administrativa en una cierta autonomía..

A este respecto, nos remitimos a lo señalado por el Dr. Ignacio Burgoa Orihuela, quién afirma que el calificar a las entidades federativas como "libres y soberanas" , "...desde un punto de vista constitucional propiamente traduce - 'autonomía'..." la cual "...es ejercitable en el terreno político y en el gubernativo dentro de la demarcación establecida por la Ley Suprema. Políticamente los Estados gozan de 'autonomía democrática' para elegir o nombrar a las personas que encarnen sus órganos de gobierno con base en los imperativos inviolables consignados en la Constitución Federal." (135)

Así, señala que la autonomía estatal implica el ejercicio de ese poder en los siguientes aspectos:

1.- El Democrático porque los Estados federados tienen facultades para elegir o nombrar sus órganos de gobierno;

135.- Burgoa Orihuela, Ignacio, "Derecho Constitucional Mexicano", Ed. Porrúa, S.A.; 1ª ed.; México, 1973; p.p. 512-513.

2.- El Constitucional en el sentido de que pueden darse sus propias Leyes Fundamentales de acuerdo a los principios establecidos en la Constitución Federal siempre y cuando no contravengan lo señalado por esta última;

3.- El Legislativo consistente en que pueden expedir leyes que regulen materias que no sean de la competencia exclusiva del Congreso de la Unión o que no vayan en contra de las prohibiciones impuestas por la Constitución Federal o que incumplan con las obligaciones estatales establecidas en la misma;

4.- La Administrativa en lo relativo a la aplicación de su legislación en las diferentes ramas de su gobierno interno; y

5.- La Judicial para dirimir los conflictos jurídicos que no sean de la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales federales. (136)

En cuanto al sistema de competencias de que hablan el art. 47 del citado Proyecto de Constitución y su correspondiente art. 41 en la Ley del 57, se encuentra regulado por ésta en su art. 117, el cual con dos modificaciones hechas por el Constituyente en 1856, fue tomado del artículo X de la "Declaración de Derechos" de la Constitución Norteamericana de 1789 e introducido en 1791, preceptos que a la letra dicen:

Art. 117.- "Las facultades que no están espresamente concedidas por esta Constitución á los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados."

136.- Idem.

Artículo X.- "Las facultades que la Constitución delega a la Federación y no niega a los Estados quedan reservadas a los Estados respectivamente, o al pueblo." (137)

Refiriéndose a lo señalado por el citado art. 117, el maestro Burgoa afirma que en lo establecido por el art. 40 que hemos invocado en párrafos anteriores, se revelan dos cuestiones: la primera, una verdad histórica y la otra, una ficción jurídico-política.

Aquella consiste en la decisión del pueblo mexicano de constituirse en un Estado Federal mientras que la segunda es contraria a esa verdad histórica pues es falso que los "Estados Libres y soberanos", al igual que las trece colonias inglesas, se unieran para crear la federación. (138)

Realmente entre el Estado Federal Mexicano y los Estados Unidos de Norteamérica existen diferencias de origen debido a que por lo que hace a nuestro país, al iniciarse la lucha de independencia en la Nueva España, las colonias o provincias de ultramar eran parte de un Estado unitario regidas por un centralismo gubernamental encabezado por un monarca absoluto y que implicaba la designación de los dirigentes provinciales - virreyes, etc.- por parte del rey, característica de las monarquías absolutas, situación que se modificó en cierto modo --

137.- Tena Ramírez, Felipe, ob. cit., p. 626; // Pereyra; Carlos, ob. cit., p. 292; y Burgoa Orihuela, Ignacio, ob. cit., p.523.

138.- Burgoa Orihuela, I., ob. cit., p.p. 516-521.

cuando con la Constitución Gaditana de 1812, se creó la diputación provincial, lo que representaba una cierta autonomía concedida por la Metrópoli a esas provincias y por lo tanto implicaba también la participación de éstas en la creación de la voluntad nacional.

Como se ve, de todo ésto resulta que no había nada que unir pues no había estados preexistentes e independientes unos de otros que formaran la federación mexicana y delegando u otorgando a la misma, parte de su propia soberanía. Al contrario, nuestra federación fue creada por la voluntad popular manifestada a través de un Congreso Constituyente en el que se le consideró como mejor forma de Estado.

Por el contrario, los Estados Unidos de Norteamérica, como Estado Federal son el resultado de la unión realizada por las 13 colonias británicas las que a pesar de ser parte del reino inglés, constituían diferentes cuerpos políticos independientes entre sí y por lo tanto soberanos en cierto modo debido a la forma en que se gobernaban, es decir, en virtud del self-government bajo el que se regían como ya se ha visto, por lo que en este caso sí podemos hablar de la unión de lo que estaba desunido.

El maestro Burgoa en su obra ya citada, se remite a lo manifestado por el ilustre jurista Don Jacinto Pallares, quién explica tal situación de la siguiente manera:

"En México han existido dos partidos *nacionales*, es decir, brotados de la masa general de la Nación, que han obrado ó pretendido obrar á nombre de ésta,

á nombre de los intereses locales de uno o varios Estados; y si alguna vez esos partidos han encarnado sus tendencias y sus programas el uno en el centralismo, el otro en el federalismo; si el grito de *¡Viva su Alteza! ¡Viva el Imperio!* y el de *¡Viva la Federación!* han sintetizado aparentemente los propósitos opuestos de ambas facciones, no son ciertamente los Estados como entidades los que han empuñado el lábaro federal para defender su autonomía y sus fueros históricos o constitucionales, es el pueblo, es la masa *general* de la nación, es un partido derramado en todo el territorio nacional y extraño en sus luchas á todo espíritu local y de provincialismo el que se há agrupado al rededor de esa bandera para cobijar con ella propósitos más serios o tendencias más radicales.

El régimen federativo ha tenido importancia más bien como disolvente de todo despotismo, que como disolvente de despotismo federal; ha sido un factor de libertad *nacional* y no un factor de autonomía cantonales; el partido progresista se ha encariñado instintivamente con ese sistema, porque él llama á un gran número de individuos á la vida pública y derrama y distribuye el poder en multitud de fracciones, y no porque tenga la virtud de equilibrar y unir intereses provinciales; el partido del retroceso le ha visto con temor é instintiva antipatía, no por sus propiedades de composición administrativa, sino porque á su amparo crecía y se alimentaba el espíritu de reforma en la vitalidad política de las provincias.

Cuando un partido gritaba *¡Viva la federación!* no quería decir *viva la soberanía de los Estados*, sino *viva la vida política derramada en mayor número de individuos, viva la libertad de acción y de pensamiento en veinticuatro cenáculos de*

novadores y reformistas. Cuando el partido opuesto gritaba ¡viva la Monarquía! ó ¡viva el Centralismo! quería decir: ¡vivan las tradiciones, viva la religión de nuestros antepasados, viva la forma económica del régimen virreinal con sus clases aforadas, sus millares de conventos, su sacerdocio privilegiado, protegido todo esto por un Gobierno centralizado en pocas manos, encomendado a la parte escogida de la sociedad, a la clase depositaria de la tradición.

Así es como se explica que en los Estados Unidos del Norte el pacto federativo, el Gobierno federal, han sido extraños á las transformaciones políticas y sociales, á los cambios en sentido democrático operados en las Constituciones de los Estados, las que se han modificado sin alterar para nada el pacto federal; mientras que en México la Constitución federal y el partido federalista son los que han sometido a toda la nación al impulso progresista iniciado por los poderes federales. Podremos, pues, afirmar, que en el pueblo norteamericano la Constitución federal es obra de los Estados, una obra que deja y ha dejado intactas sus constituciones particulares, que no ha tenido ni tiene influencia directa en su manera de ser social; y que en México la Constitución federal ha sido una obra eminentemente nacional, que ha transformado la constitución económica, política y social de los Estados, que los ha sometido á fórmulas dictadas por los poderes federales; ¿y cómo no, si los Estados mismos son obra de la Federación y no ésta obra de los Estados.?" (139)

139.- Idem.

Pero el aspecto AUTONOMIA-COMPETENCIA señalado por los arts. 41 y 117 ya citados, implica la delimitación del ejercicio del poder o mejor dicho, divide a éste en poder público local y poder público federal lo que se traduce en el hecho de que los órganos legislativo, ejecutivo y judicial de las entidades federativas sólo pueden ejercer las facultades o poder que se les há otorgado, dentro del territorio al que pertenecen, como lo señala el Dr. Burgoa, situación que por otra parte representa una dualidad la cual, afirma nuestro autor, podría interferir gravemente entre ambos de no ser porque existe una regla básica en la que se apoya el sistema competencial y establecida precisamente por los preceptos legales invocados en líneas anteriores (140), lo que origina las llamadas facultades expresas y las denominadas implícitas, que sirven en el desempeño de los tres poderes citados y que se encuentran señalados dentro de la Constitución de 1857, en su Título III, SECCION I, "Del poder legislativo", art. 51; en su párrafo II, "De la iniciativa y formación de las leyes", art. 65; párrafo IV, "De la diputación permanente", art. 74; SECCION II "Del poder ejecutivo", arts. 85 y 86; SECCION III, "Del poder Judicial", arts. 97 al 101. (141)

Sin embargo el maestro Burgoa hace notar que debido a las diferencias de origen entre el Estado Federal Mexicano y el Estadounidense, la hipótesis señalada en dicho art. 117 y 124 de la Constitución vigente, debe ser entendida en el

140.- Ib., p. 519.

141.- Tena Ramírez Felipe, ob. cit., p.p. 614; 616-624.

sentido de que en nuestro sistema, es la Ley Suprema o los órganos encargados de reformarla, los que delimitan los ámbitos de competencia federal y local y en tal virtud las facultades de las que gozan los Estados federados no deriva de su voluntad política sino de la Constitución misma, y cita al maestro Tena Ramírez quién afirma que es a ésta a la que le corresponde "...hacer el reparto de jurisdicciones." (142)

Pero esta nueva Constitución se caracterizó en primer lugar, porque se reiteró la soberanía del pueblo como se señala en el Manifiesto que el Congreso dirigió a la Nación el 5 de febrero de 1857 al promulgarse dicha Ley Fundamental, y al que se remite el maestro Daniel Moreno, cuando afirma que "El Congreso proclamó altamente el dogma de la soberanía del pueblo y quiso que todo el sistema constitucional fuese consecuencia lógica de esta verdad luminosa e incontrovertible. Todos los poderes se derivan del pueblo. El pueblo se gobierna por el pueblo. El pueblo legisla. Al pueblo corresponde reformar, variar sus instituciones. Pero siendo preciso por la organización, por la extensión de las sociedades recurrir al sistema representativo, en México no habrá quién ejerza autoridad sino por el voto, por la confianza, por el consentimiento explícito del pueblo." (143); característica que implicó un predominio del Legislativo sobre el Ejecutivo restán-

142.- Burgoa Orihuela, Ignacio, ob. cit., p. 521.

143.- Moreno, Daniel, "Derecho Constitucional Mexicano", Ed. Pax-México, Librería Carlos Césarman, S.A., Décima edición, p. 189.

do poder a este último para lo cual se optó por sus sistema unicameral y no bicameral como se había establecido en los anteriores documentos Constitucionales del país, quedando de esta forma depositado el Poder Legislativo en la Cámara de Diputados.

Una vez promulgada la Constitución de 1857 se precipitó el enfrentamiento entre los dos grupos políticos tradicionales de nuestra sociedad, es decir, los liberales y los conservadores, que contaban cada uno con apoyos importantes tanto en México como en el extranjero debido al tipo de intereses que representaba; ésto originó la llamada Guerra de Reforma o de los Tres Años, misma que se caracterizó por ser una de las más sangrientas de nuestra historia nacional; abarca de fines de 1857 a 1860, durante su desarrollo se postularon como "legítimos" dos gobiernos paralelos, uno por cada facción en pugna, el Liberal representado por el Lic. Benito Juárez y con apoyo en la citada Ley Fundamental (a pesar de que ésta había sido desconocida por el propio presidente Ignacio Comonfort en un insólito "Autogolpe de Estado") y el Conservador que estuvo sucesivamente en manos de los generales Félix Zuloaga y Miguel Miramón.

En medio de esta crisis político-militar y desde la Ciudad de Veracruz que era la sede del gobierno Liberal se emitieron las llamadas Leyes de Reforma, entre las que podemos destacar: la de Cementerios Civiles, la de Secularización de Hospitales, la de Libertad de Cultos, la del Matrimonio Civil, etc., que tendían a ampliar el ámbito político del partido Liberal. Estas Leyes fueron incorporadas a la Constitución Federal hasta el gobierno del presidente Sebastián Lerdo de Te-

jada; como puede observarse, en estas Leyes no se modifica ni se amplía el concepto de soberanía, ni las instituciones básicas que de ella se derivan, pero sí en el desarrollo de la Guerra de Reforma ya que los estudiosos de la Historia Constitucional del país observan la grave intromisión de Francia y de los Estados Unidos en su afán de apoyar a los grupos beligerantes; al respecto debemos recordar la polémica que aún subsiste en lo que toca a los Tratados de Mont-Almonte y McLane-Ocampo.

La Guerra de Reforma concluyó con el triunfo Liberal en San Miguel Calpulalpan, mismo que permitió la instalación de nuevo en la Ciudad de México, del gobierno del presidente Juárez. Este triunfo sin embargo representó sólo una tregua en el enfrentamiento de ambos bandos, puesto que para 1862 el partido conservador aprovechó la suspensión de pago de la deuda externa decretada por el presidente Juárez para aliarse con Francia dando origen a una intervención armada que entronizó, con base en los Tratados de Miramar, al Archiduque Fernando Maximiliano de Habsburgo a la cabeza del llamado Segundo Imperio Mexicano y que contando inclusive el tiempo de su regencia inicial, abarca un período que va de 1862 a 1867. En esta etapa de nuestra Historia sí es conveniente analizar el concepto de soberanía que postularon liberales y conservadores.

Desde el punto de vista del partido conservador, la base de "legitimidad" de este Imperio ha sido tradicionalmente señalada como una carta que el 30 de octubre de 1861 dirigiera el diplomático Gutiérrez Estrada al Archiduque Maximiliano en donde se destaca que la anarquía que vive el país hace que su pueblo - - -

desea el establecimiento de un orden monárquico dirigido por el Archiduque como descendiente de una de las más ilustres dinastías reinantes en Europa, es decir, la de los Habsburgo que inclusive gobernó España y consecuentemente a México durante buena parte de la época colonial. Para el 8 de diciembre del mismo año, Maximiliano exponía su aceptación a la corona de México, condicionándola a que "estuviese muy cierto de la voluntad y de la cooperación del país, porque solamente entonces se establecería desde su origen el poder en esa confianza mutua entre el gobierno y los gobernados." (144)

A raíz de esta aceptación el jefe intervencionista General Forey emitió el 16 de junio de 1863 un decreto para organizar los poderes públicos a fin de que se integrara una Junta Superior de Gobierno con 35 ciudadanos mexicanos destacados, la que a su vez nombraría a tres ciudadanos para ejercer el poder ejecutivo, y paralelamente esos 35 ciudadanos se agregarían a otros 215 para así formar la Asamblea de Notables. De esta manera, Don Teodosio Lares, ilustre jurista conservador, fue designado presidente de la Junta Superior de gobierno y el Poder Ejecutivo se depositó en los generales Juan Nepomuceno Almonte y Mariano Salas, así como en el arzobispo Pelagio Antonio de Labastida y Dávalos.

Posteriormente, la Asamblea de Notables el 11 de julio de 1863 expidió un decreto en donde manifiesta que la Asamblea de Notables determina en uso de las facultades que le otorgan para determinar la forma de gobierno que más con--

144.- Burgoa Orihuela, Ignacio, ob. cit., p.p. 546-547.

venga a la nación y como órgano e interprete de ella, declara con absoluta independencia y libertad que la Nación mexicana adopta por forma de gobierno, la monarquía moderada hereditaria con un príncipe católico que como soberano adoptará el título de Emperador de México, cargo que se ofrece al Archiduque Fernando Maximiliano de Austria, para sí y sus descendientes, y que en caso de que no sea posible que asuma el trono, el mismo se pone a disposición del Emperador francés Napoleón III para que tenga a bien designar a otro príncipe católico.

El maestro Burgoa, señala que esta decisión es totalmente ilegítima, es decir, la creación de la Junta Superior de Gobierno y la Asamblea de Notables, fue la sola voluntad del invasor Napoleón III, con lo cual todas las instituciones emanadas del decreto inicial, son totalmente espurias y usurpadoras, ésto era tan evidente que el propio Maximiliano y aún Napoleón III exigían un requisito que dejara clara la aceptación mayoritaria en cuanto hace al establecimiento del llamado Segundo Imperio, sin embargo, este plebiscito era imposible de efectuar debido a que los liberales encabezados por el presidente Juárez mantenían la resistencia en distintas partes del territorio nacional, por ello Maximiliano fue objeto de un engañoso dolo cuando se le presentó una serie de documentos y de actas apócrifas con firmas de supuestos simpatizantes de su coronación.

A raíz de este engaño que el mismo Maximiliano en su fuero interno, era conciente de él, se firmaron en abril de 1864 los Tratados de Miramar, en donde declara que acepta la corona que le ofrece México, "siguiendo las tradiciones de

ese nuevo continente lleno de fuerza y de porvenir y que ha usado del derecho que tiene de darse a sí mismo un gobierno acorde a sus votos y a sus necesidades." (145)

En este mismo documento y a cambio de veinticinco mil soldados franceses, Maximiliano se comprometía a entregar a Francia anualmente \$25, 000,000.00 de francos para cubrir los gastos que había requerido y requiriese el ejército invasor, además de pagar \$1,000.00 francos y \$400,000.00 francos y gastos de viaje entre Francia y México.

De esta suerte nuestro país caía en el absurdo de costear su propia intervención y la pérdida de su soberanía.

Como es obvio, este Imperio estuvo destinado desde el principio al fracaso y ésto porque precisamente no se basaba en una auténtica voluntad soberana, y a pesar de la influencia profunda del clero mexicano en la conciencia de la mayoría de las personas de la época, independientemente de su extracción social, en realidad lo que se hizo cada vez más insistente fue la afirmación de que la alianza con Maximiliano era un acto de traición, en consecuencia, el partido liberal que en todo momento se amparó en la legitimidad republicana de la Constitución de 1857, se convirtió en el símbolo de la independencia nacional. En otras palabras, el grave error de los conservadores al aliarse con los intereses imperialistas de Napoleón III, vino a decidir el triunfo del partido liberal, sellado el 19 de junio -

145.- Burgoa Orihuela, I., ob. cit., p. 551.

de 1867, con el fusilamiento de Maximiliano de Habsburgo en el Cerro de Las Campanas de la Ciudad de Querétaro.

Este desenlace trágico y el consecuente triunfo de la República Liberal, determinó el concepto básico de soberanía que desde entonces se maneja por los constitucionalistas mexicanos y que hace que el tema sea de una enorme sensibilidad para los tratadistas hasta los tiempos modernos. México tiene en su historia experiencias muy concretas y sangrientas de lo que representa contar o no con soberanía.

A raíz del triunfo republicano y en los gobiernos subsecuentes, no existió ya una crisis en cuanto al concepto de soberanía, de esta manera el gobierno post-imperialista de Juárez, el de Lerdo de Tejada y aún la prolongada dictadura del General Porfirio Díaz no ofrecen para nuestro estudio un comentario específico; cabe sí señalar, la abierta intervención política y económica en los asuntos de México, de las grandes potencias, especialmente de los Estados Unidos de Norteamérica, y es a todas luces sabido el constante problema que en materia internacional representó para Don Porfirio Díaz la política muchas veces arbitraria del Presidente Taft; de igual manera podemos apreciar una franca intromisión en nuestros asuntos internos cuando en 1913 se produjo la Decena Trágica (há que recordar el Pacto de la Embajada o de la Ciudadela) y desde luego con la intervención norteamericana en tiempos del Presidente Victoriano Huerta, a más de la expedición punitiva efectuada en esa misma época en contra Don Francisco Villa y la intervención, rechazada por Don Venustiano Carranza, de los diplomáti-

cos y representantes del grupo ABC (Argentina, Brasil y Colombia).

8.- CONSTITUCION DE 1917.

En la Constitución de 1917, el Constituyente reprodujo en términos generales el tradicional concepto de soberanía basada en el pueblo y del cual emana la decisión de la forma de su gobierno, es de notarse su espíritu laico ya que no hace alusión a Dios para fundamentar esa soberanía ni la expedición de su propio texto constitucional. Esto puede originar muchos comentarios de los tratadistas pero no debe olvidarse el antecedente muy brillante en el pensamiento de Don José María Morelos y Pavón a pesar de su carácter religioso

En nuestra Constitución vigente los arts. 39, 40 y 41 contienen el concepto de soberanía nacional y establecen la forma de gobierno, pero cabe destacar que el art. 41 que señala que el pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la Unión o por los de los Estados, según el ámbito de sus facultades, ha sufrido modificaciones importantes pero tocantes a la normatividad de los partidos políticos y de las Instituciones encargadas de la función electoral, como son el Instituto Federal Electoral y el Tribunal Federal Electoral pero en sí no se refieren esas modificaciones al concepto de soberanía; sí en cambio es importante señalar algunos aspectos tangenciales como los que se contienen en los arts. 124 que determina que las facultades federales son expresas, en consecuencia los Estados tienen mayor ámbito de facultades. Igualmente el art. 130 que señala la -

separación de la Iglesia y el Estado. El art. 133 que señala a la Constitución, a las leyes que de ella emanen y a los tratados internacionales, como la Ley Suprema de la Unión. El art. 135 que indica el procedimiento para reformar la Constitución y el art. 136 que determina la inviolabilidad de la Constitución y el art. 115 que se refiere al municipio como base de la organización política y administrativa del país.

De cualquier manera es de notarse que el concepto que establece nuestra Constitución, señala que la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo y que todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste, el cual además tiene en todo momento el inalienable derecho de modificar o alterar su forma de gobierno.

Cabe observar aquí que el concepto formal de soberanía entendido como la capacidad exclusiva que tiene el poder del Estado de darse por voluntad propia un orden jurídico que lo determine y obligue se concreta en nuestra constitución política como residiendo, de manera esencial y desde un principio en el pueblo mexicano.

Este pueblo es el soberano y de él dimana todo el poder público que se instituye para su beneficio y que reserva para sí la potestad originaria de donde proviene todo el ordenamiento jurídico y el propio Estado mexicano.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- La soberanía es la potestad suprema absoluta y perpetua que convierte a un pueblo en un Estado representado a través de un gobierno que quiere y actúa a nombre y representación de ese pueblo. Consecuentemente la soberanía es un elemento indispensable para el Estado y para su desarrollo como tal.

SEGUNDA.- Encuentra su base en la unión de voluntades de todos y cada uno de los nacionales del Estado, o mejor dicho, de su pueblo, por lo que se afirma que el verdadero soberano es este último ya que detenta el poder de querer y por lo tanto de darse la organización político-jurídica que más le convenga a través de una Constitución Política o Ley Orgánica.

TERCERA.- La soberanía en un principio significó un concepto de naturaleza histórica y política debido a la lucha de poderes dada entre el rey de Francia en contra del poder terrenal representado por el Sacro Imperio Romano-Germánico y el Poder Espiritual representado por el Papa, con el fin de eliminar la sumisión y obediencia de aquel en favor de estos dos últimos por lado, y por otra parte pretendía establecer la supremacía del monarca galo sobre los señores feudales, lo que originó o dio pie a la idea de soberanía externa o independencia de un Estado (rey o príncipe) en relación a sus iguales, y la idea de soberanía interna o autonomía, centralizando el poder y desembocando así en las llamadas monarquías absolutas.

CUARTA.- Sin embargo, ese concepto de naturaleza histórica y política que es la soberanía, inicialmente encontró su fundamento en la idea de nación y en un sentimiento nacionalista o de nacionalidad del elemento humano de cada Estado o país y en este caso de Francia, de tal suerte que las ideas de soberanía, nación y nacionalidad, en la antigüedad encuentran su representación en la persona del soberano o príncipe, y éste basa su poder o soberanía en que lo recibía tan solo de Dios.

QUINTA.- Posteriormente, la soberanía dejó de pertenecer únicamente al príncipe y paso a radicar en la voluntad del pueblo, quien lo divide para su ejercicio en los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, con lo que esa soberanía, como consecuencia de esa división, ya no es un poder supremo y absoluto identificable en la persona del monarca, sino que es un poder constituido gracias a la voluntad de la nación o pueblo, que lo divide para su ejercicio en los tres poderes o facultades ya indicadas, constituyendo de tal forma un Estado de Derecho, que tiene su fundamento en la voluntad popular representada por un Poder Constituyente del que emana su organización como Estado soberano y la plasma en su Constitución o Ley Suprema.

SEXTA.- Gracias a esa organización que el pueblo se da mediante su Poder Constituyente, la Majestas o Soberanía en sí se convierte en Potestas o Poderes Constituidos, lo que implica la División de Poderes que representará al pueblo por

conducto de los órganos del Estado, de tal suerte que la soberanía del Estado ya no sólo es la cualidad del mismo sino que se convierte en la soberanía en el Estado constituyendo así uno de los (tres) elementos del Estado. (Pueblo, Territorio y Poder.)

SEPTIMA.- Al momento que la nación o pueblo se organiza política y jurídicamente como un Estado, tenemos que éste es la personificación de aquella; es decir, que la Constitución de una comunidad nacional le da la organización que le permite tener y expresar una voluntad unificada, esto último en virtud de que el cuerpo de nacionales (junto con el monarca o príncipe) no pueden ejercer una soberanía propia y por lo tanto la misma pertenece exclusivamente a la nación o pueblo, el que la ejerce por medio de esas personas u órganos que la propia Ley Fundamental designe.

OCTAVA.- Los puntos anteriores nos permiten afirmar también, que la idea de soberanía como la negativa a subordinarse a todo poder extraño, al momento en que se plasma en la Constitución del Estado, cambia su esencia inicial pues las personas u órganos que la Constitución Estatal designa para manifestar la voluntad unificada de la nación, no expresa precisamente una voluntad preestablecida que es la voluntad de los nacionales, sino que en relación a los mismos y respecto a sus iguales, el órgano estatal puede actuar según su propia deliberación y según las circunstancias a medida que éstas se vayan produciendo; es decir, el órgano tiene el poder de decidir por sí mismo y bajo su propia apreciación, gra-

cias a que la nación le confirió la facultad de querer por ella, por lo que las decisiones que toma se consideran manifestaciones de la voluntad del grupo.

NOVENA.- En el caso específico de México, nuestro Derecho Constitucional ha recibido históricamente la influencia de dos corrientes de pensamiento histórico-político que son la francesa y la norteamericana. El concepto de soberanía y toda la teoría que al respecto puede establecerse se basa fundamentalmente en la corriente francesa, dado que la norteamericana poco desarrolla este concepto y sí en cambio enfatiza el principio de División de Poderes, en el cual subyace la soberanía como principio rector de su democracia.

DECIMA.- El concepto de soberanía está íntimamente ligado al de nacionalidad, de tal manera que, si bien desde la Constitución de Cádiz y los movimientos preinsurgentes de 1808 en adelante, ya enarbolaron una concepción de soberanía, fue propiamente hasta la Constitución de 1857 cuando el Constituyente Mexicano pudo definir con mayor claridad no solamente el concepto sino la convicción o vivencia del mismo, tanto es así, que todavía se presentaron aspectos de duda o de crisis manifestada en la invocación de Dios en el Texto Constitucional aludido y en los posteriores episodios de la Guerra de Reforma y la Intervención Francesa. Precisamente, la postura política del gobierno del Presidente Juárez sosteniendo las banderas de la legalidad y de la soberanía implicaron la presencia de una generación que ya tenía una convicción muy clara de lo que represen-

ta ser un pueblo soberano.

ONCEAVA.- El concepto de soberanía ha sufrido universalmente una enorme variación desde su sentido original, hoy ya no es precisamente la convicción de una autarquía sino de la libre determinación dentro de una pertenencia o militancia a economías de bloque, que implican consecuencias internas y externas de política y gobierno.

DOCEAVA.- Independientemente de los cambios doctrinales, y de las influencias establecidas por las economías de bloque, es indudable en general, que se manifiestan cada vez más en el sentido de una mayor participación en las decisiones y en las responsabilidades de gestión y de gobierno, por lo que es posible esperar, no una desaparición del concepto de soberanía, sino por el contrario su ejercitación factica, alcanzando mejores niveles de desarrollo y de capacitación política. Por ello es de desearse que en un futuro muy próximo queden reglamentadas a nivel Constitucional vías de ejercicio democrático como la consulta popular, el referéndum, el plebiscito y otras más que fortalezcan la participación del pueblo en las responsabilidades de su auténtico destino soberano.

BIBLIOGRAFIA.

ARISTOTELES, "La Política", Ed., Espasa-Calpe, S.A., Colección Austral, novena edición, Madrid, 1962.

ARNAIZ AMIGO, AURORA, "Estructura del Estado", Miguel Angel Porrúa, S.A., Librero Editor, México, D.F., 1ª ed., 1979.

- "Derecho Constitucional Mexicano", Ed. Trillas, S.A. de C.V. 2ª ed., México 1990.

- "Soberanía y Potestad", Miguel Angel Porrúa, S.A. , Librero Editor, 2ª edición, México 1981.

BODENHEIMER, EDGAR, "Teoría del Derecho", Ed. Fondo de Cultura Económica, Colección Popular, 3ª ed. México 1964.

BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, "Derecho Constitucional Mexicano", Ed. Porrúa S.A., 1ª ed. México 1973.

CALZADA PADRON, FELICIANO, "Derecho Constitucional", Ed. Harla, S.A. de C.V., Colección Textos Jurídicos Universitarios, México 1990.

CARRÉ DE MALBERG, R., "Teoría General Del Estado", Fondo de Cultura Económica, primera edición en español, México 1948.

CHEVALLIER. JEAN-JACQUES, "Los Grandes Textos Políticos", Ed. Aguilar, Biblioteca de Ciencias Políticas, Sección Tercera: Política; 7ª edición, Madrid, 1974.

DABIN, JEAN, "Doctrina General Del Estado", Ed. Jus, México 1946.

DE LA CUEVA, MARIO, "La Idea Del Estado", Ed. U.N.A.M., México, 1986, 3ª ed.

DE LA MADRID HURTADO, MIGUEL, "Elementos De Derecho Constitucional", ICAP (Instituto de Capacitación Política; PRI); 1ª ed., México 1982.

ESQUIVEL OBREGON, TORIBIO, "Apuntes Para La Historia Del Derecho En México", Tomo II, Ed. Porrúa, S.A., 2ª ed., México 1984.

FRIEDRICH, CARL J., "Gobierno Constitucional y Democracia", Tomo I, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1975.

GARCIA PELAYO, MANUEL, "Derecho Constitucional Comparado", Manuales de la Revista de Occidente, Talleres Gráficos de Ediciones Castilla, S:A: 6ª ed. Madrid 1961.

GETTEL, RAYMOND G., "Historia De Las Ideas Políticas", Ed. Nacional, México, D.F., 1979; 10ª edición.

GONZALEZ URIBE, HECTOR, "Teoría Política", Ed., Porrúa, S.A., México, 1982, 4ª ed. y apuntes de clase de Teoría General del Estado.

HELLER, HERMAN, "Teoría Del Estado", Ed. Fondo de Cultura Económica, 6ª reimpresión; México 1971.

IZAGA, LUIS, S.J. "Elementos De Derecho Político", Tomo II, Bosch Casa Editorial, 2ª ed. corregida, Barcelona, 1952.

JELLINEK, GEORG, "Teoría General Del Estado", Ed. Albatros; traducción de la segunda edición alemana; Buenos Aires, Argentina 1970.

KAHLER, ERICH, "Historia Universal del Hombre", Fondo de Cultura Económico, Sección de Historia, Séptima reimpresión en español, México 1981.

KELSEN, HANS, "Teoría General Del Derecho Y Del Estado", Imprente Universitaria, México 1949.

LOWENSTEIN, KARL, "Teoría De La Constitución", Ed., Ariel, Barcelona, España 1964.

MORENO DIAZ, DANIEL, "Derecho Constitucional Mexicano", Ed. Pax- México, Librería Carlos Césarman, S.A. 10ª ed., México 1988.

ORTIZ RAMIREZ, SERAFIN, "Derecho Constitucional Mexicano", Ed. Cultura, T.G., S.A., 1ª ed., México 1961.

PEREYRA, CARLOS, "El Fetichismo Constitucional Americano", M. Aguilar, Editor, Madrid 1942.

PEREZ SERRANO, NICOLAS, "Tratado De Derecho Político", Ed. Civitas, S.A., 1ª ed., Madrid 1976.

POSADA, ADOLFO, "Tratado De Derecho Político", Librería General de Victoriano Suárez, Madrid 1935, Quinta Edición Revisada; Biblioteca de Derecho y de Ciencias Sociales; Tomo Primero.

RABASA, EMILIO, "La Constitución Y La Dictadura", Ed. Porrúa, S.A., 6ª ed., México 1982.

RABASA O. EMILIO, "Historia De Las Constituciones Mexicanas", Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1ª edición, México 1990.

REYES HEROLES, JESUS, "El Liberalismo Mexicano", Tomo II, Ed. Fondo de Cultura Económica, S.A. de C.V. primera reimpresión, México 1988.

REYES HEROLES, JESUS, "El Liberalismo Mexicano", Tomo I, Ed. Fondo de Cultura Económica, S.A. de C.V., primera reimpresión, México 1988.

ROUSSEAU, JUAN JACOBO, "El Contrato Social", Ed. Porrúa, S.A., Colección "Sepan Cuantos...", México 1979.

SANCHEZ AGESTA, LUIS, "Historia Del Constitucionalismo Español", Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1955.

SANCHEZ VIAMONTE, CARLOS, "El Poder Constituyente. Origen y Formación Del Constitucionalismo Universal Y Especialmente Argentino", Ed. Bibliografica argentina, S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1957.

SAYEG HELU, JORGE, "El Constitucionalismo Social Mexicano", Tomo I, U.N.A.M., E.N.E.P., Acahualtán, Acciones y Valores de México, Casa de Bolsa e INEHRM, 2ª ed., México 1987.

TENA RAMIREZ, FELIPE, "Leyes Fundamentales De México, 1808-1985", Ed. Porrúa, S.A., 13ª edición, México 1985.

XIFRA HERAS, JORGE, "Curso De Derecho Constitucional", Tomo II, "El Estado Moderno"; Bosch, Casa Editorial, Barcelona, España 1958.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed. Trillas, S.A de C.V., México 1992.

INDICE:

	PAGINA:
INTRODUCCION.	I.
CAPITULO PRIMERO.	
" CONCEPTO Y PRINCIPALES TEORIAS DE SOBERANIA."	
1.- JUAN BODINO.	1.
2.- JUAN JACOBO ROUSSEAU.	10.
3.- GEORG JELLINEK.	17.
4.- HERMAN HELLER.	22.
5.- IGNACIO BURGOA ORIHUELA.	31.
6.- HECTOR GONZALEZ URIBE.	34.
CAPITULO SEGUNDO.	
47.	
" DESARROLLO DE LA SOBERANIA A PARTIR DE LA REVOLUCION FRANCESA."	
CAPITULO TERCERO.	
" PROBLEMA DE LA TITULARIDAD DE LA SOBERANIA EN LA DOCTRINA EUROPEA Y EN LA DOCTRINA AMERICANA."	
I.- DOCTRINA EUROPEA:	
A) FRANCIA.	81.

	PAGINA:
B) ALEMANIA.	121.
II.- DOCTRINA AMERICANA.	
ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICANA.	147
 CAPITULO CUARTO.	
	163.
" LA SOBERANIA DEL ESTADO MEXICANO A TRAVES DE SUS CONSTITUCIONES."	
1.- LEVANTAMIENTO DEL AYUNTAMIENT- TO DE LA CIUDAD DE MEXICO.	165.
2.- CONSTITUCION DE CADIZ.	168.
3.- CONSTITUCION DE APATZINGAN.	179.
4.- CONSTITUCION DE 1824.	183.
5.- CONSTITUCION DE 1836.	198.
6.- BASES ORGANICAS DE 1842.	207.
7.- CONSTITUCION DE 1857.	213.
8.- CONSTITUCION DE 1917.	233.
 CONCLUSIONES.	235.
BIBLIOGRAFIA.	240.
INDICE.	243.