

INTRODUCCION A LA HISTORIA DE LAS DOCTRINAS CONSTITUCIONALES (A propósito de un libro de Maurizio Fioravanti) (1)

JOAQUIN VARELA SUANZES

«La historia no se ocupa del pasado. Pregunta al pasado las cosas que le interesan al hombre de hoy.»

(JOSÉ LUIS ROMERO, historiador argentino.)

I

Cuando el presente nos abruma, tendemos a mirar al pasado. La incertidumbre suele venir acompañada de un deseo de revisión, de un ajuste de cuentas con nosotros mismos. Es lógico, pues, que en épocas de crisis política se produzca un auge de los estudios de historia constitucional. Así ha ocurrido —y ocurre— en Europa. Citaré algunos ejemplos. Cuando la revolución de los «notables», a comienzos de 1787, pone en la picota la Monarquía absoluta francesa, una oleada de literatura histórico-constitucional inunda la nación vecina. Esta oleada dura hasta que los Estados Generales se transforman en Asamblea Constituyente, esto es, hasta junio de 1789. Muchos y muy distinguidos franceses se preguntan cómo se ha organizado Francia antes de que su vieja Constitución —esto es, las antiguas Leyes Fundamentales de la Monarquía—, fuese casi arrinconada por los progresos del absolutismo borbónico. Poco importa que los «patriotas», con Sieyès a la cabeza, no estuviesen interesados en absoluto en restablecer la vieja Constitución, ni siquiera en partir de ella a la hora de edificar en Francia una Monarquía constitucional, lo que interesa ahora subrayar es que

(1) *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, G. Giappichelli editore, Turín, 1993, 238 págs., 30.000 liras.

incluso Sieyès, el teórico del tercer Estado y gran ingeniero constitucional de la Revolución de 1789, se vio obligado a discutir con los «notables», y con sus seguidores más tarde, los «aristócratas», e incluso con los *monarchiens*, acerca de la invalidez del pasado para construir el futuro.

Algo parecido pasó en la España de 1808. Ante la gravísima crisis provocada por la invasión francesa y la consiguiente acefalia de la Monarquía, se discute acerca de la Constitución histórica española o, más bien, se reinicia con bríos la discusión, que Jovellanos había puesto sobre el tapete años antes. Y en esta controversia intervienen tanto los realistas, seguidores de Jovellanos, como los liberales, influidos notablemente por los «patriotas» de 1789, pero cuyo historicismo les distingue radicalmente de estos últimos. Realistas y liberales buscan en la historia constitucional una vía para solucionar una de las crisis políticas e institucionales más graves acaecidas en la historia de España. De ahí que se publiquen entonces numerosas obras sobre el pasado constitucional español, algunas de las cuales, como las de Martínez Marina, tendrían una gran fortuna posterior. De ahí también que en las Cortes de Cádiz y fuera de ellas se apele una y otra vez a la historia constitucional —esto es, a cómo se había organizado y limitado el poder público en el pasado—, como medida inexcusable para decidir cómo el poder público debía organizarse y limitarse en el futuro.

El auge del estudio de la historia constitucional es patente, asimismo, en los años inmediatamente posteriores a la Primera Guerra Mundial, sobre todo durante los años treinta de nuestro siglo, esto es, cuando el Estado liberal-democrático se ve doblemente amenazado por el bolchevismo triunfante tras la Revolución soviética de 1917 y por el fascismo que aterroriza a Europa desde el triunfo de Mussolini y de Hitler. La crisis del Estado democrático-liberal obliga a algunos de los mejores tratadistas europeos del Derecho Constitucional a mirar hacia atrás, incluso cuando examinan el vigente derecho público (cosa que, por razones obvias, no han dejado de hacer nunca los constitucionalistas británicos y estadounidenses). El ejemplo quizá más preclaro es el de Raymond Carré de Malberg, quien poco después de finalizada la Primera Guerra Mundial, publica su *Contribution a la Théorie Générale de l'État*, cuyo subtítulo es bien revelador: *spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français* (2).

Una década más tarde, exactamente en enero de 1937, en plena guerra civil española, ve la luz el primer número de la *Revue d'Histoire Politique et Constitutionnelle* (3), la primera revista de su género aparecida hasta hoy —cuyos

(2) París, 1920-1922, 2 vols.

(3) Editada por la Librairie du Recueil Sirey.

avatares merecerían un estudio aparte (4)—, animada por dos eminentes constitucionalistas, Joseph Barthelemy y B. Mirkine-Guetzevitch, y publicada por el Institut Internationale d'Histoire Constitutionnelle, con sede en París, entre cuyos cargos directivos figuran juristas e historiadores de la talla de Paul Bastid, Crane Brinton, V. E. Orlando, Jean Sarrailh, P. Calamandrei y, por parte española, Rafael Altamira, a los que se uniría más tarde Nicolás Pérez-Serrano y Alfonso García Gallo (5).

El acusado interés por la historia constitucional se manifiesta, asimismo, hoy en día, cuando la crisis del Estado constitucional es evidente en la vieja Europa, sobre todo —¡quién iba a decirlo!— tras la caída del muro de Berlín, en 1988. Algunos de los rasgos de estas crisis —desprestigio de los partidos políticos, descrédito del Parlamento y, por tanto, de la representación, así como el recorte del Estado de bienestar— están presentes en casi todos los países de la Europa occidental, pero es sobremanera patente en los de la Europa del sur y, dentro de éstos, en Italia. Si tenemos en cuenta, además, que Italia es uno de los países europeos con más sólida tradición en el campo de los estudios jurídicos e históricos, no sorprende en absoluto que la preocupación por la historia constitucional sea aquí particularmente notable y se perciba incluso entre algunos autores dedicados al estudio del Derecho Constitucional vigente, como Gustavo Zagrebelsky, según se pone de manifiesto en su reciente y espléndido libro *Il Diritto Mite* (6).

II

En este contexto de crisis, creo que cobran un particular valor los estudios histórico-constitucionales de aquellos autores que de forma exclusiva, o cuando menos preferente, se han venido dedicando al estudio riguroso de la historia constitucional. Este es el caso de Maurizio Fioravanti. Un autor que inició su andadura intelectual como profesor de Historia del Derecho, para más

(4) Tras ser prohibida por las autoridades alemanas en 1940, pasó a llamarse a partir de 1951 *Revue Internationale d'Histoire Politique et Constitutionnelle*, con lo que quería subrayar su interés por la historia constitucional comparada. Vuelve a cambiar de nombre a principios de los años setenta, bajo la dirección de M. PRELOT, convirtiéndose en *Politique. Revue Internationale des Idées, des Institutions et des événements politiques*. A partir de esta fecha pierde su carácter preferentemente histórico-constitucional para ser una revista más de Ciencia Política.

(5) *Revue Internationale d'Histoire Politique et Constitutionnelle, nouvelle serie*, núm. 1-2, enero-junio 1951, págs. 1 y 160.

(6) Einaudi, Turín, 1992.

adelante centrarse en el análisis histórico del Derecho Constitucional (7). En la actualidad es catedrático de Historia del Constitucionalismo —una asignatura inexistente en España, lo cual es tristemente revelador— en la Universidad de Florencia, en donde ha sido director de su Departamento de Historia y Teoría del Derecho. El profesor Fioravanti es, además, uno de los más destacados impulsores de los prestigiosos *Cuaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. Una revista dirigida por su maestro, el gran historiador italiano del Derecho, Paolo Grossi.

La labor investigadora del profesor Fioravanti se ha centrado en el estudio de la doctrina constitucional alemana e italiana. Sobre la primera ha escrito un libro ejemplar, ya un clásico en el género: *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco* (8). Este libro examina la génesis y desarrollo de la doctrina alemana del Estado de Derecho (del *Rechtsstaat*), desde Savigny a Jellinek, pasando por Gerber, Gneist, Laband y Gierke. El profesor Fioravanti —que amplió sus estudios en la Universidad de Frankfurt y es miembro de la «Sociedad Alemana de Estudios Constitucionales»— es también autor de algunos trabajos consagrados a la doctrina constitucional alemana durante la República de Weimar, en particular a la doctrina de Carl Schmitt y Hans Kelsen (9).

Sobre la doctrina italiana de los siglos XIX y XX, el profesor Fioravanti ha escrito numerosos trabajos, en los que analiza con particular atención el pensamiento constitucional de Orlando, Raneletti, Santi Romano y Mortati. Entre ellos, es preciso citar su extenso y enjundioso ensayo *Dottrina dello Stato - persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspublicistica italiana* (10).

Más recientemente el profesor Fioravanti —que ha sido profesor visitante en la Universidad de Chicago— se ha dedicado al estudio comparado del constitucionalismo europeo y de los Estados Unidos de América. A este respecto, es autor de unos *Appunti di Storia delle Costituzioni Moderne* (11), cuyo primer volumen, único hasta ahora aparecido, aborda la problemática de las li-

(7) Una evolución que, afortunadamente, no es extraña a nuestro país, en donde algunos de los más relevantes historiadores del Derecho se han ido decantando en los últimos años hacia la historia constitucional. Los ejemplos de FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE y de BARTOLOMÉ CLAVERO son, a este respecto, suficientemente ilustrativos, aunque en modo alguno únicos.

(8) Giuffrè, Milán, 1979.

(9) Por ejemplo, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, en el libro colectivo *Escritti per Mario Nigro*, Giuffrè, Milán, 1991.

(10) En el volumen colectivo *Il Pensiero Giuridico di Costantino Mortati*, a cargo de M. GALIZIA y P. GROSSI, Giuffrè, Milán, 1990.

(11) G. GIAPPICHELLI, Turín, 1991.

bertades fundamentales en el constitucionalismo moderno a partir de la comparación entre la Revolución francesa y la americana.

III

El libro que da pie a este comentario se compone de cinco estudios, tres de ellos publicados anteriormente por separado y los otros dos parcialmente inéditos. El autor señala en el Prólogo que con su publicación, «en un momento de grave incertidumbre y confusión», pretende arrojar un poco de luz sobre las *palabras-clave* tradicionales del Derecho Público, hoy en profunda transformación, como «Estado», «Constitución», «Estado de Derecho» o «poder constituyente», así como intentar esclarecer las *tradiciones de pensamiento*, como la liberal, que más han contribuido a la formación de las doctrinas constitucionales y, por tanto también, «a la determinación de nuestra conciencia en el ámbito constitucional».

Creo sinceramente que ambos propósitos se cumplen plenamente en todos y en cada uno de los ensayos aquí reunidos, la mayoría de los cuales, por cierto, vienen acompañados de una excelente selección bibliográfica. El primero de ellos, el más extenso y denso de todos, lleva por título *Stato: Dottrine Generale e Storiografia*. Se trata de un espléndido trabajo en el que se examinan tres paradigmas que, a juicio de M. Fioravanti, se han formulado acerca del desarrollo histórico de la idea y de la realidad del Estado: 1) «El Estado moderno como institución racional», un paradigma elaborado básicamente por Max Weber; 2) «el Estado como unidad política soberana», ideado por algunos destacados representantes de la dogmática alemana del Derecho Público durante el siglo XIX, como Otto Mayer, así como por algunos historiadores, como el austríaco Otto Brunner, y 3) «el Estado como equilibrio entre la autoridad y la libertad, entre la concentración y la participación», sustentado por Gierke, Hintze y Kelsen, para ser acogido sobre todo por la historiografía constitucional anglosajona, desde Mailland y Dicey hasta MacIlwain.

El segundo trabajo, intitulado *Costituzione: problemi dottrinali e storici*, trata de establecer las grandes líneas de desarrollo del constitucionalismo a partir de la contraposición entre algunos conceptos básicos de Constitución: en primer lugar, entre el «antiguo», que identifica la Constitución con el ordenamiento básico de una comunidad, al margen de su contenido, y el «moderno», que se formula con claridad en el celeberrimo artículo 16 de la Declaración de Derechos de 1789 y en virtud del cual el término «Constitución» se reserva tan sólo para aquella Norma Fundamental que limita el poder público y asegura con ello la libertad individual. En segundo lugar, entre el concepto finalista de

Constitución, como programa de la mayoría parlamentaria, acuñado en la Revolución francesa y el concepto de Constitución como norma limitadora del ejercicio del poder, de origen británico y norteamericano (contraposición en la que insistió Burke). En tercer lugar, entre el concepto de Constitución como fruto del poder constituyente y la Constitución como resultado de los poderes constituidos (contraposición en la que insistiría Paine en su polémica con Burke al comparar la Constitución americana de 1787 y la francesa de 1791 con la británica). La última parte de este ensayo, particularmente agudo y sugerente, se centra en la recuperación del concepto «antigo» de Constitución por parte del positivismo jurídico alemán, contrario al concepto «moderno», valorativo y garantista de Constitución y partidario de no ver en la Constitución más que una norma del Estado.

El tercer ensayo, *Liberalismo: le dottrine costituzionali*, examina las relaciones entre liberalismo, iusnaturalismo, constitucionalismo y estatalismo. No se trata aquí de trazar una pequeña historia del pensamiento político liberal —aunque desde luego el autor echa un rápido vistazo a los más destacados exponentes del liberalismo inglés, francés y alemán—, sino de preguntarse hasta qué punto las respuestas que el liberalismo dio en el pasado valen para responder a las preguntas que hoy nos hacemos en el campo del constitucionalismo.

El cuarto ensayo, *Costituzione e Stato di Diritto*, aborda el papel de la Constitución en el Estado de Derecho. Para tal fin, distingue y estudia dos grandes tradiciones en el seno del constitucionalismo occidental: la de matriz británica, que parte de la desconfianza hacia el poder y persigue ante todo garantizar la libertad individual a través de la Constitución, y la europeo-continental que, de Hobbes a Schmitt, desconfía del individuo y de los partidos y ve en la Constitución un principio de orden y unidad. Este dualismo puede ser aplicado a la noción de Estado de Derecho. Una primera noción, que se corresponde con la primera tradición constitucional antes mencionada, entiende que el Estado de Derecho es primero Derecho y luego Estado, esto es, que sólo es Estado a través del Derecho. Una segunda noción, en cambio, que es correlativa a la segunda tradición constitucional a la que se hizo referencia, entiende que el Estado de Derecho es primero Estado y luego Derecho, pues se parte de la base de que no puede existir Derecho alguno más que a partir de la unidad política expresada en la Constitución y representada por la autoridad del Estado.

Concluye este libro con el artículo «*Potere costituente e Diritto Pubblico*», el más breve de todos, en el que el profesor Fioravanti examina la problemática del poder constituyente y su compleja naturaleza conceptual, a caballo entre el Derecho y la política. Para tal examen coteja la idea francesa y la idea americana del poder constituyente (de la que se derivan, respectivamente, la supre-

macía de la ley y la supremacía de la Constitución o, lo que viene a ser lo mismo, la desvinculación jurídica del Parlamento y su sometimiento a Derecho), así como la afirmación del poder constituyente por parte del liberalismo europeo del siglo XVIII y su negación por parte del liberalismo predominante en la Europa del siglo XIX o, lo que no es muy distinto, el tránsito del iusnaturalismo revolucionario, cuyo objetivo básico era la destrucción del *Ancien Regime*, y el positivismo burgués, cuyo propósito era el defender el nuevo orden existente. Este estudio termina con un análisis del problema del (recuperado) poder constituyente en las Constituciones democráticas de la segunda mitad de nuestro siglo, particularmente la italiana actual y con unas consideraciones sobre la doctrina de la «Constitución en sentido material» formulada por Mortati, en donde se pretende anudar la esfera del Derecho y la de la política, de ahí el papel capital que en dicha doctrina desempeña la idea de poder constituyente. Un poder, eso sí, que ya no se atribuye al pueblo o a la nación, sino más bien a los partidos políticos.

De lo dicho hasta aquí creo que puede deducirse cuál es el hilo conductor que une a estos cinco magníficos ensayos. No obstante, considero conveniente, para terminar, que el propio autor lo revele expresamente. Se trata, dice el profesor Fioravanti en el Prólogo, de describir cómo el Derecho Público moderno se ha ordenado históricamente en un primer momento, que coincide con las revoluciones del siglo XVIII, en torno a la «Constitución» en una compleja relación con los modelos del iusnaturalismo moderno y con la imagen de un constitucionalismo «antiguo», mientras que a partir de la segunda mitad del siglo XIX el Derecho Público ha preferido reconstruirse más bien en torno al «Estado», con la adopción de paradigmas «estatalísticos» que han influido a la hora de interpretar no sólo las Constituciones entonces vigentes, sino también el desarrollo constitucional europeo desde la Edad Media hasta la Edad Moderna. Pero este tránsito de la «Constitución» al «Estado» o, dicho de otra manera, del iusnaturalismo al positivismo y, en cierto modo —conviene añadir por nuestra parte, sobre todo en lo que hace referencia a Alemania—, de una teoría político-constitucional a una dogmática jurídico-constitucional, viene acompañado de una nueva fase en la evolución del constitucionalismo europeo, que se corresponde con el siglo XX. Un siglo que, a este respecto, se caracteriza por el predominio del «Estado soberano» en el sistema de Derecho Público, volviendo a considerar a la «Constitución» —eso sí, a una Constitución que ya no es la misma que la de fines del setecientos— como fundamento de ese Derecho. Una vuelta que tiene importantes consecuencias tanto para la interpretación de las vigentes Constituciones democráticas como para la revisión del concepto de «Estado soberano» al valorar la historia constitucional europea.

IV

En definitiva, el libro del profesor Fioravanti trata de zambullirse en el pasado con el expreso deseo de ayudar a poner un poco de orden en el presente o, para decirlo con otras palabras, apela a la historia constitucional para comprender mejor el Derecho Constitucional vigente. Un deseo que se encuentra en la mejor historiografía constitucional —en la que M. Fioravanti ya ocupa un lugar señero—, siempre dispuesta a conectar el análisis histórico de las doctrinas y de las instituciones constitucionales con el examen del Derecho positivo e incluso a examinar éste a la luz de aquél.

No debe perderse de vista, a este respecto, que si bien el Derecho Constitucional es una ciencia normativa, del deber ser, también es, como las demás ciencias jurídicas, una ciencia social y, por tanto, su objeto, las normas constitucionales están transidas de historicidad. El Derecho en general, y el Constitucional en particular, además de poseer una lógica inmanente, intrínseca, responde también, en efecto, a una lógica que, como en cualquier otra ciencia social, no puede ser más que una lógica histórica. Sus normas, ciertamente, deben interpretarse de acuerdo con el ordenamiento positivo, pero sólo se «comprenden», en el sentido diltheyano del término, si se las pone en relación con la historia constitucional, tanto nacional como comparada. Única forma de explicar y valorar el ordenamiento constitucional positivo en su contexto ideológico e histórico (esto es, en su contexto cultural) y, desde luego, única forma de que los alumnos de una Facultad de Derecho —a quienes primordialmente el libro de Fioravanti se dirige, como señala expresamente su autor en el Prólogo— puedan comprenderlo cabalmente.