El Estado moderno en Europa
Instituciones y derecho

Edición de Maurizio Fioravanti

Colaboraciones de
Paolo Cappellini, Giovanni Cazzetta, Pietro Costa,
Maurizio Fioravanti, Paolo Grossi, Stefano Mannoni,
Luca Mannori, Mario Sbriccoli, Bernardo Sordi

Traducción de Manuel Martínez Neira

E D I T O R I A L T R O T T A

Como se decía al comienzo, el volumen tiene una finalidad docente. Los estudiantes que lo usen podrán recabar una serie de nociones que sirven para una mejor comprensión de determinados aspectos de la edad moderna y contemporánea. Este prólogo será para muchos de ellos completamente superfluo. Pero para algunos, empuñados en encontrar el hilo conductor, en individuar los grandes problemas de fondo a los que se refieren todos los ensayos, puede representar un instrumento añadido para penetrar en el fascinante desarrollo del Estado moderno en Europa, dentro del cual, de manera siempre distinta y cambiante, continuamos viviendo, y que de todas formas ha dejado huellas profundas en nuestra identidad.

M. F.

NOTA DEL TRADUCTOR

Como en otras ocasiones, Adela Mora ha sido la primera lectora de esta traducción y sus sugerencias la han mejorado mucho. Maurizio Fioravanti y los otros coautores han revisado sus respectivos capítulos y han sugerido las correcciones oportunas. Además, algunos colegas y amigos han leído las páginas propias de su especialidad: Antonio Descalzo, el capítulo 3; Xabier Basozabal, los capítulos 4 y 5; Miguel Rodríguez-Piñero, el capítulo 6; y Paz Alonso, el capítulo 7. Me es grato manifestar a todos mi agradecimiento.

El lector atento observará que el uso de las mayúsculas no es uniforme, tampoco lo es en el original italiano: respeto así las preferencias de cada uno de los autores.

1

ESTADO Y CONSTITUCIÓN

Maurizio Fioravanti

1. Premisa: en los orígenes del Estado moderno europeo

En este capítulo se toma en consideración el *Estado moderno europeo* como una realidad político-institucional que caracteriza la historia europea en un largo periodo de tiempo, desde el siglo XIV hasta nuestros días, hasta los Estados constitucionales y las Constituciones democráticas de nuestro tiempo. Obviamente, en el curso de estos seiscientos años —los comprendidos entre los siglos XIV y XX— lo que llamamos «Estado moderno europeo» ha asumido formas distintas, situándose dentro de diferentes experiencias constitucionales. En este capítulo pretendemos mostrar el hilo conductor que de alguna manera recorre toda la existencia del Estado moderno europeo, pero también —o quizá sobre todo— la diversidad de formas y de constituciones, de modos de organizar los poderes y de las reglas, que en cada momento, dentro de fases distintas, caracterizan a este Estado a lo largo de su existencia.

Las diferencias son de sobra conocidas. Es evidente que un señoría territorial del siglo XIV es algo distinto a un Estado de la posterior época absolutista, y menos aún se puede olvidar que dentro de esos seis siglos aparece el gran evento de la Revolución francesa, que también para nosotros representa una auténtica ruptura que da lugar a nuevas formas de Estado, al Estado de derecho y, posteriormente, al Estado constitucional. Y sin embargo sostenemos que el desarrollo del Estado moderno europeo, aunque complejo y multiforme, tiene un hilo conductor cuyo comienzo aparece de manera suficientemente clara en la Europa de los siglos de transición entre la edad media y moderna, es decir, antes de la fase absolutista tradi-

cionalmente situada entre los siglos XVI y XVII. Definir en qué consiste este inicio y de qué punto parte nuestro «hilo» es nuestro primer empeño, que asume carácter preliminar, pues ahí precisamente se encuentra el carácter originario del Estado moderno europeo.

Para resolver esta cuestión es necesario introducir, como instrumento de trabajo, la noción de «gobierno». En una primera aproximación, se puede decir que el Estado moderno europeo comienza a existir a partir del siglo XIII, cuando se hace cada vez más evidente y visible cierta tendencia a la organización del gobierno de los múltiples territorios presentes en Europa. La noción de la que hablamos puede precisarse en el *gobierno del territorio*. En síntesis, podemos decir que tenemos una consistente y difusa transformación del gobierno de los territorios en Europa, en los inicios del desarrollo del Estado moderno, cuando tenemos:

a) un señor que ejercita de manera más o menos consistente los poderes de *imperium*, es decir, el poder de dictar justicia, de exigir tributos y de llamar a las armas, con referencia a un *territorio* —provincia, condado, principado, reino, *Land*—, es decir, a una realidad que en cierto modo es ahora algo más que un simple conjunto de tierras unidas por relaciones de carácter feudal;

b) una asamblea representativa, que precisamente en este periodo toma distintas denominaciones —*Landtage*, *Parliaments*, *Cortes*, *Stati generali* u otra— y desarrolla una doble función decisiva: por un lado pone límites al señor, manteniendo íntegros los privilegios y los ordenamientos de los estamentos y de las localidades que se encuentran dentro del territorio, por otro lado colabora en el gobierno del mismo territorio, como si se tratase ahora de una especie de «bien común», al que dedica, con ciertas condiciones, recursos concretos, esencialmente a través de los tributos y la defensa militar de las fronteras;

c) la presencia de reglas, por lo general de origen consuetudinario, que ahora comienzan a redactarse por escrito, asumiendo así el significado de un auténtico contrato entre el señor y las fuerzas presentes en el territorio: se trata de esos «contratos de dominación» que encontramos en muchos territorios europeos desde el siglo XIV en adelante, escritos y puestos en vigor con el fin de precisar y circunscribir las posiciones y los poderes de cada fuerza agente, incluyendo al mismo señor, pero también con la intención de representar y fijar los modos de participación de cada uno en el cuidado del «bien común», y así en el gobierno del territorio¹.

Ahora podemos preguntarnos si todo esto representa un «Estado». Nuestra respuesta es afirmativa, en el sentido de que se ha entrado en una situación en la que respectivamente tenemos:

a) un territorio en sentido político, objeto de la dominación de un señor, que ahora trasciende la suma de las tierras que en él están comprendidas;

b) una asamblea que ya no es exclusivamente la medieval de los magnates y de los barones, que se limitaban a prestar a su señor *consilium* y *auxilium*, y que tiende a involucrarse del sentido institucional de la asamblea que con el mismo señor gobierna el territorio, decidiendo en primer lugar sobre los recursos, sobre su adquisición y sobre su empleo;

c) un conjunto de reglas que tienen su origen en las costumbres medievales, pero que ahora pretenden disciplinar por escrito los ámbitos de poder del señor, de la asamblea y de las fuerzas agentes, con el propósito de definir en su totalidad el modo de gobierno del territorio.

En otras palabras, tenemos «Estado» porque tenemos una realidad territorial gobernada cada vez más en su conjunto, y cada vez de manera más institucionalizada, según reglas escritas que fijan el lugar de cada uno. Éste es el sentido fundamental de la transformación a la que asistimos en el paso de la edad media a la moderna, y éste es el carácter del Estado moderno europeo que es posible captar en su origen: *el Estado como gobierno de un territorio, que actúa de manera cada vez más disciplinada y reglada, con la intención de reunir las fuerzas operativas sobre ese territorio, de reconducirlas a una prospectiva común*.

Obviamente no debemos buscar en este Estado, característico de la primera edad moderna, esa forma de Estado que surgirá más tarde, en la época de los Estados nacionales y de los Estados de derecho. En efecto, en el Estado que estamos tomando en consideración falta cualquier pretensión de monopolio en relación con el ejercicio del poder y en relación con la ciudadanía. Los señores territoriales —a los que nos hemos referido antes— ejercían ciertamente importantes poderes de *imperium*, ocupando de manera creciente el centro del poder sobre el territorio, pero no por eso

1. Consideramos esencial la obra de S. E. Finer *The History of Government*, 3 vols., Oxford, 1997, vol. II, pp. 1024 ss., para la fase histórica considerada en el

piensan en cortar de raíz la vasta gama de poderes jurisdiccionales, impositivos en materia de tributos y también militares que continúan haciéndose dentro del mismo territorio. Ni mucho menos se puede sostener —en lo referente a la ciudadanía— que la pertenencia de un sujeto a ese territorio genere en él una obligación exclusiva hacia el señor, permaneciendo bien vivas las antiguas solidaridades y las distintas obligaciones que de ellas derivan con el lugar, el estamento, la corporación, el feudo o la ciudad. Tenemos un Estado porque tenemos la conciencia de un territorio que gobernar y defender en su conjunto según reglas fijadas y compartidas, pero permanece también —dentro de ese Estado y de ese territorio— una pluralidad de potestades dotadas de *imperium* y una pluralidad de vínculos y de obligaciones. En una palabra: hay Estado porque hay gobierno y territorio, aunque falte la *soberanía*.

Es necesario, desde nuestro punto de vista, poner orden en la plurisecular existencia del Estado moderno europeo, definiendo de modo más preciso las formas que ha adoptado en el curso del tiempo, y en particular intentando individuar la fase en la que podemos situar el salto al que antes nos referíamos: *del Estado como mera práctica organizada de gobierno del territorio al Estado portador del principio-guía de la soberanía*.

2. *Las formas del Estado moderno europeo: el Estado jurisdiccional, el Estado de Derecho, el Estado constitucional*

En nuestra reconstrucción, el Estado moderno europeo comienza a tomar forma cuando en un territorio concreto se dan las condiciones para la existencia de un gobierno que, sin ser todavía monopolista ni soberano, se propone ejercer, de manera clara, las funciones de *imperium* —de administración de la justicia, de imposición de tributos, de defensa del territorio y de tutela del orden y de la paz interna— pidiendo la colaboración de las fuerzas existentes —las comunidades rurales de origen feudal, las realidades ciudadanas, los ordenamientos eclesiásticos, las corporaciones— según reglas escritas y compartidas, que empuñan a los diversos sujetos implicados confirmando sus derechos, pero también asignándoles un papel y una responsabilidad en el ámbito del gobierno del mismo territorio. En esta fase inicial de su desarrollo, el Estado moderno europeo es el resultado de una tensión y de una competición, pero también de una colaboración y de un equilibrio, entre *dos polos*: el de la *con-*

centración e institucionalización de los poderes de *imperium* evocados anteriormente, asumidos, aunque no sea de manera exclusiva, por un señor que tiende de este modo a representar el territorio en su conjunto; y el de la *pluralidad* de las distintas fuerzas y realidades presentes sobre el mismo territorio, que operan no sólo en el plano tradicional de la tutela de sus privilegios y de sus ámbitos de poder, sino también en el nuevo plano de la *participación* en el gobierno del territorio, que ellas terminan también por entender como un conjunto, como una especie de «bien común» para cuya integridad y cuidado están llamadas a trabajar en colaboración con el señor.

Si insistimos sobre este punto, es para poner de relieve el hecho de que el Estado moderno europeo ha tenido, al inicio de su desarrollo, una *primera forma* en la que se encuentran plenamente desarrollados algunos elementos propios de las formas subsiguientes inspiradas por el principio-guía de la soberanía política: la tendencia del señor a situarse en el *centro* de un territorio dado, o el comienzo del proceso de concentración de los poderes de *imperium*. Pero lo verdaderamente imponente es que se trata de una forma que, en su carácter basilár, prescinde totalmente de aquel principio, no estando dirigida de ninguna manera a monopolizar uniformemente el dominio del territorio, ni a crear una obligación política única y exclusiva para los sujetos anulando las múltiples solidaridades —de estamento y de lugar— que habían caracterizado el pasado medieval y que ahora son transformadas, pero no eliminadas, por la nueva realidad territorial. En una palabra, el Estado moderno europeo tiene una primera forma que no puede reconducirse al principio de soberanía. La historia del Estado moderno europeo es así más amplia, y más remota, que la historia del Estado personificado en el principio de soberanía: esa segunda historia comienza después, y representa sólo *una fase* dentro de la plurisecular existencia del Estado moderno europeo.

Volvamos ahora a nuestra exigencia de fondo, que es la de poner orden en la sucesión histórica de las formas que han caracterizado la existencia de conjunto del Estado moderno europeo. Podemos ahora ponerle nombre a la primera forma, que en parte ya hemos tratado: es el Estado jurisdiccional, que consideramos la forma predominante hasta la Revolución francesa y los cambios de finales del siglo XVIII². El Estado jurisdiccional tiene tres características fundamentales:

2. Seguimos la excelente obra de L. Mannori y B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma/Bari, 2001. De los mismos autores véase, en este volumen, el capítulo dedicado a *Justicia y administración*.

a) un territorio entendido cada vez más en sentido unitario, pero en el que la unidad está precedida, lógica e históricamente, por las partes que la componen, en el sentido de que quien gobierna el centro está siempre obligado a presuponer la existencia de una densa tropa de sujetos —de las ciudades a las comunidades rurales, de los ordenamientos eclesiaísticos a las corporaciones— que no pueden ser consideradas meras «secciones» del conjunto y cuya contribución activa es así necesaria precisamente para ejercer el gobierno del mismo territorio;

b) un derecho también él cada vez más relacionado con el cuidado del conjunto, pero que no por eso se traduce automáticamente en un derecho jerárquicamente superior respecto a los derechos de las partes y de los lugares: un derecho que continúa siendo común, y no único, pues está volcado en la racionalización, y quizá también en la reforma, de los derechos particulares pero no en su abrogación;

c) un gobierno que actúa cada vez más en referencia al territorio en su conjunto entendido unitariamente, pero no por eso con intención de generar uniformidad, entendida como conformación generalizada de la periferia al centro: un gobierno que no actúa a través de una administración delegada para expresar en todo lugar, tanto en el centro como en cada punto de la periferia, la presencia y la fuerza del *imperium*, sino a través de la jurisdicción, que permite de manera más bien elástica gobernar una realidad territorial compleja, esencialmente con la intención de mantener la paz, de asociar y mantener en equilibrio las fuerzas existentes.

Puede extrañar que tal forma de Estado sea la considerada por nosotros dominante en Europa hasta la Revolución francesa, sobre todo teniendo en cuenta la existencia, a mediados del período considerado, de la fase decisiva del absolutismo político de los siglos XVI y XVII. Y más aún teniendo en cuenta la larga y todavía viva tradición de estudios que nos han habituado a considerar el *Estado absoluto*, sobre todo en el siglo XVII, como la verdadera primera forma de Estado moderno que, procediendo, en distinta medida, a estatizar las funciones de *imperium* —el ejercicio de la jurisdicción, el poder de imponer tributos, el poder de llamar a las armas y de organizar el ejército— y creando para ello una burocracia profesional de extracción no feudal ni patrimonial, habría preparado en sustancia la caída de los privilegios y, bajo este perfil, la misma revolución con la afirmación de los derechos individuales³.

3. Consideramos en este sentido ejemplar la obra de C. Moratti *Le forme di governo. Lezioni*, Padova, 1973, pp. 6 ss.

Se trata de un problema decisivo sobre el que son necesarias algunas precisiones.

La primera es relativa al significado que podemos atribuir a la expresión «Estado absoluto». Si con tal expresión entendemos la tendencia de algunas monarquías europeas, sobre todo a lo largo del siglo XVII, a simplificar en sentido absolutista la forma de gobierno monárquica, reduciendo los poderes de los Consejos que cooperaban con los soberanos, o de los sujetos institucionales que podían ejercer cierto control sobre la acción de la misma monarquía, entonces, en este sentido, con «Estado absoluto» indicamos una línea de tendencia bien clara que aún describe y califica excelentemente una fase concreta de la historia constitucional europea en sus diversas variantes: la francesa del largo reinado de Luis XIV (1661-1715), que absolutista fue de verdad, precisamente por la tendencia del soberano a gobernar reduciendo al máximo el papel del Consejo, convertido en un órgano puramente técnico, y el de los parlamentos, cuyo poder de rechazar la legislación regia se reduce sensiblemente, o la inglesa de la primera mitad del siglo XVII, igualmente orientada en sentido absolutista pero después destinada a enfrentarse con su contrario, con la gran tradición parlamentaria inglesa, y también con el *common law*, con el papel fuerte y autónomo de la jurisprudencia. En este sentido, está bien claro qué significa el absolutismo político: la tendencia de la monarquía a operar, con éxito en algunos casos, con dificultad en otros como en Inglaterra, en sentido monocrático, eliminando cada vez más las distintas formas de reparto del poder que se habían estratificado en el tiempo.

En resumen, nuestro Estado absoluto puede representarse como una concreta *forma de gobierno* que coincide con la monarquía absoluta, como la de Luis XIV, evidentemente distinta a la monarquía constitucional inglesa, caracterizada por el principio opuesto del *King in Parliament*, y por la opuesta tendencia a reparar el poder, a crear mecanismos de controles recíprocos entre los poderes. Se trata evidentemente de problemas muy relevantes, pero que permanecen en el plano de la forma de gobierno, de la organización de los poderes.

Distinto es el caso en que se quiera hacer del mismo Estado absoluto una auténtica *forma de Estado*, capaz de superar completamente la precedente forma de Estado, que sabemos es el Estado jurisdiccional. Si nos situamos en este plano, distinto y posterior, debemos recordar lo que caracterizaba en sentido negativo al Estado jurisdiccional, es decir, la ausencia del principio-guía de la so-

ranía: teníanamos ya un territorio, un gobierno, una tendencia también clara a la concentración de los poderes de *imperium*, pero faltaba la síntesis, la pretensión de exclusividad, de dominio monopolista de esos poderes, de unidad de la obligación política y del mismo derecho, con la consecuente abrogación de todos los derechos particulares. La cuestión que planteamos en referencia a la forma de Estado es ésta: no que sea «absoluto» un monarca concreto en relación con los otros poderes relevantes desde el punto de vista público, sino que sea «absoluta» la pretensión de dominio político existente en la misma monarquía en relación con la realidad social y territorial. Sólo en el caso en el que se sostenga que el Estado absoluto ha sido históricamente también esto, y por tanto el primer portador del principio-guía de la soberanía, es posible afirmar que constituye una nueva y auténtica forma de Estado que genera la ruptura con la tradición del Estado jurisdiccional en el siglo XVII y, por ello, antes de la revolución.

Pensamos que para aclarar este punto es decisivo el elemento jurídico, y en particular el significado que asume la normación en el Estado absoluto. Se trata, en otras palabras, de valorar en qué medida las monarquías absolutas europeas se han sentido de verdad portadoras de un derecho expresión del principio de soberanía, capaz en cuanto tal de producir la abrogación íntegra del derecho de los otros, es decir, de la pluralidad de ordenamientos y de derechos, de lugar y de estamento, extendidos por el territorio, que el Estado jurisdiccional racionalizaba y componía unitariamente pero no eliminaba. Para examinar más de cerca este problema, analicemos con este propósito el mayor hito de la normación del Estado absoluto europeo del siglo XVII, representado por las célebres *Ordonnances* de Luis XIV que entran en vigor a partir de 1667, en materia de organización del proceso civil y penal, de comercio y de derecho marítimo y de la navegación. Es evidente el valor de este examen. En efecto, si ni siquiera esta normación, concebida por un soberano particularmente fuerte, pensada como auténtica legislación para Francia, pudiese definirse con propiedad como expresión de soberanía política, difícilmente se podría después, sobre la base de esta valoración, pensar en el Estado absoluto en su dimensión europea como auténtico punto de ruptura en relación con la tradición del Estado jurisdiccional.

Continuemos con las *Ordonnances*. En ellas aparece de manera clara una idea nueva que se presenta como potencialmente capaz de generar una auténtica ruptura: que el derecho del soberano, expresado en estos textos normativos, es de una «calidad» distinta

a los derechos existentes y, por tanto, capaz de abrogarlos. Por este motivo, las *Ordonnances* contenían una auténtica cláusula de abrogación, dirigida a atacar toda fuente de derecho que a su vez contuviese disposiciones distintas o contrarias a las que el mismo soberano intentaba imponer con sus ordenanzas. El derecho del soberano no es sólo genéricamente más autorizado: contiene en sí mismo una especie de *fuerza especial y suplementaria* que lo legitima para sustituir los otros derechos, para abrogarlos. Pues bien, esta «fuerza especial» no es otra cosa que aquello que buscábamos, es decir, la *soberanía*. Y es exactamente lo que no tenían los señores territoriales anteriores al Estado absoluto, ya que su normación, aunque autorizada, servía para racionalizar la pluralidad, para aumentar el peso del derecho común, pero no para abrogar en nombre de una presunta «calidad» superior de su derecho.

Las cosas no son sin embargo tan simples. Si profundizamos más, advertimos la existencia de un segundo aspecto en nuestro problema, apenas entrevisto en contraste con el primero: la misma idea del Estado absoluto como Estado soberano, capaz de demoler la pluralidad de los derechos y el mismo Estado jurisdiccional. En efecto, no es difícil ver cómo la fuerza soberana contenida en el derecho de Luis XIV llega sólo hasta cierto punto, y cómo en Francia es por ello posible conservar todavía los derechos particulares prácticamente hasta el umbral de la revolución.

Es indudable que el derecho del soberano prevalece sobre cualquier otro derecho, hasta el resultado último de la abrogación. Pero ¿qué sucede en todos aquellos casos no previstos por la voluntad del soberano para los que no existe en las ordenanzas una disposición aplicable a las cuestiones concretas que los jueces encuentran en la práctica jurisprudencial? Aquí las ordenanzas callan, no ordenan a los jueces ninguna explícita *prohibición de heterointegración*. Esos jueces pueden por ello, cada vez que encuentren lagunas en las ordenanzas del soberano, remitirse en sus sentencias a los derechos particulares. Estos estaban sólo parcialmente abrogados, en las partes en que estaban en desconformidad o contraste con las disposiciones contenidas en las ordenanzas, pero por lo demás continuaban existiendo, hasta el punto de que para llegar a su completa eliminación será necesaria la revolución, y sobre todo serán necesarios los *códigos*⁴, los cuales, en un contexto distinto, serán

4. Sobre los códigos como tipo de normación esencial para la afirmación de los Estados nacionales soberanos véase, en este volumen, el capítulo elaborado por Paolo Capellini.

capaces de aparecer —a diferencia de las ordenanzas de Luis XIV— como textos normativos necesariamente completos, excluyendo la heterointegración y, precisamente por eso, capaces también, en ese punto, de una abrogación completa y radical del derecho anterior.

Volvamos ahora a nuestro problema de la sucesión histórica de las formas de Estado. El análisis desarrollado confirma que la caída definitiva del Estado jurisdiccional debe ser retrasada al tiempo de la revolución. Esto no significa, obviamente, que esa caída no haya ido preparándose a lo largo del tiempo, ni significa la negación del protagonismo que el Estado absoluto haya tenido en la reducción del pluralismo sobre el cual estaba construido el Estado jurisdiccional. Significa sólo negar que haya existido en Europa una forma de Estado posterior al Estado jurisdiccional y anterior a la revolución. Debemos precisar ahora que no se ha de tener una concepción innovalista del Estado jurisdiccional, como si se hubiera mantenido idéntico a lo largo de los siglos de la edad moderna hasta llegar a la revolución. Al comienzo de este capítulo ya hemos observado que un dominio territorial del siglo XIV es distinto a un Estado absoluto del siglo XVII. El primero se limita con frecuencia, más o menos en continuidad con el pasado medieval, a garantizar el equilibrio de las fuerzas y de los ordenamientos del territorio; el segundo tiene ya una política económica, ha desarrollado enormemente su propia presencia y su fuerza en el campo fiscal y militar creando burocracias más directamente dependientes del soberano y, aún más, promueve planes de obras públicas.

Y sin embargo, recordando cuanto ya hemos dicho a propósito de la presencia de *dos polos* en la estructura basilar del Estado jurisdiccional como primera forma histórica de existencia del Estado moderno europeo, pensemos que el aumento de obligaciones y la concentración de poderes que caracterizan la fase absolutista pueden calificarse como intensificación del peso y de la relevancia, en el ámbito del mismo Estado jurisdiccional, del polo de la unidad y de su representación en la figura del soberano, pero sin cancelar del todo, antes de la revolución, el otro polo, el de la pluralidad. Por lo demás, la principal virtud del Estado jurisdiccional es precisamente su *elasticidad*, pues consistente, en su interior, distintas disposiciones y equilibrios entre los dos polos, bien hacia la herencia medieval, con una relevancia prevalente del polo de la pluralidad, bien hacia la parte opuesta, hasta casi tocar el nuevo principio-guía de la soberanía, como en el caso de los Estados absolutos.

Lleguemos finalmente a la revolución, ya que aquí se encuentra —como ya hemos repetido— la ruptura fundamental, la raíz y el

origen de *una nueva forma de Estado*, con la que se abre una fase totalmente nueva en la existencia del Estado moderno europeo. Abramos así el gran libro de la revolución, en una página que continúa siendo fundamental: la de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 26 de agosto de 1789. Encontramos enseguida la afirmación de la soberanía que hasta ahora habíamos buscado en vano. Leamos el artículo 3: «El principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ningún cuerpo, ningún individuo puede ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella».

El artículo es realmente fundamental. Une fuerte e inseparablemente el ejercicio de la autoridad, y por tanto de los poderes de *imperium* ya conocidos por nosotros que una gran cantidad de sujetos había ejercitado sobre el territorio antes de la revolución, al principio de soberanía, es decir, a la situación de la exclusividad, del monopolio: el ejercicio de la autoridad, y por ello la misma capacidad de coacción sobre los individuos, es ahora posible y legítima *sólo a condición de ser única*, y más precisamente de ser aquella, y sólo aquella, que puede decirse autorizada por la totalidad, representada en el artículo por la nación. Otro tipo de autoridad, de ámbito más reducido, ya no puede ser tolerado: ahora existe un solo «cuerpo», el de la nación, y la multiplicidad de los «cuerpos» hasta aquí existentes es barrida, reduciéndose cada uno de ellos a mera articulación de la totalidad, de la misma nación. El territorio, tradicionalmente poblado por una gran cantidad de sujetos, se convierte ahora en neutro y simple, y puede por tanto dividirse mediante las reglas de la técnica administrativa y de la geometría. En fin, la fuerza soberana de la nación abarca también al monarca —que es ciertamente el «individuo» de nuestro artículo—, que como los antiguos «cuerpos», y junto a ellos, pierde toda legitimación propia, pudiendo ahora permanecer sólo en cuanto expresión, también él, de la soberanía de la nación, por ella y por su constitución autorizado a ejercer cualquier autoridad.

La revolución recoge el resultado de la entonces plurisecular existencia del Estado moderno europeo en la línea de la concentración de las funciones de *imperium* y del gobierno del territorio desde el centro, en sentido unitario. Pero también culmina aquel salto que sólo era posible al desplegar completamente la fuerza del principio-guía de la soberanía política, y produce así una ruptura, una nueva constitución y una nueva forma de Estado. Calificar y definir esta última es ahora nuestra tarea. Se trata, en síntesis, de comprender primero de qué modos y formas se expresa la voluntad

del nuevo poder soberano, y, después, qué límites encuentra tal voluntad.

Del primer punto de vista, lo que se debe poner de relieve inmediatamente es la caída del pilar sobre el que se sostenía el Estado jurisdiccional, es decir, el protagonismo de la función jurisdiccional. Tal función es ahora claramente redimensionada. El conjunto de su actividad no puede considerarse ya «gobierno» del territorio, como en la anterior forma de Estado, y viene así *neutralizada* y reducida al papel de mera aplicación, lo más mecánica y uniformemente posible, de la voluntad soberana contenida en la ley. Esta última, y por ello la función legislativa, se sitúa en el primer puesto entre las funciones, por un motivo que aparece enunciado de manera lapidaria en el artículo 6 de nuestra *Declaración de derechos*: «La ley es expresión de la voluntad general». Lo que equivale a decir: cuando la ley sale a la luz, debemos presumir que en ella está contenida la *voluntad general*, es decir, la realización del proyecto de la revolución misma, consistente en la afirmación de una única voluntad, expresión de toda la nación, frente a la multitud de voluntades que antes caracterizaban las realidades políticas territoriales.

Que después a este resultado de la voluntad general se llegue por la vía de la democracia directa, con la activación desde abajo de la voluntad del pueblo soberano protagonista en primera persona de la deliberación de la ley, o por la vía de la democracia representativa, mediante el gran artificio de la representación política como representación de la nación, provista de la prohibición del mandato imperativo y por tanto capaz de expresar con la ley una voluntad general y abstracta no viciada por voluntades e intereses particulares⁵, no cambia el significado de la línea de fondo que nos interesa: la ley está en la vanguardia de la nueva forma de Estado porque contiene la *voluntad de la nación soberana* que ha deliberado sobre la supresión de los antiguos particularismos. Los jueces vienen después, y sobre ellos recae la sospecha de que pueden tener la ambición de restaurar el protagonismo perdido aumentando desmesuradamente su poder de interpretar la ley. Ésta, precisamente porque contiene necesariamente la voluntad general,

debe, por el contrario, aplicarse de manera *clara y uniforme*, de tal modo que garantice a los ciudadanos que entre la voluntad soberana de la nación y ellos mismos no se interpone ninguna voluntad particular, ligada por obra de los jueces a la lógica de los casos concretos que, en la línea de la revolución, está demasiado cerca de la lógica de la norma particular y, por tanto, del privilegio.

Para comprender la nueva forma de Estado generada por la revolución, se debe considerar un segundo aspecto. Junto al protagonismo de la ley, expresión de la voluntad general y de la soberanía de la nación, se sitúa una segunda novedad importante, consecuencia también de la desaparición del Estado jurisdiccional: la ejecución de la ley, por obra, ahora, de un auténtico *nuevo sujeto*, la *administración pública*, destinada cada vez más a representar al Estado en acción intentando responder a las necesidades concretas de los ciudadanos. Esta es la otra gran diferencia respecto al Estado jurisdiccional, dentro del cual nunca se determinó una auténtica necesidad de una función administrativa distinta y autónoma de la jurisdiccional⁶. Por el contrario, con la revolución y de manera creciente en el curso del siglo XIX, no se puede pensar en un «Estado», o en un «gobierno», sin pensar en la existencia, junto a la legislación, de una función administrativa que opera de manera uniforme sobre todo el territorio, concretando al «Estado» mismo y a la voluntad general contenida en la ley.

Si antes teníamos un Estado jurisdiccional, ahora tenemos un *Estado legislativo y administrativo*. Sin embargo, esto no es suficiente para concluir la definición de la nueva forma de Estado. Falta todavía un elemento. Aludíamos antes al aspecto del límite. En efecto, la soberanía que emerge con la revolución no puede describirse sólo como una fuerza imparable, destructora de todo particularismo existente en el territorio y por tanto única dueña de las relaciones sociales y políticas. Bien mirado, si el Estado post-revolucionario tiene tal fuerza es porque debe sustituir la antigua sociedad de los privilegios y de los derechos estamentales —de los nobles, de los ciudadanos burgueses, de los campesinos— por la sociedad de los *derechos individuales*, fundada sobre el *principio de igualdad*, es decir, sobre la *unidad del sujeto de derecho*: una sociedad en la que ya no existen derechos diferentes, en la que todos utilizan, en su vida jurídica, los mismos instrumentos, previstos de

5. La alternativa entre democracia directa y democracia representativa estaba abierta al comienzo de la revolución, como demuestra el mismo artículo 6 de la *Declaración* de 1789, en la parte inmediatamente posterior a la citada en el texto: «Todos los ciudadanos tienen derecho de concurrir a su formación [de la ley] personalmente o por medio de sus representantes».

6. Sobre esto véase Mannori y Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 182 ss., para la descripción del fin, con la revolución, del orden que habla caracterizado al Estado jurisdiccional.

manera codificada, sólida y duradera por la ley del Estado, que es igual para todos. La soberanía no es una fuerza dotada en sí de valor y de legitimidad para dirigir la sociedad hacia los más dispares resultados. Al contrario, la soberanía es una fuerza que nace limitada en sí, pues existe para una finalidad principal o exclusiva: la de generar una ley positiva estatal que garantice los derechos de los individuos en cuanto tales, en condición de igualdad.

Poco importa desde nuestro punto de vista que el arranque de la revolución, a este propósito, esté en los *derechos naturales individuales* anteriores a la misma norma del Estado⁷: lo que cuenta y constituye el hilo conductor que se extenderá por todo el siglo XIX es *el fuerte ligamen existente entre soberanía, derechos individuales y principio de igualdad*, que pronto encontrará un enclave seguro en la ley del Estado, cuya capacidad de adaptación será al mismo tiempo expresión de soberanía y garantía de igualdad en la atribución y en el ejercicio de los derechos. Por lo demás, quien en origen había derrotado con la revolución las antiguas particularidades había liberado al mismo tiempo los *dos lados* de la nueva forma política: la ley soberana, por una parte, no limitada ya por los poderes particulares, y los derechos individuales por otra, afirmados finalmente contra los privilegios que esos poderes contenían históricamente. El Estado posrevolucionario es así soberano y limitado al mismo tiempo, y su ley es a la vez expresión de soberanía y garantía de los derechos, frente a la antigua pluralidad que había impedido la primera pero también los segundos en su forma, ahora posible, de derechos individuales, iguales para todos al desligarse de la pertenencia estamental, de la condición de noble, de ciudadano burgués, de campesino. El *derecho* de la ley del Estado y al mismo tiempo el *derecho* de los individuos en vez de los múltiples poderes y privilegios del orden antiguo: el derecho es el gran hilo conductor, y el *Estado de derecho* es por tanto la nueva forma política que buscábamos, la que la revolución afirma frente al precedente Estado jurisdiccional.

El Estado de derecho será así la forma política que dominará la Europa del siglo XIX y de la primera mitad del XX, la época de los Estados nacionales. Estará dotada de una *constitución liberal*⁸ que

7. Basta leer el artículo 1 de la *Declaración* de 1789: «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derecho».

8. En el epígrafe siguiente nos ocuparemos de las características de la constitución liberal como tipo histórico de constitución dominante en Europa desde la revolución hasta las Constituciones democráticas del siglo XX.

facilita el equilibrio de los poderes, en particular entre monarquías y parlamentos, y reserva a la ley la normación de los derechos, cada vez más sustraída al decreto regio, al acto del ejecutivo. La misma ley asumirá por otro lado la forma sistemática, estable y ordenada del *Código* en materia civil, penal y de procesos. Al mismo tiempo, en la misma fase histórica de las codificaciones, se formará el *derecho administrativo*, un derecho propio y específico de la administración pública, expresión de autoridad y de superioridad sobre los particulares, pero también destinado a regular de manera creciente la acción de los poderes públicos y, en definitiva, a acrecentar la posibilidad de los mismos particulares de recurrir contra los actos de la administración, de obtener un más amplio sometimiento de la acción administrativa al control del juez⁹. La época del Estado de derecho puede por ello presentarse como una de las grandes etapas del Estado moderno europeo, comprendida entre la revolución y la mitad del siglo XX.

Y sin embargo, si por un momento centramos nuestra atención en el complejo panorama europeo de finales del siglo XIX y comienzos del XX, advertimos enseguida una tendencia profunda del Estado de derecho que lo incapacita para afrontar algunos de los grandes desafíos del siglo XX. Bien se trate del Segundo Imperio en Alemania, con su perdurable forma del principio monárquico, de la Tercera República en Francia, con el protagonismo, casi absoluto, del parlamento, o de la misma Inglaterra, dispuesta también en esta época a reafirmar continuamente la soberanía de su parlamento¹⁰, lo que invariabilmente se aprecia es la tendencia del Estado de derecho a vislumbrar en el *nuevo tiempo histórico de la democracia* una amenaza para su propia integridad y, por tanto, para la misma ley del Estado, a causa de los dos grandes procesos que la misma democracia parecía llevar consigo: por una parte una renovada relevancia política directa de los intereses particulares, organizados incluso a través de los partidos políticos, con influencia en la sociedad y en los parlamentos; por otra parte la idea cada vez más recurrente, incompatible con el Estado de derecho nacido de la revolución, de la constitución como *norma superior a la misma ley del Estado*, portadora de los principios fundamentales de una concreta comunidad política a la luz de los cuales se controla y juzga la obra del mismo legislador. Por una parte, una ley socialmente pac-

9. Véase Mannori y Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 277 ss.

10. Para una síntesis panorámica, véase nuestro trabajo anterior: M. Fioravanti, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 142 ss.

tada, por otra parte una ley que puede ser juzgada y puede considerarse nula por ser contraria a la constitución, quizá por obra de los jueces y quizá porque éstos la entiendan lesiva para unos derechos individuales que antes ni siquiera podían concebirse sin la ley y que ahora aparecen fundados directamente en la constitución. Como se ve claramente, se trata de algo que desquicia el Estado de derecho porque golpea su pilar central, es decir, la fuerza y la autoridad de la ley, desde abajo, sometiéndola a un incesante proceso de negación social y, desde arriba, sometiéndola al control de constitucionalidad para tutelar los mismos derechos de los individuos.

Tales procesos se han revelado a lo largo del siglo XX —sobre todo a partir de mediados de siglo, con la entrada en vigor de las Constituciones democráticas entre las que se encuentra la italiana de 1948— tan vastos y profundos que legitiman la hipótesis del asentamiento, precisamente ante nuestros ojos, de una nueva forma de Estado distinta del Estado de derecho que asume la denominación de *Estado constitucional*. Se quiere señalar así la presencia del «Estado» como heredero y expresión de la plurisecular tradición del Estado moderno europeo, pero también la diferencia con su última fase de desarrollo, en la que se había ligado de manera estrecha, como Estado de derecho, al principio-guía de la soberanía política¹¹. Ciertamente se trata de una diferencia y de una superación que, aunque clara, resulta parcial, ya que la ley continúa teniendo un lugar relevante, en cuanto expresión del principio democrático; pero de otra parte lo que caracteriza al Estado constitucional actual es precisamente esto: la presencia en él de muchos elementos, mezclados e imbricados entre ellos, que han caracterizado la existencia del Estado moderno europeo en distintas épocas, no sólo en la del Estado de derecho, sino también en la precedente del Estado jurisdiccional, del que el Estado constitucional del presente retoma su vocación pluralista, como también el papel protagonista de la jurisdicción, indispensable para el equilibrio del conjunto, que ciertamente no puede ya encerrarse en los límites diseñados por la revolución, en la simple aplicación de la ley a los casos concretos. Desde este punto de vista, puramente histórico, el Estado constitucional puede considerarse como un resultado de conjunto en el que confluye y se precipita toda la experiencia del Estado moderno europeo, en sus distintos aspectos, en su búsqueda

de un centro y de una ley como expresión de unidad, pero también con su amplia tradición pluralista, radicada en los muchos siglos anteriores a la revolución, conectada siempre con un papel activo, no de mera aplicación, de la jurisprudencia.

En el epígrafe siguiente trataremos del «tipo histórico» de constitución que caracteriza al Estado constitucional, que ya no es la constitución liberal de la época del Estado de derecho: como veremos, se tratará de un tipo histórico nuevo, de la *constitución democrática*. Por ahora sólo queda subrayar, en un momento caracterizado por las precipitadas e imprudentes declaraciones acerca de la muerte del Estado, la complejidad de los resultados modernos de la plurisecular existencia del Estado moderno europeo.

3. *Las constituciones del Estado moderno europeo: la constitución estamental, la constitución liberal, la constitución democrática*

¿Cuántas constituciones ha tenido el Estado moderno europeo en el curso de su existencia histórica? En esta parte de nuestro capítulo intentaremos individuar con este propósito algunos tipos históricos de constitución, comenzando con el más remoto, en la época del Estado jurisdiccional. Como sabemos, esta época está caracterizada por la larga coexistencia de dos elementos: por una parte, la búsqueda de un centro en el gobierno del territorio, la concentración de los poderes de *imperium*, de otra, la fuerza permanente, diseminada por el mismo territorio, de una gran cantidad de sujetos, desde las comunidades rurales de origen feudal a las corporaciones, a los ordenamientos eclesiásticos, a las ciudades. Sabemos también que el proceso de construcción del Estado moderno europeo no puede describirse exclusivamente en clave de competición entre «centro» y «periferia», de conformación de la segunda al primero, de demolición progresiva del papel y del peso de los sujetos presentes en el territorio, que de esa manera aparecerían ya —bajo la condena revolucionaria— asimilados a la dimensión del «privilegio», o del «particularismo», de los enemigos de la unidad representada en la voluntad general.

Por el contrario, el Estado moderno europeo, en toda su primera fase de vida precedente a la Revolución francesa, no puede ser plenamente entendido sin tomar en consideración el papel desarrollado por esos sujetos en el gobierno de los territorios, en relación con los señores territoriales y con las mismas monarquías, que no es

11. Una descripción válida del suceso histórico indicado en el texto, del Estado de derecho al Estado constitucional, se encuentra en G. Zagrebelsky, *El derecho dual. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1902.

sólo de oposición o de resistencia, de defensa de los antiguos privilegios y de los derechos particulares, sino también de colaboración y de participación en el gobierno, a través de las nacientes asambleas representativas, mediante la definición cada vez más frecuente de reglas escritas compartidas¹². Es por esto por lo que pensamos que el Estado moderno europeo, en su primera fase de vida, coincidente con la época del Estado jurisdiccional, tuvo una auténtica constitución, es decir, un ordenamiento general capaz de organizar el proceso de gobierno y las relaciones entre los distintos poderes y sujetos agentes del territorio: ésta es la *constitución estamental*, que obviamente ha sufrido diversas transformaciones en su seno, pero que de todas maneras ha dominado el escenario europeo hasta la revolución.

Pasemos ahora a individualizar los elementos que componen la constitución estamental. En su base se encuentra el *pueblo*. Éste no es, como lo será en el tiempo de la revolución, un conjunto de individuos sometidos a la autoridad de una misma ley y, sobre la base de ésta, titulares de unos mismos derechos. El pueblo es más bien una realidad histórico-constitucional concreta en la que se asocian, dentro de un territorio dado, una multiplicidad de sujetos colectivos, de órdenes, de ciudades, de comunidades, de corporaciones, a través de una serie de pactos y de contratos, que tienden a conservar la distinta identidad, también en sentido jurídico, de los sujetos singulares pero reconociendo al mismo tiempo la existencia del todo, del mismo pueblo¹³.

Este pueblo tiene su propio señor, que puede ser un rey, titular de amplios poderes de *imperium*, pero que por fuerte y potente que sea está destinado a detenerse frente a la existencia de un pueblo que porta una serie de derechos y ordenamientos concatenados entre ellos que, como resultado final, dan la *ley fundamental* de un territorio que el señor no puede cambiar arbitrariamente a su capricho. Si esto sucediese, el pueblo podría ejercitar, contra el señor o contra el monarca, a través de las asambleas representativas y a través de los propios oficiales y magistrados, el *derecho de resistencia*, no con la finalidad de subvertir el ordenamiento histórico-

constitucional existente sino, por el contrario, para reafirmarlo, para defenderlo en su integridad contra un poder convertido en tirano. En fin, nuestra constitución estamental es también una *constitución mixta*, de la que se generan formas de gobierno *moderadas y equilibradas*: esencialmente monarquías moderadas, que sitúan junto a la misma monarquía, a través de las asambleas representativas, de los Consejos, del mismo cuerpo de los oficiales y de los magistrados, las componentes populares y aristocráticas. La forma por excelencia en este sentido es obviamente la británica del *King in Parliament*, con las tres ramas del parlamento: monárquica, aristocrática con los *Lords*, popular con los *Commons*.

Éste parece ser, en definitiva, el carácter fundamental del *derecho público territorial*, con su constitución estamental, en la época del Estado jurisdiccional, es decir, en la primera fase de vida del Estado moderno europeo. La constitución estamental no sólo es lo que será más tarde, desde el punto de vista de la revolución triunfante: la realidad histórica contraria a la unidad del sujeto de derechos y al principio de igualdad, la constitución de los derechos particulares, en definitiva de los privilegios. Esa constitución puede considerarse, por el contrario, una auténtica forma de una racionalidad interna, que ha gobernado la suerte del *derecho público europeo* por mucho tiempo. También desde este punto de vista aparece una pregunta que ya habíamos hecho con respecto al Estado jurisdiccional: ¿hasta cuándo? ¿Cuándo se afirma en Europa un auténtico *nuevo ordenamiento* general de las relaciones políticas y sociales, una *nueva constitución*?

Pensamos que entre la constitución estamental y la constitución liberal, que se afirmará con la revolución, y de la que nos ocuparemos enseguida, aparece en el plano histórico una forma constitucional intermedia, que definimos como *estamental-absolutista*. En general, la constitución estamental-absolutista es, en Europa, la constitución de los Estados absolutos de los dos siglos precedentes a la revolución. Por una vez, más que referirnos a una situación histórica específica, podemos indicar en *Les six livres de la République* de Jean Bodin (1529-1596), publicados por vez primera en París en 1576, la obra en la que mejor se describe una determinada constitución, en nuestro caso la constitución estamental-absolutista. En efecto, las páginas de Bodin reflejan una situación en la que el fundamento de la constitución es todavía estamental y está situado en una densa red de cuerpos, de ciudades, de comunidades, de corporaciones, pero ya no puede ser tal *la forma de la constitución*,

12. Para una buena síntesis en la dirección indicada en el texto, véase W. Reinhard, *Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart*, München, 1999.

13. Para las características históricas de la «constitución estamental», que brevemente siguen en el texto, véase también Fioravanti, *Constitución*, cit., pp. 55 ss., al que renviamos para los argumentos que enseguida serán tratados en el texto.

que ya no puede articularse en sentido mixto, moderado, equilibrado. Sobre el fundamento estamental de la constitución se afirma ahora un poder de calidad nueva, inspirado por el principio-guía de la soberanía, que se caracteriza como poder *perpetuo*—en el sentido de originario, no derivado de otros poderes, y así de ningún otro poder revocable— y como poder *absoluto*, que tiende a escapar a la lógica tradicional de la constitución mixta, de los pactos, de la participación, del control y del equilibrio.

Los dos aspectos, el fundamento estamental y la forma absolutista, se concilian gracias a la distinción, introducida por Bodin, entre *état* y *gouvernement*, entre *régimen* y *gobierno*: en el primer plano, el de la soberanía y el del régimen político, la monarquía es absoluta, como expresión de un poder de hacer la ley y de ejercer las funciones de *imperium* que no hubiera sido admisible en los siglos anteriores en el ámbito de una constitución meramente estamental, mientras en el segundo plano, el del gobierno, se recupera el papel del Consejo, de las asambleas representativas de los cuerpos y de las comunidades, a las que el monarca recurre con el criterio de la oportunidad, e incluso para no afrontar el riesgo del aislamiento, del desgaste cotidiano, en la práctica del gobierno, del mismo principio de soberanía. En síntesis, tenemos una constitución estamental-absolutista porque tenemos una monarquía absoluta, es decir, una forma política orientada en sentido absolutista por el principio de soberanía, pero también una forma de gobierno en la que, en el plano distinto de la práctica política y de la oportunidad, continúa desarrollándose el papel de las asambleas y de los Consejos representativos de la complejidad del territorio, y así se mantiene viva la relevancia político-institucional de los estamentos.

En realidad, toda esta existencia muestra cómo sobrevive la constitución estamental al mismo absolutismo político y cómo, desde este punto de vista, la ruptura debe retrasarse al momento en que la estructura estamental se identifica cada vez más con el lugar de producción de los *privilegios*, con lo que viola la unidad del sujeto de derecho y la igualdad natural de los hombres. Lo que destruye definitivamente la constitución estamental no es por tanto el principio de soberanía en sí, sino la asociación progresiva de tal principio—cada vez más evidente en el camino hacia la revolución— con el *iusnaturalismo moderno*, con el paradigma de los derechos naturales individuales. La constitución estamental caerá cuando se vea claro que era el lugar de conservación de los *privilegios*, contrarios no sólo al nuevo principio de soberanía, sino

también al igualmente nuevo principio de igualdad: uno y otro se afirmaban juntos contra la antigua constitución.

Esto es lo que encontramos, a mitad del siglo XVII, en la obra de Thomas Hobbes (1588-1679), en particular en su *Leviatán*, publicado en 1651. Algunos elementos parecen ser los mismos de Bodin: la crítica a la constitución mixta, el énfasis en la necesidad de atribuir a un solo sujeto, de manera clara y neta, los poderes soberanos de dar y anular la ley, de declarar la guerra y de concluir la paz, de constituirse en jurisdicción de última instancia, de nombrar los magistrados y funcionarios. Pero todo esto asume ahora un nuevo y distinto significado, precisamente porque Hobbes, a diferencia de Bodin, adopta el nuevo argumento iusnaturalista que estima superada ya toda referencia a la realidad estamental: el principio de soberanía no expresa ya una parte de la antigua constitución, sino algo radicalmente nuevo que se liga a la imagen de toda una nueva sociedad, constituida ahora sólo por individuos. Así, el soberano, sea un monarca o una asamblea elegida, no tiene ya ningún fundamento en esa concreta realidad territorial e histórico-constitucional articulada en lugares y en estamentos que por tanto tiempo había caracterizado la experiencia europea, ya que ahora es expresión de algo infinitamente más abstracto, es decir, de la voluntad de los *individuos* que han salido del *estado de naturaleza* precisamente reconociendo la autoridad de ese soberano, y en particular autorizándolo a representarlos, de manera que constituyan un pueblo, una forma política ordenada, en la que son posibles los derechos de los propios individuos, de otra manera sometidos al perenne conflicto presente en el estado de naturaleza.

Aquí está precisamente el verdadero punto de ruptura, aunque por ahora sólo teórico, y sin consecuencias en la práctica constitucional. En lugar del pueblo que siempre había sostenido la constitución estamental y era entendido como multiplicidad de sujetos colectivos—órdenes, ciudades, comunidades, corporaciones— asociados entre ellos, se instala ahora un pueblo que carece de cualquier concreción histórica y territorial, y que por tanto sólo puede entenderse como conjunto de voluntades, expresadas por los individuos en cuanto tales. Al final de esta transformación el pueblo es tan sólo el conjunto de los individuos sometidos a la misma ley, al *imperium* del mismo soberano y, precisamente por este motivo, en posición de perfecta igualdad entre ellos y en condición de ejercer los propios derechos sobre la base de la ley dada. Como se aprecia con claridad, es éste un momento particularmente significativo, porque por vez primera, aunque por ahora sólo en una obra de

teoría política, el principio de soberanía se afirma fuera de toda referencia a la antigua constitución estatal, y por ello en estrecha relación con la nueva estructura individual, ya no estatal, del ordenamiento jurídico, del pueblo y de los mismos derechos.

La revolución asumirá todo esto y dará el gran salto adelante, decretando el fin de la constitución estatal y el nacimiento del Estado de derecho, con su *constitución liberal*. De nuevo, la *Declaración de derechos* de 26 de agosto de 1789 nos ofrece el hilo conductor. En ella están muy presentes los dos elementos liberados por la disolución de la constitución estatal: la soberanía y los derechos individuales¹⁴. Ambos elementos se ligan, dentro del nuevo modelo instaurado por la revolución, según los criterios y principios de la nueva constitución, de la constitución liberal. Intentemos, aquí, a manera de síntesis, ofrecer un elenco de esos criterios y principios:

a) el principio de la *presunción de libertad*, según el cual los individuos se presumen libres a menos que intervenga una ley que prohíba, impida, obligue u ordene, como recita el célebre artículo 5 de la *Declaración*: «Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y ninguno puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena». Aquí es evidente cómo el monopolio de los poderes de coacción por parte de la ley, que históricamente anula los múltiples poderes de *imperium* diseminados por el territorio, es al mismo tiempo afirmación de soberanía y de garantía a favor de los individuos, que pueden así presumirse libres y rechazar por ello cualquier poder de coacción que quiera ejercitarse sobre ellos más allá de las hipótesis taxativamente previstas por la ley y sólo por ella;

b) el criterio de la *reserva de ley*, según el cual sólo la ley puede disciplinar y limitar el ejercicio de los derechos de los individuos, ya que sólo la ley posee en su totalidad la cualidad de la generalidad y la de la abstracción, garantizando así a los individuos que el límite es introducido en interés de todos y con la intención exclusiva de hacer que todos, gracias a la función reguladora de la ley, puedan ejercitar mejor esos mismos derechos, como dispone el artículo 4 de la *Declaración* al establecer que «el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tiene como límites sólo los que aseguran a los otros miembros de la sociedad el goce de esos mis-

mos derechos», y que tales límites, precisamente en la línea de la reserva de ley, puedan «ser determinados sólo por la ley»;

c) el principio de la *constitución* como acto que *garantiza los derechos y separa los poderes*, según lo dispuesto en el célebre artículo 16 de la *Declaración*: «Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene constitución». Lo que equivale a decir que la «constitución» debe cumplir al menos estas dos operaciones fundamentales: garantizar los derechos y separar los poderes. Sobre la base de este principio, las constituciones fieles a la revolución se preocupan de perseguir estas dos finalidades fundamentales, por una parte sustrayendo cada vez más al decreto regio, y en general al acto de los ejecutivos, la disciplina de los derechos, y previendo por ello en las constituciones, para garantía de los derechos, reservas de ley más o menos amplias y determinadas, y por otra construyendo formas de gobierno no absolutistas en las que los poderes tienden a equilibrarse, a no excederse, como en el caso de las monarquías constitucionales y parlamentarias del siglo XIX.

En conclusión, el Estado de derecho postrevolucionario es la forma de Estado que está dotada de una constitución liberal, es decir, de una constitución que parte de la presunción general de libertad a favor de los individuos, que reserva a la ley la individualización de los eventuales límites que —por el interés de todos— deben establecerse al ejercicio de los derechos de los mismos individuos, que provee, siempre para garantizar los derechos, al establecimiento de formas de gobierno no absolutistas. Obviamente, tales principios representan, en su conjunto, un «tipo histórico» que, en efecto, no se afirmó íntegramente nada más terminar la revolución y que, también sucesivamente, se da en la realidad siempre de modo mediató y diversificado en los distintos Estados nacionales del siglo XIX. Y sin embargo, en ese «tipo» está indudablemente encerrada la línea de fondo que caracteriza la experiencia europea desde la revolución hasta los primeros decenios del siglo XX: el *protagonismo de la ley* como manifestación de soberanía y al mismo tiempo como principal instrumento de garantía de los derechos, y el recurso a las *Cartas constitucionales* con la finalidad de establecer formas de gobierno moderadas, no absolutistas, estables y ordenadas.

Hay que poner de relieve un último elemento, necesario para una plena comprensión de nuestro tipo histórico, la constitución liberal. Esta se basa, en toda Europa, en una especie de presupuesto tácito, pero decisivo: que se pueda considerar ya apagado el motor del *poder constituyente* que la revolución había encendido, que se

14. El punto ya ha sido discutido en el epígrafe anterior. Pietro Costa ha escrito un capítulo sobre los derechos en este volumen. Véase también su obra, fundamental para esta materia, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 4 vols., Roma/Bari, 1999-2001.

pueda considerar ya cerrada la gran discusión política sobre el sujeto llamado a expresar con su voluntad el principio mismo de soberanía. Se aleja así cada vez más no sólo de la idea radical del *pueblo soberano*, sino también de la imagen grande y poderosa del *legislador revolucionario*, destinado con su voluntad a destruir todo un sistema político y social, el antiguo régimen. A las concepciones de la soberanía ligadas a la presencia de *un sujeto* capaz de disponer les sustituye cada vez más la idea de la *soberanía de la ley*, en sentido objetivo, como fuente de derecho.

Después, que el autor de la ley sea un parlamento republicano —como en el caso de la Tercera República en Francia— o sean parlamentos todavía obligados a enfrentarse con la permanente presencia del principio monárquico —como en el área alemana— o que se trate, en fin, del noble y soberano parlamento de Inglaterra, poco importa desde cierto punto de vista: lo que cuenta es que todos estos parlamentos afirman la soberanía de la ley, no sólo desde abajo, desde otras fuentes del derecho jerárquicamente sometidas a la ley, como los actos del ejecutivo, sino también desde arriba, en el espacio que ocupaba durante la revolución el poder constituyente del pueblo soberano. En este espacio, la ley se encuentra con la constitución, y ésta termina así por ver reducida su relevancia en el ámbito de la experiencia liberal del Estado de derecho postevolucionario. La constitución es esencial para delinear la forma de gobierno en la que se desarrollan las relaciones político-institucionales, y los parlamentos aumentan su peso, en general, para fortalecer las reservas de ley y de esta manera reducir la arbitrariedad de los ejecutivos, pero en su conjunto no puede situarse, en esta época, de manera clara *por encima de la ley*, de manera que produzca la invalidez de la ley que eventualmente contradiga a la misma constitución. Como sabemos, en el tipo histórico liberal, dominante en la época de los Estados nacionales de derecho, no por casualidad es desconocido, e incluso claramente rechazado, el control de constitucionalidad de las leyes del Estado. Es la consecuencia inevitable de un planteamiento de conjunto que tiende a encerrar el principio de soberanía en la ley en cuanto tal, y sólo en ella, alejando en el tiempo la imagen de aquella otra soberanía, del pueblo o de la nación, que en la revolución se había expresado de manera constituyente como fundamento de la constitución¹⁵.

15. De manera distinta se orientan tales desarrollos, relativos a la institución del control de constitucionalidad, en los Estados Unidos tras la Constitución federal de

Llegamos así, otra vez, en el plano histórico, al final del desarrollo del Estado de derecho como forma de Estado, y también de su constitución, la constitución liberal¹⁶. Tal límite está en el siglo XX, en el siglo en que la nueva sociedad democrática irrumpe en las instituciones y en el corazón mismo de la experiencia constitucional europea. Esa sociedad no sólo tiene la intención de pactar los contenidos de la ley con los instrumentos nuevos que son los partidos, las organizaciones de intereses, los sindicatos, terminando por demoler la grandiosa imagen, generada en origen por la revolución, de la ley como expresión de la voluntad general, dotada de las características de la generalidad y de la abstracción. Tiene también la intención de aparecer como *voluntad constituyente*, renovando el gran mito de la revolución y cerrando así también en este aspecto la época liberal que se había fundado precisamente en el presupuesto de que ese mito se había agotado para siempre. Bajo este segundo aspecto, la nueva sociedad democrática no divide; suma, proponiendo a lo largo del siglo XX algunos grandes momentos de síntesis en el plano político: las Asambleas constituyentes, desde la primera, que es la alemana de Weimar de 1919, a las siguientes que, con frecuencia, marcan el final de precedentes regímenes totalitarios, como en el caso de la Constitución italiana de 1947.

En tales Asambleas se proyecta y se pone en vigor un nuevo tipo histórico de constitución, distinto del precedente tipo liberal. Se trata de la *constitución democrática* que, a diferencia de la liberal, no se limita a diseñar la forma de gobierno y reforzar la garantía de los derechos. Pretende expresar mucho más: pretende, en una palabra, encerrar el contenido esencial de los regímenes políticos que se están instaurando, de las repúblicas democráticas del siglo XX. La constitución democrática contiene, por ello y en primer lugar, los *principios fundamentales* que caracterizan ese régimen político y le dan una precisa identidad en el plano histórico-constitucional. Se crean así las condiciones para que las constituciones se sitúen, de manera clara, por encima de la ley ordinaria del parlamento, con una fuerza reconocida en la precedente época liberal. En efecto, la constitución contiene ahora esos principios que nadie puede violar, ni siquiera

1787. Para un análisis, desde este punto de vista, de las diferencias entre las dos revoluciones, francesa y americana, véase M. Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, Madrid, 192000, pp. 56 ss.

16. El punto ya ha sido tocado al concluir el epígrafe precedente al señalar el paso del Estado de derecho al Estado constitucional.

ra el legislador, porque violar esos principios significaría atacar la misma identidad de esa comunidad política concreta. Y entre esos principios se encuentra, sin duda, el de la *inviolabilidad de los derechos fundamentales*, considerados como tales por las constituciones y que por tanto deben ser tutelados mediante el control de constitucionalidad incluso contra su posible violación por parte del legislador.

Como se ve claramente, las transformaciones que se han producido a lo largo del siglo XX no son de escasa importancia. Por ello, las hemos tomado como auténticos pasos de una forma de Estado a otra, del *Estado de derecho* al *Estado constitucional*, de un tipo histórico de constitución a otro, de la *constitución liberal* a la *constitución democrática*. Y no existe duda de que se trata del paso de una situación en la que la ley—en cuanto expresión de la voluntad general y en cuanto necesario y casi exclusivo instrumento de garantía de los derechos— es sustancialmente incontrolable, a una situación en la que el control de constitucionalidad de esa ley se hace práctica común, caracterizando de manera ordinaria la vida de las democracias contemporáneas, también para tutelar los derechos que están ahora fundados directamente en la constitución. Queda sin embargo un aspecto por explorar: ¿el Estado constitucional es tan sólo el resultado de la crisis del Estado de derecho fundado en la soberanía de la ley? Y además: ¿el fundamento de la nueva *supremacía de la constitución*, siempre en el ámbito de los modernos Estados constitucionales, se da por entero en la nueva democracia política del siglo XX con sus Asambleas constituyentes?

En realidad pensamos que el Estado constitucional de hoy es algo más que un Estado que ha logrado respecto a la forma precedente un nivel de legalidad mayor, el constitucional, y una constitución con deberes más amplios y ambiciosos, es decir, la constitución democrática, en vez de la precedente constitución liberal. En efecto, en el paso del Estado de derecho al Estado constitucional, a lo largo del siglo XX ha sucedido algo más profundo que, en síntesis, puede identificarse como la separación del mismo Estado y de la misma constitución del *principio de la soberanía política* que había guiado la experiencia político-constitucional europea durante algunos siglos, en parte antes de la revolución, luego a través del decisivo viraje llevado a cabo en la revolución y, más tarde, en la existencia concreta de los Estados nacionales de derecho. Bajo este perfil, estos últimos podrían considerarse históricamente como expresión de la *última forma de Estado* reconducible al principio de soberanía, mientras los Estados constitucionales que hoy tenemos,

por el contrario, pueden ser considerados en su dimensión histórica como lo que verdaderamente son: Estados dotados de constituciones, que gobiernan sus respectivos territorios, que mantienen firme el vínculo de la obligación política, de la ciudadanía, pero que no sobreentienden ninguno de estos elementos mediante el recurso al principio de soberanía, ya que son expresión de una forma de Estado, la *constitucional*, no reconducible ya a ese principio.

Precisamente esta conciencia, de tipo histórico, de la conclusión de *una fase* de la historia constitucional europea dominada por el principio de soberanía, puede abrir la mirada a nuevos horizontes. Como hemos visto desde las primeras páginas de este capítulo, los Estados, entendidos como sistemas de gobierno aplicados a un cierto territorio, existían ya en la primera edad moderna aunque sin estar dotados del rasgo de la soberanía. Existían antes de iniciarse esa fase dominada por el principio de soberanía, que en nuestra opinión se ha cerrado a lo largo del siglo XX. Hoy, el sistema de los Estados constitucionales existe, y de hecho opera tras el cierre de aquella fase. Es, pues, evidente que el principio de soberanía es sólo *uno* de los principios históricamente posibles en la determinación y organización de las formas políticas de los Estados y de las constituciones.

Si ahora, por un momento, volvemos de nuevo al comienzo de nuestra historia, recordaremos cómo el principio dominante en la primera fase, el del gobierno de los territorios, no era el vertical de la soberanía sino el horizontal de la *asociación*, de la tutela de un *equilibrio* razonable, entre una pluralidad de fuerzas agentes sobre cada uno de esos territorios. Por este motivo, la institución-principio, en esa situación, era la *jurisdicción*, porque era la que mejor se adaptaba a la realidad de las cosas, la que menos pretensiones unilaterales de dominio expresaba, la que mejor servía en la búsqueda de puntos de equilibrio inspirados por el principio de la justa atribución a cada uno de espacios y de derechos proporcionados. Pues bien, los Estados constitucionales de hoy parecen retomar tal tradición en su interior, y hacia el exterior en las relaciones que esos Estados establecen en el plano supranacional.

En el plano interno permanece el protagonismo de la ley y, en general, de la parte política de la constitución, ligada al principio democrático y, por ello, a la elección de la estrategia política por parte del pueblo como cuerpo electoral y, en general, mediante el ejercicio de las libertades políticas; pero se percibe, cada vez mejor, que en realidad una parte del «gobierno» efectivo de la sociedad se desarrolla precisamente a través de la jurisdicción, y que ésta va

recuperando el papel que la revolución le había quitado. En concreto, el control de constitucionalidad se va configurando, en las democracias contemporáneas, como un instrumento esencial, no sólo para la tutela de la integridad de los principios constitucionales, sino también, y quizá sobre todo, para la búsqueda de puntos de equilibrio justos y razonables entre principios potencialmente enfrentados sobre los que no puede ejercerse ninguna decisión soberana y que llegan a convivir gracias a la obra de prudente mediación de la jurisprudencia. Recuperando la concepción preabsolutista del «gobierno» —entendido precisamente como actividad dirigida a garantizar un determinado equilibrio entre una pluralidad de sujetos y de fuerzas— se puede decir que la jurisdicción ha vuelto hoy —una vez agotada la fase postrevolucionaria dominada por el principio de la soberanía— a concurrir al «gobierno», obviamente sólo en el sentido específico y exclusivo, antes indicado, de la *garantía de los derechos*, de la tutela de un cierto equilibrio dentro de una sociedad profundamente pluralista y, por ello, en un espacio tendencialmente opuesto al ocupado por el *gobierno en sentido político*, como actividad consecuente con la elección de una determinada opción sobre la base del principio democrático.

En fin, lo que emerge en este plano es un ulterior significado de nuestra constitución democrática, que desde este último punto de vista no sólo es «democrática» por su fundamento, por proceder de una Asamblea constituyente, sino también, y quizá sobre todo, por su resultado final, el de reforzar la práctica de la mediación pacífica en los conflictos, tutelando la integridad de la estructura plural del cuerpo social y evitando así las interpretaciones unilateralistas, claramente mayoritarias, de los destinos de la comunidad política. En este sentido, la nueva supremacía de la constitución y el consiguiente amplio papel del control de constitucionalidad que, como hemos visto, caracterizan a los Estados constitucionales modernos, no parecen derivar tanto de la presunta superioridad del sujeto autor de la constitución, el pueblo o la nación, cuanto de la necesidad, fuertemente sentida en las sociedades pluralistas contemporáneas, de individualizar *un límite seguro* a las pretensiones de la mayoría, de hacer valer con los instrumentos del derecho y de la jurisdicción una norma en la que se contenga un núcleo de principios indisponible, fundamento primero de la garantía de los derechos de cada uno.

De nuevo, el principio dominante parece ser más bien el «antiguo» de la asociación, de la búsqueda de equilibrio y de la garantía entre las partes, que el «moderno» de la soberanía, de la búsqueda

de la decisión representativa de la totalidad. O mejor, parece que se asiste a la determinación de una forma política en la que lo «moderno» vuelve a aquella originaria complejidad que dejaba convivir en su interior la búsqueda de la unidad y de su representación en el centro junto a la conciencia de una permanente pluralidad, inherente al cuerpo social y a las articulaciones del mismo sistema político, garantizada por obra de la jurisdicción. De aquí el actual renacer del *constitucionalismo* y de aquellas doctrinas de los poderes limitados y equilibrados que —desde John Locke (1632-1704) en adelante, a través de Montesquieu (1689-1755) y hasta la Revolución americana y aún más allá— han conservado de lo «moderno» una imagen más moderada que la francesa revolucionaria, encaminada a la destrucción del antiguo régimen y ligada, en su raíz, al principio de soberanía enunciado por Hobbes. La misma democracia se desvincula cada vez más del gran paradigma —creado por Jean-Jacques Rousseau (1712-1778)— de la inagotable e inalienable deliberación sobre la ley por parte del pueblo soberano, y deviene también ella *constitucional*, consciente de la dimensión del límite y, sobre todo, de la necesidad que supone, para las democracias contemporáneas, una *constitución rígida* que no puede modificarse libremente y que es tutelada mediante los instrumentos de la jurisdicción¹⁷.

Más interesantes aún son los desarrollos más recientes de nuestros Estados constitucionales en el plano supranacional, en particular en lo concerniente a Europa y a la misma Unión Europea. Como es sabido, en la actualidad se está buscando una nueva identidad política para la Unión de la que es testimonio la reciente proclamación, por parte del Consejo Europeo de Niza en diciembre de 2000, de una *Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, una especie de *Bill of Rights europeo*. Tal proclamación se sitúa en una discusión más amplia, relativa a la posibilidad, a la oportunidad o a la necesidad, de dotar a Europa de una Constitución. Pues bien, creemos que también en este caso es indispensable partir del conocimiento histórico que antes hemos individualizado y tratado varias veces. El hecho de que los protagonistas de este suceso sean los Estados constitucionales europeos, es decir, Estados no reconducibles, como los precedentes Estados de derecho, al

17. La formulación del artículo 1.2 de la Constitución italiana resulta ejemplar en este sentido: «La soberanía pertenece al pueblo, que la ejerce en las formas y en los límites de la Constitución».

principio de soberanía, cambia completamente el porvenir al que nos enfrentamos y el significado que va asumiendo la misma Unión como forma política.

El primer error que debe evitarse es en realidad el de valorar toda esta fase reciente del derecho público europeo a la luz de las categorías dominantes en Europa en la fase precedente, entre el siglo XIX y el XX, en la época del derecho público estatal fundado sobre el principio de soberanía. En concreto, esas categorías establecían una alternativa clara: de una parte el tratado de derecho internacional, que crea algunas obligaciones para los Estados pero no genera ninguna auténtica forma de política en el plano supranacional, por otra el acto constitutivo de un nuevo Estado, generalmente con estructura federal, que antes o después termina por subordinar a los Estados originariamente autores de aquel acto. Así, en la época precedente, al menos hasta mediados del siglo XX, a causa de la rigidez inherente al principio de soberanía, no podía darse una tercera solución: o los Estados permanecían siendo soberanos, ya que estaban limitados de manera controlada y revocable por un simple tratado de derecho internacional, o no existían, ya que se había salido del esquema del tratado y se había entrado en la esfera constituyente del nacimiento de un nuevo Estado, antes o después, destinado a subordinar los Estados originariamente existentes.

Pues bien, pensamos que lo que era radicalmente imposible para los Estados de nuestro inmediato pasado es posible, en cierta medida, para los modernos Estados constitucionales, precisamente porque ya no están determinados por el principio de soberanía: la búsqueda de una *tercera solución* respecto a la alternativa antes formulada, es decir, la construcción de la Unión Europea como forma política y constitucional común, afirmándose como tal, de manera distinta, en el plano supranacional sin por esto subordinar jerárquicamente, con su derecho y su constitución, el derecho y la constitución de los Estados miembros de la misma Unión con el resultado final de la abrogación y de la uniformidad. Se puede pensar así en una nueva forma política que resulta ser, ciertamente, una Unión, pero que no puede pensarse sin las partes que la componen, exactamente como los gobiernos territoriales de la primera edad moderna, que asumían el territorio como un todo, pero que no renunciaban ni siquiera a pensarlo como tal sino partiendo de las partes que lo componían. La Unión Europea ya es hoy mucho más que la simple proyección de la voluntad contractual de los Estados miembros, pero no por ello está destinada a aparecer como *nueva soberanía*, en el sentido de una nueva subjetividad política

que opera de manera abrogativa mediante la progresiva supresión del espacio político e institucional de los mismos Estados. En la dimensión supranacional pueden, por el contrario, producirse otras muchas soluciones, distintas de las reconducibles al tradicional principio de soberanía, articuladas sobre un mayor número de niveles, cruzados entre sí y no ordenados jerárquicamente, y sobre todo Uniones, como la Europea, que quieran ser tales pero con la condición de poderse adscribir al «tipo histórico» de las *uniones compuestas*, en las que las partes preceden el todo, en que la *Commonwealth* resulta de las distintas partes que lo componen¹⁸.

También desde este punto de vista parece haberse terminado el tiempo en el que toda búsqueda de unidad parecía estar destinada a la conquista de un centro del que hacer brotar un derecho único, expresión de soberanía y de unilateral fuerza abrogativa. Otras parecen ser hoy las posibilidades de unidad, las que probablemente experimentaremos en el futuro. Ya no pueden, desde luego, ser consideradas expresión del principio de soberanía, porque la fase histórica dominada por aquel principio ha concluido, pero no por esto deben considerarse extrañas a la existencia, mucho más compleja y antigua, del Estado moderno europeo. Tal existencia, a diferencia de la del principio de soberanía, está todavía muy viva y se está desarrollando precisamente ante nosotros, bajo la forma del Estado constitucional.

18. Véase sobre este aspecto N. MacCormick, *Questioning Sovereignty*, Oxford, 1999.