LAS DOCTRINAS DE LA CONSTITUCIÓN EN SENTIDO MATERIAL*

Maurizio Fioravanti

A menudo, la idea misma de constitución en sentido material se asocia al intento de encontrar una dimensión de profunda normatividad, que preceda a la que ofrecen las normas estatales formalmente vigentes. Por este motivo, las doctrinas de la constitución en sentido material se conciben normalmente como la antítesis de las concepciones positivistas del derecho y, en general, de todas aquellas doctrinas que tienden a reducir el derecho, con su fuerza compulsiva, a las leyes del Estado. En realidad, las cosas son un poco más complejas. Intentemos examinarlas con más detalle.

Partamos de una conocida definición de constitución, formulada al culminar la edad dominada por el positivismo jurídico. Se trata de la ofrecida por Georg Jellinek en su obra principal, *Allgemeine Staatslehre,* publicada precisamente a principios del siglo XX, en el año 1900:

> La constitución del Estado comprende los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado y establecen las pautas para su propia creación, sus relaciones recíprocas, su esfera de acción y, asimismo, la posición fundamental del individuo frente al poder estatal.[1]

Aquí, el positivismo dominante parece haber llegado a un punto final, absolutamente central, hasta el punto de excluir la propia idea de constitución en sentido material: la constitución existe simplemente porque existe el Estado, del cual regula sus órganos, sus relaciones recíprocas y, por tanto, la forma de gobierno, la forma en que ejercen sus actividades y, por último, los límites impuestos a tales actividades, a partir de los cuales se obtiene el espacio de libertad en el que se afirman los derechos de los individuos. Es la constitución, por tanto, la que debe presuponer al Estado, y no al revés. Antes del Estado no puede existir ninguna constitución, ni formal ni material.

---

[*] Traducción del italiano de María Valvidares, Universidad de Oviedo.

[1] Utilizamos la traducción italiana: G. Jellinek, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Milano, 1949, p. 93.

Todo parece estar claro, pero no es así. Precisamente porque el *prius* es el Estado, se vuelve decisivo afrontar de una determinada manera el problema de sus orígenes. Si en el origen del Estado encontrásemos la nuda voluntad política, un poder constituyente, un contrato entre los individuos que pueda ser rescindido con mayor o menor facilidad, todo el sistema del *Rechtstaat* se vería comprometido, dejando al descubierto que se había edificado sobre bases frágiles, totalmente inestables. Más en concreto, los propios derechos de los individuos se verían gravemente comprometidos. Si su fundamento se encuentra en la autolimitación del Estado soberano, según el conocido esquema de la *Selbstverpflichtung* de Jellinek, y si tal acto es una pura expresión de voluntad, ¿cómo no pensar que, con posterioridad, dicha voluntad pueda ser, asimismo, libremente revocada? Pero en este caso, ¿sobre qué se fundamentan, en último término, los derechos de los individuos? ¿Realmente se puede concluir, en plena edad liberal, que los derechos no son otra cosa que *Reflexrechte,* es decir, el mero resultado de un acto expresivo de la voluntad y la soberanía del Estado?

La respuesta a esta pregunta no podía ser más que negativa. Para que el positivismo jurídico aplicado a las ciencias del Estado pudiera estar a la altura de las circunstancias, para que pudiera responder a las cuestiones de la autoridad y la estabilidad pero, también, paralelamente, a la exigencia de reconocimiento de los derechos de los individuos —cuestiones todas ellas propias de la edad liberal—, debía por fuerza construir una imagen de la soberanía del Estado de estampa no voluntarista, capaz de desempeñar una función sustancialmente tranquilizadora. Así pues, debía pensarse necesariamente en una soberanía históricamente determinada, expresión de un *orden jurídico* de carácter objetivo, sobre el cual se fundamentaban, junto a dicha soberanía, los propios derechos del individuo. Es, por tanto, el mismo positivismo jurídico de corte estatalista, precisamente en el momento culminante de su parábola, el que tiene necesidad de un fundamento historicista y, asimismo, de la presunción de un orden jurídico en cierta medida más amplio e, incluso, superior respecto del orden determinado por las leyes del Estado. Con otras palabras, el segundo, esto es, el orden dado por las leyes formalmente vigentes, valía y era expresión de soberanía en tanto en cuanto reflejaba el primero, es decir, el orden dado por el derecho positivo históricamente fundado.

Significativamente, por lo demás, el propio Jellinek, precisamente en los años en que componía su *Allgemeine Staatslehre,* dedicaba gran atención a

la historia, y en particular, a los sucesos del Estado moderno. En este punto, Jellinek se decanta decididamente por aquellas versiones del Estado moderno que ponen de relieve su permanente estructura dualista y, en consecuencia, la presencia de un aspecto, junto al de la soberanía, que contiene una tradición de poder limitado, con una raíz concreta en el mundo de las libertades y los privilegios medievales. Hay un componente específicamente germano, vinculado al modelo histórico alemán de la relación entre príncipes y estamentos y, por tanto, a una visión bipolar del Estado moderno. Pero hay más. Está presente también la convicción de que los modernos derechos individuales hayan sido declarados de forma asombrosa por la revolución francesa, en el año 1789, pero que en realidad tengan su más sólido y verdadero fundamento en los *Bill of Rights* inglés y americano, para a continuación volver la vista atrás, regresando por esta vía a los pactos medievales y a la propia *Magna Charta.* De esta forma el modelo elegido por Jellinek ya no es, ciertamente, exclusivamente «germano», sino que se vincula al menos con las experiencias de *common law* angloamericanas. Este es el modelo de *Rechtsstaat*, o de *rule of law*, que se presenta como modelo «jurídico», en el cual las libertades se fundamentan con solidez en la historia, y se garantizan con la misma firmeza por el Estado, frente al modelo opuesto del iusnaturalismo revolucionario, que es, por el contrario, integralmente «político», ya que proclama solemnemente los derechos de los individuos, pero termina por dejarlos, en último término, al arbitrio del legislador y de las mayorías políticas.[2]

Así pues, no resultará sorprendente el hecho de que Vittorio Emanuele Orlando, precisamente al presentar al lector italiano la obra de Jellinek, no deje de aludir a su adhesión juvenil a la Escuela Histórica de Savigny.[3] Orlando no está pensando de forma genérica en el peso de la historia, o en el papel de la ciencia jurídica, que en todo caso es un aspecto esencial en el reenvío a Savigny, sino en la perspectiva —evidentemente aún abierta en

---

[2] Para estas visiones del Estado moderno en el seno de la iuspublicística de la edad liberal, me permito reenviar a M. Fioravanti, «Lo "Stato moderno" nella dottrina della costituzione della prima metà del Novecento (1900-1940)», en M. Sbriccoli y otros, *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, 2003, pp. 183 ss. La obra de Jellinek a la que se alude en el texto es bien conocida: G. Jellinek, *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte* (1895), tr. it., *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, a cargo de D. Nocilla, Milano, 2002.

[3] V. E. Orlando, «Introduzione. Giorgio Jellinek e la storia del diritto pubblico generale», en G. Jellinek, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, cit., p. VIII. Aquí Orlando se remitía a sus *Principi di diritto costituzionale,* Firenze, 1889, nn. 21 ss.

1949, año en el que escribía Orlando— de una verdadera y propia doctrina del Estado y de la constitución, que se había intentado construir, y que aún se puede reelaborar y perfeccionar, partiendo de las bases que el propio Savigny había puesto. Ciertamente, Orlando pensaba en los célebres primeros párrafos del primer volumen del *System des heutigen römischen Rechts* de Savigny, que los juristas italianos habían conocido en parte gracias a la traducción realizada por Vittorio Scialoja en 1886.[4] Es preciso regresar a dichos párrafos para comprender hasta qué punto el positivismo jurídico necesita concebir la necesaria existencia de un orden jurídico en sentido objetivo. Como veremos en breve, precisamente en esas páginas se encuentra la raíz primigenia de la doctrina de la constitución en sentido material.

En este sentido, hay un pasaje de extraordinaria relevancia que merece ser transcrito de forma literal: «Vor allem die Einzelnen nicht als solche, und nach ihrer Kopfzahl, sondern nur in ihrer verfassungsmässigen Gliederung den Staat ausmachen».[5] Así pues, si existe un Estado y una autoridad capaz de emanar derecho positivo vinculante, es porque en la historia ha tenido lugar algo más que un mero agregado de individuos unidos por vínculos contractuales más o menos apremiantes. Este *quid pluris* tiene una consistencia material. En palabras de Savigny, viene dado por la «articulación conforme a la constitución», que une y vincula a los individuos mucho más que cualquier contrato. Con otras palabras, un conjunto de individuos puede darse un Estado sólo si ya es un *pueblo,* es decir, si ya está, en sí mismo, ordenado. Y la medida del orden es la *constitución en sentido material.* Esta última no desarrolla, por tanto, ninguna función polémica. Al contrario, sirve para fundar la autoridad del Estado y de su derecho, y al mismo tiempo para fijar un límite. Por este motivo, para Savigny el derecho positivo puede tener incluso su máxima expresión en la ley del Estado, pero sólo si ésta parte de la conciencia de que debe reflejar ese orden objetivo dado por la experiencia, y que ya se halla presente en la constitución entendida en sentido material. Y, por otra parte, es precisamente dicho orden el que confiere a la ley, expresión del mismo, su fuerza soberana. Una ley del Estado sólidamente fundada sobre los principios de aquella constitución, es fuerte y tiene autoridad. Por el contrario, una ley diferente a tales principios nace muerta, y está destinada en todo caso a ser ineficaz.

---

[4] F. K. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840, neudruck Aalen, 1981, tr. it. a cura di V. Scialoja, Torino, 1886.

[5] Savigny, *op. cit*., p. 30.

Así pues, en los orígenes del positivismo jurídico, de las reacciones contra las filosofías individualistas y contractualistas, y en la base del mismo derecho positivo estatal, encontramos un orden jurídico de tipo objetivo, fundamentado históricamente, que se representa como una «constitución». Este orden posee las características de la organicidad y la estabilidad. Es «jurídico» en este sentido, y se contrapone al «político» de la Revolución, en sí mismo inorgánico y variable. No hay duda de que este diseño de Savigny se convertirá, en la época del Estado liberal de derecho, en el horizonte de la ciencia jurídica europea hasta las grandes transformaciones del Novecientos. De hecho, el positivismo jurídico aplicado a las ciencias del Estado se apartará de este horizonte sólo en casos extremos, transformándose en mera exaltación de la fuerza de la ley del Estado. Con más frecuencia —y era así también para Jellinek y Orlando a finales del siglo XIX, como hemos visto antes— el positivismo se mantendrá en la estela de Savigny, conservando la idea de un orden objetivo, del cual los propios juristas eran guardianes e intérpretes. Es más, se puede afirmar que el Estado liberal de derecho será fuerte en tanto que su fundamento se conciba en términos de una realidad en sí misma ordenada, de una constitución en sentido material capaz de expresar el principio de soberanía y, al mismo tiempo, determinar los límites y, por tanto, el espacio de libertad para el ejercicio de los derechos.

Esta construcción, dominante en la ciencia jurídica del siglo XIX, comenzará a mostrar signos de hundimiento a partir de las primeras décadas del Novecientos. La «constitución» de Savigny, entendida como el derecho positivo de una comunidad históricamente fundada, se volverá cada vez más improbable frente a los imponentes cambios que tendrán lugar en Europa entre los siglos XIX y XX. Los testimonios de esta transformación constitucional son múltiples. Uno de los más lúcidos, de los más capacitados para mirar en profundidad, es sin duda el de Hans Kelsen, sobre todo con su obra mayor de juventud, los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, de 1911.[6] En

[6] H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze* (1911), Tübingen, 1923, reedición Aalen, 1960. Precisamos que Kelsen es acogido aquí como «testimonio» —como se indica en el texto— de la transformación constitucional de inicios del Novecientos, exclusivamente a través de su gran obra de juventud. Se prescinde, por tanto, de la posterior y ciertamente compleja evolución del pensamiento de Kelsen a lo largo del siglo. Para una visión más completa sobre el propio Kelsen, y también sobre otros autores igualmente citados en el texto, me permito reenviar a los trabajos recogidos en M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, 2 vols., Milano, 2001, *passim*.

esta obra, la crítica a la tradicional doctrina jurídica es incluso despiadada. Se le acusa, sobre todo, de haber querido ver en la base del Estado, siempre y necesariamente, un orden objetivo sustancial, un «pueblo» con su «constitución». De esta forma se ha terminado por ocultar lo que, por otro lado, era ya completamente evidente a comienzos del siglo XX: que aquel orden no preexiste, que en ese mismo espacio se encuentra, más bien, la *sociedad*, con sus conflictos y sus contradicciones. En ese mismo espacio actúan los individuos, los partidos, las asociaciones, los grupos portadores de intereses concretos, persiguiendo sus propios objetivos pero buscando también un compromiso, un punto de equilibrio. Para Kelsen, el Estado no es más que la expresión de aquella condición de equilibrio, por lo demás en continuo movimiento. Ya no es una «persona», ni tampoco un *prius*, como era para Jellinek y para la doctrina tradicional, sino el resultado de un proceso constitutivo de un orden a través de la lógica del compromiso.

De ahí la necesidad de una fuerte centralidad del parlamento, ya que sólo a través de una representación política estructurada sobre bases rigurosamente proporcionales y fuertemente legitimada y reconocida por los actores sociales y políticos es posible construir un edificio político consistente. Kelsen ya no cree que ese edificio pueda mantenerse en pie simplemente en tanto que personificación del «pueblo» o la «nación». Su solidez ya no depende de ninguna «constitución» en sentido sustancial o material. Es necesaria, por el contrario, una constitución en sentido formal, explícita, a la que confiar la delicada obra de determinación de las reglas fundamentales, que son, por lo demás, aquellas que se consideren necesarias para la realización del compromiso. En una constitución de este tipo se deposita la esperanza de reconstruir un orden que ya no podemos seguir dando por descontado a través de la tradicional imagen del Estado como «persona» que, desde ahora, es sólo un objetivo a alcanzar.

Pese a todo, la idea de la que hemos partido, un orden sustancial y objetivo del derecho —el derecho positivo de Savigny, en pocas palabras—, no desaparecerá de improviso. Su significado, sin embargo, cambiará a lo largo del Novecientos. A partir de un significado de signo constructivo, tendente a reconocer una fundación profunda y tranquilizadora de la ley del Estado, se pasará a un significado polémico. Es decir, será posible partir del derecho en sentido objetivo para oponerse a la ley del Estado, y especialmente a su manifestación parlamentaria. Así pues, ya no se tratará de la ley fundada sobre el derecho, como era para Savigny y para la mayor

parte del positivismo del siglo XIX, sino más bien del *derecho contra la ley*: en cierta medida, el derecho en su forma más profunda y arraigada —sea ésta protegida de manera clásica por la ciencia jurídica, o expresada por la jurisprudencia, o de cualquier otra forma— contra una ley del Estado, que desde esta perspectiva alguno comenzaba a considerar como un reflejo débil y fragmentado del propio derecho, a menudo precisamente a causa de la intervención del parlamento, excesivamente gravado por el peso dominante de los intereses fraccionales.

En este sentido, es ejemplar la trayectoria de Carl Schmitt, a partir de su obra juvenil de 1912, dedicada a *Gesetz und Urteil*.[7] En ella Schmitt plantea un problema capital. En el nuevo contexto social y político que se está formando a comienzos del Novecientos, la conformidad con la ley ya no agota el problema de la justicia de la decisión que el juez debe asumir con su sentencia. Schmitt no está pensando en el «derecho libre», en la *Freirechtsbewegung*, en la perspectiva de una mayor ponderación de los intereses efectivos en juego por parte del propio juez, como si se tratara de contraponer una especie de eficacia sociológicamente predominante frente al formalismo del derecho. El problema es otro: el de la capacidad de la ley, cada vez más lacerada en su interior por el conflicto entre intereses partidistas, para producir decisiones acertadas, calculables y fiables. El valor a preservar es, por tanto, el de la *Rechtsbestimmheit*, la determinación jurídica. A juicio de Schmitt, para proteger y aplicar dicho valor, el juez puede decidir incluso *contra legem*, es decir, contra la ley que se muestre manifiestamente irrazonable, que amenace los intereses de un orden jurídico custodiado por la praxis, por la propia jurisprudencia e incluso por la ciencia jurídica. De hecho, según Schmitt, en este caso el juez no decide según su «libre» interpretación, sino teniendo en mente cómo habría decidido otro juez, y «otro juez significa el tipo empírico del moderno jurista culto».[8] Así pues, ante las contradicciones y la incongruencia de la ley, el juez no está solo. El juez puede y debe atenerse a la tradición intelectual del estamento de los juristas, de la que forma parte la propia jurisprudencia. De esta forma el juez ya no se proclama como «libre», sino que más bien reafirma, por el contrario, su papel como estricto instrumento de actuación del derecho, que él mismo debe preservar, eventualmente, incluso frente a la ley en sentido formal.

---

[7] C. Schmitt, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, München, 1969 (reproduce el texto inalterado de la primera edición de 1912).

[8] *Ibid.,* p. 71.

Como puede apreciarse, los temas que transitan por estas páginas son aún, en sentido amplio, los tratados por Savigny: la primacía del derecho positivo en sentido objetivo sobre el derecho meramente puesto por el legislador, el gran valor atribuido a la praxis científicamente orientada y determinada.[9] Pero hay una novedad indiscutible. La primacía del derecho positivo sobre el derecho decidido por el legislador puede asumir un significado decididamente polémico, que por el momento se traduce en una simple decisión *contra legem* del juez, pero que no excluye ulteriores desarrollos sobre dicha base en una dirección aún más radicalmente antilegislativa. Así pues, unos diez años tras el escrito de 1912, Schmitt llega a una conclusión más compleja, en un plano propiamente constitucional. De hecho, en su obra sobre la dictadura, de 1921, se ocupa decididamente de situar el problema de la «realización del derecho» en una situación en la que la ley ya no garantiza ni la estabilidad, ni la certeza ni la determinación.[10] Lo que previamente era un problema de relación entre fuentes, entre derecho del legislador y derecho de la jurisprudencia, asume ahora un significado mucho más amplio, de orden constitucional. Ahora existe un «derecho» que contiene un determinado orden en sentido objetivo, existe, pues, una «constitución» en sentido material, pero también existe una constitución, vigente en sentido formal, que permite al legislador aprobar normas que ya no garantizan ningún orden ni certeza. En esta situación se impone la necesidad de una dictadura comisaria, con la finalidad de ejecutar el «derecho», incluso a través de la suspensión de la constitución formalmente vigente. La dictadura puede cerrarse con el restablecimiento de la constitución vigente —precisamente en tanto que dictadura comisaria—, pero nada puede impedir que evolucione en sentido soberano, creando una nueva constitución, dada la manifiesta falta de actitud de la constitución existente para contener y expresar aquel «derecho», cuya realización sigue siendo la exigencia primaria.

No resulta importante medir en este momento las consecuencias operativas de tal doctrina. Por lo demás, es por todos sabido cómo este enfoque

---

[9] Así pues, no resultan casuales los contenidos de la conferencia pronunciada en diversas ocasiones por Schmitt entre 1943 y 1944: C. Schmitt, «Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft (1943-44)», en *id.*, *Verfassungsrechtliche Aufsätze 1924-1954. Materialen zu einer Verfassungslehre*, Berlin, 1958, pp. 386 ss. Es el trabajo en el que la ciencia jurídica, todavía sobre la base del ejemplo paradigmático de Savigny, se considera como «el último refugio de la conciencia jurídica» (pp. 391 ss.).

[10] C. Schmitt, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, Berlin, 1921, reestampa Berlin, 2006.

contribuyó a deslegitimar la Constitución de Weimar, presentada desde esta perspectiva como una constitución «débil», incapaz de garantizar la estabilidad, de expresar un principio firme de unidad política. Lo que es necesario poner de relieve es la emersión, en el siglo XX, de un significado de constitución en sentido material como «verdadera» constitución, capaz de garantizar el «derecho», frente a la constitución en sentido formal, a menudo presa —como en el caso de Weimar— del destructivo predominio de los partidos y los intereses de facción, que por tanto ha dejado de ser, con propiedad, «constitución», norma fundamental compartida.

Así pues, parece que el Novecientos dispersa, y casi desgarra, la herencia de la constitución en sentido material del siglo XIX. Lo que en el modelo precedente, inaugurado por Savigny, era el lugar en el que, en concreto, vivía el derecho positivo de la comunidad, predispuesto, a través de la fundamental obra de mediación de la ciencia jurídica, a convertirse en el fundamento más sólido de la legislación del Estado, era bien negado, como en el caso de Kelsen, bien reutilizado en sentido polémico, como en el caso de Schmitt. Para el primero, de hecho, no existía ninguna «comunidad», ningún «pueblo», dotado en sentido material de su «constitución», y la única constitución posible era, por tanto, aquella que los actores sociales y políticos fueran capaces de crear a través del compromiso y la mediación parlamentaria. Para el segundo, por el contrario, no sólo existía la constitución en sentido material, sino que además ésta podía considerarse —al menos en determinadas circunstancias históricas, como la alemana de principios del siglo XX— como la «verdadera» constitución, que debía ser impuesta incluso a través del instrumento de la dictadura, cuando la formal hubiese degenerado a consecuencia de la dominación de la dinámica destructiva de los intereses partidistas. De esta forma, la doctrina constitucional se encontraba encerrada en un recinto muy delimitado. O se optaba por la constitución parlamentaria de Kelsen, renunciando con ello a la propia dimensión del «fundamento», salvo en el sentido de las reglas de procedimiento establecidas al objeto de determinar una composición pacífica de los intereses en juego; o se optaba por la «constitución» en sentido sustancial de Schmitt, pero por esta vía, la propia búsqueda del «fundamento» corría el riesgo, en todo momento, de ser usada contra la democracia parlamentaria y representativa.

¿Cómo escapar de este dilema? Evidentemente, era necesaria una obra de mediación. En otras palabras, era necesario retomar la idea misma del «fundamento», pero de un modo compatible con la compleja configuración

de las democracias del Novecientos, en la forma que éstas fueron asumiendo a través de las grandes tribulaciones de la primera mitad del siglo, una vez agotados los regímenes totalitarios. De hecho, aquellas democracias no podían darse por satisfechas con la concepción kelseniana, limitándose con ello al aspecto procedimental, ya que aspiraban a reconocer en sus respectivas constituciones determinados principios y valores sobre los que basar su identidad histórica, así como a indicar orientaciones fundamentales para el futuro, pero al mismo tiempo se fundaban en sociedades de estructura y vocación declaradamente pluralista, que no podían dejar de temer, al buscar un «fundamento» en sentido sustancial, el posible resurgimiento de lógicas de tipo monista.

A nuestro parecer, el intento más eficaz de mediación y de síntesis fue el de Constantino Mortati, con su célebre escrito de 1940 dedicado a *La costituzione in senso materiale.*[11] En esta obra, Mortati parte de la convicción de que se han producido tales transformaciones que resulta imposible proponer de nuevo las doctrinas tradicionales, basadas en la soberanía del Estado como persona, fundadas en la nación o, en todo caso, en una comunidad históricamente dada. Si hay que seguir hablando de soberanía del Estado, debe hacerse sólo en referencia a una nueva y diversa fase de evolución del Estado moderno, en la que el principio de unidad política, incluso en forma estatal, no puede producirse más que de forma dinámica, en el plano teleológico, a través del instrumento de la *Regierung*, del gobierno.[12] Con otras palabras, el Estado puede seguir expresando el principio de unidad política sólo si está dotado de una dirección elegida e individuada de forma consciente. El Estado ya no es el sujeto o la persona hegeliana que sabe lo que quiere, por estar dotado de una racionalidad intrínseca, derivada a su vez del hecho de ser expresión orgánica, natural y necesaria, de la nación, de

---

[11] C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940 (reestampa: Milano, 1988).

[12] En este sentido, junto a la obra de Mortati debe situarse la de Rudolf Smend. Para construir sendas doctrinas de la constitución, ambos juristas partieron de la cuestión del gobierno. Respecto de Mortati, *vid.* C. Mortati, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, 1931 (reestampa: Milano, 2000). En cuanto a Smend, *vid.* R. Smend, «Die politiche Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform» (1923), en *id.*, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin, 1955, pp. 68 ss. Cinco años más tiene su obra más conocida: *id.*, *Verfassung und Verfassungsrecht,* München und Leipzig, 1928 (traducción italiana: *id.*, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988).

una comunidad históricamente dada. El Estado continuará siendo Soberano tan sólo si se demuestra capaz de constituir la expresión coherente de un *indirizzo* fundamental, nacido de la propia comunidad, y que se traduzca en principios y normas constitucionales. Por este motivo, Mortati sitúa el punto de partida de su construcción teórica en el proceso de «diferenciación y especificación en el seno de la comunidad», que se desarrolla por obra de una fuerza política capaz de imprimir una orientación subsiguiente a la elección de un cierto sistema de principios fundamentales transcritos en la constitución.[13]

De este modo, la constitución posee un origen declaradamente político, en el sentido de ser fruto de voluntades y elecciones concretas, pero éstas no pueden, a su vez, ser representadas como la «decisión» de un «pueblo» o de una «nación». Lo que se extrae de dicho origen no es, pues, una especie de «verdadera» constitución, que como tal puede poner en discusión a la constitución formalmente vigente, tal y como sucede en la perspectiva inaugurada por Schmitt. En la construcción de Mortati, el momento constituyente debe ser más bien entendido como el fundamento más auténtico de la constitución a emanar, en el que se determinan sus caracteres primordiales, a través de la proposición de una serie de normas fundamentales de principio. Son estas normas, en su conjunto y con sus equilibrios internos, las que determinan los contornos de la constitución en sentido material, que bajo esta perspectiva coincide, por tanto, con el núcleo fundamental de la propia constitución escrita. No es casual que el escrito de Mortati concluya con el tema del límite material al procedimiento de revisión constitucional, que se sitúa precisamente en dicho núcleo fundamental y que no puede ser alterado si no se cambia la propia constitución. De esta manera se afirma el carácter plenamente jurídico de la constitución en sentido material, que ya no puede ser representada como mera y genérica realidad fáctica, sino como aquella específica realidad fáctica, y sólo aquélla, que contiene de forma estructurada, aunque en modo embrionario, las líneas básicas del ordenamiento jurídico que está a punto de afirmarse a través de la constitución que se dicte.

En la teoría de Mortati, la constitución en sentido material pierde, por tanto, el carácter polémico que había adquirido en el período de Weimar, precisamente frente a la Constitución democrática weimariana. Por el con-

[13] C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., pp. 72 ss.

trario, a mitad del Novecientos, se presenta como fundamento de la constitución democrática, entendida como una democracia que no se basa sólo en procedimientos, sino también en principios irrenunciables que representan su núcleo esencial. De esta forma, Mortati —que escribe en 1840— anticipa la problemática propia de las Constituciones democráticas de la última posguerra, entre las que obviamente se halla la italiana de 1948.

Unas palabras a modo de conclusión. Como hemos visto, existen más doctrinas de la constitución en sentido material. Sólo una de ellas —la que se reconduce a Carl Schmitt— puede ser usada contra la constitución vigente. En efecto, la búsqueda de una dimensión profunda de la normatividad, precedente a la ofrecida por la ley formalmente vigente, es mucho más amplia y rica de significado. Es una búsqueda que acompaña la reflexión de los juristas desde el principio, incluso en la época del positivismo triunfante, cuando todo el derecho parecía reducirse —pero sólo en apariencia— a la ley del Estado. En parte porque el único modo de fundar la soberanía de dicha ley, y al mismo tiempo su límite, era precisamente reconduciéndola a expresión de un orden jurídico objetivo, establecido por la historia de una concreta nación. En definitiva, el único adversario verdadero de toda concepción «material» de la constitución es Hans Kelsen, pero su voz permanecerá aislada en este punto. De hecho, los juristas no renunciarán jamás a la búsqueda del «fundamento», y no se resignarán con facilidad a colocar en el puesto de una entidad en sí misma organizada, y por este motivo, en sí misma jurídica, como es el «pueblo» o la «nación», a una simple «sociedad», con sus conflictos y contradicciones, como proponía Kelsen. Asimismo, las constituciones democráticas del Novecientos, de Weimar en adelante, tenían su propia necesidad de un «fundamento», de no ser reducidas a una dimensión procedimental, de ser, por tanto, expresión de principios fundamentales que las mismas constituciones traducían en un *indirizzo*, igualmente fundamental, para el futuro. En la búsqueda de esos principios, y de la fuente de dicho *indirizzo*, se redescubrirá la constitución en sentido material, como en el caso de Mortati. Y se tratará de una constitución que, esta vez, actuará en sentido fundacional, tutelando la integridad y la afirmación de la primacía de la constitución democrática. No se escapa, por tanto, de la regla según la cual, para existir, toda supremacía necesita su fundamento. Así ha sido para la soberanía de la ley del Estado en la época de oro del positivismo jurídico, entre los siglos XIX y XX, y así es hoy en la época de la supremacía de la constitución democrática.